
This is the **published version** of the bachelor thesis:

Morón Canton, Alejandro Manuel; Gete-Alonso Calera, Ma. del Carmen , dir. El interés superior del menor y el peligro que supone su indeterminación. Análisis jurisprudencial. 2022. 100 pag. (949 Grau en Dret)

This version is available at <https://ddd.uab.cat/record/263181>

under the terms of the  license



Universitat Autònoma
de Barcelona

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y EL PELIGRO QUE SUPONE SU
INDETERMINACIÓN. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL**

Autor: Alejandro Manuel Morón Canton

Grado en Derecho, curso 2021/2022

Directora: Maria del Carmen Gete-Alonso y Calera

Fecha de entrega: 15/06/2022

Agradecimientos

A tres mujeres extraordinarias:

A Maria del Carmen,

por su excelente tutorización;

A Jennifer,

por ser un eterno ejemplo a seguir;

Y especialmente a mamá,

por su incondicional apoyo y sólida fe en mí.

RESUMEN DEL TRABAJO

La concreción del “interés superior del menor”, entendido ya como un verdadero principio de nuestro ordenamiento jurídico, plantea diversos problemas. Es un concepto jurídico indeterminado que dota al operador u operadora jurídica de cierto margen de discrecionalidad para precisarlo en cada caso concreto. Como consecuencia de ello, inevitablemente se dará pie a que se emplee como subterfugio para que responda y satisfaga otros intereses ajenos a los del niño o niña.

De esta forma, a lo largo del trabajo entraré a analizar el proceso de determinación de dicho interés que realiza el Tribunal Constitucional en dos procedimientos distintos para comprobar si la fundamentación en la que basa su decisión verdaderamente puede estar viciada de estereotipos y/o prejuicios. Antes de ello, no obstante, habrá que recordar necesariamente, entre otros datos, la disonancia entre el principio que hemos acuñado en nuestro país, “el interés superior del menor”, y el principio anglosajón “the best interest of the child”.

PALABRAS CLAVE: Interés superior del menor, the best interest of the child, concepto jurídico indeterminado, discrecionalidad, transexualidad, discapacidad.

ÍNDICE

I.- Introducción	Página: 10
II.- El interés superior del menor	Página: 11
- Un concepto jurídico indeterminado	Página: 11
- Normativa esencial	Página: 13
- Especial consideración a los orígenes	Página: 14
III.- Análisis de la casuística	Página: 17
- Régimen de visitas entre un menor y su madre transexual	Página: 17
- Escolarización de un menor con discapacidad	Página: 34
IV.- Conclusiones	Página: 51
V.- Bibliografía	Página: 53
VI.- Anexos	Página: 56
- Sentencia del Tribunal Constitucional número 176/2008	Página: 56
- Sentencia del Tribunal Constitucional número 10/2014	Página: 75

ABREVIATURAS

Art[s]	Artículo[s]
CE	Constitución Española
Cit.	Obra citada con anterioridad
Coord.	Coordinadores
Infra	Ver más abajo
LGTBIQ+	Colectivo de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales, intersexuales, queer y el resto de identidades y orientaciones sexuales.
Núm/n.º	Número
p[p].	Página[s]
RAE	Real Academia Española
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
S[TC]	Sentencia del [Tribunal Constitucional]
Supra	Ver más arriba
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Vol.	Volumen

I. INTRODUCCIÓN

El “interés superior del menor” es la piedra angular de toda decisión que trate de regular y resolver los asuntos que conciernen a aquellas personas que todavía no han alcanzado la mayoría de edad. No obstante, al ser un concepto jurídico indeterminado se da cierto margen de discrecionalidad a quien juzga para clarificarlo y especificarlo según las concretas circunstancias del caso: con lo que irremediablemente se da pie a que la decisión pueda responder a otra clase de intereses que distan mucho de los del niño o niña en cuestión.

Es por ello que en el presente trabajo trataré de analizar la forma en la que los distintos órganos jurisdiccionales lo determinan y aplican en sus resoluciones. Dicho análisis permitirá ver, entre otras cosas, qué puede implicar su indeterminación y cuál es el procedimiento que se sigue para justificar debidamente una decisión que trata de dar solución a asuntos tan importantes como aquellos que responden a los derechos fundamentales de la infancia.

De esta forma el estudio jurisprudencial recaerá, en síntesis, en el examen de conformidad con la legalidad de, en concreto, dos procedimientos: uno relativo a la modificación de un régimen de visitas entre una madre transexual y su hijo y otro relativo a la escolarización de un niño con discapacidad en un centro especial. Ambas sentencias han sido dictadas por el Tribunal Constitucional, por lo que *a priori* podría pensarse que será complicado observar una vulneración de derechos fundamentales. Nada más lejos de la realidad. Con esta investigación se pondrá en tela de juicio la tarea del Alto Tribunal al observar como incluso en la más alta instancia puede utilizarse, a modo de subterfugio, el interés superior del y la menor.

Así pues, la lectora o el lector podrá encontrar una estructura de trabajo dividida en dos partes bien diferenciadas: la primera parte consiste en la exposición teórica del concepto, la normativa más esencial y una breve explicación de los orígenes del “interés superior del menor”. La segunda parte tratará, siendo la sección fundamental y eminentemente más práctica, el análisis *per se* de la argumentación que da el Constitucional para fundamentar cada una de sus sentencias. Después de extraer unos resultados de cada uno de los casos, no obstante, realizaré una conclusión final donde expondré la relación de dichos resultados con las ideas que se plasman en la parte teórica.

II. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

Es indudable que la sociedad de hoy en día dota de gran importancia a los asuntos que versan sobre la seguridad, el apoyo y el amparo de los y las menores de edad. Como resultado de ello, el ordenamiento jurídico, que debe ser la clara representación de los intereses de la población, ha articulado distintos mecanismos para cumplir con su deber de salvaguarda. De esta forma, la protección integral de los niños y niñas viene establecida por el artículo 39 de la Constitución Española y el máximo exponente articulado para garantizar dicha protección es la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Es aquí donde aparece, a nivel nacional, el mecanismo establecido para asegurar el desarrollo integral y el respeto completo y efectivo de todos los derechos de las personas menores de edad: el principio del “interés superior del menor”.

Un concepto jurídico indeterminado

El interés superior de la persona menor de edad es un concepto jurídico indeterminado. El propio preámbulo de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en el apartado segundo (segundo párrafo), lo califica de esta forma. En este sentido, recordemos las palabras de GONZÁLEZ ALONSO¹ cuando menciona que “*los conceptos jurídicos indeterminados delimitan ese ámbito de la realidad mediante un proceso de integración o de determinación, de juicio o de estimación*”. Por lo que para concretarlo, deberá realizarse un proceso razonado estimando las distintos elementos del caso en cuestión.

En todo caso, tal y como se establece en el mencionado preámbulo, éste se puede definir desde un triple contenido: (1) es un derecho sustantivo que obliga a que se hayan ponderado y evaluado los intereses del o la menor cuando se adopte una medida que le concierna; (2) es un principio general de carácter interpretativo, puesto que si una disposición jurídica puede ser interpretada de distintas formas, se optará por la que mejor responda a sus intereses y, por último, (3) es también una norma de procedimiento, ya que toda medida que se tome en dicho interés “*deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso*”².

1 GONZÁLEZ ALONSO, Augusto. “La discrecionalidad y su control. Diferenciación con la arbitrariedad y con los conceptos jurídicos indeterminados”, *Revista práctica de derecho CEFlegal, comentarios y casos prácticos*, n.º. 98, 2009, p. 139.

2 VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía. *El interés superior del menor de edad en situación de desprotección como principio rector de la actuación de los poderes públicos*. Boletín del Ministerio de Justicia, año LXXII, núm. 2.221, 2019, p. 21.

Así pues, está claro que es el derecho del menor a que su interés superior sea prioritario en toda decisión y aspecto que vaya a afectarle: desde la interpretación de la normativa aplicable, pasando por todo cauce procedimental, para llegar hasta la propia toma de la decisión. No obstante, a pesar de lo anterior, todavía continúa estando indeterminado. A este respecto se refiere el preámbulo cuando expresa que *“la determinación del interés superior del menor en cada caso debe basarse en una serie de criterios aceptados y valores universalmente reconocidos por el legislador que deben ser tenidos en cuenta y ponderados en función de diversos elementos y de las circunstancias del caso, y que deben explicitarse en la motivación de la decisión adoptada a fin de conocer si ha sido correcta o no la aplicación del principio”*.

Siguiendo en la línea de lo anterior, está claro que del principio se desprende cierto dinamismo. En este sentido, nótese el procedimiento que debe tener lugar para llegar a determinar el interés de los y las menores: solo se delimitará y concretará después de una adaptación al caso, tras haber sido evaluado y analizado, teniendo siempre en cuenta sus particulares circunstancias. Es aquí donde radica el principal problema del interés superior, porque tal y como menciona TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO³, *“de ese dinamismo deriva su principal problema: el margen de discrecionalidad del encargado de su aplicación”*.

La problemática que menciono se hará más patente mediante el estudio de la casuística que analizaré en el apartado segundo de este trabajo de fin de grado. Se puede avanzar, no obstante, que dicho margen de discrecionalidad podrá implicar, en varias ocasiones, que la decisión responda a verdaderos prejuicios al utilizar, a modo de subterfugio, el interés superior de los y las menores. En este sentido puede hacerse mención a las palabras que manifiesta EEKELAAR⁴, sobre los conceptos jurídicos indeterminados, cuando expresa que *“dejan demasiado espacio a quienes lo aplican para trasladar a la decisión que se adopte sus prejuicios sobre sexo, raza, religión, conductas personales y opciones vitales de las personas implicadas”*.

No obstante, antes de entrar a analizar los procedimientos que he seleccionado para ver la problemática que se deriva de la indeterminación del principio, hay que hacer una breve mención a los orígenes y a la normativa esencial que hace referencia al interés superior del y la menor.

3 TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad. “El interés superior del niño”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2016, p. 141.

4 EEKELAAR, John. “The interest of the Child and the Child wishes: the role of the dynamic self-determinism”, *International Journal of law policy and the family*, Oxford University Press, 8 (1), 1994, p. 47.

Normativa esencial

Es cierto que ya he mencionado el artículo 39 de la CE y la importancia de la ley orgánica de protección jurídica del menor, pero tal y como menciona el preámbulo de la ley orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, en el apartado primero, párrafo tercero, “*se han producido importantes cambios sociales que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de sus instrumentos de protección jurídica en aras del cumplimiento efectivo del citado artículo 39 de la Constitución*”. En este sentido puede aludirse, por ejemplo, a la ley orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia o, en Cataluña, a la llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència o al decret llei 26/2021, de 30 de novembre, de modificació del llibre segon del Codi Civil de Catalunya en relació amb la violència vicaria.

A nivel internacional debe hacerse especial mención a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990. Es la Carta Magna de los derechos del niño, que obtuvo tal denominación, entre otros motivos, por empezar a considerar a los y las niñas sujetos titulares de derechos y no meros objetos necesitados de protección. Importante también es, porque tiene gran relación con uno de los procedimientos que analizaré posteriormente, la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, resolución 61/106 adoptada por la Asamblea General de 13 de diciembre de 2006 en Nueva York, ratificada por España en 2008.

De todo este acervo normativo puede extraerse⁵ una misma conclusión, que será determinante para entrar a valorar, *a posteriori*, los procedimientos de la parte práctica del trabajo: y es que para tomar una decisión que afecte a menores, y muy especialmente a sus derechos fundamentales, será *conditio sine qua non* que la misma esté motivada, justificada y explicada debidamente. En este sentido hay que recuperar la idea de que el interés superior es, también, una norma de procedimiento y un concepto jurídico indeterminado. A este respecto se pronuncia PIZARRO MORENO⁶, recordando que “*especialmente importante es esta cuestión, desde el momento en que*

5 En este sentido, puede verse la Observación general n.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), del Comité de los Derechos del Niño, que dice que “*a fin de demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, cualquier decisión sobre el niño o los niños debe estar motivada, justificada y explicada*”, p. 20, párrafo 97.

6 PIZARRO MORENO, Eugenio. *El interés superior del menor: claves jurisprudenciales*, 1ª edición. Madrid: editorial Reus, 2020, p. 63.

implica que toda decisión que sea adoptada atendiendo a este concepto jurídico indeterminado deberá explicitar el mecanismo a través del que se ha valorado este principio en la resolución, es decir, qué se ha considerado que respondía al interés superior del niño, en qué parámetros o criterios se ha fundamentado la decisión y la forma en la que se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos en particular". Esta necesidad de motivación y justificación, como veremos más adelante, intentará poner remedio al margen de discrecionalidad que otorga el indeterminado principio al aplicador o aplicadora del derecho, pues no habrá que perder de vista que, tal y como dice VERDERA IZQUIERDO⁷, *"los aplicadores del derecho [...] pueden estar influenciados por [...] el sesgo estético ("lookism") que nos puede llevar a estar influenciados no sólo por el aspecto físico, sino también por el sexo, raza, religión..."*.

Especial consideración a los orígenes

Conviene incidir en un último aspecto antes de entrar en el análisis de la casuística. Sobre los orígenes del principio hay que decir que la preocupación por la protección de los menores no nace, como podría pensarse, en el seno del Derecho Romano. Algunas autoras, entre las que se encuentra VERDERA IZQUIERDO⁸, señalan que la obra "El Emilio o de la educación" de Rousseau, de 1762, sentó las bases de la protección de la infancia.

No obstante, si buscamos el lugar dónde aparece la primera cláusula jurídica en la que emerge el interés superior del menor, tendremos que acudir a la normativa civil francesa de mediados del siglo XIX. En este sentido, como indican RAVETLLAT BALLESTÉ y RUPERTO PINOCHET⁹, *"es precisamente en el Derecho civil francés donde aparece por vez primera y de forma más evidente esta cláusula jurídica [...] en las leyes que vinieron a limitar la figura de la patria potestad (Ley de 24 de julio de 1889)"*. Siguiendo con lo mismo, también hay que hacer mención a la Sentencia Blissets, dado que muchos tratadistas, como expresa SEDANO TAPIA¹⁰, *"refieren que el primer*

7 VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. *La actual configuración jurídica del interés del menor. De la discrecionalidad a la concreción*, 1ª edición. Navarra: editorial Aranzadi, S.A.U., 2019, p. 88.

8 VERDERA IZQUIERDO, *La actual configuración jurídica del interés del menor*, cit., p 28.

9 RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac; RUPERTO PINOCHET, Olave. "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, n.º 3, p. 907.

10 SEDANO TAPIA, Joaquín. "El interés superior del niño y su recepción en los contextos nacionales. Análisis a la luz del derecho comparado", *Colección n.º 9 infancia y adolescencia de la Editorial Universitat Politècnica de València*, 2020, p. 27.

asunto en que se aplicó el interés superior del menor fue de naturaleza familiar y data del siglo XVIII, apareciendo por primera vez en la sentencia Blissets de 1774”.

Sea como fuere interesa destacar, en este punto, la expresión anglosajona del principio. Ésta es “the best interest of the child”, donde no aparece el adjetivo “superior”, como en la expresión que hemos acuñado en nuestro país, sino que aparece “the best”. *A priori* puede ser que no se aprecie ningún matiz en dicha diferenciación, ya que como sostiene, por ejemplo, RIVERO HERNÁNDEZ¹¹, apenas hay diferencia semántica y menos jurídica entre esas expresiones: *“la presencia o ausencia del adjetivo “superior” no altera su alcance jurídico”*. Sin embargo, PIZARRO MORENO¹² comenta que *“el término “best” alude, entre los superiores, al mejor. [...] No se trata [...] únicamente de preponderar el interés superior en el conflicto de los intereses aplicables al Derecho de familia afectantes a los menores, sino que, en la concreción, se halle the best”*. Y es que en la discordancia entre el “interés superior” y el “mejor interés” debo hacer cierto hincapié.

Según la RAE, por un lado, el adjetivo “superior” hace referencia a una cosa que es más que otra en cualidad o cantidad. Por otro lado, el adjetivo “mejor” hace referencia a que una cosa es más preferible o conveniente que otra. En este sentido, el principio, en su expresión anglosajona, se moldeaba a la situación concreta que pudiera plantearse en cada supuesto de hecho buscando el mejor de entre los superiores intereses que pudiera tener el menor (entre aquellos que pudieran considerarse los más primordiales e importantes). En cambio, tanto en la expresión española como en la actual interpretación que se da al principio (inclusive a nivel internacional) parece que se trata más bien de encontrar qué interés es más importante y superior que todos los demás. Puede ser una nimiedad, pero mientras que en “the best interest of the child” parece que se pone el foco en que todos los intereses son superiores e igual de importantes y el tribunal se inclina por el que consideraba más preferible y beneficioso para el niño o niña, en “el interés superior del menor”, como veremos en el apartado donde analizamos la casuística, a veces parece entenderse que necesariamente un interés está por encima del resto *per se* y no necesariamente por ser más beneficioso o preferible por y para el menor. En palabras de VERDERA IZQUIERDO¹³, *“se debe llegar [...] a la única solución posible o justa de acuerdo con los parámetros establecidos entendiendo, por consiguiente, que sólo hay una solución adecuada”*.

11 RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El interés del menor*, 2ª edición. Madrid: editorial Dykinson, 2007, p. 74.

12 PIZARRO MORENO, *El interés superior del menor: claves jurisprudenciales*, cit., p. 63.

13 VERDERA IZQUIERDO, *La actual configuración jurídica del interés del menor*, cit., pp. 86 y 87.

En este punto coincido con lo expresado por PIZARRO MORENO¹⁴ cuando menciona que “*la expresión «principio de interés superior del menor» conduce a un esquema de pensamiento erróneo, donde se tiende a mimetizar la idea de que es identificable y denotable un principio universal, siempre y en todo caso, de lo que sea el interés superior del menor*”. Siguiendo en la misma línea, hay que comentar que la doctrina anglosajona es muy crítica con la interpretación actual que se aplica al principio. En este sentido, a parte de considerarlo como un concepto que da lugar a una imprevisibilidad y dificultad de individualización de la decisión relativa a la persona menor de edad, añaden¹⁵ que “*deja demasiado espacio a quienes lo aplican para trasladar a la decisión que se adopte sus prejuicios sobre sexo, raza, religión, conductas personales y opciones vitales de las personas implicadas; y que sugiere metas poco realistas para la ley*”.

14 PIZARRO MORENO, *El interés superior del menor: claves jurisprudenciales*, cit., p. 23.

15 RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, cit., p. 109.

III. ANÁLISIS DE LA CASUÍSTICA

La vertiente interpretativa actual del principio, unida a su propia indeterminación, es el caldo de cultivo perfecto para dar pie a decisiones que responden a intereses distintos de los del niño o niña. De esta forma, tras haber explicado los datos más significativos para este trabajo de fin de grado del “interés superior del menor”, procederé a realizar el análisis de dos sentencias que son una muestra de la manera en la que dicho principio se ha aplicado por parte de los tribunales españoles.

Como comprobaremos del estudio de los dos procedimientos que se exponen a continuación, es más que cuestionable que el fundamento de estas decisiones verdaderamente sea el interés del menor. En concreto, en el análisis de estas sentencias vamos a comprobar si la decisión responde al mencionado interés o si por el contrario estamos ante una encubierta vulneración del principio de no discriminación del artículo 14 de la CE. En este sentido, se presentan dos casos distintos:

- 1º. Un procedimiento en el que se modifica el régimen de visitas entre una mujer transexual y su hijo y;
- 2º. Un procedimiento cuya discusión versa sobre el derecho de un menor autista a estar en un centro escolar ordinario y no relegarle a uno especial por razón de su enfermedad.

PRIMER CASO. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM, 176/2008¹⁶

En este primer supuesto nos encontramos ante un recurso de amparo promovido por parte del progenitor biológico ante la reducción del derecho de visitas a su hijo menor de edad. La madre del menor presentó una demanda de modificación de medidas aduciendo como fundamento para ello que el padre se estaba sometiendo a un tratamiento para cambio de sexo y se maquillaba y se vestía habitualmente como una mujer.

Primera parte. Íter judicial

Para ponernos en situación, el padre venía disfrutando de un amplio régimen de visitas desde la separación con su mujer. Dicho régimen vino a sustituirse por un régimen mucho más restrictivo a partir de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lugo de 18 de octubre de 2004,

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional (sala primera) número 176/2008, de 22 de diciembre de 2008. Recurso de Amparo número 4595/2005.

confirmada íntegramente en apelación por la dictada el 19 de mayo de 2005 por la Audiencia Provincial de Lugo. Las diferencias entre un régimen y el otro fueron notorias, tal y como reconoció¹⁷ el Tribunal Constitucional. En concreto, antes de que se dieran las circunstancias por las que se instó la modificación de medidas definitivas, se fijaba la entrega del menor al padre los fines de semana alternos, desde las 10:00 horas del sábado hasta las 20:00 horas del domingo. Posteriormente el régimen anterior se sustituyó por una comunicación de tres horas de duración cada quince días (sábados alternos) en la sede del punto de encuentro de Lugo y con la presencia constante de un profesional del centro y de la madre del menor. A su vez, se suspendió la división de periodos festivos (la mitad de las vacaciones de navidad, semana santa y verano), quedando íntegras festividades para la madre.

En primera instancia la juzgadora exploró al menor, entonces de 6 años de edad, dónde quedó patente que éste gustaba de estar con su padre aunque prefería que no se maquillase. A su vez, se emitió por la psicóloga designada un informe pericial dónde concluía que *“siendo reciente el inicio del tratamiento para cambio de sexo del padre, la permanencia del menor con éste sin presencia de la madre podía constituir para el hijo común una situación de riesgo para su salud emocional”* (Antecedente de Hecho 2, letra “c”, párrafo segundo). El riesgo, según la psicóloga, estaría provocado por la inestabilidad emocional del padre y por la etapa evolutiva del niño. El juzgado fundamentó la decisión de modificar el régimen de visitas en ello y expresó con contundencia, igual que la psicóloga, que la restricción *“no conlleva una discriminación del padre por el hecho de ser transexual, sino que de lo que se trata es de buscar la solución más adecuada para el interés del menor a fin de que progresivamente se adapte a la nueva situación de manera adecuada”* (Antecedente de Hecho 2, letra “d”, párrafo segundo).

El padre apeló contra esta primera sentencia alegando la vulneración del principio de prohibición de discriminación por razón de sexo. Durante dicho recurso se celebró una vista donde prestó declaración el psicólogo que le trataba de un trastorno de identidad sexual manifestando que no se objetivizaba ningún trastorno mental y que era emocionalmente estable. A pesar de ello, el recurso de apelación fue desestimado invocando el interés superior del menor al entender que el cambio de identidad sexual debía ser asumido progresivamente por el niño, lo que aconsejaba mantener el régimen de visitas modificado.

17 STC 176/2008, de 22 de diciembre. FJ número 2, párrafo segundo: *“en lo sustancial se sigue aplicando el régimen de visitas acordado en las Sentencias impugnadas en amparo, que supone una evidente limitación para los derechos del recurrente en comparación con el acordado inicialmente en la Sentencia de separación”*.

Explicado lo anterior hay que advertir que la solución que da el Alto Tribunal es, cuanto menos, objeto de debate. Es cierto que, pese a alguna reticencia¹⁸, ni niega que la recurrente¹⁹ sea una mujer transexual ni excluye a éste colectivo de la cobertura del principio de no discriminación contenido en el inciso segundo del artículo 14 de la CE. A su vez, hay que reconocer que el Constitucional asume la desigualdad y marginación sustancial que históricamente han sufrido los y las personas transexuales aunque, como posteriormente explicaré, no hará más que omitir su deber para con la protección de éste colectivo.

En síntesis, la decisión que toma el Alto Tribunal tras este traumático procedimiento es la de desestimar el recurso de amparo. Esto es así, *a grosso modo*, porque considera que hay un riesgo relevante de que la situación psicológica de la recurrente afecte de alguna forma al menor y, aludiendo a su interés superior, considera que se ha limitado correctamente el régimen de visitas. En los siguientes apartados lo veremos más detenidamente.

Segunda parte. Análisis de la fundamentación del Tribunal Constitucional

Dicho todo lo anterior, por lo tanto, procederé a realizar un análisis *in extenso* de la fundamentación en la que se basa el Tribunal Constitucional para declarar que no hubo una vulneración del principio de no discriminación. En este mismo sentido hay que avanzar que, en concreto, en la sentencia hay dos partes bien diferenciadas: una primera parte (Fundamentos Jurídicos 1 a 7) en la que se argumenta sobre si se puede considerar a la recurrente como una persona transexual y sobre si el segundo inciso del artículo 14 de la CE brinda protección a ése colectivo; y una segunda parte (Fundamento Jurídico 8) donde se dedica a fundamentar su decisión. Será esta segunda parte la que entraré a analizar en profundidad, dado que es aquí donde se resuelve el *quid* de la cuestión.

Así pues, dentro de esta segunda parte de la sentencia donde el tribunal justifica su decisión de desestimar el recurso de amparo, encontraremos dos secciones bien diferenciadas:

- La primera (Fundamento Jurídico 8, párrafos primero a quinto), consistente en la transposición de los argumentos de los órganos jurisdiccionales para llegar a afirmar que la causa de la restricción

18 STC 176/2008, de 22 de diciembre. Fundamento Jurídico 3, párrafo segundo. Véase, por ejemplo, que recuerda que no se ha sometido a la operación de cambio de sexo y que tampoco ha realizado el cambio de nombre en el registro civil.

19 Conviene precisar que a partir de aquí dejaré de referirme “al padre y/o progenitor biológico” del menor para referirme a ella como “la recurrente” o “la solicitante”, en aras de respetar su identidad de género.

del régimen de visitas no es la transexualidad, sino la situación de inestabilidad emocional de la recurrente.

- La segunda (Fundamento Jurídico 8, párrafo sexto *in fine*), consistente en justificar porqué hay una efectiva repercusión en el menor provocada por la aludida inestabilidad emocional.

Primera sección. Apariencia de fundamento y desligamiento de argumentos

En esta primera parte, como mencionaba, el Alto Tribunal transpone los argumentos de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial para llegar a la conclusión de que la causa de la restricción del régimen de visitas no es la transexualidad sino la inestable situación emocional de la recurrente.

A continuación vamos a hablar sobre toda esa transposición, pero hay que dejar bien claro y no hay que perder de vista que la conclusión del tribunal será, como ya he adelantado, que *“no es, en definitiva, la transexualidad del recurrente la causa de la restricción del régimen de visitas [...], sino la situación de inestabilidad emocional por la que aquél atraviesa, según el dictamen pericial psicológico asumido por los órganos judiciales, y supone la existencia de un riesgo relevante de alteración efectiva de la salud emocional y del desarrollo de la personalidad del menor; dada su edad (de seis años en el momento de producirse la exploración judicial) y la etapa evolutiva en la que se encuentra”*. (Fundamento Jurídico 8, párrafo quinto).

