

# TRATAMIENTO JURÍDICO-SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD: BREVES REFERENCIAS A SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y PRINCIPALES RETOS ACTUALES

José Luis Ruiz Santamaría  
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Málaga

## I. BREVES REFERENCIAS A SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA

En España, una nueva etapa de protección jurídica de las personas con discapacidad, comienza a partir de la entrada en vigor en 1978 de la vigente Constitución. En este sentido, Lorenzo García<sup>1</sup>, sostiene que: “La moderna etapa de protección jurídica de las personas con discapacidad arranca tras el novedoso artículo 49 de la CE que, siguiendo el reciente precedente de la Constitución portuguesa, incluye el catálogo de principios rectores de la política social y económica de la Carta Magna a la protección de un colectivo, como el de las personas con discapacidad, que había estado legislativamente casi olvidado en la evolución de nuestro ordenamiento jurídico. El artículo 49 inaugura una nueva etapa de enorme potencialidad interpretativa y transformadora de la realidad del derecho español (...)”. Precisamente, del mandato constitucional de este artículo 49 de la CE<sup>2</sup>, vería la luz la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad (LISMI). Esta Ley, supuso un importante avance en materia jurídica sobre la protección de los derechos de las personas con discapacidad<sup>3</sup>, integrando “*el modelo médico-rehabilitador de atención a las personas con discapacidad*”, y llevando a cabo “(...) un imponente desarrollo reglamentario en materias de gran alcance tales como: las prestaciones económicas; la educación especial; la integración laboral y la eliminación de barreras, por citar algunos de sus principales avances en esta materia<sup>4</sup>”.

Años posteriores, se aprobaría la Ley 51/2003 de igualdad de oportunidades no discriminación y accesibilidad universal, que incorporaba como novedad, el cambio significativo del “*modelo médico-rehabilitador*”<sup>5</sup>, por el “*modelo social*”<sup>6</sup>; y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones de la LIONDAU<sup>7</sup>.

Por su parte, y en relación al desarrollo histórico-jurídico de la protección de las personas con discapacidad en el ámbito de la UE, será en el Tratado de Ámsterdam, que entraría en vigor en 1997, cuando aparece por primera vez la necesidad de que la UE aborde el tema de la discriminación por razón de discapacidad. En su art.13, se autorizaba a la UE a adoptar medidas para luchar contra la discriminación de las personas con discapacidad, siendo ésta, de hecho, la primera referencia específica de los Tratados a la *discapacidad*. Este artículo proporcionaba por primera vez una base para abordar situaciones de discriminación múltiple, mediante el

---

1 LORENZO GARCÍA, R. (2014), “El nuevo Texto Refundido de la Ley General de Derechos de la Personas con Discapacidad”, en AA.VV., Protección social: Seguridad Social y Discapacidad. Estudios en homenaje a Adolfo Jiménez, Ed. Cinca, págs. 293–294.

2 Véase en relación a lo dispuesto en el artículo 53 de la CE.

3 Adviértase que en aquella época el término usado era “minusválido”.

4 Ib. Pág. 294.

5 Es el modelo médico que se asienta sobre la rehabilitación de las personas con discapacidad. Véase en PALACIOS RIZZO, A. (2008), “El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, Madrid, Cinca, pág. 66.

6 El modelo social pone el énfasis en la rehabilitación de una sociedad, que ha de ser concebida y diseñada para hacer frente a las necesidades de todas las personas, gestionando las diferencias e integrando la diversidad. Para profundizar en este aspecto, véase PÉREZ BUENO, L. (2010), “Discapacidad, derecho y políticas de inclusión”, Madrid, Cinca, págs., 83-84. También, sobre este asunto ver en PALACIOS RIZZO, A. (2008), “El modelo social de discapacidad.....op.cit. , págs. 106-107.

7 Esta ley, desplegó sus efectos múltiples sobre nuevas iniciativas legislativas tales como la Ley de autonomía personal y protección de la dependencia, entre otras. Ver sobre este asunto en, LORENZO GARCÍA, R. (2014), “El nuevo Texto Refundido de la Ley...op. cit. págs. 294 y ss.

establecimiento de una política y un enfoque legal común para los distintos motivos de discriminación.

En virtud precisamente del fundamento jurídico que proporcionaba el art.13 del Tratado de Ámsterdam, se adoptó la aprobación de la Directiva 2000/78, sobre la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, mediante la cual se prohibía la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, *discapacidad*, edad u orientación sexual. En 2001, se modifica el art.13 por el Tratado de Niza con el objeto de permitir la adopción de medidas de incentivos por mayoría cualificada del Consejo<sup>8</sup>.

