



Avances en la Jurisprudencia en España: Derecho a la Educación Inclusiva

Juan Rodríguez Zapatero
Abogado



Colabora:



 POR SOLIDARIDAD
OTROS FINES DE INTERÉS SOCIAL

Avances en la Jurisprudencia:

Derecho a la Educación Inclusiva

Colabora:



POR SOLIDARIDAD
OTROS FINES DE INTERÉS SOCIAL

Coordinación de la edición:

Mónica Díaz Orgaz. Departamento de Programas. DOWN ESPAÑA

Elaboración de contenidos:

Juan Rodríguez Zapatero. Abogado

DOWN ESPAÑA. Todos los derechos reservados.

Edita

DOWN ESPAÑA. 2021

Diseño, maquetación e impresión

APUNTO Creatividad

Dep. Legal:

ISBN: 978-84-09-38725-0

Impreso en papel FSC



Respetuoso con
el medio ambiente

DOWN ESPAÑA:
Cruz de Oro de la Orden al Mérito de la Solidaridad Social - Ministerio Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad
Premio CERMI Medios de Comunicación e Imagen Social de la Discapacidad
Premio CERMI a la Mejor Trayectoria Asociativa
Premio Magisterio a los Protagonistas de la Educación
Premio a la Mejor Asociación de Apoyo a las Personas - Fundación Tecnología y Salud
Premio a la Solidaridad de la Asociación Española de Editoriales de Publicaciones Periódicas
Declarada de utilidad pública (UP /F-1322/JS)

Índice

Pág.

1. Introducción	7
2. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo posterior a la sentencia de 14 de diciembre de 2017	9
3. Las sentencias sobre apoyos educativos	13
4. Sigue sin adaptarse la legislación educativa a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	17

En nuestro anterior trabajo titulado: “La doctrina jurisprudencial sobre el derecho a la educación inclusiva: evolución. La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017” de mayo de 2018 se analizó el marco normativo del derecho a la educación inclusiva en España y de manera particular la doctrina jurisprudencial existente hasta esa fecha.

Merecía especial atención la importante sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 (sentencia nº 1976/2017, recurso de casación 2965/2016).

Esta sentencia fijó doctrina en cuanto al contenido del derecho fundamental a la educación inclusiva, señaló la importancia trascendente de la Convención sobre los Derechos de las Persona con Discapacidad de 13 de diciembre de 2006 y sobre todo estableció la obligación y la carga de las Administraciones Educativas en cuanto a las decisiones de escolarizar alumnos con discapacidad y que presente necesidades educativas especiales en cuanto a las exigencias de motivación de tales decisiones.

Pues bien, para el Tribunal Supremo en esta sentencia de 14 de diciembre de 2017, 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.

Se concretan estas exigencias de motivación en tres esenciales:

- En primer término, **en que deben agotarse todos los esfuerzos para la inclusión educativa del alumno en el sistema educativo ordinario**. Lo dice expresamente la sentencia del Tribunal Supremo (Fundamento Jurídico sexto, párrafo primero) cuando dice que el mandato

de las Administraciones Públicas de poner todos los medios y apoyos a estos alumnos para lograr su integración educativa, en función de las necesidades de los mismos, añade que “sólo cabe acudir al régimen de centros de educación especial si se justifica que agotados los esfuerzos para esa integración lo procedente es que esa opción en esas condiciones sí justificaría un trato distinto”.

- En segundo lugar, el segundo elemento que deben contener las resoluciones de las Administraciones educativas para justificar la escolarización de alumnos con discapacidad en centros de educación especial se refiere a **que las Administraciones educativas son las que tienen “la carga de explicar por qué los apoyos que requiere un alumno no pueden ser prestados con las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios”** (Fundamento Jurídico quinto, número cuarto de la sentencia del TS de 14 de diciembre de 2017). Es otra exigencia necesaria que debe concurrir a los efectos indicados. En tal sentido, las Administraciones Educativas en sus informes psicopedagógicos y dictámenes de escolarización, deberán dejar muy claro que las medidas de apoyo y los recursos y ajustes razonables que requiera el alumno con discapacidad, no los tenga o disponga el sistema educativo ordinario.
- Además de los dos parámetros, criterios o exigencias de motivación analizados, también exige la sentencia del Tribunal Supremo que los informes en los que se apoya la Administración Educativa **“deben razonar porqué supone una carga desproporcionada para la Administración la escolarización en un centro ordinario, con los apoyos precisos”**, es decir, porqué se opta por lo excepcional frente a lo ordinario. Ciertamente este aspecto de la proporcionalidad no lo precisa el Tribunal Supremo. En todo caso, alude a “carga desproporcionada” para la Administración (Fun-

damento Jurídico quinto, último párrafo). La proporcionalidad está en función del contexto, como ha señalado el Comité sobre la Convención de la ONU. Y habrá que analizar la disponibilidad de recursos en el sistema en función de las necesidades del alumno, sin que exista un criterio unívoco o general. La desproporción ha de ponerse en conexión con el concepto de la necesidad y adecuación de los apoyos. Si estos son necesarios y adecuados, no puede hablarse de carga desproporcionada.

