



**CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL**

Directores:

Juan Manuel Fernández Martínez

Maria Ángeles Carmona Vergara

Coordinación

M^a Carmen Delgado Echevarria

Ana M^a Bermejo García

Autores:

Carlos Canzenmüller Roig

Nuria López-Mora González

Federico Cabello de Alba Jurado

Juan Manuel Fernández López

Leonor Lidón Heras

Isabel M Martínez Lozano

Torcuato Recover Balboa

Julio Antonio Guija

María Núñez Bolaños

Carmen Sánchez Carazo

José Antonio Luengo Latorre

Irene María Domínguez Gómez

Josefa García Lorente

Antonio Martínez Maroto

Francisco Rodríguez Santos

Discapacidad e Infancia

DISCAPACIDAD E INFANCIA

DIRECTORES

Excmo. Sr. D. Juan Manuel Fernández Martínez
*Magistrado. Vocal del Consejo General del Poder Judicial
Presidente del Foro Justicia y Discapacidad*

Excma. Sra. D^a. M^a Ángeles Carmona Vergara
*Letrada de la Administración de Justicia
Vocal del Consejo General del Poder Judicial
Representante del Foro Justicia y Discapacidad*

COORDINACIÓN

Ilma. Sra. D^a. M^a Carmen Delgado Echevarria
Magistrada. Secretaria del Foro Justicia y Discapacidad

Sra. D^a Ana M^a Bermejo García
*Jefa de Unidad del Servicio Central
del Consejo General del Poder Judicial*



**CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL**

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del copyright.

Edita: Consejo General del Poder Judicial
C/. Marqués de la Ensenada, 8. 28071, Madrid
www.poderjudicial.es

Diseña, maqueta y realiza: Pardedós

Depósito Legal: M.37232-2015
ISBN: 978-84-697-1497-3

Prólogo	5
Excmo. Sr. D. Juan Manuel Fernández Martínez	
Presentación libro discapacidad en la infancia	7
Excma. Sra. D ^a . M ^a Ángeles Carmona Vergara	
I. El fiscal ante la mayoría de edad del menor con discapacidad. Ajustes en el procedimiento de capacidad y provisión de apoyos	9
D. Carlos Ganzenmüller Roig	
Dña. Nuria López-Mora González	
II.1 Discapacidad y filiación, su determinación, crisis matrimoniales y ejercicio de la patria potestad	35
D. Federico Cabello de Alba Jurado	
II.2 El ejercicio de la patria potestad sobre menores con discapacidad	57
D. Juan Manuel Fernández López	
III. Discapacidad e infancia en las observaciones generales del comité de los derechos del niño de naciones unidas: aciertos y carencias desde el enfoque de derechos humanos	69
Dña. Leonor Lidón Heras	
IV.1 La educación inclusiva: antecedentes, realidad y retos	117
Dña. Isabel M Martínez Lozano	

IV.2	Los derechos de los padres en el acceso a la educación inclusiva	133
	D. Torcuato Recover Balboa	
V.	Problemas médicos y jurídicos de los ingresos de menores	167
	D. Julio Antonio Guija	
	Dña. María Núñez Bolaños	
VI.1	Acoso psicológico y menores con discapacidad: la prevención	191
	Dña. Carmen Sánchez Carazo	
VI.2	Discapacidad, infancia y acoso	199
	D. José Antonio Luengo Latorre	
	Dña. Irene María Domínguez Gómez	
VII.1	Trabajo de menores con discapacidad	247
	Dña. Josefa García Lorente	
VII.2	Importancia de las relaciones abuelos nietos con discapacidad	267
	D. Antonio Martínez Maroto	
VII.3	Familia del menor con discapacidad: padres y hermanos	281
	Dr. Francisco Rodríguez Santos	

PRÓLOGO

Excmo. Sr. D. Juan Manuel Fernández Martínez
Presidente del Foro Justicia y Discapacidad

La reciente aprobación de las leyes, orgánica 8/2015 y ordinaria 26/2015, de 22 y 28 de julio, respectivamente, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, supone un hito de singular importancia en la definición del marco jurídico regulador de las personas menores de edad. Mediante las referidas leyes se persigue una mejora de los instrumentos de protección jurídica, para hacer efectivo el mandato constitucional establecido en el artículo 39 de la Constitución española, que establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, en especial de los menores de edad, de conformidad con los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.

El legislador en su empeño de mejorar el marco normativo ha sido sensible a las particularidades que exige el menor con discapacidad. Así, a la hora de regular un derecho tan esencial como el de ser oído y escuchado, indica expresamente que no puede existir ningún tipo de discriminación en el ejercicio de este derecho por razón de su discapacidad, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté directamente implicado, en línea con la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006. Es destacable, además, que se haya sustituido el término deficiencia por el de discapacidad.

Esta nueva regulación incide en diferentes ámbitos de los menores con discapacidad, y, como es natural, ello demanda nuestra atención. Por eso, aspectos cruciales como el ejercicio de la patria potestad sobre menores con discapacidad, los problemas ante la mayoría de edad y la necesidad

de establecer los apoyos necesarios; los problemas, tanto médicos como jurídicos, que suscita el ingreso de menores, o el derecho a una educación inclusiva, merecen una consideración pormenorizada en esta nueva obra. La misma es el resultado del trabajo conjunto de todos los integrantes del Foro Justicia y Discapacidad.

Nuestro objetivo y razón de ser de nuestra existencia, consiste en garantizar el pleno acceso a la justicia de las personas con discapacidad, así como promover las condiciones para hacer plenamente efectivo su derecho a la tutela judicial efectiva. Los esfuerzos para lograrlo han de redoblar cuando hablamos de menores, necesitados de una especial protección por parte de los poderes públicos. Protección que ha de otorgarse, principalmente, a través de la promoción de su autonomía personal, como sujetos titulares de derechos y deberes, que han de ir ejercitando con arreglo a su grado de madurez. Todo ello presidido por un principio esencial en este ámbito, cual es el del interés superior del menor. Ello requiere una atención adicional cuando se trata de menores con discapacidad, quienes, he de reiterarlo, no deben sufrir ningún tipo de discriminación que traiga causa de tal condición personal.

Resulta imprescindible, como forma idónea de otorgar tal protección, un sistema integral en el que confluyan familia y sistema público, un sistema consciente de la múltiple vulnerabilidad que afecta a los menores con discapacidad, reflejada en la modificación operada en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, al incluir entre las personas con discapacidad que objetivamente sufren un mayor grado de discriminación o presentan menor igualdad de oportunidades, a los niños y niñas con discapacidad.

Con el deseo de coadyuvar a la consecución de ese marco jurídico se publica esta obra, fruto de la larga experiencia de sus autores e impulsada por su firme compromiso con la defensa de los derechos humanos en nuestra sociedad.

PRESENTACIÓN LIBRO DISCAPACIDAD EN LA INFANCIA

Excma. Sra. D^a. M^a Ángeles Carmona Vergara
Representante del Foro Justicia y Discapacidad

Quiero agradecer especialmente este año a todos los miembros integrantes del Foro Justicia y Discapacidad su esfuerzo por sacar adelante este proyecto de editar un libro sobre un tema que preocupa a toda la sociedad, ya que afecta a los sentimientos más profundos y a la necesidad de protección de lo más vulnerable que pueda imaginarse.

La finalidad de este libro es reflexionar desde diferentes puntos de vista para destacar la importancia de brindar oportunidades a los niños con discapacidad, para que tengan las mismas opciones que los demás niños de desarrollar todo su potencial y participar de manera significativa en sus hogares, escuelas y comunidades.

Las últimas reformas legislativas realizadas en España sobre todo con la entrada en vigor de la LO Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, y la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito subrayan la urgente necesidad de fortalecer o ampliar las iniciativas de desarrollo de los niños con discapacidad y sus familias, adaptando la legislación vigente a la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Se necesitan respuestas coordinadas y sostenibles de una variedad de partes interesadas a todo nivel para que se atiendan los derechos y las necesidades de los niños con discapacidad, y erradicar cualquier conducta de violencia, abuso, explotación y abandono sobre ellos.

UNICEF y la OMS ya nos han advertido que Los niños con discapacidad son más vulnerables al abuso físico, sexual y psicológico y a la explotación que los niños sin discapacidad. El aislamiento social, la indefensión y el estigma de los niños con discapacidad los hace vulnerables a la violencia y la explotación en sus propios hogares y en otros ambientes, como los centros o instituciones de atención. Ciertas investigaciones muestran que los niños con discapacidad tienen de tres a cuatro veces más probabilidades de padecer violencia que los niños sin discapacidad. Datos de 15 países revelaron que, en siete países, los padres de los niños con discapacidad tenían probabilidades significativamente mayores que los demás padres de golpear a sus hijos.

Los niños con discapacidad tienen mayor riesgo de padecer violencia por varias razones, entre ellas los prejuicios culturales y la exigencia mayor que ejercen sobre sus familias. Con frecuencia, son considerados blancos fáciles, ya que su indefensión y su aislamiento social les dificultan el defenderse y denunciar los abusos. La exposición a la violencia, el abandono o el abuso puede causar retrasos en el desarrollo y problemas de comportamiento en la infancia y adolescencia.

Dicen los psicólogos Jose Antonio Luengo Latorre e Irene María Domínguez Gómez en su capítulo: “Infancia y discapacidad representan escenarios vitales complejos, marcados por la dificultad. Siempre. Representan la necesidad de crecer, madurar y desarrollarse, por un lado, y la experiencia de vivir como un reto permanente ante los obstáculos que nuestro mundo configura para aquéllos que no suelen formar parte de los procesos de toma de decisiones sobre qué mundo queremos, con qué prioridades y perspectivas”.

Felicito a todos los expertos que han intervenido en la redacción de este documento, resultado del compromiso de este Foro que se renueva constantemente de visibilizar y sensibilizar a la sociedad para mejorar la protección de las personas más vulnerables.

I. EL FISCAL ANTE LA MAYORÍA DE EDAD DEL MENOR CON DISCAPACIDAD. AJUSTES EN EL PROCEDIMIENTO DE CAPACIDAD Y PROVISIÓN DE APOYOS

D. Carlos Ganzenmüller Roig
Fiscal del Tribunal Supremo

Dña. Nuria López-Mora González
Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

Inherente a la naturaleza del ser humano es la desigualdad desde que nace con respecto a las demás personas, y estas diferencias se traducen en todas las áreas de su vida durante toda su existencia.

A lo largo de la historia del ser humano, la discapacidad ha sido entendida desde el extremo de la exclusión, pasando a la consideración de la misma como un problema médico o de rehabilitación, hasta llegar en los países más desarrollados al modelo social en el que se valoran no las limitaciones de la persona en sí misma, sino las del entorno que le rodea que puede generar obstáculos de cualquier índole, ya sean físicos, sociales culturales o intelectuales.

La vulnerabilidad del menor de edad discapacitado genera en las estadísticas un preocupante aumento de los supuestos de abusos que contra ellos se cometen, lo cual provoca a los poderes públicos la obligación de crear los medios necesarios para:

- 1º) La averiguación de los entornos familiares y sociales en los que se pueda detectar deficiencias en el acceso igualitario a los recursos de todo tipo (ya sean sanitarios, culturales etc...).

2º) La creación de una respuesta rápida y eficaz tanto desde el punto de vista social como jurídico o económico que garantice la igualdad de cada persona en el acceso a los mismos servicios que suministra la comunidad a todos sus miembros en general. No puede haber por tanto desigualdades que impidan a un menor discapaz acceder a cualquier opción o prestación que se haya constituido por los poderes públicos para los menores en los que no concurra limitación a su capacidad.

Desde la perspectiva jurídica la consecución de estos objetivos se ha traducido en la creación del marco legal dirigido directamente a obtener aquellos fines, debiendo conjugarse la legislación internacional reguladora de la infancia (Convención de los Derechos del Niño de la ONU de 1989), con la de la discapacidad (Convención de la ONU de Nueva York de 2006 ya expuesta), normas que forman parte de la legislación española y cuya aplicación directa como ya se ha expuesto ha abierto un camino hacia el objetivo esencial que es el de la IGUALDAD, recogiendo el artículo 1º de la CDN en parecidos términos a la CPCD que “Todo ser humano menor de dieciocho años de edad que tenga 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”. Ambas Convenciones reconocen de forma explícita la necesidad de crear una protección reforzada o cuidado especial, con atención prioritaria al interés superior del menor discapaz de forma individualizada sin olvidar su derecho a ser oído y a conocer su opinión (arts 2, 3 y 12 CDN y arts. 7 y 12 CPCD).

Los destinatarios de estas obligaciones son los Estados miembros, y éstos habrán de actuar a través de los poderes públicos, en cuyo marco se sitúa el Ministerio Fiscal como “promotor de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley” (art. 124 Constitución Española). En el ámbito judicial el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal Ley 50/1981 dice en su art. 2 que “El Ministerio Fiscal es un órgano de relevancia constitucional con personalidad jurídica propia, integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, y ejerce su misión por medio de órganos propios, conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad”.

En la enumeración de las funciones del Ministerio Fiscal el artículo tercero le atribuye en el punto 7 la de “Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación”.

Las competencias del Fiscal en el ámbito de la protección de las personas con discapacidad y de los menores se remontan en España a los mismos orígenes de la Institución, que según Huet y Allier puede ubicarse en la Baja Edad Media, llamándose Procuradores del Fisco Real (s. XII y XIII). Se comienza a hablar del Ministerio Público en las ordenanzas del siglo XVIII.

El aspecto protector de los más débiles podemos encontrarlos en antecedentes históricos como la ordenanza judicial de Fernando IV de 1310 que dispuso la presencia de un Procurador del Rey en su corte con poder para demandar, razonar y defender sus pleitos, así como los de las viudas, pobres y huérfanos de esta condición. A finales del siglo XVIII la Fiscalía de Castilla contó con un régimen común que le atribuía el conocimiento entre otras “de las causas de menores, viudas, pobres y mujeres desvalidas”.

En la actualidad el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal como ya se ha expuesto, le identifica muy concretamente como al encargado de la defensa de la legalidad y de los derechos de los menores y personas con discapacidad, sin embargo en la organización de la Fiscalía General se crearon secciones especializadas en materias como la de Menores, la de La víctima, y la de Violencia de género (representadas por los correspondientes Fiscales de Sala), no habiéndose creado todavía de forma sorprendente en opinión de un sector social con el que coincido, la de Personas con discapacidad, a diferencia de la trayectoria que acometió el Consejo General del Poder Judicial que a través de este tipo de órganos judiciales consigue una actuación presidida por la especialización, máxime si se tiene en cuenta el preocupante aumento demográfico de las personas con discapacidad y la entidad de la problemática que suscita en los tribunales.

En este sustrato social se advierte el motivo de la evolución del legislador nacional e internacional: el entorno familiar no sirve para garantizar con exclusividad la protección de los menores y de las personas con discapacidad, por lo que

su tutela pasa de ser ejercida bajo la salvaguarda de la autoridad judicial, así, desde la Ley 13/1983 que reformó el Código Civil, se sustituye el clásico sistema de tutela de familia por el de autoridad. La Ley 21/1987 que reformó el régimen de adopción, volvió a intensificar las funciones tuitivas del Ministerio Fiscal (artículo 232), y en el ámbito patrimonial la Ley 41/2003 confiere al Ministerio Público la supervisión institucional del patrimonio protegido (artículos 3 a 7).

La actuación del fiscal y del juez como funcionarios públicos en apoyo a menores e incapaces reviste unas características muy especiales por cuanto se coloca al servicio del ciudadano de forma directa, desde el momento en el que se le encomienda la función de ASESORAMIENTO E INFORMACIÓN tal y como recogió la Disposición Adicional Tercera párrafo 1º de la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor que establece: “Tanto el Juez como el Fiscal actuarán de oficio en interés del menor o incapaz, adoptando y proponiendo medidas, diligencias y pruebas que estimen oportunas. Suplirán la pasividad de los particulares y les asesorarán sobre sus derechos...”. Esta Ley ha de conjugarse con la reciente LO 8/2015 “de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia” que refuerza y define el interés superior del menor en su artículo 2 así como sus derechos fundamentales.

La ley 15/2015 de dos de julio de Jurisdicción voluntaria ha regulado la tramitación a través de este procedimiento de la patria potestad en su artículo 85d que dispone:

- “1. En los expedientes a que se refiere este Capítulo, una vez admitida la solicitud por el Secretario judicial, éste citará a la comparecencia al solicitante, al Ministerio Fiscal, a los progenitores, guardadores o tutores cuando proceda, a la persona con capacidad modificada judicialmente, en su caso o al menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de 12 años. Si el titular de la patria potestad fuese un menor no emancipado, se citará también a sus progenitores y, a falta de éstos, a su tutor. Se podrá también acordar la citación de otros interesados.
2. El Juez podrá acordar, de oficio o a instancia del solicitante, de los demás interesados o del Ministerio Fiscal, la práctica durante la comparecencia de las diligencias que considere oportunas. Si estas actuaciones tuvieran lugar después de la comparecencia, se dará traslado

del acta correspondiente a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días.

3. No será preceptiva la intervención de Abogado ni de Procurador para promover y actuar en estos expedientes”.

Esta reciente ley sigue el trazado de las Convenciones de la ONU, regulando también el artículo 86 la intervención judicial en los casos de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad, y los artículos 87 a 89 Las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, que podrán instar el propio afectado, cualquier pariente o el Ministerio Fiscal, así como de oficio incluso a instancia de cualquier interesado, con remisión expresa a las medidas de los artículos 158 y 167 del Código Civil.

Se aplicarán estas medidas en los casos referidos en los artículos 158, 164, 165, 167 y 216 del Código Civil, enumerando expresamente los supuestos siguientes (artículo 87.1 Ley Jurisdicción Voluntaria):

- a) Medidas de protección de los menores y de las personas con capacidad modificada judicialmente establecidas en el artículo 158 del Código Civil.
- b) Para el nombramiento de un administrador judicial para la administración de los bienes adquiridos por el hijo por sucesión en la que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, y no se hubiera designado por el causante persona para ellos ni pudiera tampoco desempeñar dicha función el otro progenitor.
- c) Para atribuir a los progenitores que carecieren de medios la parte de los frutos que en equidad proceda de los bienes adquiridos por el hijo por título gratuito cuando el disponente hubiere ordenado de manera expresa que no fueran para los mismos, así como de los adquiridos por sucesión en que el padre, la madre o ambos hubieran sido justamente desheredados o no hubieran podido heredar por causa de indignidad, y de aquellos donados o dejados a los hijos especialmente para su educación o carrera.
- d) Para la adopción de las medidas necesarias para asegurar y proteger los bienes de los hijos, exigir caución o fianza para continuar los pro-

genitores con su administración o incluso nombrar un Administrador cuando la administración de los progenitores ponga en peligro el patrimonio del hijo.

El juez puede por tanto adoptar cualquier medida de protección, ya sea de naturaleza personal o patrimonial, incluyendo la posibilidad del nombramiento de un defensor judicial o de un administrador.

La competencia para conocer de este procedimiento se atribuye al juez de primera instancia del domicilio o lugar de residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente, sin embargo si la patria potestad o guarda y custodia se hubiera establecido por resolución judicial así como en los casos de tutela, la competencia corresponde al Juzgado de Primera Instancia que hubiera conocido del inicial.

La nueva regulación no entra en la discusión de la procedencia o no de la patria potestad prorrogada o rehabilitada de la persona discapaz como medida de apoyo más o menos idónea para ella, sin embargo de la literalidad del artículo 171 del Código Civil puede interpretarse que si el nombramiento del padre o madre coincide con el presupuesto objetivo de la convivencia en el mismo domicilio y fuera soltero, procede sin otra opción la constitución de esta figura con preferencia al de la tutela o curatela que por otro lado, tiene la ventaja de atribuir a los padres una mayor confianza por parte del legislador en el ejercicio de su cargo, toda vez que en principio están excluidos del régimen de vigilancia general del tutor o curador, y sólo precisarán autorización judicial previa en los casos concretos regulados por el Código Civil. De esta manera el titular de la patria potestad de su hijo incapacitado no estaría obligado ni a prestar fianza, ni a formar inventario de bienes o informar anualmente sobre la gestión de sus deberes. Dispone el artículo antes citado que “La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados, quedará prorrogada por ministerio de la Ley al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padre o de cualquiera de ellos fuere incapacitado, se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad...”.

En la práctica judicial los procesos de modificación de la capacidad de las personas menores de edad son muy poco frecuentes al cubrir sus necesidades

legales el progenitor como representante legal en la mayoría de los casos, por lo cual los supuestos de patria potestad prorrogada son muy escasos, a diferencia de los de patria potestad rehabilitada en los que, hallándose el Fiscal legitimado para la iniciación del procedimiento, son los progenitores los que habitualmente lo solicitan de aquél, con el fin de obtener a través del procedimiento la representación legal de su hijo discapaz en las áreas en las que necesita apoyo. En estos casos hay que tener en cuenta:

- Que la patria potestad sobre el menor o el adolescente con discapacidad constituída judicialmente debe de tener en cuenta el carácter dinámico de esas limitaciones, ya de por sí cambiantes en cualquier persona y con mayor motivo en los niños, adolescentes y jóvenes por hallarse en el período de aprendizaje más progresivo de su vida. Resulta por tanto esencial que la sentencia de incapacidad exprese concretamente períodos de revisión en los que habrá de examinarse la adecuación del apoyo creado, en base a la personalidad en desarrollo del discapaz.
- Que en aplicación de lo dispuesto en la Convención DN y CDPD, la sentencia que opte por la patria potestad como medida de apoyo será el verdadero estatuto jurídico del discapaz, al disponer el artículo 171 in fine del Código Civil que “La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente en las reglas del presente título”, párrafo que modificó la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor al suprimir “no se constituirá tutela, sino que...”.
- La interpretación integradora del Código Civil con la CDPD y CDN exige que cada procedimiento de incapacitación lleve a cabo un estudio individualizado de las necesidades personales y patrimoniales de la persona con discapacidad, con el fin de desechar la aplicación automática de las disposiciones reguladoras de la patria potestad (lo cual ocurre en la práctica en demasiadas ocasiones). La sentencia de incapacitación por lo tanto debe ser el estatuto regulador de sus necesidades, teniendo en cuenta la revisión periódica que el juez habrá de valorar en la misma, con independencia de la posible modificación del alcance de la capacidad que tanto el representante legal, como el Fiscal o el propio incapacitado puede promover con arreglo a lo dispuesto en el artículo 761 del Código Civil. Especial mención merece el estudio pormenorizado

en cada caso de la capacidad de aprendizaje a corto, medio y largo plazo en el ámbito del ejercicio de derechos fundamentales como el del sufragio universal y participación en la vida social y política, así como en la toma de decisiones de naturaleza tan personal como el derecho a formar una familia o a procrear, huyendo de fórmulas que automáticamente excluyen por ejemplo el derecho al voto en sentencias en las que no se ha llevado a cabo un estudio individualizado de la habilidad para comprender los conceptos de política básicos.

El pasado 22 de septiembre entró en vigor la nueva Ley Orgánica 11/2015 de 21 de septiembre “para reforzar la protección de las menores y mujeres con capacidad modificada judicialmente en la interrupción voluntaria del embarazo” y según la Exposición de Motivos la finalidad de la norma es, en aras de la protección del menor y del cumplimiento de los deberes de padres, tutores o representantes legales, suprimir la posibilidad de que las menores de edad puedan o prestar el consentimiento por sí solas, sin informar a sus progenitores, estableciendo la obligación de contar, además de con la manifestación de su voluntad, con el consentimiento expreso de los titulares de la patria potestad. En el artículo primero se suprime el apartado cuarto del artículo 13 de la Ley Orgánica 2/2010 de tres de marzo de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que establecía que, en el caso de las mujeres de 16 y 17 años, el consentimiento para la interrupción voluntaria del embarazo les correspondía exclusivamente a ellas, de acuerdo con el régimen general aplicable a las mujeres mayores de edad.

También modifica el artículo 9 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, se establece expresamente la obligación del consentimiento expreso de sus representantes legales para la interrupción voluntaria del embarazo de menores de edad o personas con capacidad modificada judicialmente. Así mismo, hace una remisión expresa al Código Civil, a fin de solucionar cualquier tipo de conflicto que surja al prestar el consentimiento por los representantes legales o cuando la decisión de éstos pueda poner en peligro el interés superior del menor.

II. LA PATRIA POTESTAD PRORROGADA O REHABILITADA Y LA CONVENCIÓN

- 1.- El compromiso de Estado Español en la adaptación del derecho interno a normativa de la CDPD, se llevó a efecto mediante la Ley de 2 de agosto de 2011, y el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, cuyo objetivo fue “imprimir este nuevo impulso para alcanzar el objetivo de adecuación concreta de la regulación en materia de discapacidad a las directrices marcadas por la Convención, recogiendo las pertinentes adaptaciones en su articulado”. Compromiso ya reconocido en Real Decreto de 29 de abril de 2009, donde el Gobierno español debía presentar un proyecto de Ley del procedimiento de determinación de la capacidad, en sustitución de previsto en la L. Enjuiciamiento Civil 1/2000; siendo renovado ahora, donde “El Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al Art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen”.

En estas circunstancias, se procedió en Ginebra, del 19 a 23 de septiembre de 2011, en el sexto período de sesiones, al examen del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de los informes presentados por Estado Español en virtud del Art. 35 de la Convención, emitiendo en relación a la aplicación del Art.12. “Igualdad jurídica ante la ley”, las necesarias modificaciones legislativas a llevar a cabo, y señalando las observaciones y recomendaciones siguientes:

“El Comité observa que no se han tomado medidas para reemplazar la sustitución en la adopción de decisiones por la asistencia para la toma de decisiones en el ejercicio de la capacidad jurídica, recomendando la revisión, de las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que

respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona, proporcionándose formación sobre esta cuestión a todos los funcionarios públicos y otros interesados pertinentes. (33 y 34)”.

La única legislación con incidencia directa y trascendente en nuestro país, desde la comparecencia de España, la constituye el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, establece en su artículo 3.a) como principio de actuación «El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas», y mas recientemente la nueva Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, señala que “También se busca la adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, la cual afecta a la nueva terminología, en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente”.

2.- En definitiva, los avances que se observan en esta materia, han sido propiciados por la Sala Primera del Tribunal Supremo, que ha tenido la oportunidad de aplicar la Convención en numerosas sentencias; apreciándose una importantísima evolución progresiva en su implementación al derecho interno, en relación al art. 12 de la Convención.

2.1.- La primera, la STS 29 de septiembre de 2009, de Pleno; en materia de incapacidad y en la interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007; relativa a si, como consecuencia de la entrada en vigor de esta Convención, debe considerarse contraria a la misma la normativa relativa a la incapacitación como medida de protección de las personas incapaces, señala que: “la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado... Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente

el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona”.

El sistema de protección establecido en el Código Civil sigue por tanto vigente, aunque con la lectura que se propone: «1.º Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es sólo una forma de protección. 2.º La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada.»

Desde esta primera sentencia, la evolución señalada continúa en la STS de 11 de Octubre de 2012, en recurso interpuesto por el M. Fiscal, (Ponencia de José Antonio Seijas Quintana), sobre “La curatela reinterpretada a la luz de la Convención, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad”, en la cual se especifica que “Todo ello se cumple en este caso a partir unos hechos que se mantienen inalterables en casación y que resultan determinantes para que se aplique la curatela, reinterpretada a la luz de la citada Convención, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad, precisamente para proteger su personalidad, en palabras de la propia Convención”; y en la del mismo ponente en STS de 24 de Junio de 2013, sobre “El mantenimiento de la curatela como medida de apoyo”¹, concluye en la necesidad de una supervisión tanto en los aspectos patrimo-

1.- El demandado artista pintor, tiene una esquizofrenia paranoide diagnosticada en la Unidad de Salud Mental del Hospital Comarcal; sin conciencia de su enfermedad, adhesión al tratamiento farmacológico o psicoterapéutico y no acude a la consulta médica desde el mes de junio de 1998 y se recomienda un apoyo en la administración y manejo de dinero. Existen informes contradictorios de 17 de septiembre de 2009 y 30 de septiembre de 2009, como reconoce la sentencia. De un lado, se admite su capacidad contractual y para tomar decisiones económicas, sin embargo, se niega su capacidad para otorgar poderes a terceros y para realizar disposiciones testamentarias entre las que obviamente existen las de contenido patrimonial. Por otra parte, se considera al demandado incapaz para consentir tratamientos, escasas sus habilidades para el autocuidado de su salud para el seguimiento de pautas alimenticias y para el manejo de medicamentos”.

niales como en aquellos que afectan a la persona, que garanticen su estado de salud, el pago de sus necesidades ordinarias, eviten el gasto excesivo y la manipulación por parte de terceras personas, y para ello resulta determinante que se aplique la curatela y no la tutela, reinterpretada a la luz de la citada Convención, desde un modelo de apoyo y de asistencia y el principio del superior interés de la persona con discapacidad, que, manteniendo la personalidad, requiere un complemento de su capacidad (SSTS 29 de abril y 11 de octubre de 2009). Una solución distinta, como dice el Ministerio Fiscal, “no va a repercutir en mejorar su modo de vida, puede apagar su arte y no garantizará la toma de la medicación que precisa no teniendo sentido hacerlo de forma coactiva”, si no mediante un simple apoyo del curador.

En la esfera personal requerirá la intervención del curador en cuanto al manejo de los medicamentos prescritos, ayuda de su enfermedad y autocuidado, el cual decidirá también en su caso la permanencia en residencia o su internamiento en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. En lo que se refiere a su patrimonio y economía, conservará su iniciativa pero precisará del curador para la administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, completando su incapacidad. Controlará y fiscalizará todos sus gastos, incluidos los corrientes, sin perjuicio de que se le asigne una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo).

En ningún caso queda afectado el derecho de sufragio del que se le priva sin justificación alguna. (Tema del que trataremos posteriormente).

2.2.- En la STS de 30/6/2014, además de efectuar un estudio sobre la interpretación de la normativa vigente a tenor de la Convención de Nueva York de 2006, resuelve un caso de cambio de régimen de tutela a curatela, determinando la doctrina jurisprudencial Aplicable. (Francisco Javier Orduña Moreno).

El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la procedencia del cambio de régimen de protección derivado de la curatela por el régimen propio de la tutela, manteniéndose el mismo marco o áreas de actuación limitadas que ya declaró la sentencia de incapacitación, y sin atender a la preferencia del tutor designado por el propio tutelado; todo ello conforme al contexto

normativo aplicable, particularmente a raíz de la Convención de Nueva York, de 2006, relativa a los derechos de las personas con discapacidad (ratificada por el Reino de España el 23 de noviembre de 2007 y publicada en el BOE el 21 de abril de 2008). 2. El Ministerio Fiscal apoya el recurso de casación de acuerdo con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva YORK, 2006), y como medio de respetar en lo posible la voluntad de la persona afectada y su dignidad reconocida en el artículo 10 CE. El motivo planteado debe ser estimado.

En síntesis, debe resaltarse de este contexto interpretativo de la Convención de Nueva York, de 2006, las sentencias de 29 de abril de 2009 (núm. 282/2009) seguida, ente otras, por Sentencias más recientes de esta Sala como la de 24 de junio de 2013 (núm. 421/2013); todo ello, conforme a la doctrina constitucional obrante en la materia objeto de estudio, particularmente de la STC 174/2002, de 9 de octubre. Especialmente de la interpretación sistemática y teleológica que se deriva de la Constitución y de la Convención citada, que si bien puede sostenerse que una regulación específica de la incapacidad, en principio, no resulta contraria a los valores de los Textos citados (especialmente artículos 10, 14 y 49 CE y 12 de la Convención) lo es, precisamente, en la medida en que, pese a la situación de incapacidad, la persona afectada sigue siendo titular pleno de sus Derechos fundamentales de modo que la incapacitación supone, en su correcto entendimiento, sólo una forma de protección de la misma. Si esto es así, se comprende que la proyección del anterior marco axiológico determine la necesaria flexibilidad del sistema de protección de la persona en atención a una gradación de efectos que debe adaptarse a las conveniencias y necesidades de protección de la persona afectada, a una revisabilidad de la situación, según la evolución de la causa que dio lugar a la medida de protección, y además, caso que nos ocupa, a valorar especialmente, siempre que sea posible, la esfera de autonomía e independencia individual que presente la persona afectada en orden a la articulación y desarrollo de la forma de apoyo que se declare pertinente para la adopción o toma de decisiones. Voluntad y preferencia de la persona que constituye una clara manifestación o presupuesto del desarrollo de su libre personalidad que no puede verse menoscabada en la aplicación del interés superior de que se trate; STS de 5 de febrero de 2013 (núm. 26/2013).

La aplicación de la doctrina jurisprudencial al caso, exige las precisiones siguientes:

- A.- No se discute que la incapacitación de una persona, total o parcial, debe hacerse siguiendo siempre un criterio restrictivo por las limitaciones de los Derechos fundamentales que dicha medida comporta.
- B.- Debe adoptarse la medida que sea más favorable a su interés en consonancia con la aplicación de la Convención de Nueva York, “según propone el Ministerio Fiscal, que tenga en cuenta, como principio fundamental, la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilidades, tanto en el ámbito personal y familiar, que le permitan hacer una vida independiente, pueda cuidar de su salud, de su economía y sea consciente de los valores jurídicos y administrativos, reconociendo y potenciando la capacidad acreditada en cada caso, mas allá de la simple rutina protocolar, evitando lo que sería una verdadera muerte social y legal que tiene su expresión más clara en la anulación de los derechos políticos, sociales o de cualquier otra índole reconocidos en la Convención”.
- C.- La modificación del régimen de curatela al de la tutela se realiza, pese a los informes periciales, sobre la misma situación de incapacitación parcial que estableció la sentencia de 30 de junio de 2010 que, no obstante de declarar la incapacidad del afectado para conducir, portar o usar armas de fuego y para la realización de actos y negocios jurídicos complejos, si que reconoció su plena capacidad de obrar para la realización de actos de escasa relevancia que, sin la anterior transcendencia, pueda decidir en el curso ordinario de su vida. Por último, y en tercer lugar, en este contexto de incapacitación parcial, en donde el afectado no tiene anulada, de forma significativa, su capacidad cognitiva y volitiva, siendo capaz de manifestar su voluntad y preferencia sobre determinados ámbitos de relevancia para sus intereses, es donde debe señalarse, conforme a la doctrina expuesta, que el régimen de la curatela, en la persona que el recurrente interresa, es el que mejor responde a las necesidades de protección en consecuencia con el ejercicio de sus Derechos fundamentales.
- D.- Por aplicación del artículo 394.1 LEC no procede hacer expresa imposición de las costas de Primera Instancia dadas las serias dudas

de derecho que presenta el caso enjuiciado que derivan del nuevo contexto legal en la materia a tenor de la Convención de Nueva York.

2.3.- Completa la doctrina jurisprudencial enunciada, la STS de treinta de Septiembre de dos mil catorce ponencia de José Luis Calvo Cabello, donde se analiza la voluntad y el interés superior de la persona discapacitada, como eje del modelo de apoyos impuesto por la Convención, en un caso en que la recurrente pretende que sea designado su hijo, como su tutor, en detrimento de su hija, que era su tutora.

Como criterios para la protección del interés de la persona con discapacidad, ninguna duda puede existir de que el interés de la persona con discapacidad es el interés superior, el que está por encima de cualquier otro que pueda concurrir.

Para conocer cuál sea ese interés, es preciso analizar con rigor y exhaustividad las circunstancias de cada caso, ya que, como se indica en el Preámbulo de la Convención, es indiscutible «la diversidad de las personas con discapacidad».

“No obstante, extraída de la Constitución Española, de la Convención mencionada y de la legislación ordinaria, puede subrayarse la improcedencia de desconocer la voluntad de la persona discapacitada. Es cierto que en determinados casos esta voluntad puede estar anulada hasta el extremo de que la persona discapacitada manifieste algo que objetivamente la perjudique. Pero esta conclusión sobre el perjuicio objetivo debe ser el resultado de un estudio muy riguroso sobre lo manifestado por la persona discapacitada y sus consecuencias a fin de evitar que lo dicho por ella se valore automáticamente como perjudicial, y lo contrario, como beneficioso”.

Como resulta de las manifestaciones de la madre, su voluntad es inequívoca, en su preferencia por su hijo.

“No hay posible confusión. De forma clara y rotunda ha dicho reiteradamente que quiere vivir con su hijo, no con su hija. También, que la estancia con ella se acabó y no quiere volver. No se trata de que por razones nimias, consecuencia de su enfermedad, la señora V.S. no quiera estar con su hija. Es, cualquiera que sea el motivo de esa

decisión, la expresión del deseo de vivir con uno concreto de sus dos hijos, para lo que conservaba en la fecha de la sentencia recurrida el nivel de discernimiento suficiente. Y como ha sido incapacitada solo en lo que se refiere a los actos de contenido patrimonial y a las decisiones sobre su salud, ninguna razón existe para que una expresión de voluntad tan clara no sea atendida”.

La estimación del primer motivo del recurso de casación, hace innecesario analizar los demás motivos. En aplicación de lo dispuesto por el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no procede hacer ningún pronunciamiento sobre las costas del recurso, como tampoco respecto de las costas causadas en la primera instancia y en la apelación, en aplicación de lo dispuesto por los artículos 394 y 398.2 de la misma Ley.

2.4.- Finalmente la STS de 20 de Noviembre de 2014, ponente José Antonio Seijas Quintana, resuelve un recurso de casación, donde se interesa una doble pretensión: principal, para que se le considere absolutamente capaz para decidir sobre sus bienes, siendo innecesario el régimen de curatela instituido en la sentencia recurrida, y subsidiaria, para que el Tribunal acuerde el ámbito de operatividad de la curatela, en el sentido de exigir la asistencia y autorización para los actos patrimoniales complejos, y que pueda disponer de aquellas cantidades normales para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (el llamado “dinero de bolsillo”), sin autorización, así como la gestión de su pensión y, en su caso, la prestación por desempleo. El Fiscal se adhiere a la petición subsidiaria, rechazando la rehabilitación de la patria potestad y solicita se le nombre solo curador, ya que el termino de patria potestad, aplicado a una persona con discapacidad, está posiblemente en contra del la Convención de Nueva York, en los términos de la sentencia de esta Sala de 24 de junio de 2013.

La Sala rechaza la primera petición y acepta la segunda, considerando que el recuso omite los hechos que la sentencia considera probados, en particular los que tienen que ver con la grave deficiencia visual, su inteligencia “borde line” y los actos de prodigalidad del recurrente; y en la aplicación de la Convención de Nueva York, según propone el Ministerio Fiscal, que tenga en cuenta, como principio fundamental, la importancia que para las personas con discapacidad reviste su autonomía e independencia individual, sus habilida-

des, que le permitan ser consciente de los valores jurídicos y administrativos, reconociendo y potenciando en suma la capacidad acreditada en cada caso.

Con cita de las STS 29 de septiembre de 2009 (Rec núm. 1259/2006), de Pleno, que reitera la de 11 de octubre de 2012 (Rec, núm.617/2012), en materia de incapacidad y en la interpretación de las normas vigentes a la luz de la Convención, señala que "la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio. De aquí, que deba evitarse una regulación abstracta y rígida de la situación jurídica del discapacitado... Una medida de protección como la incapacitación, independientemente del nombre con el que finalmente el legislador acuerde identificarla, solamente tiene justificación con relación a la protección de la persona".

La situación actual de P.R. permiten rechazar la medida de rehabilitación de la patria potestad aplicado a una persona mayor de edad que implica una medida de mayor contenido y alcance, no solo terminológico sino jurídico, en cuanto se opone a las medidas de apoyo que sirven para complementar su capacidad en cada caso, según la Convención (SSTS 29 de abril, 11 de octubre de 2009, 24 de octubre 2013).

Para ello resulta determinante la curatela, desde un modelo de apoyo y asistencia del superior interés de la persona con discapacidad reinterpretada a la luz de la Convención, que será ejercida por su madre con el mismo contenido que establece la sentencia, en lo que se refiere al gobierno o control de su patrimonio, pero sin anular su capacidad económica, hasta el punto de impedirle disponer de una suma periódica para su consumo y necesidades cotidianas de la vida (dinero de bolsillo), aspecto en el que también se revoca la sentencia.

2.5.-De lo antes expuesto, entendemos que la prórroga y la rehabilitación de la patria potestad, no cumplen los requisitos exigidos por la Convención, hallándose en clara confrontación, con el art. 12, que exige a los Estados Parte el reconocimiento de que las PCD, tienen capacidad jurídica y de obrar en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Para la efectividad de este reconocimiento deberá proporcionarse a la persona con discapacidad, los apoyos necesarios en el ejercicio de

su capacidad. Este planteamiento irrenunciable, conlleva a reemplazar el tradicional modelo de sustitución en la toma de decisiones, por un modelo de apoyo complementario, en la toma de decisiones, de la siguiente forma:

- A) - El concepto de discapacidad que señala el Art. 1 al indicar 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”, podría calificarse como un concepto mínimo y abierto, pues en el Preámbulo de la Convención se indica que “se reconoce además la diversidad de las personas con discapacidad”.

Este carácter “dinámico” del concepto, Persona, deficiencia, apoyo y sociedad, resultarán trascendentales en la interpretación de las disposiciones relativas a la capacidad jurídica de la persona con discapacidad y a la determinación de los apoyos que requiera para ejercer en plenitud su capacidad de actuar. (Art. 12).

- B) - La Convención adopta el modelo “social de discapacidad” que sustituye al “modelo médico o rehabilitador”, actualmente vigente en buena parte de nuestro derecho, al que se le confiere únicamente carácter residual.

La Convención tanto en su Preámbulo como en su estructura normativa, adopta el modelo social y el principio de no discriminación, colisionando con la figura tradicional de la incapacitación, como mecanismo sustitutivo de la capacidad de obrar, y obliga a “adoptar” una nueva herramienta basada en un sistema de apoyos que se proyecte sobre las circunstancias concretas de la persona, el acto o negocio a realizar.

- C) - El derecho a igual reconocimiento como persona ante la ley del art. 12 es fundamental al constituir el eje del sistema.

La Convención establece un cambio fundamental en la manera de abordar la cuestión de la capacidad jurídica en aquellas situaciones en las que una persona con discapacidad puede necesitar la ayuda de un tercero.

Imponiendo tres deberes distintos, que obligan a todos los Estados partes:

La obligación de respetar. Los Estados partes no deben injerirse en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad.

La obligación de proteger. Los Estados partes deben impedir la vulneración de estos derechos por terceros.

La obligación de actuar. Los Estados partes deben tomar las medidas oportunas de orden legislativo, administrativo, presupuestario, judicial y de otra índole que sean necesarias para el pleno ejercicio de estos derechos.

Por ello, las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, poseyendo capacidad jurídica y capacidad de obrar en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y para conseguir esa igualdad, se adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad.

La Convención pues, unifica la capacidad jurídica y de obrar en un todo inseparable, como sucede con cualquier persona, y a partir de esta necesaria “igualdad”, proporcionándole los mecanismos de apoyos adecuados, asegura a la persona con discapacidad, su plena capacidad para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas y restringe, el instrumento de la incapacitación si afecta a la anulación de la capacidad de obrar.

Estamos pues ante un nuevo modelo de apoyo o asistencia, que termina con el actual de “sustitución en la toma de decisiones”, aunque deja la determinación del apoyo y su extensión complementaria a la regulación propia del derecho interno.

Sólo así tiene razón de ser el concepto de “discapacidad”, como el resultado de la interacción entre una persona con deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, que limita la capacidad de ejercer una o más de las actividades esenciales de la vida diaria en un entorno con barreras que no le ofrece los servicios y apoyos necesarios, limitando y restringiendo su participación.

Por tanto la regulación y redacción actual del TÍTULO IX y X del Libro Primero del CC., deben ser objeto de nueva redacción y modificación, y particularmente, la mención a la posibilidad de modificación de la capacidad del menor, totalmente innecesaria a la luz de la Convención.

La incapacidad del menor de edad, está aún prevista en el art. 201 del CC., que “los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad”.

El precepto es contrario a la Convención, pues entendemos que durante la minoría de edad, los padres o tutores, a través del ejercicio de “la patria potestad” ejercen un sistema de apoyo adecuado y suficiente; respetando siempre los derechos del menor y su superior interés. (art.23 CDPD).

Todo ello, sin perjuicio de ajustar un periodo temporal, antes de que se llegue a la mayoría de edad, que permita el que una vez alcanzada esta, se hayan ya establecido judicialmente los apoyos necesarios.

2.6.- Pero aplicada “la patria potestad”, a los mayores de edad, bien como prórroga, o rehabilitación; supone, la aplicación de un mecanismo de sustitución total de la persona y la adopción del “régimen de apoyo más intenso”; donde se anula la capacidad de decidir, que en la mayoría de los casos supone, una tutela automática y un apoyo excesivo.

Lo que procede es instaurar los apoyos personalizados y efectivos en beneficio de la persona afectada en la toma de decisiones, a los que con reiteración se refiere la Convención, para, en palabras de la misma, proteger su personalidad en igualdad de condiciones con los demás, permitiéndole el ejercicio de la capacidad de obrar en las diferentes situaciones que se planteen, con aplicación 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 como precisa el art.12.4.

Se incumple por tanto, el principio de igualdad, que conforme a la Convención, debe comprender una sistema de apoyo común a todos los que lo necesiten, conforme a sus peculiaridades, dentro de un marco de apoyos

igual para todos, sin distinguir la situación de tutela de la menor edad, que cumplida su función, desaparece, para incorporarse a un sistema normalizado y común para todos.

Esto conllevaría a que el sistema de apoyo de la patria potestad prorrogada o rehabilitada, desapareciera, evitándose una sustitución cronicada, contraria al régimen de igualdad. Sin perjuicio, que los padres y el círculo familiar más inmediato, fuera en principio el más adecuado para presta la asistencia y el apoyo necesario. 8 Preámbulo letra X y Art. 23, “Respeto del hogar y de la familia”.

III. DE LOS MECANISMOS DE APOYO PREVISTOS EN EL ART. 12.4. DE LA CONVENCIÓN

La Convención reconoce que algunas personas con discapacidad necesitan ayuda para ejercer su capacidad jurídica, para ello, los Estados deben adoptar las medidas pertinentes para proporcionarles el apoyo adecuado en el ejercicio de su capacidad jurídica y establecer las salvaguardias necesarias contra el abuso de ese apoyo. (Art. 12.4).

La determinación voluntaria de los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica, sería el procedimiento ideal, a través de poderes notariales adecuados, mecanismos de voluntades anticipadas, y autotutela, que deben revisarse a la luz de la Convención, evitando el conflicto de intereses y la influencia indebida.

En general, estos apoyos se darán tanto en situaciones de ámbito patrimonial, como también en el ejercicio de sus derechos fundamentales.

El apoyo puede adoptar múltiples formas, desde el prestado en y por la familia, (Preámbulo x), que es especialmente preferido como se desprende también del Art. 23. 4 y 5, hasta el sistema de “apoyo asistencial” en sus diversas áreas: asistente personal, económico, y social en sus vertientes esenciales de salud, educación, integración social y vida independiente. Podrán serlo tanto las personas físicas como las jurídicas y se deberán tener en cuenta la voluntad de la persona a asistir, si hubiese manifestado su voluntad al respecto.

También contemplaría la posibilidad de una “asistencia institucional”, necesaria para la protección de la persona en situación de desamparo, así como la prestada desde una persona de confianza o una red de varias personas, que podría necesitarse sólo ocasionalmente o de forma continua.

La Convención distingue un apoyo “mas intenso”, donde será la autoridad judicial, la que excepcionalmente confiere el apoyo de una persona que no puede decidir por si misma en el momento de la evaluación de sus habilidades, a una persona de “apoyo”, con facultades de representación jurídica, por tiempo determinado, y bajo un “plan de apoyo”, promovido por Aurora Elósegui, Magistrada del Juzgado nº 6 de S. Sebastián, que marcará la conducta a seguir y donde la persona o personas de apoyo, deben permitir que aquella ejerza su capacidad jurídica en la mayor medida posible, según sus deseos. Es por tanto necesaria la modificación de la tutela, (independientemente de cómo se le quiera denominar), en tanto que no se cumplen en nuestro CC, los parámetros expuestos.

En los demás casos, la toma de decisiones con apoyo puede adoptar numerosas modalidades. Apoyos en las decisiones personales, en las decisiones patrimoniales, (Art. 12. 5), sociales, y en general de toda índole, cuando se basen en el ejercicio de los derechos reconocidos en la Convención, estando abierta a “nuevas formas” nacidas de la diversidad de condiciones que puedan suscitarse².

2.- La provincia de la Columbia Británica en el Canadá es una de las jurisdicciones más avanzadas en la incorporación de la toma de decisiones con apoyo en la legislación, la normativa y la práctica.

Toda persona con discapacidad puede concertar un “acuerdo de representación” con una red de apoyo.

Una de las principales innovaciones en la legislación consiste en que las personas con discapacidad más grave pueden concertar acuerdos de representación con una red de apoyo simplemente demostrando “confianza” en las personas de apoyo designadas.

Para concertar ese acuerdo no es preciso que la persona con discapacidad demuestre tener competencia jurídica de acuerdo con los criterios ordinarios, basta haber demostrado la capacidad de comprender la información pertinente, darse cuenta de las consecuencias, actuar voluntariamente y comunicar una decisión con independencia.

Varias personas y redes de apoyo han concertado acuerdos de representación como alternativa a la tutoría u otras formas de toma de decisiones sustitutiva.

El Centro de Recursos para Acuerdos de Representación (Representation Agreement Resource Centre), organización basada en la comunidad, ayuda a crear y mantener redes de apoyo

La curatela reinterpretada a la luz de la Convención que está ya siendo utilizada por nuestros tribunales y propugnada por las Instrucciones de la Fiscalía.

El guardador de hecho, es un mecanismo de apoyo muy acorde a la Convención, que puede jugar un papel relevante en la protección de las personas mayores.

En el derecho comparado, destacaremos aquellas que se constituyen y se organizan en torno a “una red de apoyo de personas de confianza”, lo que supone una distinción entre la toma de decisiones con apoyo y la toma de decisiones sustitutiva, como el testamento vital y los tutores/amigos.

Los mecanismos de apoyo a las personas con discapacidad, son competencia de la legislación interna, por lo que conviene recordar que en algunas Comunidades Autónomas, se están considerando figuras de apoyo asistencial, como en la Ley del Libro II del C. Civil de Catalunya, donde se regulan figuras de Asistencia personal, y administración de bienes.

IV. LA ASISTENCIA

El apoyo basado en la asistencia, está previsto en nuestra legislación interna, La figura del Asistente ha sido creada ex novo por la ley 25/10 del Parlamento de Cataluña, de 29 de julio, del Libro Segundo, capítulo sexto, del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

Se justifica la innovación, señalando su Exposición de Motivos, que se parte de la “evidente la influencia que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo que fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que insiste en que la discriminación contra cualquier persona por razón de su incapacidad es una vulneración de la dignidad y del valor inherentes al ser humano, y reconoce la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un

ofreciendo información, publicaciones, seminarios y asesoramiento. También supervisa un registro, en el que una red de apoyo puede inscribir un acuerdo para que terceros lo examinen si es necesario antes de celebrar un contrato con la persona con discapacidad.

apoyo más intenso. Dentro de la “filosofía” que se desprende de los principios generales de la Convención (respeto a la dignidad inherente, a la autonomía individual, la libertad de tomar las propias decisiones, la independencia de las personas; la no discriminación; la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad de la condición humana; la igualdad de oportunidades; la accesibilidad; la igualdad entre hombres y mujeres; el respeto a la evolución de las facultades de los niños y niñas con discapacidad y a su derecho de preservar su identidad), la Asistencia puede ser un instrumento adecuado para conseguir una mayor independencia personal. El nuevo modelo de protección de la persona considera que la incapacitación es un recurso demasiado drástico y, a veces, poco respetuoso con la capacidad natural de la persona protegida, siendo necesario que en el capítulo sexto incluye un nuevo instrumento de protección, la asistencia, dirigido al mayor de edad que lo necesita para tener cuidado de su persona o de sus bienes a causa de la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas. Se parte, así, de una concepción de la protección de la persona que no se vincula, necesariamente, a los casos de falta de capacidad, sino que incluye instrumentos que, basándose en el libre desarrollo de la personalidad, sirven para proteger a las personas en situaciones como la vejez, la enfermedad psíquica o la discapacidad. Este instrumento puede ser muy útil, también, para determinados colectivos especialmente vulnerables pero para los que la incapacitación y la aplicación de un régimen de tutela o curatela resultan desproporcionadas, como por ejemplo las personas afectadas por un retraso mental leve u otras para las que, por el tipo de disminución que sufren, los instrumentos tradicionales no son apropiados para atender a sus necesidades.”

La AP. de Barcelona, Sección 16, en sentencia de siete de mayo de dos mil trece, señala que “En el caso de autos, el demandado está correctamente orientado y no presenta alteraciones cognoscitivas aparentes, muestra una memoria infalible para fechas relacionadas con su biografía aunque su atención y concentración se muestran ligeramente distorsionadas por los elevados niveles de ansiedad que presenta durante el reconocimiento. Clínicamente presenta un nivel intelectual dentro de la normalidad. En conclusión el demandado padece un síndrome de User, enfermedad hereditaria autosómica recesiva, que le ha producido sordomudez desde la infancia, sordera bilateral y pérdida progresiva de la visión por retinosis pigmentaria.

Presenta clínica adaptativa reactiva a sus dificultades cotidianas para ejercer una vida autónoma e independiente, con episodios de irritabilidad y ansiedad. Tanto el demandado como el Ministerio Fiscal y esta Sala consideramos que la mejor ayuda y protección al demandado se cumple con el nombramiento de un asistente, figura novedosa de la legislación catalana que permite otorgar a una persona la protección necesaria sin merma de su capacidad de obrar.

La asistencia, regulada en los artículos 226-1ss CCC va dirigida al mayor de edad que lo necesita para cuidar de su persona o de sus bienes debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas. Responde al principio de necesidad pues no debe imponerse ninguna limitación a la capacidad de actuación del asistido.

El asistente debe actuar únicamente en lo estrictamente imprescindible cuando el asistido no lo pueda ejecutar por si mismo. La actuación del asistente va dirigida a ayudar al asistido a desenvolverse mejor, pero sin anular su personalidad. Debe atenderse a los deseos y consultarse la voluntad del asistido, pues no olvidemos que mantiene íntegra su capacidad de obrar.

Se cumplen en este caso los requisitos para la constitución de tal figura protectora que al efecto establece la legislación catalana, pues ha solicitado su constitución el propio Sr. Herminio, que es mayor de edad y está afecto de una disminución de sus facultades físicas en un grado que no llega a requerir su incapacidad judicial, total o parcial, como previene el art. 200 CC EDL 1889/1, y su disminución no es incapacitante de sus facultades físicas y psíquicas.

Y concurre asimismo, la necesidad de esta institución para, tal como refirió la médico forense en la Vista celebrada en esta alzada procedimental, hacer de puente entre la realidad y el recurrente, esto es, facilitarle la comunicación con terceros, y al mismo tiempo, transmitirle a él cualquier dato del entorno que precise conocer.

Se acuerda por tanto, el nombramiento como asistente, designado por el Sr. Herminio a la entidad Assertim SCP (Assessorametn i serveis de traducció, interpretació i mediació) sin que de la regulación de tal figura se pueda extraer que se excluya de tal actuación protectora a una persona jurídica, tal como puede también admitirse para asumir otras actuaciones protectoras

como podría ser la tutela o curatela. Tal entidad deberá aceptar el cargo en fase de ejecución de esta resolución, ante el Juzgado a quo.

La AP de Lérida, Sección Segunda, en sentencia de de 26 de octubre de 2012, ya utilizó semejantes fundamentos de aplicación.

Finalmente, no resulta infrecuente, que las sentencias donde se declara la patria potestad prorrogada o rehabilitada, se produzca una eliminación de derechos fundamentales, como el de sufragio, sin la más mínima fundamentación, incluso, solicitado por los legitimados en su demanda. Al respecto la STS de 24/06/2013, señala que en ningún caso queda afectado el derecho de sufragio del que se le priva sin justificación alguna”.

El art. 29 de la Convención garantiza a las personas con discapacidad los derechos políticos y la posibilidad de gozar de ellos en igualdad de condiciones y como corolario lógico ejercer el derecho de voto que se considera conveniente y beneficioso, mientras que el artículo 3.1 b y 2 de la Ley 5/85, de 19 de julio, del Régimen Electoral General, señala que los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme quedarán privados del derecho de sufragio, siempre que la misma declare expresamente la incapacidad para su ejercicio, debiendo los Jueces o Tribunales que entiendan de los procedimientos de incapacitación o internamiento pronunciarse expresamente sobre la incapacidad para el ejercicio del sufragio. La pérdida del derecho de sufragio no es una consecuencia automática o necesaria de la incapacidad, sino que es posible la incapacitación y la reserva al incapaz de este derecho pues una cosa es que una persona no pueda regirse por si misma, ni administrar su patrimonio, y otra distinta que esté impedida para ejercitarlo correctamente. Es el Juez que conoce del proceso a quien corresponde analizar y valorar la situación de la persona sometida a su consideración y pronunciarse sobre la conveniencia de negar el ejercicio de este derecho fundamental, que es regla y no excepción, a quien puede hacerlo no obstante su situación personal. Nada se argumenta en la sentencia de que no pueda hacerlo, de que no pueda discernir el sentido de su voto o que lo ponga en riesgo mediante la actuación de terceros, antes al contrario, su habilidad para tomar una decisión de esta clase no ha sido cuestionada y parece además conveniente que así lo haga de forma libre, como medida terapéutica para el tratamiento de su enfermedad, que puede verse afectada por el rechazo que deriva de su estado. En el mismo sentido STS. 1/7/14.

II.1

DISCAPACIDAD Y FILIACIÓN, SU DETERMINACIÓN, CRISIS MATRIMONIALES Y EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

D. Federico Cabello de Alba Jurado
Notario de Montilla. Director Área social de la Fundación Aequitas

Resultan especialmente numerosos los puntos de conexión que surgen al tratar los temas objeto de esta guía. Nada más y nada menos que la discapacidad y la infancia. La misma tarea de delimitar ambas temáticas resulta ya complicada. Partiendo de la propia concepción del ser humano, el respeto a la vida, la educación y formación –tan urgentemente precoz en el caso que nos ocupa-, el tránsito a la vida del joven y el adulto, parece una tarea ingente. Una primera aproximación a esta labor exige delimitar los temas que desde el punto de vista jurídico afectan a la infancia y mantienen una especial conexión con los primeros años de desarrollo de la persona con discapacidad.

Quedarán muchas cuestiones atrás, y el tratar que sea una materia accesible para el profano nos obliga necesariamente a *allanar* el lenguaje. Aseguro a todo el que tenga el valor de acercarse a este texto que ese ha sido el ánimo que ha movido a quienes de una manera u otra hemos contribuido a esta obra. Espero que no acaben defraudados.

I. DISCAPACIDAD Y FILIACIÓN

Originalmente la filiación resulta de una relación meramente biológica, aunque desde un punto de vista jurídico nos encontramos con una realidad más compleja. Así, en nuestro ordenamiento, la filiación puede resultar de esa realidad biológica, la filiación por naturaleza, o por una relación jurídica, la filiación adoptiva. Ambas resultan meridianamente delimitadas por el artículo

108 del Código civil. Además, de los avances científicos resultan otras posibilidades o vías de filiación, la derivada de la utilización de gametos masculinos o femeninos ajenos, la por todos conocida por reproducción asistida.

Las pocas referencias que La ley 14/2006 de 26 de mayo sobre técnicas de reproducción humana asistida, incorporadas tras la modificación realizada por la ley 26/2011 de 1 de agosto de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, se reducen a establecer la obligación de que todos aquellos documentos implicados en el procedimiento de reproducción asistida resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad (artículos 5, 6, 11 y 15). Cabe plantearse en cuanto a este tema la forma en que esta legislación especial trata la posibilidad de que las personas con discapacidad puedan ser beneficiarios de este tipo de tratamientos tendentes a posibilitar la concepción o la de intervenir como donantes de material genético con el mismo fin.

No encontramos al efecto ninguna disposición concreta. Las exigencias que establece la ley para que el tratamiento pueda tener lugar son, en el sentido señalado por Miguel Ángel Ramiro (Ramiro, 2008) que haya posibilidades razonables de éxito, no suponer riesgo grave para la salud, física o psíquica de la mujer o la posible descendencia y previa aceptación libre y consciente de su aplicación por su parte, que deberá haber sido anterior y debidamente informada de sus posibilidades de éxito, sí como de los riesgos y las condiciones del tratamiento. Lógicamente, dichas exigencias dejan fuera a muchas mujeres con discapacidad cuando la causa de la misma entraña en sí misma un peligro para su salud, la de la posible descendencia o para el éxito de la intervención. Pero hay que ir más allá en cuanto que el consentimiento informado, que quedará recogido en un formulario, por mucho que deba ser accesible y comprensible para la persona con discapacidad, exige, a juicio de este autor, plena capacidad en los términos establecidos por la ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Dicha ley, a pesar de que prevé en su artículo 8 que si el paciente es una persona con discapacidad, se le ofrecerán medidas de apoyo pertinentes, incluido el recurso a formatos adecuados, accesibles y comprensibles, supone un límite infranqueable para las personas incapacitadas judicialmente. Respecto de ellas no se plantea, siguiendo a este mismo autor, con arreglo a

las normas generales de nuestro ordenamiento, ni tan siquiera la posibilidad de asentir. En cuanto a la posibilidad de que personas con discapacidad puedan ser donantes cabe hacer análoga reflexión, pues el propio artículo 6 de la ley 14/2006 exige plena capacidad de obrar y que haya prestado su consentimiento de manera libre, consciente y expresa.

Podemos pasar a analizar, en la materia de discapacidad y filiación, uno de los temas que mayor complejidad puede plantear. Me refiero, entrando ya a hablar de la filiación puramente biológica, a la esterilización de las personas con discapacidad. Y hablo de materia compleja por la confluencia de numerosos valores a veces difíciles de conciliar, como son la libertad e igualdad de las personas con discapacidad, sus necesidades afectivas y sexuales, la valoración de su aptitud para el ejercicio de las obligaciones y deberes derivados de la filiación, intereses y opciones de su entorno familiar y social y, en fin, la obligación de los poderes públicos de garantizar una adecuada protección de la infancia y la minoría de edad.

La Convención es meridianamente clara cuando establece en su artículo 17 que “toda persona con discapacidad tiene derecho a que se respete su integridad física y mental en igualdad de condiciones con las demás”, añadiendo su artículo 23.1c) el derecho a que “las personas con discapacidad, incluidos los niños y las niñas mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con los demás”.

Es indudable que las personas con discapacidad tienen necesidades afectivas y sexuales, por lo que una primera cuestión a resolver es hacer compatible la satisfacción de dichas necesidades con el cumplimiento de las responsabilidades que de ese hecho puedan resultar. Desde ese punto de vista, y siguiendo a Ana Saravia (Saravia, 2013) no debe confundirse el reconocimiento del derecho a vivir la sexualidad con la capacidad para asumir la paternidad y las consecuencias derivadas de la filiación. Como adelantamos, y especialmente en el campo de la discapacidad intelectual, no fácil llegar a un consenso pacífico.

Partiendo del principio de igualdad y del derecho a la educación de las personas con discapacidad, ésta tiene derecho a acceder a una educación sexual y reproductiva que, con los apoyos necesarios, posibilite su libre

elección en cuanto a la decisión de tener o no tener hijos, el número de ellos o utilizar uno u otro método anticonceptivo. La Convención vuelve a ser clara cuando en su artículo 23.1 b) reconoce el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre uno y otro, el de tener acceso a información, educación sobre su reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y a que se les ofrezcan los medios que les permitan ejercer esos derechos.

Es fácil entender, no obstante lo dicho, la dificultad que se plantea en el ámbito familiar y social de las personas con discapacidad al admitir dicha posibilidad, y la necesidad de hacer compatible dicha libertad con la obligación de facilitar el ejercicio responsable de la paternidad.

No encontramos en nuestro ordenamiento reconocimiento explícito al respecto, igual que tampoco lo encontramos con relación a las personas sin discapacidad. No obstante, si existe un reconocimiento implícito del derecho a desarrollar una vida sexual si tenemos en cuenta que en el ámbito penal, las relaciones sexuales en que intervengan personas con discapacidad, aunque no se utilice directamente este término, sólo son punibles bajo la figura del abuso sexual cuando el tercero se sirve de su trastorno mental o cuando el hecho de tener un trastorno mental la hubiera colocado en una situación de total indefensión (artículos 181 y 183 Código Penal).

Visto lo anterior, el derecho a la sexualidad que proclama la Convención, y el implícito que deriva de la legislación penal, la esterilización de las personas con discapacidad sólo puede entenderse como un recurso que facilite el ejercicio de ese derecho sin comprometer de manera caprichosa el cumplimiento de los deberes inherentes a la paternidad.

El vigente Código penal se refiere a esta posibilidad como excepción al delito de lesiones, en concreto el artículo 156. Con arreglo al mismo, se exige de responsabilidad penal cuando medie el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido en el supuesto de esterilizaciones salvo, entre otros supuestos, cuando el que lo haya emitido sea menor de edad o carezca absolutamente de aptitud para prestarlo. Es de señalar que en estos casos no será válido ni suficiente el prestado por sus representantes lega-

les. A continuación dispone que no será punible la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento, siempre que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos y a fin de salvaguardar el mayor interés del afectado.

En base a ello no se puede entender la esterilización como una práctica genérica en el caso de que trate de personas con discapacidad, sino de una solución al conflicto de intereses jurídicos protegidos por nuestro ordenamiento, y que exige la concurrencia de una serie de circunstancias y de garantías que merece la pena analizar.

- 1.- Ha de tratarse de personas que carezcan absolutamente de aptitud para prestar el consentimiento o, en los propios términos del Código penal, de personas que de forma permanente no puedan prestar de modo alguno su consentimiento. Se aparta el texto de la exigencia clásica de la necesaria y previa incapacitación de la persona, lo que, sin prescindir de la tutela judicial, aporta de positivo que se eviten procedimientos de incapacitación que tengan como única finalidad la esterilización de la persona. Esta innovación, concibiendo la esterilización como un mecanismo de protección de la persona con discapacidad, se aparta de uno de los principios más duramente criticados tradicionalmente en nuestro ordenamiento, cual es el de limitar los mecanismo de protección a la necesaria y previa incapacitación. En la práctica, no obstante, cuesta imaginar demandas que no acumulen ambas pretensiones.
- 2.- No bastará el consentimiento prestado los representantes legales de la persona incapacitada. Otra de las cautelas o garantías que derivan del precepto que estudiamos es que, aun en los supuestos en que se trate de una persona incapacitada o, en la terminología más reciente, cuya capacidad de se halle judicialmente modificada, no bastará cuando se pretenda su esterilización el consentimiento de quien ostente su representación legal. Sin perder de vista que será la sentencia de incapacitación la que determine la “extensión y los límites de esta”, se evita que por una simple decisión de los padres o del tutor se pueda proceder a una intervención de tal trascendencia para la persona afectada y que se inmiscuye en el ejercicio de sus derechos más fundamentales.

- 3.- Ha de tratarse de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento. Obviamente, quedan fuera las personas con discapacidad física y aquellas personas con discapacidad intelectual leve. Esa imposibilidad de prestar el consentimiento ha de entenderse, no obstante, como imposibilidad para prestar un consentimiento válidamente formado, libre y consciente, lo que en nuestra doctrina y ordenamiento viene denominándose “consentimiento informado”. Sin duda este es uno de los extremos que más puede dar que pensar al abordar el estudio de este tema. Lo que aparece claro es que lo considerado más trascendente a estos efectos debe ser la aptitud para comprender las consecuencias de su actuación, tanto las de la esterilización como de la omisión de esta medida. Una falta de aptitud tal que le imposibilite comprender los aspectos básicos de la sexualidad, de la paternidad y de la medida de la intervención corporal que se pretende practicar.

- 4.- Que se trate de supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos. Aquí aparece plasmado expresamente una de las reflexiones que antes adelantamos. Por un lado, la resolución judicial debe valorar el conflicto que puede darse entre bienes protegidos cuales serían el derecho a decidir sobre tener o no hijos, cuantos y en qué momento (expresamente amparado por la Convención, artículo 23) y la aptitud del sujeto para crear las condiciones idóneas para ejercer las obligaciones derivadas de la paternidad. Además, deriva de lo anterior que solo debería recurrirse a este medio cuando no haya algún medio menos invasivo para la integridad física del sujeto, es decir, otros medios contraceptivos alternativos o cuando se excluya la concepción por causas naturales, por ejemplo y de manera obvia, en los supuestos de infertilidad.