Por ende, para introducir a quien lee en lo que encontrará en los siguientes apartados, hay que decir que podrá observar una clara demostración de que la fundamentación esgrimida por los órganos jurisdiccionales es oscura e incoherente. Dicha fundamentación, que parecerá basarse en la inestabilidad emocional de la recurrente, en realidad entrelazará sin sentido una supuesta necesidad de adaptación del menor a la situación de transexualidad de la recurrente con los resultados del informe psicológico que versan sobre la inestabilidad psicológica que padece.

Apariencia de fundamentación en la inestabilidad

En primer lugar hay que caer en la cuenta de que el Tribunal Constitucional empieza afirmando que la decisión adoptada en Primera Instancia se fundamenta en el interés superior del menor. Para realizar tal aseveración, transpone de la sentencia que *“no se trata de impedir que el padre se relacione con su hijo por el hecho de ser transexual [...] de lo que se trata es de buscar la solución*

más adecuada para el menor velando siempre por su interés y procurando buscar la resolución más adecuada a sus intereses, es decir, la que mejor le permita adaptarse a las nuevas circunstancias familiares” (Fundamento Jurídico 8, párrafo primero) y seguidamente argumenta que es éste razonamiento el que le permite descartar que el dato de la transexualidad de la recurrente haya sido el verdadero motivo de restringir el régimen de visitas.

A mi parecer, el Tribunal Constitucional no empieza de una forma muy acertada con la manifestación anterior, puesto que da la impresión de que está diciendo llanamente que no hay discriminación porque las sentencias simplemente así lo expresan. En este punto me parece conveniente recordar que el recurso de amparo permite proteger a los individuos frente a las vulneraciones de sus derechos fundamentales²⁰ y, por lo tanto, considero que haberse limitado a afirmar que porque un órgano jurisdiccional dice que se basa en un hecho y no en otro, sin entrar a valorar si ello es efectivamente cierto o no, me parece una dejadez absoluta de las funciones que le son atribuidas por parte del ordenamiento jurídico. Más tarde se incidirá en ello con más profundidad (*infra* pp. 27 a 29).

Sea como fuere, de lo dicho hasta ahora debe inferirse que la Primera Instancia entiende que (1) el menor debe adaptarse a unas nuevas circunstancias familiares²¹; y que (2) permitir al menor esta adaptación responde a su interés superior.

Una vez dicho esto, hay que señalar que el tribunal, manteniéndose en la misma línea, continúa parafraseando y menciona que el órgano judicial justificó la necesidad de adoptar la decisión de modificar el régimen de visitas en “*la inestabilidad emocional que recoge la psicóloga en su informe pericial*” (Fundamento Jurídico 8, párrafo segundo). Por lo tanto, debe entenderse aquí que (1) hay una inestabilidad en la recurrente que puede afectar al menor y que (2) en aras a su interés superior, por lo tanto, debe modificarse el régimen de visitas (hasta que la solicitante esté en plenas facultades psíquicas, tal y como se desprende de lo dicho²² por la psicóloga).

20 Artículo 41, apartado segundo, de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional: “*el recurso de amparo constitucional protege, en los términos que esta ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior*”. Huelga decir que entre los artículos a los que dice que se refiere entra el artículo 14 de la CE, aplicable al caso en cuestión.

21 Nótese la ambigüedad con la que se juega al poder estar refiriéndose a la separación de los progenitores, a la inestabilidad de la recurrente o a la transexualidad en sí.

22 STC 176/2008, de 22 de diciembre. Antecedente de Hecho 2, letra “c”, párrafo segundo: “*Hasta que la Sra. P. se opere y se encuentre en plenas facultades físicas y psicológicas, y con la disponibilidad y estabilidad que el menor requiere*”.

Así pues, recapitulando, habrá que concluir de ello que hay una separación entre los progenitores del menor y una inestabilidad en la recurrente que, por ende, provocarán la necesidad de buscar el interés superior del hijo en común. Dado que la solicitante tiene esa inestabilidad psíquica, el interés superior aconsejará restringir el régimen de visitas hasta que se encuentre en plenas facultades mentales. A raíz de esto, dice el Constitucional, se permite descartar que no es la transexualidad, sino la inestable situación mental, la causa de restringir el régimen de visitas (Fundamento Jurídico 8, párrafo segundo).

El entrelazamiento de argumentos

Llegados a este punto parece ser que la decisión de Primera Instancia se basa en la situación mental de la recurrente. No obstante, es en los siguientes párrafos del fundamento jurídico octavo donde se transponen varias frases que hacen retumbar los cimientos de lo dicho hasta hace un momento. Como a continuación se expondrá, el Juzgado de Primera Instancia (así como también, adelante, el Tribunal de la Audiencia Provincial) entrará en una argumentación oscura e incoherente que debe ser necesariamente analizada.

En concreto, en el párrafo tercero se menciona que la sentencia de instancia resuelve que *“es la inestabilidad emocional apreciada en el padre el motivo por el que resulta aconsejable un régimen restrictivo de visitas, ya que su inestabilidad no debe transmitirse al menor; que se siente confundido ante la nueva apariencia de su padre”* (Fundamento Jurídico 8, párrafo tercero). Apréciase la mención a la confusión del menor ante la nueva apariencia de la recurrente. En este punto ya podríamos estar preguntándonos el motivo de tal mención, dado que supuestamente estábamos hablando de la situación psicológica de la solicitante y no de su apariencia. Preguntémonos, pues, ¿qué aporta, entonces, el dato de la confusión del niño? Sería lógico y aceptaría de buen grado que, de ser el caso, hubiera mencionado algo parecido a, por ejemplo, que *“[...] se siente compungido al haber sido testigo de varios episodios de inestabilidad del padre”*; algo, en definitiva, que tuviera que ver con la situación psíquica y no con la exteriorización²³ de la transexualidad que, por lo que aquí respecta, no debería tener nada que ver.

Seguidamente, para más confusión, el Tribunal Constitucional continúa transponiendo de Primera Instancia que *“a fin de proteger el interés del menor, se considera conveniente establecer el*

23 Entiéndase esta “exteriorización” como dejar ver la apariencia de transexualidad: es decir, siendo hombre, maquillarse y vestirse como una mujer.

régimen de visitas que propone la psicóloga a fin de que progresivamente se adapte y entienda la nueva situación de manera adecuada” (Fundamento Jurídico 8, párrafo tercero). Si nos detenemos un momento a analizar la frase en cuestión, como vamos a hacer ahora, podremos darnos cuenta de que hay una doble explicación intrínseca en esa frase y una gran falta de coherencia, por consiguiente, con lo mantenido hasta ahora en la argumentación expuesta. Será más fácil verlo dándole la vuelta a la frase:

En efecto, básicamente lo que se está diciendo es que [a fin de que el menor progresivamente se adapte y entienda la nueva situación], se considera conveniente establecer el régimen de visitas, [a fin de proteger el interés del menor], que se ve amenazado por la inestabilidad emocional de la recurrente. Por lo tanto, viendo que la oración “se considera conveniente establecer el régimen de visitas” viene precedida y sucedida por la secuencia “a fin”, tendremos una primera premisa consistente en argumentar que hay que modificar el régimen de visitas a fin de que la inestabilidad de la recurrente no se transmita al menor; y una segunda premisa consistente en decir que hay que modificar el régimen de visitas a fin de que el menor se adapte y entienda la nueva situación.

A mi parecer, sobre todo al haber incluido esa última coletilla²⁴ después de haber mencionado la “confusión” del menor por la apariencia de la recurrente, está claro que se presupone una supuesta necesidad de adaptación del menor para ser testigo de la situación de transexualidad de aquélla, débilmente justificada en la mencionada “confusión” del menor y entrelazada de forma muy desafortunada con el argumento de la inestabilidad emocional.

En este mismo sentido, para haber sido coherentes con el razonamiento que llevaban hasta el momento, lo lógico hubiera sido haber expresado algo parecido a “[...] a fin de que no se transmita al menor esa inestabilidad del padre”; pero carece de razón traer a colación lo otro. Por lo tanto, entiendo perfectamente lo que quería exponer el Ministerio Fiscal al decir en su escrito de alegaciones que “*el informe pericial psicológico [...] no proporciona la justificación razonable y objetiva que sería deseable, desligada de la nueva orientación sexual del padre*” (Antecedente de Hecho 8, párrafo segundo); dado que efectivamente hay un entrelazamiento de argumentos consistente en la unión, por un lado, del efecto que causa la apariencia de transexualidad y, por otro lado, el efecto que causa la inestabilidad emocional.

24 En concreto, la de “*a fin de que se adapte y entienda la nueva situación de manera adecuada*”.

Así pues, de ello habrá que concluir que existe, cuanto menos, una incoherencia²⁵ en la fundamentación de Primera Instancia. Pese a haber estado hablando hasta el momento de la situación de inestabilidad mental de la recurrente, en ese punto se introduce y entrelaza sorpresivamente un nuevo argumento: la necesidad de adaptación y entendimiento del menor acerca de la transexualidad de la solicitante.

Siguiendo en esta línea, la incoherencia de la que hablo, para más *inri*, no termina con la Primera Instancia, sino que con la decisión de la Audiencia se hace, si cabe, todavía más patente. Por una parte, durante el recurso de apelación se celebró una vista donde el psicólogo que trataba a la recurrente desde 2004 explicó que ésta tenía un *“trastorno de identidad sexual, derivado del Hospital de San José por a su vez un trastorno de ansiedad, así como sufrir un ataque de pánico, y trastorno de sueño, por que está siendo sometido a tratamiento de psicoterapia”*²⁶. La Audiencia, a tenor de ello, razonó que debía establecerse el sistema controlado de visitas. Pero no obstante, por otra parte, en la sentencia del Tribunal Constitucional también se expuso que la sentencia de apelación confirmó íntegramente la modificación por entender que *“el cambio de identidad sexual del padre biológico del menor debe ser asumido progresivamente por éste, lo que aconseja mantener el sistema controlado de visitas [...]”* dado que *“un sistema normal de visitas supondría un riesgo para la salud emocional del menor, que progresivamente se habituará a la decisión del cambio de sexo adoptada por su progenitor”* (Antecedente de Hecho 2, letra “f”).

En la línea de lo anterior hay que comentar, tal y como menciona el Ministerio Fiscal, que la referencia a la inestabilidad emocional de ésta *“no se relaciona causalmente con el menor y tampoco se argumenta de qué manera ello está provocando algún tipo de alteración o confusión de alcance bastante en el menor para justificar una severa restricción del régimen de visitas”* (Antecedente de Hecho 8, párrafo segundo). Y es que es cierto: lo único que se pone de manifiesto es que el cambio de sexo debía ser asumido por el menor de forma gradual porque sino, de otra forma, supondría un riesgo para su salud emocional. Y no deja de ser, cuanto menos, extraño: puesto que nótese que lo que en teoría iba a suponer un riesgo para la salud emocional del menor era la inestabilidad *per se* de la recurrente y no una asimilación más o menos rápida del cambio de sexo.

25 Parece ser, provocada por el informe psicológico, que es de donde vienen esos argumentos. Como se expresó perfectamente en el párrafo tercero del fundamento jurídico 8, la sentencia hacía suyas las valoraciones de la psicóloga: *“la sentencia de instancia, haciendo suyas las valoraciones del informe elaborado por la psicóloga...”*

26 Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo número 173/2005, de 19 de mayo de 2005. Fundamento Jurídico 1 párrafo primero.

Incidiendo aún más en ello, mientras que por un lado se extrae de la sentencia de la Audiencia Provincial que²⁷ “*un sistema normal de visitas supondría un riesgo para la salud emocional del menor [...]*”, riesgo, en teoría, provocado por la inestabilidad emocional que se desprende de la prueba practicada; automáticamente, por otro lado, se continúa mencionando que “*que progresivamente se habituara [...] a la decisión de cambio de sexo adoptada por su progenitor*”. Por lo tanto, en un primer momento se entiende que el riesgo viene, como se decía, de la inestabilidad psicológica de la solicitante pero, a continuación, para nuestra sorpresa, se menciona la necesidad de adaptación al cambio de sexo.

La mención citada sobre que “*progresivamente [el menor] se habituara a la decisión de cambio de sexo*” confirma mi suposición acerca de la existencia de cierta incoherencia en los argumentos de los órganos jurisdiccionales. Deberá entenderse, por lo tanto, que la psicóloga y dichos órganos basaron su decisión en, por una parte, la supuesta necesidad de adaptación del menor al cambio de sexo de la recurrente y, por otra parte, en la necesidad de protección del hijo frente a la inestabilidad emocional de aquella.

Segunda sección. La incidencia de la inestabilidad en el desarrollo del menor

Tras haber desligado los dos argumentos que fundamentan la decisión del tribunal, considero conveniente entrar a hablar, en primer lugar, del perjuicio que en teoría puede llegar a causar al menor la inestabilidad de la recurrente.

El Tribunal Constitucional, para defender éste argumento y relacionar la inestabilidad con el daño que se puede provocar al niño, alega que “*no basta con afirmar la existencia de una situación de trastorno para adoptar una medida tan restrictiva como la que acontece en el caso en cuestión*” (Fundamento Jurídico 8, párrafo sexto). Lo determinante, dice, “*será la efectiva repercusión de ese trastorno en relación con el menor*”. De esta forma es como se prepara para terminar de cerrar todo el asunto, puesto que seguidamente menciona que “*en el presente supuesto tal repercusión negativa se ha justificado en las sentencias impugnadas en amparo como -riesgo relevante- para el menor; lo que permite descartar, [...] que la disforia de género del recurrente haya sido el verdadero motivo de la decisión de restringir el régimen de visitas*” (Fundamento Jurídico 8, párrafo séptimo). Dicho riesgo relevante estaría fundado, tal y como continúa diciendo el constitucional, “*en especial en la pericial psicológica [...] al apreciar la existencia de un riesgo cierto de que dado el trastorno*

27 SAP 173/2005, de 19 de mayo. Fundamento Jurídico 2, párrafo primero.

emocional que sufre la recurrente, pudieran llegar a producirse perjuicios para la integridad psíquica o el desarrollo de la personalidad del menor”.

Por lo tanto, tenemos que extraer de lo dicho que será una efectiva repercusión negativa la que justificará la decisión y, pese a que todavía no hay un daño, existe un riesgo relevante²⁸ de que se va a causar. Hay que concretar, además, que ese posible daño está fundado en la pericial psicológica, que aprecia la existencia de un riesgo cierto de que el trastorno pueda llegar a perjudicar al menor. Varias cuestiones deben tratarse a raíz de la exposición de tales premisas:

El riesgo relevante

Sobre el riesgo relevante hay que destacar que previamente ya se había dicho que *“cuando lo que está en juego es la integridad psíquica del menor no deviene necesario que se acredite consumada la lesión para poder limitar los derechos del progenitor, sino que basta con la existencia de un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse [...]”* y se continuaba mencionando que *“[...] sea cuales fueren los motivos de esa perturbación, incluso si se debieran a circunstancias incontrolables para el progenitor causante (depresiones o problemas mentales de diversa índole) resulta inequívoco y absoluto que el hijo menor no está en modo alguno obligado a sufrirlos, y sí la autoridad competente a arbitrar los instrumentos para evitarlo”*. (Fundamento Jurídico 6, párrafo tercero).

Sin querer entrar a hacer una crítica de este razonamiento, me surge la duda sobre si es que cualquier posible daño que se pueda causar en el menor legitima la limitación o suspensión de los derechos de las y los progenitores; en concreto, la restricción del régimen de visitas. Analizando la cuestión, tengo que remitirme al artículo 94 del Código Civil, que es el que habla sobre dicho régimen. En este sentido, hay que caer en la cuenta de que en el párrafo tercero se menciona que *“se podrá limitar o suspender los derechos previstos [...] si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”*.

De esta forma se puede constatar que no cualquier circunstancia, sino una relevante, y no cualquier incumplimiento, sino uno de carácter grave o reiterado, es el que legitima la limitación del régimen

²⁸ Según el diccionario de la Real Academia Española, se entiende “relevante” como sinónimo de “significativo” y de “importante”.

de visitas. Siguiendo en esta línea, tal y como dice GETE-ALONSO Y CALERA²⁹, “*la gravedad a la que alude el precepto no alcanza necesariamente, en una adecuada interpretación, a las conductas que se salen de lo que es habitual*”, y es que en efecto es más que rebatible que cualquier problema que altere o pueda perturbar al menor ya legitime la limitación de sus relaciones.

A raíz de lo mencionado hasta el momento es prudente llegar a concluir que la existencia de un riesgo significativo, de que se pueda llegar a causar un perjuicio grave en el menor, legitima al órgano jurisdiccional para limitar los derechos de visita de la recurrente. Y es en este punto donde se hace patente otro error más del Tribunal: puesto que en ningún momento se ha explicado la gravedad de los posibles perjuicios que podrían causarse en el menor. En efecto, en el informe pericial se expresa que existe el riesgo de causar un perjuicio, pero la explicación y demostración del cómo y en qué medida se causaría brilla por su ausencia.

Me pregunto, entonces, ¿hasta qué punto está justificada la proporcionalidad y la necesidad de una medida tan gravosa como la que se ha decidido en este caso? Independientemente de que se haya acreditado un riesgo de que la inestabilidad de la recurrente vaya a repercutir de forma negativa en el menor, ¿es o no esta repercusión lo suficientemente gravosa como para llegar a restringir el derecho de comunicación? En este mismo sentido, ¿la medida tomada es, entonces, necesaria y verdaderamente proporcional? Considero que es aquí donde toda supuesta gravedad que debe acompañar al posible perjuicio debe ser cuestionada: porque, recordemos, no cualquier situación que perjudique al menor debe permitir a un tribunal apartarlo de su padre o de su madre.

Tercera parte. La proporcionalidad entre los posibles perjuicios y la decisión de restricción del régimen de visitas

Siguiendo en la línea de lo anterior, por lo tanto, convendrá detenerse a analizar no solo si verdaderamente queda justificado el riesgo al que se expone al menor como consecuencia de la inestabilidad emocional de la recurrente; sino también si queda justificado el riesgo al que se le expondría al desatender³⁰ la supuesta necesidad de adaptación al cambio de sexo.

29 GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen. *Comentario de la sentencia del tribunal constitucional de 22 de diciembre de 2008. Transexualidad: Derecho de visita del progenitor biológico ¿discriminación o perjuicio en la calificación jurídica?* p. 30.

30 Como se ha explicado (*supra* pp. 22 a 25), entre otras cosas el tribunal ha entendido que el menor debe adaptarse progresivamente al cambio de sexo. Esta alegación permite suponer que considera que debe proteger al menor y que desatender esta necesidad (no establecer una medida protectora) le terminaría creando un perjuicio.

En concreto, deberá observarse si se evidencia la proporcionalidad de la medida (es decir, la decisión de restringir el régimen de visitas) con la gravedad de los riesgos mencionados en el párrafo anterior. Incidiré en esta cuestión dividiendo esta tercera parte del análisis en los dos apartados que siguen a continuación.

El posible daño derivado de la inestabilidad emocional del padre

A propósito de lo dicho hace un momento, esto es, la proporcionalidad, hay que mencionar que el Tribunal Constitucional defiende que *“los órganos judiciales han justificado la necesidad y proporcionalidad de la decisión [...] al apreciar la existencia de un riesgo cierto [...] de que pudieran llegar a producirse perjuicios para la integridad psíquica o el desarrollo de la personalidad del menor”* (Fundamento Jurídico 8, párrafo séptimo).

A tenor de lo anterior, me parece que claramente el Tribunal Constitucional se equivoca y comete un grave error: en concreto, el de considerar que la apreciación de la mera existencia de un riesgo cierto justifica la necesidad y proporcionalidad de una decisión. En efecto, determinar que el riesgo existe es un punto de partida ineludible, pero no habrá que limitarse a apreciar su existencia y declarar la medida más protectora posible (y en este caso una indiscutiblemente bastante gravosa), sino que para proteger el bien jurídico perjudicado habrá que observar cómo y en qué medida le afectaría ése posible daño: porque solo así podrá establecerse y determinarse cuál será la medida más adecuada, necesaria y proporcional.

En este sentido, por lo tanto, lo que se tendría que haber realizado es un juicio de proporcionalidad y no la mera apreciación de la existencia de un riesgo. Para poner un ejemplo de ello y ya que el Tribunal Constitucional citó en el fundamento Jurídico 8, párrafo séptimo, la sentencia 221/2002, voy a transponer el juicio que se desprende de la misma. En ella se aduce que³¹ *“en el supuesto que ahora se examina es claro que el riesgo aducido debe considerarse un riesgo relevante, pues fue la apreciación de dicho riesgo (fundada, no sólo en la valoración que el órgano judicial efectuó de las declaraciones de la menor, en las que ponía de manifiesto su miedo a padecer daños y la aversión que le producía el volver con su familia adoptiva, sino también en la existencia de un informe efectuado por un perito psicólogo) lo que llevó al Juez de Primera Instancia a dictar el Auto por el cual, con el fin de evitar el daño que el retorno de la menor con su familia adoptiva podía*

31 Sentencia del Tribunal Constitucional número 221/2002, de 25 de noviembre. Recurso de Amparo número 1044/2000 y 1089/2000. Fundamento Jurídico 4, párrafo segundo.

ocasionarle, atribuyó su guarda a la Junta de Andalucía y estableció expresamente que se efectuara manteniendo la situación de guarda de hecho en la que en ese momento se encontraba la menor”.

Ahí sí que se explicó que el miedo a padecer daños y la aversión que producía a la menor volver con su familia podría ocasionarle un perjuicio. Se veía claramente que tenía miedo y aversión hacia su familia: fueron las propias manifestaciones de la menor las que expresaron la gravedad que suponía la circunstancia. En esa sentencia se explica por sí sola la relación entre el daño que podría causarse y la toma de la decisión; en cambio, esta valoración, en el caso que estamos tratando, es inexistente.

Inciendo aún más en el juicio de proporcionalidad de la sentencia, nótese que de la misma se infiere que el hecho de tener que volver con su familia (una causa), le produce miedo y aversión (un resultado): así que se atribuyó su guarda a la Junta de Andalucía (medida protectora). No obstante, en el caso que estamos analizando falta un componente clave. Tenemos una causa (la inestabilidad del padre) y una decisión (restringir el régimen de visitas); pero falta saber el resultado que deriva de la causa: no hay una justificación y hay que observar que es porque el daño está indeterminado.

Siguiendo en la línea de lo anterior, hay que volver a recordar las palabras del Ministerio Fiscal que expresan que *“la sentencia de instancia como la de apelación fracasan a la hora de establecer un nexo racional, objetivo y lógico entre el estado emocional del padre y su incidencia en el menor de manera que pueda fundamentar el drástico cambio en el régimen de visitas acordado inicialmente”* (Antecedente de Hecho 8, párrafo tercero) y que *“no se relaciona causalmente con el menor y tampoco se argumenta de qué manera ello está provocando algún tipo de alteración o confusión de alcance bastante en el menor para justificar una severa restricción del régimen de visitas”* (Antecedente de Hecho 8, párrafo segundo). Y es cierto, puesto que falta la justificación del daño: con lo que no es que la decisión sea desproporcionada, sino que directamente no se puede saber si lo es o no porque en ningún momento se valoró y calificó ese daño. En este sentido, por lo tanto, podría llegar a considerarse que la sentencia incurre en una clara falta de motivación³², dado que se omite de la ecuación un dato imprescindible para determinar la proporcionalidad de la decisión.

³² Artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *“Las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del derecho. La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón”.*

El daño derivado de desatender la necesidad de adaptación del menor al cambio de sexo

Con este otro argumento ocurre algo parecido a lo que acabamos de ver en el apartado anterior. En este sentido, así pues, tendremos que darnos cuenta de que se considera que hay que poner una medida protectora (en concreto, un régimen de visitas que progresivamente se vaya ampliando) porque de no ser así podría causarse un perjuicio al niño (dado que, en teoría, necesita adaptarse al cambio de sexo de la recurrente).

Conviene aclarar que no debemos equivocarnos y observar el juicio de proporcionalidad entre la necesidad de salvaguardar al menor y la medida determinada. En este punto únicamente habrá que poner en tela de juicio si es que el menor necesita adaptarse de verdad al cambio de sexo o si es solo una mera presunción.

Afirmar que el menor necesitará una adaptación implica necesariamente demostrar que existe la posibilidad de que se le va a causar un daño. Ese daño vendría provocado, en este caso, por el cambio de sexo *per se* de la recurrente y se justificaría en la “confusión” que siente el menor al ver que su padre se maquilla y se pinta como una mujer. No obstante, resulta más que evidente que no puede compararse la gravedad de sentir “miedo y aversión”, como ocurría con la menor de la sentencia antes citada³³, con sentir “confusión”, como sucede en el caso que analizamos. Siguiendo en esta línea y habiendo comprobado que el menor alega que gusta de estar con su padre (Antecedente de Hecho 2, letra “c”, párrafo segundo), además de que ya ha sido testigo del cambio más drástico y sustancial³⁴ que puede llegar a ver y a apreciar, no creo que ello suponga la justificación necesaria como para entender que necesita adaptarse a estos cambios.

Por lo tanto, al concluir con que la confusión no justifica la necesidad de adaptación, no quedaría más remedio que determinar que ésta vendría presupuesta sin ningún tipo de fundamento. Es en este punto, así pues, donde conviene recordar las palabras del Alto Tribunal, a través de las cuales expresaba que *“en modo alguno resulta constitucionalmente admisible presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores. Ello implica que la adopción de una decisión judicial consistente en suprimir, suspender o limitar el derecho de comunicación de los padres con sus hijos menores con fundamento, de forma principal o exclusiva, en la transexualidad del padre o de la*

³³ La STC 221/2002, de 25 de noviembre.

³⁴ La alteración de apariencia masculina a femenina es el cambio que considero más extremo, del que el menor ya ha sido testigo. En efecto, no podría compararse el cambio de apariencia con, por ejemplo, un cambio de nombre.

madre, deba calificarse como una medida discriminatoria proscrita por el art. 14 CE". (Fundamento Jurídico 7, párrafo primero).

De esta forma se puede llegar a deducir que restringir el derecho de comunicación de la recurrente con su hijo, con fundamento en una presunción basada en que se va a causar un daño (en concreto, una necesidad de adaptación del menor bajo pena de perjudicar su desarrollo) por la apariencia de transexualidad, vulnera el principio de no discriminación establecido en el artículo 14 de la Constitución.

Cuarta parte. Conclusiones

Para concluir con el análisis de ésta primera sentencia hay que destacar que los dos argumentos que fundamentan la decisión de restringir el régimen de visitas dejan mucho que desear. En este sentido, ya resulta evidente que nos encontramos ante una decisión basada en una fundamentación oscura e incoherente. Muy probablemente es por ello que GETE-ALONSO Y CALERA³⁵ mencionase que *"la sentencia que se comenta no puede decirse que sea coherente ni en los argumentos utilizados ya que incurre en algunas contradicciones de valoración, ni en el resultado al que llega [...] Si se analiza detenidamente el discurso del ponente sus palabras rezuman un perjuicio sobre la transexualidad que aún es muy común y de ahí que sea objeto de este comentario crítico"*.