La educación inclusiva es un derecho fundamental. Y como tal derecho su reconocimiento debe

de ser pleno y efectivo. Y no puede estar sujeto ese reconocimiento al análisis en cada caso de las razones o motivos que contengan las resoluciones de las Administraciones Educativas. Es como si el derecho a la sanidad dependiese de las decisiones de la Administración Sanitaria.

Pues bien, habiendo transcurridos tres años desde el trabajo anterior, es un tiempo considerable para analizar y actualizar cómo ha evolucionado esa jurisprudencia, debiéndose hacer mención además a las últimas reformas normativas y en concreto a la reciente Ley Orgánica 3/2020 que modificó la Ley Orgánica 2/2006 de 3 mayo de educación.

En este ámbito del derecho a la educación inclusiva desde la anterior sentencia de 14 de diciembre de 2017 se han emitido por el Tribunal Supremo dos sentencias de interés que también han fijado doctrina.

La primera de ellas la **sentencia de 21 de junio de 2019** (sentencia n.º 861/2019, recurso de casación 4651/2018).

Se refería a un supuesto en que los padres de un menor que presentaba una discapacidad y era un alumno con necesidades educativas especiales reclamaba el derecho a elegir, entre dos centros educativos ordinarios, uno de ellos en el que tenía jornada continua y que además dicho centro, según los informes aportados permitía una mejor armonización médica y terapéutica para el menor, además de otras circunstancias como compatibilidad de horarios, de tal manera que propiciaba una mejor inclusión educativa del menor.

Cabe sintetizar los pronunciamientos de la sentencia más significativos en los siguientes:

- El Tribunal Supremo, en esta sentencia de 21 de junio de 2019, ratifica la doctrina Jurisprudencial que ya tiene elaborada en el ámbito del derecho a la educación inclusiva. Y menciona en concreto las sentencias de 12 de diciembre de 2017 y 9 de mayo de 2011. De esta manera **el Tribunal Supremo consolida como doctrina Jurisprudencial que la educación inclusiva es un derecho fundamental**. Que esencialmente se recoge en los artículos 14 y 27 de la Constitución, en cuanto al “derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la educación”. Y que la normativa obliga a remover todos los obstáculos para hacer efectivo dicho derecho. Reafirma el Tribunal Supremo que los presupuestos constitucionales “exigen a las Administraciones competentes que ofrezcan a cada alumno el tratamiento acorde conforme a sus necesidades, para desarrollar su personalidad”.

- Otro pronunciamiento de enorme trascendencia, que se contiene en esta sentencia de 21 de junio de 2019, es que la interpretación de los preceptos constitucionales mencionados, relativos a los derechos de igualdad y el derecho a la educación, ha de efectuarse conforme a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de diciembre de 2006 y ratificada por España. El Tribunal Supremo cita expresamente el artículo 2 de la Convención, que establece lo que se entiende por discriminación por motivos de discapacidad y por ajustes razonables. Y el artículo 24.1 de dicha Convención en cuanto al derecho a la educación. **Ello significa que, conforme a esta Jurisprudencia del Tribunal Supremo, la regulación normativa del derecho a la educación inclusiva requiere siempre una interpretación acorde con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**. Lo que se traduce en que, tanto en las disposiciones normativas, como en la práctica administrativa y las resoluciones de Juzgados y Tribunales, deben tener en cuenta necesariamente la Convención. Dice el Tribunal Supremo en esta sentencia:

“Entendemos que, con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, son las particularidades de cada caso las que deben tomarse en consideración en orden a la educación inclusiva”

- En razón a estos pronunciamientos, el Tribunal Supremo en la sentencia de 21 de junio de 2019, establece de forma concluyente que **en la medida en que el derecho a la educación inclusiva afecta a preceptos constitucionales, cabe acudir al procedimiento especial de protección de derechos fundamentales**. Y por ello, revoca el pronunciamiento de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja que había inadmitido el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los padres de un

menor que reclamaban que su hijo con discapacidad pudiese acudir a un centro educativo concreto ordinario, que era el adecuado en función de sus necesidades educativas y de inclusión y no el que le había asignado la Administración Educativa.