- 5.- Con el fin de salvaguardar el mayor interés del afectado. En ocasiones, durante el desarrollo vital de la persona con discapacidad, esté o no incapacitada judicialmente, se reconoce una clara tensión entre sus intereses y los de su entorno, y cuando me refiero al entorno lo hago a la familia y la sociedad que lo rodea, donde convive y a quien también es exigible atenderlo, respetarlo y protegerlo. Hay que reconocer que dichos intereses no siempre coinciden y es función principal del juzgador, como después veremos, valorar si la adopción de una medida como la esterilización

obedece realmente a los intereses de la persona afectada. Habrá que preguntarse, por tanto, si la esterilización podría servir en el caso concreto de que se trate para que la persona con discapacidad pueda desarrollar su personalidad de manera más adecuada, digna y en régimen de igualdad con los demás. Por ejemplo, ya vimos que la esterilización debe entenderse en ocasiones como una garantía para que la persona con discapacidad cubra sus necesidades afectivas y sexuales con la seguridad de no tener que afrontar una paternidad que quizá no tenga aptitud para asumir, o que la sitúe en situación de riesgo de contraer enfermedades de transmisión sexual, o de incurrir en hábitos promiscuos que atenten contra su propia dignidad. En fin, bajo la directriz de salvaguardar el mayor interés de la persona con discapacidad, sería necesario valorar los componentes sociales, culturales, familiares o conductuales de la persona para tomar una decisión personalizada y ceñida al caso concreto.

- 6.- Finalmente, habrá que tener en cuenta que habrá de recaer el correspondiente acuerdo del órgano judicial. Nada dispone además de manera expresa el artículo 156 tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo por la que se modificó el Código penal. No obstante, la Disposición Adicional primera de dicha norma establece que la esterilización “deberá ser autorizada por un juez en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimientos contradictorio posterior, a instancias del representante legal de la persona sobre cuya esterilización se resuelve, oído el dictamen de dos especialistas y del Ministerio Fiscal, y previo examen por el juez de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar su consentimiento”.

Evidentemente, en ningún caso debería plantearse un procedimiento con este objeto sin que fuera necesaria la intervención y audiencia del Ministerio Fiscal en cuanto afecta a derechos fundamentales de la persona. Al igual que sin contar con el dictamen de especialistas que habrán de valorar no sólo la aptitud mental de la persona para prestar su consentimiento, sino también la adecuación del procedimiento médico ante la realidad fisiológica del sujeto. En cuanto a la naturaleza del procedimiento es criticable que se vincule necesariamente a un procedimiento de modificación de la capacidad. Una cosa es que en el procedimiento se observen todas las garantías que sean necesarias y otro que la persona que se pretende sea esterilizada sea

necesariamente incapacitada o que haya procedimientos de incapacitación que tengan por objeto exclusivamente incapacitar a la persona.

Para acabar, es preciso el examen de la persona afectada que carezca de capacidad para prestar el consentimiento. La terminología legal, a mi entender, debería ir más allá. Habla el artículo 156 de personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento. Tal falta de aptitud para entender la trascendencia de la intervención que se plantea o la de asumir la paternidad no debería excluir una intervención más activa en el procedimiento de la persona afectada, aun cuando debiera valerse de los apoyos que en cada caso deban establecerse.

En definitiva, es de reconocer que nuestra legislación, a raíz de la modificación operada por la Ley Orgánica 1/2015 se ha acercado más a las exigencias derivadas de la Convención, pero también hay que avanzar en la plasmación real, y no sólo terminológica, de la recomendación dictada al estado español por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad en el sentido de que suprima “la administración de tratamiento médico, en particular la esterilización, si el consentimiento, pleno y otorgado con conocimiento de causa, del paciente, y a que vele porque la legislación nacional respete especialmente los derechos reconocidos a las mujeres en los artículos 23 y 25 de la Convención”. (Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, observaciones al informe presentado por el estado español en virtud del artículo 35 de la Convención. Sexto periodo de sesiones, 2011).

II. DISCAPACIDAD Y DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN

Con arreglo a nuestra legislación civil, no parece que encontremos problemas especiales en la determinación de la filiación en el caso de paternidad o maternidad matrimonial, que resulta de la presunción del artículo 116 y 117 del Código Civil, ni de la filiación adoptiva o la que resulta de procesos de reproducción asistida, en cuanto en estos supuestos la filiación resultaría de un acto formal. Quizá por ello, los mecanismos que nuestra legislación reconoce para determinar la filiación se refieren principalmente a la biológica en el ámbito extramatrimonial, a través de las denominadas acciones de filiación.

Tradicionalmente nuestra legislación ha distinguido entre las acciones de reclamación de la filiación, aquellas que tiene por objeto declarar una filiación no reconocida con anterioridad, y la de impugnación de la filiación, que, por el contrario, tiene por finalidad dejar sin efecto una filiación que con anterioridad se daba por segura. Evidentemente, ambas acciones pueden acumularse, lo que no será infrecuente cuando una filiación reclamada contradiga otra previamente determinada. El propio artículo 134 del Código Civil lo reconoce al disponer que el ejercicio de una acción de filiación permitirá la impugnación de otra contradictoria.

No es propósito de esta obra realizar un análisis extenso de esta materia, pero se impone hacer un estudio de la discapacidad en relación con estas acciones y procedimientos. Y no solo en cuanto a la posibilidad de su ejercicio por personas con discapacidad, sino también sobre las cautelas que en cada caso proceden cuando sean personas con discapacidad aquellas cuya filiación se reclama o impugna.

Con carácter general, el artículo 765 de Ley de Enjuiciamiento civil dispone que cuando el ejercicio de una acción de determinación o impugnación de la filiación corresponda a un menor o incapacitado, éstas podrán ser ejercitadas indistintamente por su representante legal o por el Ministerio Fiscal indistintamente.

Antes de entrar en el análisis de esta materia, creo que se impone hacer una pequeña reflexión sobre la frecuente equiparación genérica que en nuestro ordenamiento se da entre los menores y las personas incapacitadas. No hemos de olvidar que en el caso de los menores de edad son muchos los preceptos del Código que les dan intervención en las materias que les afectan. Por todos, con arreglo al artículo 154 se establece que si los hijos tuvieren suficiente juicio deberán ser siempre oídos antes de adoptar decisiones que los afecten. Parece claro, por tanto, que en la mayoría de las ocasiones, tratándose de menores con capacidad natural suficiente, ante el ejercicio de una acción de filiación, deberán ser al menos oídos en el procedimiento. Por el contrario, no encontramos precepto alguno que imponga esa garantía en el caso de personas incapacitadas, falta que, una vez más, conculca claramente los derechos que deberían asistir a las personas con discapacidad, incapacitadas en la terminología de nuestro Código Civil.

Pasando ya a la materia que nos ocupa, y dejando a un lado al Ministerio Fiscal, tratándose de una persona incapacitada, el ejercicio de esas acciones correspondería a sus padres en ejercicio de la patria potestad prorrogada o rehabilitada o a su tutor. Por el contrario, entendemos que el curador, con arreglo a la mecánica específica de esta institución, no estaría legitimado para ello, debiéndose limitar, con arreglo a lo dispuesto en la sentencia que establezca esta forma de protección, a *asentir* a la actuación del curatelado. Cuestión distinta sería la posibilidad de que una persona con discapacidad y no incapacitada pudiera servirse del guardador de hecho para el ejercicio de esas acciones.

No hemos de olvidar que el guardador de hecho puede actuar en nombre y representación de la persona con discapacidad. Carece, por regla general, de título formal habilitante, pero ello no es obstáculo para que el propio Código reconozca que lo actuado por el guardador de hecho en su interés no podrá ser impugnado si redundo en su utilidad (artículo 304 Cc). Podría defenderse en base a ello que, sin perjuicio de que la autoridad judicial adoptara las medidas de protección que considerase oportunas, el ejercicio de la acción surtiría plenos efectos en beneficio de la persona con discapacidad.

En el caso de los padres y en el supuesto ordinario de que la patria potestad prorrogada o rehabilitada está atribuida a ambos de manera conjunta, deberán actuar de mutuo acuerdo. Si hay discrepancia entre ambos, corresponderá al juez dirimir el desacuerdo con arreglo a las normas generales de ejercicio de la patria potestad y al artículo 156 del Código civil. Cuestión distinta es que entre los padres existiera conflicto de intereses, por ejemplo, cuando se reclame una filiación que contradiga la del otro o, simplemente, se impugne dicha filiación. En este caso, con arreglo también a la regulación general del Código civil, procedería nombrar al hijo un defensor judicial conforme a los artículos 163 y 299. Es ejemplar a estos efectos la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2004, que decretó la necesidad de nombrar defensor judicial a un menor en caso de ejercicio de una acción de impugnación de la filiación matrimonial por el presunto padre biológico ante la negativa de los que aparecían como progenitores a someterse a las pruebas biológicas.

De entre los medios de determinar la filiación no matrimonial que reconoce el artículo 120 del Código Civil merece la pena detenerse en el estudio del

reconocimiento hecho ante el encargado del Registro civil, en testamento o en otro documento público, y en el resultante de sentencia firme, previa, lógicamente, el ejercicio de la correspondiente acción de filiación.

En cuanto al reconocimiento, supone una declaración formal que reconoce una determinada filiación. De su conexión con la discapacidad podemos detenemos tanto en el caso de que el reconocimiento se haga por una persona con discapacidad como en el caso de que trate del reconocimiento de la filiación de una persona con discapacidad. Como en muchos casos, nuestro Código civil, de manera criticable, se limita a hacer referencia a la incapacidad y no a la persona con discapacidad, por lo que han de entenderse con arreglo al tenor de la ley, cautelas sólo aplicables al caso de personas con discapacidad que hayan sido previamente incapacitadas. De nuevo en este tema se pone de manifiesto un posicionamiento arcaico, en cuanto nuestro Código no reconoce instituciones de apoyo y protección de las personas con discapacidad sino a través de un procedimiento de incapacitación (Santos, 2009 y Cabello de Alba, 2013).

En cuanto al reconocimiento otorgado por una persona con discapacidad el artículo 121 del Código Civil exige para el otorgado por incapaces aprobación judicial con audiencia del Ministerio fiscal. Cabe reiterar al Código Civil la doble crítica que a lo largo de este texto estamos haciendo. Se equipara en el artículo 121 a los menores que no pueden contraer matrimonio y los incapacitados y, por otro lado, se refiere exclusivamente a “incapaces”. No vamos a extendernos de nuevo en este tema, pero para que la persona con discapacidad goce de alguna garantía requerirá previamente ser incapacitada y, además, mientras los menores deben ser oídos antes de tomar decisiones que les afecten (por todos, artículo 154), no encontramos disposición semejante respecto de las personas con discapacidad ni incapacitados.

El artículo 121 se refiere al reconocimiento hecho por incapaces. Podría entenderse que el Código incurre en una especie de quimera, pues el incapacitado estará sometido a tutela o patria potestad prorrogada o rehabilitada, y con arreglo a estas instituciones quedará representado por el tutor o los progenitores. No obstante, en caso de patria potestad prorrogada o rehabilitada, salvo que la sentencia que la establezca disponga otra cosa, la representación de los padres no comprende según el artículo 162 “los actos relativos a los derechos

de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo.” Es verdad que, tal y como el mismo precepto reconoce, los padres intervendrán también en ejercicio de sus deberes de cuidado y asistencia, pero el reconocimiento deberá inexcusablemente, ser realizado por el hijo incapacitado en cuanto acto relativo a los derechos de la personalidad.

Por su parte, en caso de incapacitado sometido a tutela, con arreglo al artículo 267, el tutor es su representante salvo para aquellos actos que ya sea por disposición de la ley o de la sentencia de incapacitación pueda realizar por sí solo. Podríamos defender que el artículo 121 reconoce que el incapacitado puede realizar el reconocimiento de la filiación sin intervención del tutor y con independencia de lo que establezca la resolución por la que se constituya la tutela. A mi entender sería lo más acorde con el espíritu y la letra de la Convención, sobre todo si tenemos en cuenta que como apoyo o cautela específica se reconoce, como vimos, la aprobación judicial con audiencia del Ministerio fiscal.

Lo que aparece claro, cualquiera que sea la interpretación del texto del artículo 121 es que, independientemente de que el incapacitado esté sometido a tutela o patria potestad prorrogada o rehabilitada, en ningún caso el reconocimiento podrá ser otorgado por su representante legal, sino por la persona afectada y sin perjuicio de que haya de contar con el apoyo descrito. Para estudiar los supuestos en que la persona con discapacidad es aquella cuya condición de hijo se trata de reconocer, no podemos olvidar que el reconocimiento de un mayor de edad no produce efectos sin su consentimiento expreso o tácito (artículo 123 Cc). Cuando la persona cuya filiación se pretende reconocer sea una persona con discapacidad el Código establece una serie de cautelas siempre y cuando esté incapacitada, en cuanto el artículo 124 requiere en tal caso el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio fiscal y del progenitor legalmente reconocido.

Como veremos, No se trata de preceptos de interpretación pacífica en la doctrina. La primera cuestión a plantear es si nos encontramos con unos requisitos alternativos o cumulativos. Es decir, si para el reconocimiento de una persona incapacitada, bastaría el consentimiento de su representante legal, es decir, del tutor o del progenitor que, en su caso, ejerza la patria potestad prorrogada o rehabilitada. O si, por el contrario, es necesario acu-

dir en todo caso a la aprobación judicial con audiencia del ministerio fiscal y del progenitor legalmente reconocido. Otra postura sería entender que sólo en caso de negativa del representante legal sería necesario obtener la aprobación y el consentimiento mencionados.

De una interpretación literal del precepto resultaría que nos encontramos con dos procedimientos distintos. O bien se cuenta con el consentimiento expreso del representante legal o bien aprobación judicial con los requisitos mencionados de audiencia del Ministerio fiscal y del progenitor legalmente reconocido. A mi entender, sin embargo, debe hacerse una interpretación distinta del precepto en aras del menor o del incapacitado de cuyo reconocimiento se trate. Si valoramos los supuestos en que nuestro Código Civil exige autorización judicial para los actos que el tutor realiza en representación del tutelado, es decir, los enumerados en el artículo 271, parece claro que la mayoría de ellos resultan de menor trascendencia que el reconocimiento de una filiación determinada. Además, no hemos de olvidar que la determinación de una filiación conllevaría en muchos casos un cambio radical en el régimen de administración y representación, que pasaría de ser la tutela al de la patria potestad prorrogada o rehabilitada, cambio que debería estar rodeado de garantías más reforzadas que el simple consentimiento del representante legal del menor o incapaz.

Aún merece más comentarios el artículo 124. En su párrafo segundo dispensa de la aprobación judicial el reconocimiento de un menor o persona incapacitada cuando se ha hecho en testamento o dentro del plazo establecido para practicar la inscripción. Aún cuando a continuación se establezca un procedimiento sencillo para suspender la inscripción de nacimiento así practicada, cuesta entender la supresión de aquella garantía. Bastaría hacer el reconocimiento del menor o incapaz en testamento o en el plazo mencionado para eludir la intervención judicial, circunstancia que por sí sola hace desaconsejable utilizar esta vía como forma de reconocer dicha filiación.

En cuanto a la virtualidad del reconocimiento cuando se refiera a un hijo incapacitado, encontramos otra disposición específica, que lo equipara nuevamente al menor, se trata de aquellos supuestos en que los progenitores fueran hermanos o consanguíneos en línea recta. Se trata de la denominada tradicionalmente en nuestro Código Civil como *filiación incestuosa*, denomi-

nación suprimida del Código en aras de la igualdad de la filiación pero que, como vemos, sigue adoleciendo de especialidades. En este caso consiste en que según el artículo 125, tratándose de un menor o incapaz, determinada la filiación respecto de uno de los progenitores, la determinación de la del otro progenitor requiere autorización judicial con audiencia del Ministerio fiscal. Poco aporta este precepto si entendemos, como he defendido antes, que de la interpretación de los artículos precedentes se exigiría la aprobación judicial en todo caso tratándose de una persona incapacitada. Del inciso final del artículo 125 “cuando convenga al menor o incapaz” si que podría inferirse cierta especialidad, pero parece evidente que el superior interés del menor o incapaz debería en todo caso y no sólo en el que nos ocupa, orientar la actuación judicial.

Aparte de lo mencionado, los demás preceptos del Código Civil que estudian estas acciones, se refieren a la capacidad o incapacidad de la persona exclusivamente a efectos de establecer reglas especiales para el cómputo del plazo de prescripción de la acción. Esta materia ha sido recientemente modificada por la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Aparte de lo que veremos a continuación, dicha norma es digna de elogio en cuanto ha venido a sustituir la referencia reiterada que el Código hacía al incapaz, a la persona incapacitada o a la capacidad plena para referirse ahora a la *capacidad suficiente*. A mi entender, lejos de suponer un más o menos acertado cambio terminológico, abre paso en orden a reconocer una realidad no necesariamente vinculada a la incapacitación judicial, y ello a pesar de que de manera reiterada se siga haciendo repetida referencia a la “capacidad modificada judicialmente”. Debería haberse profundizado sin duda en este sentido con más valentía y de manera rotunda. Sin duda, otra oportunidad perdida.

Así, con arreglo al artículo 125, el incapacitado que aparezca como hijo de hermanos o consanguíneos en línea recta podrá invalidar cuando recupere la capacidad la filiación previamente determinada si no la hubiere consentido. Según el artículo 133 la acción de reclamación de la filiación podrá ser ejercida por los herederos del hijo si éste falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que hubiera recobrado capacidad suficiente a estos efectos. Reitera el artículo 137 el mismo principio para el ejercicio de las acciones de impugnación de la paternidad, en cuanto el hijo podrá ejercitarla durante

al año siguiente a haber recobrado capacidad suficiente a estos efectos, e igualmente legitima en el caso de capacidad modificada judicialmente para su ejercicio durante el año siguiente a la inscripción a la madre que ostente la patria potestad, a su representante legal o al Ministerio fiscal. Finalmente el artículo 140, reconoce acción para impugnar la filiación no matrimonial en caso de que falte el estado correspondiente durante el año siguiente a la recuperación de la capacidad suficiente a estos efectos.

En todos estos casos, son dignas de elogio las novedades incorporadas por la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, de modo que referencias a la capacidad plena, a haber recuperado la plena capacidad y a incapacitados o incapaces, han venido a ser sustituidas por las de “capacidad suficiente”.

III. CRISIS MATRIMONIAL Y DISCAPACIDAD

Es evidente que no corresponde al marco de esta guía el análisis de los problemas conexos a la discapacidad de uno de los cónyuges en caso de crisis matrimonial. Quizá la de mayor envidia jurídica en lo relativo a este tema fue la planteada en cuanto a la posibilidad de que, sobrevenida la discapacidad e incapacitación de uno de los cónyuges, pudiera su representante legal quedar legitimado para el ejercicio de la correspondiente acción.

Además, en ediciones anteriores de esta misma guía podemos encontrar reflexiones mucho más doctas y clarificadoras que las que pudiera yo ofrecer (López-Mora, 2012). Señalar, no obstante, que la evolución de la jurisprudencia y doctrina ha acabado reconociendo tal posibilidad y se trata en la actualidad de una cuestión zanjada (Sentencia del Tribunal Constitucional num. 311/2000 de la Sala Segunda de 18 de Diciembre y Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2011).

A lo que no me resisto, y que viene a colación claramente en una obra de esta temática, es al análisis, aunque somero, de la problemática concreta que de la crisis matrimonial de los progenitores puedan derivarse hacia hijos con discapacidad. Si bien es verdad que en esencia, los deberes y derechos de padres e hijos deben ser los mismos, independientemente de uno de estos

sea una persona con discapacidad, en este último caso existe una necesidad de apoyo especial que necesita una respuesta también específica.

No encontramos en nuestro Código Civil disposiciones concretas en caso de ruptura matrimonial que afecte a un hijo con discapacidad, por lo que sería de aplicación el régimen general, al menos en lo que se refiere a hijos menores. Pero cabe plantearse, no obstante, los casos en que esa mima crisis conyugal afecte a un hijo mayor con discapacidad.

Sí que nos encontramos con una disposición específica en la Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria. En concreto, su Disposición Final undécima incorpora a la Ley Orgánica del Notariado, de 28 de mayo de 1862 y con arreglo a su artículo 54 que los cónyuges que no tuvieren hijos menores no emancipados o la capacidad modificada judicialmente que dependan de ellos, podrán acordar su separación matrimonial o divorcio de mutuo acuerdo, mediante la formulación de un convenio regulador en escritura pública. No es mi intención aquí la de justificar o no esta excepción, que a mi entender podría haberse salvado sometiendo el convenio en tales casos a la aprobación judicial con intervención del Ministerio Fiscal. Pero hay que reconocer que por primera vez en nuestro ordenamiento se establece una regulación específica de estas rupturas matrimoniales.

Nuestro ordenamiento, una vez más, se limita a hacer referencia a las personas con su “capacidad modificada judicialmente”, sustituyendo con dudoso alcance al tradicional de “personas incapacitadas”. Una vez más se limita la protección, al apoyo, a personas no ya incapacitadas, pero con su capacidad modificada judicialmente. Se elude de nuevo establecer mecanismos de apoyo y asistencia sino a través de un procedimiento de modificación de la capacidad, que someterá a la persona a las instituciones de tutela o patria potestad prorrogada o rehabilitada.

Pues bien, en cuanto al contenido del convenio regulador el artículo 90 se refiere a que deberá contener los acuerdos atinentes al cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos y el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos. El artículo 91, en defecto de acuerdo de los cónyuges, prevé que el juez determinará las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas en relación con los hijos.

Finalmente, los artículos 92 y 93 concretan una serie de principios como que la separación, nulidad o divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos, consagra el derecho de los hijos menores a ser oídos, ejercicio de la patria potestad y de la custodia también oyendo a los menores, los alimentos debidos a los hijos aun mayores de edad o emancipados que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios. Sólo el artículo 94 se refiere a los hijos incapacitados. Quedan equiparados una vez más a los hijos menores al reconocer el derecho del progenitor que no los tenga consigo a visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Evidentemente, este olvido del legislador debería solventarse adaptando estas disposiciones a las circunstancias de los hijos mayores con discapacidad estableciendo las correspondientes medidas de apoyo y asistencia y, ante las limitaciones de nuestro ordenamiento, a regular las instituciones de guarda o protección a que deben quedar sometidos y con independencia de que el hijo sea o no una persona incapacitada o con su capacidad modificada judicialmente.

Esquemáticamente, en los casos en que uno de los hijos, aun mayores, del matrimonio lo requiera, tanto el convenio como la resolución judicial deberían prever si el hijo queda sujeto a la patria potestad prorrogada o si esta debe ser rehabilitada, a quien corresponde su ejercicio, así como una regulación detallada de la guarda o custodia, la contribución de cada progenitor a los alimentos, el régimen de comunicación y estancia del hijo con cada uno de los progenitores, así como la duración previsible de estas medidas o la periodicidad de la revisión de las mismas para adaptarlas a la situación vital del hijo con discapacidad.

No podemos concluir estas reflexiones sin hacer referencia a la Sentencia de la Sala primera del Tribunal Supremo 372/2014 de 7 de julio de 2014, de la que fue ponente José Antonio Seijas Quintana. Merece sin duda un estudio detallado y con una profundidad y detenimiento que no nos permite esta obra.

Frente a las sentencias de instancia, que estimaron la pretensión de modificación de medidas derivadas de un procedimiento de divorcio, y que declaraban extinguida la obligación de prestar alimentos a un hijo mayor de edad con discapacidad, el Tribunal Supremo declara que la mayor edad de un hijo con discapacidad no determina por sí misma la extinción de dicha

obligación de alimentos mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y carezca de recursos.

La Sentencia es innovadora en cuanto a que se recurre a unos argumentos jurídicos más que novedosos. Se trata de un hijo mayor de edad con una discapacidad intelectual reconocida de más del 65% , no incapacitado ni con su capacidad modificada judicialmente y al respecto, aduciendo a los principios inspiradores de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad llega a afirmar que **“el problema existe al margen de que se haya iniciado o no un procedimiento de incapacitación o no se haya prorrogado la patria potestad a favor de la madre. La discapacidad existe, y lo que no es posible es resolverlo bajo pautas meramente formales que supongan una merma de los derechos del discapacitado que en estos momentos son iguales o más necesitados si cabe de protección que los que resultan a favor de los hijos menores”**. Nos encontramos **“ante un hijo afectado por deficiencias, mentales, intelectuales o sensoriales, con o sin expediente formalizado, que requiere unos cuidados, personales y económicos, y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención, sin que ello suponga ninguna discriminación, (que trata de evitar la Convención), antes al contrario, lo que se pretende es complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarle, si es posible, en el mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo económico”**.

Es decir, en el sentido antes mencionado, no sólo viene a equipararse la situación del hijo mayor de edad discapacitado con la del menor en cuanto a los efectos de la crisis matrimonial, sino que ese apoyo económico debe subsistir con independencia de que haya una declaración judicial de incapacitación o de modificación de la capacidad que lo someta a tutela o patria potestad prorrogada o rehabilitada. Decididamente, un posicionamiento digno del más encomiado elogio.

Me gustaría antes de concluir el estudio sobre las crisis matrimoniales e hijos con discapacidad sobre una institución que en no pocas ocasiones podrá ayudarnos a limar asperezas entre los progenitores. Puede ser especialmente útil a la hora de llegar a un acuerdo o convenio en caso de separación o

divorcio cuando existen hijos con discapacidad y se trate de establecer la pensión de alimentos que el progenitor no custodio habrá de abonar para satisfacer sus necesidades.

No es objeto de esta guía estudiar a fondo una institución como es el patrimonio protegido, pero puede servirnos en ocasiones para solventar la suspicacia del progenitor no custodio que ha de abonar la pensión de alimentos. Como es de todos conocido, en muchas ocasiones, las asperezas y conflictos que surgen en estos casos, derivan del hecho de que dicho progenitor puede dudar del destino que el progenitor custodio va a dar a dichas aportaciones. Es decir, si en realidad van a servir para atender las necesidades de los hijos comunes o, por el contrario, necesidades distintas. Si esas aportaciones se realizan a través de un patrimonio protegido, sea constituido por uno cualquiera de los progenitores, por el propio hijo o por un tercero, sería posible establecer al propio tiempo de su constitución un régimen específico y “a medida” de administración, de disposición o, yendo aun más allá, incluso el destino de las aportaciones en caso de fallecimiento del hijo. Además, las propias cautelas que derivan de las normas reguladoras del patrimonio protegido pueden servir para asegurar que el destino de dichas aportaciones va a ser efectivamente ese, satisfacer las necesidades del hijo con discapacidad. Indudablemente, en la práctica, es un esquema que puede ayudar a superar las reticencias y conflictos que entre los progenitores puedan plantearse.

IV. DISCAPACIDAD Y EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

La patria potestad supone un complejo conjunto de derechos y deberes que caracterizan y son uno de los principales contenidos de las relaciones paterno-filiales. De contenido complejo en cuanto comprende actuaciones de carácter patrimonial, económico o personal en el más amplio sentido. Decimos que se trata de un conjunto de derechos-deberes en cuanto suponen una potestad de su titular, pero que conlleva una obligatoriedad en su ejercicio, obligatoriedad, además, cualificada en cuanto se establece en beneficio del menor, cuyo interés prima en su desarrollo.

Lógicamente, no procede entrar aquí en un análisis exhaustivo de esta institución, pero sí de estudiar con la profundidad que esta obra nos permite,

el ejercicio de la misma cuando el titular es una persona con discapacidad. Dejamos a un lado, por tanto, el estudio de las especialidades en la atribución y ejercicio de la patria potestad cuando se ejerce sobre una persona con discapacidad, materia objeto de análisis en otro capítulo.

No encontramos en nuestro Código Civil disposición alguna que haga referencia al ejercicio de la patria potestad por personas con discapacidad. Ni siquiera encontramos previsiones a su ejercicio por personas incapacitadas. Sin dejar de ser una realidad criticable, encaja con la visión que de la materia tiene nuestro Código y, con carácter general, nuestro derecho privado. Salvo algunas excepciones incorporadas por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad, la discapacidad es una institución ajena a nuestro Código. Por lo que se refiere a las personas incapacitadas, o más recientemente, con la capacidad modificada judicialmente, simplemente no se plantea siquiera la posibilidad de que sean titulares de la misma o la ejerciten.

Ante ese vacío legal no nos queda otra opción que exponer cómo se regula el tema en la Convención y cómo debería ser tratado en nuestro ordenamiento.

Como señala Santos Morón (Santos, 2008), la Convención, tras reconocer en su artículo 23 la obligación de los Estados para garantizar los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en el ejercicio de la custodia, la tutela, la guarda y la adopción de niños, establece de manera expresa que “los Estados partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos” y que, salvo previo examen judicial cuando así convenga al interés superior del niño “En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos”. Queda claro, por tanto, que los estados tiene la obligación inexcusable de prestar apoyo en el ejercicio de la patria potestad cuando este corresponda a una persona con discapacidad y que la discapacidad no justifica por sí sola la privación de la patria potestad.

Evidentemente, una persona con discapacidad podría ser privada de la patria potestad sobre sus hijos, pero en todo caso previa la correspondiente resolución judicial y siempre que convenga al interés superior del hijo, es decir, en

los mismos y exactos términos que se predicarían en caso de una persona en la que no concurra discapacidad alguna con arreglo a lo dispuesto en el artículo 170 del Código civil, tal y como este ha quedado configurado por la interpretación doctrinal y jurisprudencial.

Nuestro Código, como antes expusimos no hace referencia alguna al tema porque, simplemente, se parte de que una persona incapacitada sería sustituida en el ejercicio de la patria potestad por su tutor, por el designado a los menores o por la administración competente a través de la institución del acogimiento, práctica del todo alejada del modelo que propugna la Convención.

Llama la atención que, por el contrario a lo que sucede respecto de las personas con discapacidad, si que encontramos una previsión específica para los menores no emancipados. Y ello a pesar de que en muchas ocasiones que hemos tenido ocasión de estudiar, nuestro Código establece un claro paralelismo entre ambas instituciones. Así, el artículo 157 se encarga de reconocer que el menor no emancipado puede ejercer la patria potestad sobre sus hijos, sin perjuicio de contar con la asistencia de sus padres, del tutor, o de la autoridad judicial. Se echa de menos una disposición correlativa respecto de las personas con discapacidad, teniendo en cuenta además, que se trata de un esquema de actuación que, referido a las personas con discapacidad, fácilmente encajaría con lo que la Convención viene a denominar “instituciones de apoyo”.

No obstante, nuestro ordenamiento parte de una regla general de ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos progenitores, consagrándolo expresamente el artículo 156, que recoge también una serie de excepciones. Siguiendo ese mismo esquema, en caso de que la discapacidad afecte a ambos progenitores y no concurriendo causa de privación de la misma, la autoridad judicial podría establecer apoyos o cautelas en su ejercicio. Y ello no sólo porque así resulte de lo dispuesto por la Convención, sino porque el artículo 158 se manifiesta en amplísimos términos cuando atribuye al juez la posibilidad de tomar cualquier disposición que considere oportunas para apartar al menor de un peligro o evitarle algún perjuicio.

Además, del propio artículo 156 prevé que si concurriera cualquier causa que entorpezca el ejercicio conjunto de la patria potestad podrá atribuirla

total o parcialmente a uno de ellos o distribuir entre ellos sus funciones, o que en caso de ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro. Términos que, partiendo del principio de conservación de la patria potestad en los términos que hemos visto, legitimaría aun más a la autoridad judicial para establecer dichas cautelas o apoyos.

BIBLIOGRAFIA

CABELLO DE ALBA JURADO. *Alternativas al procedimiento de incapacitación*. Madrid, 2013. En http://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=609aaadc-27f7-4054-8acf-c24d370662b5&groupId=10228.

LOPEZ-MORA GONZALEZ. *Nulidad, separación y divorcio de las personas con discapacidad*. En: Estudio sobre los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Consejo General del Poder Judicial, 2012. Pgs.135-144.

RAMIRO AVILES. En: *La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el ordenamiento jurídico español*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, 2008. Pgs. 184 y ss.

SANTOS MORON. En: *La Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad y su impacto en el ordenamiento jurídico español*. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, 2008. Pgs. 414 y ss.

SANTOS URBANEJA. *Teoría de la doble vía. Realidad actual de los procesos de incapacitación. Alternativas a su regulación*. Jornadas Fundación Aequitas. Madrid 2009. En fernandosantourbaneja.blogspot.com.es.

SARAVIA GONZALEZ. *Patria potestad y filiación*. En L Jornadas Fundación Aequitas- Centro de Estudios Jurídicos: “La discapacidad como hecho y su incidencia en el ámbito jurídico: Distintos regímenes jurídicos y alternativas en el marco de la Convención. Madrid, 2013.

II.2

EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD SOBRE MENORES CON DISCAPACIDAD

D. Juan Manuel Fernández López
Abogado - Magistrado excedente

A partir de la reforma del Código Civil por Ley 11/1981, de 13 de mayo, la patria potestad puede definirse como el conjunto de deberes y facultades que incumben a los padres sobre sus hijos menores no emancipados. Estos se concretan en el art. 154 CC en velar por los hijos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral, así como representarles y administrar sus bienes. En las decisiones que al efecto adopten los padres y que atañan a sus hijos, deberán oír a éstos previamente, siempre que tengan suficiente juicio.

Conforme establece el art. 156 CC la patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Al concebirse la patria potestad, a partir de esta reforma, como una función dual que se atribuye a ambos cónyuges, en caso de divergencias entre ellos, se prima que sea el Juez el que decida, oyendo a los hijos si tienen suficiente juicio. Debe destacarse que la patria potestad debe ejercerse en interés y beneficio de los hijos, por lo que si ambos padres incumplen esta finalidad, o alguno de ellos, pueden ser privados por el Juez del ejercicio de la patria potestad.

Si bien la patria potestad está concebida, con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico, como institución de guarda y protección de los hijos menores, en determinados supuestos y con especiales controles, también se ejercerá la patria potestad sobre los hijos discapacitados, aunque éstos sean mayores de edad, cuando la sentencia judicial que declaró su incapacidad o discapacidad los ponga bajo este instituto de protección. Analizaremos a

continuación, aunque de forma breve, los supuestos en que los hijos menores y mayores resultan incapacitados y sometidos a la patria potestad para su cuidado y representación:

I. TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA DISCAPACIDAD-INCAPACIDAD

Tradicionalmente nuestro Código Civil y otra legislación complementaria, aunque principalmente aquél, había optado siguiendo al Código napoleónico, por el sistema de tutela de familia.

Era la familia, a través del tutor, protutor y consejo de familia, las instituciones a las que el legislador había encomendado la guarda y protección de las personas privadas de su capacidad de obrar. Pero según se comprueba, estas instituciones no funcionaban todo lo bien que era de desear, quedando a la buena fe y voluntad del tutor para desempeñar sus funciones, el que el cuidado de la persona y la administración de sus bienes lo fueran de forma óptima y adecuada, ya que el consejo de familia, que debía funcionar como órgano de control del tutor, por lo general, venía descuidando sus funciones.

I.I LEY 13/1983

De la apreciación de las anteriores deficiencias y para su acomodo a la Constitución Española, va a nacer la Ley 13/1983 de 24 de octubre, que modifica el Código Civil en materia de incapacitación y tutela.

Sin que vayamos a extendernos aquí en un análisis de toda la reforma que fundamentalmente sigue configurando el actual sistema legal, si parece preciso hacer referencia a los principios inspiradores de esta reforma.

Con un gran consenso parlamentario obtenido en la tramitación de la Ley, se aprueba ésta por abrumadora mayoría. Los principios que fundamentalmente están presentes en la nueva regulación, son a nuestro juicio dos: Se opta por el sistema de tutela de autoridad, sometida al control judicial y se hace una nueva regulación en la que en todo memento está presente el principio del mayor beneficio para la persona incapacitada.

Como se señala más arriba, se había constatado que el tradicional sistema de tutela de familia no funcionaba adecuadamente por lo que se opta por el de tutela de autoridad que se encomienda a los Jueces como garantes de los derechos fundamentales de las personal según les encomienda la CE (art. 24).

Si acudimos al Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, podemos comprobar que hubo un gran debate al respecto. Entre otras cosas porque algunos diputados pensaban, y no sin razón, que teniendo en cuenta la sobrecarga de trabajo de los juzgados y tribunales y el consecuente atasco en la tramitación de los procedimientos, se veía difícil que el juez pudiera encargarse de forma adecuada del control de las personas que directamente llevaban a cabo el cuidado de la persona incapacitada y la administración de sus bienes. No obstante ser conscientes de esta situación, se optó por el nuevo sistema de tutela de autoridad por ser además más acorde con las garantías que ofrece nuestra Constitución. Más no por ello se prescinde de los beneficios que la institución familiar proporciona, ya que los familiares más directos siguen siendo los llamados por la Ley a ocuparse de la persona incapacitada y representarla, pero las funciones de éstos se someten a control judicial exigiéndose para los principales actos, tanto en relación con la persona como con su patrimonio, la previa autorización judicial.

El otro principio inspirador de la reforma es el de actuación en el mayor beneficio de la persona incapacitada, presente en multitud de preceptos como condicionante del texto regulatorio de los mismos. Así, las personas llamadas a la tutela podrá sustituirlas el Juez por otras o alterar el orden de preferencia legal si así lo aconseja el mejor beneficio del incapacitado, por poner solo un ejemplo.

Además de gran árbitro que se conceda al Juez en todos los actos de control y autorizaciones legales, su proceder no puede ser nunca arbitrario, pues vienen regladas todas sus actuaciones por el logro del mejor beneficio para el incapacitado.

También en el procedimiento de incapacitación se introducen importantes novedades, tanto en su regulación sustantiva, como en las garantías procesales. Así, nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley (art. 199 CC), tasándose las

causas de incapacidad: padecimiento de enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma (art. 200 CC).

Es de destacar también que, como conclusión del procedimiento de incapacitación, el Juez en la sentencia, viene obligado a concretar su extensión y límites (art. 760 LEC, en términos similares a los que estableció el art. 210 CC tras la reforma de 1983). Con este mandato se trata de que se prive de la capacidad de obrar a la persona solo en aquello que debido a la enfermedad no le resulte posible realizar por sí misma, e incluso posibilitando que en determinadas habilidades funcionales pueda decidir con la supervisión o apoyo de terceros (fundamentalmente del curador). Por otro lado, la función protectora que tienen las instituciones tutelares que regula nuestro CC, sirven para que la persona no quede desprotegida por las inhabilidades que le produce la enfermedad. Piénsese que quien incapacita no es el Juez sino la enfermedad, y lo que hace aquél es adecuar la capacidad de obrar a la situación que produce la enfermedad, protegiendo a la persona y/o sus bienes en aquello que no le resulta posible realizar por sí mismo y dentro de este límite.

Finalmente, solo destacar las especiales garantías para la persona sometida al procedimiento de incapacitación con una regulación procesal exquisita que en principio pasa impropiaemente al CC y que la nueva Ley procesal 1/2000 atraerá para sí (arts. 756 a 763 LEC).

Estas garantías en el procedimiento son muy amplias. Así la posibilidad de comparecencia del demandado de incapacidad en el procedimiento con su propia defensa y representación, la intervención, antes referida, del M^o Fiscal quien viene obligado a promover el procedimiento en el supuesto que cualquiera de los legitimados no lo haga, ya que la principal finalidad de este procedimiento es la protección de la persona que padece una enfermedad incapacitante. También y como una garantía más, se establecen medios de prueba cuya práctica es obligatoria en todo caso, con independencia de que se utilicen otros por las partes o el Juez decreta de oficio.

Es, sin duda, la española una de las legislaciones más garantistas y tuitivas de los intereses del discapacitado.

I.II LA CONVENCIÓN DE LA ONU SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE 2006

La convención sobre los derechos de la persona con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España en el 2007, es un importante instrumento internacional que viene a reconocer a las personas con discapacidad plenitud e igualdad de derechos con el resto de los ciudadanos a la par que se ocupa de que reciban la adecuada protección a través de lo que denomina “*ajustes razonables*”.

La vocación de universalidad con que nace la Convención, como corresponde a su gestación en el seno de las Naciones Unidas, es una de sus principales virtudes, ya que no se puede olvidar la discriminación e incluso negación de los derechos fundamentales de las personas que padecen alguna discapacidad en muchos países, en especial a los discapacitados psíquicos. Afortunadamente este no es el caso de España, cuya legislación sobre la materia, no nos cansaremos de repetir, es una de las más avanzadas en el respeto, garantía y posibilitación de los derechos fundamentales y su ejercicio por las personas que forman el colectivo de las que padecen alguna discapacidad. Cosa distinta es que en determinados casos y circunstancias, los medios materiales no estén disponibles al nivel que exige nuestra legislación.

Por el art. 12.1 de la Convención los Estados firmantes se reafirman en que : *“las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todas las partes al reconocimiento de su personalidad jurídica”*. Los términos como se ve son similares a los de nuestro ordenamiento jurídico que reconoce a toda persona, por el hecho de serlo, plena capacidad jurídica.

Por otra parte la Convención también reconoce la capacidad de obrar como diferenciada de la capacidad jurídica. Así en el art. 12.3 cuando dice que los Estados adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar “en el ejercicio de su capacidad jurídica”, esto es, en su capacidad de obrar.

Por su parte, el apartado 4 del mismo precepto, establece los criterios rectores que han de definir las medidas de protección a las personas discapacitadas

e individualiza las principales medidas que han de adoptarse en el ejercicio de la capacidad de obrar de aquellas personas.

Así, conforme el art. 12.4 de la Convención:

- Las salvaguardias han de ser adecuadas y efectivas para impedir los abusos.
- Las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, deben respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona.
- Se evitará el conflicto de intereses.
- Las medidas que se adopten han de ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona.
- Se aplicarán en el plazo más corto posible.
- Las medidas estarán sujetas a exámenes periódicos por parte de autoridad independiente e imparcial.

Con carácter concreto, el art. 12.5 de la Convención obliga a garantizar los derechos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás:

- A ser propietarias.
- A heredar.
- Controlar sus asuntos económicos.
- A acceder a los préstamos bancarios y a todo otro sistema de crédito.
- A no ser privadas de sus bienes.

Entendemos que en lo principal, nuestra actual legislación en materia de incapacitación y tutela se adapta a los postulados de la Convención toda vez que, a partir de la modificación que introdujo la Ley 13/1983, el procedimiento de incapacitación, tiene por principal finalidad el adecuar la situación de hecho en que se encuentra la persona como consecuencia de la enfermedad, a la jurídica y dotar a ésta de la necesaria protección para el ejercicio de sus derechos. Se modifica la capacidad de obrar, respetándose totalmente la capacidad jurídica en cuanto aptitud de toda persona de ser titular de derechos y obligaciones a lo largo de toda su vida. Además, nuestra legislación, primero

a través del art. 210 CC y después por el art. 760 LEC, establece la obligación del Juez en la sentencia de señalar tanto la extensión como los límites de la incapacitación, de forma que se prive o limite la capacidad de obrar solo en aquellos aspectos para los que la persona resulta inhábil. Se obliga a informar al Juez, por la persona encargada de tutelar al incapacitado, con la periodicidad que el Juez determine, del estado de la persona y a rendir cuentas de la administración del patrimonio, todo lo cual, deberá realizarse, al menos, con periodicidad anual (art. 269.4º CC). También se establece la obligación de recabar autorización previa del Juez para las principales actuaciones, tanto en relación con la persona, como respecto del patrimonio de ésta (art. 271 CC).

La posibilidad de reintegración de la incapacitación o la modificación de sus límites, caso de curación o de mejora en los efectos de la enfermedad, está prevista en el art. 761 LEC.

II. LA INCAPACITACIÓN DE MENORES Y DE OTROS PROTEGIDOS MEDIANTE LA PATRIA POTESTAD

Si no se tiene en cuenta el principio protector de la persona, que guía el procedimiento de incapacidad, podría pensarse en la inutilidad del art. 201 CC o que lo que este pretende, es incidir en la privación de la capacidad jurídica del menor. Nada más lejos de la realidad:

Dice el art. 201 CC:

“Los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacitación y se prevea razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad”

Son a nuestro juicio tres los requisitos que deben concurrir para que se pueda producir la incapacitación o modificación de la capacidad de obrar de un menor:

- Que padezca una enfermedad incapacitante, en los términos establecidos en el art. 200 CC, esto es, una enfermedad o deficiencia, de carácter persistente, o sea, que va a permanecer estable en el tiempo, y no se

conoce medio de curación o mejora, y que, además, tal enfermedad o deficiencia, impida a la persona gobernarse por sí misma dada la afectación que produce en sus facultades cognitivas y volitivas.

- Que la afectación de las facultades superiores del individuo que impiden su autogobierno, se prevea que va a subsistir cuando la persona alcance la mayoría de edad.
- Finalmente, que la declaración de incapacidad la promuevan quienes ostentan la patria potestad o la tutela. Esta limitada legitimación para entablar el procedimiento la establece al art. 757.4 LEC en términos similares a los que ya señalaba el art. 204 CC, derogado por el apartado 2.1º de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, que lo incorpora a la legislación procesal.

Evidentemente, aún en el supuesto de que el menor esté incluso cuidado por sus progenitores, si han sido privados del ejercicio de la patria potestad no estarán legitimados para iniciar el procedimiento. Lo mismo cabe señalar para el supuesto de que uno de ellos hubiera sido privado del ejercicio de la patria potestad, en cuyo caso solo estará legitimado el otro.

La previsión del art. 201 no es otra que velar por la protección anticipada de aquellos menores que padezcan enfermedad incapacitante de tal gravedad que no pueda evolucionar previsiblemente de forma favorable en un futuro inmediato, de forma que el menor al alcanzar la mayoría de edad a los 18 años y con ello la plenitud en el ejercicio de su capacidad de obrar, continúe protegido por la patria potestad que vienen ejerciendo sus padres, sin que el retraso en el planteamiento del procedimiento de modificación de la capacidad de obrar pueda motivar el quedar temporalmente desprotegido jurídicamente. Para ello prevé el art. 171 CC que *“La patria potestad sobre los hijos que hubiesen sido incapacitados, quedará prorrogada por ministerio de la Ley al llegar aquéllos a la mayoría de edad”*.

El procedimiento de modificación de la capacidad de obrar de los menores va a estar regido por todas las exigencias y garantías tanto sustantivas como procesales previstas legalmente, de forma que se llevará a cabo con satisfacción del principio del mejor beneficio para la persona y estableciéndose los apoyos o, en los supuestos más graves, de sustitución de su capacidad de obrar en aquellas áreas para las que la persona resulta inhábil y bajo el principio de mínima intervención.

Pero no solo para el supuesto de los menores sometidos a patria potestad prefiere el legislador esta institución para la guarda y representación de sujetos discapacitados o incapacitados. También se prevé en otros casos. Así el art. 171 CC establece:

“Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquier de ellos fuere incapacitado, se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad”.

Para que proceda esta modalidad prevista expresamente por el legislador, deberán concurrir los siguientes requisitos:

- Que se trate de una persona mayor de edad.
- Que proceda su incapacitación por concurrir una enfermedad en los términos exigidos por el art. 200 CC.
- Que su estado civil sea el de soltero. Así, si el estado civil de la persona es el de casado, no está prevista la rehabilitación de la capacidad de obrar de los padres.
- Que el discapacitado viva en compañía de sus padres o de cualquier de ellos. Este será, a nuestro juicio, un factor determinante, para la preferencia de protección por patria potestad, toda vez, que la convivencia tiene gran incidencia en la consideración de las personas que se vengán ocupando con carácter habitual de la persona discapacitada y de su guarda, van a resultar más idóneos para continuar haciéndolo en el futuro. Por ello, entendemos también, que la persona que sin contraer matrimonio conviva con otra habitualmente como pareja de hecho, podrá el Juez, en busca del mejor beneficio, nombrarla tutor prescindiendo de la rehabilitación de la patria potestad. No concurrirá además en tal supuesto, por lo general, la exigencia de convivencia de los padres, que exige el art. 177 CC.

También debemos entender que el caso contemplado en el párrafo segundo del art. 223 CC, esto es, cuando una persona haya previsto para el supuesto de que en un futuro pudiera ser incapacitada judicialmente, designar su propio tutor o establecer otras previsiones sobre su persona o bienes, deberá ser respetada su voluntad ante todo, y solo en el supuesto de que en el logro de

su mejor beneficio si, comprobara el Juez que, a la hora de designación del tutor, que la persona no resulta adecuada podrá razonadamente prescindir de aquella designación.

III. TÉRMINOS Y LÍMITES DE INTERVENCIÓN EN EL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

Conforme señala el art. 171 CC, en su último inciso, *“La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y subsidiariamente a las reglas del presente título”*. Se refiere aquí el legislador al supuesto tanto del menor que se incapacitó y sobre quien prorrogó el ejercicio de la patria potestad por ministerio de la Ley, como al mayor de edad que convive con sus padres y fuese incapacitado con posterioridad a cumplir los 18 años, aunque después de distinguir los supuestos de prórroga y el de rehabilitación, impropriamente les da una misma denominación.

Debe conectarse, para su adecuada interpretación, este inciso del art. 171 CC con cuanto señala con carácter general el art. 760 LEC en el que se ordena al Juez que determine en la sentencia la extensión y límites de la incapacitación o de la modificación de la capacidad de obrar en terminología más actual. En definitiva, se comprueba, una vez más, la vigencia de principio de tutela de autoridad, aquí también presente en el supuesto de que la guarda, custodia y representación del discapacitado o incapacitado se confíe a los titulares o titular, según los casos, de la patria potestad, que deberán acomodar su ejercicio a la extensión y límites a que se contraiga la discapacidad lo que deberá precisar el Juez en la sentencia, y en la persecución del mejor beneficio para la persona, permitirle el ejercicio de aquellas funciones para las que resulte hábil, buscar los apoyos necesarios para aquellas otras que precisen de ayuda de terceros, e incluso sustituir su capacidad de obrar en otras para las que sus funciones superiores cognitivo-volitivas estuviesen anuladas. La consecución del equilibrio adecuado en la determinación de la protección, propiciará el logro del principio del mejor beneficio.

Como establece el art. 171 CC, subsidiariamente se ejercerá la patria potestad prorrogada con sujeción a las reglas del presente título, esto es, en los

términos y con la extensión que establece el C.C. en sus arts. 154 y siguientes, en el supuesto de que la sentencia de modificación de la capacidad no concretase nada. Esta situación creemos que no deberá producirse por la obligación de que la sentencia establezca la extensión y límites de la incapacidad, lo que supone, además, que ello se haga motivadamente después de práctica de las pruebas necesarias, acreditativas de la discapacidad y su extensión y límites. En todo caso, en lo expresamente no previsto, regirá subsidiariamente aquella legislación general.

La Convención de la ONU de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, a la que anteriormente nos hemos referido, informa la legislación interna y, deberá esta interpretarse a la luz de aquélla (SSTS – Sala 1ª de 29/04/2009 y 11/10/2012 entre otras), lo que obliga a la salvaguarda adecuada y efectiva de la persona discapacitada, debiendo de respetarse los derechos, las preferencias y la voluntad de la persona, tal y como establece su art. 12.4, exigiéndose que las medidas protectoras que se adopten sean proporcionales y adaptadas a sus circunstancias, todo lo cual se habrá de tener en cuenta, como decimos, al interpretar y aplicar nuestra legislación interna.

También es preciso señalar que incluso en el supuesto de menores que padecen discapacidad y no hayan sido incapacitados, deberá tenerse presente, en el ejercicio de la patria potestad, cuanto establece en especial la Ley Orgánica 1/1996 de protección a la infancia y a la adolescencia, recientemente reformada.

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificaciones del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, modifica profundamente la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y una veintena de otras leyes. La reforma tiene gran calado y afecta a muy diversas materias, aunque todas relacionadas con menores. Destacaremos aquí, la reforma en aquéllos aspectos que más directamente afectan al objeto de estudio, prescindiendo de otros, de gran interés, pero que no tienen específica relación con el mismo.

Una cuestión relevante es que la reforma concreta el concepto jurídico “*interés superior del menor*” incorporando lo señalado por la jurisprudencia y por la Observación General nº 14 de 29 de mayo de 2013 del Comité de Naciones

Unidas de Derechos del Niño sobre que el interés superior del menor sea considerado primordial.

Sin perjuicio de lo que pueda establecer legislación específica, se señala que a efectos de interpretación y aplicación en cada caso del “interés superior del menor” se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales:

- Satisfacción de sus necesidades básicas.
- Considerar sus deseos, sentimientos y opiniones.
- Conveniencia de que su vida tenga lugar en un entorno familiar adecuado y sin violencia.

Para ello se desarrolla de forma más detallada el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado, de acuerdo con los intereses señalados en los Convenios Internacionales ratificados por España dándose nueva redacción a los arts. 9 y 10 LO 1/1996. Así se establece que el menor debe ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento. Importante también el que se sustituye el término “juicio” por el de “madurez”, considerando que lo menores tienen suficiente madurez, en todo caso, a los doce años. También se especifican las especiales necesidades que el menor tiene para poder ejercer adecuadamente el derecho a ser oído y escuchado y los correspondientes medios para satisfacerlos. Los menores además podrán plantear sus quejas ante el Defensor del Pueblo o instituciones autonómicas análogas, posibilitándose el que puedan solicitar asistencia legal y nombramiento de un defensor judicial.

A través de estas breves líneas, hemos tratado de sintetizar como la patria potestad sigue siendo una institución adecuada para la protección de las personas que padezcan discapacidad en mayor o menor grado, cuyo ejercicio deberá ir reglado por cuanto establezca la sentencia judicial, teniendo siempre en consideración el tratar de conseguir el mayor beneficio para la persona discapacitada.

III.

DISCAPACIDAD E INFANCIA EN LAS OBSERVACIONES GENERALES DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE NACIONES UNIDAS: ACIERTOS Y CARENCIAS DESDE EL ENFOQUE DE DERECHOS HUMANOS

Dña. Leonor Lidón Heras

*Doctora en Derechos Humanos, Democracia y Justicia Internacional
Delegada del CERMI para la Convención de la ONU y los Derechos Humanos
Prof. Universidad Católica de Valencia, Campus Capacitas*

I. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo analiza las observaciones generales emanadas del Comité de los Derechos del niño (en adelante Comité CRC, por sus siglas en inglés) desde la perspectiva de los derechos humanos contenida en la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CRPD, por sus siglas en inglés).

La CRPD reconoce que la discapacidad es una cuestión de derechos humanos, para ello, define la discapacidad desde un modelo radicalmente nuevo, en el que separa: la deficiencia¹ (la dimensión biológica) de la barrera (la dimensión social, ya se exprese en barreras legales, interpersonales, físicas y a la comunicación). Es decir, la deficiencia ya no es una causa natural de

1.- La acepción que actualmente se utiliza es discapacidad, sin embargo, al objeto del presente artículo, cuando se quiera incidir en la dimensión biológica, se hablará de deficiencia. Por otra parte, la cuestión terminológica es muy compleja en el ámbito de la discapacidad, pues es el único colectivo que es nombrado desde los límites, las carencias y el menor valor: *in-válido; minus-válido; dis-capacidad; deficiencia*, etc. Lo que muestra la compleja relación entre percepción-terminología y acceso al cuerpo social y jurídico, y el largo camino hacia la inclusión y participación plena.

exclusión como propugnaba el modelo médico de la discapacidad que se desentendía de la desigualdad estructural creada socialmente, sino que la deficiencia es el pilar de inclusión a través de la identificación y remoción de barreras. Otro aspecto esencial que innova la CRPD es que no reconoce derechos para a continuación moldearlos o definir excepciones, sino que los afirma y lo hace desde la igualdad de condiciones, redefiniendo así la igualdad material desde la perspectiva de la discapacidad.

Para que este análisis pueda ser dimensionado de una forma comparada, se incluye un breve recorrido sobre el tratamiento de la discapacidad en el sistema internacional de derechos humanos emanado por Naciones Unidas.

II. DISCAPACIDAD Y NORMATIVA VINCULANTE DE NACIONES UNIDAS

La discapacidad, y por tanto las personas con discapacidad, ha sido la gran ausente en el sistema internacional de tratados, que con contadas excepciones ni la incluían en la cláusula general de no discriminación, por lo que debía entenderse contenida en la referencia a la prohibición de discriminación por cualquier otra condición.

Esta invisibilidad la encontramos tanto en los tres instrumentos que definen el régimen general: la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (en adelante CCPR, por sus siglas en inglés) y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales* (en adelante CESCR, por sus siglas en inglés), como en la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (en adelante CERD, por sus siglas en inglés), en la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* (CEDAW), y en la *Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (en adelante CAT, por sus siglas en inglés).

Es en 1989, con la aprobación de la *Convención sobre de los Derechos del Niño* (en adelante CRC, por sus siglas en inglés), cuando se produce por partida doble la primera visibilización de la discapacidad: tanto en la prohibición de discriminación (art. 2), como en la inclusión de un artículo específico

dedicado a los niños con discapacidad (art. 23)². Este artículo establece, entre otros, el derecho a una vida digna y en comunidad, y reconoce que pueden necesitar cuidados “especiales”³ y que, en la medida de lo posible, la prestación de los mismos ha de ser gratuita.

Sin embargo, esta inclusión de 1989 no se contagia a la *Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares* (CMW, por sus siglas en inglés) de 1990.

La *Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas* (CED, por sus siglas en inglés), permite a los Estados agravar las penas que se impongan a quienes sean culpables de la desaparición forzada de mujeres embarazadas, menores, personas con discapacidades u otras personas particularmente vulnerables⁴.

En todo caso, las personas con discapacidad en tanto que seres humanos están protegidos por todos los tratados de derechos humanos de Naciones Unidas, y por tanto, son titulares de los derechos reconocidos en los mismos. Sin embargo, pese a esta afirmación, la realidad ha mostrado que, al igual que otros colectivos que incluso eran visibles, ha sido necesario un tratado específico que reconociera sus derechos desde sus particularidades y la creación de un Comité que los protegiera.

2.- *Convención sobre los Derechos del Niño*, Doc. A/44/49, 1989.

3.- Es objeto de discusión si al hablar de las cuestiones específicas de las personas con discapacidad se debe utilizar el término especial o específico. Desde una perspectiva connotativa lo especial parece marcar mayor diferencia que lo específico, que responde más a la idea de algo propio o característico que es distinto en sí pero que no supone una diferencia que viene marcada frente a la generalidad por la nota de especialidad. En el ámbito de Naciones Unidas, como se verá de forma más intensa en el análisis de las observaciones generales se tiende a hablar de especial. Dentro del movimiento de personas con discapacidad hay una preferencia hacia el término específico. En el presente artículo se incluye el término especial entre comillas.

4.- *Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*, Doc. A/RES/61/177, 2006, art. 7.2 b).

II.I COMPARATIVA DEL TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD JUNTO A OTROS COLECTIVOS EN EL SISTEMA INTERNACIONAL DE TRATADOS

La siguiente tabla comparativa analiza el tratamiento de la discapacidad en el sistema internacional de tratados junto a otros colectivos en sentido amplio. En el análisis de los diferentes tratados se incluye:

- a) Si el principio de igualdad y no discriminación general identifica la discapacidad como circunstancia específica, o ésta se debe entender incluida en la cláusula genérica de cualquier otra condición.
- b) Si la regulación de derechos concretos contiene alguna cláusula anti-discriminación general, y qué colectivos identifica en el goce de este derecho concreto.
- c) Si existe o no un artículo específico relativo a discapacidad o a otros colectivos.
- d) Si la regulación de algún derecho incluye algún colectivo para reforzar el goce del derecho en cuestión. Se incluye en este concepto el derecho a la igualdad entre mujer y hombre.

Con respecto a la tabla hay que hacer dos salvedades: si bien la maternidad no es un colectivo específico se ha incluido por su directa vinculación a mujer, y en relación a la variada tipología de trabajadores migratorios que incluye la CMW, no se ha considerado cada uno como un colectivo específico.

Tabla 1: Análisis del tratamiento de la discapacidad y otros colectivos en el sistema internacional de tratados de Naciones Unidas

Principio Igualdad y no discriminación genérico	Derecho concreto que incluye cláusula de igualdad y no discriminación identificando colectivos específicos		Artículo/ apartado específico sobre		Identificación específica de determinados colectivos en el texto de un artículo atendiendo a su especificidad
	Discapacidad incluida por sí misma	¿Está identificada la discapacidad?	Discapacidad	Otros colectivos	
<p>Desagregación por colectivos o situaciones</p> <p>Sin distinción por raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento cualquier otra condición (art. 2)</p>	No	No	No	<p><i>La familia</i> (art. 16.3)</p>	<p><i>Mujer:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Igualdad en el matrimonio y en su disolución (art. 16.1) <p><i>Desempleo, enfermedad, invalidez, viudez y vejez:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Derecho a seguros (art. 25.1) <p><i>Maternidad e infancia :</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Derecho a cuidados especiales (art. 25.2) <p><i>Padres:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Derecho elección educación hijos (art. 26.3)
<p>(1948)</p> <p>Declaración universal derechos humanos</p>					

Principio Igualdad y no discriminación genérico	Derecho concreto que incluye cláusula de igualdad y no discriminación identificando colectivos específicos		Artículo/ apartado específico sobre		Identificación específica de determinados colectivos en el texto de un artículo atendiendo a su especificidad
	Discapacidad incluida por sí misma	Derecho que se regula y condiciones	¿Está identificada la discapacidad?	Discapacidad	
Desagregación por colectivos o situaciones	No	<i>Excepcionalidad y suspensión de derechos</i> (art.4): No discriminación por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social	No	No	<i>Extranjeros:</i> Regulación expulsión (art. 13)
	Sin distinción por raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento cualquier otra condición social (art. 2)				
		<i>Igualdad derechos infancia.</i> No discriminación por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento (art. 24.1)	No	No	<i>Mujer:</i> • Igualdad y no discriminación frente al varón goce todos derechos (art. 3) • No aplicación pena de muerte (art. 6.5)
CCPR (1966)					

Principio Igualdad y no discriminación genérico	Derecho concreto que incluye cláusula de igualdad y no discriminación identificando colectivos específicos		Artículo/ apartado específico sobre		Identificación específica de determinados colectivos en el texto de un artículo atendiendo a su especificidad
	Discapacidad incluida por sí misma	¿Está identificada la discapacidad?	Discapacidad	Otros colectivos	
Desagregación por colectivos o situaciones	No	No	No	Familia (art. 10. 1)	<p><i>Mujer:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Igualdad y no discriminación frente al varón (art. 3) • Igualdad de condiciones laborales (art. 7. a) . i) <p><i>Infancia:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Reducción mortalidad (art. 12.2)
Sin distinción por raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento cualquier otra condición (art. 2.2)	No	<p><i>Igualdad y no discriminación en las medidas especiales de protección y asistencia a menores</i> (art. 10.3):</p> <p>Por razón de filiación o cualquier otra condición</p>	No	<p><i>Maternidad.</i> (art. 10.2) Protección antes y después del parto y licencia laboral</p>	<p><i>Padres:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Derecho libertad educación de los padres (art. 13.3)

CCPR (1966)

CCPR (1965)	Prohíbe la discriminación por raza, color, linaje u origen nacional o étnico	No	Todos los derechos contenidos en pacto se aplican bajo la igualdad sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico (art. 5)	No	No	No	No
CEDAW (1979)	Prohíbe la discriminación por estado civil (art. 1)	No	No	No	No	<p><i>Mujer rural</i> (art. 14)</p> <p>Concreción de derechos</p>	<p><i>Maternidad</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • La educación familiar incluya la función social de la maternidad (art. 5 b))
CEDAW (1979)		No	No	No	No		<p><i>Matrimonio o maternidad</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Refuerzo de derechos laborales (art. 11.2)
		No	No	No	No		<p><i>Maternidad</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Atención médica y nutrición durante embarazo, parto y período posterior (art. 12) <p><i>Infancia</i></p> <ul style="list-style-type: none"> • Nulidad matrimonio de niños (art. 16.2)

	Principio Igualdad y no discriminación genérico		Derecho concreto que incluye cláusula de igualdad y no discriminación identificando colectivos específicos		Artículo/ apartado específico sobre		Identificación específica de determinados colectivos en el texto de un artículo atendiendo a su especificidad
	Desagregación por colectivos o situaciones	Discapacidad incluida por sí misma	Derecho que se regula y condiciones	¿Está identificada la discapacidad?	Discapacidad	Otros colectivos	
CAT (1984)	Prohíbe tortura basada en discriminación pero no identifica ningún colectivo	No	No	No	No	No	No
CRC (1989)	Sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los	Sí (art. 2.1)	No	No	Niño mentafísica-mente impedido (art. 23)	Niños refugiados (art. 22)	Maternidad • Asistencia sanitaria prenatal y posnatal (art. 24.2c)
CRC (1989)	impedimentos físicos, el nacimiento cualquier otra condición del niño, sus padre o representantes (art. 2.1)					Niños de minorías étnicas, religiosas o lingüísticas (art. 30)	Menores de 15 años: • No reclutar ni participar en hostilidades (art. 38)

Fuente: Elaboración propia con los tratados internacionales de referencia.

El análisis comparativo muestra el bajo nivel de identificación y protección específica de las personas con discapacidad. Está reducida a la *Convención sobre los Derechos del Niño*, y la referencia en la *Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas*. En relación a la mención a “invalidez” de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, se entiende limitada a un derecho vinculado a una situación previa de empleo.

Las convenciones que protegen colectivos específicos parecen ignorar la realidad de que en sus ámbitos hay personas con discapacidad. Si se compara la inclusión transversal de la discapacidad con otros colectivos en el sistema internacional de tratados, se puede afirmar que mujer, infancia, o etnicidad aparecen de forma más intensa en el articulado de los mismos.

Por otra parte, la visibilidad de la discapacidad es asimétrica y no lineal desde el punto de vista cronológico, ya que su inclusión en un tratado no implica su reconocimiento en otros posteriores.

III. DISCAPACIDAD Y OBSERVACIONES GENERALES DEL COMITÉ CRC

III.1 INTRODUCCIÓN

Los órganos creados en virtud de los tratados son los guardianes de las normas establecidas en las convenciones de derechos humanos, y actúan como motores que las traducen en justicia social y bienestar individual⁵. A través de las observaciones generales exponen sus puntos de vista sobre el contenido de las obligaciones contraídas por los Estados Partes⁶. El contenido de las mismas ha ido evolucionando en longitud y complejidad, hasta convertirse en comentarios detallados y exhaustivos sobre disposiciones concretas de los tratados, y sobre la relación entre los artículos del tratado

5.- *Reforma de las Naciones Unidas: medidas y propuestas*, Doc. A/66/860, 26 de junio de 2012, pp. 6-7.

6.- *Ibidem*, p. 72.

y temas o problemas específicos⁷. En este sentido, están dirigidas a la protección de los derechos contenidos en el tratado correspondiente, para ello establecen pautas de presentación de informes, llaman la atención sobre aspectos que estos no incluyen, y promocionan la defensa y protección de los derechos humanos a todos los niveles⁸.

Por ello, tienen el especial valor de expresar de forma dinámica las preocupaciones, prioridades, enfoques, etc. de los diferentes comités. Por lo que son una forma de actualizar y vivificar los tratados de derechos humanos.

III.II TRATAMIENTO DE LA DISCAPACIDAD EN LAS OBSERVACIONES GENERALES DE LOS COMITÉS DE DERECHOS HUMANOS

Esta capacidad, para expresar de forma dinámica las preocupaciones, prioridades, enfoques, etc. de los diferentes comités, justifica su análisis comparativo, ya que permite evidenciar y valorar el nivel de inclusión de la discapacidad en las mismas, y responder a la pregunta de si se ha superado la invisibilidad inicial de la mayoría de los tratados, y cómo se ha producido.

Para ello se incluyen tres tablas, la primera analiza su inclusión a través del principio de igualdad y no discriminación, la segunda muestra las observaciones generales que los Comités han dedicado a colectivos específicos, y la tercera, la inclusión transversal de la discapacidad en las diferentes observaciones generales.

7.- *Ibidem*, p. 72.

8.- *Introduction to document CCPR/C/21/Rev.1*, (General Comments adopted by the Human Rights Committee under article 40, paragraph 4, of the International Covenant on Civil and Political Right 19 May 1989).