Con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa<sup>9</sup> en 2009, se establece el carácter vinculante de la Carta de Derechos Fundamentales, que contiene un amplio catálogo de derechos, destacando la transversalidad<sup>10</sup> de la no discriminación por razón de discapacidad<sup>11</sup>. También conviene destacar la incorporación de la Convención al acervo comunitario y al derecho positivo de los Estados miembros, lo que supone un importante avance en materia de discapacidad a nivel europeo, sobre todo a través de futuros desarrollos jurisprudenciales<sup>12</sup>.

La última iniciativa política y legislativa orientada a la lucha contra la discriminación y la igualdad de trato de las personas con discapacidad, que adoptó la Comisión Europea en 2010, es la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020<sup>13</sup>. Tiene como una de las principales prioridades la incorporación de las personas con discapacidad al mercado laboral. Igualmente se centra en la eliminación de barreras e identifica medidas a escala de la UE complementarias a las acciones a nivel nacional. También determina los mecanismos necesarios para aplicar la Convención. Asimismo se focaliza en otros aspectos fundamentales para la plena integración y la igualdad de trato de las personas con discapacidad.

Sin embargo, el gran hito en materia de protección de los derechos de las personas con discapacidad, se va a producir con la aprobación en 2006 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad (CDPD), ratificada en 2010 por la UE. Es el primer instrumento amplio de derechos humanos del siglo XXI, así como el primer tratado internacional de derechos humanos que se abre a la firma de organizaciones regionales de integración, como la propia Unión Europea<sup>14</sup>. Además de recoger los derechos de las personas con discapacidad, también contempla las obligaciones de los Estados de promover, proteger y asegurar tales derechos<sup>15</sup>. A partir de su entrada en vigor en enero de 2011, tanto los

---

8 Las medidas legislativas seguían requiriendo aprobación por unanimidad de todos los Estados miembro.

9 Desarrollado con mayor amplitud en DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Libre circulación de personas tras el Tratado de Lisboa”, Madrid, *Revista del Ministerio e Inmigración. Derecho social Internacional y Comunitario*, núm. 92, 2011, págs. 257–282.

10 Cit. Supra nota 9.

11 Quedando encuadrado tras la aprobación en el art. 19 TFUE.

12 CABRA DE LUNA, M., “La protección de la discapacidad en el ámbito internacional: la Unión Europea”, en AA.VV., *Protección social: Seguridad Social y Discapacidad. Estudios en homenaje a Adolfo Jiménez*, Ed. Cinca, 2014, págs. 288–389.

13 Sobre los objetivos, en AA.VV., “*Des droits pour tous: contribution des organismes de lutte contre les discriminations à l'évaluation de la Stratégie 2010-2020 de L'Union Européenne en faveur des personnes handicapées. Un avis equinet*”, Bruselas, *Equinet European network of equality bodies*, diciembre, 2014, también en BALLESTER PASTOR, M., “La lucha contra la discriminación en la Unión Europea”, Madrid, *Revista del Ministerio e Inmigración. Derecho social Internacional y Comunitario*, núm. 92, 2011, págs. 207–255.

14 *Ib.* 389. También puede consultarse sobre este asunto el mismo autor, en: “El empleo de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico comunitario y nacional”, en CASTILLO DÍAZ, M. (pr.), *I Congreso Nacional sobre Empleo de las Personas con Discapacidad: Hacia la plena inclusión laboral*, ISBN 978-84-7993-307-4, UNIA, 2016, pág. 9.

15 Concretamente, la Convención establece como principios generales el respeto de la dignidad inherente a la persona, la autonomía individual, la independencia de cada ser humano, la no discriminación, la participación e inclusión plena y efectivas en la sociedad, la igualdad de oportunidades, el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como manifestación de la diversidad y la condición humana. *Vid.* CABRA DE LUNA, M., “La protección de la discapacidad...”, op. c., pág. 390.

Estados miembros como la propia UE han comenzado a adaptar sus ordenamientos jurídicos a la nueva realidad<sup>16</sup>.