- Además de estas consideraciones, la sentencia del Tribunal Supremo entra en el fondo de la cuestión, en el sentido si se habían vulnerado los derechos a la igualdad (artículo 14 de la CE) y del derecho a la educación (artículo 27) por imponer a los padres un determinado centro educativo que ellos consideraban no acorde con las necesidades del menor y su adecuada inclusión educativa. Pues bien, el Tribunal Supremo contiene una afirmación relevante, al decir:

“Tiene, pues, razón el Ministerio Fiscal cuando aduce que la delimitación del alcance del derecho de los padres a elegir un centro educativo es correlativa al contenido de la descripción de “ajustes razonables” que no conlleven carga desproporcionada, concepto sobre los que no hubo pronunciamiento en la instancia”.

Por ello, el Tribunal Supremo considera que:

“Se ha infringido el derecho a la educación y a la igualdad en relación con la tutela a la educación inclusiva, al no haber reconocido el derecho de los recurrentes a la elección de centro, en este caso el CEIP La Estación, en las circunstancias del caso examinado”.

- El pronunciamiento mencionado de la sentencia del Tribunal Supremo tiene un calado de enorme relevancia en el ámbito de la inclusión educativa. Considera el Tribunal Supremo en esta sentencia que elegir un centro educativo por parte de los padres, basada dicha elección en que consideran el más adecuado en función de las necesidades y particularidades del alumno, constituye un ajuste razonable y por tanto reclamable, siempre que no conlleve una carga desproporcionada, lo cual por cierto debe ser acreditado por la propia Administración. Y como en este caso nada justificó al respecto, la sentencia considera que se produjo vulneración del derecho a la educación en igualdad, por no reconocer el derecho de los padres a elegir el centro en las circunstancias el caso examinado. El centro que le ofrecía la Administración al alumno no garantizaba el desarrollo de sus potencialidades y, por tanto, no favorecía la inclusión del mismo, frente al centro educativo por el que optaron los padres, acreditando que se ajustaba mucho más a sus necesidades educativas.
- Ha de advertirse, por último, que el Tribunal Supremo en modo alguno está atribuyendo a los padres el derecho a elegir la modalidad educativa para los alumnos, en concreto para los que presenten discapacidad. Para nada habla el Tribunal Supremo de esta cuestión. Lo que se dirimía era la opción de los padres por un centro concreto educativo frente a otro, por cierto, ambos centros ordinarios, y en función de las circunstancias particulares que mejor se adaptaban a las necesidades educativas del alumno.
- Al respecto debe dejarse claro que el derecho a la educación inclusiva no es titularidad de los padres. Aunque ellos tengan un papel relevante, en cuanto a participar en el proceso educativo, recibir información y efectuar propuestas. **Los titulares del derecho a la educación inclusiva son los propios alumnos.** Se establece con claridad en los instrumentos normativos, tanto nacionales como en la propia Convención. Lo ha dicho el Tribunal Supremo en la sentencia de 14 de diciembre de 2017 y el Comité de la ONU sobre el Convenio de los derechos de las personas con discapacidad, ha dejado claro que “es un derecho humano fundamental para todos los estudiantes, en particular la educación es un

derecho del que aprende y no, en el caso de los niños, el derecho de un padre o un cuidador". En este sentido, la responsabilidad de los padres justamente es reclamar para sus hijos que se respete tal derecho fundamental.

En resumen, si ya el Tribunal Supremo había avanzado significativamente en pronunciamientos jurisprudenciales sobre el derecho a la educación inclusiva en las sentencias de 9 de mayo de 2011 y de manera más detallada y pormenorizada en la de 12 de diciembre de 2017, ahora con esta sentencia de 21 de junio de 2019, existe un verdadero cuerpo Jurisprudencial que va a suponer un apoyo decisivo y relevante en el avance hacia la efectividad del derecho a la educación inclusiva, que en nuestro país aún tiene cuestiones muy importantes pendientes, entre ellas, el cumplimiento pleno y la adaptación en todos los órdenes a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La segunda sentencia a que aludíamos se refiere a la reciente **sentencia del TS de 31 de enero de 2022** (recurso de casación 2420/2019). El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la legitimación de los padres de alumnos con necesidades educativas especiales para reclamar el derecho a la educación inclusiva de los hijos menores de edad en aquellos casos en los que existan discrepancias entre ambos sobre la modalidad de escolarización de dichos menores. En concreto en ese caso se había denegado la legitimación a la madre que reclamaba un centro ordinario para su dos hijos y el padre consideraba que debían escolarizarse en un centro de educación especial.

Al respecto el Tribunal Supremo señala:

"El ejercicio de acciones por parte de los progenitores para impugnar los actos administrativos sobre el tipo de educación y la fijación del centro al que deben asistir resulta evidente, pues afectan al derecho a la educación de los hijos menores discapacitados, y al legítimo interés para que dicha edu-

cación resulte la más adecuada e idónea atendidas las características de la discapacidad que padecen".