Por un lado, el argumento relativo a la necesidad de adaptación del menor a la situación de transexualidad de la recurrente ni siquiera se encuentra desligado del otro argumento presentado: y esto no hace más que demostrar la inestabilidad que por sí mismo presenta. Como he mencionado ya, presumir que el menor necesitará adaptarse al cambio de sexo de la solicitante vulnera el principio de no discriminación establecido en el artículo 14 de la CE.

Por otro lado, debe apreciarse que el argumento relativo a la repercusión en el menor del estado mental de la recurrente podría incurrir muy fácilmente en otra vulneración del principio de no discriminación, pero esta vez por razón de enfermedad. En este sentido, nótese que en el caso en cuestión se demuestra que (1) hay una persona con una inestabilidad emocional que (2) puede llegar a perjudicar a su hijo, pero (3) no se justifica ni se explica de qué manera puede suceder. No se explica la gravedad del perjuicio que se puede causar y por ende no se puede apreciar la

³⁵ GETE-ALONSO Y CALERA, *Comentario de la sentencia del tribunal constitucional de 22 de diciembre de 2008*, cit., p. 16.

proporcionalidad de la medida que, en este caso, ha sido una indudablemente gravosa. Sin entrar a valorar la falta de motivación, a mi parecer queda bastante en duda que verdaderamente esta decisión no responda a prejuicios en vez de a verdaderos perjuicios.

Debe decirse, siguiendo en la línea de los argumentos anteriores, que es cierto que debe protegerse al menor de los daños que se le pueden causar. Es algo que no pongo en duda. Pero también es cierto que no puede crearse una burbuja a su alrededor que en vez de fomentar su desarrollo influya negativamente en él. En este sentido, considero importante actuar para proteger al niño: pero no sin justificación alguna, de forma absoluta y con una de las más gravosas protecciones (restricción del derecho de comunicación entre padre e hijo), sino acorde con la situación después de haberla valorado debida y motivadamente.

Dejando a parte la muy cuestionable fundamentación de la decisión, basada en los dos argumentos que acabo de mencionar, hay que caer en la cuenta de que todo ello deriva, principalmente, del informe de la psicóloga. En este sentido, conviene recordar que el interés del menor no siempre debe obedecer o ser un calco de los informes médicos. Tal y como se menciona en la sentencia³⁶ del Tribunal Constitucional número 71/2004, *“es doctrina de este Tribunal, que la función de juzgar «corresponde al juzgador, que deberá valorar para ello necesariamente el acervo probatorio existente en la causa y, dentro de él muy en particular, claro está, los informes médico-forenses y los informes médicos..., pero, como es obvio, sin que la relevancia de tales informes comporte su desplazamiento en la función de juzgar, so pena de acabar descansando la función jurisdiccional en los peritos, y no en los Jueces y Magistrados tal y como establece el art. 117.3 CE”*.

Así pues, no debe olvidarse que el menor, en este caso, lleva relacionándose ininterrumpidamente con la recurrente desde que nació, que es parte de su entorno y que junto a ella ha desarrollado su vida. Como dice³⁷ GETE-ALONSO Y CALERA *“esta constatación, que no es discutible, debe conducir a tener en cuenta la realidad a la hora de ponderar los intereses en juego y de formular la justificación objetiva y razonable, “la relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido” del que alardean tanto las sentencias del Tribunal Constitucional como las del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”*.

36 Sentencia del Tribunal Constitucional número 71/2004, de 19 de abril de 2004. Recurso de amparo número 6895/2002. FJ 8, sexto párrafo.

37 GETE-ALONSO Y CALERA, *Comentario de la sentencia del tribunal constitucional de 22 de diciembre de 2008*, cit., p. 30.

Atendiendo por lo tanto a los antecedentes de hecho, donde se explica que el régimen de visitas se había desarrollado con normalidad y la relación afectiva entre ambos era buena (dado que uno disfrutaba de la compañía de la otra y viceversa), y teniendo en cuenta la opaca fundamentación de los tribunales, ¿verdaderamente se basa esta sentencia en el interés superior del menor? Imaginemos por un segundo a una mujer que estuviera pasando por un mal momento de su vida que le provocase ansiedad, algún ataque de pánico y no poder dormir. ¿Sería ésto un motivo suficiente para quitarle la guarda y custodia de su hijo, ante el riesgo que ello podría causarle? No se puede negar que sea posible que se le pueda llegar a causar cierto perjuicio al menor, pero no sería un motivo especialmente grave³⁸ como para llegar a quitarle la custodia. Algo parecido sucede con el caso que analizado si añadimos a la ecuación que el mal momento de su vida es adaptarse y aceptarse a sí misma como persona transexual. Independientemente de ello, el Tribunal Constitucional no está en sintonía, ni tampoco a la altura, con lo expresado en esta crítica. Es por ello que no hace más que omitir su deber para con la protección del colectivo de personas LGTBIQ+ y, muy probablemente, también su deber para con las personas con enfermedades psíquicas.

Otras consideraciones

1.- Recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

No se ha mencionado durante el comentario que la recurrente decidió acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la decisión del Tribunal Constitucional de no apreciar la vulneración del principio de no discriminación.

Éste Tribunal, a su vez, partió de la misma base desde la que partió el Constitucional: asumió que no había discriminación creyendo lo que manifestaban los órganos jurisdiccionales y no entró a discutir ni a valorar si esto se correspondía con la realidad o no. En este sentido, conviene citar a GETE-ALONSO Y CALERA, donde menciona que³⁹ *“ambas sentencias, además, nótese que parten de idénticas premisas, lo que no puede ser de otro modo, y toman en cuenta que los tribunales inferiores, cuyas resoluciones se impugnan, dicen que no se basaron en la transexualidad. Es decir, ambas sentencias se creen lo que éstas manifiestan y no entran a discutir; ni ponen en tela de juicio que pudo ser de otro modo, que actuaron por un prejuicio acerca de la transexualidad; a lo que se agrega la protección a ultranza, y discúlpeleme por la reiteración, del*

³⁸ Teniendo en cuenta que, además, podría tratarse con medicamentos.

³⁹ GETE-ALONSO Y CALERA, *Comentario de la sentencia del tribunal constitucional de 22 de diciembre de 2008*, cit., p.19.

menor, en base a unos informes psicológicos que se incorporan en los fundamentos jurídicos de las sentencias”.

De esta forma, y dado que ambas sentencias (la del Constitucional y la del TEDH) son sustancialmente idénticas, me he limitado únicamente a valorar y a entrar de lleno en la del Tribunal Constitucional (aunque las conclusiones extraídas pueden aplicarse a ambas sentencias).

2.- Modificación insustancial del régimen de visitas tras interponer la demanda de amparo

Cabe destacar que en el marco del procedimiento, antes de que se admitiera a trámite la demanda de amparo, el régimen de visitas se modificó. No obstante, ni siquiera he entrado a mencionarlo porque el mismo Tribunal Constitucional comentó que pese a la modificación, continúa habiendo “*una evidente limitación para los derechos del recurrente en comparación con el acordado inicialmente en la Sentencia de separación que aprobó el convenio regulador, por lo que no puede hablarse de una pérdida de objeto, ni siquiera parcial, del presente recurso de amparo*” (Fundamento Jurídico 2, párrafo segundo). Además de ello, que haya habido una modificación del régimen no implica que la decisión inicial dejase de responder a ciertos prejuicios en vez de al verdadero interés superior.

SEGUNDO CASO. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL NÚM. 10/2014⁴⁰

En este segundo supuesto nos encontramos con un recurso de amparo, promovido por parte de la madre y del padre de un menor que padece de espectro autista, interpuesto ante la decisión de los órganos administrativos y jurisdiccionales de escolarizarlo en un centro de educación especial en lugar de en un centro ordinario con los apoyos necesarios para su integración. Concretamente se alegó que se había incurrido en una vulneración del derecho a la igualdad en relación con el derecho a la educación al haberle discriminado por su condición de persona con discapacidad privándole, de esta forma, de su integración en la enseñanza pública segregándole a un centro especializado.

Primera parte. Íter judicial

Para ponernos en situación, hay que decir que fue objeto del presente recurso determinar si los artículos 14 y 27 de la CE (entre otros) habían sido vulnerados por la Resolución de 13 de octubre

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional (Sala Primera) número 10/2014, de 27 de enero de 2014. Recurso de Amparo número 6868/2012.

de 2011 de la Comisión de Escolarización de la Dirección Provincial de Educación de Palencia. Ésta acordó que el menor continuase escolarizado en un colegio público de educación especial en lugar de en un centro ordinario.

El hijo de la parte recurrente fue escolarizado en primero de educación infantil, con 3 años, en el Colegio “Tello Téllez” de Palencia. Observadas dificultades de adaptación por la tutora, se realizó una evaluación del menor en la que se apreció un importante retraso madurativo y que necesitaba un centro ordinario que contase con un especialista en distintas materias. Seguidamente, después de solicitar el traslado del hijo manifestando su deseo de que fuese escolarizado en el Colegio “Divino Maestro”, la Comisión de Escolarización le adjudicó plaza en él. Permaneció en dicho colegio durante primero y segundo de infantil. Para el curso de tercero fue escolarizado en el Colegio “Jorge Manrique”.

Después de que se concluyera mediante otro informe que la escolarización debía realizarse en un centro específico de educación especial, la asesora de atención a la diversidad de la Dirección Provincial de Educación, entre otros, formularon propuesta de escolarización del menor en el centro de educación especial “Carrechiquilla” de Palencia, donde terminó siendo escolarizado. La actuación de la administración vino presidida, por imperativo legal, en el supremo interés del menor y alegaba que todos los informes obrantes en el expediente eran coincidentes y no dejaban margen de dudas respecto a las claras necesidades educativas especiales del menor.

El 23 de junio de 2011 el padre y la madre del menor solicitaron del director del colegio “Jorge Manrique” la escolarización de su hijo para el curso 2011-2012 con los apoyos necesarios. La Dirección Provincial de Educación acordó una nueva evaluación del menor, donde se llegó a la misma conclusión que las otras veces: se apreciaba un trastorno generalizado del desarrollo y la necesidad de que sea apoyado por especialistas en audición y lenguaje, pedagogía terapéutica y un ayudante técnico educativo. El dictamen confirmó el realizado con anterioridad: se sugería que el menor debía ser escolarizado en un centro de educación especial. Así las cosas, el presidente de la Comisión de Escolarización dictó Resolución de 13 de octubre de 2011 por la que se acordó que el menor continuase escolarizado en el centro de educación especial “Carrechiquilla” de Palencia.

Frente a la anterior resolución la parte recurrente promovió un procedimiento para la protección de los derechos fundamentales. En la demanda se alegaban infringidos, entre otros, los derechos a la igualdad (art 14 CE) y a la educación (art 27) porque la escolarización del menor en un centro de

educación especial fomentaba, decían, un trato discriminatorio por su discapacidad y que era perjudicial para su formación. En síntesis, la sentencia entendió que la resolución venía avalada por las intervenciones técnicas de los equipos psicopedagógicos y que no conculcaba el art 27 de la CE porque el derecho de las personas con discapacidad a una educación inclusiva no es un derecho absoluto y que si se necesitaba el trabajo específico de los profesionales mencionados se podía concluir con que esa escolarización inclusiva en un centro ordinario no sólo sería inadecuada, sino insuficiente para intentar alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad.

Contra la resolución del Juzgado se interpuso un recurso de apelación que fue desestimado por sentencia de 26 de Octubre de 2012 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León. El Tribunal expresó que el menor necesitaba mucho más que ajustes razonables respecto a lo que precisaban sus compañeros de edad similar y que requería un aula especial muy poco poblada y con una organización de la misma muy pendiente del mismo, incluyendo un sistema de educación diferenciada.

De esta forma el padre y la madre refirieron en su demanda de amparo dos grandes argumentos: (1) que el Acuerdo de la Comisión de Escolarización y las resoluciones judiciales dictadas habían vulnerado el derecho a la educación del alumno (art. 27 CE) al discriminarle por su condición de persona con discapacidad, privándole de su integración en la enseñanza pública y segregándole a un centro especial, vulnerándose por ello también el art. 14 CE y; (2) que se había producido una lesión de los derechos a la educación y a la igualdad del menor por entender que la desviación de éste a un centro de educación especial suponía una discriminación directa por actuaciones de segregación y de manera indirecta por no haberse efectuado los ajustes razonables a que estaba obligada la Administración. Además, también se alegó que la resolución administrativa tampoco motivaba porqué la escolarización en un centro especial garantizaba mejor su educación.

Segunda parte. Análisis de la fundamentación del Tribunal Constitucional

Dicho todo lo anterior, a continuación procederé a realizar un análisis *in extenso* de la fundamentación en la que se basa el Tribunal Constitucional para declarar que la iniciativa respetaba el contenido de los artículos 14 y 27 de la CE. En este mismo sentido hay que avanzar que en la sentencia hay dos partes bien diferenciadas: una primera parte (Fundamentos Jurídicos 1 a 3) en los que se trata la desestimación de unos preceptos constitucionales distintos a los que hace un momento mencionados, y una segunda parte (Fundamentos Jurídicos 4 *in fine*) donde el Alto

Tribunal se dedica a fundamentar su decisión respecto de la vulneración del derecho a la educación y a la igualdad. Será esta segunda parte la que entraré a analizar en profundidad, dado que es en ella donde se resuelven las cuestiones que nos interesan para este trabajo de fin de grado.

Así pues, dentro de esta segunda parte de la sentencia donde el tribunal justifica su decisión de desestimar la vulneración de los artículos 14 y 27 de la CE, encontraremos dos secciones bien diferenciadas:

- La primera (Fundamento Jurídico 4), consistente en la transposición de todo el marco normativo aplicable, tanto nacional como internacional, a las personas con discapacidad en relación con su derecho a la educación inclusiva.
- La segunda (Fundamento Jurídico 5 *in fine*), consistente en justificar porqué la escolarización en un colegio público especial respeta el contenido de los derechos mencionados. Resulta ser, en definitiva, la aplicación de la normativa antes citada al caso en cuestión.

Primera sección. Marco normativo aplicable

En esta primera parte el Tribunal Constitucional transpone todo el marco normativo para después, en los fundamentos jurídicos siguientes, aplicarlo al caso en cuestión. En concreto, en aquel momento mencionó tanto la Constitución Española, la Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006 y, además, la Ley Orgánica de 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. No obstante, hay que decir que con el paso de los años ha habido otra serie de casos que deben tenerse en cuenta para analizar los argumentos que fundamentan la desestimación del recurso de amparo y poder apreciar, en concreto, la presunta vulneración de los artículos mencionados. En seguida entraremos en ello, pero hay que avanzar que será en la sentencia⁴¹ del Tribunal Supremo número 1976/2017 en la que habrá que hacer especial hincapié.

De esta forma debe mencionarse que la conclusión a la que llega el Alto Tribunal, después de la lectura de la normativa que menciona, es que “*la educación debe ser inclusiva, [...] debe promover la escolarización de los menores en un centro de educación ordinaria, proporcionándoseles los apoyos necesarios para su integración [...] si padecen algún tipo de discapacidad. [...]*”. Y en este

⁴¹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) número 1976/2017, de 14 de diciembre de 2017. Recurso de casación 2965/2016.

mismo sentido, continua diciendo que “*tan solo cuando los ajustes que deba realizar para dicha inclusión sean desproporcionados o no razonables, podrá disponer la escolarización [...] en centros de educación especial*” para terminar mencionando que “[...] *por respeto a los derechos fundamentales y bienes jurídicos afectados [...] deberá exteriorizar [la decisión] 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*” (Todo ello, Fundamento Jurídico 4, último párrafo).

En síntesis no deberá perderse de vista, por lo tanto, en lo que respecta a éste análisis, que para escolarizar a un menor con discapacidad en un centro de educación especial será necesario motivar la decisión en el sentido de que deberá explicarse porqué es inviable la integración del menor discapacitado en un centro ordinario.

La Sentencia del Tribunal Supremo número 1976/2017

Conviene hacer hincapié en este punto en la citada sentencia. Esto es así porque de ella se deriva cuál debe ser el juicio de razonabilidad y las exigencias de motivación que deben reunir las resoluciones acordando la escolarización de alumnos con discapacidad en centros de educación especial. En definitiva, se explica cuál debe ser exactamente la motivación que debe reunirse y plasmarse en la decisión.

- Por un lado hay que decir que una de las exigencias es que deben agotarse todos los esfuerzos para la inclusión del menor en el sistema educativo. Ello se desprende cuando el Supremo menciona que “*ese derecho exige de las administraciones una concreta puesta de medios que procure esa integración en el sistema educativo ordinario con las debidas adaptaciones en función de las necesidades del interesado y sólo cabe acudir al régimen de centros de educación especial si se justifica que agotados los esfuerzos para esa integración, lo procedente es esa opción que en esas condiciones sí justificaría un trato distinto*” (Fundamento Jurídico 6, párrafo primero).

- Por otro lado hay que mencionar que la Administración tendrá la carga de explicar porqué los apoyos que requiere el alumno no pueden ser prestados. Ello se desprende cuando se explica que “*de la normativa antes citada, se deduce un doble mandato dirigido a la Administración: primero, de puesta de medios [...] y, segundo, la carga de explicar por qué los apoyos que requiere un alumno no pueden ser prestados con medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios*”

(Fundamento Jurídico 5, cuarto numeral). Además, no solo deberá incidir en ese punto, sino que también deberá razonar porqué la escolarización del menor en un centro ordinario, con los apoyos precisos que necesita, supone una carga desproporcionada para la Administración. En este sentido, se menciona que *“para que la decisión de escolarizar en un centro de educación especial sea conforme a la Constitución, los informes en los que se apoye la administración educativa deben justificar ese trato diferenciado atendiendo a las peculiaridades de cada caso, deben razonar por qué supone una carga desproporcionada para la administración la escolarización en un centro ordinario con los apoyos precisos; en definitiva: por qué se opta por lo excepcional [...] frente a lo ordinario”* (Fundamento Jurídico 5, quinto numeral).

De esta forma, hay que tener en cuenta lo que RODRÍGUEZ ZAPATERO⁴² expresa cuando menciona que *“ese juicio de proporcionalidad se concreta en unas exigencias ineludibles de motivación en las resoluciones o actos administrativos de la Administración Educativa que decidan la escolarización de alumnos con discapacidad en centros de educación especial, optando así por la excepción frente a la norma general, que es la escolarización en centros educativos ordinarios, con los apoyos que en su caso sean necesarios”*. Así pues, esas exigencias ineludibles serán, por un lado, que deben agotarse todos los esfuerzos para la inclusión del menor en el sistema educativo ordinario y, por otro lado, que la Administración deberá explicar porqué los apoyos que necesita no pueden serle prestados y, además, en ese mismo sentido, razonar porqué supone una carga desproporcionada brindárselos en un colegio ordinario.

Segunda sección. La falta de motivación de la resolución

Las premisas que se han desarrollado en la sección anterior permitirán analizar en la tercera parte de este análisis si los argumentos en los que el Tribunal Constitucional fundamenta su decisión han respetado o no el derecho a la educación del menor en relación con su derecho a la igualdad. No obstante habrá que detenerse a observar convenientemente, antes de ello, la concreta fundamentación a la que se refiere y alega.

En este sentido, conviene indicar que el Tribunal empieza el fundamento jurídico quinto afirmando que la resolución *“se limita a fundamentar su decisión de escolarización [...] tan sólo en el nuevo informe psicopedagógico practicado al mismo [menor], por lo que, en principio, parece que no ha*

⁴² RODRÍGUEZ ZAPATERO, Juan. “La doctrina jurisprudencial sobre el derecho a la educación inclusiva: evolución. La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017”, *Los Anales de Derecho y Discapacidad* de junio de 2018, Vol. n.º 3, página 134.

explicado convenientemente porque supone una carga desproporcionada para la Administración la escolarización del menor en un centro ordinario con los apoyos preciso[s] ni porque, en definitiva, se opta por lo excepcional frente a lo ordinario” (Fundamento Jurídico 5, párrafo segundo). Siguiendo en esta línea, continúa mencionando que *“no podemos afirmar que la citada Resolución [...] haya vulnerado sus derechos fundamentales a la educación e igualdad por el déficit de motivación [...], pues de la consideración del expediente educativo del alumno en su conjunto se puede deducir sin dificultad ”* (Fundamento Jurídico 5, párrafo tercero).

Nótese en este punto como el Alto Tribunal admite que hay un déficit de motivación en la resolución y que parece que no explica porqué la escolarización supone una carga desproporcionada para la Administración. Siguiendo en esta línea, el Constitucional plasma los antecedentes expuestos en el expediente que explican las necesidades y circunstancias del menor y, a su vez, concluye con que *“se exteriorizaron [en la resolución] las razones que condujeron a la decisión”* y que *“eran coherentes con la finalidad pretendida”*. (Fundamento Jurídico 5, párrafos cuarto y quinto). En el mismo sentido se continúa mencionando que *“de la explicación que da en este caso la Administración [...] sobre las medidas específicas que éste requiere, se infiere con naturalidad que la determinación de escolarización del alumno en un Centro de Educación Especial adoptada por dicha Administración no puede reputarse irrazonable o discriminatoria”*. (Fundamento Jurídico 5, párrafo sexto).

Así pues, no hace falta incidir más en demostrar la falta de motivación de la resolución, por lo menos expresa, después de que el mismo tribunal mencionase la existencia del propio déficit y las continuas referencias a términos como “se infiere”, “se exteriorizaron”, “se puede deducir” o “parece que no se ha explicado convenientemente”. En el tercer apartado de este análisis habrá que entrar a valorar, por ende, si es suficiente o no que la motivación se desprenda sin dificultad de la consideración del expediente educativo o si por el contrario ésta deberá ser plasmada y realizada expresa y necesariamente por el órgano competente.

Sin querer adelantarme a desgranar lo anterior hay que recordar que para que una decisión esté verdaderamente justificada y bien motivada deberá adoptarse, tal y como dice VERDERA IZQUIERDO⁴³, *“de acuerdo con las diferentes posibilidades y argumentando que la decisión última es la que mejor se ajusta a los derechos del menor”* y añade que *“por argumentar se entiende [...] inferir o derivar, a partir de un conjunto de enunciados llamados premisas, otro*

43 VERDERA IZQUIERDO, *La actual configuración jurídica del interés del menor*, cit., p. 130.

enunciado denominado conclusión”. Este proceso, como puede verse, es inexistente: puesto que la resolución se basa en un expediente y no en un mecanismo lógico articulado por premisas (además de que no se mencionarán, como veremos dentro de un momento, otro tipo de posibilidades distintas más allá de la recomendada por los informes psicopedagógicos), sino que menciona la facilidad de deducción y no va más allá. En las siguientes páginas se verá más detenidamente.

Justificación del déficit de motivación

Habiendo visto que se admite la existencia de un déficit de motivación, habrá que observar, por lo tanto, la manera en la que el Tribunal Constitucional justifica la precariedad de dicho requisito. Como ha podido intuirse ya de la citación de algunas líneas de la sentencia, parece ser que la exigencia de motivación quedará lo suficientemente efectuada mediante la exposición y lectura del expediente educativo, los antecedentes del menor y del nuevo informe psicopedagógico porque a través de los cuales podrá deducirse sin dificultad, según el Alto Tribunal, el porqué supone una carga desproporcionada y porqué se opta por lo excepcional frente a lo ordinario.

En relación con ello debe mencionarse que de la exposición de lo mencionado⁴⁴ podrá entenderse⁴⁵ únicamente el grado de discapacidad que tiene y las medidas específicas que requiere el menor, pero nada más allá. A modo de ejemplo puede hacerse referencia a que el tribunal menciona que *“de la explicación que da en este caso la Administración educativa sobre el grado de discapacidad que presenta el menor y sobre las medidas específicas que éste requiere (adaptaciones curriculares en una edad muy inferior a la normal del curso en un colegio ordinario, “atención individualizada” en el aula, que, por otra parte, ha de verse reducida a “un máximo de 4 alumnos”, etc.) se infiere con naturalidad que la determinación de escolarización [...] no puede reputarse como irrazonable o discriminatoria, siendo coherente con [...] los ajustes que debe adoptar la Administración que no supongan “una carga desproporcionada o indebida”* (Fundamento Jurídico 5, último párrafo). En este sentido, los órganos jurisdiccionales valoraron y concluyeron a raíz de ello, en primera instancia, que *“la escolarización inclusiva en un centro ordinario no sólo sería inadecuada ... sino insuficiente para alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad”* y en la sala de apelación que *“el alumno necesita algo más, mucho más que ajustes razonables respecto a lo que precisan sus compañeros de edad similar; lamentablemente sufre un desfase muy importante desde la primer[a] fase de la educación infantil en la que está, a la*

44 En concreto, el expediente educativo, los antecedentes del menor y el informe psicopedagógico.

45 Para más amplitud, ver el fundamento jurídico 5, párrafo cuarto.

educación primaria que le corresponde por edad; y requiere no un aula normal, sino un aula especial muy poco poblada y con una organización de la misma muy pendiente del mismo, incluyendo un sistema de educación diferenciada...” (Fundamento Jurídico 6, párrafo segundo).

A tenor de todo ello puede entenderse, hasta ahora, que el motivo que justifica la resolución es que la escolarización inclusiva en un centro ordinario sería inadecuada e insuficiente para alcanzar el desarrollo de la personalidad del menor. No obstante, todavía sigue sin explicarse y sin realizarse la debida motivación de la que hablaba en la primera sección de este análisis: factor que indudablemente hace pensar en la posible arbitrariedad del aplicador del derecho. En este sentido, debe mencionarse las palabras de VERDERA IZQUIERDO⁴⁶ cuando expresa que “*la exigencia de motivación permite evitar el riesgo de la arbitrariedad jurídica [...] ello supone concretar de forma clara, manifiesta, real y notoria las razones por las que se ha adoptado una determinada decisión*”, y es que aquí ese juicio brilla por su ausencia. La carga desproporcionada todavía no está explicada. Se explica lo que requiere el niño (por ejemplo, una atención individualizada en el aula) y lo que sería “mejor” para él (la escolarización en un centro especial), pero en ningún momento se explica porqué no puede haber un especialista dentro de un aula ordinaria que le brinde la atención que requiere y merece.

Quizá es por ello que el Tribunal, para terminar, mencione que “*acreditado lo anterior por la Administración educativa, es decir, que en interés del menor resulta indicada su escolarización en un centro de educación especial, no es necesario proceder a una ponderación acerca de si los ajustes que precisa pueden ser o no prestados en un Centro de Educación ordinario, pues dicha decisión de escolarización lleva implícito, en atención a la grave discapacidad del alumno y a la atención individualizada que requiere, que sus singulares necesidades educativas estén mejor atendidas en un centro de educación especial más que en el marco de la educación general de los centros ordinarios*” (Fundamento Jurídico 5, último párrafo). Y es que creo que este es el perfecto resumen de la justificación que podría realizarse. Está claro lo que necesita el alumno, pero no se realiza la ponderación sobre si ello puede ser prestado o no en un centro de educación ordinario porque, básicamente, lo primero que puede pensarse después de la lectura del expediente es que por las características de sus necesidades éstas solo podrán ser satisfechas en un centro especial. No obstante, me reitero, esta “inferencia o deducción” debe ser confirmada, demostrada y separada de todo posible prejuicio.