Tabla 2: Tratamiento en las observaciones generales de los distintos comités de derechos humanos de: concepto de discriminación, inclusión de la discapacidad y definición de discriminación por motivo de discapacidad

		Observaciones generales sobre discriminación		
		¿Define discriminación?	¿Incluye discapacidad?	¿Define discriminación por motivo de discapacidad?
CCPR	O.G. n° 18 (1989) No discriminación	Sí	No	No
CESCR	O.G. n° 20 (2009) La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales	Sí	Sí	Sí
CERD	O.G. n° 32 (2009) Significado y alcance de las medidas especiales en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial	Sí	No	No
CEDAW	O.G. n° 28 (2010) relativa al artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer	Sí	No	No
CAT	No	No	No	No
CRC	No	No	No	No
CMW	No	No	No	No
CED	No	No	No	No

Fuente: Elaboración propia con los datos de las diferentes observaciones generales.

Tan sólo cuatro comités dedican una observación general a la no discriminación⁹, y de estos sólo el Comité CDESCR incluye el concepto de discriminación por motivo de discapacidad. La identificación de este colectivo y de las causas de su discriminación son esenciales para establecer mecanismos y garantías que protejan sus derechos. Y esto es extensible a cualquier ser humano y sus circunstancias, máxime cuando de la conjunción de varias se producen situaciones de mayor vulnerabilidad, si cabe. Sin una definición de este tipo no parece posible un enfoque de derechos humanos.

La siguiente tabla muestra el tratamiento de los diferentes colectivos por parte de los distintos Comités en sus observaciones generales¹⁰. Para este análisis se toma como referencia la identificación de un colectivo de los vinculados a los ámbitos de protección de los sistemas de tratados, al que se añaden por su importancia familia, personas mayores y VIH/SIDA. No se incluyen los Comités CAT, CED y CMW porque no tienen ninguna observación que cumpla las condiciones establecidas.

9.- De todas las observaciones del comité CERD conexas con la no discriminación, ésta es por contenido de la misma la que más contenido sustantivo aporta, si bien lo hace en relación a las medidas de acción positiva. El Comité CERD dedicó la observación general. nº 14 de 1993 a la definición del concepto de discriminación en la que delimita sucintamente que “basada” en discriminación es lo mismo que “por razón de” y determina cuándo diferencia de trato, para alcanzar la igualdad, es o no discriminatoria. Por su parte el Comité CEDAW dedicó dos observaciones generales a las medidas para promover la igualdad, en sus observaciones generales nº 5 y 25, de 1998 y 2004 respectivamente.

10.- Se ha tenido en cuenta que se regulen cuestiones sustantivas, y no aclaratorias. Así por ejemplo se ha desestimado la inclusión de las observaciones generales nº 8 y 24 del Comité CERD que daban contenido a la definición de grupo racial o étnico específico y a su correcta identificación en el territorio de un Estado.

Tabla 3: Inclusión de colectivos de mayor protección en las diferentes observaciones generales de los distintos comités de derechos humanos, identificado por título de la observación general

	CCPR	CESCR	CERD	CEDAW	CRC
Mujer vs Hombre	<p>O. G. n° 4, (1981), Art. 3, Derecho igual de hombres y mujeres en el goce de todos los derechos civiles y políticos</p> <p>O. G. n° 28, (2000) Art. 3, La igualdad de derechos entre hombres y mujeres</p>	<p>O.G. n°16, (2005) La igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 3)</p>	<p>O.G. n° 25 (2000) Las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género</p>		
Extranjeros vs Nacionales	<p>O. G. n°15, (1986) La situación de los extranjeros con arreglo al Pacto</p>		<p>O. G. n° 11 (1993) Los no ciudadanos</p> <p>O.G. n°22 (1996) El art. 5 de la Convención y los refugiados y desplazados</p> <p>O.G. n° 30 (2004) Los no ciudadanos</p>	<p>O.G. n° 26 (2008) Mujeres migrantes trabajadoras</p>	<p>O. G. n° 6 (2005) Trato de menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen</p>

	CCPR	CESCR	CERD	CEDAW	CRC
Orígenes étnicos específicos			<p>O.G nº 23 (1997) Los derechos de los pueblos indígenas</p> <p>O.G. nº 27 (2000) La discriminación de los romaníes</p> <p>O.G nº 29 (2002) La discriminación basada en la ascendencia</p> <p>O.G nº34 (2001) Discriminación contra los descendientes africanos</p>		<p>O.G nº11 (2009) Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención</p>
Infancia		<p>O. G. nº17, (1989), Art. 24, Derechos del niño</p>			<p>O.G nº4 (2003) La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención</p> <p>O.G. nº 7 (2005) La realización de los derechos del niño en la primera infancia</p>

	CCPR	CESCR	CERD	CEDAW	CRC
Familia	O. G. n°19, (1990), Art.23, La familia				O.G. n° 29 (2013) Consecuencias económicas del matrimonio y su disolución O.G. n° 21 (1994) Igualdad en el matrimonio y las relaciones de familia
Minorías	O. G, n°23 (1994) Art. 27, Derecho de las minorías	O.G n° 6 (1995), Los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores		O.G. n° 27 2010 Las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos	
Personas mayores					
Discapacidad		O.G. n°5 (1994) Las personas con discapacidad		O.G. n° 18 (1991) Las mujeres discapacitadas	O.G. n° 9 (2007) Los derechos de los niños con discapacidad
SIDA/VIH				O.G. n° 15 (1990) Mujeres y SIDA	O.G. n° 3 (2003) SIDA/VIH y los derechos del niño

Fuente: Elaboración propia con los datos de las diferentes observaciones generales.

La preocupación por los colectivos más vulnerables es desigual en los tratados no específicos para ellos. Tomando el número de referencias en los comités generales de derechos (CCPR y CDESCR), seguido de su inclusión transversal en los tratados que no les son propios, el foco de mayor atención y preocupación es:

- a) En primer lugar la mujer, que cuenta con tres observaciones generales: dos en el Comité CCPR y otra en el Comité CDESCR. En cuanto a su inclusión en otros comités está presente en una observación del Comité CERD.
- b) En segundo lugar estaría la situación de extranjería en sus diferentes vertientes. Cuenta con una observación general del Comité CCPR. En cuanto a su tratamiento por otros comités está: el Comité CERD que le ha dedicado tres observaciones generales, y el Comité CEDAW y el Comité CRC una observación general.
- c) En tercer lugar está la discapacidad. El Comité CDESCR ha adoptado una observación general sobre la misma y también cuenta con una observación general del Comité CEDAW y otra del Comité CRC.
- d) En cuarto lugar está la familia. Que cuenta con una observación general del Comité CCPR y dos del Comité CEDAW.
- e) En quinto lugar se encuentran las personas mayores que, pese a no contar con un tratado específico, cuentan con una observación general del Comité CDESCR y otra del Comité CEDAW.
- f) En sexto lugar estarían infancia y minorías, que han sido tratadas por el Comité CCPR.
- g) En séptimo lugar estaría el VIH con dos observaciones generales, una del Comité CEDAW y otra del Comité CRC.
- h) En último lugar están los orígenes étnicos específicos, que no cuentan con ninguna observación general de los comités generales de derechos, pero sí cuentan con una del Comité CRC. Y con cuatro observaciones específicas emanadas del Comité CERD (pero que no se estima significativo al ser de su propio Comité).

La inclusión transversal de la discapacidad en las diferentes observaciones generales es otra forma de medir el interés de los distintos comités.

Tabla 4: Inclusión transversal de la discapacidad en las diferentes observaciones generales de los distintos comités. El número bajo el comité indica el cuántas observaciones generales ha elaborado

Nota: No incluye observaciones específicas sobre discapacidad.

Observaciones generales que contienen referencias a las personas con discapacidad de forma transversal	
CCPR 35 O.G.	O.G nº 8 (1982) Derecho a la libertad y a la seguridad personales (artículo 9) O.G. nº25 (1996) Participación asuntos públicos y derecho al voto O.G. nº 35 (2013) Libertad y seguridad de la persona
CESCR 21 O.G.	O.G. nº4 (1991) El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del art. 11 del pacto) O.G. nº 6 (1995) Derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores O.G. nº12 (1999) Derecho a una alimentación adecuada O.G. nº13 (1999) Derecho a la educación O.G. nº14 (2000) Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud O.G. nº15 (2005) Derecho al agua O.G. nº16 (2005) Igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales O.G. nº17 (2005) El derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor/a O.G. nº 18 (2005) Derecho al trabajo O.G. nº19 (2008) Derechos a la Seguridad Social O.G. nº20 (2009) no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales O.G. nº21 (2009) derecho de toda persona a participar en la vida cultural
CERD 35 O.G.	
CEDAW 32 O.G.	O. G. nº24 (1999) La mujer y la salud (artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer) O.G. nº 25 (2004) Medidas especiales de carácter temporal (párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer)

Observaciones generales que contienen referencias a las personas con discapacidad de forma transversal	
CEDAW 32 O.G.	<p>O.G nº 27 (2010) Sobre las mujeres de edad y la protección de sus derechos humanos</p> <p>O.G. nº 28 (2010) Artículo 2 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer</p> <p>O.G. nº 30 (2013) Sobre las mujeres en la prevención de conflictos y en situaciones de conflicto y posteriores a conflictos.</p> <p>O.G nº 31 (2014) Sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta (emanada conjuntamente con el Comité CRC).</p> <p>O.G. nº 32 (2014) Sobre la dimensiones de género del estatuto de refugiada, el asilo, la nacionalidad y la apatridia de las mujeres.</p>
CAT 3 O.G.	<p>O.G. nº 2 (2007) Aplicación del artículo 2 por los Estados Partes</p> <p>O.G. nº 3 (2012) Aplicación del artículo 14 relativo al derecho a reparación en caso de tortura</p>
CRC 18 O.G.	<p>O.G nº1 (2001) Propósitos de la educación</p> <p>O.G. nº 2 (2002) El papel de las instituciones nacionales independientes para la promoción de los derechos de los niños de la CRC</p> <p>O.G. nº 3 (2003) VIH/SIDA y los derechos del niño</p> <p>O. G. nº 4, (2003) La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención</p> <p>O. G. nº 5 (2003) Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los derechos del niño</p> <p>O.G. nº 6 (2005) Trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera del país de origen</p> <p>O.G. nº 7 (2005) Realización de los derechos del niño en la primera infancia</p> <p>O.G. nº 10 (2007) Derechos del niño en la justicia de menores</p> <p>O. G. nº 11 (2009) Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención</p> <p>O.G. nº12 (2009) Derecho del niño a ser escuchado</p> <p>O.G. nº 13 (2011) Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia</p> <p>O.G. nº 14 (2013) Derecho del niño a que se dé una consideración primordial a su interés superior</p> <p>O.G. nº 15 (2013) El derecho del niño a disfrutar del más alto estado de salud</p> <p>O.G. nº 16 (2013) Las obligaciones de los Estados en relación a los impactos de las empresas en los derechos de los niños</p> <p>O.G. nº 17 (2013) El derecho al ocio, al juego y al disfrute</p> <p>O.G nº 18 (2014) Sobre las prácticas nocivas, adoptadas de manera conjunta (emanada conjuntamente con el Comité CEDAW).</p>

Observaciones generales que contienen referencias a las personas con discapacidad de forma transversal	
CMW 2 O.G.	O. G nº 2 (2013) Sobre los derechos de los trabajadores migratorios en situación irregular y de sus familiares
CED No ha elaborado	

Fuente: Elaboración propia con los datos de las diferentes observaciones generales.

La inclusión de la discapacidad por parte de los diferentes comités de derechos humanos es, como se ha visto, desde invisible a titubeante o ambivalente, ni siquiera la aprobación de la CRPD ha logrado un efecto llamada en los más reticentes.

De todos los Comités, sólo tres han elaborado una observación general específica: los Comités CDESCR, CRC y CEDAW, pero con una orientación y contenido diferentes. De ellos, el Comité CDESCR es el único que ha definido el concepto de discriminación por razón de discapacidad, lo que le ha dado una mayor orientación al modelo de derechos humanos. Con la observación general nº5¹¹, el Comité CDESCR reconoce que existe una situación endémica y estructural de discriminación de las personas con discapacidad, ya sea directa o indirecta, a través de barreras físicas y sociales, y define la discriminación por motivo de discapacidad como cualquier acto, incluida la denegación de ajustes razonables, que anule o dificulte el ejercicio de los derechos reconocidos en la CDESCR, por lo que en las medidas que se adopten deberán tener en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad y garantizar su acceso a la participación y a los servicios en igualdad de condiciones. El Comité CRC lo ha tratado de forma intensa, pero sin incluir una definición de discriminación por motivo de discapacidad. Y por último, el comité CEDAW, que si bien la incluye lo hace en menor medida y contenido que los otros dos Comités. El resto o bien la invisibilizan o la incluyen transversalmente, pero tampoco asumen claramente el modelo de derechos humanos, siendo su relación incluso más ambivalente.

11.- Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 5: Persons with disabilities (eleventh session), Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 1995, pp. 17-27, par. 9 y 15.

III.III ANÁLISIS CUALITATIVO DE LAS OBSERVACIONES GENERALES DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

El Comité de los Derechos del Niño (Comité CRC) ha elaborado dieciocho observaciones generales¹², de las cuales una está dedicada a los niños con discapacidad y dieciséis la tratan transversalmente¹³. La única que no la incorpora es la relativa al castigo corporal, que lo trata de forma extensiva y sin incluir diferenciaciones de circunstancias entre los niños que puedan sufrir estos abusos¹⁴.

A nivel formal y para no recargar los pies de página, cuando las referencias a una observación general identificada y concreta sean constantes, tras una primera notación, las siguientes referencias a los párrafos correspondientes se incluirán entre paréntesis al finalizar cada párrafo.

La *Observación general n° 1*¹⁵, relativa a los fines de la educación, recuerda que el propósito de la misma es múltiple, y que está interconectado con los diferentes derechos y valores incluidos en la CRC, entre otros la no discriminación y los derechos de los niños con discapacidad (par. 6). La educación requiere el máximo desarrollo del niño e incluye a todos, sin que sea admisible ningún tipo de discriminación, entre otros por razón de sexo, por motivo de VIH/SIDA o de discapacidad, y para conocer su situación se remite a la *Observación general n°5* del Comité CDESCR¹⁶ (par. 10).

12.- Listado de Observaciones generales del Comité de los Derechos del niño.

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=5&DocTypeID=11 (Último acceso 5 de julio de 2015).

13.- Es necesario recordar que es el primer tratado de derechos humanos que visibiliza la discapacidad, tanto en la prohibición de discriminación (art. 2) como por la existencia de un artículo específico dedicado a los niños con discapacidad (art. 23).

14.- Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 8: The right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment (arts. 19; 28, para. 2; and 37, inter alia)*, (forty-second session), Doc. CRC/C/GC/8, 2006.

15.- Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 1: The aims of education*, (twenty-sixth session), Doc. CRC/GC/2001/1, 2001.

16.- Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *General Comment No. 5: Persons with disabilities* (eleventh session), Doc. HRI/GEN/1/Rev.9 (Vol. I), 1995, pp. 17-27

Su definición de discapacidad parte de la noción de limitación conforme al modelo médico, pues vincula la falta de acceso a derechos con la discapacidad, y en este sentido conmina a los Estados Partes a la adopción de medidas, de conformidad a sus recursos, para que estas

La *Observación general n° 2*¹⁷, que analiza el papel que tienen las instituciones nacionales independientes de derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño, reconoce el importante rol de las instituciones nacionales independientes para la promoción de los derechos de los niños contenidos en la CRC, y les insta para que sean accesibles desde el punto de vista geográfico y físico, y para que hagan llegar su labor a todos los niños, especialmente a los más vulnerables, entre los que incluye a los niños con discapacidad (par. 15).

La *Observación general n° 3*¹⁸, centrada en infancia y VIH/SIDA, hace un planteamiento holístico poniendo en relación todos los derechos (entre los que cita el 23 relativo a niños con discapacidad) que contiene la CRC, al entender que sólo así es posible afrontar la gran diversidad de problemas relacionados con los esfuerzos de prevención, tratamiento y atención del VIH/SIDA, remarcando que los Estados deben garantizar los derechos contenidos en la CRC, y recordando la prohibición de discriminación, entre otras causas por discapacidad (par. 7). Por otra parte, se ocupa de la necesidad de comunicar y dialogar en las escuelas y familias sobre este tema, y apunta que los Estados Partes deben procurar que los mensajes de prevención sean adecuados al género, idioma o discapacidad (par. 14).

En cuanto a los servicios de salud debe garantizarse el principio de igualdad de todos los colectivos, entre los que incluye a los niños con discapacidad, y recuerda que no siempre son accesibles para estos niños, o para los indígenas, o en otras situaciones de mayor vulnerabilidad (par. 17 y 18). Denuncia que existe mayor riesgo de quedar infectado por el VIH para algunos colectivos de niños como los que viven en la pobreza, en campos de refugiados,

personas puedan superar los inconvenientes, en términos del disfrute de los derechos, derivados de su discapacidad (par. 4 y 5). Sin embargo, define la discriminación por motivo de discapacidad como cualquier acto, incluida la denegación de ajustes razonables, que anule o dificulte el ejercicio de los derechos reconocidos en la CDESCR, por lo que en las medidas que se adopten deberán tener en cuenta las necesidades de las personas con discapacidad y garantizar su acceso a la participación y a los servicios en igualdad de condiciones (par. 15)

17.- Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 2: The role of independent national human rights institutions in the promotion and protection of the rights of the child*, (thirty-second session), Doc. CRC/GC/2002/2, 2002.

18.- Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 3: HIV/AIDS and the right of the child*, (thirty-second session), Doc. CRC/GC/2003/3, 2003.

o que son explotados sexualmente, o que tienen discapacidad, y además alerta de la mayor probabilidad de que determinados niños, entre ellos niños con discapacidad y con enfermedad mental, sufran violencia y agresiones sexuales (par. 30 y 37).

En relación a las medidas a adoptar por los Estados, no incluye ninguna específica por razón de pertenencia a colectivos (par. 36), pero sí exhorta a que la recopilación de datos contemple el sexo y la edad, así como la inclusión de niños pertenecientes a grupos vulnerables y a los que necesitan una protección especial (par. 30.5).

La *Observación general n° 4*¹⁹, relativa a la salud y al desarrollo de los adolescentes, establece el principio de igualdad y no discriminación en el acceso a derechos, entre otros, para los menores con discapacidad (par. 2), de quienes entiende que puedan requerir mecanismos “especiales”²⁰ de protección por su mayor vulnerabilidad y riesgo de violencia y de explotación, y por su menor acceso a la salud (par. 8). En relación a la educación se subraya el derecho de los adolescentes con discapacidad al acceso a una educación de calidad, y al reconocimiento del principio de igualdad de oportunidades en materia de enseñanza, y apuesta, dentro de lo posible, por la educación integrada (par. 15), pero no establece mecanismos que la faciliten. Con respecto al derecho a la salud, por un lado advierte que los accidentes son causa de muerte y discapacidad, y que estos afectan de forma desproporcionada a los adolescentes por lo que es necesario reforzar la seguridad viaria (par. 17), y por otro, muestra su preocupación porque entre los jóvenes es también elevada la tasa de suicidios y de enfermedades psicosociales (par. 18), por ello insta a que se les dé tratamiento y rehabilitación adecuados, y se tomen medidas para la prevención de los estigmas asociados a este tipo de situaciones (par. 25). La observación muestra preocupación en el caso de las enfermedades mentales, y prevé que sean tratados en su comunidad siempre que sea posible. La hospitalización o internamiento en establecimiento psiquiátrico debe

19.- Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 4: Adolescent health and development in the context of the Convention on the Rights of the Child*, (thirty-third session), Doc. CRC/GC/2003/4, 2003.

20.- El texto en castellano e inglés hablan de especial y no de específicas. Como ya se refirió, la noción de especificidad atiende mejor a las necesidades de las personas con discapacidad, toda vez que le da un matiz de adecuación y permanencia.

adoptarse de conformidad con el principio del interés superior del niño (par. 25), sin embargo, guarda silencio sobre su duración. En cuanto al acceso a los servicios de salud, recuerda que los adolescentes con discapacidad tienen el mismo derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, lo que implica, entre otros aspectos, que los bienes y servicios sean accesibles, que se atiendan las necesidades relativas a su sexualidad, y que se eliminen los obstáculos que les impidan el ejercicio de sus derechos (par. 31).

En su análisis de la violencia institucional hacia los adolescentes, establece que los Estados Partes deben tomar medidas para erradicarla en establecimientos tales como reformatorios, o que sean para personas con discapacidad (par. 19). La observación anima a los Estados a recopilar datos de forma sistemática que diferencien por sexo, edad, origen, condición socio-económica así como estudiar la situación de grupos específicos como minorías étnicas, adolescentes migrantes o con discapacidad, etc. (par. 9). En relación a las obligaciones de los Estados, la observación hace un listado de actuaciones de forma genérica (par. 35), e incluye una previsión específica al determinar que deben asegurarse que se tiene en cuenta a los adolescentes pertenecientes a grupos especialmente vulnerables (par. 35 h).

En esta observación además, adopta los criterios que había ido fortaleciendo el Comité CDESCR al incorporar los criterios que deben identificar el derecho a la salud: (a) la disponibilidad; (b) la accesibilidad (económica, física y social); (c) la aceptabilidad; y (d) la calidad (par. 37), pero no concreta el alcance y significado de la accesibilidad en relación a las personas con discapacidad.

En su *Observación general n° 5*²¹, relativa a las medidas generales de aplicación y a la difusión a dar a la CRC, el Comité CRC recuerda que la obligación de no discriminación incluye el adoptar medidas que garanticen los derechos, y asumir una actitud activa que identifique a los niños que puedan requerir medidas “especiales” para el reconocimiento y efectividad de sus derechos, y por ello insiste que la toma de datos desagregada debe permitir identificar incluso discriminaciones potenciales (par. 12). Esta identificación, sin un criterio previo delimitador de lo que constituye y genera discriminación, es compleja,

21.- Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 5: General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child*, (thirty-fourth session), Doc. CRC/GC/2003/5, 2003.

es decir, podrían identificarse conculcaciones de derechos, pero para ser efectivo en la lucha antidiscriminación es necesario conocer las causas que generan dicha situación.

Los Estados deberán elaborar una estrategia nacional que habrá de ser difundida también entre los niños, por lo que tendrá que hacerse una traducción adaptada a sus necesidades y en idiomas apropiados (par. 33). No está claro si esta previsión incluye o no las necesidades de los niños con discapacidad. En lo relativo a la accesibilidad, requiere a los Estados Partes para que sus informes se presenten en formatos adecuados para las personas con discapacidad (par. 72), sin embargo, en las cuestiones relativas a la difusión del contenido de la CRC no establece ninguna previsión en este sentido (par. 66-69). En todo caso, es una observación que habla del menor en genérico, sin entrar en otras circunstancias.

La *Observación general n° 6*²², relativa a la situación y trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, hace una relectura de todos los derechos de la CRC aplicada a los niños en esta situación, y establece el principio de no discriminación del menor no acompañado o separado o en su condición de refugiado, solicitante de asilo o migrante, y además, manifiesta que pueden ser necesarias diferencias fundadas en la diversidad de necesidades de protección, como las asociadas a la edad o al género (par. 18). En las evaluaciones para dar respuesta a necesidades de protección generales y concretas, los Estados deben atender al interés del menor y a consideraciones de género, y deben realizar una entrevista adaptada a las necesidades, edad y sexo del menor y en un idioma que pueda comprender (par. 31). Si dentro de la noción de necesidades e idioma se incluye la discapacidad la observación no lo aclara. En cuanto al derecho a la educación de este colectivo, los Estados Partes deben asegurar el acceso a su formación en igualdad a las niñas y a los niños con necesidades “especiales”, en particular niños con discapacidad, a quienes debe garantizárseles el acceso a la educación de calidad (par. 41). En el análisis del tratamiento de los niños soldados o supervivientes de conflictos armados no prevé ninguna cuestión específica en el caso de discapacidades (par. 56 y 60). Como en

22.- Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 6: Treatment of Unaccompanied and Separated Children Outside their Country of Origin*, (thirty-ninth session), Doc. CRC/GC/2005/6, 2005.

las anteriores, trata la infancia como una realidad genérica, de hecho apenas contiene alguna referencia a sexo y edad.

La *Observación general n° 7*²³, centrada en los derechos del niño en la primera infancia, en el apartado relativo a no discriminación establece que todos los derechos de la CRC son aplicables a todos los niños. Al carecer de definición de discriminación, recurre a numerosos ejemplos que pueden servir de guía para identificar actuaciones discriminatorias: cuidados y atención insuficientes; menores oportunidades de juego; inhibición de la libre expresión de sentimientos y opiniones; e incluso un trato rudo (par. 11 b). Esta indefinición puede ser el motivo por el que no considere y valore de forma idéntica la conculcación de derechos por motivo de discriminación, y así la gradúa en función del colectivo afectado: (a) en el caso de las niñas la discriminación es considerada como una grave violación de derechos; (b) a los niños con discapacidad la discriminación les reduce sus perspectivas de supervivencia, y su calidad de vida, para los que recuerda que pueden requerir de asistencia adicional o “especial” a fin de garantizar su integración y la realización de sus derechos; y (c) con respecto a los niños con VIH/SIDA la discriminación les priva de la ayuda y del apoyo que más necesitan (par. 11 b). Nótese que pese a esta defensa y ejemplificación de cómo la discriminación afecta a estos colectivos no la interpreta igual, sin duda, las niñas son las que reciben un trato más ligado a una perspectiva de derechos, ya que su discriminación la identifica como grave violación de derechos, sin embargo, para el resto de colectivos no es así, y se centra en otro tipo de efectos. Este doble tratamiento no es entendible en un texto de derechos humanos ya que para todos es la misma violación de derechos.

En relación a las políticas y programas a desarrollar por los Estados, deben velar para que todos los niños tengan acceso a servicios adecuados, especialmente en la atención de la salud, cuidado y educación, y deberán prestar mayor atención a los más vulnerables y con mayor riesgo de discriminación, como las niñas, los que viven en la pobreza o los niños con discapacidad (par. 24). También previene sobre el mayor riesgo que tienen los niños con discapacidad de no ser inscritos (par. 25). Al tratar las necesidades de los

23.- Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 7: Implementing child rights in early childhood*, (fortieth session), Doc. CRC/C/GC/7/Rev.1, 2006.

niños que requieren mayor protección dentro de la primera infancia, identifica a los niños y niñas con discapacidad, sin familia o refugiados (par. 36), con respecto a los niños con discapacidad establece, entre otros, que no deberán ser institucionalizados por razón de discapacidad (par. 36 h), lo que significa que les reconoce su derecho a vivir en comunidad, y defiende su derecho a la salud y a la educación, y además de proclamar su igualdad de derechos reclama la atención a las necesidades “especiales” que puedan tener y a que se les trate con dignidad y se promueva su autonomía (par. 36 h). La observación también trata el fomento de la capacidad en beneficio de la primera infancia, pero en las recomendaciones que incluye no hace menciones concretas a que, por razón de colectivo, requieran mayor o más especificidad en dicha capacitación (par. 38-43).

La *Observación general n° 9*²⁴, relativa a los niños con discapacidad de 2006, coincide con las fases finales de aprobación de la CRPD²⁵. En esta observación se analiza el artículo 2 (no discriminación) y 23 (niños con discapacidad), para a continuación apostar por la inclusión de los niños con discapacidad en la sociedad. Se inicia con una consideración sobre los factores que causan deficiencias, y la necesidad de prevenir tanto las primarias como las secundarias (par. 1), y denuncia la gravísima situación de los niños con discapacidad en el mundo, que va desde la discriminación a su homicidio (par. 3). Asume la definición de discapacidad como sumatorio de deficiencia y barrera (par. 5 y 7) que se estaba negociando en el proyecto de convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Sin embargo, es extraño que si bien asume que la discapacidad es la interacción entre deficiencia y barrera, no define el concepto de discriminación por razón de discapacidad, es decir, señala el efecto discapacitante de la barrera pero no lo identifica como causa de discriminación.

En el análisis del artículo 2 ahonda en la situación de mayor discriminación de estos niños, y está jalonado de situaciones en las que se producen vulneración a través de la discriminación, y denuncia el peso de los estigmas y prejuicios (par. 8). Por ello, conmina a los Estados Partes a eliminar toda

24.- Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 9: The rights of children with disabilities, (forty-third session)*, Doc. CRC/C/GC/9, 2007.

25.- El texto fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

forma de discriminación mediante la adopción de normativa que la proscriba y permita denunciarla. Junto a las previsiones normativas, insta a la realización de campañas de concienciación (par. 9). Y destaca entre todas las situaciones de mayor vulnerabilidad a las niñas con discapacidad (par. 10).

El análisis del art. 23 de la CRC es el relativo a los niños y niñas con discapacidad, y establece que el párrafo 1 es el principio rector con el que aplicar la CRC a los niños con discapacidad, que es el que se orienta a su plena inclusión en la sociedad (par. 11). Cumplir esta previsión exige prestar los apoyos y asistencia “especiales” que pueda requerir el niño con discapacidad, en particular a lo referido a educación, capacitación, servicios de salud, de rehabilitación, así como preparación para el empleo y actividades de esparcimiento (par. 13-14).

La observación incluye disposiciones generales de aplicación, a través de las que da pautas de actuación a los Estados Partes sobre medidas a adoptar, ya sean de tipo legislativo, planes de acción, etc. y en los que además determina principios generales como el de no discriminación (que no define); el del interés superior del niño; su derecho a la vida o desarrollo (par. 17-18 y 28-33). En materia de accesibilidad hace diferentes anotaciones: (a) en lo relativo a medios de comunicación recuerda la relación entre autonomía y posibilidad de acceder a los mismos; (b) con respecto a los transportes públicos y las instalaciones públicas, establece que la falta de accesibilidad es motivo de exclusión y marginación, por lo que insta a que el transporte sea accesible y en la medida de lo posible gratuito; y (c) en cuanto a las edificaciones exhorta a que sean modificadas para hacerlas lo más accesibles posibles (par. 37-40). El Comité CRC se muestra preocupado por el alto nivel de institucionalización de estos niños (par. 47), por lo cual da pautas sobre que la misma sea absolutamente necesaria y responda al interés superior del niño. Insta a que el modelo de institución esté centrado en los derechos y en las necesidades del niño (par. 47) y anima a los Estados a establecer programas de desinstitucionalización (par. 49). El Comité CRC describe esta situación pero guarda silencio sobre las causas de la misma.

Dentro del ámbito de la salud incluye los aspectos relativos a cuidados generales y específicos, la prevención, la detección precoz o el tratamiento coordinado (cap. VII). Entre otros aspectos reseñables expresa su preocupa-

ción por la práctica de la esterilización forzosa, especialmente en niñas con discapacidad, que viola su derecho a la integridad física (par. 60). En cuanto al coste, al igual que para el transporte, establece que debe prestarse de forma gratuita siempre que sea posible y en el sistema general de salud (par. 52). Del texto no puede inferirse si la exhortación a la gratuidad se refiere a la prestación del servicio en general, o para el caso de los niños con discapacidad. Esta notación es importante porque este derecho se encuadra dentro de los denominados económicos, sociales y culturales de realización progresiva según la capacidad de los Estados y hasta el máximo de sus recursos, pero en todo caso siempre desde la igualdad y no discriminación, es decir, no podría defenderse que para los niños sin discapacidad el coste fuera gratuito y para los niños con discapacidad no lo fuera. En cuanto a la accesibilidad, incluye la de tipo económico y la física, e identifica que es uno de los motivos que hace que los niños y niñas con discapacidad queden fuera del acceso al derecho a la salud (par. 51). Y relaciona los productos de apoyo con la capacidad funcional de los niños, que debe ser desarrollada y prestada gratuitamente cuando sea posible (par. 57).

En cuanto a la educación, además de afirmar que gozan del mismo derecho, hace una apuesta por una educación gratuita e inclusiva, pero asume que no siempre es posible (par. 66), y defiende que las escuelas no deberían tener barreras físicas ni a la comunicación (par. 65). En lo relativo a contenidos, establece que la educación de un niño con discapacidad ha de orientarse a la potenciación de su autoestima, asegurando que el niño sienta que es respetado por los demás como ser humano sin limitación alguna de su dignidad (par.64). En todo caso, debe tenerse en cuenta que la CRPD aboga por la educación inclusiva y la provisión de ajustes razonables (art. 24).

Expresa con preocupación que los niños con discapacidad tienen mayor riesgo de no ser inscritos, de sufrir abusos, y de ser explotados económica y sexualmente, y que la exposición a situaciones complejas como la guerra o la condición de refugiados son causa de discapacidad (par. 35, 42 y 75-79).

En el ámbito de la justicia y en el caso de que cometan infracciones hace recomendaciones específicas en razón de su mayor vulnerabilidad (par. 74). Plantea que deben ser entrevistados utilizando un lenguaje adecuado y por profesionales capacitados (par. 74 a). Alienta a los Estados a desarrollar y

aplicar medidas sustitutivas ajustadas a la capacidad del menor, así como evitar su paso por el sistema jurídico ordinario, salvo que sea necesario por motivos de orden público, en cuyo caso será necesario un esfuerzo especial para informar al niño del procedimiento (par. 74). Establece que su detención no debe ser en un centro general de menores, y que ésta sólo ha de producirse si es necesaria para ofrecerle un tratamiento adecuado y ocuparse de los motivos que condujeron a la comisión del delito (par. 74 c). Estas previsiones, salvo las relativas al uso del lenguaje, no parecen estar hechas centradas en la equiparación de oportunidades del sistema procesal, ni en atender a la diversidad de las deficiencias humanas. En algunos contenidos parece asumir el hecho de que tener una deficiencia implica dificultad para comprender los actos realizados, cuando el problema podría ser el canal de comunicación. Pero tampoco está claro, pues no se produce una correlación entre el tipo de deficiencia y la barrera.

Conforme se ha subrayado, esta observación, pese a ser coetánea de la CRPD y asumirla en parte, carece de definición de discriminación por causa de discapacidad, y sin definición, como se viene reiterando, no es posible hablar de modelo de derechos humanos. Por ello, dentro del espectro del modelo médico se entendería que no termine de relacionar barrera con discriminación y se quede en el desiderátum de que los entornos sean accesibles.

El modelo médico se cuela en la percepción de la discapacidad como concepto incapacitante y en bloque en su tratamiento del deporte, pues asume que los niños con discapacidad difícilmente podrán competir con niños sin discapacidad dadas las exigencias físicas del deporte. Por lo que defiende la existencia de juegos exclusivos para niños con discapacidad para que puedan competir de forma equitativa y segura (par. 72). Para contrarrestar esta afirmación, se muestra a continuación las diferencias en marcas mundiales en dos deportes, 100 metros lisos y 100 metros libres, para atletas con y sin discapacidad. En algunos, las diferencias son mínimas, en otras, por el tipo de deficiencia, son mayores, pero sin duda cuestionan el planteamiento, quizá paternalista, de la observación del Comité CRC.

Tabla 7: Récords del mundo en 100 metros lisos. Comparación de la marca mundial de atleta sin discapacidad con la de atletas con discapacidad

	Apellido	Nombre	Año	Marca	
Atleta sin discapacidad	Wolt	Usain	2009	9,58 s	
Atleta con discapacidad: Clasificación	Apellido	Nombre	Año	Marca	Diferencia con récord mundial atleta sin discapacidad
T13 (def. visuales leves)	Smyth	Jason	2012	10,46 s	0,88 s
T46 (disc. física un brazo)	Adeoye	Ajibola	2012	10,72 s	1,14 s
T38 (parálisis cerebral leve)	O'Hanlon	Evan	2012	10,79 s	1,21 s
T44 (disc. Física ext. Inferiores)	Peacock	Jonnie	2012	10,85 s	1,27 s
T43 (disc. física ext. inferiores)	Pistorius	Oscar	2007	10,91 s	1,33 s
T43 (disc. física ext. inferiores)	Leeper	Blake	2012	10,91 s	1,33 s
T45 (disc. física dos brazos)	Nascimento	Yohansson	2012	10,94 s	1,36 s
T11 (ciegos totales)	Prado	Lucas	2008	11,03 s	1,45 s
T54 (sillas más leves)	Tahti	Leo Pekka	2012	13,63 s	4,05 s

Fuente: Elaboración propia con información facilitada por el Comité Paralímpico español.

La siguiente tabla muestra los resultados obtenidos en 100 metros libres.

Tabla 8: Récords del mundo en 100 metros libres. Comparación de la marca mundial de atleta sin discapacidad con la de atletas con discapacidad

	Apellido	Nombre	Año	Marca	
Atleta sin discapacidad	Cielo	César	2009	46,91 s	
Atleta con discapacidad: Clasificación	Apellido	Nombre	Año		Diferencia con récord mundial atleta sin discapacidad
S10 (disc. física o parálisis cerebral más leves)	Brasil	Andre	2010	50,87 s	3,96 s
S12 (def. visuales severos)	Veraksa	Maksym	2009	50,91 s	4,00 s
S13 (def. visuales leves)	Boki	Ihar	2012	51,91 s	5,00 s
S9 (disc. física o parálisis cerebral)	Cowdrey	Matthew	2008	55,30 s	8,39 s
S8 (disc. física o parálisis cerebral)	Wang	Yinan	2012	56,58 s	9,67 s
S11 (ciegos totales)	Morgan	John	1986	56,67 s	9,76 s
S7 (disc. física o parálisis cerebral)	Roberts	David	2012	1 min 34 s	13,43 s
S6 (disc. física o parálisis cerebral)	Olsson	Anders	2009	1 min 5,45 s	18,54 s
S5 (disc. física o parálisis cerebral)	Dias	Daniel	2012	1 min 8,39 s	21,48 s

S4 (disc. física o parálisis cerebral)	Oribe	Richard	2009	1 min 22,43 s	35,52 s
S3 (disc. física o parálisis cerebral)	Vynohradets	Dmytro	2010	1 min 34,02 s	47,11 s
S2 (disc. física o parálisis cerebral)	Yang	Yang	2012	2 min 3,71 s	1 min 16,80 s
S1 (disc. física o parálisis cerebral más severos)	Mamistvalov	Itzhak	2012	2 min 15,83 s	1 min 28,92 s

Fuente: Elaboración propia con información facilitada por el Comité Paralímpico español.

Estos resultados muestran que el Comité CRC ha obviado el crisol de la discapacidad. Por tanto, un niño con una deficiencia sensorial puede competir, o también una niña con otro tipo de deficiencia más un ajuste razonable. Es más, la importancia de hacer deporte juntos reforzaría, más allá de la competición, los valores del esfuerzo y la superación, iguales para cualquier deportista, para cualquier ser humano. Si se lleva el planteamiento del Comité CRC del plano físico al cognitivo podrían haber concluido, bajo esta fórmula de asignación en bloque de menor capacidad, que “dada su menor capacidad cognitiva” los niños con discapacidad, deben estar en aulas exclusivas y no bajo un modelo inclusivo, y además con contenidos educativos menores. En definitiva, el Comité CRC muestra que parece asumir *a priori* la idea de menor capacidad en bloque y, en línea con este concepto, trata la deficiencia como un todo sin atender su diversidad, y a otros valores, especialmente el de la igualdad y la no discriminación.

Sin embargo, esta observación también tiene importantes aportaciones desde el modelo de derechos humanos. Por un lado, incluye con las limitaciones mencionadas, la importancia de la accesibilidad del transporte y los entornos públicos (inédito para la *Convención sobre los Derechos del Niño*), y además afirma derechos importantes, como el empleo y su relación con la formación, la capacitación para atender las especificidades derivadas de la discapacidad, y muy especialmente el de vivir en comunidad con acceso

a todos los derechos, cuestión que queda insuficientemente protegida por esa ambivalencia entre los modelos de discapacidad, y sobre todo, por la falta de definición del concepto de igualdad y no discriminación en materia de discapacidad.

La inclusión de la discapacidad en las observaciones generales del Comité CRC se intensifica tras la aprobación de esta última observación y de la CRPD, pero siguen moviéndose entre el modelo médico y el de derechos humanos.

La *Observación general N° 10*²⁶, sobre los menores y la justicia, si bien reconoce el esfuerzo de los Estados Partes para contar con una administración de justicia de menores de acuerdo con la CRC, apunta que muchos de ellos se alejan de lo establecido en la misma, especialmente en materia de derechos procesales, aplicación de medidas extrajudiciales, y la privación de libertad (par. 1). En concreto recuerda que el sistema debe estar basado en el principio de igualdad y no discriminación, y que conforme a éste, se debe prestar especial atención a las desigualdades de hecho que pueden afectar a determinados grupos vulnerables como los niños de la calle, de minorías étnicas o religiosas o niños con discapacidad (par. 6). Por ello insta a los Estados Partes a capacitar a los profesionales que intervienen, y a garantizar mediante normas o protocolos el principio de igualdad de trato (par. 6). En la configuración del juicio, que debe ser justo e imparcial, requiere que los profesionales que intervengan estén informados sobre el desarrollo físico, psicológico, mental y social del niño, y en particular del adolescente, y que además debe tenerse en cuenta las necesidades “especiales” de los niños más vulnerables, entre otros los niños con discapacidad, desplazados, niños de la calle o refugiados (par. 40), sin embargo cuando habla de niñas habla de medidas específicas²⁷ (par. 40).

La observación explicita diferentes garantías, ya que no regula igual si concurre la discapacidad. Así, en lo referente al derecho a un intérprete para los niños que hablan otro idioma establece que tienen derecho a contar con la asistencia gratuita de un intérprete, el cual deberá prestarse en todas las

26.- Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 10: Children's rights in juvenile justice*, (forty-fourth session), Doc. CRC/C/GC/10, 2007.

27.- La versión inglesa habla de particulares y la traducción al castellano de específicas.

etapas del proceso, es más, el intérprete deberá estar capacitado para trabajar con niños. Todo ello para garantizar que el niño comprenda cabalmente las preguntas que se le hagan y se facilite el ejercicio de su derecho a un juicio imparcial y a una participación efectiva: *If a child cannot understand or speak the language used by the juvenile justice system, he/she has the right to get free assistance of an interpreter. This assistance should not be limited to the court trial but should also be available at all stages of the juvenile justice process. It is also important that the interpreter has been trained to work with children, because the use and understanding of their mother tongue might be different from that of adults. Lack of knowledge and/or experience in that regard may impede the child's full understanding of the questions raised, and interfere with the right to a fair trial and to effective participation. The condition starting with 'if', 'if the child cannot understand or speak the language used', means that a child of a foreign or ethnic origin for example, who - besides his/her mother tongue - understands and speaks the official language, does not have to be provided with the free assistance of an interpreter* (par. 62).

Sin embargo, y pese a tratarse del mismo derecho, el derecho a un juicio imparcial y participación efectiva, para los niños con discapacidad, lo diluye en una recomendación a los Estados Partes para que aseguren a estos niños una asistencia adecuada y efectiva mediante profesionales especializados y, por otra parte, guarda silencio sobre su gratuidad: *The Committee also wishes to draw the attention of States parties to children with speech impairment or other disabilities. In line with the spirit of article 40 (2) (vi), and in accordance with the special protection measures provided to children with disabilities in article 23, the Committee recommends that States parties ensure that children with speech impairment or other disabilities are provided with adequate and effective assistance by well-trained professionals, e.g. in sign language, in case they are subject to the juvenile justice process (see also in this regard general comment No. 9 (The rights of children with disabilities) of the Committee on the Rights of the Child)* (par. 63).

Ambos párrafos, el 62 y el 63, están bajo el título de Asistencia gratuita de un intérprete (artículo 40. 2 vi), cuestión prevista en dicho artículo. Sin embargo hay dos cuestiones reseñables. La primera, la omisión de la gratuidad en caso de que sea necesario por motivo de discapacidad. Y en segundo lugar, hay una remisión al artículo 23 de la CRC que no menciona la igualdad, sino que se orienta a la dignidad y la participación en determinados ámbitos, y

la mención que contiene sobre la gratuidad y las medidas “especiales” está ligada a determinadas esferas que nada tienen que ver con el derecho a un juicio justo, y además, establece la gratuidad siempre que sea posible. Por lo que no se entiende esta remisión, porque ni por materia ni por el derecho a proteger tiene demasiado sentido, y lo que hace es crear duda en cuanto a la gratuidad. Visto así, como sucedía con la *Observación general n°9* se reproduce el mismo efecto conculcatorio de la igualdad. De nuevo se relaciona discapacidad con exclusión, y no se regula garantizando la igualdad en el ejercicio de este derecho. Sin embargo, comparando esta observación con la *Observación general n° 32*²⁸ del Comité CCPR de 2007, relativa a un juicio imparcial y justo que no contiene ninguna previsión relativa a discapacidad, supone un avance.

Por último, la observación determina de forma general las características que deberían reunir las disposiciones básicas de esas leyes y procedimientos de justicia, y no incluye las cuestiones que por razón de colectivo puedan ser necesarias para atender al principio de igualdad y no discriminación.

La *Observación general n° 11*²⁹, centrada en los niños indígenas, al establecer el principio de igualdad y no discriminación insta a los Estados a que incluyan dicho principio en toda su normativa, y a que adopten las medidas necesarias, incluidas las “especiales” (para lo cual remite a su *Observación general n° 5*³⁰ sobre medidas generales de implantación de la CRC). Por lo que deberán tener en cuenta los casos de múltiple discriminación como pudiera ocurrir con las niñas indígenas o con los niños con discapacidad (par. 29). De la relectura que hace de los derechos, el grupo de niños con discapacidad aparece reflejado en el acceso a la salud junto a los desplazados o refugiados (par. 51), pero no en el derecho a la educación o a la inscripción en el registro, y tampoco hay referencias a los mismos en el caso de los niños en

28.- Human Rights Committee, *General Comment No. 32: Article 14: Right to equality before courts and tribunals and to a fair trial*, (Ninetieth session), Doc. CCPR/C/GC/32, 2007.

29.- Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 11: Indigenous children and their rights under the Convention* (fifty sessions), Doc. CRC/C/GC/11, 2009.

30.- Recordemos que esta observación en la aplicación del principio de igualdad y no discriminación insta a los Estados a que “identifiquen activamente a los niños y grupos de niños cuando el reconocimiento y la efectividad de sus derechos pueda exigir la adopción de medidas especiales”.

los conflictos armados, de los niños refugiados, o víctimas de la explotación económica o sexual (par. 41; 56-63; 64-68; 69-73). Sin embargo, son aspectos que como se ha visto han sido incluidos en otras observaciones y que son olvidados en ésta. Estas asimetrías entre observaciones generales señalan los límites de atender la desigualdad desde sólo un nivel y no valorar que los seres humanos son crisoles de circunstancias.

En la *Observación general n°12*³¹, sobre el derecho del niño a ser escuchado, establece la necesidad de que el niño, que es sujeto de derechos pero sin plena autonomía, sea escuchado en la interpretación y aplicación de los derechos que contiene la CRC, dado que es una cuestión poco desarrollada y que normalmente no se tienen en cuenta sus opiniones (par. 2, 3 y 4). En la configuración y definición del derecho en sí, el Comité CRC establece que debe garantizarse a todos los niños que tienen mayores dificultades para hacer oír su opinión, entre ellos los niños con discapacidad, quienes deben poder contar con los modos de comunicación que necesiten para facilitar la expresión de sus opiniones, y a los que además identifica como colectivo, pues recuerda que este derecho es predicable tanto del niño de forma individual o como de un grupo (par. 21 y 9). Es un derecho en el que debe garantizarse el principio de igualdad y no discriminación, por lo que deben adoptarse medidas adecuadas para que puedan expresar su opinión sin discriminación, entre otros por motivo de discapacidad (par. 75). Insta a que se preste especial atención al derecho de la niña a ser escuchada, y a que reciba el apoyo necesario dado que tiene muy limitado este derecho por el peso de los estereotipos de género, y con respecto a los niños con discapacidad celebra la adopción de la CRPD, cuyo artículo 7 establece que deberán recibir los apoyos apropiados a su discapacidad y edad para ejercer este derecho (par. 77 y 78).

En cuanto a la opinión del niño en relación a los derechos que contiene la CRC, hace una primera aproximación al afirmar que se refiere a una amplia gama de asuntos, como la salud, la economía, la educación o el medio ambiente y que interesan al niño como individuo y como grupo a los que pertenezca, como los niños indígenas, los niños con discapacidades o los niños en ge-

31.- Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 12: The right of the child to be heard*, (Fifty-first session), Doc. CRC/C/GC/12, 2009.

neral (par. 87). En el derecho a la salud para que los niños con discapacidad puedan participar en el proceso de toma de decisiones, la información que se les dé debe ser apropiada y accesible (par. 100). En lo relativo a las actividades lúdicas, recreativas, deportivas y culturales, establece que se debe consultar a los niños para que puedan expresar sus opiniones respecto de la accesibilidad y el carácter apropiado de las instalaciones de juego y esparcimiento, y en lo que se refiere a los niños muy pequeños y algunos con discapacidad que no puedan participar en los procesos oficiales, se les debe brindar oportunidades “especiales” de expresar sus preferencias (par. 115). De nuevo, llama la atención que, aplicando el modelo médico, el acento lo ponga en el niño y no en el proceso general, que es el que debe ser inclusivo y prever mecanismos de equiparación de oportunidades conforme al modelo de derechos humanos, rompiendo así la tendencia a lo “especial”.

Hay ámbitos que la observación trata de forma general y no prevé otras circunstancias. Así sucede en el ámbito escolar, laboral, o en las situaciones de inmigración, o de emergencia que no incluyen ninguna cuestión relativa a discapacidad (par. 105-114; 123-124; 125-126).

Dentro de los mecanismos de garantía de ejercicio, este derecho menciona: la accesibilidad; la atención a la diversidad, que deben estar adaptados a la capacidad evolutiva de los niños; y el carácter inclusivo y no discriminatorio (par. 134). Ninguno de estos principios prevé de forma expresa la interacción entorno-deficiencia, por lo que la duda es si quedaría cubierta por las previsiones generales relativos a la configuración de los mismos. La accesibilidad aparece a lo largo de la observación (par. 134, 34 y 66), pero no está claro si como un requisito de disponibilidad o uno relativo a las características del contenido y del canal por el que se facilita el ejercicio del derecho. Es importante recordar que la no definición de discriminación por motivo de discapacidad es una constante en las diferentes observaciones generales del Comité de los derechos del niño.

La *Observación general n° 13*³², sobre la violencia, alerta de la magnitud e intensidad de la violencia ejercida contra los niños, de hecho recomienda la

32.- Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 13: The right of the child to freedom from all forms of violence (art. 31)*, cit.

difusión de la propia observación, y establece que deberá ser traducida a los idiomas propios, incluida la lengua de signos, el braille y facilitarse en formatos fáciles de leer para los niños con discapacidad (par. 2 y 8)³³. El Comité CRC denuncia que la violencia es una causa de discapacidad (par. 15), y que tiene un alto coste humano, social y económico (par. 16). La observación dedica parte de su articulado a establecer la obligatoriedad de adoptar las medidas apropiadas y de prevención ante cualquier forma de violencia, incluida la que está basada en género, la raza, el color, la religión, el origen étnico o social, o la discapacidad, de forma que todos queden igualmente protegidos (par. 23, 43 y 47). Denuncia que los niños con discapacidad están más expuestos a ser abandonados, o a sufrir formas particulares de violencia física, como las esterilizaciones forzadas para las niñas con discapacidad; la violencia infligida bajo aparentes cuidados médicos, o para causar discapacidad con fines de ser usados en la mendicidad (par. 20, e) y 23).

Entre las medidas educativas para combatir la violencia, la observación señala que es necesario incluir en el proceso a los niños, y para ello debe facilitárseles información veraz y accesible (par. 44). Dentro de las medidas de prevención, es necesario combatir las actitudes tolerantes con la violencia en general, y en particular la que está basada en género, raza, color, religión o discapacidad entre otros (par. 47). Existen factores de riesgos sobre algunos colectivos, por ello es necesario facilitar la identificación de estas situaciones, especialmente entre los niños que son más vulnerables porque se comunican de forma diferente, porque no pueden moverse, o porque se les considera incompetentes, como los niños con discapacidad, por lo que deberá preverse los ajustes razonables que sean necesarios para que puedan comunicarse (par. 48). En relación a las garantías procesales en las intervenciones judiciales deben respetarse siempre, y anota que es recomendable que los niños que hayan sufrido violencia sean tratados de forma considerada y adecuada a su situación personal, necesidades, sexo, discapacidad o nivel de madurez (par. 54), y se les debe proveer de ajustes razonables en los procesos judiciales (par. 56).

A grandes líneas sí marca una diferencia con las anteriores, pues tiene más presente la necesidad de que los colectivos más vulnerables sean incluidos

33.- Hace una remisión genérica a la discapacidad sin identificar el tipo.

de forma transversal en los marcos nacionales de coordinación, que deben incorporarlos en todas las medidas (legislativas, administrativas, sociales y educativas) y en todas las etapas de la intervención (desde la prevención hasta la recuperación y la reintegración), y además en las medidas sociales que se apliquen se debe poder identificar lo que denomina realidades ocultas, entre las que se encuentran las vividas por los niños con discapacidad. Y como medida clave les invita a la ratificación de la CRPD (par. 41 a). En las recomendaciones incluye la elaboración de un marco nacional de coordinación de forma dialogada con todas las partes, y en relación al proceso establece que debe ser accesible y comprensible para los niños y los adultos (par. 71).

La observación insta a que los Estados hagan un enfoque basado en los derechos del niño, para lo que deben alejarse de formas que los traten como objetos que requieren asistencia, y centrarse en que son titulares de derechos (par. 59 y 72 a). Este enfoque basado en derechos adolece de la falta de definición del concepto de discriminación, y requiere conocer la diversidad de las diferentes situaciones que necesiten medidas específicas.

De hecho, su relación con los mecanismos de equiparación no es homogénea, pues si bien prevé que deben facilitarse para que los menores hagan denuncias: *Children must be provided with as many opportunities as possible to signal emerging problems before they reach a state of crisis, and for adults to recognize and act on such problems even if the child does not explicitly ask for help. Particular vigilance is needed when it comes to marginalized groups of children who are rendered particularly vulnerable due to their alternative methods of communicating, their immobility and/or the perceived view that they are incompetent, such as children with disabilities. Reasonable accommodation should be provided to ensure that they are able to communicate and signal problems on an equal basis with others* (par. 48). Sin embargo, en lo relativo a los procesos judiciales lo deja como posibilidad: *When appropriate, juvenile or family specialized courts and criminal procedures should be established for child victims of violence. This could include the establishment of specialized units within the police, the judiciary and the prosecutor's office with the possibility of providing accommodations in the judicial process to ensure equal and fair participation of children with disabilities* (par. 56). Pero sí lo incluye desde el principio de igualdad, lo cual es un avance frente a las observaciones predecesoras, porque abre la línea que permite afirmar que

su carencia supone discriminación. En todo caso la noción de accesibilidad sigue sin definirse.

La *Observación general n° 14*³⁴, es relativa al interés superior del niño. La observación realiza un análisis detallado de actuaciones, en las que opta por una descripción genérica de los niños, con dos excepciones: los niños indígenas (23) y las niñas (par. 32) que sí visibiliza. En relación al respeto a este principio dentro del ámbito de la no discriminación, determina la existencia de mecanismos de equiparación y medidas de acción positiva, pero sin concretar colectivo alguno (par. 41). Tras establecer un marco general, sí pasa a identificar mejor las diferentes situaciones o realidades del menor, como sexo, discapacidad (física, intelectual o sensorial), pertenencia a minorías (par. 41). Aspectos que el Estado debe tener en cuenta para asegurar su igualdad efectiva en el disfrute de derechos, y para lo que deberá adoptar medidas apropiadas e incluso medidas de acción positiva (par. 41). En este sentido ahonda y establece que la evaluación del interés del menor ha de realizarse caso por caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general, ya sea la edad, el sexo o la discapacidad (par. 48).

La opinión del niño, sea cual sea su circunstancia (menor madurez, pertenencia a minoría, discapacidad, etc.) debe ser tomada en consideración y valorada igual, y además deben adoptarse las medidas que sean necesarias para el ejercicio de este derecho en condiciones de igualdad, incluidos los ajustes razonables conforme se establece en la CRPD (par. 53 y 54). No podrá separarse a un menor por motivo de discapacidad del menor o de sus progenitores, la separación sólo podrá considerarse en caso de riesgo de abandono, negligencia o riesgo de la seguridad del menor (par. 63). La determinación del mayor interés en menores en situación de vulnerabilidad (con discapacidad, perteneciente a una minoría, asilado, etc.) debe ponerse en relación con el pleno disfrute de los derechos de la CRC, pero también con los contenidos en otros tratados internacionales como la CRPD o la *Convención sobre el estatus de refugiados* entre otros (par. 75).

34.- Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 14: On the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)**, (sixty-second session), Doc. CRC/C/GC/14, 2013.

La *Observación general n° 15*³⁵, trata el derecho del niño al disfrute del más alto estado de salud, reconoce que la mortalidad y la discapacidad infantil podrían prevenirse mediante una adecuada asignación de recursos, y que es una nueva prioridad del ámbito sanitario (par. 1 y 5). Relaciona discriminación y vulnerabilidad, y proscribe cualquier discriminación, entre otros por motivos de discapacidad (par. 8). Apunta que la prevención y la promoción de la salud deben estar relacionadas con los principales problemas de salud del territorio, y ejemplifica algunas realidades como los accidentes, la violencia, el uso indebido de sustancias y los problemas psicosociales y mentales. Precisamente muestra una profunda preocupación por las discapacidades psicosociales desde diferentes perspectivas. Le preocupa el aumento de la mala salud mental (par. 38), y recuerda la obligación de los Estados de prestarles tratamiento y rehabilitación adecuados, debiendo abstenerse de administrarles medicaciones innecesarias (par. 39). En relación a la decisión de hospitalización o internamiento, ésta debe adoptarse teniendo en cuenta el interés superior del menor, a la vez que asume que el menor está mejor en su entorno social y familiar y recibiendo todos los apoyos necesarios (par. 15).

Reconoce la existencia de barreras (económicas, institucionales y culturales) en el acceso a la salud, por ello determina que deben ser eliminadas, y si bien no identifica las físicas, posteriormente incorpora la accesibilidad de la información y conmina a los Estados Partes para que incluyan en sus planes de acción: (a) la no discriminación; (b) la accesibilidad física, que en el caso de niños y mujeres con discapacidad puede requerir atención adicional a sus necesidades; (c) la asequibilidad económica; (d) la accesibilidad de la información, que debe darse en formatos accesibles y entendibles para los niños y sus cuidadores (par. 114, 58 y 28). La concreción de la accesibilidad varía, y al mismo tiempo sigue sin reconocer la relación entre barrera y discriminación, entre barrera y discapacitación. En la dualidad discapacidad como cuestión a proteger y a prevenir, reconoce que existen situaciones como la discapacidad que puede ser prevenida conociendo sus causas y mediante la asignación de recursos, e insta a que la recopilación de información se desagregue entre otros por discapacidad (par. 5 y 22).

35.- Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 15: The right of the child to the enjoyment of the highest attainable standard of health (Article. 24)*, (sixty-second session), Doc. CRC/C/GC/15, 2013.

La *Observación general n° 16*³⁶, que relaciona las obligaciones de los Estados, los impactos de las empresas y los derechos de los niños, mantiene la misma línea que las anteriores observaciones del Comité CRC. Afirma el principio de igualdad y no discriminación visibilizando a los niños con discapacidad (par. 13), quienes deben ser escuchados en la elaboración de sus políticas y programas por ser niños que tienen más dificultades para hacerse oír, al igual que los niños indígenas o pertenecientes a grupos minoritarios (par. 21). Se produce una situación curiosa, ya que la observación, dentro de la diligencia debida de las empresas, no prevé que incorporen la perspectiva de derechos humanos y discapacidad (par. 62-65). Esto significa que no contempla que las empresas valoren el impacto que sus actuaciones tienen en sus productos, bienes y servicios, cuando no están diseñados de forma universal y/o la previsión de ajustes razonables, lo que implica una pérdida de oportunidad muy grave para la equiparación de estos niños. Sin embargo, para el acceso a los libros, sí se prevé que puedan limitarse los derechos de autor para su reproducción en formatos accesibles para los niños con discapacidad visual o de otro tipo (par. 58).

En los ámbitos procesales tiene consideraciones en materia de accesibilidad: (a) en relación al derecho a ser oído en el caso de que las empresas recaben las opiniones de los niños, establece que la participación debe ser voluntaria, accesible e inclusiva (par. 23); (b) los recursos para solicitar reparaciones efectivas por violaciones de derechos deben estar adaptados a las necesidades de los niños, ser rápidos, estar disponibles y ser accesibles (par. 30); (c) la participación en los procesos en los que los niños sean víctimas o testigos no debe estar condicionada por la edad, y se les debe informar sobre la evolución del proceso y concederle importancia a la madurez y a las dificultades de habla, idioma o de comunicación que pudiera tener (par. 69). Y también establece similares garantías en el caso de interposición de recursos contra las empresas en caso de vulneraciones de derechos, aunque no las reconoce desde el principio a la igualdad: *States should focus their attention on removing social, economic and juridical barriers so that children can in practice have access to effective judicial mechanisms without discrimination of any kind [...]States may have to provide special assistance*

36.- Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 16: On State obligations regarding the impact of the business sector on children's rights*, (sixty-second session), Doc. CRC/C/GC/16, 2013.

to children who face obstacles to accessing justice, for example, because of language or disability or because they are very young (par. 68). De forma que el niño con discapacidad puede defender un derecho cuyo contenido sustantivo desde el principio de equiparación no se contempla.

El Comité CRC alienta a la difusión de la observación entre todos los actores implicados, entre ellos los niños, para quienes se deberá elaborar y difundir versiones accesibles y adaptadas (par. 85).

El derecho al ocio, al juego y al disfrute está incluido en la *Observación general n° 17*³⁷, y se describe como un punto esencial de su desarrollo e inclusión en la comunidad. Especialmente menciona que este derecho debe realizarse en igualdad de condiciones para todos los niños, y recuerda que hay menores como las niñas, quienes viven en pobreza, quienes pertenecen a minorías o tienen una discapacidad que tienen menor acceso al disfrute de este derecho, y que deben poder disfrutarlo sin discriminación (par. 3 y 16). Con respecto a los niños con discapacidad explícita las numerosas barreras físicas, mentales, culturales y estereotipos que les impiden el acceso a este derecho, por lo que aplaude las previsiones que sobre este derecho hace la CRPD (par. 50). De hecho en la relectura que hace del art. 23 de la *Convención sobre los Derechos del Niño*³⁸ recuerda que en el acceso a la información y materiales que reporten beneficios sociales y culturales, los Estados deben velar por que los niños puedan acceder, y que la información esté en un lenguaje que comprendan, incluida la lengua de signos y el braille (par. 22), y también menciona que deben poder contar con entornos accesibles e inclusivos que permitan su participación (par. 24). Es interesante ver el desequilibrio que se produce cuando la observación tiene como destinatario genérico al Estado o a una empresa, pues en éste último caso se diluye más.

Alerta que el derecho al ocio puede verse vulnerado cuando los niños están sujetos a programas y horarios de actividades estrictos, como en el caso de sesiones de rehabilitación para los niños con discapacidad (par. 42). En-

37.- Committee on the Rights of the Child, *General Comment No. 17: The right of the child to rest, leisure, play, recreational activities, cultural life and the arts*, (sixty-second session), Doc CRC/C/GC/1, 2013.

38.- Es el artículo que la *Convención sobre los Derechos del Niño* dedica de forma exclusiva a los niños y niñas con discapacidad.

tre las acciones que marca a los Estados se destaca que deben: (a) incluir información desagregada sobre el disfrute de este derecho entre otros por discapacidad (par. 58 b)); (b) revisar los presupuestos para que incluyan cuestiones relativas a ajustes razonables (par. 58 d)); (c) invertir en diseño universal (par. 58 e); (d) reforzar la accesibilidad de las escuelas (par 58 g)). Y en cuanto a la difusión de esta observación, conmina a que se incluya su difusión en lengua de signos, a su edición en braille o en formato de fácil lectura para niños con discapacidad (par. 60)³⁹.

La observación general n° 18⁴⁰, aborda las prácticas nocivas que, profundamente arraigadas en las actitudes sociales, consideran inferiores a las mujeres y a las niñas frente a los hombres y los niños (par. 6). Estos estereotipos que asignan roles por razón de género, a veces reflejan percepciones negativas de determinados grupos de mujeres o niños, como en el caso de discapacidad o albinismo (par. 9). Dentro de las recomendaciones a los Estados, les conminan a aprobar legislación coherente y exhaustiva que prevenga y proteja frente a este tipo de actuaciones, que también dé respuesta a otros factores interrelacionados (par. 55), sin embargo salvo la edad no referencia ningún otro factor. En cuanto a la difusión de la observación general, la misma debe facilitarse en formatos adaptados para niños “a los que puedan acceder también las personas con discapacidad” (par. 88). Esta última referencia parece confundir la dimensión de infancia con la de discapacidad, pues las barreras que puede enfrentar un niño sin discapacidad no tienen nada que ver a las que enfrenta un niño o una persona con discapacidad en relación a la accesibilidad de la información. Por ello, puede plantearse si no late un infantilísimo en cuanto a la percepción de las personas con discapacidad, así como ignorancia sobre el propio concepto de discapacidad (deficiencia+ barrera que está en la CRPD)

39.- No identifica tipo de discapacidad.

40.- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y Comité de los Derechos del Niño, *Recomendación general núm. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y observación general núm. 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las prácticas nocivas*, adoptadas de manera conjunta, CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18, 2014.

IV. CONCLUSIONES

Conforme se ha visto, el Comité CRC incluye una observación específica relativa a discapacidad, y trata de forma extensiva la realidad de los niños con discapacidad en la mayoría de sus observaciones generales. Sin embargo, puede afirmarse que el tratamiento e inclusión de la discapacidad es asimétrico, no sistemático y fluctuante, tanto en la configuración de derechos sustantivos, como en el de igualdad y no discriminación, así como en conceptos íntimamente relacionados como la accesibilidad

Ni siquiera la aprobación de la CRPD ha logrado un efecto llamada para pasar del modelo médico (que asume la desigualdad como natural) al modelo de derechos humanos⁴¹. La no inclusión del modelo de derechos humanos se desprende entre otros por:

- a) La gran dificultad es la falta de una definición de discriminación por motivo de discapacidad que establezca una línea clara en la equiparación de derechos de los niños y niñas con discapacidad, y que señale al Estado y a la sociedad como garantes mediante la prevención y la eliminación de barreras. Esta falta de definición y de interiorización de la igualdad en derechos se refleja en un tratamiento asistemático y desigual en la definición de algunos de sus derechos, y en las consecuencias que atribuye en caso de conculcaciones de derechos a los niños y niñas con discapacidad en relación a otros colectivos. Si bien la aprobación de la CRPD le da un impulso, al menos terminológico y en cierta medida conceptual, no asume plenamente el modelo que la misma propone.
- b) Existen menciones no sustantivas, es decir, se hace referencia a las personas con discapacidad pero sin que se produzca un tratamiento de su realidad o sus especificidades.
- c) La pervivencia de estereotipos que sugieren, entre otros, que las necesidades de las personas con discapacidad son especiales y no específicas.

41.- LEONOR LIDÓN HERAS, *Discapacidad y Observaciones Generales de los comités de derechos humanos de la ONU: una relación asimétrica entre la invisibilidad, el modelo médico y el modelo de derechos humanos*, Revista Española de Discapacidad, 2013, nº 1, (1), en pág. 65.

Mención expresa requiere la accesibilidad, cuya definición y concreción en relación a la discapacidad es muy titubeante. Por otra parte la polisemia del término accesibilidad añade confusión, ya que puede estar aludiendo a cuestiones de disponibilidad y no de requisitos de los entornos, bienes y servicios. Además, la accesibilidad en el ámbito de la discapacidad requiere situarse en relación con la diversidad de las deficiencias humanas, y diferenciarse del contenido de los ajustes razonables y la promoción del diseño universal. Esta confusión refuerza la necesidad de contar con un concepto, claro, preciso y compartido en esta materia.

En definitiva, no existe una plena traslación del lenguaje de derechos humanos y discapacidad que la CRPD supone. Sin embargo, si se habla de derechos humanos y discapacidad no puede haber parcelaciones, y necesariamente el Comité CRPD y la CRPD son el eje axial desde el que leer tanto la CRC como cualquier otra convención cuando éstas se apliquen a la realidad de las personas con discapacidad.