"Se trata, en definitiva, de ejercitar una acción, por parte de un progenitor en el interés de aquellos hijos menores y discapacitados que no pueden hacerlo por sí mismos. Y ello con independencia de que el punto de vista de cada uno de los progenitores sea diferente y discrepen sobre el tipo de educación y sistema que deben seguir, pues tal circunstancia no altera el régimen jurídico sobre la legitimación en el orden contencioso-administrativo.

La conclusión contraria a la expuesta, privar de legitimación activa a los progenitores, en este caso a la madre, no sólo supondría apostar por la desprotección de los menores con discapacidad respecto de los actos administrativos que les afectan, en un ámbito esencial como es el educativo, sino que se estaría supeditando la interpretación y aplicación del cuadro, que, sobre la legitimación activa, establece el artículo 19 de la LJCA, a las decisiones judiciales del orden jurisdiccional civil. Dicho de otro modo, al socaire de la discrepancia entre los padres sobre el tipo de educación que deben recibir los hijos menores discapacitados y solventada en el orden civil tal controversia, ello no puede comportar, para quien perdió ante el juez civil, la automática pérdida de la legitimación para impugnar aquellas resoluciones administrativas que afecten al derecho a la educación de sus hijos menores".

"La legitimación, en definitiva, que es la medida con arreglo a la cual se presta el derecho a la tutela judicial efectiva por jueces y tribunales en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, ex artículo 117.3 de la CE, no puede ser negada a los progenitores de los menores con discapacidad. Esa negativa para impugnar los actos administrativos relativos a su educación, que llevan el correspondiente pie de anuncio de recurso, supone crear zonas de inmunidad en la actuación de la Administración, pues si no pueden impugnarse tales resoluciones por los

afectados, nadie podrá cuestionar su legalidad, olvidando que el artículo 106.1 de la CE encomienda a esta jurisdicción el control de la actuación administrativa, haciendo efectivo ese sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho (artículo 103.1 de la CE)”.

La importancia de esta sentencia radica en dejar muy claro que no son los padres los titulares de derecho fundamental a la educación inclusiva, sino que son los propios alumnos, es decir los hijos menores de edad que presentan discapacidad.

Ello pone de manifiesto **que los padres intervienen en el interés legítimo de los hijos menores y no pueden por tanto arrogarse como propio un derecho que es de sus hijos**. De ahí que tengan legitimación plena para impugnar resoluciones en materia de educación que afecten a dichos menores.

Y si uno de los padres considera que no se ha respetado el derecho fundamental a la educación inclusiva de sus hijos menores, aunque el otro progenitor manifieste una posición contraria, no puede negarse la legitimación de aquel y ello como señala la sentencia por dos razones esenciales: en protección de los menores con discapacidad y, en segundo lugar, porque de otra manera se crearían zonas de inmunidad en la actuación de la Administración.

En resumen, esta sentencia amplía la legitimación de cualquier padre para reclamar el derecho la educación inclusiva de sus hijos menores de edad sin tener que estar necesariamente de acuerdo ambos progenitores y todo ello en beneficio de la tutela judicial efectiva de este derecho fundamental que corresponde a los propios menores.

Forma parte del contenido esencial del derecho a la educación inclusiva el **que los alumnos con discapacidad reciban los apoyos educativos y los recursos que son ajustes razonables** en la medida en que como señala el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, constituyen: *“...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”*.

Una educación inclusiva lo es en la medida en que garantiza al alumno con discapacidad los instrumentos y medidas adecuadas a sus necesidades educativas que le permitan superar las barreras que derivan de su discapacidad y de esta forma poder disfrutar del derecho a la educación en condiciones de igualdad con los demás.

Denegar tales ajustes razonables cuando no constituyan una carga desproporcionada constituye discriminación y así lo dice de forma expresa el mismo artículo 2 de la Convención.

Sobre esta materia no hay aún una jurisprudencia del Tribunal Supremo...

Como antes hemos visto, el TS, se ha pronunciado con respecto al derecho fundamental a la educación en igualdad e inclusiva, interpretando los artículos 14 y 27 de la CE, en relación con los artículos 9.2 y 49 de la Constitución, así como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, en concreto, inicialmente en la sentencia de 9 de mayo de 2011 (RJ 2011/4100) y de manera más completa y pormenorizada, en la sentencia de 14 de diciembre de 2017 (RJ 2017/5441).

Ahora bien, en estas sentencias el Tribunal Supremo se ha referido, esencialmente, a la interpretación de dicha normativa y el expresado derecho fundamental en aquellos supuestos de resoluciones y actos administrativos de las Administraciones Educativas, en las que se decide que un alumno con discapacidad se escolarice en un centro de educación especial, medida excepcional, con respecto a la norma general de su inclusión, en centros educativos ordinarios.