La ratificación de esta Convención por España el 3 de diciembre de 2007 y su posterior entrada en vigor el 3 de mayo de 2008, llevaba aparejada, la adaptación y reforma de la normativa española sobre los derechos de las personas con discapacidad y ha tenido como consecuencia inmediata la elaboración del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social –en adelante LGD-. Este Real Decreto, deroga expresamente -por refundirlas en este texto- las siguientes leyes: Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad (LISMI); Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad (LIONDAU) y Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. En referencia a la Igualdad de oportunidades y no discriminación, se describen las medidas contra la discriminación y las medidas de acción positiva. Se incluye, también por primera vez, las definiciones de todos los tipos de discriminación, directa e indirecta, ya contempladas, a las que se añaden la discriminación por asociación y acoso<sup>17</sup>, con el fin de completar el marco jurídico de prohibición de la discriminación en cualquiera de sus manifestaciones<sup>18</sup>. Si bien la nueva ley no añade cambios sustanciales, sin duda simplifica y clarifica la dispersión existente hasta ahora en las leyes derogadas, y elimina las posibles contradicciones conceptuales que pudieran producirse entre textos tan dispares y alejados en el tiempo.

Por otra parte, conviene señalar (aunque de manera muy breve), que de forma paralela al desarrollo histórico-legislativo, se ha podido apreciar en el *ámbito jurisprudencial* (tanto a nivel nacional, como en el de la UE)<sup>19</sup>, una evolución importante en materia de protección de los derechos de estas personas y a la no discriminación por razón de discapacidad.

A nivel global, en los últimos tiempos el tratamiento de la discapacidad, se ha convertido en un tema recurrente y de especial atención. Un examen sobre el contenido del último *Informe Mundial sobre la Discapacidad*<sup>20</sup>, nos desvela un panorama desalentador reflejándolo en los siguientes términos: “Más de mil millones de personas viven en todo el mundo con alguna forma de discapacidad; de ellas, casi doscientos millones experimentan dificultades considerables en su funcionamiento. En los años futuros, la discapacidad será un motivo de preocupación aún mayor, pues su prevalencia está aumentando. Ello se debe a que la población

---

16 Sin embargo, al día de hoy queda mucho por hacer, es necesario que la Comisión Europea desarrolle unas directrices que permitan el *mainstreaming* de la CDPD en toda la legislación europea y que revise todo el acervo comunitario actualmente vigente. No le corresponde únicamente a la UE, realizar su trabajo, también es imprescindible que los Estados miembros realicen sus tareas.

17 En este sentido el artículo 27.1, a) de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. También en derecho comunitario, la Directiva 2000/43/CE sobre igualdad de trato de las personas independiente de su origen racial o étnico, en su artículo 2.3; Directiva 2000/78/CE sobre igualdad en el empleo, en su artículo 2.3 y la Directiva 2006/54/CE sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, en su artículo 2.1(c). En jurisprudencia comunitaria STJUE, de 17 de julio de 2008, asunto C-303/06, caso Coleman.

18 En relación a la no discriminación en las relaciones laborales, el artículo 17 del ET.

19 Para profundizar sobre este tema, puede consultarse en: RUIZ SANTAMARÍA, J.L. (2016), “La adaptación ...op. cit. págs. 882-888. También en: MÁRQUEZ PRIETO, A. y RUIZ SANTAMARÍA, J.L. (2016), “Incapacidad total para un gruista con visión monocular al hilo de la STS de 23 de diciembre de 2014”, Revista de derecho de la seguridad social, núm. extra 1 (dedicado a: Doctrina judicial en materia de Seguridad Social: balance y análisis selectivo de sentencias del año 2015), págs. 135-141.

20 Este informe de fecha 9 de junio de 2011, emitido conjuntamente por la OMS y el Grupo del Banco Mundial y que lleva por título: “Informe mundial sobre la discapacidad: rompiendo barreras [*New World report on disability: Breakind down barriers*]”, reúne la mejor información disponible sobre la discapacidad con el fin de mejorar la vida de las personas que la padecen. También, ofrece a los gobiernos y a la sociedad civil un análisis exhaustivo de la importancia de la discapacidad y de las respuestas proporcionadas, basado en las mejores pruebas disponibles, y recomendar la adopción de medidas de alcance nacional e internacional. La visión que nos impulsa, es la de un mundo inclusivo en el que todos podamos vivir una vida de salud, comodidad y dignidad.

está envejeciendo y el riesgo de discapacidad es superior entre los adultos mayores, y también al aumento mundial de enfermedades crónicas tales como la diabetes, las enfermedades cardiovasculares, el cáncer y los trastornos de la salud mental”. El citado informe sigue diciendo que: “(...) En todo el mundo, las personas con discapacidad tienen peores resultados académicos, ello es consecuencia de los obstáculos que entorpecen el acceso de las personas con discapacidad a servicios indispensables, en particular la salud, la educación, el empleo, el transporte, o la información”. Estos peores resultados académicos, son el reflejo de los impedimentos y barreras<sup>21</sup> que se presentan para este colectivo, y que supone un lastre importante.