IV.1

LA EDUCACIÓN INCLUSIVA: ANTECEDENTES, REALIDAD Y RETOS

Dña. Isabel M Martínez Lozano
Comisionada para Universidades, Juventud y Planes Especiales
Fundación ONCE

Cuando hablamos de educación inclusiva en España, tenemos que echar la mirada al Artículo 24 de la Convención de la ONU sobre los Derechos de las personas con discapacidad y a los nuevos conceptos de equidad e igualdad de oportunidades que han regido como principios rectores de la educación en las últimas décadas. La educación inclusiva sin embargo no es aún un derecho garantizado para el colectivo de personas con discapacidad y aunque se han dado grandes progresos en las últimas décadas aún queda mucho camino por recorrer para cumplir con los requerimientos de la Convención. En este artículo se hace un repaso por los antecedentes, los hitos más importantes en el proceso de inclusión educativa, el nuevo paradigma de la Convención y algunos de los retos pendientes.

I. ANTECEDENTES DE LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

Hace ya tiempo que hemos superado la concepción, según la cual la educación es de mayor calidad cuando se imparte a grupos homogéneos, una idea que ha supuesto históricamente no sólo un empobrecimiento de la educación, sino la exclusión de grupos minoritarios. Desde hace varias décadas la educación de las personas con discapacidad ha sido considerada como un derecho inherente a su dignidad humana, superando así todos los prejuicios y realidades discriminatorias históricas.

En España desde principios del siglo XX muy pocos niños con discapacidad iban a la escuela y hasta mediados de los años 80 la escolarización se reali-

zaba de manera generalizada en centros segregados de educación especial, tal y como se recogía en las normas de ese periodo. El reglamento de 1908 de protección de la infancia en su artículo 2 apartado 8) incluye dentro de su objeto *“el cuidado de la educación e instrucción de los llamados anormales”*, lo que supone sin duda la primera referencia normativa en relación a la educación de este colectivo.

Posteriormente en 1948, el Consejo Superior de Protección a la Infancia, creado mediante el Decreto de 2 de julio de 1948, recoge en su artículo 5, número 6 dentro de las funciones de protección *“el cuidado de la educación e instrucción de los llamados anormales”*.

La ley 14/1970 de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa, es la primera norma que contempla algunos aspectos más reformistas en relación a la educación de los niños y niñas con discapacidad. Aunque en la práctica la Ley fue una continuidad del desarrollo y creación de centros de educación especial, en su artículo 51 la Ley habla ya de creación de unidades de educación especial en centros de régimen ordinario. Son interesantes para tener en cuenta además, el Decreto 1151/1975 de 23 de mayo, por el que se crea el Instituto Nacional de Educación Especial y el Real Decreto 1023/1976 de 9 de abril por el que se crea el Real Patronato de Educación Especial y se modifican algunos aspectos del anterior decreto 1151/1975 aumentando competencias de coordinación y supervisión de los ya denominados deficientes físicos y psíquicos.

El Real Patronato de Educación Especial reconvertido en 1978 en Real Patronato de Educación Especial y atención a deficientes, va cambiando de funciones y asumiendo acciones de promoción integral del colectivo y ofreciendo algunas acciones de promoción de la educación y la integración.

De la exclusión por tanto se fue avanzando durante varias décadas hacia la educación especial y una vez analizada la discriminación que generaba el propio modelo, se fue avanzado hacia un modelo de integración hasta concluir en el actual modelo de inclusión, basado ya en modificaciones y adaptaciones del entorno. Podemos establecer así tres fases en el proceso educativo de las personas con discapacidad: educación especial, educación integrada y educación inclusiva.

Es interesante recordar que en el modelo de integración o normalización, es el niño y no la escuela el que debe adaptarse al medio educativo, mediante terapias o refuerzos de adaptación y si no consigue adaptarse, fracasará.

El principio de normalización, según recoge Miguel Ángel Verdugo ¹, proviene de los países escandinavos y fue desarrollado por Wolfensberger en EE UU. Más tarde fue extendiendo su influencia hasta convertirse en una ideología general con directrices detalladas. La normalización no residía en un programa determinado de tratamiento, sino en proporcionar a las personas devaluadas socialmente la dignidad completa que les corresponde por derecho propio. Y todo esto implicaba la puesta en marcha de programas y actividades que van más allá de las tareas concretas de rehabilitación física, sensorial o cognitiva de las personas.

El debate y los tránsitos entre educación especial, integración e inclusión, es un debate que aún no ha concluido y sigue siendo objeto de numerosas discusiones entre pedagogos y comunidad educativa.

II. LA INCLUSIÓN EDUCATIVA

La inclusión educativa, según recogen Alonso Parreño e Inés de Araoz ² supone un sistema flexible que parte de la idea de que todos los niños y niñas son diversos y todos pueden aprender, pero existen distintas capacidades, grupos étnicos, estaturas, edades, orígenes, género, etc y el sistema debe adaptarse a las necesidades y capacidades de cada niño y niña.

A partir de aquí el modelo inclusivo parte de la premisa de que el alumnado con discapacidad puede y debe recibir educación en los mismos espacios que el resto. El modelo social de la educación implica así que el profesorado ordinario y las escuelas ordinarias deben estar preparadas para ofrecer oportunidades de aprendizaje a todas las personas, incluidas las que tienen alguna discapacidad. Por tanto todo el alumnado tiene derecho a una educa-

1.- VERDUGO ALONSO, Miguel Ángel: "De la segregación a la inclusión escolar"

2.- ALONSO PARREÑO, María José y ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO Inés: "El impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la legislación educativa española". Publicaciones CERMI. Septiembre 2011.

ción de calidad, una educación que promueve la convivencia en la igualdad y ajustada a las necesidades y capacidades de cada alumno y alumna.

El modelo inclusivo recogido en la Convención de la ONU para los derechos de las personas con discapacidad, se puede decir que tuvo su origen mucho antes. Algunos lo sitúan en el informe Warnock, elaborado por un Comité para el Parlamento inglés en 1978³. Ahí se empieza a hablar del concepto de necesidades educativas especiales. Este concepto supera la categorización de la discapacidad y rompe con la distinción entre alumnado con discapacidad y sin discapacidad, atendiendo sólo a las necesidades educativas especiales del alumnado.

Toda esta nueva filosofía de aprendizaje se empieza adoptar en España a finales de los años 90 y a raíz de la LOGSE de 1990. Según la LOGSE, el concepto de n.e.e. está en relación con la idea de diversidad de los alumnos y se concreta en *"La atención a aquellos alumnos que, de forma complementaria y más especializada, precisan de otro tipo de ayudas menos usuales, bien sea temporal o permanentemente"*.

Hay que tener en cuenta que las dificultades de aprendizaje del alumnado no son particulares sólo de los niños y niñas con discapacidad y no son inherentes sólo al desarrollo, también pueden ser causa de los entornos familiares y sociales. Este modelo requiere sin duda adaptaciones de currículo y a los propios sistemas de acceso y progreso y en definitiva a las estrategias educativas.

No hay así, como reconocen algunos expertos en pedagogía, alumnos con dificultades de aprendizaje sino profesorado con dificultades de enseñar.

Otro hito importante en la educación inclusiva fue la Conferencia Mundial sobre Necesidades Educativas Especiales, Acceso y Calidad, que organizó el Ministerio de Educación de España en Salamanca con la UNESCO y que concluyó con la denominada *"Declaración de Salamanca"* de 1994.

3.- WARNOCK COMMITTEE: Special Educational Needs: the Warnock Report, London, D.E.S. 1978.

La declaración de Salamanca supuso, según todas las personas expertas en el mundo educativo, un punto de inflexión y un cambio de paradigma hacia la educación inclusiva. Reconoce que hay que transformar la educación desde los principios de equidad, solidaridad y aceptación de las diferencias, lo que sin duda implica un tratamiento muy distinto para los niños, niñas y jóvenes con discapacidad.

A partir de ahí, tal y como recoge el profesor Verdugo⁴ un tiempo después, ya no hablamos de los problemas o dificultades de este alumnado, sino de sus necesidades educativas. Hablamos de ayudas y necesidades de apoyo en algunos casos y de cuáles son las mejores estrategias educativas para una implicación de toda la comunidad.

Hay que tener en cuenta, sin embargo que aunque la aspiración que recoge la Declaración de Salamanca es la inclusión de todos los niños y niñas con independencia de sus diferencias o dificultades, incluidos algunos con discapacidades severas, la propia declaración acepta que algunos niños y niñas no sean matriculados en centros ordinarios cuando *"hubiera razones de peso"* (p.3 párrafo 2º) y en estos casos se dice no obstante, *"no es necesario que su educación esté totalmente aislada. Se deberá procurar que asistan a tiempo parcial a escuelas ordinarias"*. (apartado 8 y 19).

Las leyes educativas en nuestro país han ido avanzando conforme a este modelo y así la Ley Orgánica 2/2006 de Educación de 3 de mayo, aborda en su título II (Alumnos con Necesidades Específicas de Apoyo Educativo), es decir, al alumnado que presenta *"Necesidades educativas especiales, con dificultades específicas de aprendizaje, por sus altas capacidades intelectuales, por haberse incorporado tarde al sistema educativo, o por condiciones personales o de historia escolar..."* (artículo 71.2)

Este Ley define ya a este alumnado como *"aquel que requiera, por un periodo de su escolarización o a lo largo de toda ella, determinados apoyos y atenciones educativas específicas derivadas de discapacidad o trastornos graves de conducta"*. (artículo 73). Los casos de Altas Capacidades Inte-

4.- ECHEITA SARRIONANDÍA Gerardo y VERDUGO ALONSO, Miguel Ángel (coord.): "La declaración de Salamanca sobre necesidades educativas especiales 10 años después. Valoración y prospectiva". Salamanca, publicaciones INICO, 2004.

lectuales, llamados superdotados, también se consideran como personas con necesidades específicas de apoyo educativo, ya que en este caso, los contenidos curriculares suelen resultar fácil o incluso aburridos para este alumnado, que tiene mayor capacidad.

Probablemente esta Ley ha sido la más ambiciosa y la más garantista en relación al modelo de educación inclusiva. Además de los principios inspiradores de garantía de equidad, recoge en su artículo 72 los recursos que deben aportar las administraciones para el cumplimiento de estas obligaciones y los criterios de escolarización del alumnado con necesidades educativas especiales.

Esta ha sido la norma vigente hasta ahora. Sin embargo la actual legislación, la Ley orgánica 8/2013 de 9 de diciembre para la mejora de la calidad educativa (LOMCE) supone un claro retroceso en el desarrollo de la educación inclusiva en las aulas. Tal y como ha sido denunciado por el CERMI y numerosas personas expertas, la nueva Ley responde a una concepción ideológica individualista y diferenciadora, todo lo contrario a los principios inspiradores de la educación inclusiva. Aunque en el apartado siguiente me centraré en los aspectos más polémicos de esta norma, que incluso cuestiona los derechos consagrados en la Convención de la ONU, las principales críticas a esta norma vienen por la oportunidad perdida que ha supuesto para la educación inclusiva y el riesgo a la segregación por falta de apoyos que implica el desarrollo de esta ley, que entre otras cosas, se basa sólo en resultados y no en estrategias de aprendizaje que permitan avanzar en equidad e igualdad de oportunidades.

III. LA CONVENCIÓN DE LA ONU, UN AFIANZAMIENTO DE LOS DERECHOS

El artículo 24 de la Convención en su apartado primero reconoce el derecho a la educación de las personas con discapacidad sobre la base de la igualdad de oportunidades y la no discriminación, obligando a los Estados Parte a garantizar un sistema de educación inclusivo en todos los niveles, así como la enseñanza a lo largo de la vida.

El objetivo de este sistema de educación inclusivo a todos los niveles, es triple y se centra en las siguientes líneas de acción:

- a) Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana;
- b) Desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas;
- c) Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre.

La Convención impone a los Estados Parte unas obligaciones muy concretas, tanto respecto al acceso a la educación de las personas con discapacidad, como respecto a las formas de apoyo en la escuela que pueden precisar las personas con discapacidad para alcanzar las finalidades del derecho a la educación recogidas en los subapartados a), b) y c) del apartado 1 del artículo 24.

En relación al acceso, las obligaciones de los Estados Parte, que son obligaciones de garantía, son las tres siguientes:

- 1º Que las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria y gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad (artículo 24.2.a).
- 2º Que las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan (artículo 24.2.b).
- 3º Que las personas con discapacidad tengan acceso general a la educación superior, la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás. A tal fin, los Estados Partes asegurarán que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad (artículo 24.5).

Por lo tanto la convención es suficientemente exigente y marca claramente el modelo a seguir. El modelo no es otro, que el que la UNESCO identifico hace ya algunos años con algunos elementos claves:

La inclusión es un proceso: Implica aprender a apreciar las diferencias y aprender de la diversidad. De esta forma se llega a mirar las diferencias de manera más positiva, como un estímulo a promover el aprendizaje tanto entre los niños como en los adultos y esto implica una búsqueda constante de nuevas formas de aprendizaje que den respuesta a las nuevas formas de la diversidad.

La inclusión supone la identificación y retirada de barreras: En consecuencia supone utilizar pruebas de diversa índole para estimular la creatividad y la solución de problemas y utilizar todos los instrumentos de aprendizaje que existen en cada momento.

La inclusión tiene relación con la presencia, participación y éxito escolar de todos los alumnos: La presencial tiene que ver con el lugar donde se educa a los niños y con la constancia de su asistencia; la participación “tiene que ver con la calidad de sus experiencias mientras están presentes y debe tenerse en consideración las opiniones de los propios alumnos; el éxito escolar” tiene que ver con los resultados del aprendizaje en todo el currículo, no meramente los tests o resultados de los exámenes.

La inclusión, siguiendo la definición de la UNESCO, implica un énfasis especial en aquellos grupos de alumnos que pueden estar en riesgo de marginación, exclusión o fracaso escolar. Supone una responsabilidad moral de garantizar que esos grupos, estadísticamente de riesgo, sean seguidos cuidadosamente y que se tomen las medidas necesarias para garantizar su presencia, participación y éxito escolar en el sistema educativo.⁵

Si seguimos con el análisis de la Convención y el derecho a la educación inclusiva hay que tener en cuenta que el artículo 24 no menciona ninguna

5.- UNESCO, “Overcoming Exclusion through Inclusive Approaches in Education: A Challenge and a Vision”, Conceptual Paper, Paris, 2003, <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001347/134785e.pdf>. Véase además UNESCO Guidelines for Inclusion: Ensuring Access to Education for All, 2005, UNESCO, Paris, p. 13.

excepción al derecho a la educación inclusiva, y por tanto es un derecho que corresponde a todas las personas con discapacidad. La Convención, según el Manual para Parlamentarios, elaborado por la ONU, promueve un enfoque de educación basado en la creciente evidencia científica, que muestra que la educación inclusiva no sólo proporciona el mejor entorno educativo, incluyendo a los niños con discapacidad intelectual, sino que también ayuda a derribar barreras y a poner en cuestión estereotipos. Este enfoque ayuda a crear una sociedad que acepta y abraza la discapacidad en lugar de temerla. Cuando los niños con discapacidad y sin ella, crecen juntos y aprenden, uno al lado del otro, en la misma escuela, desarrollan una mayor comprensión y un mayor respeto recíproco.⁶

Para ahondar mucho más sobre el impacto de la Convención en la educación inclusiva y sus efectos en los sistemas educativos puede verse el manual publicado por el CERMI en 2012 titulado *“El impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la legislación educativa española”*.⁷

En este tratado las autoras destacan no obstante, después de un pormenorizado análisis jurídico, que la escolarización de un niño con necesidades educativas especiales en un colegio ordinario no significa que se le esté proporcionando una educación inclusiva y ésta sin duda, no es posible si no se cuentan con la accesibilidad, los recursos y medidas de flexibilidad o adaptación que se requieren en cada caso. Es todavía por tanto una realidad a medias en nuestro modelo educativo, donde todavía es fácil encontrar resistencias de un profesorado que en demasiadas ocasiones considera que la atención a la diversidad es responsabilidad de quienes están “especializados en esta materia” y no hay que perder de vista que la inclusión en la educación necesita también de actitudes, acciones, eliminación de prejuicios y una cultura institucional favorable.

6.- ONU, Department of Economic and Social Affairs (UN-DESA), the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR) and the Inter-Parliamentary Union (IPU), *From Exclusion to Equality: Realizing the rights of persons with disabilities, Handbook for Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol*, Geneva, 2007.

7.- ALONSO PARREÑO, María José y ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, Inés. “El impacto de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la legislación educativa española”, cermi, septiembre de 2011.

Sin duda el varapalo más importante que se ha dado en los últimos tiempos al modelo de educación inclusiva ha sido la ya mencionada Ley orgánica 8/2013 de 9 de diciembre para la mejora de la calidad educativa (LOMCE). El movimiento de la discapacidad ha realizado numerosos debates y propuestas de mejora sobre esta norma, que no fueron tenidas en cuenta y han denunciado la norma ante diferentes instancias por vulnerar claramente los principios de la Convención, que sólo se menciona en el preámbulo, pero no se incluye en sus preceptos.

Tal y como han denunciado diferentes líderes del movimiento asociativo la ley basa toda la calidad, no en la adecuada atención a la diversidad, sino en los resultados académicos, lo que aplicado al alumnado con discapacidad supone un problema, porque no siempre los ritmos son los mismos. Además la Ley abre nuevas vías de atención al alumnado con necesidades especiales que pueden suponer en la práctica nuevas formas de exclusión y además se permite la segregación de centros educativos especializados, lo que supone volver hacia atrás e instalar de nuevo una cultura de guetos. La Ley en definitiva, no sólo no cumple los principios de la Convención sino que supone un claro retroceso en el modelo de educación inclusiva iniciado hace ya casi medio siglo.

Por último y para terminar con el diagnóstico general de la realidad jurídica de la educación inclusiva en nuestro país, cabría destacar una norma, que fue aprobada después de la ratificación de la Convención y que recoge adecuadamente los principios del modelo de educación inclusiva. En concreto se trata de la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, y el Real Decreto 1393/ 2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, que ha dado un paso más en el objetivo de inclusión educativa, estableciendo acciones específicas para la inclusión de las personas con discapacidad en las universidades. Este real Decreto promueve acciones que integran a todos los miembros de la comunidad universitaria que presentan necesidades especiales o particulares, asociadas a la discapacidad; entre ellas, las acciones de accesibilidad incluidas en Los Estatutos Universitarios.

El Estatuto del Estudiante Universitario además, establece sistemas y procedimientos que las universidades deben incluir para garantizar los derechos de los estudiantes con necesidades educativas específicas, derivadas de

la condición de discapacidad. Algunos estatutos, establecen la puesta en marcha de Unidades de atención a los estudiantes con discapacidad o servicios específicos para este colectivo. También se regula la reserva de plazas a estudiantes con discapacidad, se dispone la reserva del 5% de plazas disponibles y se establece la movilidad nacional e internacional de los estudiantes con discapacidad, debiendo las Universidades promover la participación de estos estudiantes en programas de movilidad nacionales e internacionales y entornos físicos y virtuales.

En la Estrategia Universidad 2015, se reconoce asimismo que la calidad y la excelencia deben abarcar todos los ámbitos, incluido el ámbito de la discapacidad... *“una educación de calidad exige ser respetuosa con la diversidad en sus diferentes manifestaciones”*.

Además de la normativa educativa, se recuerda por último 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 (art. 20.c) que establece que las personas que cursen estudios universitarios, cuya discapacidad les dificulte gravemente la adaptación al régimen de convocatorias establecido con carácter general, podrán solicitar y las universidades habrán de conceder, de acuerdo con lo que dispongan sus correspondientes normas de permanencia que, en todo caso, deberán tener en cuenta la situación de las personas con discapacidad que cursen estudios en la universidad, la ampliación del número de las mismas en la medida que compense su dificultad, sin mengua del nivel exigido. Las pruebas se adaptarán, en su caso, a las características de la discapacidad que presente el interesado. Asimismo el Real Decreto Legislativo (Disposición Final Segunda) ha establecido una obligación sobre los currículos formativos y regula que se incluya la formación en «diseño para todas las personas» en el Currículo formativo sobre accesibilidad universal y formación de profesionales.

Probablemente sea el ámbito universitario, donde más pasos se estén dando en los últimos tiempos en relación a la promoción de la educación inclusiva y aunque el número de jóvenes con discapacidad que acceden a la universidad en nuestro país sigue siendo escaso, no se ha dejado de aumentar progresivamente año tras año. Actualmente el porcentaje de universitarios

con discapacidad en las universidades españolas representan sólo entre el 1 y el 2%, mientras que en EE UU y Canadá ese porcentaje se sitúa entre el 5 y el 10%, según algunos informes.

Esos datos ponen en evidencia la alta tasa de abandono escolar temprano de los estudiantes con discapacidad en España, un desafío que se abordará en el epígrafe siguiente.

IV. CONCLUSIONES Y RETOS

Siguiendo la legislación resulta evidente que la educación en España ha avanzado decididamente hacia la educación inclusiva, especialmente en las dos últimas décadas, y el sistema educativo ha realizado progresos al integrar en el sistema ordinario a los alumnos con algún tipo de necesidades educativas especiales, ya sea por dificultades en el aprendizaje derivados de la discapacidad, como por motivos socio económicos o culturales. Se han aumentado los recursos, se ha reducido los centros de educación especial, aunque no al ritmo deseado, se han elaborado planes y protocolos de atención al alumnado con discapacidad y se han mejorado los recursos formativos del profesorado en temas de inclusión.

Sin embargo, el impacto de la crisis económica, traducida en recortes de recursos y reducción del profesorado de apoyo, junto con la aprobación del nuevo marco normativo que supone la LOMCE han generado un retroceso importante y una paralización del sistema hacia la educación inclusiva. La situación actual requeriría de medidas urgentes que eviten pasos de nuevo hacia la segregación y un retroceso importante en los indicadores educativos de las personas con discapacidad que podemos ver en los próximos años.

El enfoque educativo de la LOMCE debería ser superado en otra norma donde por el contrario, la inclusión quedara definida legalmente y se ajustara a los principios y recomendaciones de la Convención. Esta nueva Ley debería superar las lagunas y riesgos de discriminación de la actual norma y avanzar en ese objetivo de la Convención de *“Desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas”* (artículo 24.1.b) ya que la educación es el

principal instrumento para “*hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre*” (artículo 24.1.c).

Algunas autoras y profesionales de la educación proponen para seguir avanzando en la educación inclusiva las *recomendaciones para desarrollar un sistema de educación inclusiva eficaz* que el entonces Relator Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación, recoge en su informe de 2007 sobre la educación de las personas con discapacidad y que fue elaborado precisamente para aplicar el artículo 24 de la Convención⁸.

Siguiendo estas recomendaciones hay que aceptar que el modelo inclusivo implica un proceso de transformación para ir avanzando en la eliminación de la educación dual (especial/ordinaria), aunque no se puedan eliminar de un plumazo los centros de educación especial, ya que estos son los únicos que disponen de los profesionales y los recursos adecuados para los niños y niñas con necesidades muy intensas de apoyo.

Sin embargo sería recomendable no construir más centros de educación especial y transformar los centros especiales que aún existen en nuestro país y que acogen aproximadamente al 20% del alumnado con discapacidad, en centros de recursos educativos y transferir de manera paulatina el alumnado de estos centros a clases en aulas de centros ordinarios con apoyo de personal especializado.

Las investigaciones demuestran que los niños, también aquellos con discapacidad, que son incluidos en la educación ordinaria, tienen más probabilidades de terminar la escuela, continuar en educación y formación posterior a la secundaria, conseguir un trabajo, ganar sueldos dignos y convertirse en definitiva, en miembros activos de sus comunidades⁹.

8.- VERNOR MUÑOZ VILLALOBOS, *The Right to Education of Persons with Disabilities*, Report of the Special Rapporteur on the Right to Education to the UN Human Rights Council, A/HRC/4/29, Geneva, 19 February 2007, p. 19. párrafo 58. Disponible en web en varios idiomas, entre ellos en español: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=99
<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G07/108/95/PDF/G0710895.pdf?OpenElement> [Consulta 20 agosto 2011].

9.- ONU, Department of Economic and Social Affairs (UN-DESA), the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR) and the Inter-Parliamentary Union (IPU), *From Exclusion to Equality: Realizing the rights of persons with disabilities, Handbook for*

Sin embargo como han denunciado las entidades de la discapacidad, el alumnado con necesidades educativas especiales no tiene asegurada una plaza en los centros ordinarios. Su escolarización depende de que éstos "consideren si pueden o no atender" sus necesidades y FEAPS ha reclamado en numerosas ocasiones que se garantice que ningún estudiante con discapacidad intelectual o del desarrollo, sea escolarizado en la educación especial contra su voluntad y sin tener en cuenta la opinión de sus padres o tutores.

En este proceso permanente de cambio que requiere la educación inclusiva junto con lo ya mencionado, se necesita redoblar esfuerzos y poner atención además en algunas líneas de acción:

- Mejorar la calidad de la enseñanza, lo que sin duda redundará en la calidad de la enseñanza de los niños y niñas con necesidades educativas especiales. Los nuevos modelos educativos inspirados en la educación activa, la diversidad y la individualización de currículos, es todo un progreso para la educación inclusiva en general.
- Sería deseable un gran pacto social para establecer un marco educativo estable y duradero y que tenga en cuenta el desarrollo de los derechos reconocidos en la Convención de la ONU para los derechos de las personas con discapacidad.
- Garantizar la accesibilidad física, tecnológica y de contenidos en todos los centros educativos, incluida la universidad.
- Evitar la degradación de los currículos de algunos alumnos con NEE para garantizar su inclusión en la escuela ordinaria.
- Reforzar una mayor formación e implicación del profesorado, incluido el profesorado de centros de educación especial. Esta formación debería ser obligatoria para todo el profesorado.
- Puesta en valor y desarrollo de buenas prácticas y materiales de apoyo, así como difusión de los programas educativos y de refuerzo que se desarrollan desde el movimiento asociativo de la discapacidad.
- Revisar las adaptaciones curriculares incluidos los sistemas de examen.

Parliamentarians on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and its Optional Protocol, Geneva, 2007. Disponible en web: <http://www.unclef.com/disabilities/documents/toolaction/ipuhb.pdf> [Consulta: 11 abril 2010], p. 82. En español en <http://www.un.org/spanish/disabilities/default.asp?id=631>.

- Formación a los padres para que se impliquen de manera activa en el proceso educativo de sus hijos y que conozcan mejor sus derechos y obligaciones.
- Es fundamental contar con los datos e indicadores básicos de educación del colectivo de personas con discapacidad. En los últimos años han desaparecido los datos desagregados de discapacidad de los informes del Ministerio de Educación, lo que dificulta enormemente la posibilidad de contar con diagnósticos adecuados y propuestas de acción.
- Resulta muy importante promover la investigación e innovación educativa en materia de inclusión de personas con discapacidad así como estudios que ahonden en la diversidad de la discapacidad.
- Es importante implicar a toda la comunidad para contribuir a la superación de las barreras culturales y actitudinales.

Para finalizar recordar el argumento que en los últimos años venimos repitiendo, de la influencia positiva que el alumnado con discapacidad tiene en el conjunto de la clase y sobre el que ya contamos con informes que lo avalan. Resulta interesante la Investigación del Instituto Vasco de Evaluación e Investigación educativa de octubre de 2002¹⁰. El informe refleja que la mayor parte de las investigaciones sobre integración escolar, hacen referencia a los efectos beneficiosos para la mayoría del alumnado, la inclusión de personas con necesidades educativas especiales.

Además, según la OCDE, el éxito escolar de niños con necesidades educativas especiales en escuelas inclusivas es muy superior al conseguido en las segregadas.

El Banco Mundial estima que cuesta entre dos y cuatro veces más educar a un niño con discapacidad en una modalidad inclusiva que a un niño sin discapacidad. Ese coste sin embargo está bien empleado en cualquier estudio de coste-beneficio si se tienen en cuenta por un lado las contribuciones

10.- ISEI-IVEI (INSTITUTO VASCO DE EVALUACIÓN E INVESTIGACIÓN EDUCATIVA): Influencia de la presencia del alumnado con necesidades educativas especiales en el rendimiento del alumnado ordinario, octubre 2002, Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco.

aportadas en una vida de trabajo y por otro los beneficios sociales disfrutados por la persona con discapacidad.

La prioridad sin duda en los próximos años pasa por conseguir que los niños y niñas con discapacidad acudan a la escuela en todos los niveles, se reduzca el abandono escolar temprano y las personas con discapacidad puedan llegar a la educación superior, ya que en la sociedad del conocimiento la exclusión social va a venir determinada fundamentalmente por el nivel de formación y educación alcanzados, por encima incluso de las características y circunstancias de cada individuo.

Llegar a los niveles más altos del conocimiento se convierte así en la puerta de entrada para la plena inclusión social y el desarrollo de una vida libre y autónoma.

La estrategia europea 2020 establecía entre sus objetivos reducir el abandono escolar temprano, aumentar el número de personas con educación superior y reducir en 25 millones el número de europeos pobres. Conseguir esos objetivos resulta imposible sin reforzar acciones y políticas públicas que refuercen el progreso de las personas con discapacidad en el mundo educativo, progreso que sólo es posible como se ha puesto de manifiesto avanzando en el modelo de educación inclusiva.

IV.2

LOS DERECHOS DE LOS PADRES EN EL ACCESO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

D. Torcuato Recover Balboa

*Abogado. Coordinador de la RED DE JURISTAS PLENA INCLUSIÓN.
Asesor jurídico de la Asociación Española de Fundaciones Tutelares.*

I. INTRODUCCIÓN. LA EDUCACIÓN INCLUSIVA: UN DERECHO HUMANO. EL PROTAGONISMO DE LA FAMILIA EN SU IMPLEMENTACIÓN

Que el derecho a la Educación Inclusiva constituye un derecho básico de los alumnos con algunas discapacidades es hoy, por fin algo que, al menos abiertamente, nadie cuestiona. En nuestro país, sin pretender realizar un análisis exhaustivo de la evolución experimentada por la legislación en esta materia, habría que señalar el hito sustancial que supuso al respecto la entrada en vigor de la L.O. 2/2006, de 3 de Mayo, que, en su artículo 74 establece los principios de normalización e inclusión, y, regula la escolarización en centros específicos solo por vía de excepcionalidad.

Mayor trascendencia, también en este ámbito, tiene la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en Diciembre de 2006, y que queda integrada de forma plena, y aún como norma de interpretación de otras normas legales¹, en nuestro ordenamiento jurídico, que aporta, como en otros aspectos de su sustancial contenido, varias cuestiones que han de servir como marco básico para lo establecido en este texto:

1.- Por aplicación de lo dispuesto en el artículo 10.2 de nuestra Constitución y en virtud de lo dispuesto en los artículos 29 y 30 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales

Así, de un lado, el apartado r) de su Preámbulo reconoce el derecho de los niños y niñas con discapacidad para gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, estableciendo, como criterio de ponderación para la efectividad de este derecho, y, a la par, dejando identificado cual ha de ser el contexto, el lugar y la forma en que ámbito de aplicación cierta del mismo, también en lo que se refiere a estos derechos de la infancia, señala que el desarrollo de la actividad esta ha de efectuarse “en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas”, lo que parece remitirnos a los entornos educativos.

Pero aún hay más: acertadamente, el apartado x) del mismo Preámbulo sitúa, como sujetos para el ejercicio de estos derechos, no solo a la propia persona con discapacidad, en nuestro caso, al alumno con alguna discapacidad, sino a su familia, y al respecto, proclama que “la familia es unidad colectiva natural y fundamental de la sociedad”, precisando que debe ser, por tanto, tanto la propia persona con discapacidad como su familia, quienes reciban la protección y asistencia necesaria para contribuir a que la persona con discapacidad goce de sus derechos plenamente y, nuevamente, en igualdad de condiciones que lo hace el resto de la población.

De esta manera, la Convención nos ayuda a situar el marco del presente texto, puesto que permite identificar como sujeto, en el ejercicio de los derechos, con el alumno con necesidades educativas especiales², a sus padres, a su contexto familiar, y justifica así que aquellos puedan reivindicar un especial protagonismo, y, a la par, una posición de reivindicación y de beligerancia, en el respeto y la exigencia en la aplicación de tales derechos. Lo cual parece no solo una obviedad, sino algo fundamental y exigible, puesto que difícilmente el propio menor podrá ostentar, desempeñar, la defensa y reivindicación de aquellos, sino que habrán de ser sus padres quienes puedan reclamar la efectiva y cierta aplicación de esos derechos.

De ahí que cuando, ya en el texto propiamente normativo, el artículo 24 de la Convención establezca la obligación de los estados partes de asegurar

2.- En esta especie con búsqueda permanente de la adecuada formula terminológica, podríamos citar la denominación de “Necesidades específicas de apoyo educativo” (NEAE, en los textos), con que los identifica la reciente Instrucción de 22 de Junio de 2915, de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía a la que luego nos referiremos.

un sistema de educación inclusivo, a todos los niveles, se estará, no solo requiriendo de los Estados partes que adecuen la legislación y eviten las barreras que impidan la efectividad de este derecho, y de que dibujen en su legislación, y efectivamente implanten un sistema de educación en verdad inclusivo, esto es, no discriminatorio, sino que, con ello, está proporcionando a las organizaciones que representan a los movimientos familiares, y a los propios padres, un elemento de reivindicación, y aún un argumento de exigencia legal sustancial.

Determinar esta obligación de los Estados firmantes supone, como lo hace con el resto de la visión ontológica, global, con ánimo de exhaustividad, de totalidad, con que la Convención determina y reconoce los derechos que proclama, situar el derecho a una educación inclusiva, ahora ya como una concreción específica de los Derechos Humanos, ámbito al que aquella eleva todos los derechos que su texto contempla

Como ha señalado BengtLindqvist³ en 1994, relator especial de las Naciones Unidas sobre Discapacidad: “Todos los niños/as y jóvenes del mundo, con sus fortalezas y debilidades individuales, con sus esperanzas y expectativas, tienen el derecho a la educación. No son los sistemas educativos los que tienen derecho a cierto tipo de niños/as. Es por ello, que es el sistema educativo de un país el que debe ajustarse para satisfacer las necesidades de todos los niños/as y jóvenes”.

La educación inclusiva es, pues, un derecho para las personas con discapacidad, pero, como en otras esferas de su texto la Convención reconoce⁴, a la vez es una necesidad de toda sociedad que aspire al avance hacia una humanidad ética, cohesionada y orgullosa del valor de su propia diversidad.

3.- Tomado de “Inclusión y atención a la diversidad. Un derecho de las personas con discapacidad, una necesidad de toda la sociedad”. Inés de Araoz Sánchez-Dopico (Asesora Jurídica de FEAPS) y Javier Tamarit Cuadrado (Responsable del proyecto de transformación FEAPS). En publicación de la Confederación de Padres y Madres de Alumnos. Accesible en: <http://padresymadres.org/inclusion-y-atencion-a-la-diversidad-un-derecho-de-las-personas-con-discapacidad-una-necesidad-de-toda-la-sociedad/>

4.- Especialmente el apartado m) del Preámbulo de la Convención hace incidencia en como la aportación de las personas con discapacidad, y aquí, los niños y niñas en esta educativa con discapacidad, aportan, mejoran, cohesionan y benefician a la sociedad ende la que forman parte, y, con ello, en nuestro ámbito, a las comunidades educativas en las que se integran.

La educación, pues, o es inclusiva o no es educación, tal y como declara el relator especial sobre el derecho a la educación Vernor Muñoz en su informe sobre el derecho de las personas con discapacidad a una educación inclusiva (2009): “Los Estados deben reconocer la educación inclusiva como un componente inherente al derecho a la educación.”⁵

Especialmente claro es lo que al efecto determina ⁶ el Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Asamblea General de NN.UU. 18 de Diciembre de 2013⁷.

Interesa especialmente, resaltar esa ventaja, el beneficio que la adecuada atención a las necesidades de las personas con discapacidad, y aún, a los alumnos con necesidades educativas especiales, supone, aporta, para la propia sociedad de la que estos forman parte. Como ha señalado LÓPEZ-TORRIJO, Manuel: *“Más allá de los planteamientos pedagógicos, sociales, políticos, la educación inclusiva desemboca en una cultura de la diversidad que impregna a toda la sociedad de los valores implícitos en las diferencias individuales, que todos cultivamos: la aceptación del otro, el respeto, el disfrute de las diferencias, la complementariedad de nuestras individualidades y la solidaridad”*⁸.

A la familia le corresponde, pues, no solo ofrecer oportunidades suficientes para desarrollar habilidades y competencias funcionales y sociales, sino reivindicar ese derecho básico que a sus hijos asiste de acceder a un sistema verdaderamente vertebrador e inclusivo, y, por tanto, le asiste a aquella

5.- “Inclusión y atención a la diversidad. Un derecho de las personas con discapacidad, una necesidad de toda la sociedad”. Op. cit

6.- La educación inclusiva ha sido reconocida como la modalidad más adecuada para que los Estados garanticen la universalidad y la no discriminación en el derecho a la educación. En la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad se señala que, para que estas personas puedan ejercer ese derecho, han de existir sistemas educativos inclusivos; en consecuencia, el derecho a la educación es un derecho a la educación inclusiva.

7.- En el párrafo 3 de indicado documento se establece: *La educación inclusiva ha sido reconocida como la modalidad más adecuada para que los Estados garanticen la universalidad y la no discriminación en el derecho a la educación*

8.- López-Torrijo, Manuel. En LA INCLUSIÓN EDUCATIVA DE ALUMNOS CON DISCAPACIDADES GRAVES Y PERMANENTES EN LA UNIÓN EUROPEA, Accesible en: https://www.uv.es/RELIEVE/v15n1/RELIEVEv15n1_5.htm

el derecho a participar activamente en la adopción de decisiones sobre la escolarización de sus hijos⁹.

Máxime cuando el proceso educativo no se determina en un momento, no se agota en la adopción de una decisión, sino que requiere de una colaboración, un acercamiento, y de una posición sólida de la familia, a más de ensamblar un adecuado modelo de coparticipación Familia/centro escolar, que resuelva cuantas incidencias surgirán en el prolongado proceso educativo. En palabras de Verdugo y Parrilla: hay que entender la inclusión educativa como un proceso de cambio que requiere revisiones continuas y mejoras progresivas, no pudiendo reducirse simplemente a una ley o discurso puntual con recorrido temporal limitado. Como sabemos, es, por el contrario, un proceso que algunos autores han caracterizado como never-ended enfatizando esta idea de proceso inalcanzable, de camino que debe diseñarse, recorrerse y apoyarse continuamente ya que nunca llega a su fin (Verdugo y Parrilla, 2009: 15-16)¹⁰.

II. LOS OBSTÁCULOS A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

Varias son las barreras efectivas para que aún hoy, tras un largo proceso previo de integración escolar, y asumido el concepto de educación inclusiva, que como antes veíamos, formalmente nadie cuestiona -y que está proclamado como un derecho básico por la ley-, los cifras de escolarización continúen mostrando que la opción de escolarización en centros específicos sigue formando parte habitual de las opciones de escolarización de los alumnos con alguna discapacidad.

En los últimos datos del Ministerio de Educación a los que he podido acceder se procuran solapar los correspondientes a alumnos que cursan sus estudios en centros específicos de Educación Especial, puesto que las magnitudes se establecen por ciclos, pero lo cierto es que el propio Ministerio, en las

9.- Ruiz Díaz, María Victoria. En "El papel de las familia en la educación del alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo". Octubre de 2010. Accesible en: http://www.csi-csif.es/andalucia/modules/mod_ense/revista/pdf/Numero_35/MARIA_VICTORIA_RUIZ_DIAZ_01.pdf

10.- Verdugo, M. A. (2009). El cambio educativo desde una perspectiva de calidad de vida. Revista de educación, 349, 23-43. y Parrilla, A. (2009). Presentación. Aportaciones actuales a la inclusión educativa. Revista de Educación, 349, 15-22.

cifras correspondientes al curso 2013-2014, reconoce que aún existen en nuestro país 479 centros específicos de Educación Especial (183 de ellos son de titularidad pública, y 286 de titularidad privada o concertada)¹¹, lo que demuestra que esta constituye una opción habitual para encauzar el proceso de selección de que existe una numerosa o, al menos, considerable, escolarización en centros específicos que parece seguir justificando su existencia y el modelo al que responden, y que por tanto, la escolarización segregada constituye una opción habitual para encauzar el proceso de selección de la modalidad educativa, o modificar esta, por instancias administrativas y Equipos de valoración.

Merece la pena aclarar que la mera referencia a la escolarización, que incluso se reconozca de un alumno con discapacidad sea escolarizado en un centro ordinario no equivale, ciertamente, a sostener que se ha alcanzado el nivel de inclusión que estamos ante una situación cierta y real de educación inclusiva. Las modalidades de escolarización que regulan las administraciones educativas a veces establecen sistemas claramente segregados en que el alumno con necesidades educativas especiales realiza su escolarización en el centro ordinario, pero de una forma prácticamente paralela al resto de los alumnos del mismo; con escasas posibilidades de contacto con los que nominativamente son sus compañeros de colegio; en aulas y actividades netamente diferenciadas, manteniendo así los modelos de integración escolar que se establecieron hace años; lo que a menudo genera fracasos y, en cualquier caso, no puede entenderse como amparable desde aquella concepción.

Tampoco cabe sostener una lectura simplista que suponga desconocer que existen colegios de educación especial -contados- que están haciendo prácticas inclusivas. En este sentido, es ilustrativo el proyecto de transformación de servicios de PLENA INCLUSIÓN, en el que hay un número importante de centros de educación especial que apuestan por transformarse hacia prácticas inclusivas, como se ha hecho en otros países de nuestro entorno para hacer efectivo este modelo educativo.

11.- Datos y Cifras Curso Escolar 2013-2014. Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. Edic. 2013. Accesible en: http://www.mecd.gob.es/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/estadisticas/educacion/indicadores-publicaciones-sintesis/datos-cifras/Datos-y-Cifras-2013-2014-LR/Datos%20y%20Cifras%202013-2014_final.pdf

Ya vimos que la propia L.O. 2/2006, pese a su reciente modificación, no ha experimentado cambio en esta materia, y aunque lo contemple por vía de excepción, recoge la posibilidad de escolarización en unidades o centros de educación especial, cuando las necesidades de los alumnos *“no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios”*.

Son varios los motivos, que a manera de condicionantes, van dirigiendo, encauzado, la escolarización de alumnos con necesidades educativas especiales¹². Son, como indica ALONSO PARREÑO María J, *“las propias administraciones educativas las que en último término deciden que alumnos estarán segregados, al ser estas las que escolarizan de manera separada a los alumnos con necesidades educativas especiales”*.

ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO, I¹³ ha hecho un buen resumen de los motivos, que en la realidad cotidiana, justifican, excusan, más bien, que los alumnos sean orillados, desde el sistema general, inclusivo, al sistema especial, o específico, claramente segregado y segregador:

- La propia normativa establece que se podrá elegir únicamente entre los centros que reúnan los recursos personales y materiales adecuados para garantizar una atención educativa de calidad, de acuerdo con el dictamen que resulte de la evaluación psicopedagógica¹⁴.

12.- Siguiendo a ALONSO PARREÑO, María J. la mayoría son alumnos con discapacidad intelectual, trastornos del espectro autista o plurideficiencias. En Aportaciones jurídicas para la inclusión social del menor con discapacidad en España, Discapacidad Tercer Sector e Inclusión Social. Colec. CERMI, nº. 47. 2010

13.- ARAOZ SÁNCHEZ DOPICO, I. La Configuración del derecho a la educación inclusiva en la legislación española. En Op. Cit.

14.- Es expresivo en este sentido el contenido del art. 22.7 del Decreto 98/2005, de 18 de agosto, de ordenación de la atención a la diversidad en las enseñanzas escolares y la educación preescolar en Cantabria, que permite a los padres, optar, pero solo entre los centros que se le indiquen cumplen los criterios: los padres, madres o representantes legales podrán elegir el centro escolar para matricular a sus hijos e hijas con necesidades educativas especiales entre aquellos que reúnan los requisitos de personal y materiales adecuados para garantizar una atención educativa de calidad, de acuerdo con el dictamen de escolarización que resulte de la evaluación psicopedagógica y en el marco de los criterios generales establecidos para la admisión de alumnos/as. El apartado 8 de este mismo artículo, establece, nuevamente, que la intervención de los padres, en la decisión de escolarización cambio de esta, es, exclusivamente, la de ser oídos.

- Necesidad de recursos de difícil generalización que permite “agrupar” a los alumnos para maximizar los medios existentes.
- Se debe atender a una adecuada y equilibrada distribución de los alumnos entre los centros existentes.
- las facultades de auto-organización de los centros educativos concertados.

Como después veremos, desgraciadamente, cada vez comprobamos ocurre con mayor frecuencia en el ámbito escolar, que en la valoración que se realiza en los dictámenes de escolarización, se abunda más en las limitaciones de autonomía del alumno, para incidir en que este precisa, obligadamente, de una serie de recursos, personales y materiales, que no están al alcance de los centros ordinarios, de aquel que le corresponde por domicilio, del aquel en que están escolarizados sus hermanos, y a los que solo se puede acceder en un Centro específico.

Sería necesario abordar un estudio sobre esta materia, y comprobar cuales, y cuantas son las canalizaciones para modalidades segregadas de educación que se realizan desde el comienzo del ciclo educativo o, cuando menos, al inicio de la Educación Primaria, y las que se efectúan con cada cambio de ciclo, y cuantos, y cuáles son los motivos, planteados como modificación del modelo educativo previo.

Lo que los padres saben, lo que desgraciadamente experimentan con excesiva frecuencia es que, a menudo, el cambio de docente, la modificación en la estructura del centro, la mera baja o traslado de un profesor o profesora, parecen súbitamente transformar, descubrir mayores necesidades en un alumno que había evolucionado positivamente durante años, en el mismo centro educativo, y que ahora pasa a modalidades de escolarización claramente excluyentes, segregadoras, cuando quien lo sustituye no comparte el

Por citar datos de otras CC.AA. y incluso más recientes, el Decreto 66/2013, de 03/09/2013, por el que se regula la atención especializada y la orientación educativa y profesional del alumnado en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, establece así mismo la posibilidad de que los padres expresen su opinión sobre esta materia, que en absoluto es vinculante, y determina que la decisión respecto del centro educativo corresponderá a la Consejería, “conjugando la libertad de elección del centro, que corresponde a los padres, y la asignación del centro que mejor responda a las necesidades del alumno”

mismo nivel de profesionalidad que él/la docente saliente (nadie se cuestiona en tales casos porque el anterior docente sí que sabía y podía ofrecer tales apoyos). Y, obviamente, no es que el alumno ha experimentado una súbita o paulatina disminución de su autonomía, es, fundamentalmente, que el nuevo docente encargado de su atención considera ahora más difícil, para el/ella inasumible, la atención que su compañero o compañera anterior había sabido gestionar con profesionalidad. Y es, pues, a menudo, esta falta de motivación, de profesionalidad, la que lleva a recabar los servicios de los Equipos de Orientación, para interesar nuevas valoraciones y acabar, finalmente, con un alumno que pudo, y debió beneficiarse de modelos inclusivos, en un modelo de educación excluyente y desintegrador¹⁵.

Veremos después, en la jurisprudencia, como la insuficiencia de medios, y con ello, la de recursos personales y materiales, parece justificar sobradamente remitir a un centro específico, es decir, la Administración con tales actos justifica, por esta grosera vía, no aplicar lo que hemos visto constituye no solo un derecho personal del propio alumno y de su familia, sino incluso un derecho humano básico.

III. LAS APORTACIONES DEL INFORME DE LA OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS. ESTUDIO TEMÁTICO SOBRE EL DERECHO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A LA EDUCACIÓN

Constituye criterio pacífico de la Jurisprudencia (por todas, Sentencia del Tribunal Constitucional 16/2006, de 24 de Abril¹⁶) la entidad cualificada que

15.- El documento citado del Alto Comisionado de NN.UU. para los derechos humanos define bien este modelo segregador, en su párrafo 4: En este enfoque, se impide que el estudiante con discapacidad se incorpore al sistema de enseñanza en razón de su edad, de su nivel de desarrollo o de un diagnóstico y se le coloca en un entorno de asistencia social o sanitaria, sin acceso a la educación. La segregación tiene lugar cuando un estudiante con esas características es remitido a un centro educativo diseñado específicamente para responder a una deficiencia concreta, normalmente en un sistema de enseñanza

16.- *“Este Tribunal, desde sus primeras Sentencias, ha reconocido la importante función hermenéutica que para determinar el contenido de los derechos fundamentales tienen los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (STC , de 30 de marzo, FJ 7,*

ostentan los Informes emitidos por los organismos internacionales encargados de la aplicación o interpretación de Tratados de derechos humanos suscritos por nuestro país.

De ahí que resaltemos la crucial importancia que ostenta el pronunciamiento, específicamente sobre el tema de la Educación Inclusiva, que realiza la oficina del Alto Comisionado de NN.UU. para los derechos Humanos, realizado en el 25 de Periodo de sesiones del Consejo de Derechos Humanos, y fechado el 18 de Diciembre de 2013 que antes citábamos.

Curiosamente, pese a la relevancia que nuestros tribunales, y específicamente nuestro Tribunal Constitucional, ha establecido para pronunciamientos de este carácter, sin embargo no lo ha tenido en cuenta en los pronunciamientos judiciales que en esta materia ha realizado, posteriores al indicado informe.

Pero veámoslo, en lo que aquí interesa:

En su apartado 5, el Informe se remite al origen de las Normas que han justificado el modelo de a Educación Inclusiva, citando entre ellas la fundamental Declaración de Salamanca, que está inspirada por el *“reconocimiento de la necesidad de actuar con miras a conseguir ‘escuelas para todos’ esto es, instituciones que incluyan a todo el mundo, celebren las diferencias, respalden el aprendizaje y respondan a las necesidades de cada cual”*. Según la Declaración de Salamanca, los sistemas educativos inclusivos¹⁷ son aquellos en los que las escuelas utilizan *“una pedagogía centrada en el niño, capaz de educar con éxito a todos los niños y niñas comprendidos los que sufren discapacidades graves”* (Marco de Acción, párr. 3).

Analizando la correspondencia entre los Tratados Internacionales de aplicación en esta materia, el Informe recuerda que:

citando entre otras las SSTC 3, de 23 de noviembre, FJ 4; y, de 20 de diciembre, FJ 4), habiendo declarado expresamente que el contenido de los derechos humanos reconocidos en el Pacto constituye parte también del de los derechos fundamentales, “formando el estándar mínimo y básico de los derechos fundamentales de toda persona en el Ordenamiento jurídico español” (ATC 2, de 13 de noviembre, FJ 2”).

17.- La educación inclusiva no está definida en el derecho de los derechos humanos. No obstante, el Comité de los Derechos del Niño ha adoptado una definición de esta expresión (véase el párrafo 17 del informe que consideramos).

“El Comité de los Derechos del Niño ha hecho suyo el concepto de la educación inclusiva como el conjunto de valores, principios y prácticas que tratan de lograr una educación cabal, eficaz y de calidad para todos los alumnos, y que hacen justicia a la diversidad de las condiciones de aprendizaje y las necesidades no solamente de los niños con discapacidad, sino de todos los alumnos”¹⁸

El Informe justifica la Educación Inclusiva en el mismo objetivo que antes apuntábamos: las personas con discapacidad no solo son parte de la sociedad en la que se integran, sino que benefician a esta, le aportan valor. Afirmar esto, sin más, como lo hace la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹⁹, puede parecer irreal cuando hablamos de un grupo de personas que ha venido experimentando, sufriendo, la segregación durante siglos, y en este sentido, el ámbito de la educación, el periodo de desarrollo de la personalidad que los niños realizan coincidiendo con su etapa escolar, puede ayudar de forma sustancial a vencer los estereotipos, a reconocer la propia dignidad, la valía personal del compañero de aula que, con o sin discapacidad, contribuye al rico caleidoscopio infantil, como un trasunto de la propia sociedad que representa la clase o el aula:

“La educación inclusiva es importante desde el punto de vista social porque ofrece una plataforma sólida para combatir la estigmatización y la discriminación. Un entorno de enseñanza mixto que incluya a las personas con discapacidad permite que se valoren sus contribuciones y que se afronten y eliminen progresivamente los prejuicios y las ideas erróneas

La materialización del derecho a la educación es una condición necesaria para la inclusión social y económica y la plena participación en la sociedad”²⁰.

18.- Apartado 17, que se remite al Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 1 (2001) sobre los propósitos de la educación.

19.- Apartado m) del Preámbulo: Reconociendo el valor de las contribuciones que realizan y pueden realizar con discapacidad al bienestar general y a la diversidad de sus comunidades...

20.- Apartado 8 del Informe.

El Informe tampoco ignora el papel que aquí venimos reivindicando para los padres en el ejercicio de este derecho, y así afirma que:

“En el Pacto se reconoce el derecho de los padres o tutores a escoger el tipo de escuela que conviene a sus hijos o pupilos, siempre que esta satisfaga unas normas mínimas en materia de enseñanza”.

E incluso recuerda, en una Nota a su texto que **“La obligación de los Estados de establecer sistemas educativos inclusivos no implica limitación alguna del derecho de los padres a decidir la estrategia educativa para sus hijos”.**

Realiza también el Informe una precisión que estimamos fundamental, sobre la que después habremos de volver cuando la confrontemos con pronunciamientos judiciales sobre la efectividad del derecho a la educación inclusiva. Se trata de establecer que la aportación de apoyos para la efectividad del derecho no constituye una cuestión opcional, ni aún un planteamiento que estar condicionado por disponibilidades presupuestarias, por cuanto aquellos forman parte no solo de la calidad de la educación ofrecida, sino de la propia validez del derecho que se ejercita. El Informe, en coherencia y aplicando los criterios establecidos por la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con Discapacidad, aborda esa cuestión desde concepto que la misma establece, de **ajustes razonables**, de manera que estos constituyen la aplicación necesaria que cada caso particular precise para garantizar el goce efectivo de este sustancial derecho humano, saliendo así al paso de cualquier interpretación que, desde posiciones de supuesto realismo, abogue por aplazar la efectividad cierta de los derechos por condicionantes económicos:

Es importante subrayar que, según la Convención, el hecho de no realizar esos ajustes razonables constituye discriminación por motivos de discapacidad y, por ende, queda prohibido con efecto inmediato. En virtud del artículo 24, párrafo 2 d) y e), los Estados partes están obligados a prestar el apoyo necesario y ofrecer medidas de apoyo personalizadas²¹.

21.- Apartado 21.

Y añade posteriormente:

*Los ajustes razonables están definidos en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad como una medida contra la discriminación que debe aplicarse con efecto inmediato²². El propósito de esta medida es garantizar que toda persona con discapacidad tenga acceso a la educación en el sistema existente en condiciones de igualdad con los demás. **El hecho de no realizar esos ajustes razonables constituye una violación de la Convención²³.***

Desciende el documento a dar información a los ámbitos educativos proporcionando valiosas pistas acerca de cuál debe ser la línea pedagógica a seguir, evitando la frecuente clasificación de alumnado por homologaciones que, finalmente, acaban siendo otra forma de discriminación que observamos con frecuencia en centros educativos españoles, en las aulas de educación especial de centros ordinarios, y aún en las aulas de centros específicos. En unas y otras se tiende a homogenizar el alumnado, de manera que un mismo profesor atiende, fundamentalmente, a alumnos, por ejemplo, con alteraciones del espectro autista, y otro atenderá a los que presentan prurideficiencias, y así iremos realizando catalogaciones que, en el fondo, parecen tener una justificación sanitaria. Frente a ello, el Informe establece que:

Una educación pertinente y significativa debe permitir el desarrollo de la autonomía, el autogobierno y la identidad adaptándose a las necesidades del estudiante. Ello implica dejar atrás la homogeneidad y adoptar la pedagogía de la diversidad.

La educación inclusiva requiere métodos de evaluación inclusivos. El aprendizaje cognitivo es un indicador de la educación de calidad, pero no es el único. Los métodos de evaluación deben basarse en los objetivos propuestos para la educación y tener en cuenta las distintas dimensiones que definen una educación de calidad²⁴.

22.- Véase, por ejemplo, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, observaciones finales en relación con el informe inicial de España, CRPD/C/ESP/CO/1, párr. 44, que veremos con más detalles más adelante.

23.- Apartado 42

24.- Apartados 32 y 34.

También más allá dejará establecido concepto de apoyo, al que vuelve una y otra vez la Convención, como instrumento que facilita el ejercicio de los derechos reconocidos, y así establece:

El apoyo puede adoptar distintas formas, aunque siempre debe considerar las necesidades individuales.

Existen numerosas medidas de apoyo basadas en planes personalizados de educación que van desde medios técnicos compensatorios, medios didácticos auxiliares y tecnología de la información y auxiliar hasta procedimientos educativos especiales. Una de las medidas más importantes es la designación de un asistente para la enseñanza, compartido o exclusivo, dependiendo de las necesidades del estudiante²⁵.

Concluye, finalmente el documento con varias observaciones, de entre las que destacamos la valoración global del modelo de educación inclusiva:

La educación inclusiva es fundamental para conseguir la universalidad del derecho a la educación, también para las personas con discapacidad. Solo los sistemas educativos inclusivos pueden ofrecer a la vez educación de calidad y desarrollo social a esas personas. La educación inclusiva implica algo más que trasladar a los estudiantes con discapacidad a las escuelas ordinarias: significa lograr que se sientan acogidos, respetados y valorados. La educación inclusiva se basa en valores que refuerzan la capacidad de toda persona para alcanzar sus objetivos y considera la diversidad como una oportunidad para aprender. Los estudiantes con discapacidad requieren apoyo adecuado para participar en condiciones de igualdad con los demás en el sistema educativo. Las escuelas convencionales deben ofrecer un entorno que potencie al máximo el desarrollo académico y social²⁶.

Y, remarca esa condición no disponible de la efectividad de los derechos que reconoce:

25.-Apartados 46 y 48.

26.-Apartado 68.

*A través de leyes de educación inclusiva, los Estados deben crear bajo los auspicios del respectivo Ministerio de Educación un sistema educativo inclusivo que prohíba el rechazo en las escuelas convencionales por motivos de discapacidad y prevea ajustes razonables. **Las escuelas necesitan contar con fondos suficientes, pero la falta de recursos no debe servir de base para denegar a los estudiantes con discapacidad el ejercicio del derecho a la educación**²⁷.*

IV. LA PARTICIPACIÓN DE LOS PADRES EN EL PROCESO DE ESCOLARIZACIÓN DEL ALUMNO CON NECESIDADES EDUCATIVAS ESPECIALES

Es abundante la bibliografía existente sobre la participación de los padres en la vida de la comunidad educativa. De todo el material existente encontraremos que el modelo educativo pretendido, el aducido como horizonte, es aquel en el que los padres y madres de los alumnos desarrollan papeles activos en la propia comunidad educativa; se les garantiza un derecho efectivo de participación, de colaboración, de cooperación entre las distintas esferas de formación del niño, la que se le ofrece en el centro escolar, y la más amplia que el menor recibe en el ámbito familiar. Se ofrece como modélico el centro que ha sabido articular mejor esos ámbitos efectivos de participación, y que adecuaba incluso su estructura para conseguir esto de forma más cierta y efectiva²⁸.

Hay, además, otra razón básica, elemental, si se quiere, para justificar la necesidad de la participación de los padres en las decisiones que afecten al devenir educativo de un alumno, especialmente, de un alumno respecto del que se adoptan decisiones relevantes en ese devenir, porque se ha determinado la existencia de necesidades educativas especiales. La familia

27.- Apartado 71. Conclusión y recomendación final.

28.- (...) más allá de la mera representación en órganos formales, para hacer que la democracia funcione, se precisa crear una comunidad cívica entre familias y centros escolares. Mejor aún, estos últimos funcionan si tienen como contexto ecológico dicha comunidad (...) todo induce a pensar que construir la capacidad para desarrollar una implicación de las familias con los centros y que éstos incrementen su capital social requiere alterar la estructura tradicional de las escuelas. Garrota, J. (2008). La participación de las familias en la escuela pública. Las asociaciones de madres y padres de alumnos. Madrid: CEAPA.

de una persona con discapacidad ha pasado por una evolución que ha sido descrita en reiteradas ocasiones²⁹, y que obliga a acomodarse a una nueva situación que, a menudo, supone una ruptura de proyectos y dibujos personales con los que nuestro hijo no parece encajar. Asumida la situación, o al menos, integrada, los padres adquieren también a menudo una posición activa, que reacciona ante las dificultades sociales, que reivindica y actúa ante lo que ya ellos experimentan como lesiones a los derechos de sus hijos, discriminaciones infundadas ante las necesidades de aquel por quien ahora ellos experimentan una nueva motivación, una especial legitimación³⁰.

Podríamos citar como ejemplo de lo que venimos expresado la publicación del Ministerio de Educación, “*Actuaciones de éxito en las Escuelas Europeas*” nº. 9, proyecto INCLUD-ED³¹, que recoge una iniciativa de investigación, realizada en el marco del VI Programa para la Investigación, de la Comisión Europea, Dirección General de Investigación, en el que participaron varias universidades y centros educativos de diferentes países de la U.E., en el que

29.- Parece especialmente gráfica y expresiva la que realiza Sarto: *El nacimiento de un hijo con discapacidad supone un shock dentro de la familia. El hecho se percibe como algo inesperado, extraño y raro, que rompe las expectativas sobre el hijo deseado. Durante toda la etapa anterior al nacimiento, en la fase del embarazo, lo normal que es los futuros padres tengan sus fantasías sobre el hijo; imágenes físicas y características del nuevo ser que se incorporará al núcleo familiar. A lo largo de los nueve meses (y en ocasiones, antes ya) esas expectativas se han ido alimentando esperando con ansia el momento del nacimiento. La pérdida de expectativas y el desencanto ante la evidencia de la discapacidad (o su posibilidad), en un primer momento va a ser demoledor; es como si el futuro de la familia se hubiera detenido ante la amenaza. La comunicación del diagnóstico de la discapacidad, la inesperada noticia, produce un gran impacto en todo el núcleo familiar; la respuesta y reacción de la familia cercana a los dos progenitores, abuelos y hermanos va a contribuir a acentuar o atenuar la vivencia de la amenaza que se cierne sobre su entorno.* Sarto, M. P. (2001, febrero). Familia y discapacidad. Ponencia presentada en el III Congreso La atención a la diversidad en el sistema educativo, Salamanca, España

30.- Tiene especial interés en esta materia el trabajo de GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO, J.J., *La Familia Discapacitada*, Edit. Fundamento, Madrid, 2007, que, en su página 8 establece que: La discapacidad compartida en la misma casa incrementa la potencia y capacidad de la institución familiar sobre todos los implicados hasta niveles poco frecuentes hoy en día. Como decía Ferdinand Tönnies, la casa constituye la sede y el cuerpo del parentesco. Las personas viven juntas bajo un techo protector, comparten en ella las posesiones y los placeres. Y, más adelante, en la página 17, indica: “la labor de la familia va más allá: en una auténtico factor terapéutico cuando cualquiera de sus miembros es afectado por una discapacidad física, económica o social que estigmatiza.”

31.- Accesible en: <http://www.nesetweb.eu/sites/default/files/actuaciones-de-exito-en-las-escuelas-europeas.pdf>

se establece que: *“Finalmente, se constata que la participación de las familias en el centro escolar juega un papel decisivo en la educación de niños y niñas con discapacidades. En este tipo de alumnado, la implicación familiar tiene un impacto decisivo”*. Sus investigadores identifican cinco formas de participación de las familias en el ámbito educativo, en función del área y nivel en el que intervienen: participación informativa, consultiva, decisoria, evaluativa y educativa.

La realidad, sin embargo, como veremos, es que, ante las decisiones a adoptar en momentos claves para la escolarización del alumno con necesidades educativas especiales, al inicio de esta, y, especialmente, en los cambios de ciclo educativo, determinación de modelos de atención educativa, que suponen mayor o menor efectividad de la inclusión educativa (cuando esta no es abiertamente negada o rechazada optando por modelos segregadores), la participación de los padres suele estar relegada a una posición meramente pasiva, en la que son los profesionales, legitimados desde la norma legal, o finalmente, refrendo su decisión en forma de resoluciones administrativas, quienes adoptan la decisión y, en todo caso, a los padres corresponde solo, en todo este proceso, ser a lo sumo oídos, pero sin que su decisión sea vinculante para la administración que, finalmente, determina el proceso. Es lo que algún autor ha denominado un “Modelo de Experto”³².

No podemos ahora realizar un análisis exhaustivo de la normativa autonómica sobre esta materia, pero, por ejemplo, podemos citar, como un modelo muy extendido, el establecido en la Orden foral 93/2008, de 13 de junio, del Consejero de educación por la que se regula la atención a la diversidad en los centros educativos de educación infantil y primaria y educación secundaria de la Comunidad foral de Navarra, cuyo artículo 13.3 reserva al padre/madre,

32.- *“Sigue prevaleciendo un modelo de experto en el que los profesionales son los que determinan los objetivos y necesidades educativas de los niños con TEA. Esto se lleva a cabo sin contar con la necesaria aportación de las propias familias en la construcción conjunta del programa educativo. Esto conlleva la infravaloración del conocimiento que ellas mismas tienen de sus propios hijos y de las necesidades o estilos de aprendizaje que estos presentan, siendo colocadas en un nivel inferior respecto a las decisiones que pueden tomar sobre la educación de sus hijos”*. Rocío Domínguez Hernández. BARRERAS PARA LA PARTICIPACIÓN DE LAS FAMILIAS DE ALUMNADO CON TRASTORNO DEL ESPECTRO AUTISTA EN CENTROS PREFERENTES. U.C. Madrid. Facultad de Ciencias de educación. Máster Universitario en Estudios Avanzados en Educación Infantil. Septiembre 2014

la única opción de recibir información sobre la propuesta, lo que debe hacerse constar con sus firmas, pero sin que estas tengan otra finalidad que la de acreditar que se ha ofrecido esa información. Esta es, en buena medida, una norma generalizable, o aplicable con carácter general, a la mayor parte de la normativa de las comunidades autónomas.

V. EL EXAMEN DEL INFORME PRESENTADO POR ESPAÑA ANTE EL COMITÉ DE DERECHOS DE LA CONVENCION. SEPTIEMBRE DE 2011, Y SU REPROCHE A ESPAÑA POR ESTE MOTIVO

Como conocemos, el art. 35 de la Convención establece la necesidad de que los Estados firmantes presenten periódicamente informes, ante el Comité de Derechos de aquella, sobre la aplicación de la propia Convención en su realidad nacional.

Ciertamente esta es una obligación que los Estados asumen y que genera una completa información, no solo de la situación de las personas con discapacidad y de la efectividad de sus derechos en todo el contexto internacional, sino, muy especialmente, respecto de los criterios que el Comité considera como de aplicación auténtica respecto de cada uno de los principios que aquella proclama. El estudio de los informes nacionales proporciona así una suerte de Jurisprudencia, emanada del órgano de interpretación auténtico, que nos permite conocer cuál es la posición hermenéutica más acorde con el espíritu de la Convención al aplicar cada uno de sus principios y derechos.

En esta línea, España, que fue uno de los primeros firmantes del Tratado, fue también uno de los primeros países que hubieron de efectuar el indicado examen que se realizó en Septiembre de 2011, participando en el mismo tanto el Gobierno, y las instituciones de este que tenían competencia en materia de discapacidad, con la participación de CERMI, organismo independiente designado para supervisión el seguimiento de la Convención en España.

Al realizar el análisis relativo a la aplicación del artículo 24, el Comité, siguiendo en su Informe³³ el mismo esquema que aplica a todos los Estados partes en

33.- Accesible en: http://www.convenciondiscapacidad.es/Informes_new/III%20%20INFOR-

dicho trámite, felicita, primero, al Estado por las mejoras introducidas, pero realizó varios reproches sustanciales, algunos de ellos, dirigidos, con total claridad al hecho de que la legislación nacional (no se le trasladó a aquel el contenido de la normativa emanada por las distintas comunidades autónomas sobre materia de escolarización de alumnos con discapacidad, en uso de sus competencias, sino solo lo establecido en la L.O. 2/2006), no asegura un papel activo, en la adopción de decisiones de escolarización, a los padres, que todo lo más, tienen contemplado un mero, y pasivo, derecho a ser informados respecto de lo que los expertos, que finalmente serán refrendados por la administración educativa, establecen en relación con el futuro de su hijo.

Así, señala:

Preocupa al Comité la aplicación de esas leyes en la práctica, habida cuenta de que, según se informa, hay casos en que no se ha proporcionado a los alumnos un acomodo razonable, en que continúan la segregación y la exclusión, en que se han aducido argumentos económicos para justificar la discriminación y en que se ha matriculado a niños en programas especiales de educación contra la voluntad de sus padres³⁴.