Sin embargo hasta la fecha no existe una doctrina del TS que establezca con claridad el ámbito, los límites y la configuración de los ajustes razonables, para alumnos con discapacidad, en el sistema educativo y en el contexto del derecho fundamental a la educación inclusiva o en igualdad, y ello, por tanto, afecta a un importante número de personas que presentan situaciones diversas de discapacidad, a sus derechos fundamentales y a los padres o representantes legales de los mismos, que ejercen y reclaman en su nombre tales derechos.

Por ello se echa en falta una doctrina jurisprudencial que fije el alcance del término “razonable” referido a los ajustes a lo que tienen derecho los alumnos con discapacidad, es decir el establecimiento de lo que el artículo 2 de la Convención señala como “carga desproporcionada o indebida”. Estos términos no están definidos en el marco de la legislación educativa, y se están produciendo actuaciones de las Administraciones Educativas y diversas sentencias con criterios dispares, lo que incide en la seguridad jurídica y en un aspecto que forma parte del contenido esencial de derecho a la educación inclusiva. Se trata pues de que el Tribunal Supremo complete y precise esta cuestión, sobre la que aún no se ha pronunciado en las citadas sentencias.

Así refiriéndonos a un caso concreto como otros que se vienen produciendo, y en el que la interpretación

dada por la sentencia que desestimó el recurso de los padres de un alumno que presentaba trastorno del espectro autista (TEA) y que requería un apoyo educativo extenso, ha de entenderse que no dio respuesta adecuada y acorde con el derecho fundamental a la educación inclusiva, denegando dicho apoyo con las razones que a continuación detallamos.

La **sentencia del TSJ de Cataluña de fecha 3 de febrero de 2021**, efectuó una interpretación conforme a la cual los ajustes razonables a los que tienen derecho los alumnos con discapacidad si son "apoyos complementarios" pueden prestarse en un centro educativo ordinario. Ahora bien, si estos apoyos son continuos durante la vida educativa supone de facto propiciar la conversión de un centro ordinario en un centro de educación especial, ello porque los centros especiales son los únicos en los que "es viable prestarlos desde la concentración de recursos".

Esta sentencia establece una doctrina no acorde con el derecho fundamental a la educación inclusiva, y que va a tener repercusión para los alumnos con discapacidad y que presentan necesidades educativas especiales. Una gran parte de los mismos que requieren apoyos continuados y permanentes se verán discriminados y segregados a centros especiales y además con un margen de discrecionalidad plena de la Administración Educativa para decidir sobre los ajustes razonables sin establecerse parámetros objetivos de ponderación y ningún juicio de proporcionalidad en relación a los derechos fundamentales a la igualdad y a la educación.

De mantenerse la doctrina de la sentencia afectaría a muchos alumnos con discapacidad, por ejemplo, alumnos con discapacidad visual, discapacidad auditiva, alumnos con trastorno del espectro autista, ya que todos ellos requieren un apoyo continuado en su escolarización y que según las apreciaciones de la sentencia tendrían que ir a centros educativos especiales.

La propia Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad cuando define los ajustes razonables solo impone el límite de que no supongan una carga desproporcionada o indebida. Todo ello afecta a los intereses generales y en concreto al funcionamiento adecuado del sistema general educativo y a los principios de equidad, igualdad de oportunidades e inclusión educativa que se proclama en la propia Ley Orgánica de Educación de 3 de mayo de 2006, modificada por la Ley Orgánica 3/ 2020 de 29 de diciembre.

Ha de señalarse que el derecho a la educación inclusiva, es decir el derecho de todos, y por tanto también de los alumnos con discapacidad al acceso y permanencia en igualdad de condiciones, en el sistema general educativo no se garantiza únicamente con que estos alumnos se escolaricen en centros educativos ordinarios. Además de ello es necesario que reciban los ajustes razonables que requieren en función de sus necesidades educativas, ya que ello es lo que va a propiciar el respeto a la inclusión educativa efectiva.

La sentencia del TSJ de Cataluña de fecha 3 de febrero de 2021, centró la cuestión en determinar si ese apoyo de un profesional cualificado permanente para el menor constituye una carga desproporcionada o no.

Se reconoce que tiene una incapacidad total o grave para organizar su rutina cotidiana y resolver los problemas habituales. Y también se reconoce que solo se le asignaron 3 horas semanales de cuidadora de los 25 totales con la que cuenta el centro. Y se añade que "no puede dejarse de lado que no se trata de un centro de educación especial con concentración de recursos para educación especial, sino de un centro de educación ordinario, donde en su caso se puede complementar la educación ordinaria con apoyos complementarios, pero no al punto, y sin solución de continuidad, una asignación de recursos que supongan la conversión de un centro de educación ordinario en un centro de educación especial para uno de sus alumnos".