## II. PRINCIPALES RETOS ACTUALES

A pesar de los avances legislativos y jurisprudenciales en esta materia, este colectivo tiene aún muchas dificultades<sup>22</sup>, no solo para integrarse en la sociedad, sino que una vez integradas, puedan disfrutar de los mismos derechos que el resto de las personas<sup>23</sup>. En este sentido, un análisis del “*Informe Olivenza 2017, sobre la situación general de la discapacidad en España*”, nos ayudará a conocer de forma efectiva y real, cuáles son los retos actuales en materia de discapacidad.

### 2.1 Situación sobre la inclusión social de las personas con discapacidad en España

Respecto a la inclusión social, la desventaja que presentan las personas con discapacidad, se cuantifica en un 65,4%.

La inclusión social como expresión máxima del ejercicio de los derechos de la ciudadanía con discapacidad que aborda cinco dimensiones fundamentales: participación política, educación, vivienda, salud y apoyos por discapacidad (este último específico y por tanto no comparable con la población general. En este sentido, y según los últimos indicadores, las personas con discapacidad alcanzan una distancia cercana al 55,1% con el resto de la población.

En cuanto a la *participación política*, el art. 29 CDPD, garantiza los derechos políticos entre los que se incluye el derecho al voto. Sin embargo, en clara contradicción con nuestra legislación interna, el art. 3 de la Ley 5/1985 de Régimen Electoral General, establece que los declarados incapaces en virtud de sentencia judicial firme quedarán privados del derecho del sufragio, siempre que la sentencia declare expresamente la incapacidad para su ejercicio. En este sentido, las personas con discapacidad que estuvieron privadas de su derecho al voto en las elecciones generales de 20 de diciembre de 2015 y 26 de junio de 2016, asciende a un total de 98.488.

### 2.2 Educación

La distribución porcentual de los alumnos con necesidades educativas especiales (NEE) derivadas de una discapacidad, matriculados en Régimen general, se corresponde a un 19,8%,

---

21 Véase también en este sentido, LORENZO GARCÍA, R., “El futuro de los discapacitados en el mundo: el empleo como factor determinante para la inclusión”, Madrid, *Revista del Ministerio e Inmigración*, núm. 50, 2004, págs. 73-90. El autor de este artículo ha dirigido por mandato del Club de Roma a nivel mundial, el informe titulado: “El futuro de las personas con discapacidad en el mundo. Desarrollo humano y discapacidad”, en el que se realiza un profundo análisis del conjunto de problemas que afectan a la discapacidad a nivel mundial, desde la perspectiva de la integración y el reconocimiento pleno de los derechos inherentes a la dignidad de la persona, y desde la óptica del respeto a la diversidad. A través de la experiencia y aportaciones del referido informe, el autor aborda en este trabajo específico para la Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales la cuestión concreta de la inserción laboral de las personas con discapacidad como factor determinante para una plena integración social.

22 Ib. pág. 880.

23 En este sentido, *vid.* Informe Olivenza sobre la situación de la discapacidad en España (2014) del Observatorio estatal de la discapacidad, <http://www.odismet.es/es/biblioteca/informe-olivenza-2014-sobre-la-discapacidad-en-espana/103/>. (Consulta: 06/ 05/2016). Igualmente, Estrategia española sobre la discapacidad (2012 – 2020), <http://sid.usal.es/libros/discapacidad/26112/8-4-1/estrategia-espanola-sobre-discapacidad-2012-2020.aspx>. (Consulta: 01/07/2016) y su Plan de acción (2014 – 2016), [http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeminstros/referencias/documents/2014/refc20140912e\\_7.pdf](http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeminstros/referencias/documents/2014/refc20140912e_7.pdf). (Consulta: 01/ 07/2016).

los escolarizados en centros de educación especial; frente a un 80,2% que los están en centros de educación integrada.

Otros datos indispensables para conocer la situación actual, son los siguientes:

- Tasa de abandono escolar: 43,2% personas con discapacidad (en adelante PCD, frente al 25,2% de personas sin discapacidad (en adelante PSD).
- Barreras en el acceso a la formación: 69,5% de PCD, frente al 51% de PSD.
- Cursando estudios en el momento actual: 6,9% de PCD, frente al 18,5% de PSD.
- Realizando estudios superiores: 15,1% de PCD, frente al 33,2% de PSD.
- Sin estudios: 5,8% de PCD, frente al 0,5% de PSD.

Especial atención merece la *sentencia nº 1385/2017 del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo contencioso-administrativo de Málaga, sección 3ª, de 10 de julio de 2017*, que ha estimado el recurso de un alumno con discapacidad, al que se denegó su solicitud de matriculación en 2º curso de Formación Profesional Básica de Agrojardinería y Arreglos Florales por superar durante el año natural el límite de edad de 21 años establecido para permanecer cursando Ciclos Formativos de FP Básica. El citado alumno alegó que se vulneraba su derecho fundamental a la igualdad y no discriminación de acuerdo con el artículo 14 y 27 de la Constitución. La sentencia se ha dictado tras un procedimiento de derechos fundamentales, lo cual es muy positivo y además señala que el límite de 21 años no es aplicable a la FP en centros ordinarios (sino solo a la educación especial) razón por la que puede comenzarse a los 19 años y permanecer durante 4 años como señala el artículo 22 del Decreto 135/2016 de 26 de julio por el que se regulan las enseñanzas de Formación Profesional Básica en Andalucía. Sin duda, se trata de un buen precedente que contribuye a derribar las barreras existentes por razón de edad, a la que se han tenido que enfrentar hasta ahora los alumnos con discapacidad en la FP ordinaria.

### **2.3 Condiciones de trabajo y empleo**

La situación actual en España para las PCD, respecto a sus condiciones de trabajo y desarrollo profesional, queda reflejada a través de los datos siguientes:

- El porcentaje de personas que señalan barreras para un empleo adecuado, es 90,2%.
- Tasa de pluriempleo, 2,2%.
- Tasa de autoempleo, 11,4%.
- Tasa de riesgo de pobreza o exclusión social en ocupados, 14,5%.
- Tasa de riesgo de pobreza o exclusión social general, 30,9%.
- Tasa de baja intensidad laboral, 32,9%.
- Ocupados con contratos indefinidos, 77%.
- Ocupadas con nivel de estudios secundarios, 59%.
- Ocupados con contratos a jornada completa, 83,4%.
- Contratos en el sector servicios, 80,7%.
- Permanencia de más de 3 años en el mismo empleo, 74,6%.
- El salario medio bruto anual, es 19.569,6%

### **2.4 Prestaciones sociales**

En España, se destina un total de 18.724.489 € a prestaciones sociales por invalidez. De dicha cuantía, el 84,64% se presta en efectivo, siendo el resto en especie. Sobre el PIB, los datos apuntados representan el 1,74%.

### **2.5 Vida independiente<sup>24</sup>**

El Comité de Derechos de las personas con discapacidad ha publicado una Observación General: la nº 5 dedicada *al derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la Comunidad*. Este instrumento, supone un avance importantísimo a nivel internacional en la interpretación y armonización legislativa de la Convención de la ONU sobre los derechos de las

---

24 Para profundizar sobre este tema, consultar el capítulo elaborado por ALONSO PARREÑO, M.J., correspondiente al “Informe Olivenza 2017, sobre la situación general de la discapacidad en España”.

personas con discapacidad. El art. 25, 2 de la ley 25/2014 de Tratados y otros Acuerdos Internacionales establece que “*En la interpretación de tratados adoptados en el ámbito de una organización internacional, se tendrá en cuenta toda norma pertinente de la organización*”. También, la mencionada Observación General nº 5 desarrolla e interpreta el art. 19 de la Convención dirigido a garantizar el derecho a la vida independiente y a ser incluido dentro de la Comunidad, con la libertad de elegir y controlar la propia vida. Se trata de uno de los artículos de ámbito más amplio y más transversal, por lo que debe tenerse en cuenta al aplicar todos los artículos de la Convención. Este derecho se refiere a todas las personas con discapacidad con independencia de sus características y circunstancias y con independencia de que hayan sido privados de su capacidad legal o de que presenten grandes necesidades de apoyo.

Se señalan dos grupos especialmente institucionalizados y vulnerables:

- Las personas con grandes necesidades de apoyo, para los cuales la financiación debe ser proporcional a las necesidades.
- Las mujeres y niñas con discapacidad, que sufren con mayor frecuencia violencia y abuso.