46 VERDERA IZQUIERDO, *La actual configuración jurídica del interés del menor*, cit., p. 130.

Incidiendo en lo anterior, nótese como el interés del menor viene deducido de la exposición y de lo dicho del informe, pero en ningún momento se motiva, justifica ni explica cómo se llega a determinar la relación entre, por un lado, las necesidades del menor y, por otro lado, que su interés superior sea efectivamente la escolarización en un centro especial. En este sentido, para demostrar sin lugar a dudas que la decisión no se basa en prejuicios sino en verdaderas necesidades, habría que señalar explícitamente en la motivación, tal y como expresa la Observación n.º 14 (2013)⁴⁷, “*todas las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se han considerado pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso concreto y la manera en que se han ponderado para determinar el interés superior del niño*”. No obstante, el interés superior del menor viene establecido en este caso por los informes psicopedagógicos y, por ende, solo viene evaluado desde una mirada que engloba su correcto aprendizaje y desarrollo en un ámbito puramente educacional. Aquí no hay “elementos”, sino que lo único que se tiene en cuenta es el estado del menor y las necesidades que se derivan de dicho estado. En este sentido, cabe recordar que la tarea de determinación del interés superior del menor debe recaer en los órganos competentes y no en los informes psicopedagógicos, pues serán aquellos los que puedan tener en cuenta otro tipo de paradigmas y derechos más allá del estricto juicio científico que realizan, en este caso, los y las psicopedagogas.

Así pues, recapitulando, cabe destacar que no es que la carga desproporcionada se entienda de los antecedentes, los informes y la exposición del expediente del menor, sino que ni siquiera se llega a apreciar dicho extremo puesto que los informes psicopedagógicos indican que lo más beneficioso para el niño sería escolarizarlo en un centro de educación especial y, a raíz de ello, se determina de forma automática el interés superior del menor sin entrar a realizar valoraciones de otro tipo. Se expresan unos hechos y unas necesidades, es cierto, pero no se puede determinar el interés superior del menor excusándose en que los informes indican lo que es más beneficioso y sin entrar a ponderar, por ejemplo, las razones a través de las cuales no se pueden brindar los apoyos que requiere o si hay alguna otra posibilidad que no sea la de decidir su escolarización en un centro de ese tipo. En relación con todo ello, como veremos en el siguiente apartado, la debida motivación (teniendo en cuenta, entre otros factores, la explicación de porqué supone una carga desproporcionada brindar al menor en un centro ordinario los ajustes que necesita) debería ser un factor ineludible por parte de quien aplica el derecho.

47 Observación general n.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), p. 20, párrafo 97.

Siguiendo en la línea de lo anterior no hay que dejar de hacer mención a lo expresado por los Magistrados Don Luis Ignacio Ortega Álvarez y Don Juan Antonio Xiol Ríos en el voto particular de la misma sentencia, que expresan que *“ni Administración, ni los técnicos que informaron sobre el menor, han explicitado por qué los ajustes que debía realizar para proporcionar al menor la educación inclusiva a la que, en principio, tiene derecho, no son razonables o suponen una carga desproporcionada o no serían suficientes para la inclusión del menor”* (Voto particular, párrafo 7). En el mismo sentido, el Fiscal viene a entender algo muy similar al entender que *“la resolución administrativa [...] apoyándose en el informe psicopedagógico [...] no analiza expresamente ni explica por qué los apoyos que precisa no pueden ser prestados en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios”* (Antecedente de Hecho 6, párrafo cuarto).

Coincido con ambos: nada se dice de que se hayan agotado todos los esfuerzos para la inclusión del menor ni se explica porqué los apoyos que necesita no pueden ser prestados en un colegio ordinario. Nótese que se limita a explicar la situación del menor y sus necesidades, pero en ningún momento se entra a mencionar cuáles son los inconvenientes administrativos, económicos, educativos, ... que justifican su escolarización en un centro especial, además de que tampoco aparece por ningún lado explicitado, en la motivación de la decisión, cómo se ha considerado el interés del menor y cómo se ha tenido en cuenta junto con otras posibilidades. Es en este punto donde que tenemos que recordar que, como manifiesta CARDONA LLORENS⁴⁸ *“se debe explicar qué se considera que está en el interés superior del niño y qué se ha examinado para llegar a esa conclusión”*.

En definitiva, ni se puede deducir ni se razona ni demuestra porqué es una carga desproporcionada, vulnerando irremediabilmente la debida necesidad de motivación. En este sentido, debe recordarse que la fundamentación en el propio interés superior del menor sin entrar a concretar su significado o motivar debidamente la decisión puede conducir a cierta inseguridad jurídica. En este sentido cabe aludir, de nuevo, a VERDERA IZQUIERDO, pues menciona que⁴⁹ *“de esta forma, lo importante es que el operador jurídico especifique el “iter” formativo que le ha llevado a adoptar una determinada solución de acuerdo con intereses contrapuestos que será lo que otorgará seguridad jurídica a los justiciables, es decir, la motivación”*. En el presente caso, sin embargo, no hay ni ponderación de intereses contrapuestos ni iter que siga un razonamiento lógico hasta la toma de la decisión.

48 CARDONA LLORENS, José. “La evaluación y determinación del interés superior del niño”, *Revista española de derecho internacional*, vol. 65, n.º 2, 2013, p. 254.

49 VERDERA IZQUIERDO, *La actual configuración jurídica del interés del menor*, cit., p. 69.

Tercera parte. El interés superior del menor vs el imperativo legal

En el apartado anterior podíamos observar como el Tribunal Constitucional terminaba alegando que no hacía falta realizar la ponderación acerca de si los ajustes que precisaba el menor podían ser o no prestados en un centro ordinario, puesto que podía entenderse que sus necesidades estarían mejor atendidas en un centro especial y que la escolarización en un centro de ese tipo, entonces, respondía al interés superior del menor. Así pues debe entenderse que, en vez de motivarse la resolución en los términos establecidos por la legislación, puede llegar a entenderse motivada en el interés superior del menor (determinado mediante los informes psicopedagógicos que aconsejan que lo más beneficioso es la escolarización en el centro especial).

En este punto conviene parafrasear el artículo 74.1 de la Ley de Educación, que menciona expresamente que *“la escolarización del alumnado que presenta necesidades educativas especiales se regirá por los principios de normalización e inclusión. [...] La escolarización [...] en centros de educación especial [...] sólo se llevará a cabo cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios”*. Nótese que en el caso en cuestión el Tribunal Constitucional justifica la falta de motivación de la resolución atendiendo al interés superior del menor; pero la escolarización, como se menciona en el artículo citado, debe regirse de manera prioritaria por los principios de normalización e inclusión. Siguiendo con el artículo, a su vez, hay que caer en la cuenta de que la escolarización en un centro especial solo se llevará a cabo dependiendo de si las necesidades del menor pueden o no ser atendidas en uno ordinario y no dependiendo, como parece deducirse de la fundamentación del tribunal, del centro en el que el menor vea sus necesidades mejor satisfechas.

Por lo tanto puede extraerse, por un lado, una premisa consistente en que la decisión no responde, como debería, a los principios de normalización e inclusión; sino que responde al interés superior del menor. Por otro lado, también puede inferirse que la decisión de escolarizar a un menor con discapacidad en un centro u otro no puede responder a un criterio que se base en determinar en qué centro estarán mejor satisfechas sus necesidades sino que deberá basarse en el criterio que establece la ley; esto es, determinar la escolarización dependiendo de si se pueden brindar los ajustes necesarios que requiere el menor.

De forma muy relacionada con lo anterior, por lo tanto, cabe traer a colación lo expresado en el voto particular cuando se menciona que *“las opciones de escolarización no se agotan en la elección de*

un centro ordinario de educación frente a un centro especial de educación, como parece deducirse de tales informes y de la resolución administrativa impugnada. Precisamente, la opción pretendida desde el inicio por los padres del menor, esto es, la escolarización en un centro ordinario de educación con los apoyos necesarios para la inclusión de alumnos con necesidades especiales, ha sido ignorada por la Administración educativa”. (Voto particular, párrafo 6). Y es que nótese que al no realizar la motivación ni explicarse porqué brindar los ajustes en un centro ordinario supone una carga desproporcionada, se desconoce automáticamente la existencia de algún centro donde dichas necesidades sí que puedan verse satisfechas. En el mismo sentido, cabe mencionar a NÚÑEZ ZORRILLA⁵⁰, donde expresa que “*deberán explicarse los criterios en los que se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones*”: pero es que en el caso en cuestión, como ya se había avanzado, estas otras consideraciones brillan por su ausencia.

Así pues, en este punto se hace necesario citar⁵¹ el artículo 2 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en el sentido de que menciona que la “*discriminación por motivos de discapacidad [...] incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables*”. Y es que es más que probable que en este caso se esté produciendo una discriminación, por lo tanto, hacia el menor, dado que se le están negando los ajustes razonables en el sentido de que ni siquiera se entran a apreciar las distintas posibilidades y opciones que tiene. En vez de entrar a valorar, tan siquiera, la posibilidad de integrarlo en un centro ordinario que sí reúna las condiciones, ajustes y características necesarias para llevar a cabo su completa integración, se alega “el interés superior del menor” y se evade realizar otro tipo de consideraciones.

Es aquí donde debe ponerse en duda el tipo de interés alegado. Es evidente que para cualquier menor, con discapacidad o no, en aras de su interés (focalizado y teniendo en mente su educación) convendría integrarlo en un aula reducida con una atención del profesor personalizada. Por contra, en aras de su interés (focalizado ahora en el desarrollo de su personalidad, inclusión y normalización) convendría integrarlo en el aula de un centro ordinario. Así pues, es más que cuestionable que el interés superior del menor, teniendo en cuenta tanto el desarrollo de su

50 NÚÑEZ ZORRILLA, Maria del Carmen, “La nueva configuración del interés superior del menor en las reformas llevadas a cabo por la ley orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, con especial referencia a las reformas operadas en este ámbito en el ordenamiento catalán”, en: SOLÉ RESINA, Judith; ALMADA MOZETIC, Vinicius (Coord.), *Derechos fundamentales de los menores (desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*, 1ª edición. Madrid: editorial Dykinson, S.L., 2018, p. 88

51 Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, resolución 61/106 adoptada por la Asamblea General de 13 de diciembre de 2006 de Nueva York, ratificada por España en 2008, artículo 2.

personalidad como el de su educación, sea su integración en un centro ordinario. Y ello es así porque su interés superior (o el mejor de entre todos sus intereses) debe responder más a la normalización e inclusión que a otro tipo de preceptos, sean los que sean, puesto que así lo ha establecido la legislación. En este sentido, negar la posibilidad de analizar si en otro tipo de centros ordinarios es posible brindarle las necesidades que requiere va en contra, por lo tanto, de sus propios intereses (además de ser una clara vulneración de lo requerido por la legislación).

Sea como fuere, el Alto Tribunal alega que el interés superior del menor es escolarizarlo en un centro especial. Independientemente de que sea una buena apreciación o no, hay que entender que ello no implicaría necesariamente desatender otro tipo de principios, y menos aún cuando la legislación nacional alude a ellos de forma directa. En este sentido, para terminar, cabe recordar que es cierto que el artículo 7.2 de la Convención expresa que “*en todas las actividades relacionadas con los niños y niñas con discapacidad, una consideración primordial será la protección del interés superior del niño*”: pero no la única. Así pues, considero que lo primero que debería de realizarse para llegar a tomar una decisión acerca de un supuesto como en el que nos encontramos sería intentar integrar y adaptar unos principios a otros: lo que conlleva a decir, irremediabilmente, que la apreciación de uno no puede implicar la automática elusión y desatención de los otros (sin llegar, tan siquiera, a ponderar unos derechos y otros).

De esta forma, está claro que se opta por lo excepcional frente a lo ordinario porque es lo que aconseja el “interés superior del menor” (o más bien, lo que aconsejan los informes que es más beneficioso en el ámbito educacional) pero aún así debería argumentarse porqué brindar los ajustes necesarios supone una carga desproporcionada puesto que no se puede eludir un requisito establecido de forma tan directa y clara como es el de motivar la decisión explicando, entre otras cosas, la carga desproporcionada, so pena de incurrir en una vulneración de la seguridad jurídica⁵².

Cuarta parte. Conclusiones

Nuestro caso se centra en la vulneración, por parte de la Administración Pública, de los derechos fundamentales de un menor con discapacidad. Formando parte del procedimiento, por un lado, una persona que necesita cierto soporte para su completo desarrollo y que merece de especial protección

⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional número 27/1981, de 20 de julio. FJ 10, párrafo quinto, menciona que la seguridad jurídica es “*suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad [...] seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad, en libertad*”.

por su edad y, por otro lado, la Administración, es indudable que el presente caso debe ser tratado con mucha cautela para asegurar que los principios fundamentales de las personas no se vean violentados por parte del Estado.

En este sentido, cabe recordar las palabras que se expresan mediante el voto particular de la sentencia, que dicen que “*estando detrás de la motivación de la resolución impugnada el derecho a la educación de un menor con discapacidad, 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. Cuando la constitución ha incluido como derecho fundamental el derecho a la educación [...] su contenido no puede ser desvirtuado sin que se expliciten las detalladas y relevantes razones*” (Voto Particular, penúltimo párrafo). Y es cierto: cuando tratamos con personas que requieren especial protección y, además, especial soporte para su desarrollo (en este caso, medidas de soporte educativas), es evidente que la legislación y la exigencia de cumplimiento de la regulación debe hacerse, si cabe, todavía más estricta.

En este mismo sentido nótese como sucede lo contrario por la simple alegación del principio del interés superior del menor. Como dicho principio aconseja la escolarización en un centro especial, se obvia automáticamente un requisito claramente establecido por la legislación incurriendo, de esta forma, en una debilitación y detrimento del ordenamiento jurídico, a duras penas justificado, en uno de los supuestos en los que deviene más necesario su estricto cumplimiento.

Téngase en cuenta que los tribunales son los encargados de aplicar las leyes a situaciones y a conflictos concretos. En el caso que acontece podemos ver cómo el Tribunal Constitucional, esgrimiendo el interés superior del menor, obvia un requisito establecido claramente por la legislación. Este hecho provocará, tal y como se defiende en el voto particular “*un desconocimiento de los principios que deben inspirar la educación de los menores con discapacidad, pues la excepción de la escolarización en centro de educación especial obligan a la Administración a realizar dicha ponderación*” (Voto Particular, párrafo séptimo). Y es que como se decía por parte de los recurrentes en amparo, se infringe el derecho a la igualdad en relación con la educación porque la escolarización del menor en un centro de educación especial fomenta un trato discriminatorio por su discapacidad en el momento en que se desatiende la legislación y, por ende, los principios que rigen la misma. En este sentido, la mera alegación del interés superior del menor no puede valer

para todo y no puede motivarse un acto administrativo en un sentido diferente del requerido por la legislación aplicable. En este supuesto está claro que el principio se ha utilizado por los tribunales para obviar lo preceptuado en la ley y justificar la actuación de la administración: incurriendo por lo tanto en la vulneración de los derechos fundamentales del menor.

Independientemente de ello, también considero que el interés superior del menor viene apreciado de una forma totalmente errónea de la que debería tenerse en cuenta. La legislación relativa a la educación ya contempla cuál es el interés superior del menor y se regula considerando que los principios que deben tenerse en consideración para satisfacer dicho interés son los de inclusión y normalización. En este caso el interés superior del menor viene predispuesto y establecido por lo que se ha entendido del informe psicopedagógico, pero es éste el que no entra a considerar en un conjunto todos los presupuestos que deben de tenerse en cuenta a la hora de tomar una decisión. Estos informes son puramente científicos y no una ponderación entre intereses que tenga como resultado esclarecer cuál es el interés superior del menor. En este sentido, esa tarea debe recaer, como decía, sobre la Administración, que es la que está obligada a tener en cuenta otros presupuestos y preceptos (como son los principios de inclusión y normalización alegados por la legislación) que, reitero, son de obligada apreciación. En el momento en que la decisión de la Administración viene fundamentada únicamente en los informes psicopedagógicos se desatiende esta facultad de ponderación de intereses y se incurre inevitablemente en una vulneración de los derechos fundamentales del menor.

Así pues, hay que caer en la cuenta de que todo ello deriva, principalmente, del informe psicopedagógico. En este sentido, tal y como sucedía en la primera sentencia analizada, conviene recordar que el interés del menor no siempre debe obedecer o ser un calco de los informes médicos. Tal y como se mencionaba en la sentencia⁵³ del Tribunal Constitucional número 71/2004, “*es doctrina de este Tribunal, que la función de juzgar «corresponde al juzgador, que deberá valorar para ello necesariamente el acervo probatorio existente en la causa y, dentro de él muy en particular, claro está, los informes médico-forenses y los informes médicos..., pero, como es obvio, sin que la relevancia de tales informes comporte su desplazamiento en la función de juzgar, so pena de acabar descansando la función jurisdiccional en los peritos, y no en los Jueces y Magistrados tal y como establece el art. 117.3 CE*”. En el caso que hemos analizado, los informes psicopedagógicos ponen de manifiesto las necesidades del menor y a raíz de las mismas puede

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional número 71/2004, de 19 de abril de 2004. Recurso de amparo número 6895/2002. FJ 8, sexto párrafo.

deducirse que lo más beneficioso es escolarizarlo en un centro de educación especial, lo cual determina su interés superior. Dejando de lado que dicho interés no es el único principio aplicable al caso, que quizá no está bien valorado ni apreciado, y que la normativa legal sobre la materia exige tener en cuenta que sus necesidades no puedan ser atendidas en un colegio ordinario, la decisión de la Administración no debería recaer únicamente en dichos informes sino que debería valorar las circunstancias y distintas posibilidades de actuación yendo mucho más allá de las propuestas emitidas por los distintos facultativos.

IV. CONCLUSIONES

Hay que empezar la presente conclusión aludiendo a lo que expresa RIVERO⁵⁴ cuando dice que *“detrás del interés del menor se esconden a veces ideas, concepciones, prejuicios o intereses de los adultos muy variados, sutiles unos, egoístas otros”*, puesto que mediante el análisis de la casuística plasmada se puede concluir con que es cierto. La vertiente interpretativa actual del principio, unida a su indeterminación, es efectivamente el caldo de cultivo perfecto para dar pie a decisiones que respondan a intereses distintos de los de la persona menor de edad.

Por un lado, incidiendo en la vertiente interpretativa actual del principio, hay que decir que considero que debe haber un cambio en cuanto a la manera en la que se aprecia y entiende por parte de los y las operadoras jurídicas. En este sentido, no debe buscarse de entre los distintos intereses de la persona menor, el superior; sino que deben determinarse cuáles son los “intereses superiores” y, a partir de ahí, especificar cuál de ellos es el mejor. De esta forma no se le resta importancia a los derechos que quedan supeditados ante el mayor beneficio que se puede extraer de uno solo de ellos y, además, muy probablemente se llegue a tener más en cuenta la felicidad del niño o niña en cuestión.

Siguiendo en esta línea, conviene parafrasear a VERDERA IZQUIERDO⁵⁵ cuando expresa que *“no será suficiente salvaguardar los derechos fundamentales del menor como la dignidad o el libre desarrollo de la personalidad sino que también es esencial basarse en otras variables como es su “felicidad inmediata y su bienestar personal”*. Y es que si algo me queda claro después de haber realizado éste trabajo de fin de grado es que debe revalorizarse a los niños y niñas en su calidad de personas. De esta forma creo que no debe decidirse por ellos y ellas tras considerar que necesitan “protección” por ser más o menos “incapaces”, sino que simplemente se les debe brindar medidas de apoyo, sean cuales sean sus circunstancias, tras entender su falta de experiencia para con la sociedad. En este sentido, conviene integrarlos y hacerles partícipes en la misma y no tratar de ocultarlos o “protegerlos” como ha ocurrido en los casos que se han analizado: y menos aún partiendo de los prejuicios de los juzgadores y juzgadas.

Por otro lado, haciendo hincapié ahora en la indeterminación del concepto y en el margen de discrecionalidad que se deriva del mismo, hay que decir que pese a que no pongo en duda que los

54 RIVERO HERNÁNDEZ, *El interés del menor*, cit., p. 63.

55 VERDERA IZQUIERDO, *La actual configuración jurídica del interés del menor*, cit., p 139.

jueces y juezas intenten prescindir de su ideología y convicciones a la hora de tomar decisiones, como hemos podido comprobar, muchas veces no lo logran. En este sentido se manifestó RAVETLLAT BALLESTÉ⁵⁶ diciendo que *“por regla general representantes legales y jueces no operan de manera aséptica y neutral, sino que, por el contrario, en la mayoría de ocasiones, aun actuando con la mejor intención, no logran sustraerse a sus propias convicciones y prejuicios y, consciente o inconscientemente, encaran la cuestión y valoran ese interés desde su propia óptica vital e ideológica”*. Téngase en cuenta que mediante el análisis del primer caso se ha podido comprobar que hay un claro prejuicio por parte de los órganos jurisdiccionales al interpretar que se va a causar un daño en el menor únicamente por la apariencia de su madre transexual; y que mediante el análisis del segundo caso hemos podido ver como el operador jurídico alega expresiones como “se deduce” o “se infiere” para evadir incluso la normativa aplicable al entender, a su juicio (prejuicioso, pues no entra a realizar ningún tipo de ponderación ni explicación sino que se basa en una deducción que parte de los informes de los facultativos), que la motivación de la decisión queda lo suficientemente justificada.

Conviene incidir en un último punto antes de terminar. Tanto en un caso como en otro los informes de los y las especialistas juegan un papel crucial en la determinación del interés superior del menor. Véase como en ambas sentencias no se realizaba la debida motivación o explicación y dicha omisión se justificaba mediante la alusión y exposición de los informes científicos. En este sentido no hay que olvidar que existen, como menciona DE TORRES PEREA⁵⁷, *“los posibles prejuicios de los especialistas que tratan con el menor, así en ocasiones estos prejuicios se enmascaran bajo la etiqueta de factores de riesgo”*, y es por ello que el deber de los operadores y operadoras jurídicas se hace todavía más importante. La resolución de cada caso no debe recaer y fundamentarse única y exclusivamente en los informes de los y las facultativas so pena de declarar la insuficiente motivación de la decisión. Dicha decisión debe estar fundamentada en derecho, en la valoración de distintos criterios, elementos y posibilidades y no solo en las recomendaciones de los y las profesionales. Además, el interés superior de la persona menor de edad debe ser determinado teniendo en cuenta la legislación aplicable, sin obviarla y respondiendo a una evaluación multifactorial. De esta forma cabe concluir, por lo tanto, que la resolución que desconozca todo ello se habrá dictado, muy probablemente, vulnerando los derechos de las personas implicadas.

56 RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Revista de la Facultad de Educación*, vol. 2, n.º 30, 2012, p. 91.

57 DE TORRES PEREA, José Manuel. *Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*. Madrid: Iustel, 2009, p. 24.

V. BIBLIOGRAFÍA⁵⁸

Legislación

- Código Civil, artículo 94.
- Constitución Española: artículo 39, 14 y 27.
- Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990
- Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, resolución 61/106 adoptada por la Asamblea General de 13 de diciembre de 2006 en Nueva York, ratificada por España en 2008: artículo 2.
- Decret llei 26/2021, de 30 de novembre, de modificació del llibre segon del Codi Civil de Catalunya en relació amb la violència vicaria.
- Ley de Enjuiciamiento Civil: artículo 218.
- Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional: artículo 41.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.
- Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación: artículo 74.
- Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.
- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.
- Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència
- Observación general n.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), del Comité de los Derechos del Niño.

Monografías y artículos en revistas

- CARDONA LLORENS, José. “La evaluación y determinación del interés superior del niño”, *Revista española de derecho internacional*, vol. 65, n.º 2, 2013, p. 254.
- DE TORRES PEREA, José Manuel. *Interés del menor y Derecho de familia. Una perspectiva multidisciplinar*. Madrid: Iustel, 2009, p. 24.

⁵⁸ Conviene destacar que la bibliografía está ordenada por apartados y, dentro de dichos apartados, por estricto orden alfabético.

- EEKELAAR, John. “The interest of the Child and the Child wishes: the role of the dynamic self-determinism”, *International Journal of law policy and the family*, Oxford University Press, 8 (1), 1994, p. 47.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del Carmen. *Comentario de la sentencia del tribunal constitucional de 22 de diciembre de 2008. Transexualidad: Derecho de visita del progenitor biológico ¿discriminación o prejuicio en la calificación jurídica?* p. 30.
- GONZÁLEZ ALONSO, Augusto. “La discrecionalidad y su control. Diferenciación con la arbitrariedad y con los conceptos jurídicos indeterminados”, *Revista práctica de derecho CEFLEGAL, comentarios y casos prácticos*, n.º. 98, 2009, p. 139.
- NÚÑEZ ZORRILLA, Maria del Carmen, “La nueva configuración del interés superior del menor en las reformas llevadas a cabo por la ley orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, con especial referencia a las reformas operadas en este ámbito en el ordenamiento catalán”, en: SOLÉ RESINA, Judith; ALMADA MOZETIC, Vinicius (Coord.), *Derechos fundamentales de los menores (desarrollo de la personalidad en la infancia y la adolescencia)*, 1ª edición. Madrid: editorial Dykinson, S.L., 2018, p. 88
- PIZARRO MORENO, Eugenio. *El interés superior del menor: claves jurisprudenciales*, 1ª edición. Madrid: editorial Reus, 2020, p. 63.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac. “El interés superior del niño: concepto y delimitación del término”, *Revista de la Facultad de Educación*, vol. 2, n.º 30, 2012, p. 91.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac; RUPERTO PINOCHET, Olave. “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el derecho civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, n.º 3, p. 907.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. *El interés del menor*, 2ª edición. Madrid: editorial Dykinson, 2007, p. 74.
- RODRÍGUEZ ZAPATERO, Juan. “La doctrina jurisprudencial sobre el derecho a la educación inclusiva: evolución. La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017”, *Los Anales de Derecho y Discapacidad* de junio de 2018, Vol. n.º 3, página 134.
- SEDANO TAPIA, Joaquín. “El interés superior del niño y su recepción en los contextos nacionales. Análisis a la luz del derecho comparado”, *Colección n.º 9 infancia y adolescencia de la Editorial Universitat Politècnica de València*, 2020, p. 27.
- TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO, Soledad. “El interés superior del niño”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2016, p. 141.

- VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, Lucía. *El interés superior del menor de edad en situación de desprotección como principio rector de la actuación de los poderes públicos*. Boletín del Ministerio de Justicia, año LXXII, núm. 2.221, 2019, p. 21.
- VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. *La actual configuración jurídica del interés del menor: De la discrecionalidad a la concreción*, 1ª edición. Navarra: editorial Aranzadi, S.A.U., 2019, p. 88.

Jurisprudencia

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo número 173/2005, de 19 de mayo de 2005.
- Sentencia del Tribunal Constitucional número 27/1981, de 20 de julio.
- Sentencia del Tribunal Constitucional número 176/2008, de 22 de diciembre de 2008. Recurso de Amparo número 4595/2005.
- Sentencia del Tribunal Constitucional número 221/2002, de 25 de noviembre. Recurso de Amparo número 1044/2000 y 1089/2000.
- Sentencia del Tribunal Constitucional número 71/2004, de 19 de abril de 2004. Recurso de amparo número 6895/2002.
- Sentencia del Tribunal Constitucional número 10/2014, de 27 de enero de 2014. Recurso de Amparo número 6868/2012.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) número 1976/2017, de 14 de diciembre de 2017. Recurso de casación 2965/2016.

VI. ANEXOS

Se incluyen dos documentos anexos a este documento. En concreto, las sentencias que he analizado a lo largo de todo el trabajo. Por un lado aparecerá la sentencia relativa a la modificación del régimen de visitas y, por otro lado, la sentencia relativa a la escolarización del menor con discapacidad en un centro especial. Son las que siguen a continuación:

Tribunal Constitucional. TC (Sala Primera) Sentencia num. 176/2008 de 22 diciembre

DISCRIMINACION: Por razón de orientación sexual: transexual: modificación y restricción del régimen de visitas inicialmente acordado al padre, tras someterse a un tratamiento hormonal para la reasignación de sexo: comunicación con su hijo menor de edad supervisada por profesionales y la madre: medida basada en los informes periciales psicológicos sobre riesgos relevantes para la integridad psíquica del niño debido a la inestabilidad emocional del recurrente: interés prevalente del menor: discriminación inexistente.

Jurisdicción:Constitucional

Recurso de Amparo 4595/2005

Ponente:Don Manuel Aragón Reyes

Recurso de amparo contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección Primera), de 19-05-2005, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lugo, de 18-10-2004, recaída en procedimiento de modificación de medidas definitivas en materia de separación matrimonial, por la que se acordó modificar el régimen de visitas del recurrente a su hijo menor de edad. Vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley: inexistencia: **denegación de amparo** .

La Sala Primera del Tribunal Constitucional, compuesta por doña María Emilia Casas Baamonde, Presidenta, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, don Manuel Aragón Reyes y don Pablo Pérez Tremps, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 4595-2005, promovido por don A. P. V., representado por la Procuradora de los Tribunales doña Susana Hernández del Muro y asistido por el Abogado don Manuel Ródenas Pérez, contra la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo de 19 de mayo de 2005 (PROV 2005, 162897), que desestimó el recurso de apelación núm. 41-2005 interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lugo de 18 de octubre de 2004, recaída en procedimiento de modificación de medidas definitivas en materia de separación matrimonial núm. 354-2004, por la que se acordó modificar el régimen de visitas del recurrente a su hijo menor de edad. Ha comparecido doña P. Q. F., representada por el Procurador de los Tribunales don Francisco de Paula Martín Fernández y asistida por el Abogado don José Ramón Veiga Lamelas. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Manuel Aragón Reyes, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1

Mediante escrito registrado en este Tribunal el 20 de junio de 2005 la Procuradora de los Tribunales doña Susana Hernández del Muro, en nombre y representación de don A. P. V., anunció la intención de promover recurso de amparo contra la Sentencia de apelación citada en el encabezamiento. Por providencia de la Sección Primera de este Tribunal de 5 de julio de 2005 se tuvo por recibido dicho escrito al tiempo que se requirió a la parte por plazo de diez días para que formalizase la demanda de amparo con los requisitos previstos en el art. 49 LOTIC (RCL 1979, 2383) y con asistencia de Abogado, lo que fue cumplimentado mediante escrito registrado en este Tribunal el 22 de julio de 2005 por la misma Procuradora y bajo la dirección del Abogado don Manuel Ródenas Pérez.

2

Los hechos con relevancia para la resolución del presente recurso de amparo son los siguientes:

a) Por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lugo de 2 de abril de 2002, en estimación de la demanda presentada por la representación de doña P. Q. F., se decretó la separación legal del matrimonio formado por aquélla y el recurrente en amparo, aprobándose judicialmente el convenio regulador de 27 de febrero de 2002 pactado entre los cónyuges y a tenor del cual, en lo que aquí importa, además de concederse la patria potestad del hijo común, menor de edad, a ambos

cónyuges y la custodia a la madre, se establecía en cuanto al régimen de visitas lo que sigue: «El padre podrá tener en su compañía al hijo fines de semana alternativos, desde las 10 horas del sábado, en que lo irá a recoger a su domicilio materno, hasta las 20 horas del domingo, en que lo dejará en dicho domicilio». Se fijaron asimismo las reglas para la custodia del hijo menor durante las vacaciones de navidad, semana santa y verano, dividiendo cada período en dos y asignando a cada progenitor la mitad correspondiente, con carácter rotatorio según los años pares e impares.

b) El 24 de mayo de 2004 la representación de doña P. Q. F. presentó ante el mismo Juzgado demanda de modificación de medidas definitivas, interesando la privación de la patria potestad al padre y la inmediata y total suspensión del régimen de visitas y comunicación del padre respecto al hijo común, aduciéndose como fundamento para ello, en primer lugar, cierto desinterés del padre sobre el niño, además de no abonar la pensión alimenticia salvo en contadas ocasiones; y, en segundo lugar, el hecho de que desde hacía unos meses el padre se estaba sometiendo a un tratamiento para cambio de sexo y que se maquillaba y se vestía habitualmente como una mujer.

c) En la vista oral del procedimiento de modificación de medidas la madre se ratificó en su solicitud, a la que se opuso el recurrente en amparo, que prestó declaración manifestando que sus relaciones tanto con su hijo como con su esposa fueron normales hasta que a principios de 2004 empezó el tratamiento hormonal y comunicó su condición de transexual, momento en que su esposa le impidió ver al niño; añadiendo que su intención es continuar con el tratamiento hormonal y completar el cambio de sexo mediante intervención quirúrgica.

Se practicaron además en el procedimiento otros medios de prueba, entre ellos la exploración directa del menor —entonces de seis años— por la Juzgadora, manifestando el menor que le gusta estar con su padre, aunque preferiría que no se maquillase. Asimismo se emitió por la psicóloga designada judicialmente al efecto, tras mantener diversas entrevistas con los padres y el menor, informe pericial (refiriéndose al recurrente como «la Sra. P.»), íntegramente ratificado ante la Juez y las partes, en el que se concluye que, siendo reciente el inicio del tratamiento para cambio de sexo del padre, la permanencia continuada del menor con éste sin presencia de la madre puede constituir «una situación de riesgo para la salud emocional del menor, por la inestabilidad emocional demostrada de la Sra. P. y por la edad y etapa evolutiva del niño», por lo que «en este momento no se considera idóneo que la Sra. P. realice un régimen de visitas amplio con el menor, debido a su inestabilidad emocional y no por la transexualidad en sí misma»; aconsejando en consecuencia la perito «un régimen de visitas paulatino y según criterio de los profesionales del Punto de Encuentro», al menos hasta «hasta que la Sra. P. se opere y se encuentre en plenas facultades físicas y psicológicas, y con la disponibilidad y estabilidad que el menor requiere».

d) El procedimiento de modificación de medidas fue resuelto por Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lugo de 18 de octubre de 2004. La Sentencia desestima, en primer lugar, la pretensión de privación de la patria potestad del padre, al entender que no consta acreditado que éste haya desatendido de forma grave a su hijo. En cuanto a la pretensión referida a la suspensión del régimen de visitas, el Juzgado acuerda estimarla en parte, en el sentido de revocar el régimen establecido en la Sentencia de separación, sustituyéndolo por el propuesto por la psicóloga autora del informe pericial obrante en autos, lo que significa, conforme se concreta en el fallo, que: «El padre podrá tener en su compañía al hijo menor D. los sábados alternos de cada mes desde las 17:00 horas a las 20:00, visitas que se desarrollarán en el Punto de Encuentro de la ciudad de Lugo, controladas por profesionales y con la presencia de ambos progenitores hasta que los profesionales lo crean oportuno. Por el Punto de Encuentro se remitirán informes bimensuales al Juzgado a fin de realizar un seguimiento del desarrollo de las visitas».

El Juzgado fundamenta su decisión sobre el régimen de visitas en la inestabilidad emocional del recurrente a la que se refiere el informe pericial psicológico, provocada por el proceso de cambio de sexo, y su proyección sobre la evolución educativa y emocional del menor. En todo caso, sostiene el Juzgado que la restricción del régimen de visitas no conlleva una discriminación del padre por el hecho de ser transexual, sino que de lo que se trata es de buscar la solución más adecuada para el interés del menor a fin de que progresivamente se adapte a la nueva situación de manera adecuada.

e) Contra la anterior Sentencia el demandante de amparo interpuso recurso de apelación en lo tocante a la modificación del régimen de visitas, alegando vulneración del principio de prohibición de discriminación por razón de sexo, pues entiende que la restricción del régimen de visitas inicialmente acordado viene determinada en realidad por su transexualidad, aunque formalmente la Sentencia lo niegue, amparando su decisión en la inestabilidad emocional del recurrente, pero sin que en ningún momento se constate la existencia de un riesgo o peligro para el menor que justifique la restricción del régimen de visitas inicialmente acordado.

f) En el recurso de apelación se celebró vista, en la que prestó declaración el psicólogo que viene tratando al recurrente desde 2004 de un trastorno de identidad sexual y que ratificó su informe en el que manifiesta que no se objetiva ningún trastorno mental y que el recurrente es emocionalmente estable. El recurso de apelación fue desestimado por Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo de 19 de mayo de 2005 (PROV 2005, 162897) . Invocando el principio de favor filii , la Sentencia de apelación confirma íntegramente la modificación del régimen de visitas acordado por la Sentencia de instancia, por entender que el cambio de identidad sexual del padre biológico del menor debe ser asumido progresivamente por éste, lo que aconseja

mantener el sistema controlado de visitas en el Punto de Encuentro con informes bimensuales de los profesionales intervinientes, tal como se recomendaba en el informe pericial psicológico emitido en primera instancia, concluyendo la Sentencia de apelación que «un sistema normal de visitas supondría un riesgo para la salud emocional del menor, que progresivamente se habituara —como de facto ya lo está haciendo, pues la relación afectiva es buena— a la decisión del cambio de sexo adoptada por su progenitor, debiendo en consecuencia confirmarse la Sentencia apelada por sus propios y acertados fundamentos».

g) Consta en las actuaciones remitidas que, con posterioridad a la interposición del presente recurso de amparo, el recurrente solicitó la ampliación del régimen de visitas que le había sido impuesto, a lo que accedió el Juzgado por providencia de 1 de febrero de 2006, en los términos sugeridos por los responsables del punto de encuentro de Lugo (seguirse llevando a cabo las visitas en el punto de encuentro, en domingos alternos, de 12:00 a 19:00 horas), y previa conformidad de la madre y el Ministerio Fiscal. Más tarde, el punto de encuentro informó al Juzgado el 9 de noviembre de 2006 que las visitas controladas en el punto de encuentro se habían ampliado a sábados y domingos alternos, de 11:30 horas a 20:00 horas y de 11:30 horas a 19:00 horas, sin que conste resolución judicial al respecto. Con fecha 7 de marzo de 2007 se acuerda el archivo provisional de las actuaciones.

3

El recurrente dirige su demanda de amparo contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo que desestimó su recurso de apelación contra la dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lugo que acordó modificar el régimen de visitas inicialmente establecido, quedando éste reducido a un encuentro con su hijo menor los sábados alternos de cada mes, desde las 17:00 horas a las 20:00 horas, en el punto de encuentro de Lugo, controlado por profesionales y con la presencia de ambos progenitores. El recurrente considera que ha sido realmente su condición de transexual femenino la que ha determinado los términos restrictivos del nuevo régimen de visitas, lo que supone la vulneración de su derecho a la no discriminación por razón de la orientación sexual, reconocido en el art. 14 CE (RCL 1978, 2836).

4

Por providencia de la Sección Primera de este Tribunal de 30 de enero de 2008, se acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo y, en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC (RCL 1979, 2383), requerir a la Audiencia Provincial de Lugo y al Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lugo para que en el plazo de diez días remitieran, respectivamente, testimonio de las actuaciones correspondientes al rollo de apelación núm. 41-2005 y al procedimiento de

modificación de medidas núm. 354-2004, interesando asimismo el emplazamiento de quienes fueron parte en el mencionado procedimiento, con excepción del recurrente en amparo, para que en el plazo de diez días pudieran comparecer en este proceso constitucional, con traslado, a dichos efectos, de copia de la demanda de amparo presentada.

5

Mediante diligencia de ordenación de la Secretaría de Justicia de la Sala Primera de 23 de abril de 2008 se tuvieron por recibidos los testimonios de actuaciones remitidos por la Audiencia Provincial de Lugo y el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lugo, y por personado y parte al Procurador de los Tribunales don Francisco de Paula Martín Fernández, en nombre y representación de doña P. Q. F. Asimismo se dio vista de las actuaciones recibidas por plazo común de veinte días al Ministerio Fiscal y a los Procuradores del recurrente en amparo y de doña P. Q. F. para que, conforme al art. 52.1 LOTC (RCL 1979, 2383), dentro de dicho período presentaran las alegaciones procedentes.

6

El demandante de amparo presentó sus alegaciones mediante escrito registrado el 20 de mayo de 2008, en el sentido de ratificarse íntegramente en las alegaciones expuestas en la demanda de amparo.

7

El Procurador de los Tribunales don Francisco de Paula Martín Fernández, en nombre y representación de doña P. Q. F., por medio de escrito registrado el 23 de mayo de 2008 se opuso a la demanda de amparo. Niega que nos encontremos ante un caso de discriminación por razón de la transexualidad del recurrente en amparo, pues se trata de una modificación del régimen de visitas en interés del menor, que se acuerda en un contexto en el que deberá producirse una adaptación progresiva a la nueva situación, según lo que vayan informando los profesionales del punto de encuentro. El hecho de que tras iniciarse el nuevo régimen de visitas haya habido una ampliación de éste y que los encuentros en este tiempo se hayan llevado a cabo con normalidad, como señalan los informes realizados periódicamente por los profesionales del punto de encuentro, demuestra que el nuevo régimen instaurado se ha demostrado como verdaderamente eficaz y beneficioso para el menor.

8

El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones el 8 de julio de 2008, interesando el otorgamiento del amparo. Precisa, en primer lugar, que las resoluciones concernidas por el recurso

de amparo lo son tanto la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia acordando el cambio del régimen de visitas, como la de la Audiencia Provincial que confirmó aquélla en apelación, respecto de las cuales se denuncia la vulneración del derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón de sexo (art. 14 CE [RCL 1978, 2836]). Tras extractar lo más significativo de ambas resoluciones judiciales, y citar la doctrina de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 21 de diciembre de 1999 (TEDH 1999, 72), caso Salgueiro Da Silva Mouta c. Portugal , invocada por el recurrente en su demanda de amparo, el Ministerio Fiscal centra el debate en los términos siguientes: de un lado, entiende que es indudable, como se deduce de la demanda de modificación de medidas, que la razón de los cambios solicitados (tanto de la solicitud de privación de la patria potestad como de la suspensión del régimen de visitas) «no es otro sino el proceso de transexualidad que inició el Sr. P.», por entender su cónyuge la Sra. Q. que ese proceso «supone una influencia de carácter negativo en las relaciones que mantenga con su hijo menor». De modo que no puede negarse, concluye el Fiscal, que las decisiones judiciales se han adoptado en ese contexto, como tampoco puede negarse que la modificación acordada del régimen de visitas supone un perjuicio para el padre, al pasar de un régimen normal de visitas a otro en el que las mismas son supervisadas en un punto de encuentro.

Siendo ello así, sostiene el Fiscal que la decisión de restringir el régimen de visitas exige una justificación razonable y objetiva, que no se halle «reorientada sin más por esa nueva condición sexual» del padre. Justificación que en este caso no se ofrece, pese a que las dos Sentencias recurridas en amparo nieguen que la modificación del régimen de visitas se deba a la transexualidad del recurrente. A tal efecto y partiendo del hecho de que ambas Sentencias se apoyan para su decisión en el informe pericial psicológico practicado en las actuaciones, entiende el Fiscal que aquel dictamen no proporciona la justificación razonable y objetiva que sería deseable, desligada de la nueva orientación sexual del padre, pues la referencia a la inestabilidad emocional de éste no se relaciona causalmente con el menor y tampoco se argumenta de qué manera ello está provocando algún tipo de alteración o confusión de alcance bastante en el menor para justificar una severa restricción del régimen de visitas.

En suma, concluye el Fiscal, tanto la Sentencia de instancia como la de apelación fracasan a la hora de establecer un nexo racional, objetivo y lógico entre el estado emocional del padre y su incidencia en el menor de manera que pueda fundamentar el drástico cambio en el régimen de visitas acordado inicialmente, lo que determina que deba entenderse infringida la prohibición constitucional de no discriminación (art. 14 CE [RCL 1978, 2836]), pues es la nueva condición de transexual del padre la que ha motivado de facto esa decisión del cambio del régimen de visitas; por

lo que, además de declararse la lesión del derecho fundamental infringido y decretar la nulidad de las Sentencias recurridas, interesa el Fiscal que se restablezca al recurrente en su derecho, acordando el mantenimiento del anterior régimen de visitas.

9

Por providencia de fecha de 18 de diciembre de 2008 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 22 del mismo mes y año.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1

La presente demanda de amparo se dirige formalmente, tanto en el encabezamiento como en el suplico, contra la Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Lugo de 19 de mayo de 2005 (PROV 2005, 162897), que desestimó el recurso de apelación interpuesto por el recurrente en amparo contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lugo de 18 de octubre de 2004, recaída en procedimiento de modificación de medidas matrimoniales instado por la esposa del recurrente. Sin embargo, la vulneración del art. 14 CE (RCL 1978, 2836) que se denuncia en la demanda de amparo sería imputable en su origen a la Sentencia de instancia, luego confirmada en apelación, de modo que resulta obligado entender, pese a la imprecisa determinación del objeto del recurso, que la demanda de amparo se dirige contra ambas Sentencias, de acuerdo con una reiterada doctrina constitucional, según la cual, cuando se impugna en amparo una resolución judicial confirmatoria de otras, que han sido lógica y cronológicamente presupuesto de aquélla, debe considerarse que la impugnación se extiende a las precedentes resoluciones judiciales confirmadas (entre otras muchas, SSTC 182/1990, de 3 de diciembre [RTC 1990, 182], F. 2; 97/1999, de 31 de mayo [RTC 1999, 97], F. 2; 209/2001, de 22 de octubre [RTC 2001, 209], F. 1; 40/2002, de 14 de febrero [RTC 2002, 40], F. 1; 239/2005, de 26 de septiembre [RTC 2005, 239], F. 1; 139/2007, de 4 de junio [RTC 2007, 139], F. 1; 231/2007, de 5 de noviembre [RTC 2007, 231], F. 1; y 58/2008, de 28 de abril [RTC 2008, 58], F. 1).

2

Como ha quedado expuesto en el relato de antecedentes, el recurrente en amparo venía disfrutando desde el 2 de abril de 2002, fecha en que se dictó la Sentencia de separación de la pareja, de un régimen de visitas a su hijo según el convenio regulador aprobado judicialmente, conforme al cual se fijaba la entrega del menor al padre los fines de semana alternos, desde las 10:00 horas del sábado hasta las 20:00 horas del domingo, estableciéndose asimismo las reglas para

la custodia del menor durante las vacaciones de navidad, semana santa y verano, dividiendo cada período en dos y asignando a cada progenitor la mitad correspondiente, con carácter rotatorio según los años pares e impares. Este régimen de visitas y custodia vino a sustituirse a partir de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Lugo de 18 de octubre de 2004, confirmada íntegramente en apelación por la dictada el 19 de mayo de 2005 por la Audiencia Provincial de Lugo, por una comunicación del padre y el hijo (entonces de 6 años de edad) de tres horas de duración —de 17:00 a 20:00 horas— cada quince días (sábados alternos), en la sede del punto de encuentro de Lugo y con la presencia constante de un profesional del centro y de la madre del menor, quedando abierta la posibilidad de ampliarse este régimen en el futuro, a expensas de los informes bimensuales que fuesen rindiendo al Juzgado los psicólogos del punto de encuentro. No prevé ninguna de las Sentencias impugnadas el retorno al sistema original de custodia del menor, al menos mientras el recurrente no complete su proceso de reasignación de sexo mediante la correspondiente intervención quirúrgica, algo de lo que, hasta la fecha, no existe constancia en autos.

Por otra parte, conforme a los datos obrantes en las actuaciones y como ha quedado expuesto en el relato de antecedentes de la presente Sentencia, tras la interposición de la demanda de amparo y en virtud del aludido sistema de informes bimensuales al Juzgado, se ha ampliado el horario de visitas acordado en las Sentencias impugnadas, si bien se mantiene el sistema de entrevistas controladas en el punto de encuentro, así como la exclusión de la entrega del menor a su padre los fines de semana alternativos y durante los períodos correspondientes de vacaciones. Es decir, en lo sustancial se sigue aplicando el régimen de visitas acordado en las Sentencias impugnadas en amparo, que supone una evidente limitación para los derechos del recurrente en comparación con el acordado inicialmente en la Sentencia de separación que aprobó el convenio regulador, por lo que no puede hablarse de una pérdida de objeto, ni siquiera parcial, del presente recurso de amparo.

3

El recurrente, como se ha dejado indicado, entiende que los argumentos en que se sustenta la decisión judicial, estimando en parte la pretensión de la madre, enmascaran una discriminación por razón de la orientación sexual, proscrita por el art. 14 CE (RCL 1978, 2836), al haberse resuelto la restricción del régimen de visitas a su hijo por las reservas que suscita a los órganos judiciales su condición de transexual, prejuicio sin el cual dicha restricción no habría sido acordada, según sostiene. El Ministerio Fiscal coincide con el recurrente en esta apreciación.

Importa precisar que el recurrente se define a sí mismo como transexual, constando por otra parte en las actuaciones del procedimiento que desde el año 2004 viene sometándose a un tratamiento

hormonal para la reasignación de sexo (de varón a mujer) y que se maquilla y se viste habitualmente como una mujer. No consta, sin embargo, que el recurrente haya finalizado ese tratamiento, ni que se haya sometido a una intervención quirúrgica entendida como última fase del procedimiento médico de transformación. Tampoco consta que haya formalizado ante el Registro Civil el cambio de sexo (sí que inscribió, con fecha 8 de septiembre de 2004, un cambio de nombre, dejando de llamarse Alejandro para en lo sucesivo llamarse A). Sin perjuicio de ello, debe recordarse que en la actualidad nuestro ordenamiento jurídico reconoce la condición de transexual de una persona sin exigir la superación de todas las fases necesarias para el cambio de sexo y, en concreto, el haberse sometido a una intervención quirúrgica de reasignación sexual. En efecto, la Ley 3/2007, de 15 de marzo (RCL 2007, 524) , reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, posibilita a la persona transexual corregir la inicial asignación registral de un sexo que no se corresponde con su identidad de género, así como el cambio de nombre en consonancia con este último, bastando para ello con que acredite, mediante informe de médico o psicólogo clínico, que le ha sido diagnosticada disforia de género, y que ha sido tratada médicamente durante al menos dos años para acomodar sus características físicas a las correspondientes del sexo reclamado (art. 4.1 de la Ley 3/2007), lo que dará derecho a poder solicitar la rectificación de la mención registral del sexo, que tendrá efectos constitutivos (art. 5 de la Ley 3/2007), incluso con carácter retroactivo, según ha señalado la Sentencia del Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2007 (RJ 2007, 4968) .

En suma, no puede ponerse en duda —como tampoco lo hacen, por otra parte, las Sentencias impugnadas— que el recurrente ha de ser considerado como transexual, atendiendo para ello al significado común que este término ha adquirido en nuestra sociedad actual, esto es, la persona que perteneciendo a un sexo por su configuración cromosómica y morfológica, se siente y actúa como miembro del otro sexo, en este caso el femenino. Partiendo de este presupuesto hemos de examinar si, como sostienen el Ministerio Fiscal y el recurrente, ha sido en realidad la condición de transexual femenino de éste la que ha determinado los términos restrictivos del nuevo régimen de visitas acordado por las Sentencias impugnadas en amparo, pues de ser así las resoluciones judiciales habrían incurrido en la vulneración que se denuncia del derecho fundamental del recurrente a no sufrir discriminación por razón de su orientación sexual (art. 14 CE).

4

La jurisprudencia de este Tribunal viene distinguiendo entre la cláusula general de igualdad del primer inciso del art. 14 CE (RCL 1978, 2836) , por la que se confiere un derecho subjetivo a todos los ciudadanos a obtener un trato igualitario de los poderes públicos, siempre que concurran

supuestos idénticos y no existan razones que objetivamente justifiquen la diferenciación, y la segunda vertiente del mismo derecho fundamental, que es de la que aquí hemos de ocuparnos, contenida en el inciso segundo del mismo art. 14 CE y que prohíbe la práctica de comportamientos discriminatorios basados en alguno de los factores que allí se mencionan a modo de listado enunciativo y no cerrado (STC 75/1983, de 3 de agosto [RTC 1983, 75], F. 6).

Con ese listado, la Constitución pretende una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio [RTC 1987, 128], F. 5; 19/1989, de 31 de enero [RTC 1989, 19], F. 4; 145/1991, de 1 de julio [RTC 1991, 145], F. 2; 39/2002, de 14 de febrero [RTC 2002, 39], F. 4; 161/2004, de 4 de octubre [RTC 2004, 161], F. 3; 175/2005, de 4 de julio [RTC 2005, 175], F. 3; 214/2006, de 3 de julio [RTC 2006, 214], F. 2; 342/2006, de 11 de diciembre [RTC 2006, 342], F. 3; 3/2007, de 15 de enero [RTC 2007, 3], F. 2; 233/2007, de 5 de noviembre [RTC 2007, 233], F. 5; y 62/2008, de 26 de mayo [RTC 2008, 62], F. 5, por todas).