En este mismo razonamiento de la sentencia se hace la siguiente afirmación: **“Así, si las necesidades del menor son de apoyo continuo no en la más temprana infancia, sino sostenido a lo largo de toda su vida educativa, se está de facto propiciando dicha conversión del centro en uno de educación especial, que precisamente existe para poder articular los medios necesarios para atender aquellas situaciones que superan la capacidad de ser atendidas en un centro ordinario en la forma debida, y que en todo caso ha de ser la primera opción. La realidad de la existencia de centros de educación especial no se basa en menores con menos derechos a educación inclusiva, sino a que determinados apoyos a necesidades específicas, solo es viable prestarlos desde la concentración de recursos”**.

Según la interpretación que efectúa la sentencia del TSJ de Cataluña, al ser las necesidades de un menor de apoyo continuo, supondría convertir un centro ordinario “en uno de educación especial”. Y al mismo tiempo se añade que estos centros de educación especial existen “para poder articular los medios necesarios para atender aquellas situaciones que superan la capacidad de ser atendidas en un centro ordinario”. Y finalmente se dice en este mismo razonamiento, que se ha transcrito literalmente, que los centros de educación especial no se basan “en menores con menos derechos a educación exclusiva, sino que, a determinados apoyos a necesidades específicas, solo es viable prestarlos desde la concentración de recursos”.

Por último, ha de señalarse que la sentencia plantea una cuestión que requiere pronunciamiento del Tribunal Supremo, como es, dejar claro si los apoyos educativos cuando tienen determinada intensidad para estos alumnos y alumnas, pueden entenderse exclusivos de centros especiales, o por el contrario como sostenemos, como norma general los apoyos educativos han de prestarse en centros ordinarios, lo que es conforme con el Derecho a la Educación Inclusiva.

Los padres interpusieron recurso de casación que no fue admitido por el Tribunal Supremo al considerar que no existía interés casacional. El asunto está pendiente de resolución por el Tribunal Constitucional al haberse interpuesto recurso de amparo.

En otros casos se han producido sentencias considerando vulnerado el derecho fundamental a la educación inclusiva por haberse denegado los ajustes razonables solicitados para alumnos con necesidades educativas especiales.

Cabe citar así las sentencias siguientes:

- Sentencia 954/2016 de 15 noviembre del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana,
- Sentencia 8/2019 de 18 diciembre del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de Las Palmas de Gran Canaria,
- **Sentencia 285/2021 de 9 abril del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias.**

Con respecto esta última sentencia es interesante destacar que consideró que los apoyos a los alumnos con discapacidad han de fijarse en función de las necesidades educativas de cada alumno y no como se efectuó en el caso de la sentencia a un mismo grupo de alumnos los apoyos educativos.

Dice así la sentencia:

“Respecto a la vulneración del derecho a la educación del hijo del demandante, analizados los criterios contrapuestos de las partes partiendo del supuesto de hecho determinado en los fundamentos precedentes, procede estimar el de parte demandante basado en la correlación conjunta y coherente de necesidades, recursos y medios, que impone una atención individualizada de cada uno de los alumnos y alumnas de Necesidades Educativas Especiales como regla general, en lugar de

que constituya una excepción, estimando al efecto los razonamientos de la parte demandante de que no se pueden establecer las mismas necesidades para un mismo grupo, cuando no tienen las mismas necesidades un alumno con discapacidad sensorial, que motora, que intelectual,...

Añade la sentencia que:

“Por todo ello frente al modelo adaptado a las necesidades educativas especiales de cada alumno, mediante una atención individualizada, que ha seguido la Administración educativa demandada hasta el presente curso escolar, la modificación del mismo basado en atención grupal y por aula en función de los medios y recursos disponibles en cada centro, resulta evidente que no responde a las exigencias legales y necesidades concretas de apoyo de cada alumno, resultando parcialmente

contraria a la educación inclusiva reconocida por la LO 2/2006 de Educación como principio de equidad que recoge y establece, y ello al descartar como regla general los apoyos intensivos como apoyos singulares, disponiendo que sean grupales”.

Como vamos a ver a continuación las últimas reformas educativas tampoco han establecido unos criterios claros en orden a la fijación de los ajustes razonables, siendo por ello una cuestión esencial que requiere de una clarificación normativa y en todo caso de una jurisprudencia que dé seguridad jurídica y que en definitiva establezca un adecuado desarrollo para su aplicación práctica, teniendo en cuenta la situación de tantos alumnos que no están recibiendo los apoyos educativos que precisan y por tanto las situaciones de discriminación que se producen.

La Ley Orgánica 3/2020 de 29 de diciembre, que modificó la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación (LOMLOE), hace una apuesta decidida por la Educación Inclusiva señalando la exposición de motivos: *“La adopción de estos enfoques tiene como objetivo último reforzar la equidad y la capacidad inclusiva del sistema, cuyo principal eje vertebrador es la educación comprensiva. Con ello se hace efectivo el derecho a la educación inclusiva como derecho humano para todas las personas, reconocido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificada por España en 2008, para que este derecho llegue a aquellas personas en situación de mayor vulnerabilidad”*.