El citado art. 19 contiene un programa para realizar el derecho a la vida independiente (dimensión individual, derecho a emanciparse) y el derecho a ser incluido en la comunidad (dimensión social que entraña el derecho a que se desarrollen entornos inclusivos); entendiéndose que “*vida independiente*” no significa vivir solo y realizar las actividades de la vida diaria sin apoyo. Significa poder elegir dónde y con quien vivir.

Por su parte, “*estar incluido en la comunidad*” significa tener una vida social plena y tener acceso a todos los servicios ofrecidos al público y a los servicios de apoyo para personas con discapacidad que les permita participar en todas las esferas de la vida.

El Comité de Derechos de las Personas con discapacidad en su Observación General nº 5 ha reconocido avances en este derecho pero también ha destacado que todavía falta eliminar muchas barreras, como las siguientes:

- No se permite a las personas ejercer su capacidad jurídica.
- Los servicios sociales no están adaptados al modelo de vida independiente.
- Las normas y presupuestos no propician la asistencia personal y el apoyo individualizado.
- Los internamientos involuntarios.
- Falta de estrategias de desinstitucionalización.
- Actitudes negativas, estigmas y estereotipos.
- Falta de comprensión de lo que implica el comentado art. 19.
- Falta de servicios accesibles y asequibles en la comunidad (transporte, salud, escuela, vivienda, teatros, cines, edificios públicos, etc.).
- Falta de mecanismos de supervisión de la aplicación del art. 19.
- Insuficiente generalización de la discapacidad en los presupuestos generales.
- Descentralización “inapropiada” que provoca disparidades entre las posibilidades de realizar el derecho dentro de un Estado Parte.

## **2.6 Análisis jurisprudencial sobre la aplicación de la CDPD en España**

Para finalizar, comentaremos brevemente una selección de sentencias recientes que aportan novedades sobre la aplicación de la CDPD en España.

*Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, S 4-4-2017, nº 216/2017, rec. 56/2016* sobre capacidad jurídica. Esta sentencia es interesante entre otros aspectos porque fija un plazo de dos años para revisar la situación de incapacidad parcial y la necesidad de curatela.

*Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 16 de mayo de 2017, nº 298/2017, rec. 2759/2016* sobre capacidad jurídica y curatela. En ella se establece que el juez debe oír a aquél cuya tutela o curatela se pretenda constituir (art. 231 CC y art. 45.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria) y, de otra, porque conforme al art. 12.4 de la Convención, las salvaguardias que se adopten «asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona.

*Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª Pleno, S 19-1-2017, nº 31/2017, rec. 1222/2015* en relación con la atribución de la vivienda familiar. Se solicitaba que se prologase la atribución del uso de la vivienda familiar en beneficio de un hijo con discapacidad (la vivienda era privativa del otro cónyuge y el tribunal de instancia había permitido la atribución al no dueño solo por tres años). El Tribunal Supremo dice que no cabe sostener la equiparación, en todos los ámbitos, de discapacidad con minoría de edad, que sin embargo sí que sostiene para las pensiones de alimentos. Esta sentencia tiene un pronunciamiento muy interesante:

*“La condición de discapaz no deriva necesariamente de una resolución judicial dictada en juicio de modificación de la capacidad de una persona. La condición de discapaz, según el artículo 1 de la Convención de Nueva York de 2006, incluye a aquellas personas 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. Esta definición se recoge literalmente en el art. 25 del Código Penal y supone que no es precisa una declaración judicial para que puedan prestarse los apoyos necesarios a quien de hecho y no de derecho sufre alguna limitación de esta clase”.* (FJ2)

*Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-administrativo, sección octava de 16 de marzo de 2017 y 13 de julio 2017* en materia de grado de dependencia y atrasos. Estas dos sentencias son importantes porque ponen en evidencia la ilegalidad de convertir en revisiones de oficio los recursos de alzada presentados por familiares de menores en situación de dependencia, situando la fecha de efectos de las prestaciones económicas reconocidas conforme a los recursos de alzada y condenando a pagar los atrasos correspondientes con intereses y costas.

*Sentencia del Tribunal Supremo Sala 4ª, de 28 de junio de 2016, nº 568/2016, rec. 80/2015* sobre prestación social por reducción de jornada para cuidado de menor con cáncer u otra enfermedad grave o incurable. El Tribunal Supremo ha vuelto a confirmar, como ya hizo en la Sentencia de 15 de octubre de 2015, que es compatible esta prestación con estar escolarizado y no en un hospital.