Desde esa perspectiva, no existe ningún motivo que lleve a excluir de la cobertura del principio de no discriminación contenido en el inciso segundo del art. 14 CE a una queja relativa a la negación o recorte indebido de derechos —en este caso familiares— a quien se define como transexual y alega haber sido discriminado, precisamente, a causa de dicha condición y del rechazo e incompreensión que produce en terceros su disforia de género. En relación con lo anterior, es de destacar que la condición de transexual, si bien no aparece expresamente mencionada en el art. 14 CE como uno de los concretos supuestos en que queda prohibido un trato discriminatorio, es indudablemente una circunstancia incluida en la cláusula «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» a la que debe ser referida la interdicción de la discriminación. Conclusión a la que se llega a partir, por un lado, de la constatación de que la transexualidad comparte con el resto de los supuestos mencionados en el art. 14 CE el hecho de ser una diferencia históricamente arraigada y que ha situado a los transexuales, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, en posiciones desventajosas y contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE, por los profundos prejuicios arraigados normativa y socialmente contra estas personas; y, por otro, del examen de la normativa que, ex art. 10.2 CE, debe servir de fuente interpretativa del art. 14 CE.

En efecto, en cuanto a lo primero, es notoria la posición de desventaja social y, en esencia, de desigualdad y marginación sustancial que históricamente han sufrido los transexuales. En cuanto a

lo segundo, puede citarse a modo de ejemplo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al analizar el alcance del art. 14 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (RCL 1999, 1190, 1572) (CEDH), ha destacado que la orientación sexual es una noción que se contempla, sin duda, en dicho artículo, señalando que la lista que contiene el precepto tiene un carácter indicativo y no limitativo (STEDH de 21 de diciembre de 1999 [TEDH 1999, 72], caso Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal , § 28); insistiéndose expresamente en que en la medida en que la orientación sexual es un concepto amparado por el art. 14 CEDH, como las diferencias basadas en el sexo, las diferencias de trato basadas en la orientación sexual exigen razones especialmente importantes para ser justificadas (entre otras, SSTEDH de 9 de enero de 2003, casos L. y V. contra Austria [TEDH 2003, 2], § 48, y, SL contra Austria [PROV 2003, 14875], § 37, o 24 de julio de 2003 [TEDH 2003, 50], caso Karner contra Austria , § 37, a las que se han remitido numerosas Sentencias posteriores como son las SSTEDH de 10 de febrero de 2004 [TEDH 2004, 9], caso B.B. contra Reino Unido ; 21 de octubre de 2004, caso Woditschka y Wilfing contra Austria ; 3 de febrero de 2005 [TEDH 2005, 12], caso Ladner contra Austria ; 26 de mayo de 2005 [TEDH 2005, 57], caso Wolfmeyer contra Austria ; 2 de junio de 2005 [PROV 2005, 137339], caso H.G. y G.B. contra Austria ; o 22 de enero de 2008 [TEDH 2008, 4], caso E.B. contra Francia , § 91).

Del mismo modo, y en relación con el art. 26 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (RCL 1977, 893) , en que se establece también la cláusula de igualdad de trato e interdicción de la discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha destacado que la prohibición contra la discriminación por motivos de sexo (art. 26) comprende la discriminación basada en la orientación sexual (señaladamente, Dictamen de 4 de abril de 1994, comunicación núm. 488-1992, caso Toonen contra Australia , § 8.7, y Dictamen de 18 de septiembre de 2003, comunicación núm. 941-2000, caso Young contra Australia , § 10.4).

Asimismo es pertinente la cita del art. 13 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (RCL 1999, 1205 ter) (futuro art. 19 del nuevo Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, conforme al Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, cuya ratificación por España se autoriza por la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio [RCL 2008, 1437]), que se refiere a la orientación sexual como una de las causas de discriminación, cuando señala que «Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Tratado y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Comunidad por el mismo, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa

consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual ».

Finalmente, el art. 21.1 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2000, 3480) , aprobada en Niza el 7 de diciembre de 2000 y modificada en Estrasburgo el 12 de diciembre de 2007 (LCEur 2007, 2329) , contempla de manera explícita la «orientación sexual» como una de las razones en que queda prohibido ejercer cualquier tipo de discriminación.

5

Como ya se ha expuesto en los antecedentes, nos enfrentamos a un caso de restricción del régimen de visitas del padre a su hijo menor, como consecuencia de la demanda de modificación de medidas definitivas instada por la madre, fundada en la transexualidad del padre y en el pretendido desinterés de éste respecto del niño. De este modo, del régimen de visitas inicial, pactado entre los cónyuges y aprobado judicialmente, conforme al cual el recurrente podía tener en su compañía al hijo los fines de semana alternativos, desde las 10:00 horas del sábado hasta las 20:00 horas del domingo (más la mitad de los períodos vacacionales en igual proporción de disfrute estos últimos que su cónyuge), se pasa, en virtud de las Sentencias impugnadas, a un régimen de comunicación controlada del recurrente con su hijo limitado a los sábados alternos de cada mes desde las 17:00 a las 20:00 horas, bajo la supervisión directa de los profesionales del punto de encuentro y de la propia madre, impidiendo al recurrente permanecer a solas con el menor y quedando intervenido y fiscalizado, en definitiva, todo el proceso de relación personal entre padre e hijo.

Debe tenerse presente que la comunicación y visitas del progenitor que no ostenta la guarda y custodia permanente del hijo menor de edad se configura por el art. 94 del Código Civil (LEG 1889, 27) como un derecho del que aquél podrá gozar en los términos que se señalen judicialmente pero sin que pueda sufrir limitación o suspensión salvo «graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial». Se trata, en realidad, de un derecho tanto del progenitor como del hijo, al ser manifestación del vínculo filial que une a ambos y contribuir al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos.

En este sentido, los instrumentos jurídicos internacionales sobre protección de menores, integrados en nuestro ordenamiento ex art. 10.2 CE (RCL 1978, 2836) y por expresa remisión de la propia Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero (RCL 1996, 145) , sobre protección jurídica del menor (art. 3), contemplan el reconocimiento del derecho a la comunicación del progenitor con el hijo como un derecho básico de este último, salvo que en razón a su propio interés tuviera que acordarse otra cosa: así el art. 9.3 de la Convención sobre los derechos del niño (RCL 1990, 2712) , adoptada

por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y en vigor desde el 2 de septiembre de 1990 («Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño»); así también el art. 14 de la Carta europea de los derechos del niño aprobada por el Parlamento Europeo en Resolución de 18 de julio de 1992 («En caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, el niño tiene derecho a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno de ellos viviese en otro país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguardia de los intereses del niño»); igualmente cabe citar el art. 24.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea (LCEur 2000, 3480) («Todo niño tiene derecho a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses»).

6

En coherencia con lo que acaba de indicarse, constituye doctrina consolidada de este Tribunal, con fundamento en las citadas normas internas e internacionales dictadas para la protección de los menores de edad, que en materia de relaciones paternofiliales (entre las que se encuentra lo relativo al régimen de guarda y custodia de los menores por sus progenitores, como es el caso que nos ocupa) el criterio que ha de presidir la decisión que en cada caso corresponda adoptar al Juez, a la vista de las circunstancias concretas, debe ser necesariamente el del interés prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, que aun siendo de menor rango, no por ello resulta desdeñable (SSTC 141/2000, de 29 de mayo [RTC 2000, 141] , F. 5; 124/2002, de 20 de mayo [RTC 2002, 124] , F. 4; 144/2003, de 14 de julio [RTC 2003, 144] , F. 2; 71/2004, de 19 de abril [RTC 2004, 71] , F. 8; 11/2008, de 21 de enero [RTC 2008, 11] , F. 7). En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, SSTEDH de 24 de marzo de 1988 [TEDH 1988, 2] , caso Olsson ; 28 de noviembre de 1988 [TEDH 1988, 24] , caso Nielsen ; de 25 de febrero de 1992 [TEDH 1992, 4] , caso Andersson ; de 23 de junio de 1993 [TEDH 1993, 27] , caso Hoffmann ; de 23 de septiembre de 1994 [TEDH 1994, 35] , caso Hokkanen ; de 24 de febrero de 1995 [TEDH 1995, 9] , caso McMichael ; de 9 de junio de 1998 [TEDH 1998, 27] , caso Bronda ; de 16 de noviembre de 1999 [TEDH 1999, 57] , caso E.P. contra Italia ; y de 21 de diciembre de 1999, caso X contra Portugal).

El interés superior del niño opera, precisamente, como contrapeso de los derechos de cada progenitor y obliga a la autoridad judicial a ponderar tanto la necesidad como la proporcionalidad

de la medida reguladora de la guarda y custodia del menor. Cuando el ejercicio de alguno de los derechos inherentes a los progenitores afecta al desenvolvimiento de sus relaciones filiales, y puede repercutir de un modo negativo en el desarrollo de la personalidad del hijo menor, el interés de los progenitores deberá ceder frente al interés de éste. En estos casos nos encontramos ante un juicio de ponderación que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada.

Por otra parte, cuando lo que está en juego es la integridad psíquica del menor no deviene necesario que se acredite consumada la lesión para poder limitar los derechos del progenitor, sino que basta con la existencia de «un riesgo relevante de que la lesión puede llegar a producirse» (STC 221/2002, de 25 de noviembre [RTC 2002, 221], F. 4; en el mismo sentido STC 71/2004, de 19 de abril [RTC 2004, 71], F. 8). Es decir, un riesgo consistente en la alteración efectiva de la personalidad del hijo menor, merced a un comportamiento socialmente indebido de su progenitor, bien sea por la negatividad de los valores sociales o afectivos que éste le transmite durante el tiempo en que se comunican, bien por sufrir el menor de manera directa los efectos de actos violentos, inhumanos o degradantes a su dignidad ocasionados por el padre o la madre, o que de manera persistente alteran o perturban su psique. Sea cuales fueren los motivos de esa perturbación, incluso si se debieran a circunstancias incontrolables para el progenitor causante (depresiones o problemas mentales de diversa índole), resulta inequívoco y absoluto que el hijo menor no está en modo alguno obligado a sufrirlos, y sí la autoridad competente a arbitrar los instrumentos para evitarlo, incluso con restricción o suspensión de ese derecho de comunicación filial, según la gravedad de los hechos.

7

Ahora bien, es claro que lo que en modo alguno resulta constitucionalmente admisible es presumir la existencia de un riesgo de alteración efectiva de la personalidad del menor por el mero hecho de la orientación sexual de uno u otro de sus progenitores. Ello implica que la adopción de una decisión judicial consistente en suprimir, suspender o limitar el derecho de comunicación de los padres con sus hijos menores con fundamento, de forma principal o exclusiva, en la transexualidad del padre o de la madre, deba calificarse como una medida discriminatoria proscrita por el art. 14 CE (RCL 1978, 2836).

Así lo ha venido entendiendo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al analizar el alcance del art. 14 CEDH (RCL 1999, 1190, 1572), que sanciona el principio de no discriminación, «especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen

nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación», cláusula abierta que incluye, como antes se dijo, la orientación sexual, así como el art. 8 CEDH, que reconoce el derecho al respeto de la vida privada y familiar (garantizado entre nosotros por el art. 18.1 CE).

En tal sentido valga recordar que en la STEDH de 25 de marzo de 1992 (TEDH 1992, 43), caso B. contra Francia, § 48, el Tribunal Europeo ya afirmó en relación con el transexualismo que «considera innegable que las mentalidades han evolucionado, que la ciencia ha progresado y que se concede una importancia creciente al mismo», destacando además la complejidad de las relaciones jurídicas que se vinculan a aquél: «cuestiones de naturaleza anatómica, biológica, psicológica y moral», así como los ámbitos sobre los que se proyecta, incluyendo entre ellos el de la filiación. En el caso concreto, el Tribunal estimó infringido el art. 8 CEDH, al entender que la negativa de las autoridades a conceder a la demandante el cambio de nombre tras el tratamiento al que se sometió—incluyendo cirugía de reasignación de sexo— no estaba justificado y originó a la demandante diversos perjuicios graves de índole personal (§§ 55 a 63).

En suma, una decisión judicial o de otro poder público que suprima, suspenda o restrinja los derechos del progenitor en relación con sus hijos menores, cuya ratio decidendi descansa de manera decisiva, expresa o implícitamente, en la orientación sexual de dicho progenitor supone una diferenciación discriminatoria proscrita por el art. 14 CE, pues en ningún caso el mero dato de la orientación sexual o, más específicamente, de la disforia de género puede erigirse en justificación objetiva y razonable para dispensar un trato discriminatorio en perjuicio de ese progenitor en el marco de sus relaciones paternofiliales. Ello implica que resulte exigible que la resolución judicial (o, en su caso, administrativa) que en estos casos pueda acordar una supresión o limitación de derechos del progenitor transexual en relación con sus hijos menores, extreme, al formular su juicio de ponderación, y teniendo siempre presente el interés prevalente del menor, la justificación de la necesidad y proporcionalidad de las medidas restrictivas acordadas, de suerte que el escrutinio de la resolución permita descartar, sin sombra de duda alguna, que la orientación sexual o la disforia de género del progenitor haya sido el verdadero motivo de la decisión adoptada.

8

En el caso que nos ocupa se advierte, como ya quedó expuesto, que la Sentencia de instancia niega expresamente que la decisión adoptada se deba a una discriminación hacia el padre por la circunstancia de su transexualidad, al tiempo que afirma que se fundamenta en el interés prevalente del menor: «no se trata, en contra de lo que interpreta la demandada, de impedir que el padre se relacione con su hijo por el hecho de ser transexual, no se trata de discriminar por ese motivo, ni de

impedir que el padre ejerza como tal con sus derechos y deberes, de lo que se trata es de buscar la solución más adecuada para el menor velando siempre por su interés y procurando buscar la resolución más adecuada a sus intereses, es decir, la que mejor le permita adaptarse a las nuevas circunstancias familiares» (F. 3).

El razonamiento judicial que sigue a esta afirmación permite descartar, frente a lo que sostienen el recurrente y el Ministerio Fiscal, que el dato de la transexualidad del recurrente haya sido el verdadero motivo determinante de la decisión judicial de restringir drásticamente el régimen de visitas inicialmente establecido. Por el contrario, el órgano judicial justifica la necesidad de adoptar esta decisión en «la inestabilidad emocional [de don A. P. V.] que recoge la psicóloga en su informe pericial», informe en el que claramente se expresa que la situación de inestabilidad emocional que se aprecia en el recurrente con ocasión de la evaluación psicológica realizada a petición del Juzgado es por sí sola determinante de que por el momento no se considere idóneo que disfrute de un régimen de visitas amplio con el menor, «y no por la transexualidad en sí misma».

En suma, la Sentencia de instancia, haciendo suyas las valoraciones del informe elaborado por la psicóloga designada judicialmente (informe pericial ratificado en su integridad ante la Juez y las partes, que tuvieron oportunidad de recabar de la perito cuantas aclaraciones y precisiones estimaron oportunas), resuelve que es la inestabilidad emocional apreciada en el padre «el motivo por el que resulta aconsejable un régimen restrictivo de visitas, ya que su inestabilidad no debe de transmitirse al menor, que se siente confundido ante la nueva apariencia de su padre». Por lo que, «en definitiva, a fin de proteger el interés del menor, fundamental en este procedimiento, se considera conveniente establecer el régimen de visitas que propone la psicóloga a fin de que progresivamente se adapte y entienda la nueva situación de manera adecuada» (F. 3).

La Sentencia de apelación, por su parte, confirma íntegramente la de instancia, concluyendo, en la misma línea de razonamiento, que el interés prevalente del menor aconseja restringir el régimen de visitas del padre. La Audiencia Provincial de Lugo razona en su Sentencia que la prueba practicada en apelación a instancias del recurrente (informe del perito psicólogo que viene tratando al recurrente desde el año 2004 de su trastorno de identidad sexual) «no hace más que ratificar el acertado criterio de la Sentencia apelada», fundado en la prueba pericial psicológica practicada en instancia con plenas garantías de inmediación y contradicción, prueba de la que se infiere, sin lugar a dudas, que está plenamente justificada la modificación del régimen de visitas del padre acordado inicialmente, pues esa prueba pericial acredita que el mantenimiento de «un sistema normal de visitas supondría un riesgo para la salud emocional del menor» (F. 2). Por ello, «tal como se razona en la Sentencia apelada, debe establecerse un sistema controlado de visitas en el punto de

encuentro, hasta que los profesionales lo crean oportuno, emitiéndose informes bimensuales al Juzgado a fin de realizar un seguimiento del desarrollo de las mismas» (F. 1).

No es, en definitiva, la transexualidad del recurrente la causa de la restricción del régimen de visitas acordada en las Sentencias impugnadas, sino la situación de inestabilidad emocional por la que aquél atraviesa, según el dictamen pericial psicológico asumido por los órganos judiciales, y que supone la existencia de un riesgo relevante de alteración efectiva de la salud emocional y del desarrollo de la personalidad del menor, dada su edad (de seis años en el momento de producirse la exploración judicial) y la etapa evolutiva en la que se encuentra.

Ciertamente no basta con afirmar la existencia de una situación de trastorno emocional del progenitor para adoptar una medida tan restrictiva de los derechos paternofiliales de éste como la aquí considerada. Lo determinante, en todo caso, será la efectiva repercusión de ese trastorno en relación con el menor. Desde luego, un menor no tiene, ni moral ni jurídicamente, el deber de soportar un trato inadecuado y perturbador de sus padres por razón de los problemas personales que éstos padezcan, sean cuales fueren, incluyendo los derivados de una decisión libre de uno de los progenitores de someterse a un proceso de reasignación de sexo. De verificarse tal repercusión negativa para el desarrollo personal del niño habría que adoptar efectivamente las medidas necesarias para evitarla, pero sólo en ese caso.

Pues bien, en el presente supuesto tal repercusión negativa se ha justificado en las Sentencias impugnadas en amparo como «riesgo relevante» (SSTC 221/2002, de 25 de noviembre [RTC 2002, 221], F. 4; y 71/2004, de 19 de abril [RTC 2004, 71], F. 8) para el menor, lo que permite descartar, como ya hemos señalado, que la disforia de género del recurrente haya sido el verdadero motivo de la decisión de restringir el régimen de visitas de aquél. En efecto, los razonamientos de las Sentencias evidencian que, partiendo de una valoración motivada y razonable de las pruebas practicadas en el proceso, en especial de la pericial psicológica (valoración que no le corresponde a este Tribunal revisar, conforme a consolidada doctrina: SSTC 81/1998, de 2 de abril [RTC 1998, 81], F. 3; 220/2001, de 5 de noviembre [RTC 2001, 220], F. 3; 57/2002, de 11 de marzo [RTC 2002, 57], F. 2; 119/2003, de 16 de junio [RTC 2003, 119], F. 2; y 159/2004, de 4 de octubre [RTC 2004, 159], F. 9, por todas), los órganos judiciales han justificado la necesidad y proporcionalidad de la decisión de restringir el régimen de visitas del recurrente, al apreciar la existencia de un riesgo cierto (y mientras que éste subsista) de que, dado el trastorno emocional coyuntural que sufre en el presente caso el recurrente, según el resultado de la evaluación psicológica realizada a instancias del órgano judicial, pudieran llegar a producirse perjuicios para la integridad psíquica o el desarrollo de la personalidad del menor si se mantuviese el régimen de

visitas originario.

En suma, los razonamientos de las Sentencias impugnadas permiten llegar a la conclusión de que la decisión de restringir el régimen de visitas del recurrente acordado inicialmente ha sido adoptada por los órganos judiciales teniendo en cuenta el interés genuino y prevalente del menor, ponderándolo con el de sus progenitores, y sin que se advierta que tal decisión haya resultado influida, como pretenden el recurrente y el Ministerio Fiscal, por un supuesto prejuicio de los órganos judiciales ante el dato de la transexualidad del padre, lo que determina que debamos descartar que las Sentencias impugnadas hayan dispensado al recurrente un tratamiento jurídico desfavorable en el marco de sus relaciones paternofiliales proscrito por el art. 14 CE.

9

Correspondiendo a este Tribunal la adopción, en cuanto a la forma de sus resoluciones, de «las medidas que estime pertinentes para la protección de los derechos reconocidos en el art. 18.4 de la Constitución (RCL 1978, 2836)» (art. 86.3 LOTIC [RCL 1979, 2383]), la presente Sentencia no incluye la identificación completa del recurrente, ni la de su cónyuge separado legalmente, con el objeto de respetar la intimidad del hijo común de ambos, menor de edad, tal como ya ha señalado este Tribunal en anteriores ocasiones (SSTC 288/2000, de 27 de noviembre [RTC 2000, 288], F. 1; 94/2003, de 19 de mayo [RTC 2003, 94], F. 7; 30/2005, de 14 de febrero [RTC 2005, 30], F. 7; y 114/2006, de 5 de abril [RTC 2006, 114], F. 7).

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don A. P. V.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a veintidós de diciembre de dos mil ocho.—María Emilia Casas Baamonde.—Jorge Rodríguez-Zapata Pérez.—Manuel Aragón Reyes.—Pablo Pérez Tremps.—Firmado y rubricado.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACION Y A LA IGUALDAD ANTE LA LEY:

Personas discapacitadas: principio general de educación inclusiva: escolarización de menor, con determinado grado de autismo, en un centro de educación especial en lugar de incluirle en un centro ordinario con los apoyos necesarios para su integración: juicio de proporcionalidad: medida excepcional suficientemente motivada y ponderada atendiendo a las singulares necesidades educativas del alumno: decisión que no puede reputarse de irrazonable o discriminatoria: vulneración inexistente. VOTO PARTICULAR.

Jurisdicción:Constitucional

Recurso de Amparo 6868/2012

Ponente:Don Santiago Martínez-Vares García

Formulado por el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez al que se adhiere el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos.

Recurso de amparo contra la Sentencia de 26-10-2012, de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, que confirma la Sentencia de 09-03-2012, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 1 de Palencia, desestimatoria del recurso planteado frente a la Resolución de 13-10-2011, de la Comisión de Escolarización de la Dirección Provincial de Educación en Palencia de la Consejería de Junta de Castilla y León, por la que se acuerda que el hijo de los recurrentes continuara escolarizado en un colegio público de educación especial en lugar de en un centro ordinario. Vulneración de los derechos fundamentales a la educación y a la igualdad ante la ley: inexistencia: **denegación del amparo** .

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 6868/2012, promovido por don J. A. G. G. y doña A. O. P., en su propio nombre y en el de su hijo representados por la Procuradora de los Tribunales doña Myriam Álvarez del Valle Levesque y asistidos por el Letrado don Juan Rodríguez Zapatero, contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 26 de octubre de 2012, confirmatoria de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-

administrativo núm. Uno de Palencia de 9 de marzo de 2012, que desestimó el recurso planteado frente a la Resolución de 13 de octubre de 2011 de la Comisión de Escolarización de la Dirección Provincial de Educación en Palencia de la Consejería de Junta de Castilla y León que acordó que el hijo de los recurrentes siguiera escolarizado en un colegio público de educación especial. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; ha comparecido la Letrada de la Junta de Castilla y León. Ha sido Ponente el Magistrado don Santiago Martínez-Vares García, quien expresa el parecer de la Sala.

I. ANTECEDENTES

1.

Mediante escrito registrado en este Tribunal el 5 de diciembre de 2012, los demandantes interpusieron recurso de amparo contra las resoluciones citadas en el encabezamiento.

2.

Los Hechos relevantes para el examen de la pretensión de amparo son los siguientes:

a) El hijo de los recurrentes fue escolarizado en Primero de educación infantil, con 3 años de edad, en el Colegio “Tello Téllez” de Palencia, donde permaneció durante el curso 2006-2007 hasta el mes de octubre de 2006. Observadas dificultades de adaptación por su tutora, se realizó una evaluación del mismo el 9 de octubre de 2006 por el equipo de Orientación Educativa y Psicopedagógica de la Dirección Provincial de Educación, en la que se propone, tras apreciarse “un importante retraso madurativo”, que necesita “un centro ordinario que cuente con especialista en Pedagogía Terapéutica, Audición y Lenguaje así como un Ayudante Técnico Educativo”.

Seguidamente, en fecha 24 de octubre de 2006, sus padres envían una solicitud de traslado de su hijo al Presidente de la Comisión de Escolarización, por lo que la Inspección de Educación recaba la oportuna información entrevistando a los profesionales que tenían relación con el menor, concluyendo que las actuaciones desarrolladas por los mismos en relación con el alumno han sido “correctas” pudiéndose constatar “la inmediata intervención tan pronto se han evidenciado indicios de problema en el niño”. No obstante, la Inspección “informa favorablemente el cambio de centro” pues los padres del alumno manifiestan “una gran desconfianza hacia la tutora y demás profesionales”. En este informe, de 6 de noviembre de 2006, se adjunta un documento firmado por los padres en el que se consigna que “informados de la situación de su hijo y de las características en cuanto a recursos de apoyo de los centros solicitados, no tienen en cuenta la recomendación de la Inspectora (quien había sugerido a la vista del Informe de 9 de octubre de 2006 otro Centro para el

menor con profesores especialistas) y manifiestan su expreso deseo de que su hijo sea escolarizado en el Colegio “Divino Maestro”, a sabiendas de que dicho Centro no cuenta con los recursos de apoyo recomendados para su hijo”.

La Comisión de Escolarización, visto el anterior informe, acuerda por Resolución de 9 de noviembre de 2006 adjudicar al menor plaza en el Colegio “Divino Maestro”, donde permaneció durante Primero y Segundo de Infantil durante los cursos 2006-2007 y 2007-2008, consignándose en el expediente remitido a este Tribunal por la Dirección Provincial de Educación de Palencia que el mismo protagonizó durante este periodo “importantes ausencias”.

b) Para el curso 2008-2009 los recurrentes solicitan plaza para su hijo en el curso de Tercero infantil, reseñando le fueran asignados los colegios “Blas Sierra” (como primera opción) o “Jorge Manrique” (como segunda), consiguiendo su propósito en este segundo centro.

Iniciado el curso en septiembre de 2008, la tutora detecta dificultades de aprendizaje en el menor, por lo que se procede por parte del Equipo de Orientación Educativa y Psicopedagógica a realizar una evaluación del mismo, en cuyo informe de 8 de octubre de 2008 se consigna que el alumno padece un “trastorno grave del espectro autista”, una “discapacidad psíquica grave”, “un retraso grave del lenguaje” y “un “trastorno de déficit de atención con hiperactividad”. En el dictamen de escolarización se hace la siguiente propuesta: “El nivel de competencia curricular corresponde especialmente en el lenguaje oral con un nivel aproximado de 1 año de edad, es preciso realizar adaptaciones curriculares significativas en todas las áreas del currículo, tomando como referencia el currículo de la etapa 0-3 años requiere el alumno 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”. Esta documentación es puesta en conocimiento de los padres del menor por parte de la dirección del centro escolar.

Con fecha 24 de octubre de 2008 el inspector Jefe de la Dirección Provincial de Educación visita el centro escolar con el fin de contrastar la situación del menor con el profesorado que le atiende y observar su actitud en el aula. El día 27 de octubre la Asesora de Atención a la diversidad de la Dirección Provincial de Educación y el inspector del centro se entrevistan con los padres a fin de “escuchar su parecer y buscar la solución más adecuada a las necesidades educativas especiales que presenta su hijo”. El 4 de noviembre el inspector del centro y la Asesora Técnico Docente formulan propuesta de escolarización del menor en el centro de Educación Especial “Carrechiquilla” de Palencia. El 14 de noviembre el Inspector Jefe de la Dirección Provincial de Educación realiza una entrevista con sus padres para informarles de las actuaciones practicadas.

Con estos antecedentes, la Comisión de Escolarización de Palencia dicta una resolución, de 24 de

noviembre de 2008, por la que resuelve “escolarizar de oficio en el Centro de Educación Especial “Carrechiquilla” al alumno D.G.O. con efectividad inmediata a partir del día siguiente al de la notificación de la presente resolución a sus progenitores”.

En el fundamento de derecho cuarto de esta resolución se significa:

“Analizado el caso concreto del alumno escolarizado en el C.P. Jorge Manrique de Palencia, D.G.O, nacido el ..., y que, por tanto, en la actualidad cursa Educación Infantil, nivel 5 años, se constata que el mismo presenta necesidades educativas especiales.

En efecto, en octubre de 2006, el Equipo de Orientación Educativa y Psicológica de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León ya emitió informe señalando las necesidades educativas especiales del citado alumno, que en aquella fecha era alumno de nueva escolarización en el C.P.E.I.P. Tello Téllez de Palencia ...”.

Más tarde, en fecha 10 de octubre de 2008, el mismo Equipo de Orientación Educativa emite nuevo informe relativo al menor, esta vez escolarizado en el C.P.E.I.P. „Jorge Manrique“ y procedente del “Colegio Divino Maestro” (lo que evidencia un periplo de escolarizaciones numeroso en tan corto espacio de tiempo, voluntariamente instado por los progenitores del alumno), y en el que se informa de que el menor “requiere adaptaciones curriculares significativas que afectan a los objetivos y contenidos de la etapa”, por lo que, atendiendo al resultado de la evaluación psicopedagógica, extensamente documentada mediante informe de fecha 8 de octubre de 2008, y atendiendo a la conclusión de dicha evaluación, que expresamente señala la existencia de una “Discapacidad psíquica grave, T23”, un retraso generalizado en todas las áreas del currículum, especialmente en lenguaje oral (nivel aproximado de 1 año)”, aconseja, asimismo, a los progenitores que consulten a los facultativos del SACYL y la conveniencia de realizar pruebas diagnósticas a fin de descartar diversas patologías posibles, ..., por lo que proponen, en definitiva, la escolarización del menor en un Centro Específico de Educación Especial.

Por su parte, debe señalarse que se ha recabado a lo largo de todo el proceso la opinión de los padres ... con el resultado de que, con fecha 9 de octubre de 2008, se negaron a firmar la conformidad a la propuesta de escolarización, y con fecha 14 de noviembre de 2008 se mostraron poco receptivos a dicha propuesta formalmente expuesta en entrevista personal. Sin embargo, ..., la actuación de esta Administración, por imperativo legal, debe venir presidida por el supremo interés del propio menor y en este sentido, todos los informes obrantes en el expediente son coincidentes y no dejan margen de dudas respecto a las clarísimas necesidades educativas especiales del menor (adaptaciones curriculares en todas las áreas, metodología y organización en atención individualizada con un máximo de 4 alumnos por grupo y apoyos específicos de P.T, A.L y A.T.E),

así como respecto a los graves problemas de aprendizaje y comportamiento evidenciados en el aula, lo que, sin duda, a la vista de los medios y especialistas existentes en el Centro de Educación Especial Carrechiquilla, aconsejan, en beneficio exclusivo del menor, su escolarización en dicho centro”.

c) No obstante la escolarización acordada, los padres no llevaron al menor al centro designado durante el curso, remitiendo un escrito en septiembre de 2009 al Director Provincial de Educación en el que solicitan una revisión de la Resolución de Escolarización de 24.11.08. Esta solicitud es admitida por la Dirección Provincial, realizándose un nuevo informe psicopedagógico del menor de 6 de noviembre y propuesta de escolarización de 10 de noviembre de 2009. En el primero, después de analizar la historia del alumno, los aspectos relevantes en el proceso de aprendizaje y en el contexto familiar y social, así como “los trastornos generalizados del desarrollo” que padece, se sugiere que el menor cuente con apoyos educativos de especialistas en Audición y lenguaje, Pedagogía Terapéutica y una Ayudante Técnico Educativo. En la propuesta se vuelve a indicar la necesidad de “la escolarización en un centro de educación especial”. De dicha documentación se dio traslado a los padres del alumno. Estos, seguidamente, dirigieron un escrito a la Dirección Provincial de Educación, de 2 de diciembre de 2009, mostrando su disconformidad con la evaluación, organismo que, tras solicitar las oportunas aclaraciones al EOEP de Palencia, les comunica por oficio de 13 de diciembre que “los psicopedagogos del Equipo se reafirman en todos y cada uno de los aspectos recogidos en dichos documentos”.

d) En marzo de 2010 la Dirección Provincial de Educación envía una comunicación a los padres del menor solicitándoles que “la situación de absentismo de su hijo se corrija de forma inmediata”. A este requerimiento contestan que no están conformes con la decisión de escolarización del menor en el Centro de Educación Especial Carrechiquilla. Por ello, dicho organismo les cita a una entrevista con el responsable del programa de Absentismo Escolar, en la que se les insiste en que lleven a su hijo al centro designado, sin perjuicio de que adopten las iniciativas que consideren oportunas. Seguidamente, una vez elaborado el correspondiente informe por la Comisión Provincial de Absentismo Escolar, en el que se subraya la “gravedad de la situación del menor” ante la falta de “una intervención multiprofesional” que se le pueda garantizar desde un centro específico de educación especial, por la Directora Provincial de Educación se remite su expediente a la Fiscalía de Menores. Se significa que dicha iniciativa dio lugar a la incoación de unas diligencias previas de procedimiento abreviado contra los recurrentes por presunto delito de abandono de familia, en la actualidad en trámite.

e) Posteriormente, mediante escrito de 23 de junio de 2011 los demandantes solicitan del Director

del Colegio “Jorge Manrique” la escolarización de su hijo para el curso 2011-2012 con los apoyos necesarios, argumentando que los mismos nunca habían renunciado a una plaza en este Centro. Simultáneamente, el 27 de junio formalizan una solicitud de admisión del menor fuera de plazo para el mismo curso en el Colegio Público Ordinario “Buenos Aires” de Palencia.

Con estos antecedentes, la Dirección Provincial de Educación acuerda una nueva evaluación del menor por otros profesionales, circunstancia que es comunicada a los padres. En el nuevo informe psicopedagógico elaborado de 23 de septiembre de 2011, tras la realización de las pruebas pertinentes (entre estas, observación del menor en presencia de su madre), se llega a la misma conclusión anterior, apreciándose un “trastorno generalizado del desarrollo” y la necesidad de que sea apoyado por especialistas en Audición y Lenguaje, Pedagogía Terapéutica y un Ayudante Técnico Educativo. El dictamen de escolarización, por su parte, confirma el realizado con anterioridad, es decir se sugiere que el alumno ha de ser escolarizado en un Centro de Educación Especial.

Así las cosas, el Presidente de la Comisión de Escolarización dicta Resolución de 13 de octubre de 2011, por la que se acuerda que el menor continúe escolarizado en el Centro de Educación Especial “Carrechiquilla” de Palencia.

El tenor de esta resolución es el siguiente:

“Con fecha de 26 de noviembre de 2008 se le remitió Resolución de 24 de noviembre de 2008 de la Comisión de Escolarización de la provincia de Palencia, por la que se escolarizaba de oficio, en el Centro de Educación Especial de Carrechiquilla, al menor de edad ...

Con fecha de 27 de junio de 2011 se recibe en esta Dirección Provincial, una solicitud de admisión, fuera de plazo, firmada por A.O.P para escolarizar a su hijo D.G.O en el C.P. Buenos Aires de Palencia.

Después de varias entrevistas entre la madre A.O y los inspectores de Escolarización, se comunica a la madre, que debido al tiempo pasado (noviembre 2009) desde la última Evaluación Psicopedagógica –Dictámen de Escolarización, es pertinente realizar una nueva valoración del alumno por parte del Equipo psicopedagógico, para ver su evaluación y grado de desarrollo.

Con fecha de 7 de julio de 2011, se comunica por parte de la Directora provincial al Equipo de Palencia, que se realice una nueva valoración del alumno, por parte de dos orientadores distintos de los del último informe. Esta evaluación se debe realizar en la primera quincena de septiembre. De ello se informa por escrito a los padres el 6 de septiembre de 2011.

Con fecha de 28 de septiembre de 2011, se recibe en esta Dirección Provincial, el nuevo informe

Psicopedagógico –Dictamen de Escolarización referido al citado alumno, donde se confirma que la propuesta de escolarización más adecuada para D es de un centro especial de Educación Especial.

Por consiguiente, le comunico que esta Comisión de Escolarización, previo informe de la inspección de Educación, y de acuerdo con el dictamen de escolarización del Equipo de Orientación Educativa y Psicopedagógica de Palencia, ha resuelto que el alumno D.G.O siga escolarizado, en el C.P.R.E.E. Carrechiquilla de Palencia, como alumno con necesidades educativas especiales.”

f) Frente a la anterior resolución los recurrentes promovieron procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales que fue tramitado con el núm. 415-2011 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Palencia.

En la demanda se dicen infringidos los derechos a la igualdad (art. 14 CE) y a la educación (art. 27 CE) porque la escolarización del menor en un centro de Educación Especial fomenta un trato discriminatorio por su discapacidad y es perjudicial para su formación, habiéndose también conculcado el derecho reconocido en el art. 15 CE y el del art. 24 CE, en este caso por la indefensión sufrida por los padres del menor durante la tramitación del expediente. El Juzgado, en su Sentencia de 9 de marzo de 2012, refiere que la alusión al art. 15 CE “es un exceso puesto que una cosa es que la Junta de Castilla y León entienda que el niño merece ser educado en un Centro de Educación Especial y otra muy diferente que con tal actuación trate de menoscabar su dignidad personal atentando contra su integridad moral” (FJ VI), resultando que, por otra parte, “la parte actora tampoco puntualiza en qué fase procedimental ha quebrado su audiencia, porque desde luego en las actuaciones consta que puntualmente les ha sido dada respuesta a los escritos presentados.” (mismo FJ).

Respecto de la cuestión de fondo, entiende en el FJ VII de su Sentencia que “la Resolución de 13 de octubre de 2011 impugnada viene avalada por las intervenciones técnicas del Equipo de Orientación y Evaluación Psicopedagógico de Palencia”, frente a cuyas conclusiones los recurrentes alegan el contenido de unos informes de dos Psicólogos, cuyo contenido es “meramente elucubrativo”, no pudiendo servir “para descalificar un informe psicopedagógico donde, por el contrario, se deja patente que metodológicamente, se ha usado la técnica de la observación directa”. Siendo descartable “que se haya infringido el derecho de igualdad de oportunidades porque la parte recurrente ni siquiera presenta dato de contraste alguno y por consiguiente no se puede decir que al hijo de los actores se le haya tratado de forma diferente –ni mejor ni peor- que a otros niños en su misma situación de discapacidad personal ...”. Por otra parte, esta Resolución tampoco conculca el art. 27 CE, respecto del derecho a la educación, porque “el derecho de las personas discapacitadas a una educación inclusiva, es decir a recibir formación e instrucción como las demás personas, no es

un derecho absoluto puesto que la inclusión ha de llevarse a cabo ineludiblemente cuando así sea posible”. Así, en el referido Informe Psicopedagógico de 23 de septiembre de 2011 se constata que “el alumno precisa de la elaboración de un plan de intervención individualizado y, dadas las carencias detectadas, se recomienda escolarización en centro específico de educación especial, donde intervengan maestros especialistas en Audición y Lenguaje, maestros especialistas en Pedagogía Terapéutica y un Ayudante Técnico educativo, de tal manera que si se necesita el trabajo específico de tales profesionales, sin grandes escolzos interpretativos, se puede concluir que esa escolarización inclusiva en un centro ordinario no sólo sería inadecuada (porque, entonces, el efecto de segregación podría derivar desde la óptica de los otros niños) sino insuficiente para intentar alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad, precisamente, porque en ese momento se detectó que el niño presenta un desarrollo significativamente inferior a su edad y la evaluación actual realizada refleja un desarrollo global muy por debajo de su edad cronológica actual ...”

g) Contra la resolución del Juzgado los demandantes de amparo interpusieron recurso de apelación, que fue desestimado por Sentencia de 26 de octubre de 2012 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

Comienza la Sala por reconocer, en el FJ II de su Sentencia, que de la normativa aplicable en esta materia se desprende que “la integración educativa de las personas con incapacidad o precisadas de atenciones especiales, debe hacerse como principio general, y constituye derecho de las mismas, junto con las personas sin discapacidad, pues así se logra una mayor integración de todos los seres humanos y se evitan apartamientos y rechazos que no son dignos de nuestro modo actual de concebir el mundo”. Ahora bien, continúa la Sala, en el FJ III “El derecho a la educación integrativa no es un derecho absoluto no sólo porque no se reconoce tal principio en nuestro ordenamiento, sino porque las propias normas que lo regulan lo vienen a reconocer expresamente (Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad y la Ley Orgánica de Educación)”. En el supuesto de autos, razona el Tribunal “la Sala comparte con el Juzgador a quo la preferencia por el criterio de los técnicos de la Administración, pues en el mismo se parte de la evaluación personal directa del menor D, tras su observación inmediata y personalizada, mientras que los informes de la parte actora, plenos, muy probablemente, de acertados criterios según las últimas tendencias, no hay un análisis específico del caso del menor y de sus muy concretas circunstancias y especificidades” (FJ IV).

Dicho lo anterior, el Tribunal hace las siguientes observaciones:

“... en el informe de 23 de septiembre de 2011 se recogen aspectos que determinan como acertada la decisión de derivar a D a un centro especial. Así, respecto a su nivel de competencia

curricular, cuando D inicia la Educación Primaria Obligatoria, se indica que sus niveles competenciales son los que corresponden al primer ciclo de la etapa de educación infantil; en cuanto a las necesidades de tipo curricular, que precisa de adaptaciones curriculares muy significativas en todas las áreas con un currículo muy individualizado que se aproxima a las competencias básicas objetivos y contenidos de la etapa de educación infantil muy alejado de lo que le correspondería por edad en un aula de educación primaria y que «En lo relativo a la organización del contexto escolar, precisa una enseñanza muy personalizada y estructurada que implica: ratio reducida de alumnos en el aula, una organización del centro y del aula muy estructuradas predecibles y fijas y un sistema de comunicación». Es decir D necesita algo más, mucho más que ajustes razonables respecto a lo que precisan sus compañeros de edad similar; lamentablemente sufre un desfase muy importante desde la primera fase de la educación infantil en la que está, a la educación primaria que le corresponde por edad; y requiere no un aula normal, sino un aula especial muy poco poblada y con una organización de la misma muy pendiente del mismo, incluyendo un sistema de educación diferenciada. Ello no puede entenderse como razonable, pues supone subordinar, de hecho, hacer toda el aula de todos los compañeros a su medida y ello no es juicioso. Una cosa es que D, con su total dignidad de persona tenga derecho a la educación y a integrarse en la educación ordinaria y a que se le presten ayudas y apoyos para lograrlo y otra muy diferente que toda la educación ordinaria de un aula ordinaria se transforme, de hecho, en un aula especial solo en su favor; ello excede la razonabilidad de lo que puede exigirse a la administración educativa castellano-leonesa, quien muy difícilmente puede sostener un sistema educativo de tal naturaleza, pues supondría un mayor número de aulas, con una ratio de alumnos específico, ... (FJV).

3.

Los recurrentes refieren, en su demanda de amparo, en primer lugar, que el Acuerdo de la Comisión de Escolarización de Palencia y las resoluciones judiciales dictadas han vulnerado el derecho a la educación del alumno (art. 27 CE) al discriminarle por su condición de discapacitado, privándole de su integración en la enseñanza pública y segregándole a un centro especial, vulnerándose por ello también el art. 14 CE. Según la demanda, el menor, que presenta un cierto grado de autismo, ha sido discriminado por esta circunstancia, no obstante tener derecho a una educación inclusiva, es decir en igualdad con otros niños que no son discapaces. Se recuerda que los citados derechos a la educación y a la igualdad han de ser interpretados de esta forma de conformidad con los acuerdos internacionales ratificados por España, como la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por la ONU el 13 de diciembre de 2006, norma que sitúa a las personas con discapacidad como plenos sujetos de

derechos. Sus previsiones han sido infringidas por las administraciones educativas, que no habrían realizado en este caso los ajustes razonables en función de las necesidades del alumno, siendo la interpretación que ha realizado la Sala de lo Contencioso-Administrativo restrictiva del derecho a la educación en igualdad y contraria a los principios de la Constitución.

El segundo motivo de amparo denuncia igualmente la lesión de los derechos a la educación y a la igualdad del menor por entender que la desviación de éste a un centro de educación especial supone una discriminación de manera directa por actuaciones de segregación y de manera indirecta por no haberse efectuado los ajustes razonables a que estaba obligada la Administración. Esta discriminación se ha originado desde el momento en que la resolución de la Dirección Provincial de Educación excluye al menor del derecho a la educación en el sistema público ordinario, junto con el resto de personas que no presentan dicha discapacidad, impidiendo así su integración educativa plena. Además, éste no habría recibido los apoyos educativos y de refuerzo necesarios para atender sus necesidades educativas especiales. Tampoco la resolución administrativa motiva porqué la escolarización del mismo en un centro especial garantiza mejor una educación que asegure el desarrollo de su personalidad.

En tercer lugar se pone de relieve que la resolución administrativa y las sentencias judiciales dejan vacío de contenido el derecho fundamental a la educación en igualdad y a merced de la interpretación de la Administración, desde el momento en que de estas resoluciones se desprende que tan sólo compete a sus órganos decidir acerca del destino de la escolarización del menor, lo que conduce a la plena discrecionalidad administrativa.

Como cuarto motivo se alega como infringido el derecho de los padres a escoger el tipo de educación de sus hijos, como integrante del derecho a la educación del art. 27 CE. Se significa que “El procedimiento administrativo seguido en este caso no ha respetado ese derecho y ello pese a la constancia expresa e inequívoca de los padres de que su hijo fuese escolarizado en un centro público ordinario. Ni tan siquiera pudieron manifestarlo por qué no tuvieron trámite de audiencia, ni posibilidad de hacerlo valer con anterioridad a dictarse la resolución administrativa”.

El quinto motivo se fundamenta en la vulneración del derecho a la integridad moral del menor, reconocido en el art. 15 CE, en relación con el art. 10.1 CE sobre la dignidad de la persona. En efecto, “el trato recibido por el alumno por el sistema educativo no fue el adecuado a una persona con plenitud de derechos, sino un trato degradante en razón de su discapacidad, toda vez que degradante es haberle ignorado en sus apoyos educativos y haber desconocido su derecho básico a la educación”.

4.

La Sala Primera del Tribunal Constitucional acordó por providencia de 22 de abril de 2013, la admisión a trámite del recurso de amparo y, de conformidad con el art. 51 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), requerir atentamente a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León para que remitiera testimonio del recurso de apelación núm. 444/2012; asimismo resolvió requerir al Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. Uno de Palencia para que remitiera testimonio del Procedimiento Especial para la Protección de los Derechos Fundamentales núm. 415/2011 y para que emplazara a quienes fueron parte en dicho procedimiento, con excepción de la parte recurrente en amparo, ya personada.

Mediante diligencia de ordenación de 29 de mayo de 2013 se tuvieron por recibidas las actuaciones judiciales requeridas y se tuvo por personada a la Letrada doña Dunya Vélez Berzosa, en representación de la Comunidad Autónoma de Castilla y León; asimismo, se acordó un plazo común de veinte días para que las partes pudieran presentar las alegaciones que a su derecho conviniera.

5.

La Letrada de la Junta de Castilla y León presentó sus alegaciones el 27 de junio de 2013, solicitando la desestimación de la demanda de amparo. Sostiene, respecto del primer motivo, que la decisión de la Administración de escolarizar al menor en un centro de educación especial no puede considerarse como una vulneración del derecho a la educación, debiendo rechazarse la posición de la parte recurrente, que, interpretando la educación inclusiva como un derecho absoluto, defiende que lo mejor para el alumno, con independencia de sus circunstancias, es su educación en un centro ordinario. No obstante, la decisión ha sido adoptada en base a la potestad discrecional que ostenta dicha Administración, sustentada en los elementos probatorios practicados en el expediente, de los que se deduce que dicha medida de escolarización ha sido “la más conveniente y aconsejable para el propio menor”. Por tanto, “el debate debe situarse en si concurren en el caso particular circunstancias que justifiquen la decisión administrativa, pues al menor ni se le priva del derecho a la educación ni se le ha privado anteriormente por parte de la Administración Educativa. Si atendemos al proceso educativo seguido por el menor, éste ha estado escolarizado en varios centros ordinarios que sí contaban con apoyos (sólo ha estado en un centro que carece de apoyos y por decisión voluntaria de los padres que llegan a reconocer el error de la decisión en los escritos dirigidos a la Administración), si bien se llega a un punto en la evolución educativa que no puede ser abordado con garantías en un centro ordinario”.

En relación al segundo motivo, sobre la lesión de la igualdad en el ejercicio del derecho a la educación del menor, alega que es lo cierto que en este caso “ni se ha aportado ni se aporta un

término idóneo de comparación del que se desprenda una inmotivada desigualdad de trato, puesto que no se menciona otro caso en el que la Administración haya dispensado un trato mejor a un menor que padezca la situación idéntica”. Además, “Acordar que la educación del menor se realice en un centro de educación especial no es discriminar, desde el momento en que se acuerda la escolarización en un centro educativo donde la aportación de medios y recursos es la más amplia de que dispone la Administración y esa decisión se basa en unos informes psicopedagógicos elaborados conforme a los parámetros determinados por la normativa de aplicación”.

Respecto del tercer motivo, sobre que se deja sin contenido el derecho a la educación, entiende la Letrada que esta queja se dirige fundamentalmente contra la sentencia de la Sala de apelación al defender que la decisión de escolarización cuestionada compete a los órganos de la Administración. No obstante, “No se vacía de contenido ningún derecho, sino que el órgano judicial se limita a determinar si la Administración ha hecho una interpretación y aplicación adecuada de los denominados «ajustes razonables», partiendo de que la educación inclusiva establecida como principio en nuestro ordenamiento no es un derecho absoluto”.

Por lo que se refiere al derecho de los padres a escoger la educación de sus hijos, razona que se ha respetado escrupulosamente este derecho por los órganos intervinientes, sin que pueda confundirse el mismo con el obligado seguimiento de la opción de escolarización manifestada por los progenitores del menor, pues no puede olvidarse que la Administración debe velar en todo momento por su interés.

Finalmente, se significa por la Letrada que el acuerdo de escolarización del menor en un centro de educación especial no puede considerarse trato degradante, ni por el objetivo que persigue ni en atención a los medios utilizados.

6.

El Ministerio Fiscal formuló sus alegaciones por escrito registrado el 10 de julio de 2013, interesando la estimación de la demanda. Refiere que el núcleo del recurso se circunscribe a analizar si el acuerdo de la Administración, confirmado por las resoluciones judiciales, que escolarizo al menor en un centro de educación especial frente a la petición de los padres, supone una vulneración de sus derechos fundamentales a la educación (art. 27 CE) y a la igualdad (art. 14).

Es obligación de la Administración educativa, afirma el Fiscal, procurar una educación inclusiva de las personas con discapacidad llevando a cabo los “ajustes razonables”, necesarios y personalizados, para evitar que las mismas queden excluidas del sistema educativo ordinario. En este supuesto dicha Administración ha decidido la exclusión de este sistema del menor sin proporcionar los apoyos necesarios a que venía obligada según la normativa aplicable.

Considera el Fiscal que la determinación de la posible vulneración de los derechos a la educación y a la igualdad del menor deberá hacerse teniendo en cuenta el contenido de la Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad. Así, esta norma define lo que debe entenderse por discriminación y ajustes razonables (art. 2), cuales son las obligaciones de los Estados en relación con las personas con discapacidad (art. 4) y los principios esenciales en cuanto a la discriminación e igualdad (art. 5), subrayando en su art. 24 que los Estados partes habrán de asegurar un sistema de educación inclusivo a todos los niveles, de forma que las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación. Destaca que el principio de normalización de la educación de las personas con discapacidad es una exigencia que viene impuesta a la Administración educativa no sólo por Ley sino que respondería a las obligaciones que impone a los poderes públicos los arts. 9.2 y 49 CE. Para respetar este principio por parte de estos poderes se deben promover las adaptaciones necesarias, siempre que no sean desproporcionadas, para que su derecho a la educación se desarrolle en el sistema educativo ordinario.

Así las cosas, la resolución administrativa que acuerda la escolarización del menor en un centro de educación especial, apoyándose en el informe psicopedagógico que identifica las carencias del menor, no analiza expresamente ni explica por qué los apoyos que precisa no pueden ser prestados en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios. La escolarización del menor en este tipo de centros exige razones específicas que recomienden las mismas y una carga desproporcionada de los ajustes razonables que le son exigibles a la Administración para integrar al alumno en el sistema educativo ordinario. Esta ausencia de explicación de cómo los apoyos que precisa el menor suponen esta carga para la Administración educativa implica un desconocimiento de los principios que deben inspirar la educación de los menores con discapacidad.

Por otra parte, refiere que se ha producido una quiebra del derecho de igualdad (art. 14 CE) como consecuencia de la no prestación al menor de los apoyos necesarios para procurarle una educación integrativa en un Centro ordinario. Así, nada obsta a reconocer la discapacidad de carácter psíquico como una causa de discriminación vedada por el art. 14 CE dentro de la cláusula general de “cualquier circunstancia o condición personal”, pues el alto Tribunal ha señalado que “los motivos o razones de discriminación no implican el establecimiento de una lista cerrada de supuestos de discriminación” (STC 63/2011, FJ 3). Es más, este Tribunal en su STC 269/1994 reconoció la minusvalía física como causa de discriminación. Por tanto, “la no discriminación de los menores con discapacidad que precisen de «necesidades educativas especiales» exige de las Administraciones educativas medidas de acción positiva orientadas a evitar o compensar las desventajas de estas personas para procurar una participación plena de las mismas en la vida

educativa”.

Por lo anterior, “el proceder de la Comisión de Escolarización de la Dirección Provincial de Palencia, que por Resolución de 13 de octubre de 2011 acordó que el menor fuera escolarizado en el Colegio Público de Educación Especial Carrechiquilla, al no exponer objetiva y razonablemente porqué los apoyos propuestos por los expertos en su dictamen de 23 de septiembre de 2011 le suponen una carga desproporcionada para integrar al menor en un centro de educación ordinaria, desconocería los derechos del menor a una educación en igualdad de los arts. 27.1 y 14 CE”-. Por ello, propone el Fiscal la declaración de nulidad de la citada Resolución y de las sentencias que la confirmaron, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediato anterior a que se dictó la resolución administrativa para que “se ponderen las necesidades educativas actuales del menor”.

Rechaza el Ministerio Fiscal, por el contrario, la denuncia sobre la lesión del derecho de los padres a escoger el tipo de educación que desean para sus hijos ya que el derecho reconocido en el art. 27.3 CE no ampara la pretensión de amparo de los demandantes pues este derecho viene referido al que asiste a los padres para que “sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. En relación a la supuesta indefensión sufrida por estos durante la tramitación del expediente, rechaza también este motivo de impugnación, pues, además de que no fue planteado en el recurso de apelación, carece de contenido pues la Administración educativa procedió en los términos legalmente previstos respetando la audiencia de los padres del menor antes de decidir sobre el tipo de escolarización.

Por último, razona el Fiscal que “Resulta difícil admitir que “la escolarización en un centro de Educación Especial del menor pueda vulnerar el derecho a la integridad moral y desconocer el principio de dignidad de la persona, de modo que dichos perjuicios no serían más que meras conjeturas respecto de los riesgos que se denuncian por su ingreso en un centro de Educación especial”.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.

Es objeto del presente recurso de amparo determinar si la Resolución de 13 de octubre de 2011 de la Comisión de Escolarización de la Dirección Provincial de Educación de Palencia, de la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León, que acordó que el hijo de los recurrentes continuara escolarizado en un colegio público de educación especial en lugar de en un centro ordinario, confirmada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Palencia y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sede de Valladolid, ha vulnerado los arts. 14, 15 y 27 CE, como alegan los recurrentes.

Como se ha expuesto en los antecedentes, el Ministerio Fiscal considera, parcialmente de acuerdo con la parte demandante, que el amparo debe ser estimado al haberse vulnerado el derecho de igualdad (art. 14 CE) y el derecho a la educación del menor (art. 27 CE), al haber sido escolarizado en un centro de educación especial sin haberse explicitado por la Administración porqué las atenciones que precisa no pueden ser prestadas en un centro de educación ordinario, suponiendo esta actitud una causa de discriminación respecto del mismo en atención a su discapacidad. Por su parte, la representación procesal de la Junta de Castilla y León se opone a la estimación de la demanda, considerando que la decisión administrativa se ha adoptado de manera razonable de acuerdo con las circunstancias del menor, estando debidamente motivada y respetándose escrupulosamente sus derechos fundamentales y los de sus padres.

La demanda presentada, en consecuencia, critica la decisión administrativa de escolarización, reprochando igualmente a las resoluciones judiciales impugnadas el no haber corregido la actuación de la Administración educativa; por lo que nos encontramos ante un recurso de amparo del art. 43 LOTC, puesto que, de haberse producido las lesiones referidas, éstas solamente pudieron ser originadas por la actuación administrativa, siendo, en su caso, los órganos judiciales responsables indirectamente de dichas vulneraciones al no haberlas reparado.

Como dijimos en la reciente STC 127/2013, de 3 de junio, la circunstancia de que esté involucrado un menor de edad en el presente recurso de amparo explica que, de conformidad con el art. 8 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de menores, conocidas como Reglas de Beijing, e incluidas en la resolución de la Asamblea General 40/33, de 28 de noviembre de 1985, no se incluyan en esta resolución el nombre y apellidos completos del menor de edad ni de sus padres, al objeto de respetar su intimidad.

2.

Delimitado en los términos expuestos el objeto del presente recurso, nuestro enjuiciamiento ha de seguir un orden inverso al plasmado en el escrito de demanda, comenzado con los motivos de impugnación sobre los que existe unanimidad en cuanto a su desestimación por parte del Fiscal y la Letrada de la Junta de Castilla y León, para luego centrarnos en el análisis de los motivos principales relacionados con el derecho a la educación e igualdad del menor.

Así las cosas, respecto del motivo expuesto en la demanda sobre la lesión del derecho a la integridad moral del menor y a su dignidad personal (arts. 15 y 10.1 CE), entendemos que la decisión de escolarización del mismo en un centro de educación especial, acordada por Resolución de 13 de octubre de 2011 de la Dirección Provincial de Educación, no puede calificarse como “trato degradante”, por cuanto ha sido adoptada, con independencia de su acierto o no, por los órganos

legalmente habilitados y en el marco de un amplio expediente reglado dirigido a evaluar sus necesidades educativas, donde han intervenido profesionales cualificados e incluso los padres del alumno afectado.

Por ello, se comparte el criterio expuesto por el Juzgado Contencioso-Administrativo nº 1 de Palencia en su Sentencia cuando rechaza esta queja indicando que “una cosa es que la Junta de Castilla y León entienda que el niño merece ser educado en un centro de Educación Especial y otra muy diferente que con tal actuación trate de menoscabar su dignidad personal atentando contra su integridad moral” (FJ VI). Así como del Fiscal ante este Tribunal cuando en sus alegaciones indica que “resulta difícil admitir que la escolarización en un centro de Educación Especial de un menor pueda vulnerar el derecho a la integridad moral y desconocer el principio de dignidad de la persona, de modo que dichos perjuicios no serían más que meras conjeturas respecto de los riesgos que se denuncian por su ingreso en un centro de Educación especial”.

Dicho lo anterior, no es necesario extenderse en la doctrina constitucional dictada en torno a esta categoría de “tratos inhumanos o degradantes”, siendo suficiente subrayar que para que nos encontremos en estos supuestos es preciso la concurrencia de “una humillación o un envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad” (por todas, STC 116/2010, de 24 de noviembre, FJ 2), lo que hemos declarado que constituye el contenido mínimo protegido por el art. 15.1 CE, circunstancias que no concurren en modo alguno en el presente supuesto.

3.

En lo que respecta a la determinación por los padres del tipo de educación que habrán de recibir sus hijos, este Tribunal Constitucional ha afirmado que “este derecho constitucional se limita, de acuerdo con nuestra doctrina, al reconocimiento prima facie de una libertad de los padres para elegir centro docente (ATC 382/1996, de 18 de diciembre, FJ 4) y al derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, art. 27.3 CE” (STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 5.b) .

Respecto del primer contenido, hemos puntualizado que “no hay dificultad alguna en admitir que el derecho de todos a la educación, en cuanto derecho de libertad (STC 86/1985, fundamento jurídico 3), comprende la facultad de elegir el centro docente, incluyendo la de escoger un centro distinto de los creados por los poderes públicos” (ATC 382/1996, de 18 de diciembre, FJ 4). Ahora bien, esta posibilidad, también recogida en el art. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en cuanto establece “la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o

apruebe en materia de enseñanza”) no incluye, como parte o elemento del derecho constitucionalmente garantizado, el derecho de los padres a escolarizar a su hijo en un centro ordinario de educación, en lugar de en un centro de educación especial, pues ello vendrá condicionado a la acreditación por parte de las autoridades competentes de las necesidades educativas específicas del menor. En este sentido, la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación prevé que la escolarización de los alumnos que presenten necesidades educativas especiales en unidades o centros de educación especial “se llevará a cabo cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios” (art. 74.1), resultando que la valoración de las necesidades educativas de este alumnado se realizará “por personal con la debida cualificación y en los términos que determinen las Administraciones educativas” (art. 74.2).

Respecto del segundo contenido, este Tribunal ha sostenido que “el derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral que sus hijos han de recibir, consagrado por el art. 27.3 de la Constitución, es distinto del derecho de elegir centro docente que enuncia el art. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aunque también es obvio que la elección de centro docente sea un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral” (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 8). No obstante, tampoco se ve comprometido en este caso este derecho de los padres a que su hijo reciba una formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones, también reconocido en el art. 18.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues las razones esgrimidas en este caso por los recurrentes no se refieren en modo alguno al tipo de formación de esta naturaleza que habría de recibir el menor, sino a razones asociadas a su disconformidad con la decisión adoptada por la Administración educativa de no escolarizar al mismo en un centro de educación ordinario con los apoyos necesarios por su discapacidad.

Al desarrollar el anterior motivo de impugnación los demandantes refieren, por otra parte, la indefensión que habrían sufrido por la actitud de la Administración de no ofrecerles trámite de audiencia con anterioridad al dictado de la resolución administrativa de escolarización impugnada. No obstante, no puede acogerse esta denuncia porque, con independencia de que, como advierte el Fiscal, no se plantea esta queja por los mismos en su recurso de apelación (lo que daría lugar a su rechazo al no haberse agotado debidamente la vía judicial, según el art. 50.1 a), en relación con el art. 44.1 a), ambos de la LOT), además carece notoriamente de contenido porque, según se desprende del expediente educativo del menor resumido en los antecedentes, la Administración educativa ha propiciado una participación activa de sus padres en sus diversas fases (escuchando

sus criterios, con entrevistas con responsables de la Dirección Provincial de Educación y de los centros escolares, etc.), así como cursando sus solicitudes e informándoles del resultado de las evaluaciones y decisiones adoptadas. En el caso particular de la Resolución de 13 de octubre de 2011 por la que se dispone que el menor continúe escolarizado en un centro de educación especial en base a un nuevo informe psicopedagógico, consta en dicho expediente que los recurrentes, no sólo fueron informados de la práctica de esta evaluación previa sino que además participaron activamente en su desarrollo, notificándoseles finalmente la decisión adoptada contra la que tuvieron la oportunidad de interponer los correspondientes recursos ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

4.

Entrando en el núcleo del problema constitucional planteado, el debate ha de centrarse en determinar si, como sostiene la parte recurrente y el Fiscal, la Administración educativa al ordenar la escolarización del menor –que padece un determinado grado de autismo- en un centro de educación especial en lugar de incluirle en un centro ordinario con los apoyos necesarios para su integración, le ha discriminado y vulnerado su derecho a la educación.

Para analizar esta cuestión debemos tener presente el marco normativo específico sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidad, constituido por el art. 27 CE, que reconoce el derecho de todos a la educación, el art. 14 CE que prohíbe “discriminación alguna” por “cualquier circunstancia o condición personal” y el art. 49 CE que, sin reconocer derechos fundamentales, sí ordena a los Poderes públicos realizar una política de integración de los discapacitados. Estos preceptos, como este Tribunal ha venido afirmando desde la temprana STC 38/1981, de 23 de noviembre, FJ 4, han de ser interpretados, en virtud del art. 10.2 CE, a la luz de lo dispuesto en los tratados internacionales que España haya celebrado sobre la materia.

En este sentido, cobra especial relevancia la Convención sobre los derechos de las personas con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006, ratificada por el Estado español mediante Instrumento de Ratificación publicado en el BOE el 21 de abril de 2008, que parte como principio de “la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso” (Preámbulo, letra j). Respecto del derecho a la educación, su art. 24.1 les reconoce expresamente el mismo a las personas discapacitadas, indicando que para “hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes aseguran un sistema de educación inclusivo a todos los niveles”, debiendo garantizar dichas Partes, según el art. 24.2, entre otras medidas, que “las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación ...”; “se hagan los

ajustes razonables en función de las necesidades individuales”; “se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva”; “Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión” (letras a,c,d y e, respectivamente). En el art. 2 de la Convención se prohíben todas las formas de discriminación de estas personas, entre ellas “la denegación de ajustes razonables”, entendiendo por éstos “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

En nuestro ordenamiento la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, también prevé en su art. 74.1 que “la escolarización del alumnado que presenta necesidades educativas especiales se regirá por los principios de normalización e inclusión y asegurará su no discriminación y la igualdad en el acceso y la permanencia en el sistema educativo”, de forma que la escolarización de estas personas en unidades o centros de educación especial “sólo se llevará a cabo cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios”. Dicha norma dispone, por otra parte, que la valoración de las necesidades educativas de este alumnado se realizará “por personal con la debida cualificación y en los términos que determinen las Administraciones educativas”, correspondiendo a éstas últimas “promover la escolarización en la educación infantil del alumnado que presente necesidades educativas especiales” (art. 74, 2 y 4).

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. En definitiva, la Administración educativa debe tender a la escolarización inclusiva de las personas discapacitadas y tan sólo 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, en los términos que hemos expuesto anteriormente, dicha Administración deberá exteriorizar los motivos por los que ha seguido esta opción, es decir por qué ha acordado la escolarización del alumno en un centro de educación especial por ser inviable la integración del menor discapacitado en un centro ordinario.

5.

Desde esta perspectiva, el Ministerio Fiscal entiende que la respuesta dada por la Administración educativa al problema planteado, contenida en la Resolución de 13 de octubre de 2011 de la Comisión de Escolarización, no es constitucionalmente admisible, pues no explica por qué los apoyos que requiere el menor no pueden ser prestados en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios.

En efecto, dicha Resolución, como hemos visto, se limita a fundamentar su decisión de escolarización del menor en el centro de Educación especial tan sólo en el nuevo informe Psicopedagógico practicado al mismo, por lo que, en principio, parece que no ha explicado convenientemente porqué supone una carga desproporcionada para la Administración la escolarización del menor en un centro ordinario con los apoyos preciso ni porqué, en definitiva, se opta por lo excepcional frente a lo ordinario.

En el presente caso, no podemos afirmar que la citada Resolución, que ha supuesto una decisión relevante relacionada con la educación del menor, haya vulnerado sus derechos fundamentales a la educación e igualdad por el déficit de motivación referido por la parte demandante y el Fiscal, pues de la consideración del expediente educativo del alumno en su conjunto se puede deducir sin dificultad que dicha Resolución sí justifica la decisión de que el alumno continúe escolarizado en un centro de Educación Especial, ponderando sus especiales necesidades educativas, y lo hace mediante un razonamiento que supera el juicio de proporcionalidad exigido por nuestra doctrina en aquellos casos en los que la actuación cuestionada de los poderes públicos afecta a un derecho fundamental sustantivo (por todas SSTC 173/1995, de 21 de noviembre, FJ 2 y 96/2012, de 7 de mayo, FJ 10).

Así, como consta en los Antecedentes, se realizó una evaluación psicopedagógica al alumno el 9 de octubre de 2006, (cuando estaba escolarizado en el Colegio “Tello Téllez”), en la que se le apreció “un importante retraso madurativo”, sugiriéndose ya que fuera atendido por especialistas; durante su permanencia en el colegio “Jorge Manrique” se le practicó una segunda evaluación, en octubre de 2008, a instancia de la Administración educativa en la que se le diagnosticó, entre otras afecciones, “un trastorno grave del espectro autista”, “un retraso grave del lenguaje” y un “trastorno de déficit de atención con hiperactividad”, proponiéndose para él “un Centro Específico de Educación Especial” porque “El nivel de competencia curricular del alumno corresponde, especialmente en el lenguaje oral, con un nivel aproximado de 1 año de edad”, “es preciso realizar adaptaciones curriculares y significativas en todas las áreas del currículo, tomando como referencia el currículo de la etapa 0-3 años”, “requiere el alumno una atención individualizada y constante del profesor en pequeño grupo (máximo 4 alumnos)”. Por ello, la Comisión de Escolarización dicta una

Resolución de 2008 por la que escolariza al menor en el Centro de Educación Especial “Carrechiquilla”, subrayando que “todos los informes obrantes en el expediente son coincidentes y no dejan margen de dudas respecto a las clarísimas necesidades especiales del menor”, así como “respecto a los graves problemas de aprendizaje y comportamiento evidenciados en el Aula”, lo que, sin duda, “a la vista de los medios y especialistas existentes en el Centro de Educación Especial Carrechiquilla, aconsejan, en beneficio exclusivo del menor, su escolarización en dicho Centro”; ante la queja de los padres, se practicó una nueva evaluación psicopedagógica al alumno en noviembre de 2009, en la que se vuelve a sugerir su escolarización en un Centro de Educación especial por la necesidad de que sea asistido por especialistas en Audición y Lenguaje, Pedagogía Terapéutica y un Ayudante Técnico Educativo; finalmente, por la Dirección Provincial de Educación se realiza un informe psicopedagógico del menor por profesionales distintos, elaborado el 23 de septiembre de 2011, en el cual se ratifican las conclusiones anteriores sobre la necesidad de su escolarización en un Centro de Educación Especial, al apreciársele “un trastorno generalizado del desarrollo” y la necesidad de que sea apoyado por los especialistas mencionados. Este informe sirvió de base al dictado de la Resolución de 13 de octubre de 2011 ahora recurrida. A lo largo de la tramitación de este expediente educativo, como hemos constatado, se solicitó la participación activa de los padres del alumno, los cuales mantienen diversas entrevistas con los responsables de los centros escolares y de la Dirección Provincial de Educación, participando además en el desarrollo de las pruebas realizadas a su hijo.

En definitiva, la lectura de la Resolución de 13 de octubre de 2011 impugnada, integrada con el conjunto del expediente, al que, se atiene (en particular, al nuevo informe psicopedagógico realizado al alumno en septiembre de 2011), permite concluir que se exteriorizaron en la misma las razones que condujeron a la decisión de escolarización adoptada en un centro de educación especial y que éstas, además, son coherentes con la finalidad principal que se pretende, que el menor satisfaga adecuadamente sus necesidades educativas especiales, siendo respetuosas con los criterios previstos legalmente para la aplicación de este tipo de Resoluciones, quedando, en consecuencia, acreditada su proporcionalidad.

En efecto, de la explicación que da en este caso la Administración educativa sobre el grado de discapacidad que presenta el menor y sobre las medidas específicas que éste requiere (adaptaciones curriculares en una edad muy inferior a la normal del curso en un colegio ordinario, “atención individualizada” en el aula, que, por otra parte, ha de verse reducida a “un máximo de 4 alumnos”, etc.), se infiere con naturalidad que la determinación de escolarización del alumno en un Centro de Educación Especial adoptada por dicha Administración no puede reputarse como irrazonable o

discriminatoria, siendo coherente con lo previsto en la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad (por referencia a lo previsto en su art. 2 sobre los ajustes que debe adoptar la Administración que no supongan “una carga desproporcionada o indebida”), así como respetuosa con el criterio de la Ley de Educación cuando especifica en su artículo 74.1 que la escolarización de las personas con discapacidad sólo se realizará en centros especiales “cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios”. Acreditado lo anterior por la Administración Educativa, es decir que en interés del menor resulta indicada su escolarización en un Centro de Educación Especial, no es necesario proceder a una ponderación acerca de si los ajustes que precisa pueden ser o no prestados en un Centro de Educación ordinario, pues dicha decisión de escolarización lleva implícito, en atención a la grave discapacidad del alumno y a la atención individualizada que requiere, que sus singulares necesidades educativas estén mejor atendidas en un centro de educación especial más que en el marco de la educación general de los centros ordinarios.

6.

Por otra parte, las Sentencias dictadas por el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo núm. 1 de Palencia y por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sede de Valladolid, de 9 de marzo y 26 de octubre de 2012, a las que se imputan no haber corregido las lesiones constitucionales de la Administración educativa, integran una respuesta, no solamente motivada y fundada en Derecho, sino además coherente y respetuosa con los derechos a la educación inclusiva de las personas con discapacidad y a su no discriminación por razón de esta circunstancia.

Así, el Juzgado en el FJ VII de su resolución pone de relieve que la decisión administrativa de 13 de octubre de 2011 “viene avalada por las intervenciones técnicas del Equipo de Orientación y Evaluación Psicopedagógica de Palencia”, frente a cuya conclusión (fundamentada en la observación directa del menor) los recurrentes oponen tan sólo el contenido de unos informes cuyo contenido es “meramente elucubrativo”, resultando que de las conclusiones de dicho informe Psicopedagógico (necesidad de un plan de intervención individualizado para el menor con la asistencia de profesionales especialistas en diversas ramas) se desprende que “la escolarización inclusiva en un centro ordinario no sólo sería inadecuada ... sino insuficiente para alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad”. La Sala de apelación, por su parte, comienza en su Sentencia por admitir el principio general de la “integración educativa” de las personas con discapacidad, pues “así se logra una mayor integración de todos los seres humanos y se evitan apartamientos y rechazos que no son dignos de nuestro modo actual de concebir el mundo” (FJ II),

para razonar después que comparte en este caso la decisión del Juez a quo, pues, entre otras consideraciones, el alumno “necesita algo más, mucho más que ajustes razonables respecto a lo que precisan sus compañeros de edad similar; lamentablemente sufre un desfase muy importante desde la primer fase de la educación infantil en la que está, a la educación primaria que le corresponde por edad; y requiere no un aula normal, sino un aula especial muy poco poblada y con una organización de la misma muy pendiente del mismo, incluyendo un sistema de educación diferenciada ...” (FJ V).

7.

Por todo lo anterior, podemos concluir que la Resolución de 13 de octubre de 2011 de la Comisión de Escolarización de la Dirección Provincial de Educación de Palencia, así como las resoluciones judiciales que la confirmaron, que dispusieron la escolarización del hijo de los recurrentes en un centro de Educación especial, no vulneraron su derecho fundamental a la educación ni a la igualdad, en atención a la existencia de una supuesta discriminación, al haber motivado y ponderado suficientemente las razones en que se basa la adopción de tal medida excepcional, siendo, en consecuencia, dicha iniciativa respetuosa con el contenido de los artículos 27, 14 y 49 CE, interpretados estos preceptos de conformidad con los textos internacionales suscritos por España (art. 10.2 CE), en los términos expuestos con anterioridad.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Denegar el amparo solicitado por don J.A.G.G y doña A.O.P, en su propio nombre y en el de su hijo menor D.G.O.

Publíquese esta Sentencia en el “Boletín Oficial del Estado”.

Dada en Madrid, a veintisiete de enero de dos mil catorce.

VOTO

Voto particular que formula el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez al que se adhiere el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos respecto a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 6868/2012.

Con el máximo respeto a la posición mayoritaria de mis compañeros magistrados, acogiéndome a la facultad establecida en el art. 90.2 LOTC, debo manifestar mi discrepancia con la Sentencia desestimatoria del presente amparo con base a las razones que expuse en el debate y que ahora reproduzco en los aspectos más destacados.

Como punto de partida debe señalarse, como la mayoría así lo ha considerado también, que el objeto del presente recurso de amparo es determinar si la Resolución de 13 de octubre de 2011 de la Comisión de Escolarización de la Dirección Provincial de Palencia de la Junta de Castilla y León, que acordó que el hijo de los recurrentes continuara escolarizado en un colegio público de educación especial en lugar de estudiar en un centro ordinario, ha vulnerado los arts. 14, 15 y 27 CE, como alegan los recurrentes. Es claro que nos encontramos, por tanto, ante un recurso de amparo del art. 43 LOTC, lo que implica que sólo la Administración ha podido vulnerar los derechos fundamentales alegados; los órganos judiciales podrían haber reparado las lesiones aducidas mediante la anulación del acto impugnado, pero no, como parece deducirse del FJ 7 de la Sentencia, mediante la sustitución de la Administración en la ponderación y motivación de la resolución de escolarización recurrida.

Analizando la citada resolución, se puede constatar que se limita a afirmar, escuetamente, que visto el informe psicopedagógico realizado sobre el menor, se acuerda que siga escolarizado en el centro de educación especial. En el mencionado informe psicopedagógico se ponen de manifiesto, desde un punto de vista estrictamente científico, las deficiencias que padece el menor y se recomienda la escolarización del menor en un centro de educación especial; sin embargo, nada se dice sobre el coste o la oportunidad de que la Administración lleve a cabo los ajustes necesarios para que el menor, con lo apoyos oportunos, pudiera integrarse en un centro de educación ordinario, como reiteradamente han solicitado los padres desde el principio.

Del marco normativo en el que debe encuadrarse nuestro análisis (arts. 14, 27 y 49 CE y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por el Estado español mediante Instrumento de Ratificación publicado en el BOE el 21 de abril de 2008) se deduce, como bien reconoce la Sentencia, que la

educación debe ser, como principio general inclusiva, es decir, se debe promover la escolarización de todo niño en un centro de educación ordinaria, en su caso, con los determinados apoyos necesarios para su integración en el sistema educativo si padece algún tipo de discapacidad, y, solamente de manera excepcional, la escolarización en un centro de educación especial.

Comparto la postura del Ministerio Fiscal cuando afirma que los criterios normativos que la misma regulación aplicable exige para acordar la escolarización en un centro de educación especial de menores con necesidades educativas especiales están condicionados, entre otros requisitos, a la obligación de la Administración de prestar los apoyos necesarios al menor para procurar su integración educativa, circunstancia esta sobre la cual la resolución administrativa impugnada, que reenvía al informe psicopedagógico que identifica las carencias y necesidades del menor y enumera los apoyos de los que precisa, no analiza expresamente ni explica los motivos de por qué los apoyos que precisa el menor no pueden ser prestados en “el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios”. Considero que, si bien este tipo de decisiones administrativas sobre la escolarización de menores con determinado grado de discapacidad, deben estar avaladas por los correspondientes informes técnicos, no deben descansar exclusivamente en ellos, sino que a la vista de los mismos, la Administración debe motivar y ponderar una decisión que solamente a ella le corresponde.

En el presente caso, constan los informes psicopedagógicos y de escolarización del menor, en los que se pone de manifiesto las especialidades educativas que el alumno necesita, concluyendo con una propuesta de escolarización en un centro de educación especial; sin embargo, como se desprende de la normativa aplicable antes señalada, las opciones de escolarización no se agotan en la elección de un centro ordinario de educación frente a un centro especial de educación, como parece deducirse de tales informes y de la resolución administrativa impugnada. Precisamente, la opción pretendida desde el inicio por los padres del menor, esto es, la escolarización en un centro ordinario de educación con los apoyos necesarios para la inclusión de alumnos con necesidades especiales, ha sido ignorada por la Administración educativa.

Esta opción intermedia, no ha sido contemplada ni por los informes técnicos ni por la Administración educativa. La ausencia de motivación en la resolución administrativa de cómo los apoyos que precisa el menor, suponen una carga desproporcionada para la Administración educativa en el caso concreto del menor, supone un desconocimiento de los principios que deben inspirar la educación de los menores con discapacidad, pues la excepción de la escolarización en centro de educación especial obligan a la Administración a realizar dicha ponderación. Ni Administración, ni los técnicos que informaron sobre el menor, han explicitado por qué los ajustes que debía realizar

para proporcionar al menor la educación inclusiva a la que, en principio, tiene derecho, no son razonables o suponen una carga desproporcionada o no serían suficientes para la inclusión del menor.

Es aquí donde reside mi principal discrepancia con la Sentencia aprobada. Se afirma en el FJ 5 que, acreditadas las deficiencias que padece el menor y adoptada la decisión de su escolarización en un centro especial, “no es necesario proceder a una ponderación acerca de si los ajustes que precisa pueden ser prestados o no en un Centro de educación ordinario, pues dicha decisión de escolarización lleva implícito, en atención a la grave discapacidad del alumno y a la atención individualizada que requiere, que sus singulares necesidades puedan ser atendidas en el marco de la reducción general de los centros ordinarios”.

En este punto, además de estar el Tribunal Constitucional deduciendo una interpretación, en su caso implícito, de un acto administrativo, creo que nuestro pronunciamiento debería haber sido radicalmente distinto. 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.

Madrid, a veintisiete de enero de dos mil catorce.