Ello se concreta en varios preceptos del Texto Legal. En la modificación de varios apartados del artículo 1 de la Ley Orgánica 2/2006, haciendo alusión a la equidad *“que garantice la igualdad de oportunidad para el pleno desarrollo de la personalidad a través de la educación, la inclusión educativa...”*

Se modifican varios apartados del artículo 74 de la misma Ley Orgánica 2/2006 estableciéndose en el apartado 2 de dicho precepto legal que siempre habrá que tener en cuenta **“el interés superior del menor y la voluntad de las familias que muestren su preferencia por el régimen más inclusivo”**. En el mismo precepto se establece que corresponde a las Administraciones Educativas *“favorecer que el alumnado con necesidades educativas especiales pueda continuar su escolarización de manera adecuada en todos los niveles educativos pre y post obligatorios”*.

Se añade que las Administraciones educativas están obligadas a: **“proporcionar los recursos y apoyos complementarios necesarios y proporcionar las atenciones educativas específicas derivadas de discapacidad o trastornos de algún tipo durante el curso escolar”**.

La misma Ley Orgánica 3/2020 ha modificado también la Ley Orgánica 8/1985 de 3 de julio reguladora del derecho a la educación.

Así ahora el artículo cuarto de dicha Ley establece **el derecho de los padres a ser oídos** *“en aquellas decisiones que afecten a la orientación académica y profesional de sus hijos e hijas”*. Y se configura como un derecho de los alumnos el recibir *“una educación inclusiva y de calidad”*. Y en el artículo sexto el derecho a **“recibir las ayudas y los apoyos precisos para compensar las carencias y desventajas de tipo personal, familiar, económico, social y cultural, especialmente en el caso de presentar necesidades educativas especiales, que impidan o dificulten el acceso y la permanencia en el sistema educativo”**.

Ahora bien, pese a estos avances, subsiste la cuestión esencial de fondo como es que el Estado Español sigue sin adaptar estas leyes educativas a la Convención. Y desde esta perspectiva esta última reforma educativa es una oportunidad perdida para que España disponga de una regulación del derecho fundamental a la educación inclusiva acorde con la Convención.

Persiste el artículo 74 de la LOE en su redacción original que dispone: *“la escolarización del alumnado que presenta necesidades educativas especiales se regirá por los principios de normalización e inclusión y asegurará su no discriminación y la igualdad efectiva en el acceso y la permanencia en el sistema educativo, pudiendo introducirse medidas de flexibilización de las distintas etapas educativas, cuando se considere necesario. La escolarización de este alumnado en unidades o centros de educación especial, que podrá extenderse hasta los veintinueve años, sólo se llevará a cabo cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios”*.

El precepto es incompatible con la Convención. La pervivencia de los centros de educación especial no es compatible con la misma y así lo ha reiterado el Comité de la ONU sobre la convención en varios informes, entre otros el relativo a la investigación sobre España publicado en junio de 2018.

“A través de la excepción del artículo 74, párr. 1, de la Ley Orgánica para la mejora de la calidad educativa, la legislación perpetúa la exclusión discriminatoria basada en la discapacidad. El Comité observó que la aplicación práctica de esta legislación resulta en la exclusión de los alumnos con discapacidad del sistema de educación general, además de la separación del alumnado con discapacidad de su comunidad inmediata en la mayoría de los casos, en razón de la ubicación de los centros de educación especial. El Comité observó que el marco normativo permite la coexistencia de dos sistemas de educación, ordinaria y especial, con estándares educativos distintos, dejando a los alumnos con discapacidad en un entorno de muy baja o menor expectativa del alumnado con discapacidad y de su rendimiento por parte de los maestros y la administración. La exclusión incluye prácticas segregativas en donde el alumnado con discapacidad transferido al sistema de educación especial es percibido como personas de “segunda categoría”, “sin muchas oportunidades”, excluidos del resto de la sociedad”.

Pues bien, además de la vigencia de dicho precepto legal que permite la segregación escolar, con un amplio margen de discrecionalidad por parte de las Administraciones Educativas, que no siempre respetan los criterios fijados por el Tribunal Supremo en las sentencias antes analizadas, la misma Ley confirma y da apoyo a los centros de educación especial.