Como ya se apunta en el apartado transcrito, y veremos nuevamente en los siguientes, el Comité identifica no solo a la existencia de una legislación que permite la escolarización en modalidades no inclusivas, sino, en lo que a nuestro estudio se refiere, la escasa incidencia que, tanto en el proceso como en la decisión final, se atribuye a los padres que, como apuntábamos, son solamente informados, de lo que establece en el Informe de Escolarización, e incluso de la decisión que finalmente se adopta, contra la que solo podrán ejercitar después las correspondientes vías de oposición en el ámbito administrativo y judicial, contencioso-administrativo, pero, y esto es fundamental, partiendo de que la decisión administrativa ya está adoptada, y es aplicada, y, salvo que el tribunal que, en su caso, conozca del recurso que pueda interponerse, admitiese la procedencia de la suspensión del acto administrativo lo que, en puridad, viene teniendo un carácter casi excepcional.

[ME%20DDHH%202011%20def.pdf](#)

34.-Apartado 45 del Informe.

Choca, pues, el posicionamiento del Comité de Derechos, y el serio reproche que el mismo hace al estado español en esta materia, con la realidad que continua estableciendo la legislación aplicable y con la tenacidad de la posición que cotidianamente siguen estableciendo las administraciones educativas en esta materia. Y choca especialmente que el Gobierno no trasladase al Ministerio de Educación, y este a las Consejerías autonómicas, este reproche, para evitar que, pese a todo, se mantenga la situación denunciada, como evidencia el hecho de que lo regulado al respecto de la citada L.O. 2/2006 no haya sido tocado por las modificaciones operadas en el texto de esta por la más reciente L.O. 8/2013, de 9 de Diciembre³⁵.

A continuación, y agotando así el análisis de esta materia, el Comité establece:

El Comité reitera que la denegación de un acomodo razonable de los alumnos constituye discriminación y que la obligación de proporcionar un acomodo razonable a los alumnos es de aplicación inmediata y no está sujeta a la realización progresiva. El Comité recomienda al Estado parte que:

- a) Redoble sus esfuerzos por proporcionar a los alumnos un acomodo razonable en la educación, asignando recursos financieros y humanos suficientes para aplicar el derecho a la educación integradora, prestando especial atención a la evaluación de la disponibilidad de profesores con calificaciones especializadas y velando por que los departamentos de educación de las comunidades autónomas comprendan las obligaciones que les impone el Convenio y actúen de conformidad con las disposiciones de este;**
- b) Vele por que las decisiones de colocar a los niños con discapacidad en escuelas especiales o en clases especiales, o para ofrecerles un plan de estudios reducido, se adopten en consulta con los padres;**

35.- Es significativo lo aportado por la Ley 14/2010, de derechos y oportunidades de la Infancia y Adolescencia, en Cataluña, cuyos artículos 42 y 50, establecen el derecho a una educación inclusiva plena, sin excepciones: 42.1. Los niños y los adolescentes con discapacidades tienen derecho a una escolaridad inclusiva y con el apoyo necesario para potenciar el máximo desarrollo académico, personal y social. Asimismo, deben tener la oportunidad de disfrutar de una vida plena y respetable, con unas condiciones que les permitan alcanzar una vida social, escolar inclusiva y laboral de calidad y en igualdad de oportunidades y que les faciliten la participación activa en la comunidad.

- c) **Vele por que los padres de niños con discapacidad no estén obligados a pagar por la educación o por las medidas encaminadas a proporcionar a los alumnos un acomodo razonable en las escuelas tradicionales;**
- d) **Vele por que las decisiones sobre la colocación de los niños en marcos segregados puedan ser objeto de apelación rápida y eficazmente.**

De lo transcrito, se evidencia el interés, en lo que aquí importa, de salvaguardar un papel activo, participativo, de los padres, en el proceso, tanto del acceso a la escolarización, como en el de los cambios que durante esta se planteen. No es, pues, admisible, o al menos ha quedado denunciada, reprochada con claridad, por parte de aquel que vimos, constituye órgano auténtico de interpretación del Tratado, la adopción de una decisión que es abordada, bien por insuficiencia de recursos, por falta de medios, personales o materiales; por apoyos insuficientes; cuando no por conveniencias de homogenización del alumnado, o por imponer criterios de expertos que no siempre son coincidentes con los de quienes mantienen un contacto más estrecho y cotidiano con el alumno.

No pretendemos, sostener que la decisión de los padres sea siempre la correcta, pero tampoco es admisible un posicionamiento despótico, tecnocrático, en el que la aplicación del principio del interés superior del menor se traduce, realmente, en presumir que quienes aplican ese principio de forma auténtica son los expertos, lo que supone dejar establecido que los padres no son rigurosos, son parciales, protectores y carecen de un criterio objetivo, puesto que este es, obviamente, monopolio de los profesionales y de la administración que los legitima y, finalmente, refrenda.

Los padres, como los profesionales, se podrán equivocar, pero de un lado, no debiera ignorarse que, como vimos, la mejor ecuación en este ámbito ha de formularse sosteniendo la conveniencia de una relación estrecha padres/educadores, de una colaboración fructífera, en la que se comparta el interés, la información, y el abordaje.

Y finalmente, en cualquier caso, dado que hablamos de decisiones especialmente sensibles, se hace preciso establecer un sistema garantista, fundado,

tanto en el principio superior del interés del menor, como, también, en el derecho a la tutela judicial efectiva de las legítimas posiciones de los padres, que les permita a estos formular reclamaciones, con eficacia y la necesidad celeridad, primero ante la administración educativa y el propio centro que adopte las decisiones y después, en su caso, ante la autoridad judicial.

Finalmente, puede ser de interés reseñar que también al evacuar el informe correspondiente a Argentina³⁶, como en el caso español, el Comité expresa su preocupación por el elevado número de alumnos que aún son atendidos en escuelas especiales, así como por la falta de centros y recursos que apoyen la inclusión educativa de estudiantes con discapacidad.

VI. LAS POSICIONES DE LOS TRIBUNALES SOBRE EL DERECHO DE LOS PADRES Y EL DE LOS ALUMNOS, A ACCEDER A UNA EDUCACIÓN INCLUSIVA

No son muchas las resoluciones judiciales dictadas en esta materia, y, específicamente, en aplicación de los criterios de escolarización inclusiva que establece el artículo 74 de la citada L.O. 2/2006, y hemos de reconocer buena parte de ellas, hay que significar que hacen uso de la vía de excepción que el propio precepto legal indicado contiene, para matizar que, reconocido el derecho a la educación inclusiva; es decir, aún sosteniendo que el derecho a la educación de las personas con discapacidad supone un expreso derecho a la educación inclusiva, se aduce después, que no estamos ante un derecho absoluto, para hacer así uso, con más generosidad y habitualidad de lo que quisiéramos, del cauce excepcional que la ley le asigna, y derivar la escolarización a centros específicos lo que en la práctica supone someter el principio general antes enunciado a tales condicionamientos que acabe careciendo de efectividad.

Entiendo que hay un doble motivo para esta línea jurisprudencial: de un lado, y sobre todo, la falta de un conocimiento adecuado en esta materia.

36.- Observaciones finales sobre el informe inicial de Argentina, aprobadas por el Comité en su octavo período de sesiones.(17 a 28 de septiembre de 2012).

Como he oído recordar a veces a PÉREZ BUENO L, las personas con discapacidad padecen una situación de discriminación de siglos. Tan prolongada y tan incuestionada, que casi es cultural. De ahí que quien no se acerca a la discapacidad desde una posición de promoción de la autonomía, lo hace a menudo desde esa cierta posición de superioridad, y de proteccionismo benéfico que ha justificado durante siglos cualquier intervención. Ese posicionamiento permite explicar que, cuando unos padres interesan de los tribunales que se defienda el derecho a la educación inclusiva de su hijo con discapacidad, y la administración alega que la atención escolar de aquel alumno le hace precisar de especiales recursos, el juzgador comparta fácilmente las tesis de la administración, y entienda, benévola, que una clase, que no responda a otros criterios que los habituales de reunir compañeros de la misma edad, no es el lugar adecuado para niños con discapacidad intelectual, con trastornos del espectro autista, o con plurideficiencias.

Y otro motivo, que quizás podríamos barruntar para explicarnos esa posición inicialmente favorable, aún judicialmente y pese al marco constitucional indicado³⁷, sería también la falta de un conocimiento exhaustivo, adecuado, de la legislación de derechos humanos que afecta a la materia, del nivel de superioridad jerárquica que la Convención ha supuesto al situar el derecho a acceder a un “sistema de educación incluso a todos los niveles” (como establece su art. 24), en el fundamental nivel de los derechos humanos.

Por el contrario, hacerlo sería reconocer que el mismo no admite condicionamientos. Absurdo sería pensar que la protección, por ejemplo, del derecho a la libertad de expresión, pudiese condicionarse por la falta de medios, de manera que se justificase su limitación, o la imposibilidad de su uso por un ciudadano, porque para ejercerlo el estado precisa gastar unos recursos que se le antojan excesivos a quien los administra o a quien le corresponde tutelarlos.

Este exagerado ejemplo, sirve, sin embargo, como benévola metáfora para acercarnos a la paradoja de que el Tribunal Constitucional haya dictado la Sentencia nº. 10, de 2014, de 27 de Enero de 2014, en la que deniega el

37.- Como veremos seguidamente, los artículos 14, 27 y 49 de la Constitución Española, proclaman el derecho a la educación de las personas con discapacidad como un derecho básico, que aún se eleva al considera lo que establece en su art. 24 la Convención, incluida también en el marco de los derechos fundamentales.

Recurso de Amparo de unos padres, que instaban el reconocimiento del derecho a la educación inclusiva de su hijo con tres años, y que padece lo que la administración reitera es un “trastorno grave del espectro autista”, que, según esta, le hace precisar de “una atención individualizada y constante del profesor en pequeño grupo (máximo 4 alumnos), por lo que la escolarización ha de realizarse en un Centro Específico de Educación Especial”. Y es una paradoja, o una contradicción más que aparente, porque el TC, en el FD 4º de la referida Sentencia, al analizar el supuesto a la luz del derecho constitucional, deja establecido que el marco que supone la aplicación de los artículos 14, 27 y 49 de la Constitución, interpretados, a su vez, por el cauce establecido en el art. 10.2 de la misma, a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, conduce necesariamente a la conclusión de que:

“De la normativa anterior se desprende como principio general que la educación debe ser inclusiva, es decir se debe promover la escolarización de los menores en un centro de educación ordinaria, proporcionándoseles los apoyos necesarios para su integración en el sistema educativo si padecen algún tipo de discapacidad”

Pero, pese a dejar así de clara la cuestión, a continuación, el TC, transforma ese criterio que ahora queda devaluado, de manera que la aplicación de aquel principio general, puede quedarse en mera “tendencia” cuya aplicación efectiva admite excepciones, precisamente aquellas en la que “*los ajustes que deba realizar para dicha inclusión sean desproporcionados o no razonables, podrá disponer la escolarización de estos alumnos en centros de educación especial*”.

De esta manera el TC (apartándose, por cierto del criterio del Ministerio Fiscal que había abogado por la inconstitucionalidad de aplicar esa consideración al fin restrictiva, en el ejercicio de lo que se ha reconocido como un derecho básico) lo que exige de la administración, para entender como acorde con los principios constitucionales citados su decisión, es solo que lo explique, que lo motive, es decir, “*exteriorizar los motivos por los que ha seguido esta opción, es decir por qué ha acordado la escolarización del alumno en un centro de educación especial por ser inviable la integración del menor discapacitado en un centro ordinario*”

Se entiende así que de dos de los magistrados compartan un voto particular en el que discrepan de la decisión del resto del tribunal, y en el que sostienen que:

Estando detrás de la motivación de la resolución impugnada el derecho a la educación de un menor discapacitado, debe exigirse un plus de motivación que hace referencia a exigencias de orden cualitativo y no cuantitativo en la motivación y ponderación de las circunstancias de cada caso concreto, más aún cuando la discapacidad sufrida por el menor cuya escolarización se pretende, le hace titular de una situación especialmente protegida, no sólo por la Convención antes citada sino, especialmente, por el art. 49 de la Constitución. Cuando la Constitución ha incluido como derecho fundamental el derecho a la educación, en el núcleo de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, su contenido no puede ser desvirtuado sin que se expliciten las detalladas y relevantes razones, por la simple alegación de las dificultades de hacer efectivo dicho derecho social. En definitiva, comparto la postura del Ministerio Fiscal que entendió en trámite de alegaciones, lesionado el principio de igualdad, en relación con el derecho a la educación.

Con todo respeto, nos parece más acorde con el derecho constitucional la posición sostenida en los votos discrepantes, que la aprobada por la mayoría que, al condicionar el ejercicio de un derecho que reconoce como básico, facilita su infracción o incumplimiento. Frente a esta posición es de gran interés la sentencia del TS, Sala 3ª, de 9 de Mayo de 2011: que admite el recurso formulado por padres de alumnos con trastorno del espectro autista que actúan frente a la administración educativa valenciana porque esta no aseguraba los apoyos precisos para sus hijos, lo cual pone en quiebra el propio derecho básico a la educación que a aquellos asiste, y establece:

Porque, ciertamente, es singular la situación de los niños con TEA. Por padecerlo se encuentran en una posición de desigualdad de partida que les hace acreedores de una respuesta de las Administraciones educativas adecuada a sus necesidades, bien particulares. No es la suya, por tanto, una situación comparable a la de los ciudadanos frente a los que, en principio, cabe hacer valer límites a sus pretensiones

como los que menciona la sentencia. En este caso, los poderes públicos deben hacer frente a una exigencia cualificada desde el punto de vista constitucional: la propia del derecho a la educación del artículo 27 de la Constitución EDL 1978/3879 , reforzada por el principio de protección de los discapacitados que enuncia su artículo 49 y, sobre todo, por el mandato de su artículo 9.2 de remover los obstáculos a una plena igualdad solamente satisface lo mínimo (tamaño del aula, personal) y, al desviar a un juicio de legalidad la decisión sobre si se cumplían o no los requisitos legalmente establecidos para este tipo de educación especial, desconoce que su infracción puede ser relevante desde del punto de vista constitucional.

No sólo no se han observado las exigencias legales sino que difícilmente puede decirse que se haya respetado el derecho fundamental a la educación ofreciendo a los niños a los que se refiere el recurso un tratamiento acorde con la situación de desigualdad de partida en que se encuentran.

En línea similar, y enfatizando más aún en la obligatoriedad que supone la necesaria observación del derecho a una educación inclusiva, podemos citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Castilla la Mancha, 5 de Marzo de 2012, que aplica la Ley O. 2/2006, a la luz de la Convención, y considera que el Dictamen de escolarización que determina que la remisión del alumno a un Centro de Educación Especial cercena su derecho a una educación inclusiva con los apoyos necesarios.

Y en posición similar, están las sentencias del TSJ Aragón 18 de Mayo de 2011, del mismo tribunal de 14 de Octubre de 2013, que también mantiene que la L.O. 2/2006, y la convención, obligan a sostener los recursos, y garantiza una educación inclusiva.

Hay también varias sentencias de Tribunales superiores, en las que se sostiene el derecho de los padres a participar en el proceso de decisión del modelo de escolarización de sus hijos. Es ilustrativa, en este sentido, la dictada por el TSJ de Canarias, de 9 de Junio de 2011 que anula orden del Gobierno insular dictada precisamente para regular actuaciones de valoración y decisión en alumnos de sobredotación, porque excluye la participación de los padres:

En cuanto a la falta de participación activa de los padres y de audiencia de los menores, ciertamente, se echa de menos en la regulación de la Orden alguna mención a algún trámite en que se dé participación a los padres, aparte de las meras autorizaciones para hacer exploraciones de los menores o de ejecutar la decisiones adoptadas por los miembros de la Consejería de Educación, antes de llegar a esas decisiones debía oírse la opinión de los padres y, ciertamente, también de los menores, sin que sean vinculantes en modo alguno, pero un mínimo principio de audiencia así lo requiere la falta de audiencia previa de los alumnos implicados y de sus padres o tutores supone una vulneración del derecho de los padres reconocido en la vigente Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (arts. 1 y 2, principios y fines; arts. 71 y 72, y 118), la falta de audiencia previa a los padres y tutores y a los alumnos vicia totalmente el contenido y desarrollo de la orden, los trámites y medidas en ella previstos, sin dicha audiencia previa no pueden estimarse como válidos, lo cual determina la estimación del recurso en términos generales.

En esa línea, la Sentencia del TSJ de Cantabria, 12 de febrero de 2009, determina la aportación valiosa, y por ello necesaria, de los padres en el proceso, rechazando que pueda que lo adoptado al efecto pueda tratarse de meras decisiones graciables de la administración, puesto que lo que se ventila es la aplicación de un derecho fundamental, y por ello, ha de seguirse un procedimiento con todas las garantías debidas:

En este contexto es en el cual ha de ser analizada la regulación de la cuestión planteada, escolarización de un menor con necesidades educativas específicas. Normativa que se recoge tanto en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación como en el Decreto autonómico 98/2005, de 18 de agosto, de ordenación de la atención a la diversidad en las enseñanzas escolares y la educación preescolar en Cantabria. Textos que se han visto reforzados, efectivamente, por los compromisos internacionales adquiridos por España a través del posterior Instrumento de ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, cuya entrada en vigor no se produjo sino una vez se publicó en el BOE de 21 de abril de 2008 y se dio cumplimiento

a los requisitos establecidos en su artículo 45. Si bien no resulta aplicable, ratione temporis, sí revela la consideración que España tiene en torno a la escolarización de un menor con necesidades educativas específicas. La Convención lo es de «derechos» de las personas con discapacidad, y los Estados parte reconocen a éstas, entre otros, el de educación (artículo 24), comprometiéndose a asegurar que el mismo sea «efectivo» a través de diferentes medidas que la Convención concreta. La actuación administrativa no parece ser, en este contexto, graciable sino que, por el contrario, ha de ajustarse a los principios, directrices y criterios que se recogen en el texto. Y son éstos los que sirven de reglas del control de la Administración para evitar que su actuación resulte arbitraria o irracional.

La normativa interna apunta en el mismo sentido. La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación impone en su artículo 74 la obligación de las Administraciones educativas de disponer de «los medios necesarios para que todo el alumnado alcance el máximo desarrollo personal, intelectual, social y emocional, así como los objetivos establecidos con carácter general en la presente Ley», correspondiendo a las mismas «asegurar los recursos necesarios para que los alumnos y alumnas que requieran una atención educativa diferente a la ordinaria, por presentar necesidades educativas especiales, por dificultades específicas de aprendizaje, por sus altas capacidades intelectuales, por haberse incorporado tarde al sistema educativo, o por condiciones personales o de historia escolar, puedan alcanzar el máximo desarrollo posible de sus capacidades personales y, en todo caso, los objetivos establecidos con carácter general para todo el alumnado». Al efecto, «establecerán los procedimientos y recursos precisos para identificar tempranamente las necesidades educativas específicas de los alumnos y alumnas a las que se refiere el apartado anterior» la pretensión ejercitada en el caso concreto engarza con derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, como el de educación e igualdad. De ahí que la jurisprudencia menor, partiendo de esta potestad de la Administración, cuando somete a control las resoluciones en materia de escolarización de alumnado con necesidades educativas específicas, reconozca el derecho a que éstas se adopten en el seno de un procedimiento seguido con todas sus

garantías. Entre ellas, la de audiencia y prueba aquí negadas so pretexto de tratarse de una cuestión «graciable» (por todas, TSJ de Aragón, sec. 3ª, 22-4-2002, núm. 347/2002, rec. 1612/).

Por último, podemos citar, pese tratarse de una sentencia de primera instancia, la dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 17 de Barcelona, de fecha 25 de Septiembre de 2014³⁸, que nuevamente, al repasar el marco legal al que se refiere el derecho constitucional a la educación, protegido, además, por lo dispuesto en la Convención, llega, necesariamente, a la conclusión de que esta “*ha de ser inclusiva, es decir, se debe promover la escolarización de los menores en un centro de educación ordinaria, proporcionándoseles los apoyos necesarios para su integración en el sistema educativo si padecen algún tipo de discapacidad. En definitiva la Administración educativa debe tender a la escolarización inclusiva de las personas discapacitadas y tan solo cuando los ajustes que deba realizar para dicha inclusión sean desproporcionados o no razonables podrá disponer la escolarización de estos alumnos en centros de educación especial. En este último caso, por respeto a los derechos fundamentales y bienes jurídicos afectados.... Dicha administración deberá exteriorizar los motivos por los que ha seguido esta opción ... por ser inviable la integración del menor discapacitado en un centro ordinario*”:

VII. MAS SOBRE LA NECESARIA INTERVENCIÓN ACTIVA DE LOS PADRES EN EL PROCESO DE ESCOLARIZACIÓN DE SUS HIJOS CON DISCAPACIDAD. UN CASO PARTICULAR: LA NUEVA REGULACIÓN ESTABLECIDA EN ESTA MATERIA POR LA ADMINISTRACIÓN EDUCATIVA ANDALUZA

He intentado dejar clara mi opinión opuesta a cuantas regulaciones autonómicas en esta materia relegan la intervención de los padres, tanto en el momento inicial de la escolarización, como incluso con más frecuencia, en las revisiones posteriores operadas bien, a petición de profesores o tutores³⁹,

38.- que, además, aplica criterios propios de la Convención, como el de ajustes razonables, que podría ser un criterio fundamental para resolver situaciones como las que consideramos.

39.- Con excesiva y elocuente frecuencia suelen coincidir con situaciones de cambio en el profesorado que atiende al alumno con discapacidad.

bien en los cambios de ciclo y por mor de la decisión “superior” del personal docente o de los técnicos de orientación, a una mera información o audiencia.

La realidad es que los padres suelen experimentar en ese momento una situación de franca inferioridad: los profesores y técnicos manifiestan saber más y mejor de su hijo/a, de sus posibilidades y de sus necesidades, y como ya señalábamos, a menudo devalúan las consideraciones de los padres, cuando no coinciden con las de aquellos, por considerarlas parciales, y, subjetivas. El fondo es que el afecto les impide ser realistas, que es, por el contrario, la posición que se atribuyen aquellos.

Habría que recordar que aceptar hoy la discapacidad de los hijos a menudo convierte a los padres en una suerte de padre-madre/coraje, que lucha continuamente por promover la autonomía de su hijo, por desarrollar sus potencialidades, y que, por eso, busca y conoce toda clase de terapias, y de ayudas profesionales; que, en definitiva, en pocas ocasiones mantienen una posición pasiva respecto de la evolución de su hijo con discapacidad⁴⁰.

Eso explica a menudo la situación de enfrentamiento que apuntábamos, de crisis en la necesaria cooperación entre profesores y padres, cuando ambos actores no comparten el modelo de actuación o defienden futuros y modelos de escolarización distantes para el alumno/hijo.

Sostengo, como hemos visto, que la cuestión no puede resolverse simplemente “informando” a la familia, o presentándoles a la firma un documento del que resulta que, efectivamente, les han “proporcionado información” sobre la decisión adoptada respecto de su hijos o la propuesta efectuada.

Y entiendo que esa práctica, extendida casi homogéneamente en toda la normativa autonómica sobre la materia, es contraria a los derechos de los hijos y de los padres, y como tal fue expresamente reprochada por el Comité de Derechos de la Convención, como hemos visto en el apartado correspondiente.

40.-GARCÍA DE A CRUZ HERRERO, J.J., Op. Cit: una expresiva metáfora musical para indicar el funcionamiento activo de toda la familia ante la necesidad de ayuda o protección de un miembro con discapacidad: la presencia de una persona dependiente en el ámbito familiar demanda una re-orquestación de toda la partitura, lo que requiere una profundización en el “nosotros” –familiar- de alto calado y con unas exigencias de afinación muy exigentes.

Esta puede ser, en sí, una conclusión básica de esta modesta colaboración. Por eso me parece interesante reseñar, sin perjuicio de valorar su eficacia y su certeza en su aplicación cotidiana, el cambio introducido, al menos por la Consejería de Educación de Andalucía, en las recientes Instrucciones de la misma, de 22 de Junio de 2015⁴¹.

Las instrucciones tienen un carácter global, ambicioso, con ánimo de exhaustividad. No es objeto de este trabajo considerar íntegramente su prolijo contenido, por lo que nos centraremos fundamentalmente en el hecho de que se prevea establecer un marco de colaboración entre los profesores/orientadores y la familia, se recabe de esta la información precisa del alumno, en el ámbito familiar y se incorporen los documentos o informes, exteriores al espacio propiamente escolar, y de que, finalmente, se deje establecido un procedimiento para hacer constar la disconformidad de la familia, y para resolverla.

En lo que aquí importa, la norma intenta, efectivamente, establecer un espacio de colaboración, de aportación de información mutua, que facilita que la familia pueda aportar documentos e informes exteriores, e incluso *“se contempla la participación de otros agentes externos al sistema educativo que pueden aportar información relevante para la identificación de las necesidades y el ajuste de la respuesta educativa. En este sentido, se tendrá en cuenta, como información complementaria, la procedente de los servicios de salud pública, servicios sociales comunitarios, unidad de salud mental infanto-juvenil, centro de atención infantil temprana, asociaciones, entidades sin ánimo de lucro o entidades de carácter privado que pudiesen intervenir con el alumno o la alumna. La familia aportará o autorizará el acceso a esta”*⁴².

Prevé, así mismo que la familia pueda manifestar su desacuerdo con la realización de la evaluación psicopedagógica, que debe expresar por escrito.

41.- Consejería de Educación. Junta de Andalucía. Dirección General de Participación y Equidad. INSTRUCCIONES DE 22 DE JUNIO DE 2015, DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE PARTICIPACIÓN Y EQUIDAD, POR LAS QUE SE ESTABLECE EL PROTOCOLO DE DETECCIÓN, IDENTIFICACIÓN DEL ALUMNADO CON NECESIDADES ESPECÍFICAS DE APOYO EDUCATIVO Y ORGANIZACIÓN DE LA RESPUESTA EDUCATIVA. Accesible en: http://www.juntadeandalucia.es/educacion/portal/com/bin/Contenidos/PSE/orientacionyatenciondiversidad/educacionespecial/20150622_ins_protocolo_deteccion/1436768300246_instrucciones_22_junio_2015_con_anexos.pdf

42.- Op. Cit. Página 25.

Eso sí, este posicionamiento familiar abre ya un proceso que puede permitir que los profesionales educativos valoren la acción de los padres como “obstruccionista”, lo que podría justificar la imposición de sanciones e incluso se sostiene, en una poco velada amenaza -que solo puedo explicar en el ánimo de total exhaustividad, de considerar todos los supuestos posibles, que parece seguir el redactor de las Instrucciones- la opción de comunicar su actuación la Inspección educativa y a los servicios sociales de las Corporaciones locales.

Realizado el Informe de Evaluación psicopedagógica, el orientador sostendrá reuniones de información con el profesor tutor, con otros profesionales implicados y con la familia, que podrá solicitar disponer de copia completa de aquel Informe, y con el alumno⁴³.

La norma prevé, tras eso, la posibilidad de desacuerdo de la familia, que deberá constar en escrito razonado, a presentar en el plazo de diez días hábiles siguientes a la entrega del Informe. Sus alegaciones serán remitidas al Equipo de Orientación Educativa que podrá decidir si ratifica su informe o si lo modifica. Nuevamente contra esta decisión la familia podrá mostrar su desacuerdo en escrito a presentar a la delegación provincial en el plazo de cinco días hábiles, y esta, constituirá una Comisión técnica que revisará el Informe de evaluación psicopedagógica, y que resolverá en el plazo de 10 días desde su constitución (también puede pedir nuevas valoraciones), cerrando finalmente el tema la Delegación provincial en una resolución administrativa que será trasladada a todos los implicados, poniendo fin a la vía administrativa, y abriendo ahora, la posibilidad de recursos judiciales.

El procedimiento es, pues, prolijo, y quizás los plazos demasiado ajustados, pero hemos de señalar que supone una modificación saludable respecto de la posición de pasividad que la normativa autonómica había reservado a las familias en la adopción de decisiones importantes, para el presente y para el futuro de sus hijos.

A manera de Coda:

43.- Se determina que esta reunión se producirá solo en los casos en “esto sea posible”.

La educación debe ir dirigida a desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de dignidad y autoestima (algo difícil cuando te sacan de la escuela ordinaria porque no vales), a desarrollar al máximo la personalidad, talentos y aptitudes; y a hacer posible que las personas con discapacidad participen en una sociedad libre. Esta participación debe empezar desde la infancia y principalmente en la escuela, ya que sino luego será utópico pretenderlo, tal y como vemos en la sociedad actual en la que todavía se considera “bondadoso permitir” que las personas con discapacidad estén presentes en las diferentes esferas de la vida.

Esto implica que las personas con discapacidad no pueden quedar excluidas del sistema general de educación “por motivos de discapacidad”, es decir, que los motivos de su exclusión no pueden estar basados en la existencia de una discapacidad⁴⁴.

44.- Inés de Araoz Sánchez-Dopico (Asesora Jurídica de FEAPS) y Javier Tamarit Cuadrado (Responsable del proyecto de transformación FEAPS).Revista digital de CEAPA. 2015.

V.

PROBLEMAS MÉDICOS Y JURÍDICOS DE LOS INGRESOS DE MENORES

D. Julio Antonio Guija
Servicio de Psiquiatría Forense del Instituto de Medicina Legal de Sevilla

Dña. María Núñez Bolaños
Magistrada. Sevilla

I. INTRODUCCIÓN

Desde una perspectiva estrictamente lingüística, el diccionario de la real Academia Española define el internamiento como *“la acción y efecto de internar o internarse”*. Si tratamos de aclarar esa definición, nos señala que es *“disponer o realizar el ingreso de alguien en un establecimiento, como un hospital, una clínica, una prisión, etc.”*

Si lo abordamos desde la perspectiva jurídica, podemos aceptar el concepto de la AP de Segovia [(Sec. 1ª, Civil),11.2.2004, Pte Palomo (CEN-DOJ40194370012004100005)] *“A los efectos del contenido de “internamiento”, basta que por existencia de barreras físicas o por impedirlo personal sanitario, auxiliar o de vigilancia, la persona de que se trate no pueda abandonar en cualquier momento que lo intente el centro en que se halle”*. Es decir, nos aporta una visión más funcional y operativa que la estrictamente lingüística.

En definitiva, se trata de una situación en la que se produce una restricción de movimientos y que en el concreto caso de la perspectiva civil ha dado lugar a diversa legislación a lo largo de la historia, especialmente en lo relacionado al internamiento por trastorno psíquico habiéndose concretado en la actualidad en el artículo 763 de la LEC. No obstante lo anterior, nos encontramos con otra situación que especialmente en los últimos tiempos ha generado especial controversia dado el aumento de internamientos que se solicitan:

nos referimos al de aquellos menores que no sufren un trastorno psíquico en el concepto habitualmente empleado (trastorno de la percepción de la realidad o de la afectividad) pero que generan alteraciones en la conducta, regulado en el artículo 778 bis LEC (por reforma de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.) Por ello, vamos a hacer referencia a ambas situaciones.

II. EL INTERNAMIENTO INVOLUNTARIO POR RAZÓN DE TRASTORNO PSÍQUICO

Pasa España por ser el lugar en el que se constituyó el primer hospital psiquiátrico de Europa siendo fundado por el fraile mercedario Padre Jofré (Juan Gilaberto Jofré, Valencia, 1350 - 1417) en la ciudad de Valencia en 1410. Hay que señalar que en aquella época, los recursos terapéuticos eran muy escasos y lo que se pretendió fundamentalmente fue proteger a los “alienados” de los insultos y agresiones varias del resto de la ciudadanía. Es decir, es la primera vez que aparece una institución con el fin de proteger a los discapacitados psíquicos y aportar los tratamientos de la época.

Pero si bien a partir de ese momento empiezan a crearse diferentes instituciones en las que cobijar a las personas con trastorno mental, el modo de realizar el ingreso hospitalario no queda claro en legislación alguna. SANTIAGO DELGADO et al. (2013) sitúan la primera legislación que hace mención al tema en la real Orden de 8 de julio de 1800 sobre “Cómo deben ser asistidos los sargentos, cabos y soldados que padeciesen demencias”. Posteriormente, la Real Orden de 31 de mayo de 1802 concreta un aspecto esencial pues asimila al paciente con trastorno mental al resto de los pacientes con trastorno somático al indicar que “el ingreso del loco o demente se hará en el hospital más cercano, como si de cualquier enfermo se tratara...”. Es decir, no existe distinción a la hora del ingreso por razón de la etiología del padecimiento del paciente. La regulación concreta sobre el tema tal como lo entendemos en la actualidad, data del Real Decreto 12 de mayo 1885 (publicado en La Gaceta el 15 de mayo de 1885), con el título de “Reglamento orgánico para el régimen y gobierno interior del manicomio de Santa Isabel de Leganés” (GONZALEZ MORAN, 2005).

A partir de ese momento, es variada la normativa existente al respecto aunque al decir de los autores, incluso si se realizase un planteamiento más terapéutico que gubernativo o judicial, pronto se convertirían en inadecuado. Barja de Quiroga (1986) (citado por Santiago Delgado), señala que “el internamiento por causas médicas ha sido utilizado por vía espuria para obtener una reclusión de la persona, sin delito, sin proceso y sin pena”.

La situación se modifica sustancialmente a partir de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela en la que se regulan los internamientos en el art. 211. Posteriormente, la ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 763 amplía el artículo 211 que queda derogado, conformando el “internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico”.

A efectos del presente artículo, nos interesan los dos primeros puntos así, el 763.1 expone que *“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.*

El inciso «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» del párrafo primero del artículo 763.1, ha sido declarado inconstitucional por STC 132/2010, de 2 diciembre (Sala Pleno), con el efecto establecido en el Fundamento Jurídico 3.

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.

El inciso «la autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida» del

párrafo segundo del artículo 763.1, ha sido declarado inconstitucional por STC 132/2010, de 2 diciembre (Sala Pleno), con el efecto establecido en el Fundamento Jurídico 3.

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.

Por su parte, el 763.2 señala “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”.

En definitiva, las condiciones generales para el internamiento por razón de trastorno psíquico se mencionan en el artículo 763.1, reservando el 763.2 para señalar el tipo de establecimiento en el caso de menores, rigiéndose por lo demás por el punto 1.

El procedimiento a seguir por el juez será igual que en los casos de adultos pues la ley no hace distinción entre estos y los menores. Así el art 763.3 concreta “antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír 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 definitiva, se impone la exploración por parte del juez en el centro en el que se encuentre el menor, el reconocimiento por parte del facultativo, normalmente el médico forense y finalmente la autorización para el ingreso involuntario en el caso de ser considerado ajustado a derecho siempre previo informe del ministerio fiscal, cuya intervención es preceptiva en todos los procedimientos judiciales que afecten a menores o presuntos incapaces.

Dado que el citado artículo se basa en la necesidad de internamiento (ingreso desde el punto de vista médico por razón de “trastorno psíquico”, sería interesante concretar qué significa este concepto pues con frecuencia, desde una perspectiva coloquial, se acude al mismo sin que ello suponga concreción. El DSM 5 (2014) define el trastorno mental, sinónimo de psíquico, como *“un síndrome caracterizado por una alteración clínicamente significativa del estado cognitivo, la regulación emocional o el comportamiento de un individuo que refleja una disfunción de los procesos psicológicos, biológicos o del desarrollo que subyacen en su función mental”*. Por lo tanto, el trastorno psíquico afecta a una o varias de las esferas que constituyen la persona como tal y que la hacen completamente diferente de cualquier ser vivo: lo cognitivo, lo emocional y lo comportamental. No basta sólo con la afectación o alteración sino que además deben ocasionar una disfunción en el aspecto psíquico y/o físico de la persona. Por otro lado el DSM 5 reconoce las consecuencias del trastorno psíquico, especialmente la discapacidad que conlleva el trastorno psíquico ya sea en la esfera social o laboral o en otras actividades de la vida diaria. Por tanto, y esto debe quedar claro, cualquier alteración o problema psíquico no es necesariamente un trastorno mental.

Los trastornos psíquicos, en la inmensa mayoría de los casos, se tratan de forma ambulatoria y sólo en concretas circunstancias se requiere el ingreso en Unidad de Hospitalización de Salud mental en Hospital General, no siendo necesario de forma sistemática recurrir al artículo 211 del la LEC pues es factible que el paciente decida ingresarse de forma voluntaria de tal modo que en tal caso seguirá el mismo sistema que cualquier otro paciente que tenga un trastorno somático y no psíquico, de acuerdo a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica que en su art.8.1 establece *“toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez Que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”*.

El planteamiento de alzaprimar el tratamiento ambulatorio sobre el ingreso hospitalario, es un presupuesto básico de la salud en general y de la salud mental en particular que ya viene recogido en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad en su artículo 20.1 *“la atención a los problemas de salud*

mental de la población se realizará en el ámbito comunitario, potenciando los recursos asistenciales a nivel de ambulatorio y los sistemas de hospitalización parcial y atención a domicilio, que reduzcan al máximo posible la necesidad de hospitalización”

Una vez concretado que el menor presenta un trastorno psíquico, de acuerdo a las clasificaciones internacionales (CIE-10 o DSM.5), el siguiente paso será proceder a su tratamiento. En este caso, al igual que los adultos, podrá llevarse a cabo de forma ambulatoria (lo deseable y habitual) o en régimen de hospitalización (excepcional). El tratamiento ambulatorio se registrará de acuerdo a la Ley de 41/2002 de “autonomía del paciente” en todo lo referido a las características del consentimiento por representación, art. 9.3.c. *“cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”*. Como se aprecia, se utiliza el término “intervención” aunque no debemos restringir el término en exclusiva a la intervención quirúrgica sino un término más amplio como sería el de la intervención o actuación médica. Queda por tanto sometido a un criterio de edad de tal modo que por debajo de los 12 años, en teoría el menor desde la perspectiva médica debe seguir las indicaciones de los padres, A partir de los 12 años cumplidos hay que escuchar la opinión del menor aunque no resulte decisiva para la realización del tratamiento, y con los dieciséis años cumplidos, no cabe el consentimiento por representación y habrá que estar a la decisión del menor.

En caso de negativa a someterse a tratamiento bien sea por una cuestión de edad (dieciséis años o más y entender que no debe realizar tratamiento) o menor de esa edad y ausencia de enfermedad ¿qué hacer en caso de negativa a tratamiento ambulatorio? Es la pregunta que en demasiadas ocasiones realizan los familiares con hijos que presentan algún trastorno mental y que estos no aceptan acudir al médico. La realidad es que en la actualidad no existe una solución fácil. Si el menor, al igual que el adulto, no

tiene conciencia de enfermedad y se niega a acudir al psiquiatra de zona, las iniciativas por cuenta propia o tomadas por los familiares para que estos lo lleven a cabo son escasas. Para poder realizar el diagnóstico adecuado, es necesario llevar al hijo al centro de atención primaria con el fin que desde allí sea remitido al Equipo de Salud mental de zona sanitaria. ¿y si no acepta acudir a consulta?

La respuesta, especialmente en aquellos casos en los que se aprecia un brote psicótico o existe riesgo para la salud o la integridad física del menor o de otras personas, es recurrir al ingreso involuntario por razón de trastorno psíquico. Al respecto, el art. 763.1 de la LEC ya señala: *“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”*. Por tanto, para el ingreso de un menor en una unidad de hospitalización de Salud mental, en principio cerrada y sin libertad de movimientos más allá que la propia sala del centro hospitalario, no basta la mera autorización de los progenitores ni siquiera cabe la posibilidad del ingreso voluntario acogiéndonos a la ley de autonomía del paciente. En cualquier caso, será preceptivo el internamiento involuntario debiendo someterse a la normativa ya comentada, con la particularidad del art. 763.2 *“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”*. En la práctica diaria, no todas las unidades de hospitalización de salud mental cuentan con dispositivos adecuados para cumplir este mandamiento judicial que, por otra parte, no hace sino recoger un hecho transmitido desde la Psiquiatría, como es la necesidad de centros específicos para pacientes con estas características. Dada la falta de infraestructuras, la situación trata de salvarse de diferentes maneras: reservar habitaciones específicas para menores en las unidades de hospitalización, utilizar habitaciones en servicios diferentes a los de salud mental, etc. No obstante, merece la pena recordar el art. 20.1 de la Ley General de Sanidad cuando señala como un principio a considerar *“de modo especial aquellos problemas referentes a la psiquiatría infantil y psicogeriatría”*. Si bien es cierto que es mucho lo que se ha avanzado en la asistencia a los pacientes con problemas de salud mental, todavía queda un largo camino a recorrer, especialmente en lo referente a las unidades para ingreso de los menores.

De forma reiterada estamos hablando del ingreso involuntario, pero ¿existen criterios predeterminados que indiquen la necesidad de ingreso hospitalario en salud mental con la característica de involuntariedad? De entrada, hay que señalar que no existe normativa alguna que fije unos criterios. No obstante, desde un punto de vista práctico, adaptándose a la ley (art. 763.1 “*que no esté en condiciones de decidirlo por sí*”), suelen utilizarse las siguientes premisas (CIERZO GESTION, 2008):

- Que el paciente presente una enfermedad mental que requiera tratamiento inmediato.
- Que dicho tratamiento sólo pueda ser aplicado en régimen de hospitalización.
- Que el ingreso se efectúe en beneficio del paciente y/o en protección de terceras personas.
- Que exista imposibilidad de tratamiento ambulatorio por abandono social.

Las causas clínicas que con más frecuencia llevan al ingreso involuntario son (DELGADO BUENO et al. 1999):

- Reagudización psicótica de esquizofrenia paranoide.
- Descompensación psicótica secundaria a abandono del tratamiento.
- Brote psicótico.
- Cuadro maniaco.
- Ideas delirantes.
- Conducta autolítica.
- Trastorno depresivo mayor.
- Alucinaciones.
- Trastorno delirante alucinatorio inducido por drogas.
- Abandono social.

Concretamente en los menores habría que señalar como motivos de ingreso: las conductas autolíticas (secundarias a trastornos afectivos o de personalidad) así como los trastornos psicóticos en los cuales se carece de conciencia de enfermedad siendo escasa o nula la adherencia al tratamiento.

Si bien hemos mencionado requisitos clínicos para el ingreso involuntario, resulta factible señalar otros judiciales recogidos en la Sentencia 141/2012, de 2 de julio, del tribunal Constitucional: existencia de informe médico que acredite el trastorno psíquico justificante del internamiento inmediato; información al afectado o a su representante acerca del internamiento y sus causas; comunicación al juez en menos de 24 horas y control posterior sobre el centro.

Finalmente, ¿en qué momento se procede al alta médica?. El artículo 763.4 de la LEC lo aclara: *“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”*. Es decir el alta es siempre a criterio médico que no tiene más obligación legal que su comunicación al Juez. Por tanto, no resultarán válidos los deseos de progenitores o representantes legales acerca del alta del menor. El ingreso en estos casos está sometido a la “involuntariedad” desde su ingreso y por tanto regido por el art. 763 de la LEC.

III. INGRESO DE MENORES CON PROBLEMAS DE CONDUCTA EN CENTROS DE PROTECCIÓN ESPECÍFICOS

La ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor de 1996 ha sido el marco legislativo que ha servido de referencia a la legislación que las Comunidades Autónomas han ido aprobando de acuerdo con su competencia en materia de asistencia social, servicios sociales y protección pública de menores desde su publicación hasta la actualidad. No obstante, diferentes recomendaciones e informes aconsejaban la actualización de la misma para ajustarlos mejor a diferentes preceptos constitucionales. Es en este contexto, en el que recientemente se promulga la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia en la que se refuerza el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario y se modifica el artículo 2 de la ley Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años como los criterios de la Observación general n.º14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. Este concepto se define

en la ley y así se recoge en el preámbulo, desde un contenido triple. Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral.

La ley, en su art. 2.2 recoge los criterios generales que deberán ser tenidos en cuenta a efectos de la interpretar y aplicar, en cada caso, lo que se considere interés superior del menor, señalando en su apartado b) *“la consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés personal”*.

Si hemos señalado especialmente este apartado es por la introducción acertada del término “madurez” pero debemos considerar, a su vez, la dificultad que comporta determinar la madurez en cualquier persona, ya sea adulta o menor”. La importancia del concepto “madurez”, la reafirma la ley en el art. 2. 3. cuando señala que los anteriores criterios generales que deberán ser tenidos en cuenta a efectos de la interpretar y aplicar, en cada caso, lo que se considere interés superior del menor *“se ponderarán teniendo en cuenta los siguientes elementos generales: a) la edad y madurez del menor”*. Es decir, el concepto “madurez” se duplica en su valoración como “criterio general” y como “elemento general” destacando como concepto primordial para la interpretación y valoración de lo que haya de entenderse como interés superior del menor no siendo, éste, un asunto menor pues tal concepto ha estado siempre sometido a revisión.

Freud definía la madurez como la capacidad para sentir gozo en amar y trabajar. Bion como el valor gozoso para la búsqueda constante de la verdad

y Bowlby afirma que la persona madura es la que se acerca al mundo con seguridad, pero que si tiene dificultades está dispuesta a buscar apoyo en figuras dignas de confianza.

Es decir, se da un equilibrio básico entre iniciativa y confianza en sí mismo por un lado, y capacidad de buscar ayuda y utilizar tal ayuda por otro, lo que constituye la base del desarrollo de una personalidad estable y armónica. Como puede observarse, estamos hablando de cualidades que si bien ya resultan difíciles de concretar en el adulto, cuanto más en el menor al tratarse de una persona que se encuentra en evolución con el fin de conformar su personalidad.

La madurez psicológica puede considerarse como un núcleo central de los llamados recursos personales que los sujetos, sobre todo los adultos, disponen para afrontar las diversas transiciones y crisis a lo largo de su desarrollo, permitiendo que el desarrollo pueda avanzar hacia niveles superiores de madurez, pues resulta claro que sin crisis el desarrollo no es posible y los resultados de la crisis pueden ser tanto positivos como negativos. Se tiende a identificar la madurez con la "normalidad". La normalidad se expresa en términos de *ajuste*. Todos los adultos son razonablemente maduros si disponen de recursos personales, sociales y materiales para satisfacer sus necesidades.

Maslow se refiere a los sujetos autorrealizados como sujetos maduros o psicológicamente saludables. La completa maduración psicológica de una persona ocurre, sólo cuando sus potencialidades están plenamente desarrolladas.

Rasgos de la autorrealización:

Aceptación de sí mismo, de los demás y de la naturaleza.

Espontaneidad, sencillez, naturalidad.

Necesidad de la privacidad.

Sentimiento de comunidad.

Relaciones interpersonales profundas.

Sentido filosófico del humor.

Creatividad.

En definitiva, valoraciones difíciles de realizar por el juez, especialmente porque es necesario valorar la madurez en relación a la edad del menor en cada caso y por tanto, no sólo basta el concepto “edad” sino determinar si la “madurez” del menor se ajusta a esa edad. Por esta razón, el Art. 5.b incluye la necesidad de *“profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afectan al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados”*.

No obstante lo anterior, el art. 9.2, al mencionar el “derecho a ser oído y escuchado”, fija un criterio de edad: *“se considera, en todo caso, que tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos”*. Pudiera parecer una edad prematura para considerar a la persona madura, si bien la anterior aseveración se limita al “derecho a ser oído”.

Señalado el problema de recurrir al concepto “madurez” y las soluciones que aporta la ley para su determinación, nos centraremos propiamente en el internamiento de los menores con problemas de conducta en centros de protección específicos.

En la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia se regula, como novedad importante, hasta este momento no existía regulación alguna a este respecto, en el nuevo capítulo IV del título II, el ingreso de menores en centros de protección específicos para menores con problemas de conducta en los que esté prevista, como último recurso, la utilización de medidas de seguridad y de restricción de libertades o derechos fundamentales, así como las actuaciones e intervenciones que pueden realizarse en los mismos. Su regulación específica, según se indica en el preámbulo, atiende a las peticiones planteadas por instituciones relevantes como el Defensor del Pueblo, la Fiscalía General del Estado y el Comité de los Derechos del Niño, entre otras, y cuya situación también fue abordada por la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines; así como con lo indicado por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 131 y 132/2010, de 2 de diciembre de 2010, por las que se resolvieron sendas cuestiones

de inconstitucionalidad interpuestas, respectivamente, en relación con el artículo 211 del Código Civil y con la disposición final vigésima tercera de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y con el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El Defensor del Pueblo, en su informe 2009, sobre centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social recoge en sus conclusiones como las entidades públicas de protección de menores, para atender a los menores en situación de dificultad social que carecen de entorno familiar estructurado y se encuentran tutelados por la Administración, han creado centros específicos o concertado plazas en centros ya existentes. Algunos padres solicitan el ingreso de sus hijos en esos recursos de protección de menores, aún a riesgo de perder su tutela legal.

La sociedad española ha sufrido un proceso de cambios acelerados en los últimos años que ha tenido su manifestación en la aparición de un nuevo perfil de los usuarios de los servicios sociales y de los servicios de protección a la infancia y a las familias.

Es el caso de los menores que ingresan en los centros de protección, incluso a petición de sus propias familias, como señalaba el Defensor del Pueblo aún a riesgo de perder la tutela, ante la imposibilidad de abordar en el núcleo familiar situaciones muy conflictivas derivadas de problemas de comportamiento agresivo, inadaptación familiar, situaciones de violencia filio-parental y graves dificultades para ejercer la responsabilidad parental. Su situación psicológica y social demanda soluciones diferentes a las que ofrecen los centros de protección ordinarios o sus familias y requieren de un ingreso en centros especializados, previo informe sobre su situación social y sobre su estado psíquico. No estamos tampoco ante situaciones que podamos resolver mediante el internamiento por razón de trastorno psíquico, regulado en el Art. 763 LEC al que hemos hecho referencia, puesto que existe asociado al problema psíquico un problema socio-educativo, una situación de dificultad familiar para ejercer la responsabilidad parental.

La regulación de este tipo de internamiento que podríamos denominar por “razón socio-educativa y psicoterapéutica” puede, en ocasiones, incidir en los derechos fundamentales de los menores, lo cual exige una normativa en

la que se determinen los límites de la intervención y se regulen, entre otras cuestiones, las medidas de seguridad como la contención, el aislamiento o los registros personales y materiales, así como otras medidas como la administración de medicamentos, el régimen de visitas, los permisos de salida o sus comunicaciones, en cada caso, señala el preámbulo de la ley 8/2015.

El Defensor del Pueblo en su informe 2009, sobre centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social recoge en sus conclusiones la necesidad de regular estos internamientos:

“La mayor parte de las entidades públicas consideran que no es necesaria la autorización judicial para los ingresos de menores tutelados en los centros que desarrollan programas específicos para el tratamiento de trastornos de conducta, al entender que esos centros son de protección y no de internamiento. Otras entidades públicas estiman que dicha autorización sería necesaria únicamente cuando el ingreso se produce por razón de trastorno psíquico.

La evidente dificultad, puesta de manifiesto a lo largo del informe, de delimitar el perfil de determinadas patologías psíquicas nos lleva a plantear la conveniencia de recabar la autorización judicial para el ingreso en todos aquellos centros que apliquen medidas que conlleven alguna limitación de los derechos de los menores de acuerdo con su edad”.

Estos centros, nunca podrán concebirse como instrumentos de defensa social frente a menores conflictivos, que no delincuentes, la intervención no deriva de la previa acreditación de la comisión de delitos, y deben proporcionar a los menores con problemas de conducta, cuando las instancias familiares y educativas ordinarias no existen o han fracasado, un marco adecuado para la educación, la normalización de su conducta y el libre y armónico desarrollo de su personalidad. La justificación de recursos específicos destinados a atender graves problemas del comportamiento, así como situaciones de crisis, radica en la necesidad de proporcionar a estos menores un contexto más estructurado socio-educativo y psicoterapéutico, que solo un programa específico pueda ofrecerles, tratando el problema desde un enfoque positivo

y de oportunidades, además desde los principios y proyectos educativos diseñados con carácter general.

Se regula, como señalamos, por primera vez el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos. La dicción de la norma revela el carácter de estos ingresos como ingresos por razón socio-educativa y psicoterapéutica, son menores con problemas socio-educativo unidos o asociados a un trastorno de conducta, que eufemísticamente se llama problema de conducta.

Se utilizan conjuntamente los términos problema y trastorno. Llama la atención el término “problema” en vez de “trastorno” de conducta. Si bien el primero parece utilizarse de forma común para referir a alguna dificultad, y por lo tanto, sería sinónimo de “conducta dificultosa”, el término “trastorno de conducta” se encuentra más próximo a un concepto psiquiátrico. Así, ya hemos definido en otro momento de este artículo el concepto de trastorno mental como *“un síndrome caracterizado por una alteración clínicamente significativa del estado cognitivo, la regulación emocional o el comportamiento de un individuo que refleja una disfunción de los procesos psicológicos, biológicos o del desarrollo que subyacen en su función mental”*. Las clasificaciones internacionales reconocen el Trastorno de conducta como un trastorno mental. Así, la DSM 5 en su manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales recogen el “trastorno de conducta” dentro de su capítulo “trastornos disruptivos, del control de los impulsos y de la conducta”, quedando especificado del siguiente modo.

Un patrón repetitivo y persistente de comportamiento en el que no se respetan los derechos básicos de otros, las normas o reglas sociales propias de la edad, lo que se manifiesta por la presencia en los doce últimos meses de por lo menos tres de los quince criterios siguientes en cualquier de las categorías siguientes, existiendo por lo menos uno en los últimos seis meses:

Agresión a personas y animales

1. A menudo acosa, amenaza o intimada a otros.
2. A menudo inicia peleas.

3. Ha usado un arma que puede provocar serios daños a terceros (p. ej., un bastón, un ladrillo, una botella rota, un cuchillo, un arma).
4. Ha ejercido la crueldad física contra personas.
5. Ha ejercido la crueldad física contra animales.
6. Ha robado enfrentándose a una víctima (p. ej., atraco, robo de un monedero, extorsión, atraco a mano armada).
7. Ha violado sexualmente a alguien.

Destrucción de la propiedad

8. Ha prendido fuego deliberadamente con la intención de provocar daños graves.
9. Ha destruido deliberadamente la propiedad de alguien (pero no por medio del fuego).

Engaño o robo

10. Ha invadido la casa, edificio o automóvil de alguien.
11. A menudo miente para obtener objetos o favores, o para evitar obligaciones (p. ej. “engaña” a otros).
12. Ha robado objetos de valor no triviales sin enfrentarse a la víctima (p. ej., hurto en una tienda sin violencia ni invasión; falsificación).

Incumplimiento grave de las normas

13. A menudo sale por la noche a pesar de la prohibición de sus padres, empezando antes de los 13 años.
14. Ha pasado una noche fuera de casa sin permiso mientras vivía con sus padres o en un hogar de acogida, por lo menos dos veces o una vez si estuvo ausente durante un tiempo prolongado.
15. A menudo falta en la escuela, empezando antes de los 13 años.

B. El trastorno del comportamiento provoca un malestar clínicamente significativo en las áreas social, académica o laboral.

C. Si la edad del individuo es de 18 años o más, no se cumplen los criterios de trastorno de la personalidad antisocial.

Por tanto, lo nuclear viene señalado por la falta de respeto a los derechos básicos de otros, las normas o reglas sociales propias de la edad, todo ello de un modo repetitivo y persistente, provocando un malestar clínicamente significativo en el funcionamiento social, laboral o académico. Este último elemento (el malestar), será el que haga acudir a consulta de forma voluntaria.

Si comparamos la descripción clínica realizada por la DSM 5 de los trastornos de conducta, observamos coincidencias con los “problemas de conducta” recogidos en el art 25.1 de la Ley 8/2015: “conductas disruptivas o disociales recurrentes, transgresores de las normas sociales y los derechos de terceros”. En definitiva, estamos hablando de lo mismo aunque la ley 8/2015 opta o prefiere utilizar el termino “problema” en vez de “trastorno” entendemos que con el fin de quitar carga psiquiátrica o psicológica a los que en realidad es un trastorno mental con todo lo que ello conlleva. Es confusa a este respecto la norma estableciendo en el Art.26.2, sobre los Ingresos en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta, que no podrán ser ingresados en estos centros los menores que presenten enfermedades o trastornos mentales que requieran un tratamiento específico por parte de los servicios competentes en materia de salud mental o de atención a las personas con discapacidad.

Esta contradicción podría resolverse en dos sentidos:

- 1.- Entendemos que se refiere a los casos que se requiera de “un tratamiento específico” para el cual no esté preparado el centro porque, y desde un punto de vista clínico, la descripción que se realiza del concepto “problemas” es coincidente con el concepto “trastorno” y consideramos que estos niños tienen un problema de salud asociado a otros sociales.

La propia norma, en su regulación a veces recurre al término “trastorno” lo que avalaría esta postura:

Artículo 28.4. Medidas de contención. La contención mecánica solo será admisible para evitar grave riesgo para la vida o la integridad física del menor o de terceros, y en el caso de que no sea posible reducir el nivel de estrés o de trastorno del menor por otros medios.

Estaríamos ante ingresos que tienen un doble matiz, existe un problema familiar, familias con dificultades para proteger a los menores de forma adecuada, y un problema de salud, trastornos de conducta, así pues la finalidad del ingreso o las medidas de seguridad que se aplique no sólo pueden tener una finalidad educativa sino también una finalidad terapéutica.

2.- Por el contrario, podemos entender que la norma deja fuera, excluye de estos centros a los niños con problemas de salud, con trastornos de conducta, utilizando el concepto en términos médicos.

Interpretación avalada por el tenor de art. 25.2 al señalar que “...el ingreso del menor en estos centros y las medidas de seguridad que se apliquen en el mismo se utilizarán como último recurso y tendrán siempre carácter educativo”. No prevé una finalidad terapéutica.

En este sentido el ingreso de un menor con trastorno de conducta, en caso de ser necesario el ingreso de esta persona debía regirse en un principio por el art. 763 de la LEC (“por razón de trastorno psíquico”). Ello pudiera ser factible en parte, dado que el 763.2 señala que *“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”*. Hemos señalado que “en parte” pues lo que adolece el citado precepto es el tipo de establecimiento necesario para el tratamiento de estos pacientes. Normalmente, en las unidades de hospitalización se trabaja con un tipo de paciente en el que la psicopatología del pensamiento, percepción o la afectividad son las que han motivado el ingreso, no estando preparadas para acoger otro tipo de pacientes como es el caso que no ocupa en los que la persona adolece de límites, autocontrol y forma de verse a sí mismo y los demás. El enfoque del tratamiento será diferente y por lo tanto, sería diferentes el tipo de paciente que se encuentre en estas unidades de trastorno de conducta así como la preparación del personal debe ser también diferente. Hay que dejar claro que los “problemas de conducta” en un momento determinado de la vida pueden tenerlo muchas personas pero no necesariamente significa “trastorno”; el trastorno es algo más que la simple dificultad en un momento determinado que puede requerir una ayuda puntual. Se trata de una “dificultad” mantenida en el tiempo y, sobre todo, que ocasiona un malestar clínico clínicamente significativo en el funcionamiento social, académico y

laboral. Esa será la deferencia entre el problema y el trastorno y de acuerdo a la literalidad de la ley, es a este último aspecto al que se refiere, al menos si lo analizamos desde una perspectiva médico legal, considerando que el legislador ha evitado el término enfermedad mental o psíquica para evitar la estigmatización que aún hoy ello supone, quitar de los niños esta carga, aunque, obviamente no ha querido entrar en pormenorizar desde el punto de vista clínico. No obstante, llamar a las cosas por su nombre tampoco supone problema alguno. Así el Código Penal, utiliza diagnósticos clínicos sin ningún problema cuando utiliza los términos dependencia, intoxicación, adicción o síndrome de abstinencia. Por tanto, la omisión del término trastorno, habrá que encuadrarlo en un deseo de proteger al menor, evitar la estigmatización y promover una actuación en su favor sin utilizar el término “terapéutico”.

Señalado lo anterior, queda concretar el modo de llevar a cabo el ingreso de estos menores dado que, como ha quedado manifestado, el interés superior del menor debe regir la actuación así como evitar la lesión de sus derechos fundamentales. Para ello, la modificación del art 25 de la Ley Orgánica de Protección jurídica del menor, realiza el acercamiento al “*acogimiento residencial en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta*”.

Así, el internamiento de menores queda recogido del siguiente modo:

«Artículo 778 bis. Ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos.

- 1. La Entidad Pública, que ostente la tutela o guarda de un menor, y el Ministerio Fiscal estarán legitimados para solicitar la autorización judicial para el ingreso del menor en los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta a los que se refiere el artículo 25 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de Enjuiciamiento Civil, debiendo acompañar a la solicitud la valoración psicosocial que lo justifique.*
- 2. Serán competentes para autorizar el ingreso de un menor en dichos centros los Juzgados de Primera Instancia del lugar donde radique el centro.*

3. *La autorización judicial será obligatoria y deberá ser previa a dicho ingreso, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal deberán comunicarlo al Juzgado competente, dentro de las veinticuatro horas siguientes, a los efectos de que proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que llegue el ingreso a conocimiento del Juzgado, dejándose de inmediato sin efecto el ingreso en caso de que no sea autorizado.*

En los supuestos previstos en este apartado, la competencia para la ratificación de la medida y para continuar conociendo del procedimiento será del Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique el centro del ingreso.

4. *El Juzgado, para conceder la autorización o ratificar el ingreso ya efectuado, deberá examinar y oír al menor, quien deberá ser informado sobre el ingreso en formatos accesibles y en términos que le sean comprensibles y adaptados a su edad y circunstancias, a la Entidad Pública, a los progenitores o tutores que ostentaran la patria potestad o tutela, y a cualquier persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada, y se emitirá informe por el Ministerio Fiscal. El Juzgado recabará, al menos, dictamen de un facultativo por él designado, sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que considere relevante para el caso o le sea instada. La autorización o ratificación del ingreso únicamente procederá cuando no resulte posible atender, de forma adecuada, al menor en unas condiciones menos restrictivas.*

5. *Frente a la resolución que el Juzgado adopte en relación con la autorización o ratificación del ingreso podrá interponerse recurso de apelación por el menor afectado, la Entidad Pública, el Ministerio Fiscal, o los progenitores o tutores que sigan teniendo legitimación para oponerse a las resoluciones en materia de protección de menores. El recurso de apelación no tendrá efecto suspensivo.*

6. *En la misma resolución en que se acuerde el ingreso se expresará la obligación de la Entidad Pública y del Director del centro de informar periódicamente al Juzgado y al Ministerio Fiscal sobre las circunstancias*

del menor y la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el Juez pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada tres meses, a no ser que el Juez, atendida la naturaleza de la conducta que motivó el ingreso, señale un plazo inferior. Transcurrido el plazo y recibidos los informes de la Entidad Pública y del Director del centro, el Juzgado, previa la práctica de las actuaciones que estime imprescindibles, y oído el menor y el Ministerio Fiscal, acordará lo procedente sobre la continuación o no del ingreso.

El control periódico de los ingresos corresponderá al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde radique el centro. En caso de que el menor fuera trasladado a otro centro de protección específico de menores con problemas de conducta, no será necesaria una nueva autorización judicial, pasando a conocer del procedimiento el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique el nuevo centro. La decisión de traslado será notificada a las personas interesadas, al menor y al Ministerio Fiscal, quienes podrán recurrirla ante el órgano que esté conociendo del ingreso, el cual resolverá tras recabar informe del centro y previa audiencia de las personas interesadas, del menor y del Ministerio Fiscal.

7. *Los menores no permanecerán en el centro más tiempo del estrictamente necesario para atender a sus necesidades específicas.*

El cese será acordado por el órgano judicial competente, de oficio o a propuesta de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal. Esta propuesta estará fundamentada en un informe psicológico, social y educativo.

8. *El menor será informado de las resoluciones que se adopten.»*

Similitudes con el 763 LEC:

- 1- Es necesaria la autorización judicial del juzgado en el que radique el centro para proceder al internamiento.
- 2- Intervención preceptiva del Ministerio Fiscal.
- 3- Se prevé la autorización previa así como la posibilidad del ingreso por razones de urgencia.
- 4- Los plazos de comunicación y resolución son similares en caso de urgencia: máximo de 24 horas una vez ingresado y 72 para resolver el juzgado.

- 5- El Juzgado debe examinar al menor y recabar el informe de, al menos, un facultativo por él designado.
- 6- Obligación por parte del centro a informar periódicamente al juzgado.

Diferencias:

- 1- El ingreso no puede ser realizado a petición de familiar. Sólo están legitimados para solicitar la autorización judicial de ingreso, la Entidad Pública que ostente la tutela o guarda del menor y el Ministerio Fiscal, siendo necesario la existencia de informes psicosociales previos, emitidos por personal especializado, que justifiquen la solicitud.
- 2- La comunicación del ingreso por razones de urgencia, no lo realiza el centro en el que haya sido ingresado sino la Entidad Pública o el Ministerio Fiscal.
- 3- La autorización deberá pronunciarse sobre la posibilidad de aplicar medidas de seguridad, así como de limitar temporalmente el régimen de visitas, de comunicaciones y de salidas que pudieran adoptarse.
- 4- Se señala específicamente que, en caso de traslado de centro, no es necesario la nueva solicitud de autorización para internamiento así como que continuará conociendo del caso el juzgado de Primera Instancia del lugar en que radique el nuevo centro.
- 5- El cese del internamiento no se realiza directamente por los profesionales del centro en el que se encuentre internado el menor, o por la entidad Pública, debiendo ser la autoridad judicial quien lo acuerde de oficio o previa petición de la Entidad Pública o del Ministerio Fiscal. En caso de propuesta, ésta debe fundamentarse en informe psicológico, social y educativo al igual que la petición de ingreso.
- 6.- Por primera vez, encontramos una regulación sobre la aplicación de las medidas de contención en el artículo 27 de la Ley 8/15 como medidas de seguridad.

Artículo 27. Medidas de seguridad.

1. *Las medidas de seguridad podrán consistir en la contención mecánica o en la contención física del menor, en su aislamiento o en registros personales y materiales.*

Estas medidas tendrán una finalidad educativa y deberán responder a los principios de excepcionalidad, necesidad, proporcionalidad, y prohibición

del exceso, aplicándose con la mínima intensidad posible y por el tiempo estrictamente necesario, y se llevarán a cabo con el respeto debido a la dignidad, privacidad y a los derechos del menor.

- 2. Las medidas de seguridad deberán aplicarse por personal especializado y con formación en materia de protección de menores. Este personal sólo podrá usar medidas de seguridad con los menores como último recurso, en defensa propia o en casos de intentos de fuga, resistencia física a una orden o riesgo directo de autolesión, de lesiones a otros o daños graves a la propiedad.*
- 3. Corresponde al Director del Centro o persona en la que este haya delegado, la adopción de decisiones sobre las medidas de seguridad, que deberán ser motivadas y habrán de notificarse con carácter inmediato a la Entidad Pública y al Ministerio Fiscal y podrán ser recurridas por el menor, el Ministerio Fiscal y la Entidad Pública, ante el órgano judicial que esté conociendo del ingreso, el cual resolverá tras recabar informe del centro y previa audiencia del menor y del Ministerio Fiscal.*
- 4. Las medidas de seguridad aplicadas deberán registrarse en el Libro Registro de Incidencias, que será supervisado por parte de la dirección del centro.*

CONCLUSIÓN

Por primer vez en nuestro ordenamiento jurídico, se regula el ingreso del menor con “problemas / trastornos” de conducta en centros específicos de protección.

Del mismo modo, como novedad, se regulan las medidas de contención como medidas de seguridad.

Todo ello en una dicción que crea un marco jurídico de confusión que se viene a añadir a la confusión conceptual desde la perspectiva médica, objeto, seguro, en un futuro, de numerosos estudios e interpretaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- Delgado Bueno, S.; Barrios Flores L.F.; López-Mora N. Tratado de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Psiquiatría Legal y Forense. Santiago Delgado Bueno y José Manuel Maza Martín (Coordinadores). Editorial Bosch. 2013. 537-565.
- Delgado Bueno, S., Ruiz de la Cuesta, J.M. (1999). Aspectos médico-legales del internamiento y de la incapacitación”. En Los Discapacitados y su protección jurídica. Consejo General del Poder judicial y Consejo General del Notariado. P. González Poveda y J.M. Picón Martín (dirs.). Estudios de Derecho Judicial. Madrid. 22:23-118.
- González Morán, L. Exclusión social y enfermedad mental desde el derecho. En exclusión social y discapacidad. Julio L. Martínez (ed.) Fundación Primo; Universidad Pontificia de Comillas. Córdoba. 2005.
- Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales (DSM 5). Asociación Americana de Psiquiatría. 5ª. Editorial médica Panamericana. Madrid. 2014.
- 100 preguntas jurídicas de familiares sobre enfermos mentales; Guía jurídica para familiares de enfermos mentales y usuarios; Asesoría Jurídica Cierzo Gestión SL. (Grupo Fundación Ramón Rey Ardid); Edita: Comité de Entidades Representantes de Personas con Discapacidad de Aragón (CERMI-Aragón); Concejalía de Fomento del Ayuntamiento de Zaragoza. 2008.

VI.1

ACOSO PSICOLÓGICO Y MENORES CON DISCAPACIDAD: LA PREVENCIÓN

Dña. Carmen Sánchez Carazo
*Doctora en Medicina, master en bioética
Experta del Foro de Justicia y Discapacidad.*

I. INTRODUCCIÓN

El acoso psicológico puede definirse como el maltrato psicológico y abuso emocional que hace que la persona se sienta humillada, denostada, apartada, o denigrada. Estas prácticas que degradan a la persona, según psicólogos y educadores, es mucho más frecuente en menores con algún tipo de discapacidad que en los menores que no tienen discapacidad o alguna diferencia visible.

Sobre los menores con discapacidad y el acoso psicológico se ha comenzado a estudiar hace relativamente poco. En el 2007 Ana Berástegui y Blanca Gómez-Bengoechea, del Instituto Universitario de la Familia. Universidad Pontificia Comillas de Madrid, publicaron un completo artículo sobre los menores con discapacidad¹ en el que concluyen afirmando:

A pesar de que se reconoce que los niños con discapacidad son especialmente vulnerables al abuso y al maltrato, aún no se han generalizado en España los programas de prevención ni de tratamiento del maltrato en esta población que deberían ponerse en marcha para mitigar la influencia de todos los factores de riesgo específicos de estos niños.

1.- Berástegui Pedro-Viejo Ana, Gómez-Bengoechea Blanca. Los menores con discapacidad como víctimas de maltrato infantil: una revisión. Intervención Psicosocial [revista en la Internet]. 2006; 15(3): 293-306. Disponible en Internet: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1132-05592006000300004&lng=es

Es difícil que la administración y la sociedad estén preparadas para cubrir las necesidades de los niños con discapacidad frente al abuso y al maltrato cuando no hay sensación de riesgo en la sociedad. La falta de una información fiable del número de discapacitados que han sufrido abuso, el grado y el tipo de minusvalía que tienen y el tipo de abuso que sufren es una carencia muy importante. Por ello, estas cuestiones deberían incluirse tanto en los protocolos para la Detección, Notificación y Registro de casos de Maltrato Infantil (Observatorio de Infancia, 2006) como en el Sistema de Información de Usuarios de Servicios Sociales (SIUSS). Una investigación eficaz en torno a esta realidad podrá sentar las bases de una formación adecuada de los profesionales que trabajan en el campo de la infancia y de la discapacidad para la prevención, el reconocimiento, el registro y la respuesta adecuada al abuso de los menores con discapacidad.

Como bien dice García-Piña², la violencia contra los niños es un problema de salud pública mundial. Este es un problema que se da en todos los países por desgracia, no solo en el nuestro. Y el gran problema es que, según muchos estudiosos, se estima que por cada caso registrado nueve no son detectados. Según la información del Sistema Nacional de Estadística de Maltrato Infantil y Negligencia en los EE.UU. hubo aproximadamente tres millones de denuncias de maltrato infantil en 1995, de las cuales más de un millón de niños fueron víctimas de abuso y negligencia³.

La Convención Sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece entre sus principios generales el respeto a la dignidad inherente y la no discriminación⁴. Y hay que señalar que el acoso psicológico quita la

2.- García PCA, Loredo AA, Perea MA. La discapacidad y su asociación con maltrato infantil. *Acta Pediatr Mex.* 2009;30(6):322-6.

3.- US Department of Health and Human Services, Administration for Children and Families. *Child Maltreatment 1995. Reports from the States to the National Child Abuse Neglect Data System.* Available at <http://www.acf.dhhs.gov/programs/cb/stats/ncads/> Accessed November 2000

4.- Artículo 3: Artículo 3 Principios generales. Los principios de la presente Convención serán:

- a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;
- b) La no discriminación;

dignidad a la persona que lo sufre y la discrimina⁵. En su artículo 16 señala la defensa de los menores contra todo tipo de abuso y la obligación de los estados de proteger a los menores discapacitados⁶.

En el 2010 el acoso psicológico en el trabajo es contemplado como delito en la reforma del Código Penal⁷. Este ha sido un paso muy importante para la defensa de los derechos de las personas, pues aunque no esté directamente tipificado como delito la humillación y el trato degradante a las personas menores, se acude a lo tipificado en el Código Penal en su artículo 620.2⁸, como vejación injusta, algo que yo encuentro muy insuficiente. Espero y deseo que pronto todas las formas de acoso psicológico, que hacen tanto daño a la persona, menor o adulta, sean tipificadas como delito.

Y en un problema tan importante como del que estamos tratando, siendo las Leyes imprescindibles para la defensa de los derechos de las personas, menores o adultas; la prevención lo es fundamental.

En este capítulo solamente trato, de manera muy resumida, de poner en evidencia el problema del abuso psicológico que produce tanto daño a los menores y sus familias y algunos consejos para su prevención. Por la brevedad del capítulo no entro directamente en el acoso físico y sexual, pero los tres tienen en común el gran daño que producen a la persona, quitando la dignidad a la persona, anulando los derechos de las personas y, por tanto, han de ser rechazados desde su raíz.

5.- En la Convención solo se condena el acoso en el trabajo, en el artículo 27, donde afirma: b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos;

6.- Artículo 16.

7.- Ley Orgánica 5/2010, de 22 de Junio (BOE 23 de Junio) de Reforma del Código Penal por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Artículos del 173 a 177.

8.- Artículo 620. Serán castigados con la pena de multa de diez a veinte días: 1.º Los que, de modo leve, amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, y salvo que el hecho sea constitutivo de delito. 2.º Los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve.

II. PREVENCIÓN DEL ACOSO PSICOLÓGICO EN MENORES CON DISCAPACIDAD

Podíamos comenzar a reflexionar sobre las muchas razones por las que una persona menor con alguna discapacidad tiene muchas más probabilidades de ser acosado; ser diferente, necesitar cuidados, andar más despacio, pensar con dificultad, no poder escuchar.... Pero sea cual sea los problemas de la persona con discapacidad no justifica que otras personas la acosen psicológicamente: no hay justificación a la humillación y a la discriminación de las personas.

Toda persona es digna y merecedora de respeto independientemente de la edad que tenga y tenga o no alguna discapacidad física, psíquica y/o sensorial.

El acoso psicológico produce tanto daño a la persona que en nuestro país algunas personas menores se han suicidado después de haberlo sufrido. En mayo de 2015 se suicidaba una menor de 16 años. Tenía una discapacidad física e intelectual y había pedido ayuda; pero ni profesores, compañeros e incluso la policía la ayudaron⁹. Casos como este no pueden volver a ocurrir y para ello es necesario prevenir todo tipo de humillación y falta de respeto a las personas.

En el 2001 se comenzó a luchar en España contra el acoso psicológico. Publiqué un artículo en el periódico El País, titulado *Llorar de impotencia*, donde describía el gran sufrimiento que produce la humillación y el rechazo en el trabajo¹⁰. Desde entonces se ha estudiado, se ha legislado, se han realizado protocolos, pero queda mucho por hacer. Todavía hoy escucho: “¡No hay que exagerar!” o también cuando se humilla a una persona menor o adulta en publico y se provocan risas: “¡Pero si es una broma!”.

9.- Ver el periódico El País de 23 de mayo de 2015. http://politica.elpais.com/politica/2015/05/22/actualidad/1432324829_320181.html. Es cierto que el colegio había activado el protocolo contra el acoso pero la ayuda no llegó. Ver: http://politica.elpais.com/politica/2015/05/23/actualidad/1432401420_612519.html

10.- Sánchez Carazo C. Llorar de impotencia. El País, 11 de septiembre de 2001. También puede verse en Internet en: http://elpais.com/diario/2001/09/11/opinion/1000159208_850215.html

Con la disculpa de las bromas se produce mucho daño a personas vulnerables, a personas que por diversas circunstancias no se pueden defender. En algunos casos las bromas es el comienzo del acoso. Es cierto que buena parte de las bromas que se hacen son con cariño, pero cualquier persona que lea estas reflexiones puede recordar algún caso en que las bromas han servido para humillar a una persona. Por esto es necesario evitar cualquier broma que humille, que falte al respeto a otra persona tenga la edad que tenga y tenga o no alguna discapacidad.

Las redes sociales han abierto un camino nuevo para las bromas y la discriminación. Así se ha visto y se ha denunciado como en YouTube se han difundido videos de personas con discapacidad intelectual que han servido para humillarlas y despreciarlas. Estas practicas fueron denunciadas y castigadas desde el 2008, y actualmente YouTube tiene un cuidado exquisito¹¹. Pero ahora el acoso se produce desde WhatsApp , como en el caso de Arancha que debido a las presiones se suicidó en mayo de 2015¹², o bien Instagram u otras redes sociales.

José Sanmartin Esplugues¹³ ha estudiado el acoso escolar en menores con discapacidad y asegura que lamentablemente son muy escasos los estudios de incidencia de violencia escolar en los menores con alguna discapacidad. El no conoce ninguno¹⁴. Los estudios, los pocos que existen se centran más en el agresor que en el agredido y yo creo que hay que poner un mayor

11.- Como puede leerse en El País, 13 de agosto de 2008, http://elpais.com/diario/2008/08/13/sociedad/1218578401_850215.html “Ramón, una persona con esquizofrenia de 46 años, sufrió en sus carnes la perversión de la Red cuando, hace meses, unos chicos le grabaron con cámara mientras se burlaban de él. No tardaron ni dos minutos en colgarlo en Youtube. Su familia, de Móstoles (Madrid), consiguió que se retirara la ofensa. En abril pasó algo parecido en Martorell (Barcelona). Tres chicos obligaron a un discapacitado psíquico a romper baldosas con la cabeza, hacer flexiones y consumir droga, mientras captaban la escena con el móvil. Fueron detenidos y las imágenes, apartadas de la circulación”.

12.- Ver noticia de El País, 23 de mayo de 2015: http://politica.elpais.com/politica/2015/05/22/actualidad/1432324829_320181.html

13.- Catedrático de filosofía de la Ciencia de la Universidad de Valencia. Ha realizado diversas investigaciones relacionadas con la violencia que sufran los menores.

14.- Sanmartin Esplugues J. Discapacidad y acoso escolar: reflexiones. 27 de febrero de 2014. <http://online.ucv.es/resolucion/acoso-escolar-y-discapacidad-reflexiones-por-jose-sanmartin-esplugues/>

foco en la persona menor con discapacidad para que pueda defender sus derechos en todo momento.

En el 2012 FEAPS-Madrid junto con la Fundación Carmen Pardo-Valcarce y la Comunidad de Madrid han publicado una guía; *Abuso y Discapacidad Intelectual. Orientaciones para la Prevención y la Actuación*¹⁵. Esta guía está más encaminada fundamentalmente al abuso físico y sexual. Más hay que tener muy claro que el acoso físico, sexual o el psicológico se han de prevenir de manera muy similar y que se ha de tener una tolerancia “0” desde sus orígenes pues cuando ya está instaurado los daños en muchos casos son irreversibles. Es fundamental tener en cuenta las siguientes acciones, como señala la Guía en su página 15:

- Asegurar que existan formas adecuadas de asistencia y apoyo.
- Proporcionar información y educación sobre la manera de prevenir, reconocer y denunciar casos de explotación, violencia y abuso.
- Asegurar que los servicios y programas sean supervisados por autoridades independientes.
- Tomar medidas para promover la recuperación de las personas con discapacidad víctimas de abusos.
- Promover iniciativas legislativas y políticas efectivas para asegurar que los casos de explotación, violencia y abuso sean detectados, investigados y, en su caso, juzgados.

En el III Plan de Acción para las Personas con Discapacidad 2012-2015 de la Comunidad de Madrid, se organiza en torno a principios fundamentales como la igualdad de oportunidades y derechos de las personas con discapacidad: “Los servicios de atención deben garantizar y defender los derechos de las personas con discapacidad y respetar el ejercicio de sus libertades inherentes, poniendo como eje central de la acción las necesidades y el desarrollo personal a lo largo de su vida”.

15.- La guía se encuentra en Internet: <http://www.nomasabusos.com/wp-content/uploads/2012/05/Gu%C3%ADa.pdf>

III. PROPUESTA PARA LA PREVENCIÓN DEL ACOSO

Es muy importante que existan normas y leyes que defiendan los derechos, pero la realidad es que en el día a día se producen muchos problemas que no llegan a los estamentos administrativos y legales pero que provocan mucho daño y sufrimiento a las personas con alguna discapacidad y sus familias.

Por ello, creo necesario la acción preventiva en tres ámbitos: en la persona posible agresora; en la persona que puede sufrir las agresiones; y en las instituciones, educadores, familias, fiscales...

1.- PERSONA POSIBLE AGRESORA: Es relativamente fácil que las personas humillen y rechacen a “los diferentes”. Ya sea por su forma de andar, de hablar o de pensar. Por ello es necesario cuidar que las personas con discapacidad física, psíquica y/o sensorial, no sean vistas como diferentes y estén integradas en la clase, en la sociedad. Que sean visibles y que se perciban sus capacidades y discapacidades como algo normal dentro de la diversidad humana. Es necesario que exista tolerancia 0 a las humillaciones y discriminaciones. Es muy importante actuar al principio cuando con una mera reflexión y negociación se solucionan los problemas y quedan pocas o ninguna secuelas. La persona que agrede también necesita ser acompañada para aprender a sacar lo mejor de sí misma. Cuando se produzcan comportamientos agresivos hay que reconducirlos y la mejor manera en las personas menores es el acompañamiento.

2.- PERSONA VULNERABLE QUE PUEDE SER AGREDIDA. La persona con alguna discapacidad, deberá ser educada, acompañada en sus diferencias. Diferencias que no le quitan derechos ni le quitan dignidad pero que hacen que no pueda realizar algunas acciones que realizan la mayoría. Esta es una realidad que no hay que esconder y hay que aceptarla con naturalidad. Las diferencias que hacen que sus capacidades sean distintas no han de significar que se menos-valore a una persona u a otra. Esto requiere un acompañamiento de profesionales a la persona menor y su familia que tome conciencia de sus diferencias sin que esto sea sinónimo de disminución de derechos. Una persona que sea diferente a otra no significa que sea ni mejor, ni más digna o con menos derechos. Es necesario educar en la diferencia

con autoestima y que la persona tenga libertad y sepa expresar cuando se siente dañada y humillada.

3.- EDUCADORES, ADMINISTRACIÓN, FAMILIAS... Toda persona que recibe una llamada de ayuda ha de responder. Ha de ponerse en guardia y no puede pensar en que sean imaginaciones o exageraciones. Cuando una persona pide ayuda directa o indirectamente ha de tener respuesta y acompañamiento. No se puede mirar para otro lado, hay que enseñar a evitar comportamientos agresivos y esto no es fácil pero es necesario. Tolerancia 0 desde un principio a cualquier humillación, a cualquier discriminación.

La administración, educadores e incluso la propia familia, en muchos momentos ha esperado y la violencia no se resuelve esperando. Yo creo que la violencia solo se puede resolver cuando las personas dialogan y se conocen en sus diferencias. Las técnicas de mediación y acompañamiento están dando buenos resultados. Y entre más pronto se comience a prevenir más fácil es que los resultados sean positivos.

La resolución de conflictos no es fácil, ni en menores ni en adultos. El acoso existe en todas las edades. Pero el hecho de que exista y que sea un reto difícil y muy complicado, el disminuirlo o evitarlo, hace que debamos comprometernos contra la violencia cada día, donde estemos y desde donde estemos. **Es necesario concienciarnos en cada momento que ni uno mismo ni cualquier persona que nos rodea puede ser humillada por otra.**

VI.2

DISCAPACIDAD, INFANCIA Y ACOSO

D. José Antonio Luengo Latorre
Vicesecretario del Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid. Vocal de Psicología Educativa de la Junta de Gobierno del Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid. Profesor en la Universidad Camilo José Cela de Madrid.

Dña. Irene María Domínguez Gómez
Psicóloga Sanitaria. Máster en Programas de Intervención Psicológica en contextos educativos. Universidad Complutense Madrid.

I. IDEAS Y CONCEPTOS BÁSICOS

Alguien que puede ser herido, o recibir lesión, física o moralmente. Así define la Real Academia Española de la lengua el término *vulnerable*. Una idea, un concepto conocido y reconocido en cualquier entorno de desarrollo social; y también una experiencia, ligada especialmente a determinados colectivos o grupos de personas. Entre ellas, de modo incuestionable, la personas con discapacidad y, claro, los niños y los adolescentes. En este contexto, discapacidad e infancia (colectivos atávicamente conectados con la injusticia, el sufrimiento, y el dolor), la vulnerabilidad señala de modo explícito una capacidad disminuida para anticiparse, hacer frente y resistir a los efectos de determinadas actividades humanas indeseables y, por supuesto, para recuperarse de los mismos.

Infancia y discapacidad representan escenarios vitales complejos, marcados por la dificultad. Siempre. Representan la necesidad de crecer, madurar y desarrollarse, por un lado, y la experiencia de vivir como un reto permanente ante los obstáculos que nuestro mundo configura para aquéllos que no suelen formar parte de los procesos de toma de decisiones sobre qué mundo queremos, con qué prioridades y perspectivas.

La infancia y la adolescencia marcan la existencia, y determinan el presente y, también, el futuro. El modo en que leemos e interpretamos el mundo como adultos ha tenido su germen, su esbozo esencial en la experiencia vivida, en nuestras relaciones, en el modo en que hemos *estado* y *sido*. En que *hemos estado* y *sido* tratados, atendidos, cuidados, apoyados, estimulados, orientados, educados... La discapacidad, por su parte, supone enfrentarse sin solución de continuidad al impedimento, a la dificultad, al inconveniente. Se trata de un término general que abarca las deficiencias, las limitaciones de la actividad y las restricciones de la participación; (1) las deficiencias entendidas como problemas que afectan a una estructura o función corporal; (2) las limitaciones representadas por las dificultades para ejecutar acciones o tareas; y (3) las restricciones concebidos como problemas para participar en situaciones vitales (UNICEF, 2013). No obstante, la discapacidad no debe ser interpretada sin una imprescindible mirada interactiva, ligada al entorno en que se desenvuelve, a cómo resuelve éste determinados obstáculos que afectan al acceso a la propia experiencia de vivir, de utilizar los recursos y servicios, de manejarse con la máxima autonomía e independencia.

En el entorno escolar, hablar de discapacidad supone adentrarse en conceptos de orden administrativo que dan curso a esquemas y procedimientos de atención y respuesta educativa; patrones de intervención condicionados por procesos de evaluación y dictamen de servicios especializados que darían razón de la asignación de recursos de apoyo rigurosamente justificados desde el punto de vista normativo.

La referencia es el concepto de *alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo*¹, reconocido para los *alumnos y alumnas que requieren una atención educativa diferente a la ordinaria -por presentar necesidades educativas especiales, por dificultades específicas de aprendizaje, Trastornos por déficit de atención e hiperactividad (TDAH), por sus altas capacidades intelectuales, por haberse incorporado tarde al sistema educativo, o por condiciones personales o de historia escolar-*, de manera que *puedan alcanzar el máximo desarrollo posible de sus capacidades personales y, en todo caso, los objetivos establecidos con carácter general para todo el alumnado*. Y más

1.- Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa. Art. Cincuenta y siete: Modificación de los apartados 1 y 2 del Art. 71 de la Ley Orgánica Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

en concreto, la discapacidad a la que hacemos referencia en este capítulo apela al concepto señalado en la anterior acepción de *alumnado con necesidades educativas especiales*², entendido como el alumnado que requiere, por un periodo de su escolarización o a lo largo de toda ella, determinados apoyos y atenciones educativas específicas derivadas de discapacidad o trastornos graves de conducta.

Mundos semánticamente diferentes, infancia y discapacidad, si bien anclados *a* y *en* la necesidad de compromiso sincero de la *organización social* para dotar de mecanismos serios, estables y coherentes en la conformación de un mundo sensible con las diferencias, con el propósito de la justicia, la igualdad y, como no puede ser de otra manera, la equidad. Cuando discapacidad e infancia confluyen, la acción comprometida de nuestro orden social representa el único camino; no debería haber otro. El compromiso de la sociedad para sostener, apoyar, dar impulso, y, sobre todo, creer. Creer en un mundo en el que la búsqueda de la equidad se convierta en el corazón mismo de la existencia humana. Cuando discapacidad e infancia confluyen, nos asomamos con frecuencia al abismo, a lo insondable, a un mundo paralelo, sí, pero ajeno a los ritmos, prioridades, protagonismos e influencias que definen el cotidiano desarrollo de las cosas. Para los de siempre, esto es, para los que nos desenvolvemos con recursos y capacidad de maniobra suficientes. Abajo quedan, lejos, a veces muy lejos, casi imperceptibles, los que además de la siempre complicada aventura de crecer, se enfrentan a hacerlo con menos opciones, herramientas y posibilidades. El Estudio de UNICEF sobre la situación de los niños y las niñas con discapacidad en España es suficientemente elocuente (Campoy, 2013). Especialmente a raíz de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), en nuestro país se han dado avances importantes en el cumplimiento de los derechos de la infancia con discapacidad y en la construcción de una sociedad inclusiva. Sin embargo, y basándose en las estadísticas y los estudios existentes, así como en la información proporcionada por las organizaciones del sector y los organismos internacionales, el estudio muestra como todavía hay un largo camino por recorrer.

2.- Ley Orgánica Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Art. 73.

Los niños con discapacidad están afectados por una múltiple vulnerabilidad en nuestra sociedad, que les hace sufrir un mayor grado de discriminación y tener más dificultades para acceder en igualdad de oportunidades al ejercicio de sus derechos. Es necesario atender a las especiales necesidades de los niños y las niñas con discapacidad en todas las medidas y políticas que se adopten.

Un tercer *ingrediente* en este capítulo queda representado por el cada vez más conocido, nombrado, y hasta temido, término de **acoso o maltrato entre escolares (*bullying*)**. Un elemento en alza ligado especialmente al ámbito escolar y entreverado en los últimos años con el fenómeno conocido como ciberacoso, término técnicamente citado como ***ciberbullying***³ cuando se desarrolla en las relaciones entre compañeros e iguales. Fenómenos ambos bien conocidos. Ubicado el primero entre aulas y pasillos en el entorno físico y alojado el otro en la famosa *nube*, ese espacio virtual trazado por millones de rutas incardinadas en la red de redes, Internet. Ligados los dos, hay que insistir en nuestro caso, a la experiencia de las relaciones entre iguales. No solo a la información y/o la comunicación. Metido hasta el tuétano en el complejo nicho de las emociones, los sentimientos, los afectos... Es el fenómeno de la Relación en las redes (habría que incorporar la R en el acrónimo) el que de una manera palmaria configura el escenario de efectos indeseados e indeseables, de riesgos y esquinas oscuras, en el cotidiano uso de los senderos y dispositivos digitales por unos y otros, niños, adolescentes, jóvenes y adultos... Es el mundo de los sentimientos, emociones, deseos, ansiedades, inquietudes, anhelos el que, enmarcado en la magia de la instantaneidad de nuestros dispositivos y aplicaciones, se convierte en un escenario de conductas con marcadas muestras ya, desde hace más de diez años, de uso inadecuado. E inquietante futuro.

El **acoso o maltrato entre iguales**, especialmente documentado, de modo singular y sin perjuicio de otras aportaciones, a partir de las investigaciones y elaboración de programas de intervención de Dan Olweus⁴, viene definido

3.- El ciberacoso afecta a niños y adolescentes, sí, pero no solo. Existe un cierto acuerdo, una mera convención técnica, de denominar a estos comportamientos como *ciberbullying* cuando se dan entre iguales, dejando el término ciberacoso para las experiencias entre adultos.

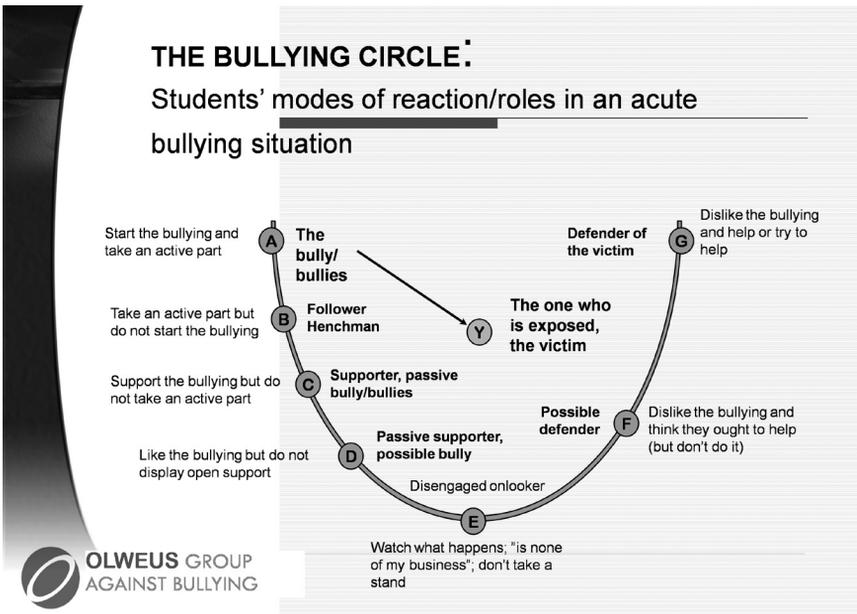
4.- http://www.violencepreventionworks.org/public/olweus_bullying_prevention_program_page; <http://www.olweusinternational.no/>

como “*un comportamiento prolongado de insulto verbal, rechazo social, intimidación psicológica y agresividad física de unos niños hacia otros que se convierten, de esta forma, en víctimas de sus compañeros*” (Olweus, 1993). Para tasar y definir el concepto (y la experiencia), el autor detalla elementos significativos como (1) la intencionalidad por parte del agresor (si bien estudios posteriores amparan la relevancia, por encima incluso de la intencionalidad de quien agrede o pretende agredir, de la percepción subjetiva de la víctima), (2) la repetición y secuencia estable en el tiempo y (3) la jerarquía y subsiguiente desequilibrio de poder entre agresores y víctimas; este desequilibrio genera un modelo de relación basado en el dominio (de los agresores) y la sumisión (de las víctimas), en el que, con cada nuevo episodio, se ven reforzados los dos roles, haciéndose más difícil que el círculo se rompa. Por su parte, Ortega y Mora-Merchán (2008) sostienen la incorporación de un nuevo elemento de referencia, la denominada *ley del silencio*, esa suerte de incapacidad de la víctima para comunicar lo que está pasando, su dolor desvelos y sufrimiento... En relación con este último concepto, resulta imprescindible señalar algunas de las causas más significativas del denominado *silencio*: (1) las dudas sobre la credibilidad en el entorno de su testimonio, o, incluso, sobre la rapidez y contundencia de la respuesta que sería de esperar, (2) el temor a posteriores represalias y consecuencias o (3) la debilidad o ausencia de referentes a los que comunicar la situación vivida. Otra modalidad de silencio tiene que ver, sin duda, con la respuesta, o más bien ausencia de la misma, del grupo de compañeros. La tragedia de la falta de respeto continuado en las aulas y de muchos comportamientos violentos entre iguales se encuentra anclada en la tibia o inexistente respuesta de quien está al lado de la víctima, comparte, aulas, pasillos y dependencias; de quien ve, escucha, y no hace nada. Salvo callar. Algunos no inician ni las acciones de agresión, pero ríen y acompañan el maltrato, lo jalean y sostienen, otros miran hacia otro lado (*este no es mi problema*), algunos, muy pocos, dan un paso adelante y defienden visiblemente a la víctima.

En este contexto, especialmente relevante representa el concepto de *contagio del estigma*, citado y documentado por los colectivos de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales (LGTB) en sus investigaciones sobre el fenómeno del maltrato y acoso escolar por homofobia: *el miedo a las agresiones y al rechazo de los demás por defender a un alumno o alumna LGTB... El miedo a pensar que los demás me crean también como a quien quiero defender...*

Además, es necesario tener en cuenta el llamado *currículum oculto* de la escuela. Jackson (1968) explica el currículum oculto como un conjunto de reglas informales en el que se transmiten expectativas asociadas al alumno (como sumisión, obediencia, competitividad...) que se oponen a las que aparecen en el currículum explícito como tal (autonomía, capacidad crítica, solidaridad...).

Olweus ya advirtió desde sus primeros trabajos, en la década de los 70, en la configuración compleja de este tipo de comportamientos, alejada de la no poco frecuente simplificación que tiene a asociar, sin más, el complejo fenómeno a la relación entre un agresor o agresores y una víctima o víctimas. Muy al contrario, su esquema de interpretación detalla una compleja red de relaciones en interacciones que pueden crear, sostener y alimentar este tipo de conductas. Una red de la que no se *escapa* prácticamente ningún alumno del grupo clase en el que se producen las detestables acciones.



Olweus (2003) describe de forma magistral la necesidad de analizar de forma completa el complejo entramado de relaciones y reacciones que pueden observarse entre el grupo de compañeros y/o conocidos de una víctima en una situación de acoso entre iguales. El autor señala las ca-

racterísticas de posibles implicados en los procesos. (1) Los que inician el acoso y toman parte activa en él; (2) Los que toman también parte activa pero no han iniciado el entramado del acoso; (3) Los que no tienen parte activa en la situación pero apoyan lo que está pasando; (4) Los que disfrutan de lo que está pasando pero no muestran un apoyo abierto; (5) Los que consideran que lo que ocurre no es asunto ni problema suyo; (6) los que no disfrutan de lo que está ocurriendo pero piensan que no deben intervenir; y (7) Y aquellos a los que les repugna lo que ocurre y pasan a la acción intentando evitarlo.

Es imprescindible observar la realidad en su conjunto, siendo imprescindible abordar las tareas de prevención y sensibilización en cualquier caso, pero también en situaciones derivadas de casos y conflictos específicos que requieren una respuesta ágil, eficaz y sólida en el núcleo de las acciones causa de sufrimiento y dolor en la víctima, sin perder la referencia de ahondar en el tejido de red que ha podido ser *cómplice* del conflicto en sí, en sus diversos ámbitos de desarrollo y circunstancias. Y apelando de modo sustantivo a la necesidad de incrementar la capacidad de respuesta solidaria de los compañeros, espectadores y protagonistas inactivos, en muchas ocasiones, del discurso de dolor evidenciado (Luengo, 2014).

El ***ciberbullying***, por su parte, supone acosar en el contexto digital. O aprovecharse de él para hacer del maltrato algo diferente, tremendamente expansivo, muy frecuentemente, más virulento incluso. Pero no todo comportamiento irregular y poco deseable (usando TIC) que tenga que ver con las complejas relaciones entre iguales debe ser considerado como *ciberbullying* sin más. Este escenario de acoso en la red desarrolla una *vida propia*, un escenario de manifestaciones peculiares y exclusivas cuyas claves están descifrándose día a día: características singulares de los acosadores, recorrido, impacto, difusión y duración de la acción, repercusiones en las víctimas... En el contexto virtual “desaparece la barrera de la mirada del otro” (Canalda, 2011⁵). La sensación de impunidad se hace hueco con fuerza. El desarrollo del fenómeno a través de comunicaciones virtuales permite que el acoso en la red pueda llevarse a efecto de una forma más sistemática y estable y, en ocasiones,

5.- Arturo Canalda, Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid. Comparecencia ante la Asamblea de Madrid, 2011 sobre Informe Anual.

incluso anónima (Cervera, 2009). Y las consecuencias pueden perpetuarse en el tiempo de forma profunda. Por eso, entre otras consideraciones, es imprescindible actuar cuanto antes, detener la situación que pueda estar produciéndose, evitar el punto más cercano a las *terminaciones nerviosas* del sufrimiento (Luengo, 2014)

Son muchas las definiciones que pueden acotar el concepto, pero, en general, puede definirse como una conducta de acoso entre iguales en el entorno TIC, e incluye actuaciones de chantaje, vejaciones e insultos de niños a otros niños. Cervera (2009), señala que “*el acoso por Internet tiene lugar cuando una persona, de forma intencionada y repetida, ejerce su poder o presión sobre otra con ayuda de medios electrónicos y de forma maliciosa, con comportamiento agresivos, tales como insultar, molestar, el abuso verbal, las amenazas, humillaciones, etc.*” (p. 144). El *ciberbullying* comparte algunos de sus rasgos con el denominado *bullying* tradicional, el que se desarrolla en los espacios físicos. Sin embargo las características del espacio virtual en que aquel se desarrolla hacen que puedan concretarse características singulares y diferenciales con respecto a éste: (1) la ausencia del contacto directo y a la cara; (2) la presencia y el mantenimiento del mensaje o acción agresiva durante mucho más tiempo y (3) la existencia de una *audiencia* no deseada y de difícil control y acceso. Algunas de las características expresadas a continuación pretenden aportar luz a este difícil proceso de categorización (Red.es, 2015)

- La víctima sufre un deterioro de su autoestima y dignidad personal dañando su estatus social, provocándole victimización psicológica, estrés emocional y rechazo social.
- La situación de acoso se dilata en el tiempo: excluyendo las acciones puntuales.
- El comportamiento por parte del acosador es intencional, no accidental. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la intención de causar daño de modo explícito no siempre está presente en los inicios de la acción agresora.
- El medio utilizado para llevar a cabo el acoso es tecnológico: Internet y cualquiera de los medios asociados a esta forma de comunicación: telefonía móvil, redes sociales, plataformas de difusión de contenidos.

- Puede evidenciarse cierta jerarquía de poder (incluida una mayor competencia tecnológica) o prestigio social de los acosadores respecto de su víctima, si bien esta característica no se da en todos los casos.
- Es frecuente que los episodios puedan estar ligados a situaciones de acoso en la vida real y de acoso escolar. Comportamientos de exclusión y aislamiento en los espacios físicos son los más habituales como previos y, en ocasiones, añadidos, a las experiencias en contextos virtuales. Sin embargo, cada vez se producen más conductas claramente aisladas en el entorno de las tecnologías, sin paralelo en el entorno físico.
- El alcance 24 x 7, que hace referencia a que la potencial agresión se puede producir 24 horas al día, los 7 días de la semana.
- El anonimato o engaño acerca de la autoría desde el que se puede producir la agresión al menor. Desde el punto de vista psicológico se destaca que el ciberbullying se trata de un tipo agravado de acoso, no sólo por el acoso en sí, sino por la expansión que se produce de la noticia, que suele atentar contra la intimidad y el honor; esta se hace saber al resto del mundo, menoscabando estos derechos.

II. LO QUE SABEMOS DEL ACOSO Y MALTRATO ENTRE IGUALES EN LA ESCUELA

Hablar del acoso entre iguales es, sin duda, abordar un fenómeno muy antiguo. Esto es bien sabido, conocido y vivido, desde diferentes ópticas y roles, por todos los que hemos pasado por las aulas. Es decir, por *todo el mundo*. En nuestro país suele recurrirse al terrible suceso acaecido en Fuenterrabía, en septiembre de 2004, para establecer el momento crítico a partir del cual la sociedad en su conjunto terminó por tomar conciencia de la relevancia y trascendencia del maltrato entre compañeros. A punto de cumplir los 14 años, un adolescente cansado y desesperado decidió quitarse la vida tras meses de vejaciones, insultos, exclusiones, burlas y agresiones. Un suceso que inundó en su día los medios de comunicación (como ha ocurrido recientemente con la noticia de la muerte de una adolescente discapacitada en un Instituto de Madrid en mayo de 2015) y azuzó violentamente las conciencias de muchos, entre otros del propio sistema educativo. Un hecho de profundo

dolor como germen de todo un proceso de toma de conciencia y determinación de acciones que contribuyesen a un *nunca más* que, parece, no se ha conseguido. No es difícil identificar algunas de las ideas erróneas que han rodeado el fenómeno desde *la noche de los tiempos*. Creencias que asentaron y cuajaron la invisibilidad y la inacción. Mitos que han contribuido, y lo que es peor, contribuyen aún, a un mapa de resultados insatisfactorio:

- *Es una broma, cosas de chicos, no pasa nada... Siempre ha existido y no ha pasado nada.*
- *Lo mejor es ocultar lo que ocurre para no dañar la imagen del centro.*
- *Estas cosas fortalecen, curten el carácter de quien las padece.*
- *¿A quién no han dejado alguna vez a un lado? Esto no es tan grave. Incluso curte...*
- *A veces, algunos chicos o chicas merecen que les pase esto...*
- *Los agresores son chicos de familias desestructuradas...*
- *En nuestra escuela no hay maltrato.*

Centros educativos, profesores padres y sociedad en su conjunto han decidido trabajar con propuestas, materiales didácticos, proyectos... Además de toda la documentación que ha ido generándose en nuestro Estado, incluyendo los planes y protocolos de intervención establecidos por las administraciones educativas (se citan algunos ejemplos)⁶, incluso la Fiscalía General del Estado dictó la Instrucción 10/2005 sobre el tratamiento del acoso escolar desde el Sistema de Justicia Juvenil⁷, con el objetivo de luchar contra el fenómeno

6.- Comunidad de Madrid: http://www.madrid.org/cs/Satellite?c=CM_InfPractica_FA&cid=1142695803990&idConsejeria=1109266187254&idListConsj=1109265444710&idOrganismo=1142292480322&pagename=ComunidadMadrid/Estructura

País vasco: http://www.hezkuntza.ejgv.euskadi.eus/r43-573/es/contenidos/informacion/dif11/es_5613/adjuntos/malos_tratos/tratu_txarrak_2011_c.pdf

Junta de Andalucía: http://www.juntadeandalucia.es/averroes/~conviveigualdad/guia/protocolo_acoso.html

Gobierno de Canarias: http://www.gobiernodecanarias.org/educacion/5/DGOIE/PublicaCE/docsup/guia_acoso.pdf

Junta de Castilla y León: <http://www.educa.jcyl.es/ciberacoso/es/plan-prevencion-ciberacoso-navegacion-segura/proteccion-legal-menores-frente-ciberacoso/normativa-existente-utilizacion-prevencion-acoso-escolar-me/normativa-especifica-convivencia-escolar>

7.- https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/MN_Instruccion10_2005.pdf?idFile=934611d6-6f25-49de-8d2a-916cad86b3ee

como *imperativo derivado del reconocimiento de los derechos humanos y de la necesidad de colocar el respeto de la dignidad de la persona como “clave de bóveda” del Estado de Derecho* (p. 6)

Negar esta realidad de implicación en la tarea sería injusto. Como injusto sería reconocer logros en tan compleja empresa. Sin embargo, estamos todavía lejos de poder contener el fenómeno. No es un problema de diagnóstico el que subyace a la dificultad de prevención o intervención. Ni, por supuesto, de falta de recorrido en el análisis de la situación, la investigación o la elaboración de propuestas de trabajo.

Sin embargo, hay que señalarlo adecuadamente, fue ya a principios de los años 70 cuando el fenómeno del acoso y maltrato entre iguales empezó a ser analizado y estudiado de manera específica y rigurosa. Iniciada la investigación en el norte de Europa, entre los años 80 y 90, el maltrato escolar adquirió una notable importancia en países como EEUU, Canadá, Holanda, Reino Unido o Japón. Y también en España. Fue el inicio de un proceso de indagación estable y, en general, riguroso que no ha dejado de documentar la naturaleza del fenómeno también en nuestro país (Del Rey y Ortega, 2007), sus causas, consecuencias, tipologías de desarrollo, configuración de perfiles, prevalencia, medidas y buenas prácticas para la información, sensibilización, la predicción (Ortega, Del Rey y Casas, 2013), prevención y la intervención (Ortega, 2010).

En nuestro país se han desarrollado no pocos estudios e investigaciones específicas sobre los problemas de convivencia escolar y sus *derivadas* hacia los comportamientos indeseables objeto de referencia en este capítulo. Iniciativas orientadas a capturar y fijar *imágenes* representativas del fenómeno y sus modos de desarrollo y expansión. *Cortes* transversales y precisos de la realidad que mostrase qué ocurre, por qué, claves para su desarrollo y mantenimiento en el tiempo... Observaciones documentadas sobre la incidencia y evolución del fenómeno (Cerezo, 2009) y, aspecto este importante, sobre los factores de riesgo y protección (Del Rey, Ortega y Fera, 2009). Varios pueden ser citados de manera expresa por su relevancia y seriedad. Referencias⁸

8.- <http://educalab.es/recursos/historico/orientacion-tutorial/convivencia-escolar/informes-publicaciones-estudios>

significativas a tener en consideración en el camino llevado a efecto en este proceso de investigación en nuestro país y fuera de él (Núñez, Herrero y Aires, 2006) o específicamente en España (Andrés y Barrios, 2008; Ortega, 2010, p. 15-32; Díaz-Aguado, Martínez y Martín, 2013. Procesos rigurosos de análisis que iluminan los principales estudios en materia de convivencia, conflicto y maltrato entre iguales, señalando aportaciones singulares y coincidencias, y marcando líneas prospectivas en función de los resultados y propuestas detalladas por los diferentes equipos de investigación.

De especial interés es, sin duda, y auténtica referencia a nivel nacional, el informe del Defensor del Pueblo (2007), que supuso, sin duda alguna, un punto de inflexión en la investigación rigurosa en nuestro país en torno a la convivencia y el conflicto relacional en los centros educativos. Se trata de un estudio que, además de revisar y analizar los estudios por comunidades autónoma desarrollados hasta ese momento en comunidades autónomas y alguna provincia en nuestro Estado (ver síntesis en p. 138-140), replica el inicialmente elaborado por la Institución sobre la materia en el año 2000⁹ y que ha definido de manera ejemplar los parámetros y elementos esenciales, para el análisis de prevalencia, la configuración de desarrollo, la propuesta de buenas prácticas y las recomendaciones en la promoción de la convivencia pacífica en los centros y, por supuesto, la prevención e intervención en situaciones de conflicto enmarcadas en el ámbito del acoso y maltrato entre iguales en centros educativos.

A partir de los datos proporcionados en 2006 por los 3.000 alumnos de educación secundaria¹⁰ que participaron en la investigación, el estudio señala que todos los tipos de maltrato analizados (exclusión social –ignorar, no dejar participar, agresión verbal –insultar, poner mote ofensivo, hablar mal de otro a sus espaldas-, agresión física indirecta –esconder, romper o robar cosas de otra persona-, agresión física directa –pegar-, amenaza/chantaje –amenazar para meter miedo, obligar a hacer cosas con amenazas,

9.- <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2000-01-Violencia-escolar-el-maltrato-entre-iguales-en-la-educaci%C3%B3n-secundaria-obligatoria.pdf>

10.- Ha de destacarse que el estudio analiza muestra de población escolar exclusivamente de centros de educación secundaria. Esta *mirada* ha sido afortunadamente ampliada a otros grupos etarios de manera generalizada en cualquier estudio al respecto del contenido en cuestión.

amenazar con armas- , agresión sexual –acosar sexualmente con actos o comentarios- y acosar con el uso de las nuevas tecnologías) tenían lugar, si bien cada uno de ellos con un nivel de incidencia muy diferente. Así, de acuerdo con la incidencia estimada por el alumnado que se declaraba víctima de las diferentes modalidades de maltrato, el porcentaje más alto correspondía a los abusos por agresión verbal, cuyas diversas manifestaciones se situaban entre el 27% y el 32%, seguido de la exclusión social y de las agresiones efectuadas a través de las propiedades (en este caso, esconderlas). Con menores porcentajes de incidencia se situaban las conductas de robo y de amenazas para intimidar, seguidas de las agresiones físicas directas (pegar) y de los destrozos de material. Un porcentaje de escolares menor al 1% aludía a los chantajes (obligar a otro a hacer cosas que no desea), al acoso sexual y a las amenazas con armas. Los datos señalaban, consecuentemente, una relación inversa entre la gravedad de las conductas y su nivel de incidencia, pero siempre teniendo en cuenta las precisiones que en todo caso deben hacerse cuando se habla de “gravedad” en los distintos tipos de maltrato. Además, se observaba que son los chicos los que más sufrían y ejercían la violencia contra sus compañeros, excepto en algunas formas indirectas de maltrato como *hablar mal de otros* (más víctimas y agresoras femeninas) e *ignorar* (sin diferencias entre géneros); esto último parece deberse, entre otros factores, a la socialización diferencial que reciben y viven chicos y chicas, así como a la educación sexista en la que, aún, desgraciadamente, nos desenvolvemos. Finalmente, el informe del Defensor del Pueblo hace referencia al uso de las nuevas tecnologías como medio para recibir o ejercer el maltrato (*ciberbullying*) y a la que los medios de comunicación aludían ya como una nueva forma de maltrato en la que la posición del agresor era peculiar, en relación con la que ocupa en otras formas “clásicas” de maltrato dado el carácter poco visible de la conducta y la gran difusión de la que ésta puede ser objeto. Los datos del estudio tasaron esta forma de maltrato con una incidencia en torno al 5%, tanto de víctimas, como de agresores.

Otros estudios de especial consideración en nuestro país se han orientado de manera singular desde una perspectiva de análisis marcado por demarcaciones demográficas específicas, desarrollados en gran parte por Instituciones como las Defensorías del Pueblo autonómicas, administraciones educativas o Universidades (Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia, 2005; Ararteko, 2006; Consejería de Educación de Cantabria,

2006; Sindic, el Defensor de les Persones, 2006; Sindic de Greuges de la Comunitat Valenciana, 2007; Garaigordobil y Oñederra, 2009). De especial interés es el estudio realizado por el Instituto vasco para la evaluación y la innovación educativa (2012), complementario a los análisis de datos presentados en 2004, 2005, 2008 y 2009 sobre los cuestionarios cumplimentados por el alumnado de 80 centros de Educación Secundaria Obligatoria (ESO) y de 84 centros del Tercer Ciclo de Educación Primaria, y que incorpora de manera decidida la indagación sobre el fenómeno del *ciberbullying*, como una variante significativa del fenómeno del maltrato entre los iguales. Por la relevancia y actualidad de sus conclusiones y de los datos que ofrece, a continuación se detallan algunas de las conclusiones más significativas del informe: (1) El índice general de maltrato 2012 en tercer ciclo de E. Primaria es del 21% y disminuye al 14,6% en Secundaria Obligatoria. Si se comparan con la última edición de este estudio realizada en 2009, ha aumentado un 4% en Educación Primaria y un 2,8% en ESO. (2) La edad y el nivel en el que está escolarizado el alumnado se relaciona con el índice de maltrato, ya que los porcentajes más altos del mismo se observan en los cursos más tempranos de la muestra estudiada –tercer ciclo de Educación Primaria- y, en general, van disminuyendo a medida que aumenta el nivel escolar. (3) El maltrato verbal es el tipo de conducta de mayor incidencia en las dos etapas educativas analizadas, mientras que el resto de tipos de maltrato presentan porcentajes claramente inferiores, tanto en tercer ciclo de Educación Primaria como en Secundaria Obligatoria. (4) Alrededor de un 30% del alumnado de Educación Primaria y de un 25% en ESO manifiesta que alguna vez ha tenido miedo a acudir al centro y la razón principal es debida sobre todo al trabajo en clase, las notas y los deberes, seguida del miedo a uno o varios compañeros o compañeras. (5) La incidencia general de *ciberbullying* en tercer ciclo de Educación Primaria es del 11,3% y del 10,3% en Secundaria Obligatoria, mientras que la incidencia severa de este tipo de maltrato llega al 2,6% en Educación Primaria y al 1,8% en ESO. (6) En el estudio de 2012, tanto el alumnado de tercer ciclo como sobre todo el de ESO afirma haber sido testigo de casos de exclusión de algunos compañeros o compañeras por su orientación sexual o por el hecho de ser chico o chica. Este comportamiento es especialmente llamativo en el caso de alumnado considerado gay en Secundaria. (7) En las dos etapas educativas y de manera semejante a ediciones anteriores, el maltrato lo ejercen prioritariamente chicos de la misma clase que el alumno o alumna agredido. (8) La familia y los amigos y amigas

son las figuras a las que con mayor frecuencia acude el alumnado que sufre maltrato en ambas etapas. Esta situación se mantiene a lo largo de todas las investigaciones realizadas hasta el momento; estos datos coinciden con el citado Informe del Defensor del Pueblo de 2007 y revelan que las víctimas contarían su sufrimiento en primer lugar a sus amigos (60%), luego a la familia (36%), a los compañeros (27%), al profesorado (14%) y a otros (8%). Además, son los amigos los que prestan ayuda fundamentalmente a la víctima, como menciona el 69%. Las otras personas ayudan en mucha menor medida. Así, un 19% es ayudado por otros compañeros y compañeras. El profesorado responde en un 15%. (9) La mayoría del alumnado considera que defiende a la víctima y que intenta cortar la situación, aunque no sea su amigo o amiga. (10) El porcentaje de víctimas es más elevado entre el alumnado que ha repetido algún curso. Esto mismo sucede en todas las ediciones del estudio. Asimismo, el porcentaje de víctimas de maltrato es más elevado entre el alumnado inmigrante, la influencia de esta variable es mayor en Educación Primaria que en Secundaria Obligatoria. Esto mismo sucede en todas las ediciones de estudio.

En este repaso general a los trabajos de investigación llevados a efecto en nuestro país, deben señalarse, asimismo, dos ejes de análisis que completan y singularizan lo hasta ahora reflejado. Por un lado, (1) la investigación en materia de acoso y maltrato entre iguales por *homofobia* (una de las conclusiones del estudio del Instituto vasco para la evaluación y la innovación educativa hace referencia a ello), ampliamente denunciada por organizaciones de Colectivos de Gays, Lesbianas Bisexuales y Transexuales como COGAM y recogida muy recientemente en un amplio estudio (COGAM, 2013) desarrollado durante el curso escolar 2012/13, con la participación de alumnado de 252 aulas de 37 centros públicos de educación secundaria de la Comunidad de Madrid. (2) Por otro lado, los *estudios y referencias de investigación que relacionan de manera explícita acoso o bullying y cyberbullying*, tasando ambos fenómenos en el contexto actual, tanto desde la perspectiva del análisis de prevalencia (de especial interés el estudio realizado por Microsoft¹¹ en 2012, el informe “Adolescentes y social media: 4 generaciones del nuevo milenio¹²” en 2013;

11.- <http://www.microsoft.com/spain/prensa/noticia.aspx?inford=/2012/06/n016-un-37%-de-los-jovenes-espanoles-sufre-ciberacoso>

12.- <http://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=3752&tipo=documento>

Garaigordobil, 2013; o la Guía de actuación contra el ciberacoso (Red.es 2015), como de los mecanismos de su desarrollo, impacto y respuesta (Del Rey, Elípe y Ortega, 2012; Avilés, 2013a; Avilés, 2013b; Cowie, 2013; del Barrio, 2013; Luengo, 2014). Y un excelente trabajo de investigación actualizado ha sido el desarrollado por Save the Children: *Acoso escolar y ciberacoso, propuestas para la acción*¹³ (2013). El informe describe el acoso escolar y el ciberacoso (dos formas de violencia contra la infancia) y realiza un análisis integral con el fin de orientar las propuestas de actuación de los diferentes actores e instituciones implicados en la protección de los niños y las niñas, desde los poderes públicos hasta los centros educativos y las familias. Save the Children se ha propuesto conocer esta realidad de niños y adolescentes de una forma cercana, interviniendo con ellos, con sus familias y con el profesorado a través de talleres de sensibilización y prevención. El informe desarrolla asimismo las directrices para un Protocolo de actuación frente al acoso escolar y al ciberacoso, con las que pretende orientar a los responsables educativos, a los educadores, a los padres y a las madres en su tarea de proteger a los niños y las niñas de estas formas de violencia. Para establecer dichas pautas, los autores del informe han revisado los protocolos de actuación que han desarrollado algunas Comunidades Autónomas, así como algunas investigaciones académicas y las directrices de prevención de la violencia de Naciones Unidas y el Consejo de Europa.

III. LA INVESTIGACIÓN SOBRE ACOSO, INFANCIA Y DISCAPACIDAD

De todo lo analizado, de interés sin duda como reconocimiento esencial del fenómeno del acoso y maltrato entre iguales, nada o prácticamente nada sobre la incidencia de este tipo de situaciones en la infancia y adolescencia con algún tipo de discapacidad. Es un denominador común en España. Llama la atención la escasez de información en nuestro país al respecto del impacto singular en el alumnado con discapacidad de las conductas de acoso entre iguales. Representa una *asignatura pendiente* que es necesario abordar de manera decidida. Resulta sorprendente la muy escasa información recaba-

13.- http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/675/Acoso_escolar_y_ciberacoso_informe_vOK_-_05.14.pdf?

da sobre la incidencia del fenómeno en el alumnado con discapacidad si comparamos el análisis específico que sobre el impacto en otros colectivos se ha desarrollado.

Esta circunstancia representa, probablemente, una evidencia más de la invisibilidad con que aún sigue tratándose la discapacidad en numerosos campos.

El informe de UNICEF (2013) *El estado mundial de la infancia 2013: niños con discapacidades* detalla en su Enfoque sobre la violencia contra los niños con discapacidad (p. 44-51) que *los niños y niñas con discapacidad son entre tres y cuatro veces más proclives a padecer violencia*. Entender el alcance de la violencia contra la infancia con discapacidad es un paso indispensable para la creación de planes y programas eficaces que les eviten convertirse en víctimas de la violencia y que mejoren su salud y su calidad de vida. En un trabajo de investigación realizado por equipos de la Universidad John Moores de Liverpool y de la Organización Mundial de la Salud, que realizó un análisis sistemático de los estudios existentes sobre violencia contra la infancia con discapacidad -hasta los 18 años-, (se recogieron, entre otros, 17 estudios desarrollados en países con altos ingresos), se concluyó que las estimaciones sobre la prevalencia de la violencia contra los niños y niñas con discapacidad eran de un 26,7% para las modalidades combinadas de violencia, de un 20,4% para la violencia física, y de un 13,7% para la violencia sexual. Las estimaciones del riesgo indicaban que los niños y niñas con discapacidad presentaban un riesgo considerablemente mayor de experimentar violencia que sus compañeros no discapacitados, siendo 3,7 veces más proclives a padecer modalidades combinadas de violencia, 3,6 veces más proclives a ser víctimas de violencia física y 2,9 veces más tendentes a padecer violencia sexual. El tipo de discapacidad parecía afectar a la prevalencia y el riesgo de padecer violencia, si bien la evidencia en este extremo no era concluyente. Por ejemplo, los niños y niñas con discapacidades intelectuales presentaban 4,6 veces más probabilidades de ser víctimas de la violencia sexual que sus compañeros no discapacitados.

Con carácter general, la invisibilidad del maltrato a las personas con discapacidad (Soroa, 2014, p.57-62¹⁴) es un hecho manifiesto. No obstante, cada

14.- <http://dspace.unia.es/bitstream/handle/10334/3371/1rajornadamaltrato.pdf?sequence=1>

vez son más las voces que alarman de la necesidad de observar, consistentemente, las características de la génesis y desarrollo del fenómeno. En nuestro país, según el Informe del Centro Reina Sofía para el Estudio de la Violencia¹⁵, *Maltrato infantil en la familia en España* (2011), publicado por el entonces Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, los menores que tienen alguna discapacidad sufren mayores tasas de maltrato (23,08%) frente a los menores que no presentan ninguna (3,87%). Se hace referencia en estas cifras a menores de edad entre los 8 los 17 años. La diferencia señalada asusta. Y, no puede ser de otra manera, mueve a la reflexión, y a la acción. Esta diferencia es sobrecogedora.

La revisión de estudios e investigaciones sobre las relaciones entre infancia, discapacidad y acoso o maltrato entre iguales muestra un escenario notable de investigación fuera de España, si bien muy discreto en nuestro país (Monjas, Martín-Antón, García-Bacete y Sanchiz, 2014). A diferencia de lo que ha ocurrido en nuestro país, la investigación fuera de nuestras fronteras sobre discapacidad y acoso entre iguales en el ámbito escolar lleva años de desarrollo. Desde la década de los 90 encontramos referencias que amparan la tesis de una significativa incidencia del *bullying* sobre los niños y adolescentes afectados por algún tipo de discapacidad.

Carter y Spencer (2006), de la Universidad George Mason (EEUU) llevaron a cabo una revisión de la literatura existente sobre este tema entre 1989 y 2003; utilizaron como criterio para dividir los estudios en si estos trataban de alumnado con discapacidades “visibles” (que son más fáciles de observar en menos tiempo) o de alumnado con discapacidades “no visibles” (aquellas que requieren un mayor tiempo de observación para ser detectadas). Los once estudios analizados habían contado con muestras muy potentes y todos coincidían en que la frecuencia con la que el alumnado con discapacidad es acosado es significativamente mayor que la frecuencia con la que lo es el resto del alumnado. La mayoría de los estudios revelaron que los chicos sufrían más acoso que las chicas (Dawkins, 1996; O’Moore & Hillery (1989). Excepto el estudio de Nabuzoka y Smith (1993) sobre chicas y chicos con dificultades de aprendizaje, en el que se observaba que las chicas sufrían

15.- Una interesante entrevista sobre discapacidad y acoso escolar con el Director del Centro, José Sanmartín puede consultarse en:<http://online.ucv.es/resolucion/acoso-escolar-y-discapacidad-reflexiones-por-jose-sanmartin-esplugues/>

acoso más frecuentemente que los chicos; la explicación que dieron los autores fue que había una mayor tendencia a diagnosticar a las chicas con este problema que a los chicos.

Uno de los estudios revisados en la revisión de Carter y Spencer es el de Dawkins (1996), en el que se comparaba a dos grupos de alumnos, de once y dieciséis años, para comprobar la incidencia y vivencia del *bullying* en sujetos con algún tipo de discapacidad física. Entre otros resultados de interés, el estudio concluía que la forma de acoso más común era la que se desarrollaba a través de insultos y apodosos despectivos, una de las expresiones del acoso más subestimadas por los adultos (Besag, 1991). Además obtuvo cuatro factores predictores de acoso escolar en estudiantes con algún tipo de discapacidad física: recibir apoyo escolar, estar solos en el tiempo de juego, tener menos de dos buenos amigos y ser varón. Este escenario muestra de nuevo la importancia que tiene el grupo de pares y el camino que debe asumir el campo de la prevención, trabajando con la clase y los grupos de iguales y facilitando las relaciones de amistad, como factor de prevención específico y poderoso del acoso escolar.

En este contexto de investigación, Sullivan (2009) documenta de manera prolija los diferentes escenarios de exposición a los diferentes tipos de violencia entre los chicos y chicas con discapacidad, incluyendo el maltrato infantil, la violencia doméstica, la violencia social, las situaciones de guerra y, asimismo, la violencia o maltrato entre iguales en entornos escolares. Sus observaciones y registro documental son concluyentes: el impacto de la violencia es marcadamente significativo en poblaciones con necesidades educativas especiales. Los estudios coinciden básicamente en que el alumnado con alguna discapacidad tienen entre el doble y el triple de probabilidades de padecer violencia escolar que los estudiantes sin ella. Las discapacidades atendidas en estas investigaciones eran el Trastorno del espectro autista, deterioro intelectual, problemas de comunicación y problemas de aprendizaje (Marshall et al., 2009).

Ya en nuestro país, el análisis llevado a efecto por Monjas, Martín-Antón, García-Bacete y Sanchiz, (2014) pone de manifiesto de forma expresa que el alumnado con necesidades de apoyo educativo, específicamente aquel afectado por alguna discapacidad es, en general, menos aceptado y más rechazado que sus iguales sin necesidades especiales, apreciándose esta

situación y circunstancia tanto en situaciones de juego como en aquellas de desarrollo de actividad escolar académica, detallando, asimismo, que presentan más dificultades de relación social, mayores tasas de comportamiento solitario y de aislamiento social.

Los citados Monjas, Martín-Antón, García-Bacete y Sanchiz (2014) han realizado recientemente una investigación para analizar el rechazo y victimización social que experimenta el alumnado con necesidad de apoyo educativo en comparación con sus compañeros. Resulta de interés la edad muestra con la que trabajaron. Circunstancia esta que hace especialmente de interés al análisis desarrollado. Participaron 1351 alumnos de primero de educación primaria de los que 253 (el 18.7%) fueron designados por sus profesores como alumnos con necesidad de apoyo educativo ya que presentaban dificultades que hacían necesaria ayuda educativa especial y adicional al resto de compañeros. La información ha sido proporcionada por los compañeros (tipología socio-métrica, reputación social y calificación socio-métrica), el profesorado (competencia social) y el propio alumnado (victimización y competencia percibida).

Los resultados del estudio indican inequívocamente que el alumnado con necesidad de apoyo educativo es más rechazado, tiene peor reputación social y sus profesores les califican como menos competentes socialmente. Informan asimismo de que estos alumnos son victimizados con más frecuencia que sus compañeros y se perciben menos aceptados por sus iguales. Según expresan los autores, los principales hallazgos de la investigación reflejan *los serios problemas de los alumnos con necesidades de apoyo educativo que constituyen un colectivo en riesgo con una alta vulnerabilidad para experimentar procesos de rechazo y de acoso entre iguales*. No obstante, sufrir rechazo, exclusión o intimidación no siempre debe considerarse una consecuencia directa de la presencia de disfunciones y problemas individuales y personales en los niños y adolescentes, si bien estos representan, indudablemente, elementos sustantivos de vulnerabilidad que pueden dificultar la adquisición y ejercicio de importantes habilidades *intra e interpersonales*. *Ser parte activa del grupo y afrontar asertivamente los intentos de conflicto y, en su caso, acoso interpersonal son competencias muy complejas que requieren determinadas habilidades socioemocionales que los alumnos con necesidades de apoyo educativo parecen no poseer* (Monjas, Martín-Antón, García-Bacete y Sanchiz, 2014).

Se trata de habilidades y competencias emocionales especialmente sensibles en los procesos de interacción y relación entre iguales, y que niños y adolescentes con discapacidad pueden adquirir con alguna dificultad. Al menos con más dificultades que otros. Habilidades y competencias esenciales en los procesos que definen la incorporación activa a los grupos, el espacio que ocupamos en ellos, la interacción estable y la comunicación activa, la exposición clara de opiniones, sentimientos e intereses, y la reacción crítica y de defensa ante situaciones o estímulos que pueden comprometer el autoconcepto o la autoestima personal. Las posibilidades para encarar, resolverse incluso ante lo que consideramos ofensivo, indeseable, insultante.

El acoso o maltrato entre iguales no surgiría, pues, siempre y de manera singular por la condición personal de discapacidad, pero podría verse afectado y fortalecido por la ausencia de adecuadas y pertinentes respuestas de interacción, comunicación, defensa y afrontamiento (enfrentar el problema y no evitarlo –hablar con el agresor, buscar ayuda entre iguales, profesores, familia-, o ignorar la situación) ante los comportamientos de intimidación o acoso (Mora-Merchán, 2006). Un círculo perverso, una cadena de hechos, sensaciones, conductas y resultados que, lejos de habilitar mecanismos de respuesta a las situaciones conflictiva, agravan la vulnerabilidad y sostienen de forma trágica los, en su caso, despreciables comportamientos del entorno. Lo execrable y ominoso que llega, penetra y profundiza como un taladro sin fin. El impacto y las consecuencias, inasumibles.

El trabajo reseñado (Monjas, Martín-Antón, García-Bacete y Sanchiz, 2014), que representa uno de los primeros estudios realizado en nuestro país a nivel nacional (obteniendo datos de distintas provincias), sobre esta temática y con la población analizada, aporta evidencias en nuestro entorno, en los espacios que compartimos ordinariamente entre aulas y actividades escolares y proporciona, asimismo, un ejemplo de línea de investigación de recorrido significativo y necesario para conocer las relaciones entre el fenómeno de la exclusión y el acoso entre compañeros y la condición de discapacidad.

El estudio, manifiestan asimismo los citados autores, presenta algunas limitaciones que, lógicamente, definen el marco de prudencia con el que han de ser interpretados los resultados: *la edad de los participantes (6-7 años) y el poco tiempo que llevaban juntos en el aula; la gran diversidad y heterogenei-*

dad de características de la sub-muestra del alumnado con necesidades de apoyo educativo y la escasa literatura científica en nuestro país sobre esta temática y población... Se apunta en sus conclusiones, de modo inequívoco, sobre el necesario desarrollo de acciones que analicen el problema de manera estable, ampliando la franja de edad estudiada y profundizando en las diferentes discapacidades. Si se pretende avanzar significativamente, el proceso de investigación debe orientar su mirada a niños y adolescentes de los últimos años de educación primaria y primeros de la secundaria, grupos etarios en los que se concentra de manera manifiesta el fenómeno del acoso o maltrato entre compañeros en la escuela.

Existen referencias de investigación anterior en nuestro país. Específicamente, dos estudios, uno de ellos desarrollado por Eguren, Gutiérrez, Herrero, y López, en colaboración con la ONCE (2006, sobre discapacidad visual y maltrato infantil (incluyendo el maltrato entre iguales) y otro posterior de Hernández Rodríguez y Van Der Meulen (2010) que analiza el *bullying* en adolescentes con trastornos del espectro autista (Síndrome Asperger (SA) y Autismo de Alto Funcionamiento (AAF), se llevaron a cabo en la Comunidad de Madrid.

El primero investigó el fenómeno del maltrato infantil en personas con discapacidad visual, analizando al 70% del alumnado con discapacidad visual escolarizado en centros ordinarios de educación (de entre 9 y 16 años) de la Comunidad de Madrid; entre los resultados observaron que no parecía haber una mayor incidencia de las situaciones de maltrato entre iguales en la población estudiada; así, la ceguera total, por el contrario, disminuía el riesgo de sufrir acoso escolar; sin embargo, a medida que aumentaba el resto de visión en el alumnado, parecía aumentar el riesgo de acoso de los iguales. Las conductas de acoso escolar más sufridas por este colectivo eran *no dejar participar, insultar y poner motes, esconder las cosas, obligar a hacer cosas*. Asimismo, era la *exclusión* de las actividades la conducta más percibida y sentida por el profesorado (más del 59% del profesorado señala que *los alumnos con discapacidad visual juegan o deambulan solos, sin amigos*). Una diferencia significativa que sí encontraron los autores fue que los alumnos con discapacidad visual que sufrían acoso recurrían más a la familia, mientras que el alumnado que sufría acoso sin discapacidad solicitaba más ayuda a los amigos; sin embargo a pesar de esta diferencia la ayuda solía provenir principalmente de los amigos y compañeros de clase. De nuevo la red de

apoyo de los compañeros de clase aparece como esencial en prevención y primeras respuestas *de y ante* las situaciones de acoso.

El segundo estudio analiza las diferencias en las experiencias de acoso escolar entre alumnado (21 sujetos) con Síndrome de Asperger (SA) o bien Autismo de Alto Funcionamiento (AAF) y 419 compañeros sin discapacidad, con edades que oscilaban entre los 13-21 años, todos escolarizados en centros ordinarios de Educación Secundaria.

Estudios previos ya señalaban a través de las anécdotas transmitidas por este colectivo una mayor frecuencia de acoso escolar; una de las vivencias documentadas es la de Gunilla Gerland (2005, p. 314) quien afirma: *“Cuando comencé primer grado dos chicos mayores me dijeron: “te vamos a pegar una vez al día. Pensé que esta era una norma rara, pero el colegio tenía muchas normas extrañas. Así que si no me pegaban una vez al día tenía que ir a buscarles, ya que para mí las normas debían ser obedecidas. El acoso escolar es un problema que debe ser tomado en serio.”*

El estudio de Hernández Rodríguez y Van Der Meulen (2010) obtuvo resultados significativos; en general manifestaban una mayor incidencia en casi todas las conductas de acoso consideradas, en comparación a la media española (Informe del Defensor del Pueblo de 2007).

Maltrato sufrido, a veces o con mayor frecuencia, desde el principio del curso	Alumnos SA/AAF (%)	Muestra nacional (Defensor del Pueblo/Unicef, 2007) (%)
Me ignoran	52	11
No me dejan participar	52	9
Me insultan	76	27
Me ponen motes que me ofenden o ridiculizan	38	27
Hablan mal de mí	74	32
Me esconden cosas	33	16
Me rompen cosas	29	4
Me roban cosas	35	6
Me pegan	38	4
Me obligan con amenazas a hacer cosas que no quiero	5	6
Me amenazan sólo para meterme miedo	35	1
Me acosan sexualmente con comentarios o acciones	5	1
n =	21	3000

Incidencia de maltrato sufrido según tipo en muestra SA/AAF y muestra del estudio nacional encargado por el Defensor del Pueblo/UNICEF (2007) (Tomado de Hernández, J.M. y Van der Meulen K., 2010. p. 29).

Como puede observarse en la tabla comparativa, aquellas situaciones de maltrato en las que los alumnos con discapacidad sufren un maltrato signi-

ficativamente mayor son: “*me ignoran*”, “*no me dejan participar*” [exclusión social], “*me insultan*”, “*hablan mal de mí*” [maltrato verbal], “*me esconden cosas*”, “*me rompen cosas*” [maltrato físico indirecto], “*me pegan*” [maltrato físico indirecto], “*me amenazan para meter miedo*” y “*acoso sexual*”. A pesar de que la muestra es reducida y hay que tomar los datos con cautela, las cifras no dejan de ser significativas. Suponen una llamada de alerta que no puede ser ignorada. Otra diferencia señalada que encontraron en el estudio fue que todo el alumnado con SA/AAF que participó y reflejó sufrir maltrato lo contaban siempre a alguien, frente a un 19% de los compañeros y compañeras que no lo cuentan a nadie; además, los primeros solían acudir a la familia en primer lugar, en segundo al profesorado y en tercer lugar a los amigos; mientras que los segundos pedían ayuda en primer lugar a sus amigos. Por último, aunque solían pedir ayuda, el 40% del alumnado con SA/AFF afirmaba no recibirla, frente al 23% de sus compañeros; los que más intervienen en su favor fueron los profesores, mientras que en el caso de sus compañeros fueron los amigos.

Este estudio, finalmente, resalta la necesidad de poner en marcha de medidas que favorezcan un buen clima del aula, así como el desarrollo de programas que fomenten la creación de relaciones interpersonales significativas, redes de apoyo y la gestión de conflictos en el aula como claves para prevenir el acoso escolar en todos los casos.

Otro estudio llevado a cabo por Martos Carmona y Del Rey Alamillo (2013) contó con alumnado de Sevilla (muestra de 627 alumnos) con edades entre los 12 y los 20 años. Su objetivo fue analizar la implicación en *bullying* del colectivo NEAE (alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo) y NEE (alumnado con necesidades especiales) en su conjunto, comparándolo con el resto del alumnado, así como examinar la posible relación de dicha implicación con el clima escolar y el hecho de tener compañeros de clase con NEE. Los resultados que obtuvieron no reflejaban diferencias significativas en implicación en *bullying* entre el alumnado NEE Y NEAE y el resto de compañeros, aunque porcentualmente sí fuera mayor la *victimización* del alumnado NEAE y NEE. En relación al clima escolar y su influencia, encontraron que aquellos alumnos que no sufrían acoso percibían un mejor clima escolar; sin embargo, entre el alumnado NEAE y NEE no había diferencias significativas entre cómo percibían el clima escolar aquellos alumnos implicados en *bullying* y aquellos que no lo estaban; en general era bien percibido. Lo que podría

indicar una buena predisposición a encontrarse dentro de la escolarización ordinaria. En esta línea de reflexión, los autores se posicionan claramente en favor de la educación inclusiva y explican que los datos obtenidos, si bien extraídos de muestras de alumnado de solo dos institutos de educación secundaria, podrían estar reflejando un cambio de tendencia con respecto a datos encontrados años anteriores.

Hasta el momento, se ha dado cuenta de estudios en los que los que se analizaban muestras de estudiantes con distintos tipos de discapacidad dentro de la escolarización ordinaria, siguiendo un modalidad educativa de integración. Falla, Alós, Moriana y Ortega (2012) analizaron el acoso escolar en centros de Educación Especial de Córdoba, considerando para ello la percepción del profesorado de estos centros. Los resultados mostraron que la violencia entre iguales también se da en los centros de Educación Especial; y en cuanto a las diferencias significativas entre ambos contextos, encontraron que la implicación (ya sea como víctima o como agresor) en violencia física o verbal directa era mayor en los centros de Educación Especial, mientras que la violencia indirecta (rumores malintencionados) es claramente inferior. Estos datos deben ser tomados con mucha cautela puesto que el procedimiento para obtener la información es diferente, en este último estudio, se usó el hetero-informe a través de los profesores en lugar del auto-registro.

El recorrido deja huella suficiente, de los factores de riesgo y protección, de las alarmas, de las relaciones entre la condición de discapacidad y las situaciones de acoso y *ciberbullying*. Apuntadas están las claves de la génesis, de su mantenimiento, de lo que el entorno escolar puede y debe hacer. Para evitar el dolor y sufrimiento. La injusticia, el atentado a la dignidad.

IV. EFECTOS Y CONSECUENCIAS

Problemas de orden físico como los trastornos del sueño, trastornos de la alimentación, agotamiento, cefaleas, dificultades importantes en las relaciones sociales, falta de confianza y autoestima, sentimientos de culpabilidad, asilamiento social y tendencia a la soledad, rechazo a la escuela y pérdida de interés por los resultados escolares, aparición de trastornos fóbicos y de orden emocional, falta de confianza en las personas que le rodean, cuadros

de ansiedad, depresión y tendencias suicidas... (Estévez, Martínez y Musitu, 2006). Ser maltratado deja secuelas. Daños en el cuerpo, en la mente, en el corazón, y en el alma. Y no pequeños, por supuesto.

Heridas abiertas en un espacio insalubre. Todo un cúmulo de efectos. Impactos cuya contundencia es, en ocasiones, difícil de medir. Dolor y sufrimiento, en definitiva. Y no son sino la cúspide de un fenómeno que despieza cualquier estructura de personalidad. Especialmente, claro, aquellas de quienes aún son unos niños y no encuentran fácil su espacio, arrinconados con facilidad por la incomprensión y el descuido. Una muestra solo de lo que ocurre en su interior, deteriorando la siempre compleja relación con uno mismo y con quienes te rodean. Desmontando lo que tanto costó ubicar, organizar, casi pieza a pieza. De filigrana.

El fenómeno del acoso escolar inculca el dolor y el sufrimiento en quien lo sufre y padece. Hasta límites muy difíciles de entender. Factores de riesgo clave en su desarrollo personal, subrayando los *fantasmas* terribles que acechan a las víctimas. El peor de ellos, la falta de confianza en todo, en todos, en la vida. Dejar de creer en el entorno que nos rodea es, probablemente, la idea más trágica que puede anidar en nuestra mente, y en nuestro corazón. Con ella viene, la inseguridad, los miedos, la autoestima baja o inexistente, el deseo de escapar, desaparecer, ir a otro lado, otro espacio donde no le miren a uno como suelen hacer. Caída, sepultada casi la idea (a veces, solo fantasía) de poder ir, estar y convivir donde todos y sentir respeto, dignidad de trato (Luengo, 2014¹⁶).

Tratar a los demás como meros objetos. Como si las cosas no fueran con ellos. Como si nada pasara. Sin pensar en las consecuencias. Incluso cuando no subyace mala fe ni escabrosas intenciones. Incluso cuando lo que pretendemos es, simple y llanamente, divertirnos un poco. Esto siempre ha pasado, se dice. Siempre hemos utilizado a alguien para provocar risas, dar a conocer debilidades, ridiculizar. Contar cosas íntimas de alguien o inventar hechos o vivencias indeseables de algún compañero. Colgar un cartel ofensivo en el tablón de anuncios del colegio haciéndonos pasar por otro o garabatear líneas o dibujos ofensivos en la foto de una compañera que ha llegado a

16.- <http://blogs.savethechildren.es/advocacy/2014/12/09/acoso-escolar-y-consecuencias/>

nuestras manos después de que alguien la haya sustraído de su carpeta del instituto... y pincharla en el corcho de la clase... Insisto, ridiculizar, sin más. El corro de compañeros ríe, se carcajea. Se muestra ufano, arrogante. Chulea de su atrevimiento, presume de su gracia, de su inacabable imaginación. Y pobre de aquel que no se mofe si se encuentra cerca de los depravados listillos. La infancia y la adolescencia son etapas en las que aprendemos poco a poco a conocer la esencia de términos como el respeto, la dignidad, la empatía, la comprensión, y, por qué no, la compasión. En el camino, en este complejo tránsito de aprendizaje social y ciudadano, no es infrecuente equivocarse, dejarse llevar por la presión del grupo o por las propias inclinaciones. El objetivo, jugar simplemente, entretenerse, trastear, o, a veces, herir. Los medios, el cómo, utilizar a otro como un objeto, servirse de él, de su aspecto, características, defectos y, a veces, virtudes. El otro como un objeto. El resultado, para qué, la risa fácil, el cachondeo, pasar el rato. Sin meditar las consecuencias. Sin mediar la más mínima reflexión de lo que puede pasar por la mente y el corazón de aquel objeto de la burla, de la chanza, del engaño. Normalmente compañeros, iguales, a veces incluso amigos. Mucho se ha hablado ya del maltrato entre iguales, del acoso al que se somete a compañeros de clase o vecinos por parte de chicos o chicas del entorno, conocidos casi siempre. Este fenómeno, una experiencia dolorosa donde las haya para quien las sufre, supone ordinariamente una afrenta grave a la personalidad, un deleznable escenario en el que sojuzgar, dominar y hundir se convierten en las acciones básicas de una terrible experiencia de relación. Cada ocasión en que se maltrata a un compañero, se le veja, insulta, amenaza o excluye se produce un incuestionable ataque a su dignidad personal y, en no pocas veces, atentando de manera flagrante contra su intimidad, su honor o su imagen.

La dignidad, en el fondo (y en la superficie) claramente vapuleada. La autoestima, como resultado, bajo mínimos. Las perspectivas de crecimiento y desarrollo junto a los demás, con los demás, echadas a perder. Perdidas las ganas, la ilusión por estar y ser con los demás. La soledad como referencia. El silencio como compañía. ¿Para qué luchar? Hay mucho detrás de todas estas palabras. Mucho dolor, sufrimiento y desánimo. Ser tratado como un objeto. *Mi corazón, mi alma, mi honor, mi imagen, mi dignidad en las manos, sucias, de algunos. Sí, solo de algunos, pero de los que pesan, mandan y son referentes de los demás. Sin miramientos ni control* (Luengo, 2012, p. 168-169).

Efectos a corto y medio plazo, relevantes y marcados por el sufrimiento. Somatizaciones, pérdidas de referentes, grietas insondables en la autoestima y en la confianza en los demás. Sensación de soledad. Soledad inmedible, en ocasiones. Sin salida aparente. Sin vías de escape. La indefensión aprendida, en el camino. Como un agujero profundo en el que ubicarse, entre cuatro paredes. Pero no todos son consecuencias en el día a día. En el hoy, el presente, nuestro presente. Se trata de heridas que dejan huella. O pueden dejarla, al menos. Dependiendo, por supuesto de diferentes variables, todas ellas de relevancia notable. (1) ¿En qué momento, a qué edad, se vive la experiencia traumática? (2) ¿Durante cuánto tiempo? (3) ¿Cuánto tiempo se ha tardado en comunicar las situación y buscar ayuda? (4) ¿Qué tipo de agresión o tipo de maltrato se ha producido? (5) ¿Cuáles son las defensas personales, habilidades y competencias de comunicación e interacción y afrontamiento que pueden ponerse en marcha? ¿De qué resortes de respuesta y reacción se dispone? (6) ¿Quién o quiénes producen la agresión?, ¿Cuál es el tipo de relación con ellos? (7) ¿De qué apoyos sociales (grupos de amigos, compañeros de clase, profesores, familia...) se dispone? (8) ¿Qué tipo respuesta y con qué rapidez y contundencia se ha puesto en marcha por parte del entorno? (9) ¿En el contexto de la intervención, se ha producido reparación del daño, perdón y reconciliación? (10) ¿Se ha facilitado apoyo y ayuda psicológica a la víctima?

Daños en el momento, a corto o medio recorrido, pero no solo. Cada vez con más frecuencia, la investigación muestra su interés en conocer las consecuencias a posteriori de este tipo de situaciones. Una referencia de investigación interesante sobre el impacto y los efectos del acoso escolar en las víctimas viene representada por los estudios, de carácter longitudinal, que analizan los efectos a largo plazo de las dificultades derivadas de las situaciones de maltrato vividas en la infancia y la adolescencia. Se trata, indudablemente, de una mirada imprescindible, que pone el peso de la indagación en la perspectiva de crecimiento y maduración y en los niveles de salud observados pasados unos años de los acontecimientos vividos.

A destacar dos estudios especialmente. (1) El estudio *Adult Psychiatric Outcomes of Bullying and Being Bullied by Peers in Childhood and Adolescence* (Copeland, Wolke; Angold y Costello, 2013), publicado en *JAMA Psychiatry*, que destaca que “el daño psicológico no desaparece por el hecho de que los afectados se hagan mayores o por dejar de ser acosados. Esto es algo

que permanece con ellos”. Según los autores, manejar las situaciones adecuadamente en el aquí y ahora permitiría prevenir de forma satisfactoria los numerosos problemas de salud mental asociados en la edad adulta a personas que vivieron situaciones de acoso durante su infancia. Y no solo de ellos, las víctimas, sino también de los agresores, personas claramente necesitadas de ayuda y apoyo psicológico. Tras 20 años de estudio basado en entrevistas realizadas a 1.420 participantes (acosados, acosadores, niños que habían adoptado ambos papeles y también menores que no se habían visto implicados nunca en ninguna forma de abuso), los investigadores vieron que en la edad adulta (entre 19 y 26 años) los problemas emocionales y de comportamiento eran notables entre quienes habían tenido alguna experiencia con el acoso escolar. Tenían, además, mayor riesgo de sufrir desórdenes psiquiátricos. Y (2), el estudio *Adult mental health consequences of peer bullying and maltreatment in childhood: two cohorts in two countries* (Lereya, Copeland, Costello y Wolke, 2015), publicado en *The Lancet Psychiatry*, que aborda las consecuencias de acoso o maltrato entre iguales y concluye, entre otras consideraciones significativas, que las víctimas de este tipo de agresión son más susceptibles de padecer problemas de salud mental al llegar al final de la adolescencia que las personas vejadas por adultos. En especial, de ansiedad, aunque también (aunque aquí la distancia es más reducida) depresión y tendencia a autolesionarse o a tener ideas suicidas. Con respecto a la ideación suicida e intentos de suicidio parece haber ciertas diferencias con respecto al género; en las niñas el acoso escolar grave es un predictor de intentos de suicidio hasta la edad de 25 años, al margen de la sintomatología depresiva; en los niños, esta relación parece depender de la intensidad de la sintomatología depresiva y de otros problemas conductuales. En concreto, la ideación suicida se agrava en aquellas víctimas que se sienten rechazadas en su entorno familiar (Klomek et al., 2009). La investigación, que analizó las respuestas de más de 5.440 sujetos, mostró que los niños y adolescentes que han sido con frecuencia víctimas de actos de intimidación y acoso (*bullying*) por parte de sus compañeros o pares pueden presentar trastornos emocionales y afectivos ocasionados por los malos tratos, que conducen al desarrollo de graves problemas de salud mental en la adultez temprana. Estos efectos adversos pueden ser, a largo plazo, más devastadores que los causados por los abusos psicológicos, sexuales y por negligencia que infligen los adultos a los menores. Además, haber sufrido abuso físico o sexual en la infancia está fuertemente asociado a la victimización adulta, lo cual indica

que, en personas vulnerables, las victimizaciones se repiten a lo largo de su vida (Goodman et al., 2001; Pereda, 2010). Por ello, el haber sufrido acoso en la escuela supone un factor de riesgo para sufrir nuevos episodios de violencia. De ahí la importancia de romper el ciclo de victimización de niños vulnerables. Sin duda los resultados tienen implicaciones importantes para la planificación de la educación y de la salud pública y el desarrollo de servicios que hagan frente a la intimidación entre iguales en los centros escolares.

En ese espacio, los niños y adolescentes con discapacidad pueden encontrarse, además, espacialmente *so/los*. La soledad en las relaciones, el desequilibrio, la dificultad para expresar afectos o sentimientos, la propia vivencia del espacio que se ocupa, de su jerarquía en los grupos. El daño ampliado cuando pueden estar ausentes o escasamente activas las necesarias capacidades para no verse afectado, no dejarse influir, ignorar, actuar proactivamente no evadiendo el problema, responder críticamente...

Factores de vulnerabilidad que hacen especialmente sensible cualquier situación de conflicto. Niños y niñas con discapacidad, singularmente permeables ante la intimidación; objetivos fáciles para erosionar; grietas por las que penetra la insidia, la mirada ominosa, la acción turbia, detestable, execrable. Horadando la confianza, el concepto de uno mismo, lastrando cada acción, cada palabra, cada pensamiento. Y llegando al fondo, al corazón de la persona, que siente que no puede, que no responden sus resortes, los que ha podido adquirir, habilidades emocionales para saber enfrentar, confrontar, incluso ignorar.

Todo empieza por una acción, por un acto. Un gesto, una mirada. Unas palabras en medio de la clase, o del patio. O por una carcajada, un desprecio, o un comentario en un chat, una simple foto, una foto manipulada. Acompaña, claro, el entorno, o parte él normalmente. Riendo, instigando la chanza. Incitando, jaleando, animando. La difusión de lo dicho, de lo hecho, la mirada de todos. Lo saben, y, casi todos, callan. Todo empieza ahí. El dominio, la sumisión. Y empieza el dolor. Por no poder reaccionar, por no saber o no atreverse. Por no saber, casi siempre. Habilidades imprescindibles no adquiridas suficientemente: reaccionar, hablar, enfrentar. Ahí empezamos. Y anida en el silencio. No solo de la víctima, también del entorno. De los compañeros. La acción, perversa, de unos, ya señalada, reforzada por la inacción de otros.

No es mi problema, para algunos. No me atrevo, piensan otros... Anida y crece el problema, echa raíces por la falta de respuestas, la individual, de la víctima, entendible a veces, la del grupo o parte de él, deleznable, vil. Un círculo vicioso del que muchos no pueden salir, y les conduce al sufrimiento. No quiero no puedo, no sé. Ya no sé nada, no me atrevo con nada, no valgo nada. No soy nada. Esa es la fotografía fija que cristaliza en poco tiempo.

Un círculo perverso que solo la educación, el cuidado, el esmero, la delicadeza y la sensibilidad serán capaces de detener y, consecuentemente, convertir en una secuencia virtuosa, que potencie el conocimiento, la cercanía, el trato esmerado con la discapacidad, la promoción de prácticas verdaderamente inclusivas que refuercen y favorezcan la atención, la ayuda, el compromiso, la colaboración y, por supuesto, la adquisición y el aprendizaje de habilidades, capacidades y competencias emocionales (Sánchez, Ortega y Menesini, 2012) para la relación, y para la reacción, adecuada y activa, ante posibles situaciones donde prime el desprecio y la agresividad, la exclusión o la intimidación. Una organización escolar inclusiva que proteja, sí, pero trabaje desde la promoción de la convivencia pacífica, la prevención, la información, la sensibilización y, evidentemente, desde la respuesta ágil y eficaz, de protección a la víctima y de intervención ordenada y planificada con los agresores.

V. LA RESPUESTA EN EL CONTEXTO EDUCATIVO

Reflexionar, en términos generales, sobre la atención discapacidad, y especialmente en el ámbito del sistema educativo, supone, hoy en día, poner de manifiesto la evidencia de una realidad anquilosada. Atrás quedan los años de impulso y recorrido trazado con esmero. Pasos imprescindibles que permitieron visibilizar, hace ya más de 30 años en nuestro país, las condiciones lamentables en que se desarrollaban los programas de atención y educación de los niños y adolescentes con discapacidad, y trazar líneas maestras alimentadas por las corrientes de investigación pedagógica más novedosas; destacando, por supuesto, los lineamientos establecidos a partir de la publicación del Informe Warnok (1979), dando continuidad a los trabajos desarrollados por Nirge (1969), Bank-Mikkelsen (1975) y Wolfensberger (1975). El Informe Warnock marcó un punto de inflexión en la educación especial subrayando el significado del término *normalización* y acuñando el concepto

de *necesidades educativas especiales* (NEE) como marco de referencia para la consideración y, sobre todo, la respuesta del alumnado con algún tipo de discapacidad en la escuela (Parra, 2010). El informe contenía las propuestas para la integración escolar y social, apuntando ya la idea de la educación inclusiva como parámetro esencial y, además, proponía la abolición de la clasificación de las minusvalías hasta ese momento vigente, señalando las condiciones de vida comunes que debían tener las personas con NEE como miembros de la sociedad:

- Todos los niños son educables. Ningún niño será considerado ineducable.
- La educación es un bien al que todos tienen derecho.
- Los fines de la educación son los mismos para todos los niños.
- La educación especial consistirá en la satisfacción de las necesidades educativas de un niño con el objetivo de acercarse al logro de estos fines.
- Las necesidades educativas especiales son comunes a todos los niños.
- Ya no existirán dos grupos de niños: los discapacitados que reciben educación especial y los no discapacitados que reciben, simplemente, educación.
- Para describir algunos niños que necesitan de alguna ayuda especial se empleara la expresión *dificultad de aprendizaje*.

Cuatro años después de la Conferencia Mundial sobre Educación para Todos: de Jomtien (1990), y como antecedente sustantivo a la idea y práctica de la educación inclusiva, debe citarse la *Declaración de Salamanca* (UNESCO, 1994), marco en el que se han venido sustentando las políticas de naturaleza inclusiva y de la atención a la diversidad, y, por ende, la mejora de la escuela ordinaria como escenario para la educación de todos: *Las prestaciones educativas especiales, problema que afecta por igual a los países del norte y a los del sur, no pueden progresar aisladamente, sino que deben formar parte de una estrategia global de la educación y, desde luego, de nuevas políticas sociales y económicas. Esto requiere una reforma considerable de la escuela ordinaria* (Declaración de Salamanca 1994). La conferencia internacional definió un *norte* hacia el que dirigirse, con implicación y convencimiento, instando a los gobiernos, entre otros, a los siguientes retos:

- Dar la más alta prioridad política y presupuestaria al mejoramiento de sus sistemas educativos para que puedan incluir a todos los niños y niñas, con independencia de sus diferencias o dificultades individuales
- Adoptar con carácter de ley o como política el principio de educación integrada, que permite matricularse a todos los niños en escuelas ordinarias, a no ser que existan razones de peso para lo contrario.
- Desarrollar proyectos de demostración y fomentar intercambios con países que tienen experiencia en escuelas integradoras.
- Crear mecanismos descentralizados y participativos de planificación, supervisión y evaluación de la enseñanza de niños y adultos con necesidades educativas especiales.
- Fomentar y facilitar la participación de padres, con unidades y organizaciones de personas con discapacidad en la planificación y el proceso de adopción de decisiones para atender a los alumnos y alumnas con necesidades educativas especiales.
- Invertir mayores esfuerzos en la pronta identificación y las estrategias de intervención, así como en los aspectos profesionales.
- Garantizar que, en un contexto de cambio sistemático, los programas de formación del profesorado, inicial y continua, estén orientados a atender las necesidades educativas especiales en las escuelas integradoras.

Sin embargo, el paso del tiempo no ha *hecho justicia* en nuestro entorno con los principios e intenciones que han venido articulando, desde el punto de vista conceptual, un marco para la acción con el alumnado con necesidades educativas especiales en la escuela. No hay que profundizar en exceso para colegir que, en materia de atención a la discapacidad, la escuela actual se encuentra alojada en patrones de respuesta institucional obsoletos, lentos y superficiales. Y alejada notablemente de los parámetros exigidos por las Recomendaciones internacionales en materia de derechos: *La educación que queremos* (FEAPS, 2009a), *Guía REINE, reflexión ética sobre inclusión en la escuela* (FEAPS, 2009b), *El impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad en la legislación educativa española* (CERMI, 2011).

Atender la discapacidad en los sistemas educativos supone un esfuerzo permanente del que siempre se verá beneficiada la escuela y, consecuentemente, las comunidades educativas en su conjunto. Apelando al desarrollo estable de políticas de inclusión, superando la inicial visión definida por la escuela integradora, y haciendo efectivo para todos el derecho a la educación, contemplando la igualdad de oportunidades, la eliminación de barreras para el aprendizaje y la participación en el contexto físico y social (Parra, 2010).

Es en este contexto donde hemos de ubicar la respuesta de los sistemas y de la organización escolar a las específicas necesidades en materia de conflictos en la convivencia y acoso e intimidación entre iguales a las que se ha hecho referencia de modo singular cuando la víctima vive alguna situación de discapacidad. Un contexto inclusivo, de educación para todos, construyendo comunidad, estableciendo valores inclusivos compartidos -igualdad, derechos, participación, comunidad, sensibilidad-, fundamentada en el espíritu de alegría, afecto, esperanza y optimismo, construyendo un currículum para todos y promoviendo la convivencia y dinámica de las relaciones -atención a la diversidad, No-violencia, confianza, compasión, honestidad y valor- (Booth y Ainscow, 2015). Es necesario prestar atención a las cifras que presentaba el Informe del Defensor del Pueblo 2007 sobre acoso escolar, en el que se señalaba que el porcentaje de alumnado que sufría acoso y acudía al profesorado era del 14%, mientras que el profesorado respondía ante el acoso (ya fuera percibido por el profesor o denunciado por algún alumno) en un 15%. Cifras muy bajas en la consideración de los mecanismos de comunicación y respuesta a las situaciones de maltrato entre iguales en los entornos escolares. Han pasado más de ocho años desde el referido informe si bien la necesidad de recursos, formación y apoyo al profesorado en esta materia sigue considerándose imprescindible.

Frente a posturas casi apocalípticas que desconfían de la capacidad de nuestros centros educativos para la mejora permanente y el cambio, sosteniendo que no importa ni la calidad de los medios, ni la capacitación del profesorado, ni los sistemas de dirección y organización escolar, sino la clase social o características del alumnado, debe señalarse que, muy al contrario, la escuela sí importa. Importa su visión, sus objetivos, sus formas de organizarse, su manera de interpretar y llevar a efecto la idea de la comunidad educativa y la participación. El clima escolar, cualquiera que sea este, no

puede ni debe explicarse exclusivamente ni por el origen social de sus alumnos ni por el emplazamiento geográfico de los centros. La escuela sí importa, ha de insistirse, como importa la configuración de modelos organizativos flexibles, solidarios, vivos e integrados en el entorno, que favorecen la comunicación y basados en el desarrollo de actuaciones educativas de éxito dirigidas a la transformación social y educativa¹⁷. Una escuela que se nutre y opera desde y por los valores inclusivos se define como un marco para la educación y la acción donde el respeto a las diferencias, entre otros, supone el corazón de cada experiencia cotidiana¹⁸. Una escuela inclusiva, que se sustenta en la *participación de todos los estudiantes y adultos, cercana y sensible con la diversidad de su alumnado, sea en razón de sus orígenes, intereses, experiencias, conocimiento, capacidades o cualquier otra* (Booth y Ainscow, 2015, p. 13).

El reto, el desarrollo de propuestas de escuelas inclusivas, ya se ha dicho, y, con carácter singular, *seguras*: (1) Escuelas que se definen y organizan desde una visión filosófica y humanista de la educación: el aprender a convivir es, en sí, una finalidad, un resultado del proceso de escolarización que pretende socializar a los alumnos en valores deseables y generalizables, como la honestidad, la consideración, la empatía, la tolerancia, la solidaridad, el respeto a las ideas y actitudes de los demás. (2) Promueven el aprendizaje, la confianza y la conducta social apropiada, tienen un marcado enfoque de éxito escolar para todos e impulsan las relaciones positivas entre el personal y los alumnos. (3) Tratan a todo el alumnado con igual respeto, evitando el favoritismo y trato injusto. (4) Crean medios y espacios para que los alumnos compartan sus preocupaciones y expresen sus emociones y sentimientos. (5) Disponen de un sistema interno de información confidencial, entre el profesorado y equipos de orientación, para analizar y abordar situaciones conflictivas en materia de convivencia. (6) Ofrecen programas de orientación y apoyo para los alumnos que puedan verse implicados de forma expresa en situaciones de conflicto entre iguales. (7) Trabajan juntos y colaborativamente: incorporan a los padres, a la comunidad social y al barrio en el diseño, desarrollo y seguimiento del Proyecto Educativo de centro. (8) Definen y tratan la disciplina desde un enfoque de diálogo y acuerdos previos en la comunidad educativa,

17.- <http://www.comunidadesdeaprendizaje.net/>

18.- <http://www.consortio-educacion-inclusiva.es/>

con una visión preventiva y reeducadora (las soluciones pasan por abordar los temas, enfrentarlos y ahondar en la reparación, el perdón y la reconciliación) y no exclusivamente desde la perspectiva correctiva. (9) Profundizan en el desarrollo de nuevas y más adecuadas propuestas de prevención e intervención, especialmente a través de programas de mediación en la escuela: profesores y alumnos implicados en la información, sensibilización y formación para prevenir y, en su caso, mediar en los conflictos suscitados (Ortega y Del Rey, 2006; Torrego y Galán, 2008; Torrego, 2010; Luengo¹⁹, 2014). (10) Asientan sus planes en la perspectiva de derechos y ciudadanía: cuando el alumnado siente y ejercita la comunicación fluida con sus profesores, cuando observa actitudes de escucha y respeto, de afrontamiento y sensibilidad, las posibilidades de la acción preventiva en materia de conflictos de convivencia se amplían de modo significativo.

Monjas, Martín-Antón, García-Bacete y Sanchiz (2014) definen tres tipos de intervenciones que contribuirían a mejorar los procesos y procedimientos, tanto desde la perspectiva de prevención como de intervención, en materia de atención a las situaciones de acoso y maltrato entre iguales, con carácter general, pero especialmente pertinentes en aquellas en las que niños y adolescentes con discapacidad puedan verse afectados. (1) Por un lado, la necesidad de formación del profesorado, siempre a los efectos de visibilizar tanto los problemas específicos de esta población en casos de esta naturaleza, como de señalar su influencia en las dinámicas del aula y en la creación de contextos y redes de apoyo para el alumnado con dificultades. (2) Por otro lado, subrayan la importancia del trabajo con los iguales del grupo que pueden ser un importante factor de resiliencia para reducir la vulnerabilidad de los potenciales compañeros rechazados o víctimas. (3) Por último, insisten en la necesidad de seguir analizando el fenómeno, con el fin de comprenderlo en todas sus dimensiones y posibilitar así el diseño y desarrollo de planes de información y sensibilización con los grupos-clase a través de, entre otros, programas socio-emocionales, metodología cooperativa, erradicación de sesgos reputacionales, potenciación de la amistad y establecimiento de redes de ayuda entre iguales, y también la intervención más específica con los alumnos con necesidades de apoyo educativo y con los rechazados (García Bacete et al., 2013).

19.- <http://blogluengo.blogspot.com.es/2013/02/proyecto-de-alumnos-ayudantes-en-tic.html>

A la hora de abordar las situaciones de acoso escolar, la documentación en nuestro país destaca ya por su cantidad y calidad de las propuestas. Numerosos modelos de intervención, planes y programas han ido elaborándose y testándose en la práctica cotidiana en nuestros centros educativos, de manera que, en modo alguno, podría argumentarse que se adolece de ejemplos y marcos de actuación serios y adecuadamente tasados. Otra cosa, sin duda, es situar el marco de análisis en los procesos de ejecución y desarrollo de los mismos. En este ámbito es imprescindible seguir profundizando, trabajando por la incardinación plena en el *corazón* de los proyectos educativos de los planes de promoción de la convivencia y abordaje de situaciones de conflicto entre compañeros. Especialmente reseñables, entre otros, son los planteados por (1) Ortega et al. (1998), con su Proyecto *La convivencia escolar, qué es y cómo abordarla*. (2) Díaz-Aguado (2006), en su proyecto *Convivencia escolar y prevención de la violencia*²⁰. Y más recientemente, (3) Avilés, Irurtia, García-López y Caballo (2011), en su trabajo *El maltrato entre iguales: Bullying*, señalan los retos que el trabajo contra el acoso escolar plantea a los diferentes responsables educativos caracterizando especialmente la elaboración de proyectos *antibullying* como respuesta a esos retos; asimismo, analizan las especiales circunstancias que exige la lucha contra el ciberbullying y se plantea la educación moral como vía para en un futuro lograr espacios educativos más sanos y libres de acoso. (4) Asimismo, Avilés (2013, p.65-73), en su artículo, *Análisis psicosocial del ciberbullying: claves para una educación moral*, en el que se revisan los procesos que se dan, de modo específico, en el *ciberbullying*, en los planos interpersonal, intrapersonal, grupal y contextual, analizando los componentes más significativos en los perfiles de sus participantes; y, por otra parte, se relacionan con los valores morales que ponen en juego. Se destacan en el trabajo asimismo las condiciones educativas que favorecen tareas de prevención e intervención en el *ciberbullying* por la comunidad educativa y se sugieren líneas de trabajo para tratar los contenidos de la educación moral por parte de los agentes educativos para erradicar estas conductas. (5) El Proyecto de alumnos ayudantes TIC²¹ (Luengo, 2013; Luengo, 2014, p. 57-69; Luengo y Benito, 2014), El proyecto de ayudantes en TIC, iniciado en la zona sur de Madrid el curso escolar 2012-13 en el marco de trabajo de las Mesas de

20.- <http://www.deciencias.net/convivir/1.documentacion/D.violencia/Diaz-aguado/index.html>

21.- <http://blogluengo.blogspot.com.es/2014/10/presentacion-del-proyecto-alumnos.html>

salud locales y definido a partir de principios esenciales con el objetivo de informar, formar y sensibilizar sobre el uso adecuado de las TIC por niños y adolescentes y prevenir el *ciberbullying*:

- La idea de trabajo en el marco de y para el diseño y desarrollo de buenas prácticas, recogiendo la amplia trayectoria que, en materia de promoción de la convivencia, vienen desarrollando un buen número de centros educativos, singularmente Institutos de educación secundaria, en el ámbito de la enseñanza pública, y no pocos centros concertados.
- La experiencia planteada incorpora, asimismo, las iniciativas puestas en práctica en materia de formación de alumnos ayudantes en los contenidos antes citados, trasladando el modelo de formación y ayuda en cascada al ámbito de las TIC y su uso por parte de niños y adolescentes.
- El objetivo, la configuración de equipos estables de apoyo que desarrollen actividades específicas de sensibilización e información en centros de educación primaria, concretamente en unidades de tercer ciclo de la etapa, sobre los usos y abusos de determinadas las herramientas tecnológicas y, de modo específico, de promoción de sana ciudadanía digital y prevención de comportamientos inadecuados.
- El trabajo desarrollado a partir *de* y trabajando *con* valores. No es a otro sitio al que se pretende ir. Primero, pensando en la *intimidad*, lo que es nuestro, lo privado, lo que forma parte de nuestra esencia, de nuestros sueños, nuestras ideas más propias. Nuestra imagen. Y reflexionar sobre nuestra exposición. Lo que decimos de nosotros, lo que mostramos, lo que nos mostramos. Datos, pensamientos, imágenes, anhelos, actividades. Y pensar, claro, en quiénes queremos ser en la red. Nuestra identidad en ella. Nuestras reservas y opciones de exposición. A los demás. A los conocidos y no conocidos. A unos amigos y *otros*. Segundo, adentrándonos en *el respeto a los otros*, a aquellos que comparten, de una u otra manera, nuestra vida. Alimentar la capacidad para pensar en los sentimientos de los demás, en sus pensamientos, en sus creencias. En lo que son y quieren ser. Y nutrir la competencia personal de ponerse en su lugar. La dignidad, insisto, en la base. La nuestra, la de los demás.
- La alfabetización digital, incluida la prevención de riesgos de mal uso, debe empezar pronto, y, de modo singular, en la educación primaria.

Es en este contexto donde más oportunidades podemos encontrar para sembrar buenas prácticas, para dimensionar adecuadamente los riesgos de determinadas acciones.

- La prevención de los malos usos y de los abusos empieza, también, por abordar la tarea con los más pequeños. Es frecuente escuchar en los centros de educación infantil y primaria que no suele aparecer este tipo de problemas.
- La experiencia de formar a adolescentes para que ayuden a los más pequeños. Dar protagonismo a los chicos y las chicas, enseñarles a ayudar, a estar presentes y activos en situaciones en que el apoyo, el respeto y la solidaridad entre iguales es imprescindible. El diálogo entre iguales como marco de referencia del proyecto.

En el ámbito específico de la prevención del buen uso de las TIC por parte de personas con discapacidad y la prevención de situaciones de *ciberbullying* debe reseñarse el Proyecto *SafeSurfing*²², diseñado en Europa y desarrollado en el marco de la organización europea *Inclusion Europe* (en países como Italia, Polonia, Reino Unido, Bélgica y España), destinado a promocionar el conocimiento sobre protección de datos y seguridad en la red de las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo. El programa establece líneas de formación en materia de protección de datos y de conductas seguras en la red.

La atención a la discapacidad requiere una *mirada* permanente, una evaluación continua, y, de modo especial, un *perfil de exquisita sensibilidad* en cualquier proceso o procedimiento diseñado y puesto en marcha a tal efecto. En el contenido que ocupan las reflexiones de este capítulo. Atender adecuadamente a la discapacidad se hace singularmente relevante, en todo caso, desde las primeras edades y, por supuesto, en el trascurso del itinerario escolar, marcado por el desarrollo de la estructura y eje de la personalidad, y necesitado de protocolos de atención, cuidado y apoyo que habiliten en el alumnado modos de estar, hacer, sentir, estar, compartir y participar activas, seguras, flexibles y fiables. El acoso, maltrato e intimidación escolar suponen una de las agresiones más rotundas e insondables que puede vivir un ser humano y, especialmente, el ser humano en crecimiento, en pleno proceso

22.- <http://www.safesurfing.eu/es/>

de maduración y desarrollo. Y, por supuesto, ya se ha dicho, afectando de manera cruel y estable a los colectivos más vulnerables, entre ellos los niños y adolescentes con algún tipo de discapacidad o necesidad de apoyo educativo. No faltan planes, programas y protocolos, incluso específicos para el tratamiento preventivo y de intervención en situaciones de *ciberbullying*²³. Los retos pasan por asentar la sensibilidad, intensificar el análisis de los proyectos y prácticas, valorar sustancialmente la repercusión de las acciones y considerar en su justa medida la facilidad con la que el fenómeno de la invisibilidad surge, entregados al día a día de las prácticas educativas. El resultado de no ver, no ya de mirar hacia otro lado, que también por supuesto, es la vergüenza, el sufrimiento, la pérdida de confianza en todo, la inactividad en ocasiones, la sensación de indefensión. Y no podemos ni debemos permitirlo. De ninguna de las maneras.

BIBLIOGRAFÍA

Alonso, M. J. y De Araoz, I. (Septiembre, 2011) El Impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en la Legislación Educativa Española. CERMI. Recuperado de: http://www.conven-ciondiscapacidad.es/Noticias/impacto_convencion_legislacion_educativa.pdf

Andrés, S. y Barrios, A. (2008) De la violencia a la convivencia en la escuela: El camino que muestran los estudios más recientes. *Revista Complutense de Educación Vol. 20* (1) pp. 205-227.

Ararteko e IDEA (2006) Convivencia y conflictos en los centros educativos. Ararteko. Recuperado en: http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/1_244_3.pdf

Avilés, J. M., Irurtia, M. J., García-López L. J. y Caballo, V. E. (2011) El Maltrato entre Iguales: "Bullying". *Behavioral Psychology / Psicología Conductual, Vol. 19* (1), pp. 57-90.

23.- <http://www.copmadrid.org/webcopm/recursos/CiberbullyingB.pdf> (p. 115-133)
<http://www.ciberbullying.com/cyberbullying/tag/emici/>

Avilés, J.M. (2013) Análisis Psicosocial del Cyberbullying: Claves para una Educación Moral. *Papeles del Psicólogo*, Vol. 34(1), pp. 65-73.

Avilés, J.M. (2013) Bullying y cyberbullying: apuntes para un proyecto anti-bullying

CONVIVES (en línea). *Revista digital de la Asociación CONVIVES*, Vol. 3. pp. 4-15. Madrid.

Bank-Mikkelsen, N. (1975) El principio de normalización. *Siglo Cero*, Vol. 37, pp. 16-21.

Booth, T., y Ainscow, M. (aut) Echeita, G., Muñoz, Y., Simón, C. y Sandoval, M. (trad) (2015) *Guía para la educación inclusiva*. FUHEM Educación y OEI. Madrid.

Campoy, I. (Coord) Dirección de Sensibilización y Políticas de infancia UNICEF (Diciembre, 2013) Estudio sobre la Situación de los Niños y las Niñas con Discapacidad en España. Producción editorial: Huygens Editorial La Costa, 44-46, Recuperado de: <http://www.unicef.es/actualidad-documentacion/publicaciones/estudio-sobre-la-situacion-de-los-ninos-y-las-ninas-con>

Carter, B. B. y Spencer, V. G. (2006) The Fear factor: Bullying and students with disabilities. *International Journal of special education* Vol. 21 (21).

Centro Reina Sofía (2011) Informe Maltrato infantil en la familia en España. Informes, Estudios e Investigación 2011 Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Recuperado de: http://www.observatoriodelainfancia.msssi.gob.es/productos/pdf/malt2011v4_total_100_acces.pdf

Cerezo, F. (2009) Bullying: análisis de la situación en las aulas españolas. *International Journal of Psychology and Psychological Therapy*, Vol. 9 (3) pp. 367-378

Cervera, L. (2009) *Lo que hacen tus hijos en Internet*. Ed. Integral. Barcelona.

Conserjería de Educación de Cantabria (2006) Estudio de Conductas, Clima Escolar y Convivencia en los Centros Educativos de Cantabria. Recuperado

en: http://www.educantabria.es/docs/info_institucional/publicaciones/2006/Convivencia.pdf?phpMyAdmin=DxoCAdBlc%2CANuNlkvc-WZcMiFvc

CONVIVES (Abril, 2013) *Revista digital de la Asociación CONVIVES*, Vol. 3. Madrid, Recuperado de: http://convivenciaenlaescuela.es/wp-content/uploads/2013/06/Revista-CONVIVES-N_3-Abril-2013.pdf

Copeland, W. E., Wolke, D., Angold, A. y Costello, E. J. (2013) Adult Psychiatric Outcomes of Bullying and Being Bullied by Peers in Childhood and Adolescence. *JAMA Psychiatry*. Vol. 70 (4), 419-426.

Copeland, W. E., Costello, E. J., Lereya, S. T. y Wolke, D. (2015) Adult mental health consequences of peer bullying and maltreatment in childhood: two cohorts in two countries. *The Lancet Psychiatry*, Vol. 2, pp. 524–531.

Cowie, H. (2013) El Impacto Emocional y las Consecuencias del Ciberacoso. *Revista digital de la Asociación CONVIVES*, Vol. 3. pp. 16-24.

Daniel Falla, D., Alós, F.J., Moriana, J.A. y Ortega, R. (2012) La violencia entre estudiantes según el profesorado en los Centros de Educación Especial de Córdoba. *Aula Abierta*, Vol. 40 (1), pp. 3-14. ICE. Universidad de Oviedo.

Dawkins, J. L. y Hill, P. (1995). Bullying: Another form of abuse? *Recent Advances in Pediatrics*, Vol. 13, pp. 103–122.

Dawkins, J. L. (1996). Bullying, physical disability and the pediatric patient. *Developmental Medicine and Child Neurology*, Vol. 38, pp. 603–612.

Defensor del Pueblo (2007) Violencia Escolar: el Maltrato entre Iguales en la Educación Secundaria Obligatoria 1999-2006. Gobierno de España. Recuperado de: <https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/05/2007-01-Violencia-escolar-el-maltrato-entre-iguales-en-la-Educaci%C3%B3n-Secundaria-Obligatoria-1999-2006.pdf>

Del Barrio, C. (2013) Experiencias de acoso y ciberacoso: autores, autoras, víctimas y consideraciones para la prevención. *Revista digital de la Asociación CONVIVES*, Vol. 3. pp. 25-35. Madrid.

Del Rey, R y Ortega, R (2007) Violencia escolar: claves para comprenderla y afrontarla. *Revista de Investigación Educativa*, Vol. 1 pp. 77-90.

Del Rey, R., Ortega, R. y Feria, I. (2009). Convivencia escolar: fortaleza de la comunidad educativa y protección ante la conflictividad escolar. *Revista interuniversitaria de formación del profesorado*, Vol 66, pp. 159-180.

Del Rey, R., Elipe, P., Ortega-Ruíz, R. (2012) Bullying and cyberbullying: Overlapping and predictive value of the co-occurrence . *Psicothema*. Vol. 24 (4), pp. 608-613.

Díaz-Aguado, M.J. (2006) *Convivencia escolar y prevención de la violencia*. Ministerio de Educación y Ciencia, CNICE. Madrid. Recuperado de: <http://www.deciencias.net/convivir/1.documentacion/D.violencia/Diaz-aguado/index.html>

Díaz-Aguado, M. J., Martínez-Arias, R. y Martín, J. (2013) El acoso entre adolescentes en España. Prevalencia, papeles adoptados por todo el grupo y características a las que atribuyen la victimización. *Revista de Educación*, Vol. 362. pp. 348-379.

Eguren, P., Gutiérrez, H., Herrero, M.I. y López, J.L. (2006). Maltrato y discapacidad visual. *Psicología Educativa*, Vol. 12, pp. 21-33.

Estévez, E., Martínez, B. Y Musitu, G. (2006). La autoestima en adolescentes agresores y víctimas en la escuela: la perspectiva multidimensional. *Intervención Psicosocial*. Vol. 15 (2), 223-233.

FEAPS (2009) La educación que queremos. España. Recuperado de: http://www.feaps.org/biblioteca/documentos/educacion_inclusivaesp.pdf

FEAPS (2012) Hora para la inclusión. Recuperado de: <http://www.feaps.org/archivo/publicaciones-feaps/libros/cuadernos-de-buenas-practicas/1285-hora-para-la-inclusion.html>

Garaigordobil, M. y Oñederra, J.A. (2009) Acoso y violencia escolar en la comunidad autónoma del País Vasco. *Psicothema*, Vol. 21(1) pp. 83-89. Universidad del País Vasco.

Garaigordobil, M. (2013) Cyberbullying: Prevalencia en el país vasco, conexión con variables personales y familiares y programas de prevención e intervención *Revista digital de la Asociación CONVIVES*, Vol. 3. (pp. 45-47).

García Bacete, F. J., Jiménez, I., Muñoz, M. V., Monjas, M. I., Sureda, I., Ferrá, P., Martín-Antón, L. J., Marande, G. y Sanchíz, M. L. (2013). Aulas como contextos de aceptación y apoyo para integrar a los alumnos rechazados. *Apuntes de Psicología*, Vol. 31(2), pp. 11-20.

Gerland, G. (2005). Comprender y ayudar a los niños con síndrome de Asperger/Autismo de Alto Funcionamiento: Experiencias personales. J. Martos, P. Gonzalez, M. Llorente y C. Nieto (comp). *Nuevos desarrollos en autismo: El futuro es hoy*. Madrid. IMSERSO-APNA.

Grupo Educación COGAM (2013) Informe de Homofobia en las aulas. COGAM. Recuperado en: <http://www.cogam.es/secciones/educacion/documentos-sin-orden/i/1126824/154/homofobia-en-las-aulas-2013>

Hernández, J.M. y Van der Meulen K. (2010). El Maltrato por Abuso de Poder en el Alumnado con Trastornos del Espectro Autista y sus efectos sobre la Inclusión. *Siglo Cero Revista Española sobre Discapacidad Intelectual* Vol. 41 (233), P. 23-40.

Instituto Vasco de Evaluación e Investigación Educativa. (Noviembre 2012). El Maltrato entre Iguales en Educación Primaria y ESO. ISEI.IVEI. Bilbao. Recuperado en: http://www.isei-ivei.net/cast/pub/bullying2012/Informe_Ejecutivo%20_maltrato2012.pdf

Jackson, P. (1968) *La vida en las aulas*. Madrid, España. Ediciones Morata
Lázaro, I., Mora, N. y Sorzano, C. (Coords.) (2012) Capítulo: Menores e intimidad en la red: cuando los demás son objetos. *Menores y Nuevas Tecnologías*. pp. 167-207. Madrid.

Loinaz, I., Echeburúa, E. e Irureta, M. (2011) Trastornos Mentales como Factor de riesgo de la Victimización Violenta. *Behavioral Psychology / Psicología Conductual*, Vol. 19 (2), pp. 421-438.

Luengo, J. A. (2013) Promover valores y ética en las relaciones digitales: la necesidad de actuar cuanto antes. *Avances en Supervisión Educativa*, Revista de la Asociación de Inspectores de Educación de España, Vol. 18.

Luengo, J y Benito, M. (2014) Educar en el buen uso de las TIC: El Proyecto de alumnos ayudantes en el IES Parque de Lisboa. *Revista Convives*, Vol. 7: La voz del alumnado, pp. 79-87.

Luengo, J. A. (2014): *Guía de cyberbullying, prevenir y actuar*. Madrid: COP.
Martos Carmona, A. y Del Rey Alamillo, R. (2013) Implicación del alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo en bullying. *Apuntes de Psicología*, Vol. 31(2), pp. 183-190.

Marshall, C.A., Kendall, E., Banks, M.E. y Gover, R.M.S. (Eds) (2009): *Disabilities: Insights from across Fields and around the World*, Vol. 3, Westport, CT: Praeger.

Ministerio de Educación y Ciencia de España y UNESCO. Declaración de Salamanca y marco de Acción para las Necesidades Educativas Especiales (Junio, 1994) UNESCO. Recuperado de: http://www.unesco.org/education/pdf/SALAMA_S.PDF

Monjas, M. I., Martín-Antón, L.J., García-Bacete, F.J. y Sanchiz, M.L. (2014) Rechazo y victimización al alumnado con necesidad de apoyo educativo en primero de primaria. *Anales de psicología* Vol. 30(2), pp. 499-511.

Mora-Merchán, J. (2006) Las estrategias de afrontamiento, ¿mediadoras de los efectos a largo plazo de las víctimas del bullying? *Anuario de psicología Clínica y de la Salud*, Vol. 2, pp. 15-26.

Nirje, B. (1969) The normalization principle: implications on normalization, Symposium on normalization, SIIS, Madrid.

Nuñez, M.C.; Herrero, S.; y Aires, M.M. (2006) Diez referencias destacadas acerca de: Acoso escolar. *Anuario de psicología clínica y de la salud*, Vol. 2, pp. 35-50. Recuperado de: http://institucional.us.es/apcs/doc/APCS_2_esp_35-50.pdf

Olweus, D. (1993) *Bullying at school: what we know and what we can do*. New York. Blackwell.

Olweus, D. (2003) A Profile of Bullying at School. *Educational Leadership Vol. 60* (6), pp. 12–19.

Ortega, R. y cols. (1998) “La Convivencia Escolar: qué es y cómo abordarla”. Programa Educativo de Prevención de Maltrato entre compañeros y compañeras. Consejería de Educación y Ciencia, Junta de Andalucía.

Ortega, R., Calmaestra, J. y Mora-Merchán, J. A. (2008). Cyberbullying. *International Journal of Psychology and Psychological Therapy, Vol. 8*(2), pp. 183-192.

Ortega, R. y Mora-Merchán, J. A. (2008). Las redes de iguales y el fenómeno del acoso escolar: Explorando el esquema dominio-sumisión. *Infancia y Aprendizaje, Vol 31*(4), pp. 515-528.

Ortega, R. (coord.) (2010) Violencia escolar y bullying. *En Treinta años de investigación y prevención del bullying y la violencia escolar*. pp. 15-32 Alianza editorial.

Ortega, R. y Del Rey, R. (2006) La mediación escolar en el marco de la construcción de la convivencia y la prevención de la violencia. *Revista de la Asociación de Inspectores de Educación de España, Vol. 2*

Ortega, R; Rey, R y Casas, J.A. (2013) La convivencia escolar: clave en la predicción del bullying. *Revista Iberoamericana de Evaluación Educativa, Vol. 62*. pp. 91-102.

Parra, C. (2010) Educación inclusiva: Un modelo de educación para todos. *Dialnet Vol. 8*. P. 73-84. Madrid. España.

Piek, J. P., Barrett, N. C., Allen, L. S. R., Jones, A. y Louise, M. (2005). The relationship between bullying and self-worth in children with movement coordination problems. *The British Journal of Educational Psychology, Vol. 75*, pp. 453–463.

Red.es (2015): *Guía de Actuación contra el Ciberacoso*. Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Gobierno de España.

Serrano, A. e Iborra, I. (2005) Informe de la Violencia entre compañeros en la escuela. Centro Reina Sofía para el estudio de la Violencia. Recuperado de: https://convivencia.files.wordpress.com/2012/05/informe_reina_sofia-violencia200594p.pdf

Síndic. El defensor de les persones (Diciembre, 2006) Informe Extraordinario: Convivencia y Conflictos en los Centros Educativos. Recuperado en: http://www.sindic.cat/site/files/docs/48_Informe%20convivencia%20y%20conflictos%20en%20los%20centros%20educativoscast.pdf

Síndic de greuges de la Comunitat Valenciana (2007) La Escuela: Espacio de Convivencia y Conflictos. Alicante, Comunidad Valenciana. Recuperado en: http://www.elsindic.com/documentos/105_la_escuela_c.pdf

Sullivan, P. (2009) Violence Exposure Among Children with Disabilities. *Clinical Child Family Psychology Review Vol. 12*, pp. 196–216.

Torrego, J.C. (2008) Investigación evaluativa sobre el Programa de Mediación de Conflictos en Centros Escolares. *Revista de Educación, Vol. 347*. pp. 369-394.

Torrego, J. C. (2010) La Mejora de la Convivencia en un Instituto de Educación Secundaria de la Comunidad de Madrid. *Profesorado, revista de currículum y formación del profesorado Vol. 14* (1).

UDS Estatal de Educación (2009) Guía REINE "Reflexión Ética sobre la Inclusión en la Escuela". FEAPS. Recuperado de: <http://www.feaps.org/archivo/publicaciones-feaps/libros/cuadernos-de-buenas-practicas/117-guia-reine-reflexion-etica-sobre-la-inclusion-en-la-escuela-.html>

UNESCO (9 de marzo, 1990) Conferencia Mundial sobre Educación para Todos Satisfacción de las Necesidades Básicas de Aprendizaje Jomtien, Tailandia.

UNICEF (2013) El desarrollo del niño en la primera infancia y la discapacidad: Un documento de debate. OMS. Recuperado de: [http://www.unicef.org/earlychildhood/files/ECDD_SPANISH-FINAL_\(low_res\).pdf](http://www.unicef.org/earlychildhood/files/ECDD_SPANISH-FINAL_(low_res).pdf)

UNICEF. Estado mundial de la infancia 2013 Enfoque: Violencia contra los niños con discapacidad (2013) pp. 44-51.

Virginia Sánchez V., Ortega, R. y Menesini, E. (2012) La Competencia Emocional de Agresores y Víctimas de Bullying. *Anales de psicología*, Vol. 28 (1) pp. 71-82.

Warnock, H. M. (Mayo, 1978) Special Educational Needs: Report of the Committee of Enquiry into the Education of the Handicapped Children and Young People, Her Majesty's Stationery Office, Londres. Recuperado de: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20101021152907/http://sen.ttrb.ac.uk/attachments/21739b8e-5245-4709-b433-c14b08365634.pdf>

Wolfensberger, W (1975) The principle of normalization in human services. National Institute on Mental Retardation, Toronto.

VII.1

TRABAJO DE MENORES CON DISCAPACIDAD

Dña. Josefa García Lorente
*Abogado. Representante del Consejo General
de la Abogacía Española en el Foro Justicia y Discapacidad*

I. INTRODUCCIÓN

“La cuestión de la discapacidad no se analiza desde las limitaciones de las personas discapacitadas en sí mismas consideradas, sino desde la discapacidad de la sociedad para ajustarse a las diferencias que supone la discapacidad y para garantizar una igualdad de oportunidades para todos los ciudadanos” (GARRIDO).

A diferencia de los sistemas de protección social que atrapan a las personas con discapacidad considerándolas un objeto a tutelar, la nueva protección que ha de orientar al operador de la justicia se encamina a la liberación de las personas en sus propias vidas, a la ampliación de su esfera de actuación en la que han de decidir por sí mismas lo que quieren hacer (en su caso, con “apoyos adecuados”, *no sustitutivos* de los deseos, elecciones y necesidades personales) y al reconocimiento del valor de su aporte a la sociedad que integran, no como especialidad, sino “como parte de la diversidad y de la condición humanas.” Así se consagra genuinamente en esta dimensión el respeto por el derecho a la identidad.

La nueva protección se centra en las habilidades (más que en las deficiencias) y en la eliminación de los obstáculos del entorno, propiciando de ese modo el acceso y la inclusión activa en el sistema general de la sociedad (medio físico y cultural, justicia, vivienda y transporte, servicios sociales y sanitarios, oportunidades de educación y trabajo, vida familiar, cultural, social, gremial y política, deportes, recreación).

En este marco, las nuevas prácticas judiciales y la interpretación judicial (control de convencionalidad art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) contribuyen a la transformación del derecho, adecuándolo a la Convención, y a la transformación gradual de la realidad.

En los 30 años transcurridos desde la aprobación de la Constitución Española, la protección jurídica de las personas con discapacidad ha avanzado muy significativamente en el orden internacional y en el orden interno, mucho más allá de lo que en su momento pudieron prever los redactores del art. 49 CE.

Ese objetivo constitucional de tutela de las personas con discapacidad ha sido confirmado, precisado y completado por obra de instrumentos internacionales y comunitarios que en las últimas décadas han destacado la íntima conexión existente entre la tutela de la Discapacidad y la lucha contra las desigualdades y la exclusión social, convirtiendo a los principios de igualdad de oportunidades, de trato y de no discriminación en el nuevo fundamento del reconocimiento de los derechos de las personas con minusvalía.

El 3 de mayo de 2008, entró en vigor en España, el Convenio de la ONU sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, firmado en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificado posteriormente por una veintena de países.

La Convención es el primer tratado del siglo XXI en ser adoptado, es el tratado que se ha negociado con mayor rapidez en la historia del derecho internacional, asegurará que las personas con discapacidades disfruten de los mismos derechos humanos en los campos de la educación y el empleo, y que la arquitectura sea adaptada a sus necesidades.

Los defensores de los derechos humanos esperan que, gracias a la Convención, se asegure que los países no puedan seguir relegando al margen de la sociedad a las personas con discapacidad. Los países que la ratifiquen estarán jurídicamente obligados a tratar a las personas con discapacidad como sujetos de derecho con derechos claramente definidos.

Cabe señalar, por su importancia, que la Convención reconoce que se necesita un cambio de actitud en la sociedad para que las personas con discapacidad logren la igualdad de condición.

Lo que trata de hacer la convención, es elaborar detalladamente los derechos de las personas con discapacidades y establecer un código de aplicación, que se proyecte mas allá de las nomás Internacionales y Nacionales que ya han desarrollado algunos aspectos de la materia, de las que cabe reseñar las siguientes.

Un Protocolo Facultativo permite a personas o grupos de personas presentar peticiones al Comité una vez que esos hayan agotado todos los recursos internos disponibles.

II. PROTECCIÓN DE LOS MENORES

Los derechos de la infancia fueron reconocidos, en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada como Tratado Internacional de Derechos Humanos el 20 de noviembre de 1989, tiene carácter vinculante para los Estados firmantes que han de informar al Comité de los Derechos del Niño sobre los pasos que han adoptado para aplicarla, (España lo ratificó en 1990).

Se han habilitado, además, tres protocolos facultativos, y España, como signataria de la convención, tiene un compromiso con la realización de los derechos de la infancia en todo el mundo; compromiso que se vio reforzado con la ratificación del tercer protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño el 19 de abril de 2013, con entrada en vigor el 14 de abril de 2014. Por ello, la garantía y la protección de los derechos de la infancia es un compromiso de la cooperación española en el marco de la cooperación internacional para el desarrollo y de su política exterior.

En este sentido, la Ley de cooperación internacional para el desarrollo, de 1998, establece explícitamente en su artículo 7, apartado c, entre las prioridades sectoriales: la protección y el respeto de los derechos humanos, la igualdad de oportunidades, la no discriminación y la accesibilidad universal de las personas con discapacidad, la participación e integración social de la mujer y la defensa de grupos de población más vulnerables, entre los que se menciona a los menores, con especial atención a la erradicación de la explotación laboral infantil.

Por ello, los sucesivos planes directores de la cooperación española que tienen una vigencia de cuatro años, también han venido contemplando la prioridad de trabajar por garantizar los derechos de los niños y niñas más desfavorecidos en el mundo.

Cardona Torres, considera, que si bien no existe en nuestro ordenamiento jurídico una Ley específica de protección de la juventud trabajadora, como sí sucede en otros países, quedan suficientemente protegidos los derechos del trabajador menor de edad en el conjunto de las disposiciones de orden social y penal; siendo deseable, sin embargo, una mayor especificación protectora en el Código Penal, y una reunificación de la normativa social, que podría tener cabida en un próximo Decreto del Gobierno que desarrollare la previsión contenida en el art. 6 del Estatuto de los Trabajadores¹.

El trabajo constituye un derecho reconocido en la Constitución (art. 35), y, como tal, tiene una regulación específica en el Estatuto de los Trabajadores, que atiende, con especial significado, a cuanto se refiere a la capacidad contractual del menor de edad. Concretamente, podemos diferenciar la siguiente clasificación:

- a) Los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis, legalmente emancipados o que vivan de forma independiente, con consentimiento de sus padres o tutores, pueden celebrar contratos de trabajo, sin precisar de autorización alguna (art. 7 b del Estatuto de los Trabajadores), y el menor sujeto a tutela, al que el Juez conceda el beneficio de mayor edad, conforme establece el art. 321 del Código Civil.
- b) Los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis, no emancipados, que vivan a expensas de sus padres o tutores, necesitan su autorización para celebrar un contrato de trabajo; quedando autorizados, con ello, para ejercitar los derechos y cumplir los deberes que se derivan de su contrato, así como para su libre cesación (arts. 7 b del Estatuto de los Trabajadores; 162.3 del Código Civil y 16 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social).

1.- Los Trabajadores Menores de Edad. Capacidad Contractual y Trabajos Prohibidos. Juan Cardona Torres. Administrador Civil Del Estado. Diario La Ley, 1992, Pág. 981, Tomo 4, Editorial La Ley

- c) Los menores de dieciséis años, emancipados por matrimonio, están capacitados, sin precisar de autorización alguna, para celebrar cualquier tipo de contrato de trabajo que no infrinja las prohibiciones establecidas para los menores, que luego se indicarán (arts. 316 y 323 del Código Civil).
- d) Lo menores de dieciséis años que actúen en espectáculos públicos precisarán de la autorización de la autoridad laboral y de sus padres o tutores.

Con carácter general, se prohíbe la admisión al trabajo a los menores de dieciséis años (artículo 6.1 del Estatuto de los Trabajadores).

Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán:

- a) Realizar trabajos nocturnos ni aquellas actividades o puestos de trabajo que el Gobierno, a propuesta del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, previa consulta con las organizaciones sindicales más representativas, declare insalubres, penosos, nocivos o peligrosos, tanto para su salud como para su formación profesional y humana (artículo 6.2 del Estatuto de los Trabajadores).
- b) Realizar horas extraordinarias (artículo 6.3 del Estatuto de los Trabajadores).

La transgresión de las normas sobre trabajo de menores contempladas en la legislación laboral se considera una infracción muy grave en materia de relaciones laborales individuales y colectivas en el artículo 8.4 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Los trabajadores menores de dieciocho años no podrán realizar más de ocho horas diarias de trabajo efectivo, incluyendo, en su caso, el tiempo dedicado a la formación y, si trabajasen para varios empleadores, las horas realizadas con cada uno de ellos (artículo 34.3 del Estatuto de los Trabajadores), el período de descanso tendrá una duración mínima de treinta minutos, y deberá establecerse siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de cuatro horas y media (artículo 34.4 del Estatuto de los Trabajadores).

La duración del descanso semanal de los menores de dieciocho años será, como mínimo, de dos días ininterrumpidos (artículo 37.1 del Estatuto de los Trabajadores).

La intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos sólo se autorizará en casos excepcionales por la Autoridad Laboral, siempre que no suponga peligro para su salud física ni para su formación profesional y humana.

La autorización habrá de solicitarse por los representantes legales del menor, acompañando el consentimiento de éste, si tuviera suficiente juicio, y la concesión de la misma deberá constar por escrito, especificando el concreto espectáculo o actuación para la que se concede.

Concedida la autorización, corresponde al padre o tutor la celebración del correspondiente contrato, requiriéndose también el previo consentimiento del menor, si tuviere suficiente juicio; asimismo, corresponde al padre o tutor el ejercicio de las acciones derivadas del contrato (artículos 6.4 del Estatuto de los trabajadores y 2.1 del Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la Relación Laboral Especial de los Artistas en Espectáculos Públicos).

El artículo 27.1 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de protección de los menores, establece que antes de la incorporación al trabajo de jóvenes menores de dieciocho años, y previamente a cualquier modificación importante de sus condiciones de trabajo, el empresario deberá efectuar una evaluación de los puestos de trabajo a desempeñar por los menores, a fin de determinar la naturaleza, el grado y la duración de su exposición, en cualquier actividad susceptible de presentar un riesgo específico al respecto, a agentes, procesos o condiciones de trabajo que puedan poner en peligro la seguridad o la salud de estos trabajadores.

A tal fin, la evaluación tendrá especialmente en cuenta los riesgos específicos para la seguridad, la salud y el desarrollo de los jóvenes derivados de su falta de experiencia, de su inmadurez para evaluar los riesgos existentes o potenciales y de su desarrollo todavía incompleto, el empresario está obligado a informar a los jóvenes y a sus padres o tutores que hayan intervenido en la contratación, conforme a lo dispuesto en el artículo 7.b) del Estatuto de

los Trabajadores, de los posibles riesgos y de todas las medidas adoptadas para la protección de su seguridad y salud.

La citada Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, faculta expresamente al Gobierno para establecer las limitaciones a la contratación de jóvenes menores de dieciocho años en trabajos que presenten riesgos específicos (artículo 27.2) y hasta entonces se mantiene la vigencia del Decreto 26 julio 1957, por el que se fijan los trabajos prohibidos a mujeres y menores, en los aspectos de su normativa relativos al trabajo de los menores (Disposición Derogatoria Única).

El término “trabajo infantil” suele definirse como todo trabajo que priva a los niños de su niñez, y su dignidad, y que es perjudicial para su desarrollo físico y psicológico, se alude al trabajo que:

- Es peligroso y perjudicial para el bienestar físico, mental o moral del niño.
- Interfiere con su escolarización, privándoles de la posibilidad de asistir a clases, u obligándoles a abandonar la escuela de forma prematura.

En las formas más extremas de trabajo infantil, los niños son sometidos a situaciones de esclavitud, separados de su familia, expuestos a graves peligros y enfermedades y/o abandonados a su suerte en la calle de grandes ciudades.

Una prioridad es la eliminación inmediata de sus peores formas de trabajo infantil según la definición del Artículo 3 del Convenio núm. 182 de la OIT:

- a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y la trata de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;
- b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;
- c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de es-

tupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes, y;

- d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

El trabajo que pone en peligro el desarrollo, físico, mental o moral del niño, sea por su naturaleza o por las condiciones en las que se efectúa, es denominado “trabajo peligroso”.

La mayor parte de los países han adoptado leyes que prohíben o imponen severas restricciones al empleo y el trabajo de los niños, en gran medida, impulsados y guiados por normas adoptadas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Pese a estos esfuerzos, el trabajo infantil sigue existiendo a escala masiva y en ocasiones tiene lugar en condiciones deplorables, en particular, en el mundo en desarrollo. Este fenómeno es infinitamente complejo, y a ello se debe que el progreso haya sido lento o aparentemente inexistente.

No obstante, la base de una acción determinada y concertada debe ser una legislación en la que se establezca la eliminación total del trabajo infantil como objetivo último de las políticas y que establezca las consiguientes medidas para lograrlo, y en la que se determinen y prohíban de manera explícita las peores formas de trabajo infantil que se han de eliminar como prioridad. (Convenio núm. 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999).

Tanto el Convenio núm. 138 como el Convenio núm. 182 son Convenios fundamentales, de conformidad con la Declaración de la OIT, incluso los Estados Miembros que aún no han ratificado estos Convenios deben observar, promover y poner en práctica los principios. El trabajo que pone en peligro el desarrollo, físico, mental o moral del niño, sea por su naturaleza o por las condiciones en las que se efectúa, es denominado “trabajo peligroso”.

En la Recomendación núm. 190 se ofrecen orientaciones destinadas a los gobiernos sobre ciertas actividades peligrosas del trabajo infantil que deberían ser prohibidas. La Recomendación núm. 190, que acompaña el Convenio núm. 182, concierne la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación. Al determinar y localizar dónde se

practican los tipos de trabajo a que se refiere el artículo 3, d) del Convenio, debería tomarse en consideración, entre otras cosas:

- a) Trabajos en que el niño queda expuesto a abusos de orden físico, psicológico o sexual.
- b) Trabajos que se realizan bajo tierra, bajo el agua, en alturas peligrosas o en espacios cerrados.
- c) Trabajos que se realizan con maquinaria, equipos y herramientas peligrosos, o que conllevan la manipulación o el transporte manual de cargas pesadas.
- d) Trabajos realizados en un medio insalubre en el que los niños estén expuestos, por ejemplo, a sustancias, agentes o procesos peligrosos, o bien a temperaturas o niveles de ruido o de vibraciones que sean perjudiciales para la salud.
- e) Trabajos que implican condiciones especialmente difíciles, como los horarios prolongados o nocturnos, o los trabajos que retienen injustificadamente al niño en los locales del empleador.

El mundo enfrenta una crisis del empleo cada vez más grave: los jóvenes tienen tres veces mayores probabilidades de estar desempleados que los adultos, y casi 73 millones de jóvenes en el mundo están buscando trabajo. La OIT ha advertido sobre el riesgo de una generación de trabajadores jóvenes “marcada” por una mezcla peligrosa de alto desempleo, creciente inactividad y trabajo precario en los países desarrollados, y de un aumento de trabajadores pobres en el mundo en desarrollo.

La Constitución dispone en su art. 39 que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”, el ordenamiento jurídico español no ha dejado de prestar atención a este tema, desde que en 1924 ratificó los Convenios de la OIT números 7 y 16, así como los que han ido incorporándose en nuestra legislación, haciéndose eco de sus prescripciones, normas tales como el Decreto de 26 de julio de 1957 que fijó los trabajos prohibidos a los menores de edad, o el Decreto 1156/1960, de 2 de junio, por el que se prohíbe el trabajo nocturno a los menores de dieciocho años, que, se adelantaba a la Ley de Ordenación del Sistema Educativo, al disponer que no podrían dedicarse al servicio doméstico

los menores de dieciséis años que no poseyeran el certificado de estudios primarios, requisito exigido, como norma general, para la celebración de contratos laborales, incluso el de aprendizaje.

En la relación de prohibiciones que figuran en el referido Decreto, debe tenerse en cuenta que aquellas previstas para los menores de dieciséis años quedan sin aplicación efectiva, por cuanto el Estatuto de los Trabajadores prohíbe su admisión al trabajo, siendo, además, ésa la edad que se ha fijado como límite obligatorio para la educación escolar.

III. DERECHO AL TRABAJO Y NO DISCRIMINACIÓN

Las personas con discapacidad representan aproximadamente mil millones, un 15% de la población mundial; alrededor del 80% están en edad de trabajar, sin embargo, su derecho a un trabajo es con frecuencia denegado, en particular las mujeres con discapacidad, se enfrentan a enormes barreras físicas y de la información que dificultan el disfrute a la igualdad de oportunidades en el mundo del trabajo.

En comparación con las personas sin discapacidad, las personas con discapacidad experimentan mayores tasas de desempleo e inactividad económica y están en mayor riesgo de una protección social insuficiente; clave para reducir la pobreza extrema.

Cientos de millones de personas son víctimas de la discriminación en el mundo del trabajo, esto viola derechos fundamentales y tiene consecuencias económicas y sociales, combatir la discriminación es un componente esencial del trabajo y los logros repercuten mucho más allá del lugar de trabajo.

Desde la posición de defensa de los trabajadores, la OIT tiene un compromiso para promover la justicia social y lograr trabajo decente para las personas con discapacidad, desde un doble enfoque para su inclusión. Un eje se refiere a los programas o iniciativas específicas para personas con discapacidad destinadas a superar las desventajas o barreras particulares, mientras que el otro busca garantizar la inclusión de las personas con discapacidad en los servicios y actividades de carácter general, tales como la formación profesio-

nal, la promoción del empleo, planes de protección social y estrategias para la reducción de la pobreza. Los esfuerzos de la OIT para incluir personas con discapacidad cubren toda su gama de actividades, incluidas sus prácticas internas y alianzas con otras agencias de la ONU, tal y como queda reflejado en la Estrategia y Plan de Acción para la inclusión de la discapacidad 2014-17²

En los trabajos de la OIT, los temas relacionados con la discriminación están presentes; los programas para combatir el trabajo forzoso y el trabajo infantil incluyen el apoyo a niñas y mujeres que están atrapadas en redes de prostitución o explotadas en servicio doméstico obligatorio.

- El número global de niños en situación de trabajo infantil a disminuido de un tercio desde el año 2000, pasando de 246 millones a 168 millones. De los cuales más de la mitad, es decir 85 millones efectúan trabajos peligrosos (contra 171 millones en el año 2000).
- La región de Asia y el Pacífico continúa registrando el número más alto de niños (casi 78 millones o 9,3% de la población infantil), pero el África Sub-sahariana continúa siendo la región con la más alta incidencia de trabajo infantil (59 millones, más del 21%).
- En América Latina y el Caribe, existen 13 millones (8,8%) de niños en situación de trabajo infantil, mientras que en la región del Medio Oriente y África del Norte hay 9,2 millones (8,4%).
- La agricultura continúa siendo el sector con el mayor número de niños en situación de trabajo infantil (98 millones, o 59%), pero el número de niños en los servicios (54 millones) y la industria (12 millones) no es insignificante; la mayoría se encuentra principalmente en la economía informal.
- Se registró una disminución del 40% del trabajo infantil en las niñas desde el año 2000, mientras que en los niños la disminución es del 25%³.

Se estima que aproximadamente 150 millones de niños en todo el mundo viven con una discapacidad y que el 80% de ellos se encuentra en países

2.- Organización Internacional del Trabajo. (OIT). Informes.

3.- Datos extraídos de la OIT

en vías de desarrollo, en la mayoría de los casos, estos niños no reciben el tratamiento que necesitan y muchos son discriminados.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), adoptada por Naciones Unidas en el año 2006, define la discapacidad como una situación y no como una condición; “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, éstas puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad y en igualdad de condiciones con las demás.”

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), adoptada en 1989, es el primer tratado internacional que incluye una referencia específica a la discapacidad; el Artículo 2 se refiere a la no discriminación de los niños con discapacidad Y el Artículo 23, está consagrado por completo a este mismo tema, con el tenor literal siguiente; “Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a valer por sí mismo y faciliten la participación activa del menor en la comunidad.”

Con frecuencia la discapacidad de un niño es seguida por su marginación en la sociedad, tan solo alrededor de un 2% de los niños con discapacidad tiene acceso a la educación. Además, la discapacidad impresiona en la conciencia colectiva donde existe con frecuencia la creencia de que las personas con discapacidad sufren una maldición o castigo provocado por los pecados que sus ancestros cometieron en el pasado. En muchas regiones de todo el mundo, los niños que sufren una discapacidad son aislados, rechazados y se consideran intocables y en los países en vías de desarrollo la mayoría de los niños con discapacidad son analfabetos y viven totalmente aislados del resto de la sociedad.

Los niños con discapacidad corren un riesgo cada vez mayor de convertirse en víctimas de la violencia debido a su incapacidad para defenderse. Por tanto, la violencia física, psicológica y emocional pasa a ser una triste realidad que los menores con discapacidad sufren en el entorno familiar, institucional y social.

Incluso en países desarrollados podemos observar cierta discriminación hacia los niños con discapacidad: a menudo los separan del resto de niños, las instituciones especializadas los alejan de la familia, los sitúan en clases especiales, etc, de este modo resulta imposible para estos niños integrarse en la sociedad y encontrar posteriormente un empleo.

Los niños con discapacidad son iguales al resto de niños. De acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), los menores con discapacidad poseen los mismos derechos que cualquier otro niño.

De acuerdo con el Artículo 12 de la CDN, los niños con discapacidad, al igual que el resto de niños, tienen derecho a expresar su opinión sobre cualquier medida que les afecte, este derecho se extiende del mismo modo a todos los ámbitos de la vida social, en la que el niño debería contar con la oportunidad de expresar su opinión, ser consultado e informado y tener la oportunidad de participar; sin embargo, se considera a menudo que, debido a sus discapacidades, estos niños no son capaces de expresar una idea de forma coherente, por lo que se toman las decisiones sin escuchar su opinión.

A nivel mundial, existe un largo camino por recorrer en lo que a los derechos de los niños con discapacidad se refiere, el cambio del término ‘niños con discapacidad’ por ‘niños con capacidades diferentes’ ha supuesto un avance en este aspecto.

Según la manera en que se defina la discapacidad, las cifras mundiales indican que 200 millones de niños sufren algún tipo de discapacidad⁴. Sin embargo, las estadísticas sobre la incidencia y la prevalencia de las discapacidades en la infancia son escasas y las suposiciones son a menudo inciertas y están obsoletas. Los niños con formas únicas o múltiples de trastornos físicos, mentales, intelectuales o sensoriales pueden quedar discapacitados si los obstáculos ambientales y las actitudes les deniegan sus derechos humanos, dificultan su acceso a los servicios básicos y les excluyen de una participación igualitaria.

4.- UNESCO. Informe sobre seguimiento mundial de la Educación para todos, 2010: Llegar a los marginados.

UNICEF trabaja con niños con discapacidad en el contexto de todo su trabajo. Por ejemplo, colabora con los gobiernos para asegurar que se reúnan sistemáticamente datos sobre los niños con discapacidad y se utilicen para los programas y las decisiones de políticas, y que los datos, sobre todo acerca de la atención oficial, incluyan un desglose de la discapacidad. Por ejemplo, la incorporación de la atención en determinadas circunstancias en que los niños con discapacidad pueden experimentar un mayor riesgo, como por ejemplo en situaciones de emergencia; la sobrerrepresentación en el cuidado alternativo; el riesgo de violencia debido a la dificultad para defenderse o expresarse uno mismo; la posibilidad de ser un cuidador infantil de un progenitor discapacitado; el riesgo de no ser inscritos al nacer, debido a sentimientos de vergüenza o de estigma social; la falta de acceso equitativo a las escuelas oficiales, los servicios sociales de bienestar y los beneficios que reciben los niños con discapacidades.

Millones de niños trabajan para ayudar a sus familias en labores que no son perjudiciales ni constituyen una forma de explotación. Sin embargo, UNICEF calcula que alrededor de 150 millones de niños de 5 a 14 años de los países en desarrollo, alrededor del 16% de todos los niños de este grupo de edad, están involucrados en el trabajo infantil. (UNICEF, Estado Mundial de la Infancia 2011, UNICEF). La OIT estima que en todo el mundo, alrededor de 215 millones de niños menores de 18 años trabajan, muchos a tiempo completo. En África subsahariana, 1 de cada 4 niños de 5 a 17 años trabaja, en comparación con 1 de cada 8 en Asia y el Pacífico y 1 de cada 10 en América Latina. (Datos de 2010 sobre trabajo infantil de la OIT). Aunque las cifras totales indican que hay más niños que niñas involucrados en trabajo infantil, muchos de los tipos de trabajo que realizan las niñas son invisibles; se estima que aproximadamente el 90% de los niños que participan en el trabajo doméstico son niñas. (UNICEF, Estado Mundial de la Infancia 2011, UNICEF). A pesar de que la prevalencia del trabajo infantil ha disminuido en los últimos años excepto en África subsahariana, donde está aumentando entre los niños con edad comprendida entre los 5 y 14 años (Datos de 2010 sobre trabajo infantil de la OIT), sigue perjudicando el desarrollo físico y mental de los niños, niñas y adolescentes e interfiere con su educación⁵.

5.- UNICEF, Estado Mundial de la Infancia de 2011 y la página web de UNICEF Child Info sobre el trabajo infantil.

El trabajo infantil refuerza los ciclos intergeneracionales de pobreza, socava las economías nacionales e impide el progreso hacia el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (véase el Documento Final de 2010 de la cumbre de los ODM, pág.13), no es sólo una causa, sino también una consecuencia de las desigualdades sociales reforzadas por la discriminación; os niños pertenecientes a grupos indígenas o a las castas más bajas suelen abandonar con mayor frecuencia la escuela para trabajar y los niños migrantes también son vulnerables a la mano de obra oculta e ilícita.

El Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, publicado en el B.O.E. nº 96 de 21 de abril de 2008, y vigente en España desde el 8 de mayo de 2008, contiene normas específicas que protegen a los menores con discapacidad en todas las actividades de su vida; incluida su actividad laboral, reconociendo en sus principios rectores que las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación.

El Artículo 7, de la Convención se dedica a Niños y niñas con discapacidad estableciendo que los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, siendo una consideración primordial la protección del interés superior del niño.

Asimismo dispone que los Estados Partes garantizarán que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, y a recibir asistencia apropiada con arreglo a su discapacidad y edad para poder ejercer ese derecho.

En materia de trabajo, la Convención dedica su Artículo 27 al Trabajo y empleo señalando que los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un

trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad y salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre otras: “Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo y promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto.”

La adecuación del derecho interno a la Convención, en la materia que nos ocupa se produce con el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 noviembre (BOE 3 de diciembre), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con Discapacidad y de su Inclusión Social es un Texto Refundido que constituye la forma de legislación delegada más simple, al consistir en el mero cumplimiento por el Ejecutivo del mandato del legislador para ordenar, en una norma con valor de ley (Real Decreto legislativo), una normativa dispersa en varias leyes y no viene sino a refundir y derogar tres leyes sobre la materia:

Ley 13/1983, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos [LISMI].

Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de personas con discapacidad [LIONDAU].

Ley 47/2007, de 26 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 [LISMID].

La habilitación al Ejecutivo se estableció en la Disp. F. 2ª de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en la redacción dada por la D.F. 5ª de la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, que establecía como finales de diciembre 2013 el plazo de la delegación legislativa.

El texto se enmarca en el cambio de enfoque en el tratamiento de la discapacidad y este cambio de “mentalidad” supone que las personas con

discapacidad pasan de ser objeto de políticas sociales y paternalistas a ser sujetos de derechos; la finalidad del modelo social consagrado por la Convención es, pues, integrar más que adaptar y es con este objetivo y en este contexto donde adquiere pleno significado la dedicación de un título específico de la Ley (el Título I) a determinados derechos de las personas con discapacidad, desde la igualdad de oportunidades al derecho a la protección de la salud, a la educación, a la atención integral, a la vida independiente, a la protección social y, por supuesto, al trabajo, cuyo ejercicio se puede encauzar a través de tres tipos de empleo: ordinario [de las empresas y administraciones públicas, incluidos los servicios de empleo con apoyo (arts. 40 a 42)], protegido [en centros especiales de empleo y enclaves laborales (arts. 43 a 46)] y autónomo (art. 47).

Garantiza el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación.

Establece el régimen de infracciones y sanciones se garantizan las condiciones básicas en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

La articulación del R.D.Leg., sigue la ordenación y esquema de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en nuestro ordenamiento jurídico.

El R.D.Leg., contiene el término “general” que es equívoco; las disposiciones de carácter general vienen dadas por su especial trascendencia, en cuanto a su aplicación generalizada al conjunto de un colectivo o población, lo que no sucede en el presente caso, no refunde todas las normas sobre discapacidad (no incluye la Ley 26/2011 LACPED) ni tiene alcance totalizador o trascendente, pues, como señala el dictamen 9/2013 del C.E.S., “no agota todos los aspectos y problemas pendientes de resolución en la lucha contra la discriminación por motivo de la discapacidad”.

En lo relativo al derecho al trabajo, reproduce en su art. 35 el contenido del art. 37 de la LISMI (en la redacción dada por la Ley 62/2003). La novedad es la introducción (art. 35.6 y 7) de dos previsiones contenidas en el Directiva 2000/78 CE, que no fueron traspuestas a nuestro ordenamiento por la Ley 62/2003, como son; el acoso por razón de la discapacidad y la tipificación como acto discriminatorio la orden genérica de discriminar por razón de la discapacidad, estableciendo definiciones de todos los tipos de discriminación y completando el marco jurídico de prohibición de la discriminación en cualquiera de sus manifestaciones:

Discriminación directa, ante situaciones de trato peyorativo por razón de su discapacidad.

Discriminación indirecta, ante situaciones adoptadas en base a criterio aparentemente neutro se origina u ocasiona, en la práctica, una desventaja al colectivo de personas discapacitadas (Discriminación por impacto adverso).

Discriminación por asociación, ante situaciones discriminatorias motivadas por la relación con una persona discapacitada (p. ej., un trato peyorativo al progenitor de una persona con discapacidad y solicita un permiso para atenderla).

Discriminación por acoso, antes situaciones en la empresa que buscan atentar contra la dignidad de una persona con discapacidad o crear un entorno intimidatorio, hostil, degradante o humillante

Discriminación múltiple, para garantizar los derechos de quienes pueden estar en esta situación de acusada vulnerabilidad. En este sentido, se protegerá de manera singular a las niñas, niños y mujeres con discapacidad.

Las medidas de defensa jurídica frente a la discriminación se aplicarán con independencia de la existencia de reconocimiento oficial de la situación de discapacidad.

En el ámbito del empleo, el Real Decreto-legislativo clasifica, por primera, vez los tipos de empleo a través de los que las personas con discapacidad pueden ejercer su derecho al trabajo:

Empleo (con apoyo en el mercado) ordinario de trabajo, de las empresas y administraciones públicas, incluidos los servicios de empleo con apoyo (RD 870/2007), incluyendo la cuota del 2% en empresas de más de 50 trabajadores, y, en su caso, las medidas alternativas (RD 364/2005)

Empleo protegido (apoyo a la inserción): en centros especiales de empleo (que figuren inscritos como tales en el Registro correspondiente) y enclaves laborales (RD 290/2004).

Empleo autónomo (apoyo al autoempleo): con las medidas previstas en la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero).

Centros ocupacionales que tienen como finalidad asegurar los servicios de terapia ocupacional y de ajuste personal y social a las personas con discapacidad con el objeto de lograr su máximo desarrollo personal y, en los casos en los que fuera posible, facilitar su capacitación y preparación para el acceso al empleo. Igualmente prestarán estos servicios a aquellos trabajadores con discapacidad que habiendo desarrollado una actividad laboral específica no hayan conseguido una adaptación satisfactoria o hayan sufrido un empeoramiento en su situación que haga aconsejable su integración en un centro ocupacional.

Todas estas fórmulas de inserción laboral son aplicables a los menores con discapacidad, con las limitaciones que se establecen en el normativa general a los menores de edad y que son aplicables a este colectivo, partiendo del principio de que el trabajo es una de las fórmulas de inserción social, lo deseable es que ningún menor se vea obligado a trabajar con abandono de su vida infantil y juvenil.

VII.2

IMPORTANCIA DE LAS RELACIONES ABUELOS NIETOS CON DISCAPACIDAD

D. Antonio Martínez Maroto
*Jurista-Gerontólogo. Máster en Bioética.
Experto del Foro Justicia y Discapacidad*

I. INTRODUCCIÓN

Al tratar de desarrollar las relaciones abuelos nietos con discapacidad partiremos obviamente de las relaciones genéricas abuelos nietos como no podría ser de otra manera. Al mismo tiempo es preciso hacer algunas advertencias generales, que no por sabidas hay que dejar de recordar.

La primera tiene que ver con el término abuelo/a; Este término aunque en cierto modo tiene que ver con la edad, no tiene una correlación absoluta directa, y así hay abuelos y abuelas de muy distintas edades, desde los treinta y algunos años hasta los cien o más. Por lo tanto este término hay que verlo independientemente de los años. Dicho esto, aquí nos vamos a referir, al hablar de abuelos, a los abuelos-tipo, personas de cierta edad, jubiladas y al modo en que pueden ejercer influencia en la educación y en los cuidados de sus nietos, sobre todo cuando éstos tienen algún tipo de discapacidad, y partiendo de las relaciones intergeneracionales que se deben crear como vehículo articulado de socialización y mutua ayuda.

En segundo lugar hay que ser conscientes de que los modos y formas de la familia han cambiado y mucho en los últimos años, o quizás sería mejor decir en las últimas décadas. Así se han incrementado el número de familias atípicas, como las monoparentales, unipersonales, el número de parejas de hecho, el de mujeres mayores que viven solas y en definitiva partimos de familias muy diferentes a las que había tiempo atrás, muy estructuradas y

extensas; así aunque los abuelos ayuden en los cuidados de todo tipo de sus nietos no lo hacen como antes ni tiene mucho que ver con sistemas anteriores ni en el fondo ni en la forma. Por otro lado las redes familiares, tíos, primos etc...son mucho más débiles y sobre todo las redes vecinales, especialmente las urbanas.

En tercer lugar, y muchas veces como consecuencia de lo anterior, la no convivencia en el mismo hogar, que suele ser muy frecuente, se ha impuesto sobre cualquier otro modo de vida y eso hace que este tipo de relaciones tengan que ser necesariamente diferentes. Ya no conviven bajo el mismo techo y a veces hay distancias importantes entre el domicilio de unos y de otros. Ya no existe la familia extensa, y si en algunos casos sigue existiendo, los comportamientos y conductas de sus miembros son muy diferentes a los que tenía la anterior familia extensa.

Se podrían dar muchas más connotaciones sociales que matizarían de alguna manera este tipo de relaciones, pero irán saliendo a lo largo de este capítulo y aunque sea brevemente serán objeto de reflexión. En principio pensemos en que el contexto familiar ha cambiado y mucho en el sentido anteriormente reseñado y en la, a veces, precaria estabilidad matrimonial, y ello condiciona más que otra cosa las relaciones abuelos nietos en general.

No obstante todo lo anterior la familia sigue siendo una base importante en la que se asientan y transmiten los valores de la sociedad en el sentido más amplio. O dicho de otro modo, a pesar de todas las crisis familiares, la familia sigue su rumbo y no se entiende la sociedad sin la familia. La familia sigue siendo el eje central y la piedra angular de cualquier sociedad.

II. BREVES NOTAS SOCIODEMOGRÁFICAS

Si decimos que el número de personas mayores ha aumentado considerablemente en las últimas décadas, probablemente estemos manifestando una obvedad, y si seguimos afirmando que el número de mujeres mayores es muy superior al de hombres, sobre todo en las edades muy avanzadas, quizás estemos compartiendo conocimientos no tan generalizados, pero sabidos al menos en el ámbito profesional de los servicios sociales. A eso

hay que unir las jubilaciones anticipadas, el excesivo número de personas de cierta edad que tienen dificultades para encontrar trabajo y que pasan a una jubilación forzosa y el cambio de rol de muchos hombres mayores jubilados que no deseaban la jubilación. Todo ello está marcando un panorama bien diferente de lo que acontecía no mucho tiempo atrás. Actualmente las personas mayores envejecen sin considerarse ni querer ser viejas y eso tiene consecuencias en sus comportamientos.

Así, hay que señalar claramente y tenemos que tenerlo presente a la hora de leer este capítulo que las personas mayores son muchas, más de ocho millones en España, y que ocho de cada diez mayores son abuelos. Asimismo es notable el incremento diferenciador entre hombres y mujeres, éstas son más y tienen sus connotaciones y circunstancias ambientales diferenciadoras que no conviene perder de vista. Por otro lado el número de personas muy mayores ha crecido más que cualquier otro grupo etario. Los mayores de ochenta son ya aproximadamente dos millones y medio, con necesidades especiales de cuidado y con no muchos recursos económicos; ello nos lleva a contemplar situaciones impensables hace muy pocos años, como es, por ejemplo, la de las mujeres mayores, recientemente jubiladas, normalmente abuelas, con 65 años, que tienen que cuidar a veces a sus nietos y a veces, al mismo tiempo, a sus madres, padres, suegros o hermanos. Todo ello, por no incidir en otras circunstancias, nos obliga a ver el tema que nos ocupa con ojos bien distintos de los que eran contemplados años atrás.

III. EL ENVEJECIMIENTO ACTIVO Y LAS RELACIONES INTERGENERACIONALES

Partiendo de lo ya señalado, es preciso incidir en las formas de envejecimiento de la población en general. Y esto no por otra cosa que porque los abuelos/as actuales tienen comportamientos personales propios de desarrollo personal, que quizás en otros momentos no eran tan importantes. Actualmente son muchas las personas que se dedican a fomentar un envejecimiento saludable a través de lo que se denominan pautas sociales de envejecimiento activo. Ello lleva a un gran número de personas mayores, generalmente abuelos y abuelas a optar por estilos de vida más dinámicos y favorecedores de distintos tipos de relaciones entre las que destacan las

relaciones intergeneracionales y un sinnúmero de actividades físicas, culturales y de ocio, y a no centrarse exclusivamente en el cuidado de los nietos, a no ser que esto sea una exigencia ineludible de la propia realidad,

Señalemos también la necesidad que cada persona siente de ser útil para seguir siendo activos y esto se acrecienta después de la jubilación; así muchos mayores colaboran en ONGs y en otros proyectos de voluntariado, lo que les lleva a tener mucho tiempo ocupado.

Además de todo esto los abuelos pero mucho más las abuelas no olvidan la prestación de cuidados dentro de la familia y así, alguna parte de su tiempo lo dedican a cuidar a sus nietos, o simplemente a estar con ellos, como un verdadero disfrute personal. En ocasiones se responsabilizan del cuidado de los nietos, al menos durante un número de horas, que puede empezar siendo razonable pero que a veces puede llegar a ser muy importante en bastantes casos, y llegar a constituir un perjuicio considerable a la persona cuidadora, con independencia de que esto sea beneficioso para el nieto, sobre todo si tiene algún tipo de discapacidad.

Dentro del envejecimiento activo, las relaciones intergeneracionales se encuentran recogidas en todas las políticas sociales que favorecen un modelo participativo en la sociedad. No se envejece adecuadamente ni se pueden llevar adelante proyectos eficaces para las personas mayores si se hacen desde una perspectiva de trabajo que no comprenda la intergeneracionalidad. Vivir y actuar en contextos de personas mayores con personas mayores no favorece un desarrollo personal equilibrado. La sociedad es plural y diversa y hay que vivir dentro de esa diversidad. La participación plena en la sociedad exige que se esté en distintos ámbitos y en muy diversos grupos de relación, en los que habrá jóvenes, personas de mediana edad y por supuesto personas mayores.

Pero ¿Cómo se pueden definir las relaciones intergeneracionales? O **¿Qué son las relaciones intergeneracionales?** El Consorcio Internacional para los Programas Intergeneracionales los define como **“Medios para el intercambio intencionado y continuado de recursos y aprendizaje entre generaciones mayores, intermedias y jóvenes con el fin de conseguir beneficios individuales y sociales”** Lo más importante es el intercambio que se produce en

este tipo de relaciones. Así entre abuelos y nietos existe una comunicación directa que sirve para intercambiar conocimientos, experiencias, valores, afectos, pautas de vida y un sinfín de beneficios individuales y sociales que fluyen tanto desde el abuelo al nieto como también a la inversa, ya que el abuelo se ve y se siente recompensado con el afecto del nieto, con sus caricias, con la dedicación de sus primeras palabras, y con un sinfín de sensaciones difíciles de explicar.

La propia naturaleza de la intergeneracionalidad exige, como dice el profesor Mariano Sánchez ir mucho más allá de las preocupaciones en torno al envejecimiento y la vejez de las personas mayores: cuando nos situamos en el terreno de la intergeneracionalidad, si somos consecuentes, hay que pensar, sobre todo, en lo que le sucede a un grupo de personas mayores que se mueven dentro de un conjunto de relaciones humanas, qué tipo de sinergias desarrolla para beneficio de los demás y qué tipo de aportaciones recibe. La vida sin el intercambio social no se concibe en ninguna edad, pero mucho menos en la edad más avanzada. Los abuelos que cuidan o están con nietos se relacionan frecuentemente con otros que están ejerciendo las mismas funciones, bien sea en la calle, en el parque, en la puerta de la guardería o de la escuela etc... y esto es muy beneficioso también para la persona mayor, con independencia de que esté prestando un servicio al nieto.

Las relaciones intergeneracionales traen buenas consecuencias para los dos polos de la relación, en este caso abuelos-nietos, ya que si no favorecieran a ambos no serían relaciones intergeneracionales, estaríamos hablando de otro tipo de relaciones en las que no habría equivalencia y podrían ser contra-productivas para alguna de las partes. De ahí que resaltemos lo importante que es para un nieto ver, estar, jugar, compartir con su abuelo y a la inversa.

Aunque aquí nos centremos en el tema de las relaciones intergeneracionales entre abuelos y nietos, la intergeneracionalidad es mucho más amplia y se produce entre todas las edades, pero es especialmente significativa la que nos planteamos aquí, relaciones abuelos nietos, que en las circunstancias sociodemográficas que nos rodean tienen unas características que no debemos ni podemos pasar por alto y que además se presentan siempre como el paradigma de este tipo de relaciones.

IV. ABUELOS, NIETOS CON DISCAPACIDAD

Sin ánimo de profundizar más en la conceptualización de las relaciones intergeneracionales, vamos a entrar en algunos puntos que nos parecen clave a la hora de matizar las relaciones abuelos nietos cuando el nieto tiene algún tipo de discapacidad. Parece obvio que en la mayor parte de las situaciones en las que el nieto tiene alguna discapacidad la relación va a tender a la normalización y se va a desarrollar del mismo modo normalizado que se viene haciendo con nietos que no tiene esa connotación, aunque es verdad que se pueden vivir algunos comportamientos que van a contar con mayor intensidad o con matices diferentes. La idea de normalización hasta donde la misma sea posible debe regir este tipo de relaciones, por parte de los abuelos no debe haber un sobre-exceso de preocupación ni de atención más allá de lo que sea necesario, ya que la normalización debe ser la regla general en la prestación de cuidados para con el niño/a con discapacidad.

Al mirar de cerca la relación abuelos con nietos que tienen discapacidad a nadie se le escapa que la discapacidad es muy amplia y por supuesto no es lo mismo un nieto con un ligero deterioro cognitivo que otro que puede tener una grave discapacidad física junto a otra discapacidad intelectual severa, de ahí que tratemos el tema con la suficiente perspectiva y generalización como para tener en cuenta mucho más lo general que lo particular de cada persona con discapacidad.

Una de las principales causas de necesidades de apoyo por parte de los abuelos es la incorporación de la mayor parte de las mujeres al mundo laboral. En muchas ocasiones, cuando trabajan el padre y la madre, recurrir a una abuela puede resultar una solución perfecta. Así tendremos que convenir que las necesidades de ayuda en los cuidados de todo tipo son mucho más necesarias ahora que en cualquier otro momento de la historia. **La incorporación plena de la mujer al mundo laboral**, necesaria por otro lado, ha ayudado a crear **un modelo de familia diferente** en la que los abuelos, cuando los hay o cuando pueden, se implican mucho más en los apoyos familiares de cuidados a sus nietos y son pieza importante en los nuevos modelos de familia. En un país como el nuestro en donde no hay un gran desarrollo de servicios que apoyen las demandas de las mujeres con hijos que tienen que trabajar, las personas suelen recurrir a la solidaridad familiar para hacer más llevadera

la situación que se crea cuando un matrimonio tiene dos hijos pequeños y ambos padres tienen trabajos que atender fuera del hogar por los que reciben un salario que les vale para mantener un estatus de vida normalizado y del que no pueden prescindir. El dejar de trabajar cuando viene al mundo un hijo es algo que casi ninguna pareja puede permitirse en estos tiempos y las concesiones de descanso remunerado no son lo suficientemente amplias como para poder atender las necesidades que un niño pequeño requiere.

Lo anterior lleva a una situación en la que los abuelos en general, y las abuelas en particular, se ven obligados en cierto modo a tener un rol muy diferente del que habían pensado y sobre todo nuevo para ellos. Ya no son los típicos abuelos que participan un rato en el ocio del nieto, sino que son el eje vertebrador de los cuidados de todo tipo que debe recibir el nieto. Y esto que en principio muchos abuelos lo reciben como algo bueno, ya que la participación en la vida familiar les gratifica, puede llegar a no serlo por la grave responsabilidad que se ven obligados a ejercer, en edades avanzadas.

Por lo tanto hay que resaltar que la relación abuelos nietos ha cambiado y es mucho más intensa y responsable que en el modelo familiar preexistente. Cuando el nieto tiene algún tipo de discapacidad, la responsabilidad se acrecienta y no siempre se está preparado para ello. Pero hemos de reconocer que los abuelos realizan estas tareas quizás con poca preparación, pero con mucha dedicación que hace que la preparación que necesitan se vaya adquiriendo sobre la marcha. Ayudar a quien más lo necesita es propio del género humano, y hacerlo con personas de tu familia es doblemente obligatorio y también gratificante. De ahí que la mayor parte de las personas mayores que cuidan a un nieto con alguna discapacidad muestren su satisfacción por hacerlo y dicen que se encuentran muy recompensados. Pero debe existir asimismo la suficiente responsabilidad por parte de los padres, como para no alargar demasiado los cuidados en detrimento de la propia vida y salud de los abuelos, y no delegar responsabilidades que son propias de los padres en los abuelos.

Hay que hacer notar que los apoyos públicos, o semipúblicos a través de asociaciones, en la búsqueda de recursos de apoyo suelen estar al alcance de los padres, que pueden verse ayudados y aconsejados por profesionales, que desde muy temprana edad realizan labores de rehabilitación y recupe-

ración. Para el nieto con discapacidad la presencia de un abuelo o abuela es una tabla de salvación para la realización de determinadas actividades, y manifiestan con frecuencia que son sus segundos padres. Los abuelos en general son más conscientes de lo importante que es la ayuda a los demás y suelen colaborar mucho más en prestar todo tipo de ayuda a otros niños. Según numerosas encuestas están mucho más motivados a ayudar a otros niños y a generar ámbitos comunes de socialización con otros niños, lo cual es sumamente satisfactorio para la persona con discapacidad. Los niños con discapacidad que no tienen abuelos o los tienen muy lejos van a sobrecargar mucho más a sus padres y hay que recordar que el cuidado de una persona con discapacidad requiere una dedicación más completa y exigente que el de otro niño sin discapacidad y sería aconsejable que los padres tuvieran paréntesis de respiro que sin la ayuda de los abuelos quizás no los puedan tener o tengan que recurrir a apoyos profesionales. De ahí la enorme ayuda que prestan los abuelos en estas circunstancias.

En otro orden de cosas conviene poner de relieve la importancia de la cohesión social y de la mutua ayuda comunitaria. Todos nos hacemos falta, todos somos dependientes, como asegura Alasdair MacIntyre¹. En este panorama surge como elemento principal de cualquier sociedad bien estructurada las relaciones sociales y más específicamente las relaciones intergeneracionales. Ellas nos pueden llevar a conseguir un mayor beneficio social para todos. Esto que es importante en todas las edades es extremadamente necesario en el ámbito de las personas mayores. Las personas mayores que sólo se relacionan con personas mayores tienen un campo de socialización muy reducido. Las relaciones intergeneracionales son muy importantes en edades avanzadas, como ya hemos puesto de relieve.

La necesidad de ampliar el círculo de relaciones es una exigencia propia del envejecimiento activo. Todos estamos en una sociedad abierta y limitarse a relacionarte con las personas de tu edad es un reduccionismo impropio del presente momento. Si esto se acepta como algo positivo, el primer impulso de ampliación está en nuestra propia familia, nietos, sobrinos, primos etc.... por lo que este tipo de relación va a ser muy beneficiosa para ambas partes,

1.- Dependent Rational Animals: Why Human Beings Need the Virtues. Chicago: Open Court, 1999

como ya hemos dicho anteriormente. Pero es más, ello nos llevará también a abrir ese círculo a otros niños, nietos de nuestros amigos, o amigos de nuestro nieto, y de ahí vendrán los padres de ellos y otras personas que nos harán ver las relaciones humanas de un modo diferente, alejado del reduccionismo de las personas muy directamente emparentadas con uno mismo.

Este tipo de relaciones va a favorecer mucho a personas con discapacidad que quizás tienen menos oportunidades de salir de su círculo, a veces muy circunscrito al mundo de la discapacidad o la rehabilitación, y va a permitir al niño o adolescente, a través de su abuelo, abrir su círculo de amistades y sus relaciones humanas y en definitiva le va a enseñar a socializarse mejor.

No nos podemos olvidar de la labor que siempre han tenido los abuelos, **de educadores en general y de transmisores del saber común, los valores y la cultura popular, y tanto dentro de la familia como fuera.** Ayudan mucho en la educación de los nietos. Esto lo han hecho siempre las personas mayores, y lo van a seguir haciendo con mayor intensidad en relación con sus nietos y en general con la gente de menor edad. Pero esta transmisión va a ser mucho más necesaria, si de una persona con discapacidad se trata. ¿Por qué? Porque quizás tengamos que dedicarle más tiempo, por su discapacidad, quizás le cueste más asimilar lo que transmitimos, quizás su capacidad de comprensión sea menor, quizás sus facultades auditivas o sensoriales en general sean diferentes etc... etc... y esto lo pueden suplir los abuelos perfectamente, ya que van a tener muchísima más comprensión y perseverancia que el resto de personas en general, y van a estar dispuestos a estar con el nieto todo el tiempo que sea necesario para que lleguen a entender lo que le quieren transmitir. Evidentemente que según el tipo de discapacidad, habrá situaciones en las que no se pueda realizar ese intercambio de comunicación de una determinada manera, pero a pesar de ello se podrán transmitir valores, afectos, comportamiento generales y específicos a través de otras vías de comunicación. Todo ello dentro de un ambiente mucho más favorecedor que si esto es hecho por un extraño. Aquí y en esto la labor de los abuelos y abuelas es amplia y generosa y se sienten muy gratificados con su realización. La labor de un abuelo o abuela que enseña algo a un nieto es muy perseverante y la ilusión de ellos cuando el nieto lo aprende es siempre tremendamente gratificante.

La educación atiende dos vertientes claras, la escolar y la familiar, y en las personas con discapacidad, en ocasiones, tiene mucha más importancia la educación familiar, y en ello se empeñan mucho las personas mayores, por su perseverancia, ponderación, y dedicación.

Otra idea fundamental que se enmarca en las relaciones abuelo nietos es la de **aprendizaje del propio desarrollo vital, del devenir de la vida humana**, en muchas ocasiones son los abuelos los que enseñan sobre la vida y los son los nietos los que ven aumentar la fragilidad de una persona mayor, que tienen cerca, y ven también el proceso enfermedad y muerte (aunque esto trate de ocultarse, a mi entender erróneamente, en muchas ocasiones). Perciben por primera vez la idea de vulnerabilidad y pueden entender mejor el curso vital del ser humano en la propia biografía del abuelo o abuela. Esto es muy importante y ayuda mucho en el desarrollo personal del niño. Cuando el niño tiene discapacidad y allá hasta donde entiende, suele vivir este proceso con mayor intensidad y más entrega.

No entraremos en diferencias de género, que las hay, no son lo mismo los comportamientos y las responsabilidades de los abuelos que de las abuelas, sobre todo porque en la generación actual los roles masculino y femenino estaban muy claramente diferenciados.

Asimismo, las connotaciones que conlleva una separación o divorcio y los cambios que esto produce en la prestación de cuidados por parte de los abuelos también son muy interesantes de analizar, pero simplemente lo dejamos como apunte, diciendo únicamente que después de un divorcio o separación efectiva, la familia del padre o madre que se queda con la guarda y custodia del niño es la que va aumentando en presencia e importancia, mientras la otra, normalmente decrece, como muy bien apuntan Triadó y Osuna en un estudio realizado en la Universidad de Barcelona sobre estos temas.²

Las encuestas siempre han situado a los países del sur de Europa como más proclives a la ayuda familiar. Con relaciones familiares mucho más estrechas. Y en el tema que nos ocupa son muchos los estudios que reflejan que los

2.- Triadó C y Osuna M José "LAS relaciones abuelos nietos" Geerontología, actualización, innovación y propuestas. Barcelona.

abuelos y abuelas del sur de Europa cuidan más tiempo de sus nietos que los del norte. Pero en solo una década los porcentajes han variado mucho aumentando considerablemente las horas de cuidados dedicadas a los nietos, y esto ha ocurrido tanto en el norte como en el sur, aunque las diferencias seguían constantes. Refiriéndonos a España la Encuesta de condiciones de vida del Imserso refleja claramente este incremento, así en 2004 era un 20% el número de abuelos que decían cuidar de sus nietos. Esta cifra en 2009 sufre un incremento notable, son ya el 31% los que cuidan de sus nietos y en la actualidad la cifra se eleva al 40% aproximadamente. En los países nórdicos el número de abuelos que cuidan a sus nietos es la mitad aproximadamente.

Pero, lo que es más llamativo, es que dentro de la unión europea España es uno de los países en los que las personas que cuidan de sus nietos lo hacen un mayor número de horas al día, comprometiendo seriamente la posibilidad de una realización personal propia, más allá de lo que son los cuidados de sus nietos. En algunas ocasiones estos cuidados han llegado a ser tan extremadamente amplios que llevan a las personas mayores, sobre todo mujeres, a caer en lo que sabiamente se denomina síndrome de la abuela esclava, que conlleva una serie de problemas físicos y psíquicos que terminan haciendo enfermar a la persona mayor. Esto se debe tener en cuenta por parte de los hijos, y marcar límites a los cuidados y sobre todo a las responsabilidades de los abuelos, porque cuida mejor el que cuida el tiempo que puede cuidar, que el que cuida permanentemente, sin dedicar un espacio y un tiempo a su propio desarrollo personal.

Los abuelos por otra parte **facilitan a la familia normalmente los apoyos necesarios para favorecer el desarrollo emocional y para limar asperezas** y mitigar el estrés del trabajo que revierte en las relaciones entre los cónyuges. Y esto pasa muy especialmente en las familias con algún niño con discapacidad donde a veces las exigencias y la dedicación suelen ser mayores. La posibilidad de dejar un nieto con los abuelos para salir por la noche, en alguna ocasión, es algo difícilmente medible y que solo lo sabe evaluar en su totalidad el que no tiene esa posibilidad de salida. Los padres pueden de alguna manera seguir con sus relaciones sociales, y estar tranquilos porque los abuelos están ahí. El balance emocional y el equilibrio en las relaciones familiares, a veces tensas, lo realizan a la perfección muchos de los abuelos que están con o cuidan a sus nietos de manera continuada.

En el plano estrictamente económico, **los abuelos, sobre todo en los últimos años, facilitan recursos económicos a sus hijos, que lógicamente repercuten en el cuidado y asistencia de sus nietos.** El número de abuelos que ayuda a hijos y nietos se ha duplicado al mismo tiempo que el número de hijos que ayuda a sus padres mayores ha bajado en la misma proporción.

Por otro lado y dentro de lo que son los temas económicos, de manera indirecta, pero que debe tenerse en cuenta, la ayuda de los abuelos y abuelas en la conciliación de la vida laboral supone un aumento de recursos para la familia, que es absolutamente medible. Actualmente la tan referenciada conciliación de la vida familiar y laboral no sería posible, manifiestan varios autores, sin la ayuda de los abuelos y eso supone un ahorro para el Estado que no invierte suficientemente en recursos sociales (guarderías, extensión de horarios escolares, cobertura de períodos vacacionales, etc...) y un ahorro para los padres que no tienen que gastar parte de sus ingresos en contratar un canguro o en llevar a sus hijos a colegios o guarderías.

Así pues, la relación abuelos nietos en general y en concreto cuando un nieto tiene discapacidad, tiene también connotaciones económicas, aunque éstas no sean las más importantes.

En este tipo de relaciones es muy significativa la reforma del código civil, que establece un régimen de visitas abuelos nietos diferenciada de la que puedan acordar los padres. Así el artículo 160 del Código Civil formaliza el derecho que tienen los menores a relacionarse con sus abuelos, salvo que exista causa justa por la que debiera impedirse esa relación. Esto nos da cuenta de lo importante de estas relaciones para el legislador que establece este régimen de visitas y este tipo de relación por encima de otras diferencias, dificultades u obstáculos que pudieran existir en el ámbito familiar. Es fácilmente imaginable lo que supone de tristeza y de daño emocional para unos abuelos, estar un tiempo y relacionarse con un nieto o nieta que tiene discapacidad y al que han atendido durante mucho tiempo, de un modo o de otro, y que por causas ajenas a ellos se ven privados de esa relación.

Terminamos manifestando que si son importantes las relaciones que deben existir entre abuelos y nietos, cuando el nieto tiene algún tipo de discapacidad o de fragilidad en general, esa relación se intensifica si existe, o se deja

sentir su falta si no existe. No obstante debe haber comprensión y mesura en la prestación de cuidados asistenciales por parte de los abuelos a los nietos, entendiendo que la figura del abuelo es distinta a la de los padres y éstos no deben hacer dejación de sus responsabilidades, sobrecargando así a personas mayores que sabemos que no van a decir no, a nada.

BIBLIOGRAFÍA RECOMENDADA

- Reflexiones sobre la aplicación de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD). Asociación Fundaciones Tutelares. Feaps.
- Mujer mayor y discapacidad. Consejo General del Poder Judicial. Capítulo: Abuelas esclavas (A.Martinez Maroto).
- Doble dependencia: Abuelos que cuidan nietos en España. Bádenes y López
- Las condiciones de vida de las personas mayores. Abellán A, Del Barrio E, Castejón P, Fernandez-Mayoralas, Perez L Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.
- Aproximación a los conflictos generados entre abuelos cuidadores de nietos y los padres en la sociedad actual. Antonio L Martínez
- Apoyando a los abuelos, nuestros grandes aliados. Guía de abuelos de nietos con discapacidad. Fundación Síndrome de Down. MaDRID
- GERONTOLOGÍA, actualización, innovación y propuestas. C 9: "Relaciones abuelos nietos" Triadó C y Osuna M José.
- Programas Intergeneracionales. Guía Introductoria. Sánchez Mariano, Kaplan M, Sáez J. Ministerio de Sanidad y Política Social. Imsero. Madrid.

VII.3

FAMILIA DEL MENOR CON DISCAPACIDAD: PADRES Y HERMANOS

Dr. Francisco Rodríguez Santos
*Director del Equipo de Discapacidad Motora
de la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid.*

I. LA FAMILIA COMO SISTEMA DE APOYO

La familia forma un sistema compuesto por miembros con características que les distinguen de otros miembros¹, cada uno con sus peculiaridades, donde la totalidad es más que la suma de las partes. Esto es así por las interacciones múltiples que se realizan entre ellos y la historia vivida. Cada familia se caracteriza por el grado de cercanía o cohesión entre sus miembros, la capacidad de adaptación al cambio y el nivel de comunicación entre ellos.

Las funciones que prestan los padres son variadas e incluyen factores de seguridad física y psicológica. El primer apoyo que reciben los hijos de sus padres tiene que ver con el bienestar físico, la alimentación, y el incremento de las oportunidades para el desarrollo motor y sensorial. Igualmente proporcionan bienestar psicológico, siendo el afecto y la interacción el mejor procedimiento para reducir el estrés que le supone la relación con un ambiente desconocido que paulatinamente irá descubriendo, así como el aprendizaje de las relaciones sociales con sus iguales y adultos. A estas funciones se irán sumando otras como el apoyo para la educación, el sostenimiento económico y las actividades domésticas y recreacionales.

Los estudios sobre el rol que cumplen los padres cuando uno de sus hijos tiene una discapacidad están proporcionando una visión distinta de la clásicamente considerada². La primera conclusión es que no siempre un hijo con discapacidad va a provocar un impacto negativo, como expondremos

posteriormente. Por otra parte, los niños se desarrollan mejor dentro del contexto familiar debido al enriquecimiento que proporciona la interacción con el resto de los miembros, esto es especialmente cierto en el caso de discapacidades graves donde ha de valorarse la pertinencia entre la ubicación del niño en su casa o en un hogar sustitutivo, como una residencia. De hecho los padres, son los que mejor conocen las necesidades de sus hijos y son los más firmes defensores de sus derechos, pero han de ser apoyados para asegurar los servicios y recursos que requieren.

Es muy importante comprender que los padres quieren implicarse cada vez más en todos los aspectos relacionados con la educación y cuidado de sus hijos. Sin embargo, si los profesionales actúan como los únicos agentes que conocen las necesidades de sus hijos con discapacidad, puede aparecer un sentimiento de inutilidad en ellos y de dependencia de los profesionales que les lleve a evitar tomar iniciativas que no han sido dictadas por los expertos. Para que esto no se produzca los profesionales han de hacer partícipes a los padres en la intervención como unos miembros más del equipo.

II. IMPACTO DE UN HIJO CON DISCAPACIDAD

Todo embarazo y nacimiento de un hijo supone un proyecto vital para los padres, con unas expectativas respecto al niño, su sexo, su apariencia física, sus habilidades, su inclusión en la familia, etc. Sin embargo, cuando ese hijo presenta una discapacidad va a provocar un impacto, tanto en los padres como en los hermanos si los tiene. Este impacto es diverso y depende de muchas circunstancias. Una de ellas es si la discapacidad se deriva de un trastorno del neurodesarrollo que puede ser diagnosticado en el nacimiento o incluso antes. Por otro lado, si después de un desarrollo normal ocurren circunstancias de enfermedad que hacen aparecer la discapacidad o es producto de un accidente. Otra circunstancia es la propia característica de la discapacidad: motora, intelectual, sensorial o múltiple, así como el nivel de severidad de ésta.

La primera experiencia de los padres respecto a la discapacidad de su hijo ocurre con la primera noticia por parte de los profesionales. Prácticamente todos los padres recuerdan ese momento incluso las palabras concretas y las

circunstancias en que ocurrieron. En ese primer momento los sentimientos que experimentan son de pérdida y dolor, incertidumbre, amenaza, conmoción e impotencia³. La primera necesidad que perciben los padres en este primer momento es la manera de informar, puesto que un acontecimiento tan duro debe ser transmitido con empatía, cercanía y apoyo psicológico. En torno a uno de cada diez padres informa de una falta de tacto y adecuación de los profesionales en esos momentos.

A propósito de la forma en que se proporciona la información ha de realizarse en un lugar que proporcione intimidad, en un entorno con el mínimo de interrupciones posibles y en ningún caso en un pasillo o lugar público.

La segunda necesidad percibida se refiere a la persona que está a su lado, prefieren estar acompañados de alguien muy cercano con el que pueda compartir sus sentimientos. Por tanto, es necesario preguntar a los padres si desean estar acompañados de otra persona, esto es tanto más importante si la familia es monoparental o acude uno solo de los padres. El tipo de información que se proporciona y la forma de dar respuesta a las cuestiones de los padres es otra de las necesidades más importantes.

Ante el impacto de la noticia no siempre los padres pueden procesar toda la información, por lo que ha de seleccionarse aquella que sea relevante y la cantidad de datos. Cuando es posible, es recomendable que el niño esté presente para centrar la atención sobre este y no sobre el trastorno⁴. Esto permitirá que los padres puedan proporcionar el contacto afectivo durante la noticia. La información ha de contener los resultados de las pruebas comprobadas y la valoración que hace el profesional dentro del rigor necesario, evitando informar sobre sospechas de diagnóstico. En este sentido es preferible esperar a informar a los padres de diagnósticos diferenciales que se están buscando. Durante esta fase ha de preguntarse a los padres si la información proporcionada ha sido clara e invitarles a que pregunten todo aquello que deseen.

Una vez que los padres han preguntado lo que desean, a pesar de que posteriormente seguirán surgiendo dudas, es recomendable reconducir la conversación para centrarse en qué puede hacerse a partir de ese momento y derivarles hacia los apoyos convenientes, tanto socioeducativos como emocionales.

A partir de este momento los padres experimentan una serie de inquietudes que incrementan de forma sustancial su nivel de estrés, se recomienda que se sigan las siguientes indicaciones⁵:

- Confirmar el diagnóstico: si es necesario pedir una segunda opinión, pero evitar un tránsito por los servicios buscando que alguien descarte el diagnóstico que no desean escuchar.
- Buscar el cuidado apropiado para el hijo: los servicios sociales, de atención temprana y las terapias con evidencia científica, evitando la búsqueda de curas milagrosas.
- Autoformación: leer sobre el tema, buscar información en internet en páginas de asociaciones científicas o de familias con la misma temática.
- Desarrollar una red de apoyo: no mantener la discapacidad en secreto, informar a la familia extensa, contactar con otros padres con hijos con la misma discapacidad. Considerar que la historia por venir es *una carrera de fondo*.
- Considerar el apoyo psicológico para los padres y hermanos, tanto para el afrontamiento como para facilitar la comunicación entre los miembros y la gestión emocional.
- Desechar la idea de sentirse culpable sobre la causa de la discapacidad de su hijo.

Hay diferentes modelos para explicar las fases por las que pasan los padres a continuación. Algunos de ellos se centran en el duelo por una pérdida y otros están más relacionados con el estrés post-traumático.

Habitualmente se contemplan una serie de etapas en el afrontamiento del duelo que ocurriría de una forma secuencial⁶, pero no siempre ocurren en el mismo orden, ni siempre son las mismas en todas los padres⁷:

- *Negación*: supone una sensación de irrealidad, algo que no puede estar pasando, se albergan esperanzas de que exista un error en el diagnóstico o las pruebas.
- *Ira*: aparición de sentimientos de enfado, búsqueda de culpables, pueden aparecer reproches entre la pareja.

- *Negociación*: se intenta estar abiertos a pactar con los profesionales, aún no se acepta completamente la situación.
- *Depresión*: sensaciones de desesperanza, de agotamiento físico y psicológico después de buscar reiteradamente un error o una solución.
- *Aceptación*: se admite la realidad, de forma parcial o total, aunque pueden aparecer de forma episódica sentimientos anteriores, es una fase de aceptar la realidad e intentar de centrarse en la intervención.
- *Búsqueda de sentido*: se interpreta la situación en clave de significado, de trascendencia vital, de las ventajas que puede tener el acontecimiento en la vida familiar o de la pareja.

En referencia al último punto hay datos de que no siempre tener un hijo con discapacidad va a producir un efecto negativo, un número creciente de padres informan del efecto positivo que ha supuesto tener un hijo con discapacidad para dar cohesión a la familia o para unir a la pareja⁸.

III. ESTILOS PARENTALES E HIJOS CON DISCAPACIDAD

Se han identificado varios tipos de estilos de crianza en la población general. Uno de ellos es el *autoritario*, donde se valora la obediencia y el respeto de los hijos, tendiendo al control y la rigidez; se manifiesta poco apoyo y empatía y, en general, la respuesta que produce en el hijo es de rebeldía. El estilo *permissivo*, puede manifestarse como unos padres cariñosos o faltos de interés por los hijos, muestran una limitación muy importante a la hora de poner límites y hacen que el niño se vuelva altamente demandante. Cuando existe un comportamiento impredecible, con variabilidad entre apoyar y rechazar al hijo, que lleva con frecuencia al abuso o negligencia, se habla de estilo *permissivo irracional*. Finalmente, el estilo *autoritativo* (o democrático, como se ha traducido), se caracteriza por la calidez, empatía y apoyo del hijo, pero donde se proporcionan los límites necesarios para su crianza, reconocen los pensamientos y emociones del niño, pero no se dejan llevar por ellos. En este caso, los hijos acaban teniendo altos niveles de cooperación.

Los datos muestran una variabilidad de estos estilos parentales en la población normotípica⁹, y al parecer, el desarrollo de los niños está más influido

por estos tipos de educación que por el nivel socio-económico¹⁰. El análisis del estilo autoritativo en los padres con hijos con discapacidad muestra que resulta difícil mantenerlo cuando el niño es mayor. Esto parece debido al estrés que supone en la vida familiar el cuidado del niño con discapacidad¹¹.

Respecto a los otros tipos de estilos, los padres reaccionan de diversas formas. Por un lado tienden a mantener el estilo que ya tenían con otros hijos, pero también pueden modificarse prevaleciendo dos tipos. Uno es reactivo por la presencia del hijo con discapacidad, incrementando el nivel de exigencia hacia él como forma de forzar su desarrollo y provocar el máximo nivel de independencia, volviéndose excesivamente autoritarios. Esto puede ocurrir en niños con limitaciones físicas o discapacidad intelectual.

Otra forma de reaccionar supone todo lo contrario, se considera que con la discapacidad que tiene el niño es suficiente y no se pone limitación para evitar que sufra más. Esto acaba acarreado problemas de comportamiento en sus hijos o una dependencia hacia el adulto, que acaba limitando su competencia social. Esta respuesta puede darse cuando hay hijos con discapacidad intelectual u otros trastornos del neurodesarrollo.

IV. ANTECEDENTES FAMILIARES

Algunos trastornos del neurodesarrollo y enfermedades son hereditarios, lo que puede hacer que otros miembros de la familia, hermanos o algunos de los progenitores manifieste el mismo problema u otro dentro del espectro. Así por ejemplo, es relativamente frecuente la presencia de otros miembros con trastorno por déficit de atención con hiperactividad, trastornos del espectro del autismo, dificultades de aprendizaje, miopatías, discapacidad intelectual, trastornos del lenguaje, etc.

En algunas familias hay más de un hijo con discapacidad lo que supone un nivel de estrés extraordinario en el cuidado de la prole, unido a los gastos económicos que supone. Las dificultades son especialmente elevadas cuando la discapacidad se manifiesta asociado a problemas de comportamiento o graves afectaciones motoras.

Como se ha comentado, es posible que alguno de los padres o ambos muestren un trastorno del desarrollo como la discapacidad intelectual o el autismo. En principio la opinión generalizada es que estos padres tendrán dificultades en el cuidado de sus hijos por una limitación en sus competencias sociales o prácticas. En algunos casos se ha informado de abusos y negligencia dentro de estas familias. Sin embargo, hay mayor evidencia de que los padres con discapacidad intelectual pueden cuidar de sus hijos con los apoyos necesarios y que las dificultades parecen estar más relacionados con el mundo de pobreza y exclusión en el que pueden vivir¹².

Cuando se permite a estos padres el derecho a mostrar su responsabilidad respecto a sus hijos con el apoyo, información y seguimiento suficiente en el ambiente, muestran las competencias necesarias. Los programas de apoyo incluyen la formación con otros padres y profesionales¹³.

Cuando los hijos de padres con discapacidad intelectual crecen suelen informar de profundo sentimientos de amor y cercanía hacia ellos, y con frecuencia acaban desarrollando un papel protector, encargándose paulatinamente de las actividades domésticas y su cuidado. Lo que es más llamativo es que estos hijos informan haber sufrido burlas y acoso de sus compañeros por la condición de sus padres.

V. EL PAPEL DE LOS HERMANOS

La presencia de un niño con discapacidad tiene un impacto en los hermanos. En primer lugar, si son suficientemente mayores, pueden pasar por las mismas etapas que lo hacen los padres y, en cualquier caso, sufren un nivel de estrés elevado. En su capacidad de adaptación a la situación influyen factores como la edad, el orden de nacimiento, el género, las características del trastorno y otros¹⁴.

Los hermanos tienen una influencia continuada a lo largo de toda la vida, proporcionando contacto físico y emocional, incluso cuando los padres ya no están. Sin embargo, esta relación puede oscilar entre ser reforzadora para ellos y que provoque a su vez un nivel de estrés elevado. De esta manera, los hermanos manifiestan sentimientos de satisfacción por aprender a vivir

afrentando las demandas de su hermano con discapacidad. Estos sentimientos acaban generalizándose hacia las personas con discapacidad¹⁵. Sin embargo, también pueden desarrollar sentimientos y conductas negativas hacia su hermano con discapacidad, al sentir que los padres se vuelcan en él y se sienten poco atendidos. En ocasiones estos sentimientos pueden aumentar su nivel de culpabilidad, de esta manera, va a producirse una oscilación y ambivalencia de emociones que pueden requerir apoyo psicológico.

El análisis de las preocupaciones de los hermanos de los niños con discapacidad se detalla a continuación:

- Su hermano con discapacidad incluyendo la causa de la discapacidad, los sentimientos del niño, necesidad de servicios, y qué espera en el futuro.
- Las habilidades para interactuar y comunicarse con su hermano en el caso de graves dificultades de comunicación o de salud.
- Sus padres: incluyendo las expectativas, comunicación, sentimientos de los padres y tiempos que les dedican.
- Ellos mismos, incluyendo sus sentimientos, su salud y la relación con sus hermanos.
- Sus amigos, incluyendo cómo informar a sus amigos, el manejo de las burlas, la aceptación de la discapacidad por su parte y las salidas.
- La comunidad, incluyendo servicios escolares, aceptación en la comunidad y vida en la comunidad.
- En la edad adulta, incluyendo la tutela, responsabilidades económicas, su compromiso en el futuro y la genética.

VI. APOYO A LOS PADRES CON UN HIJO CON DISCAPACIDAD

Algunos de los estereotipos que dificultan la relación de los profesionales con los padres con un hijo con discapacidad es el rol que los primeros atribuyen a las familias. Quizás el más importante es que son los profesionales los que conocen mejor el tema, y que los padres han de escucharlos sin cuestionar sus criterios, esperando que les resuelvan sus problemas. También con frecuencia se piensa que los padres contribuyen al problema de

su hijo, más que a resolverlo. Se les achaca que son poco realistas y que sobre-interpretan sus capacidades.

La forma de afrontar la discapacidad de un hijo ha de basarse en el modelo de resolución de problemas, y la familia forma parte de la solución¹⁶. Para conseguir esto, los profesionales necesitan entender la dinámica de la familia con el objeto de proporcionar los apoyos significativos, compartiendo la preocupación de los padres de que estos apoyos deben contemplarse a largo plazo y no solo hacia lo inmediato.

La investigación sugiere que el estrés parental está más relacionado con la presencia de conflictos dentro de la familia, falta de apoyo social, otros estresores y problemas de afrontamiento, más que la severidad de discapacidad del su hijo¹⁷. Este estrés puede ser el origen de trastornos mentales en los padres, y es el control percibido por su parte, el mejor predictor de dichos problemas. Así, las intervenciones psicológicas que ayudan a reducir este estrés se convierten en el mayor factor de resiliencia ante la discapacidad¹⁸.

La falta de apoyo es otra de las variables que interfieren en afrontamiento adaptativo de los padres ante la discapacidad por lo que cualquier intervención ha de considerar tanto sus necesidades como la mejor forma de dar respuesta a ellas¹⁹. Los apoyos que dan respuesta a estas necesidades van desde los servicios individualizados, al apoyo económico, la educación de los padres, la defensa legal y una red de apoyo mutuo hasta servicios de respiro familiar.

Los principios básicos de intervención y apoyo a los padres por parte de los profesionales han de centrarse en:

- Ponerse en su lugar y mostrarles el respeto que se merecen.
- Proporcionar apoyo social.
- Incrementar su confianza.
- Aumentar el placer de los padres en el trato con sus hijos.
- Incrementar y apoyar sus habilidades parentales.
- Mostrar sensibilidad respecto a los aspectos culturales.

A modo de conclusión, la presencia de un hijo con discapacidad tiene un impacto significativo tanto en los padres como en los hermanos. Este impacto no siempre es negativo, pero con frecuencia produce un nivel de estrés elevado cuando se unen otras variables. Considerar a la familia como parte de la intervención, teniendo en cuenta sus necesidades y proporcionándole los apoyos que requieren, permite incrementar su nivel de calidad de vida lo que repercute positivamente en el desarrollo del niño con discapacidad.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICA

- (1) A.P. TURNBULL Y H.R. TURNBULL: *Families, professionals, and exceptionality: Collaborating for empowerment (4th ed.)*. Upper Saddle River, 2001. Ed. Prentice-Hall, New Jersey.
- (2) A. HECIMOVIC Y S. GREGORY: The Evolving Role, Impact, and Needs of Families En DIANNE ZAGER (Ed.) *Autism Spectrum Disorders Identification, Education, and Treatment*, 2005. Ed. Lawrence Erlbaum Associates, Inc., New Jersey, en págs. 111-144.
- (3) J. PONTE, S. PERPIÑÁN, M.E. MAYO, M.G. MILLÁ, F. PEGENAUTE, M.L. Y POCH-OLIVÉ: *Estudio sobre los procedimientos profesionales, las vivencias y las necesidades de los padres cuando se les informa de que su hijo tiene una discapacidad o un trastorno del desarrollo. La primera noticia*. Revista de Neurología, 2012, nº 54 (Supl 1): S3-S9.
- (4) COMITÉ ESPAÑOL DE REPRESENTANTES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD (CERMI): *¿Cómo comunicar la presencia de una discapacidad en el embarazo, el nacimiento o en los primeros años de vida?. Recomendaciones para actuar desde un enfoque de derechos humanos y el respeto a la diversidad*, 2011. DOI: <http://www.cermi.es/SiteCollectionDocuments/C%C3%B3mo%20comunicar%20presencia%20discapacidad.pdf>.
- (5) C. QUINN: *100 Questions & Answers About Autism: Expert Advice from a Physician/Parent Caregiver Campion*, 2006, Ed. Jones and Bartlett Publishers, Inc., New York.
- (6) E. KUBLER-ROSS: *On grief and grieving: finding the meaning of grief through the five stages of loss*, 2005, Ed. Simon & Schuster, New York.

- (7) J.M. HOLLAND Y R.A. NEIMEYER: *An Examination of Stage Theory of Grief among Individuals Bereaved by Natural and Violent Causes: A Meaning-Oriented Contribution*, Revista Omega 2010, vol .61, nº 2, en págs. 103 a 120.
- (8) R.P. HASTINGS Y HM. TAUNT: *Positive perceptions in families of children with developmental disabilities.*. Revista Am J Ment Retard, 2002, vol 107, nº 2, págs. 16 a 27.
- (9) M.N. MCCAIN Y J.F. MUSTARD: *Early years study: reversing the brain drain*, 1999, Ed. Publications, Ontario.
- (10) J.P. SHONKOFF Y S.J. MEISELS: *Handbook of early childhood interventions*, 2000, Ed. Cambridge University Press, New York.
- (11) L. WOOLFSON Y E. GRANT: *Authoritative parenting and parental stress in parents of pre-school and older children with developmental disabilities*. Revista Child Care Health Dev. 2006, vol. 32, nº 2, págs. 177 a 184.
- (12) A. HAMMOND: Parents with Learning Disabilities (pp 160-172) En I. PEATE Y D. FEARNES (Eds.): *Caring for People with Learning Disabilities*, 2006, Ed. John Wiley & Sons Ltd.
- (13) S. BRICKLEY: Working with Parents Who Have a Learning Disability and their Children', en M. JUKES Y M. BOLLARD (eds), 2003, *Contemporary Learning Disability Practice*, Ed. Healthcare Limited, Salisbury, MA.
- (14) A.E. WOODHOUSE, G. GREEN, G. Y S. DAVIES: *Parents with Learning Disabilities: Service Audit and Development*, Revista British Journal of Learning Disabilities, 2001, nº 29, págs. 128 a 132.
- (15) R.G. STEELE Y B.S.. AYLWARD: An Overview of Systems in Pediatric Psychology Research and Practice, en MICHAEL C. ROBERTS RIC G. STEELE: *Handbook of Pediatric Psychology*, 2009, Ed. The Guilford Press, New York, págs.. 649 a 655.
- (16) J.E. FARMER, J. DONDEERS Y S. WARSCHAUSKY (EDS.): *Treating neurodevelopmental disabilities, Clinical Research and Practice*, 2006, Ed. The Guilford Press, New York.

(17) A.M. SMITH Y J.G. GRZYWACZ: *Health and well-being in midlife parents of children with special health needs*, 2014, Revista Families, Systems, & Health, vol. 32, nº 3, págs. 303 a 312.

(18) CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ORGANIZACIONES EN FAVOR DE LAS PERSONAS CON RETRASO MENTAL (FEAPS). *Apoyo a las familias con personas con retraso mental: orientaciones para la calidad*. (2001). DOI:<http://www.feaps.org/archivo/publicaciones-feaps/libros/manuales-de-buenas-practicas/164-apoyo-a-familias.html>.

(19) INTERDISCIPLINARY MAINPRO CME FOR FAMILY PHYSICIANS AND OTHER PRIMARY HEALTHCARE PROVIDERS. *Improving the Odds: Healthy Child Development*. 2003. DOI:<http://ocfp.on.ca/docs/research-projects/improving-the-odds-healthy-child-development-manual-2010-6th-edition.pdf>.



CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO



Fundación
Equitas



Consejo General del
Notariado España



Abogacía
Española
CONSEJO GENERAL



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES
E IGUALDAD



35 años trabajando junto a
nuestros colegiados para mejorar
la calidad de los servicios psicológicos
y el bienestar de los ciudadanos