Así, la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 3/ 2020 de 29 de diciembre es ciertamente desalentadora al establecer que se desarrollará un plan para que:

“...en el plazo de diez años, de acuerdo con el artículo 24.2.e) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas y en cumplimiento del cuarto Objetivo de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, los centros ordinarios cuenten con los recursos necesarios para poder atender en las mejores condiciones al alumnado con discapacidad. Las Administraciones educativas continuarán prestando el apoyo necesario a los centros

de educación especial para que estos, además de escolarizar a los alumnos y alumnas que requieran una atención muy especializada, desempeñen la función de centros de referencia y apoyo para los centros ordinarios”.

En definitiva, España sigue teniendo un sistema dual educativo: la educación ordinaria que permite la inclusión siempre que los alumnos cuenten con los ajustes razonables requeridos; y la educación especial que no es compatible con la inclusión educativa desde el momento en que en estos centros los alumnos con discapacidad no socializan con sus iguales al relacionarse con otros alumnos que también presentan discapacidad.

Han pasado prácticamente tres años desde nuestro trabajo anterior sobre esta materia. Se han producido avances en la normativa y en la jurisprudencia. Avances tímidos, que en todo caso han permitido a muchos padres visibilizar situaciones de discriminación y reclamar derechos. Con mucha carga emocional, de tiempo y hasta económica. Y también se han producido retrocesos y se pretenden confundir centros especiales con inclusión.

Por ello concluiremos con lo que finalizamos nuestro artículo de mayo de 2018:

“Ha de caminarse –y con urgencia– hacia el reconocimiento pleno de la educación inclusiva para todas las personas y una aplicación íntegra de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, incluyendo la situación actual de los centros de educación especial –que desde luego no son mencionados en la Convención– y que deben transformarse en centros de recursos y apoyo a los centros educativos ordinarios, pero no constituir como tales una modalidad de escolarización, ya que ello no es compatible con el derecho a la educación inclusiva.

Están en juego la dignidad y la igualdad de nuestro sistema educativo”.

León 14 de febrero 2022

Avances en la Jurisprudencia en España: Derecho a la Educación Inclusiva



www.sindromedown.net
www.mihijodown.com
www.centrodocumentaciondown.com
www.creamosinclusion.com

ANDALUCÍA: Down Andalucía · Down Almería · Down El Ejido · Fundación Los Carriles · Down Barbate-Asiquipu · Besana-Asociación Síndrome de Down Campo de Gibraltar · Down Cádiz-Lejeune · Down Chiclana-Asodown · Cedown · Down Jerez-Aspanido Asociación · Down Jerez-Aspanido Fundación · Down Córdoba · Down Granada · Down Huelva-Aones · Down Huelva Vida Adulta · Down Jaén · Down Málaga · Down Ronda y Comarca, Asidoser · Down Sevilla y Provincia · Down 21 Sevilla **ARAGÓN:** Down Huesca · Down Zaragoza · Up & Down Zaragoza **ASTURIAS:** Down Principado de Asturias **BALEARES:** Fundación Asnimo · Down Menorca **CANARIAS:** Down Las Palmas · Down Tenerife-Trisómicos 21 **CANTABRIA:** Fundación Síndrome de Down de Cantabria **CASTILLA Y LEÓN:** Down Castilla y León · Down Ávila · Down Burgos · Down León-Amidown · Down Palencia · Down Salamanca · Down Segovia · Down Valladolid · Asociación Síndrome de Down de Zamora · Fundabem **CASTILLA LA MANCHA:** Down Castilla La Mancha · aDown Valdepeñas · Down Ciudad Real-Caminar · Down Cuenca · Down Guadalajara · Down Talavera · Down Toledo **CATALUÑA:** Coordinadora Down Catalunya · Down Sabadell-Andi · Down Girona-Astrid 21 · Down Lleida · Down Tarragona · Fundació Catalana Síndrome de Down · Fundació Projecte Aura · Fundación Talita **CEUTA:** Down Ceuta **EXTREMADURA:** Down Extremadura · Down Badajoz · Down Don Benito-Villanueva de la Serena · Down Mérida · Down Zafra · Down Cáceres · Down Plasencia **GALICIA:** Federación Down Galicia · Fundación Down Compostela · Down Coruña · Down Ferral-Teima · Down Lugo · Down Ourense · Down Pontevedra-Xuntos · Down Vigo **MADRID:** Danza Down · Fundación Apracor · Down Tres Cantos-Sonrisas Down · Fundación Unicap **MURCIA:** Águilas Down · Asido Cartagena · Assido Murcia · Down Cieza · Fundown, Fundación SD de la Región de Murcia · Down Lorca · Down Murcia-Aynor **NAVARRA:** Down Navarra **PAÍS VASCO:** Down Araba-Isabel Orbe · Fundación Síndrome de Down del País Vasco **LA RIOJA:** Down La Rioja-Arsido **COMUNIDAD VALENCIANA:** Down Alicante · Asociación Síndrome de Down de Castellón · Fundación Síndrome de Down Castellón · Downval Treballant Junts

Síguenos en:

