



La doctrina jurisprudencial sobre el derecho a la educación inclusiva: evolución.

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017

Juan Rodríguez Zapatero
Abogado

Presentación

El autor, Juan Rodríguez Zapatero, abogado y experto en asuntos jurídicos sobre discapacidad y en especial, sobre educación inclusiva, analiza los aspectos más destacados de la jurisprudencia sobre esta materia.

Se detalla en el texto, como han sido los pronunciamientos de Juzgados y Tribunales sobre el derecho a la educación inclusiva, antes de que existiese doctrina del Tribunal Constitucional; a partir de la sentencia de 27 de enero de 2014, el análisis de la misma y las sentencias posteriores, hasta llegar a la importante sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017.

Precisamente, se considera esta sentencia trascendente por la configuración definitiva de la educación inclusiva como un derecho fundamental, con las consecuencias prácticas jurídicas que ello tiene y de amparo judicial. Y de manera muy destacada, cuáles son los mandatos y las obligaciones que incumben a las Administraciones educativas, en orden a garantizar la efectividad de este derecho fundamental.

Merece resaltarse de esta sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017, todo lo relativo a los apoyos y ajustes razonables que obligatoriamente deben efectuar las Administraciones educativas a los alumnos que presenten algún tipo de discapacidad y tengan por ello necesidades educativas especiales.

Esta es tal vez una de las cuestiones trascendentes, el de los ajustes razonables, para que los alumnos con discapacidad, puedan realmente desarrollar todos sus potenciales, su desarrollo personal, aprendizaje y plena inclusión educativa, sin sufrir ningún tipo de discriminación, en razón a su discapacidad.

El texto concluye señalando que pese a los avances que entraña toda esta Jurisprudencia, aún queda un camino significativo por recorrer para la aplicación efectiva e íntegra sobre la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en nuestro país.

El informe La doctrina jurisprudencial sobre el derecho a la educación inclusiva: evolución. La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017 fue publicado en el *Nº3 de los Anales de Derecho y Discapacidad de junio 2018*, al que ha tenido acceso DOWN ESPAÑA. Disponible en la web: www.fderechoydiscapacidad.es

	Pág.
1.- Introducción: el derecho a la educación inclusiva como un derecho fundamental	4
2.- Pronunciamientos judiciales anteriores a la sentencia del TC de 27 de enero de 2014	5
3.- La sentencia del TC de 27 de enero de 2014.....	7
4.- Las sentencias de Tribunales Superiores de Justicia posteriores a la sentencia del Tribunal Constitucional	8
5.- La trascendente sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017	9

1.- Introducción: el derecho a la educación inclusiva como un derecho fundamental.

El derecho a la educación es constitucionalmente un derecho de todos. Así lo proclama nuestra Constitución, cuando en su artículo 27 comienza diciendo que “todos tienen el derecho a la educación”. Y cuando el mismo texto constitucional, en su artículo 14, reconoce el derecho de todos los españoles a la igualdad y a no sufrir discriminación, por ninguna circunstancia personal o social.

Desde esta perspectiva, el derecho a la educación inclusiva es el derecho a la educación sin más adjetivos. El derecho de todos a acceder y permanecer en el sistema educativo ordinario en condiciones de igualdad y a no sufrir discriminación, tampoco por razón de discapacidad.

Desde hace tiempo, se han regulado normativamente los derechos de las personas con discapacidad en nuestro país. Así -entre otras disposiciones -, y como normativa general, cabe mencionar la Ley 13/1982 de integración social de los minusválidos (LISMI), la Ley 51/2003 de 2 de diciembre de igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad (LIUNDAO); o la Ley 39/2006 de 14 de diciembre de atención a las personas en situación de dependencia, por citar algunas de las más relevantes.

En el ámbito de la educación, ya la Ley Orgánica 8/1985 de 3 de junio del derecho a la educación, se refería a aquellos alumnos que presentan “necesidades educativas especiales”, concepto que aparece por primera vez a través de este texto normativo en nuestro ordenamiento jurídico. Y que continúa en la Ley Orgánica 1/1990 (LOGSE) y en la Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo de educación, en las cuales se alude a la equidad, a la igualdad de oportunidades, a la inclusión educativa y a la no discriminación. Y más recientemente, cabe mencionar el Real Decreto Legislativo 21/2013 de 21 de noviembre, que aprobó el Texto Refundido de la Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad, a las que reconoce “el derecho a una educación inclusiva, en equidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás”.

A todo ello hay que añadir que existe una profusión normativa sobre el derecho a la educación inclusiva a través de las distintas Leyes y normativas de las Comunidades Autónomas, en todas las cuales se alude sistemáticamente a inclusión educativa, a equidad y a igualdad de oportunidades. Se hace necesario y urgente la aprobación de una Ley básica e integral sobre la educación inclusiva. La actual situación normativa es de una profusión y complejidad enorme y con distintas modalidades de escolarización en las Comunidades Autónomas. Ello no tiene sentido, ni es acorde con lo que debe ser la regulación como norma básica de un derecho fundamental, ya que ello incide en la seguridad jurídica y en el principio de igualdad.

El derecho a la educación inclusiva está plenamente reconocido en el ordenamiento jurídico español, a nivel normativo.

Cuestión diferente es la aplicación práctica y la realidad de la educación inclusiva en nuestro país, que aunque no sea objeto de análisis en este trabajo, está aún distante de poderse afirmar que la efectividad de la inclusión educativa se produce como norma general. Queda un camino significativo por recorrer para lograr que este derecho fundamental sea efectivo y se generalice su aplicación en centros escolares y en las decisiones de las Administraciones. Los padres que tienen hijos con discapacidad, son los mejores testigos de ello.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 (ratificada por España y en vigor desde el 3 de mayo de 2008), significó un hito histórico trascendente en cuanto que enmarca la discapacidad desde la óptica de los derechos fundamentales. Sin embargo, no es aún una norma asumida plenamente, ni por los poderes públicos ni en muchos casos por los propios Tribunales de Justicia en sus interpretaciones.

La Ley 26/2011 de 1 de agosto, de adaptación a la normativa de la Convención, que modificó diferentes Leyes, no efectuó esa adaptación en cuanto a las Leyes educativas.

Pues bien, pese a esa profusión normativa, sorprendentemente, hasta fechas bien recientes, no se había pronunciado ni el Tribunal Constitucional ni el Tribunal Supremo sobre esta materia de una forma completa, que definiese el derecho a la educación inclusiva, su contenido, su alcance y las obligaciones y mandatos de las Administraciones Educativas.

En razón a ello, parece oportuno y necesario efectuar un pequeño bosquejo de la evolución de la doctrina jurisprudencial en este ámbito de la educación inclusiva.

2.- Pronunciamientos judiciales anteriores a la sentencia del TC de 27 de enero de 2014.

De una forma esquemática, podemos hablar de una primera etapa en la evolución jurisprudencial, que se concretaría en los pronunciamientos jurisprudenciales, en la que aún no había una doctrina ni del Tribunal Constitucional ni del Tribunal Supremo.

No obstante, deben mencionarse algunos pronunciamientos jurisprudenciales de relevancia, como la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de noviembre de 2009, que aplicó la Convención para conceder el derecho a una beca a una persona con discapacidad. Y la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2011 (RJ 2011/4100), que en un procedimiento de derechos fundamentales, consideró vulnerado el derecho a la educación por parte de la Administración Educativa, en relación con el derecho a la igualdad, porque un aula de un Colegio Público no estaba provista de los recursos y medios requeridos para atender a niños con trastornos del espectro autista, a los que la sentencia señala que se “encuentran con ellas en un posición de desigualdad de partida,

que les hace acreedores de una respuesta de las Administraciones Educativa adecuada a sus necesidades”.

Si el análisis lo situamos en las sentencias dictadas por los diferentes Tribunales Superiores de Justicia, las notas que caracterizan este conjunto de sentencias serían las siguientes:

- La mayor parte de dichas sentencias, aun cuando muchas de ellas están dictadas en procedimientos especiales de protección de los derechos fundamentales, no enfocan el derecho a la educación inclusiva desde la perspectiva constitucional de tal derecho, sino que analizan los actos administrativos objeto de revisión, en el sentido de si son conformes o no a la legalidad ordinaria.
- En estas sentencias, se insiste en que el derecho a la educación no es incondicionado ni absoluto y se pone el acento más en los límites y en las limitaciones de carácter económico y presupuestario (sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 16 de noviembre de 1998 -RJ 1998/4763-, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 8 de febrero de 2011 -JUR 2012/386339- o la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 26 de octubre de 2012, que expresamente dice que el derecho a la educación integrativa no es un derecho absoluto).
- Otro elemento a destacar es que en muchos casos se desestiman los recursos en los que se ha invocado el derecho a la igualdad en la educación, con base en que no se aportó prueba de trato discriminatorio o desigual respecto de otras circunstancias idénticas. Es decir, el parámetro de comparación según estas sentencias no ha de ser con respecto al resto de personas que no tienen discapacidad (sus iguales), sino con respecto a otros alumnos que también tengan discapacidad (en este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 22 de marzo de 2013). En el mismo sentido cabe citar las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 16 de septiembre de 1998 -JCA 1998/4763- y de 28 de agosto de 2001 -RJCA 2001/1111-).
- Los dictámenes de escolarización e informes psicopedagógicos, constituyen el elemento fundamental en el que se basan los pronunciamientos y fallos de las sentencias, que dan un valor prevalente a los mismos. incluso, como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 22 de abril de 2002 (JUR 2002/206601), las pruebas aportadas por los padres “que merecen la debida consideración, pero en modo alguno pueden servir para enervar los informes, evaluaciones y dictámenes emitidos por los organismos llamados por la Ley a efectuarlo”. En el mismo sentido, sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 20 de marzo de 2009 (JUR 2009/234141), de 13 de mayo de 2011 (JUR 2011/293990) y de 22 de marzo de 2013, entre otras.

3.- La sentencia del TC de 27 de enero de 2014

El Tribunal Constitucional en la **sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de enero de 2014** (RTC 2014/10), se pronunció de manera específica sobre este derecho fundamental, por primera vez.

Esta sentencia recayó en un supuesto de la escolarización de un menor, que presentaba un grado de autismo y que también fue excluido del sistema ordinario. El Tribunal Constitucional no concedió el amparo (el Ministerio Fiscal solicitó la estimación del recurso y dos Magistrados efectuaron votos particulares), en razón a que en ese caso los informes habrían justificado la escolarización del menor en un centro de educación especial.

La sentencia enmarca el derecho a la educación de las personas con discapacidad como un derecho fundamental, toda vez que cita expresamente los artículos 27 y 14 de la CE y concede especial relevancia a la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El TC, en esta sentencia, analiza la normativa reguladora del derecho a la educación de las personas con discapacidad, y declara que:

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

Es decir, el TC en esta sentencia deja claro que la educación ha de ser inclusiva y que ello es la norma general, de tal manera que siendo la excepción la escolarización en centros de educación especial y justamente porque están en juego derechos fundamentales, se exige una motivación que acredite que sea inviable la integración del menor discapacitado en un centro ordinario.

4.- Las sentencias de Tribunales Superiores de Justicia posteriores a la sentencia del Tribunal Constitucional.

Los pronunciamientos del TC -anteriormente analizados- supusieron un giro significativo, en la medida en que los pronunciamientos jurisprudenciales posteriores a aquella sentencia, por parte de Tribunales Superiores de Justicia y Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, siguieron los principios de la doctrina constitucional, si bien hay que señalar que introdujeron en muchos casos otras consideraciones y exigencias de motivación de indudable trascendencia.

El conjunto de esta doctrina se concreta en las sentencias siguientes:

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de noviembre de 2015 (JUR 2015\303775), sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 1 febrero de 2016 (JUR 2016\65981), sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 21 de julio de 2016 (recurso de derechos fundamentales 199/2015), sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 15 de noviembre de 2016; y sentencias del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 14 de junio de 2017 (JUR 2017\199323) y de 25 de enero de 2018 (sentencia nº 19/2018).

En alguna de ellas -como por ejemplo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 1 de febrero de 2016-, se pone también el acento en el aspecto socializador que los centros ordinarios suponen y cuando además, no se había acreditado que la escolarización del menor en un centro educativo ordinario, supusiese una carga desproporcionada para la Administración, señalando ya que solamente cabe optar por una escolarización en centro de educación especial, cuando se han agotado las posibilidades de aplicación de la educación inclusiva o se produzca algún perjuicio para el menor.

Y en la misma línea, las sentencias mencionadas del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, que a partir de la sentencia de 21 de julio de 2016, destacan la necesidad de que la Administración Educativa fundamente la decisión de escolarizar un alumno con discapacidad en un centro de educación especial cuando esté “acreditado el agotamiento de las posibilidades de inclusión del alumno”. Obsérvese que habla de acreditación, de que se han agotado no sólo las medidas adoptadas, sino también cualquiera otra posibilidad de inclusión. Como luego veremos, este concepto esencial, ha sido asumido por el Tribunal Supremo en la importante sentencia de 14 de diciembre de 2017, que es objeto a continuación de un análisis más detallado.

Como se desprende del análisis que se ha efectuado de la evolución jurisprudencial en esta materia, cabe señalar que las primeras sentencias que se produjeron, incluso ya con plena aplicación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que España ratificó y entró en vigor el 3 de mayo de 2008, con algunas excepciones,

mantuvieron una doctrina y una línea interpretativa ciertamente no acorde con dicha Convención, en la medida en que no se analizaba el derecho a la educación inclusiva desde una perspectiva de derecho fundamental y sobre todo, primando a los informes de la Administración Educativa a los que se concedía prácticamente una presunción de veracidad, sin ponderar ni enjuiciar el contenido de los mismos, precisamente desde una óptica del derecho fundamental a la educación inclusiva. De ahí que fuesen en general desfavorables en cuanto a las reclamaciones de padres de alumnos que solicitaban que sus hijos se escolarizasen en centros ordinarios, con los apoyos que requiriesen.

Esta situación jurisprudencial, experimentó una inflexión con la sentencia del TC de 27 de enero de 2014, que por primera vez supuso un pronunciamiento de la educación inclusiva de las personas con discapacidad, desde el ámbito de los derechos fundamentales y realizando ya un juicio de proporcionalidad, con las exigencias de motivación necesarias por parte de la Administración Educativa para justificar decisiones de escolarización en centros de educación especial, que como señaló el propio TC, implica la exteriorización de los motivos de tal decisión “por respeto a los derechos fundamentales y bienes jurídicos afectados”.

Las sentencias de Tribunales Superiores de Justicia que se dictaron con posterioridad a dicha sentencia del TC, siguieron en líneas generales la doctrina constitucional y podríamos decir que en gran medida, precisaron y ampliaron las exigencias y requerimientos de motivación, dejando claro que compete a las propias Administraciones Educativas, cuando decidan escolarizar a alumnos con discapacidad en centros de educación especial, motivar y acreditar la imposibilidad de inclusión educativa en un centro ordinario del alumno.

En estas sentencias se entra ya en el análisis y en el enjuiciamiento valorativo de los contenidos de los informes psicopedagógicos, dictamen de escolarización y otros informes, emitidos por los órganos competentes de las Administraciones Educativas, ponderando y tomando en consideración también como pruebas válidas los informes periciales y otra documentación que los padres de dichos alumnos aportaron a los correspondientes procedimientos judiciales.

En esta situación se encontraba la doctrina jurisprudencial sobre educación inclusiva, cuando se va a producir un pronunciamiento importante del Tribunal Supremo en la sentencia que a continuación será objeto de análisis.

5.- La trascendente sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en la sentencia de 14 de diciembre de 2017 (sentencia nº 1976/2017, recurso de casación 2965/2016), en profundidad y con detalle,

sobre el contenido esencial del derecho a la educación inclusiva, es decir, el derecho al acceso y a la permanencia en el sistema educativo ordinario en igualdad, sin ningún tipo de discriminación.

Resumidamente, el supuesto objeto de esta sentencia se refería a un niño con autismo, escolarizado desde hacía tiempo en un centro educativo ordinario, con apoyo de aula TEA. Y la Administración Educativa, en este caso la Comunidad Autónoma de La Rioja, alteró esa modalidad, decidiendo que se escolarizase en un centro de educación especial. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja estimó el recurso de los padres, declarando el derecho del menor a su educación inclusiva y el Tribunal Supremo en esta sentencia desestimó el recurso de casación que había interpuesto la Comunidad Autónoma de La Rioja.

El análisis de esta sentencia ha de referirse necesariamente a tres aspectos esenciales: la conceptualización como derecho fundamental del derecho a la educación inclusiva y su alcance (i); las obligaciones que como contenido esencial de este derecho tienen los centros educativos y las Administraciones Públicas con competencias en materia de educación, que el propio Tribunal Supremo denomina “mandatos” (ii); y el aspecto trascendente de cuál es 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 (iii).

Por lo que se refiere a la primera de las cuestiones enunciadas, el Alto Tribunal en esta sentencia de 14 de diciembre de 2017, establece una serie de consideraciones relevantes que se pueden sintetizar en las siguientes:

- El Tribunal Supremo menciona expresamente los artículos 14 (derecho a la igualdad) y 27 (derecho a la educación), de la Constitución en íntima vinculación entre ambos, para aludir al “derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la educación”. En el Fundamento Jurídico cuarto, precisa aún más este derecho, en el sentido de que “para garantizar la igualdad efectiva y la no discriminación en el ejercicio del derecho a la educación de los alumnos con una discapacidad o trastorno grave de conducta, rigen los principios de normalización e inclusión, tanto para el acceso como en la permanencia en el sistema educativo”¹. Por tanto, la educación inclusiva tiene una dimensión netamente constitucional en la relación entre el derecho a la igualdad del artículo 14 y el derecho a la educación del artículo 27 del Texto Constitucional; siendo además un mandato constitucional el remover cualquier obstáculo que dificulte la

¹ El texto de la sentencia recoge las expresiones que se contienen en el artículo 74.1 de la Ley Orgánica 3/2006 de 3 de mayo de Educación.

efectividad de tal derecho. Por ello, la cita del artículo 9.2 de la Constitución en la sentencia, resulta significativa.

- Debe destacarse el concepto de “permanencia en el sistema educativo”. El derecho fundamental, se concreta no sólo en el acceso a la educación, en régimen de inclusión, sino que el derecho comprende también a la permanencia en el sistema educativo ordinario en condiciones de igualdad y sin discriminación. Por ello, no se garantizará el derecho fundamental con que el alumno acceda al sistema educativo ordinario, es decir, se escolarice en un centro educativo ordinario, sino que la inclusión educativa es un proceso continuo, que requiere un seguimiento y por tanto que las medidas y ajustes no sólo estén determinadas, sino que se hagan efectivas de manera plena; que se revisen cuando sea preciso y siempre con el objetivo de la integración².
- La consideración del derecho a la educación inclusiva como un derecho fundamental, tiene unas consecuencias jurídicas relevantes. Los padres o tutores, en su condición de representantes legales de los hijos menores o en su caso los propios alumnos cuando alcancen la mayoría de edad pueden acudir al procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, que se recoge en el Capítulo I, del Título V de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998. Ello da una garantía de amplitud a la protección de tal derecho, además de la agilización de plazos, ya que se podrán impugnar a través de este procedimiento especial, no sólo resoluciones denegatorias de la escolarización en centros educativos ordinarios, sino también cualquier clase de resolución, decisión y hasta actuación material, o vía de hecho, que suponga desconocer la inclusión educativa. Así, si un alumno se encuentra en un centro educativo sin los apoyos ni ajustes razonables, o no se prestan de manera efectiva, ante ello, podrá interponerse recurso a través de este procedimiento de protección de los derechos fundamentales.
- La sentencia del Tribunal Supremo, en este fundamento de derecho tercero, resalta que la normativa interna (se refiere básicamente a la Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo), aun cuando hay que entender que es toda la normativa aplicable “debe interpretarse conforme a los Tratados Internacionales”. Y menciona expresamente en concreto el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, Ratificada por España mediante Instrumento de Ratificación publicado en el BOE de 21 de abril de 2008. Ello tiene singular trascendencia jurídica,

² Esta dimensión del derecho a la educación inclusiva tanto para el acceso como la permanencia en el sistema educativo, tiene una evidente conexión con el concepto de la educación inclusiva como un proceso continuo, que se recoge en el Comentario General Nº 4/2016, del Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, apartado 12.I.

en la medida en que tanto los órganos administrativos, como los Juzgados y Tribunales, deberán aplicar directamente la Convención, y en caso de discrepancia de una norma interna de cualquier rango, con respecto a la Convención, hay una prevalencia normativa de esta última³.

El segundo de los aspectos -antes mencionados- que resulta de enorme significación en el ámbito del derecho a la educación inclusiva, lo aborda la sentencia del Tribunal Supremo, refiriéndose a lo que podríamos denominar “el contenido esencial” del derecho, es decir, en qué se concreta el derecho a la educación inclusiva; o para ser más precisos, cuáles son las obligaciones que en este ámbito corresponden a las Administraciones educativas.

La sentencia parte de la premisa esencial de que el derecho a la educación en igualdad impone como norma o regla general la “integración en centros ordinarios con medidas de atención a la diversidad, que pueden flexibilizarse en las distintas etapas educativas si es necesario”.

Para la consecución de este principio o regla general -añade el Tribunal Supremo en esta sentencia- que la normativa “ordena” (expresión inequívoca de que se trata de un mandato imperativo ineludible) a las Administraciones “una puesta de medios para que procuren apoyos y atenciones educativas, específicas, personalizadas y efectivas para estos alumnos con necesidades educativas especiales”.

Los términos “**específicas y personalizadas**”, para referirse a las medidas de apoyo a los alumnos con discapacidad, tiene una importancia relevante, ya que ello implica que tales medidas tienen que estar siempre orientadas en función de las características personales y las necesidades concretas y determinadas que tenga cada alumno que presente una discapacidad o diversidad funcional. No vale una medida genérica inconcreta o fuera del contexto de esa personalización necesaria. Por tanto, los apoyos han de significar una respuesta educativa personalizada, en función de las capacidades y potencialidades de cada alumno. No ha de ser éste el que se adapte al sistema, sino

³ Sentencia de la Audiencia Nacional de 2 de noviembre de 2009 (RJCA 2010\60), es significativa, en cuanto que aplicó la Convención para conceder el derecho a una beca a una persona que tenía una discapacidad neurológica y según la normativa no había alcanzado la puntuación requerida. La sentencia señala que *“la entrada en vigor de la Convención debe llevar consigo, obviamente, la adaptación de la normativa española al instrumento internacional en todo aquello que lo contravenga, pero también permite a los órganos judiciales, inmediatamente, interpretar la normativa vigente de conformidad con la Convención, completando las lagunas de nuestro ordenamiento jurídico con el propio texto de la Convención, garantizando así la efectiva aplicación de los derechos reconocidos en la norma internacional a las personas con discapacidad”*.

el sistema y la organización educativa la que se mueva en función de las necesidades educativas del alumno. Ello es la esencia de la inclusión educativa.

Y además, las medidas han de ser **“efectivas”**, por tanto, ha de hacerse una verificación práctica de tales medidas de apoyo. No basta con ponerlas formalmente y decir que ya se ha cumplido con la obligación de puesta de medios. Han de ser eficaces. Han de dar resultados, en orden a la inclusión. Y ello exige una evaluación y un análisis de las adoptadas y en su caso adoptar otras que reúnan esta característica esencial de la efectividad. Es por tanto una obligación de resultado, no únicamente una obligación de medios. Y en función de los resultados obtenidos, se podrá determinar si tales medidas han sido efectivas o no, siempre desde el parámetro esencial de la inclusión educativa.

El concepto de medidas de apoyo personalizadas y efectivas, lo encontramos en el artículo 24.2.e) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por lo que la sentencia del Tribunal Supremo hace una adaptación o trasposición adecuada de este precepto de la Convención que ya de por sí, es directamente aplicable, al formar parte del ordenamiento jurídico interno, por haber sido ratificada la Convención por España.

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017, precisa más. Va más allá, en la articulación y concreción de esta obligación de puesta de medios de apoyos y atenciones personalizadas y efectivas para estos alumnos.

Así, en el mismo Fundamento Jurídico cuarto, número tercero de la sentencia, se destaca que estos apoyos han de hacerse **“dentro del Sistema General de Educación”**. Es decir, en un entorno de centros educativos ordinarios, porque ello es el Sistema General de Educación, no en los centros de educación especial, que como hemos visto, aunque forman parte del sistema educativo, no dejan de ser una excepción a la norma general de la inclusión, que ha de tener lugar en el ámbito de los centros educativos ordinarios.

Y dice el Tribunal Supremo que además de hacerse dentro del sistema general de Educación **“ha de facilitar su formación efectiva, hacer ajustes razonables en función de sus necesidades individuales, que les cree un entorno que fomente al máximo un desarrollo académico y social, para lograr el objetivo de la plena inclusión”**. Añade luego que deben estar orientadas a la integración, deben ser **“necesarias y adecuadas con el único límite que no supongan una carga desproporcionada o indebida”**. El Fundamento Jurídico sexto de la misma sentencia del Tribunal Supremo, insiste en el mandato constitucional y legal de los poderes públicos de inclusión y que la efectividad del derecho a la educación en condiciones de igualdad, exige esa concreta puesta de medios **“que procure esa integración en el Sistema Educativo Ordinario, con las debidas adaptaciones, en función de las necesidades del interesado”**.

Son todas ellas afirmaciones con un alcance jurídico relevante.

Como ya se ha precisado, hay una obligación primaria o esencial de las Administraciones Educativas, como es poner todos los apoyos y atenciones educativas específicas, que tienen que ser personalizadas y efectivas para estos alumnos que presentan necesidades educativas especiales. Pero la obligación no queda sólo en la puesta de medios. Con ello no se cumple el mandato que menciona la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017.

Como antes se ha mencionado, las medidas de apoyo a los alumnos con discapacidad, además de tener que ser específicas y personalizadas, han de ser efectivas, con el alcance que ya se indicó. Y también **adecuadas**. La adecuación ha de entenderse **en el sentido de que además de estar en función de las necesidades educativas del alumno, han de estar orientadas a fomentar el desarrollo académico y social del mismo**, para lo cual el Tribunal Supremo alude a que ha de crearse “un entorno” que favorezca ese desarrollo y evolución educativa.

Por decirlo claramente, los ajustes razonables y las medidas de apoyo si no están orientadas hacia la plena inclusión educativa, vulneran el derecho fundamental del alumno que presente una discapacidad o diversidad funcional, porque no se están garantizando las condiciones necesarias e imprescindibles para el ejercicio efectivo del derecho a la educación inclusiva.

Como se puede fácilmente deducir, ello va a tener trascendencia en los actos administrativos y resoluciones que emiten las Administraciones educativas en este ámbito, ya que si no se han agotado las posibilidades de inclusión, y no se han puesto las medidas de apoyo específicas, personalizadas, efectivas y adecuadas -en los términos antes comentados-y no se cumplen el resto de exigencias de motivación que señala la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017, dichos actos administrativos serían nulos de pleno derecho en virtud de lo dispuesto en el artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015, por cuanto estarían vulnerando el derecho fundamental a la educación en igualdad o inclusiva, y en concreto, se vulnerarían los artículos 14 y 27 de la CE.

El instrumento que tienen las Administraciones con competencias en materia de educación, para determinar las necesidades educativas de estos alumnos y fijar esos apoyos y atenciones educativas, son las evaluaciones que efectúan los Equipo de Orientación Educativa de los centros escolares y de los órganos correspondientes de las Administraciones Educativas. El Tribunal Supremo también precisa esta cuestión y señala -fundamento de derecho cuarto número quinto, que debe efectuarse “lo más tempranamente posible por personal cualificado y en los términos que determinen las Administraciones educativas”. Concreta que ha de hacerse una evaluación al inicio y al final de curso. Y algo que es esencial, valorándose “la consecución de los objetivos propuestos en la valoración inicial”. La consecuencia de una evaluación, es que permita “la orientación adecuada”. Para ello, el Tribunal Supremo dice que habría que modificar

el plan de actuación, la modalidad de escolarización y favorecer, siempre que sea posible, “una mayor integración que es, como se ha dicho, el principio general”.

De nuevo estamos ante otras apreciaciones con trascendencia notable en el orden jurídico.

En la práctica muchas evaluaciones psicopedagógicas que se hacen a estos alumnos se centran en poner de manifiesto sus déficits, sus limitaciones, a través de enfatizar las barreras que tiene en las distintas áreas (cognitiva, de autonomía, psicomotricidad, aprendizaje, comunicación y sociabilidad, entre otras). Es decir, se sigue con un modelo clínico-sanitario, de tal manera que estas evaluaciones no están orientadas hacia la inclusión, sino más bien hacia la segregación, destacando factores de diferenciación y de exclusión de los alumnos, toda vez que se les está categorizando en función de diagnósticos en gran medida clínicos y a través de métodos y pruebas tipo test y estandarizadas, que nada tienen que ver para fijar las necesidades educativas de los alumnos. Debe reseñarse que es una de las prácticas más generalizadas, que evidencian la herencia -aún no superada- de un modelo clínico sanitario, que en modo alguno es compatible con la concepción actual de la discapacidad desde una perspectiva social y de derechos fundamentales. Lo ha dejado muy claro el Comité de Naciones Unidas sobre la Convención, en el Comentario General Nº 4/2016, cuando señala que “la educación de las personas con discapacidad a menudo se centra en un enfoque del déficit, en su deficiencia real o aparente, limitando sus oportunidades debido a asunciones predefinidas negativas sobre su potencial”⁴.

Por último, hemos de referirnos a la conclusión que después de todo este conjunto de razonamientos jurídicos contiene la sentencia del Tribunal Supremo.

Si en el ámbito del ejercicio del derecho a la educación por parte de las personas con discapacidad, está en juego el artículo 14 de la Constitución, es decir, el derecho fundamental a la igualdad y a no sufrir discriminación por ninguna razón (tampoco desde luego por ninguna razón de discapacidad), como ha señalado el Tribunal Constitucional -de manera reiterada en su doctrina-, el análisis de la vulneración del principio de igualdad ante la Ley del artículo de la CE, requiere efectuar un juicio o canon de constitucionalidad, que se concreta en que si bien el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual, por lo que no toda desigualdad supone infracción del artículo 14, sí que ha de existir “una justificación objetiva y razonable”. Como ha dicho la sentencia

⁴ En este sentido, y según Corbett y Slee (2000, An International Conversation on Inclusive Education. In F. Armstrong, D. Armstrong & Ley Barton (Eds), Inclusive Education; Policy, Contexts and Comparativa Perspectives. London: David Fulton), la educación inclusiva se aleja del hincapié que todavía hoy se centra en el déficit, el diagnóstico, la categorización y el tratamiento individual.

del TC 41/2013 de 14 de febrero “para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, es necesario que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal situación, sean proporcionadas a la finalidad perseguida”. Y que se supere “un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida”. En el mismo sentido sentencias del TC 23/194, 209/1987, 117/1998 y 200/2001, entre otras muchas.

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”. Para ser precisos, ha de reseñarse que este concepto del agotamiento de las posibilidades de inclusión del alumno, lo asume el Tribunal Supremo y lo hace suyo, pero proviene de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja 252/2016 de 21 de julio, que precisamente es la que fue objeto de casación en el procedimiento en el que se dicta la sentencia del Tribunal Supremo y cuyo recurso de casación fue interpuesto por la Comunidad Autónoma de La Rioja. El concepto es absolutamente relevante, por cuanto a partir de la doctrina de la sentencia del Tribunal Supremo, las Administraciones educativas no podrán acordar o tomar decisiones de escolarización de alumnos con discapacidad en centros de educación especial, si no se han agotado las posibilidades de inclusión en un centro educativo ordinario. Y además -y ello debe subrayarse-, el Tribunal Supremo habla de justificar, por lo que no valdrá una declaración o mención retórica sin más, sino que deberá probarse y acreditarse plenamente que se han realizado todos los esfuerzos para la integración y realizadas las actuaciones que antes hemos analizado. Por cierto que debe destacarse también que el Tribunal Supremo, cuando analiza la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, alude a que deben ponerse todos los medios para la inclusión y que en el caso de la sentencia se pusieron, sin resultado positivo, pero también alude a “otras posibilidades de inclusión”,

con lo que la acreditación de que se han agotado las posibilidades de inclusión, comprende no sólo las que se han puesto en práctica, sino otras posibles, con la finalidad inclusiva. Ello implica una exigencia considerable de acreditación y plena prueba de todas las actuaciones y proceso seguido con respecto al alumno en este aspecto.

- 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 **“la carga de explicar porqué 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. Tampoco aquí caben afirmaciones genéricas ni tampoco excusas de carácter económico o de orden organizativo. Entendiendo además que - como ha señalado el Comité de Naciones Unidas, en el Comentario General Nº 4/2016, la disponibilidad de ajustes “debe ser considerada con respecto a un conjunto más amplio, de recursos educativos disponibles en el sistema educativo, y no de manera limitada a los recursos disponibles de la entidad educativa en cuestión”. Porque un concreto recurso o profesor de apoyo no lo tenga un centro educativo ordinario, ello no puede justificar una decisión de escolarizar al alumno en un centro de educación especial, si el apoyo y la medida está disponible en el sistema educativo, aunque no lo tenga ese centro concreto.
- 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 (Fundamento 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.

Hasta aquí, el análisis y valoración de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017.

La virtualidad de la misma, radica en que constituye ya doctrina jurisprudencial junto con la sentencia anterior que menciona, la sentencia del mismo Alto Tribunal de 9 de mayo de 2011 (RJ 2011/4100) y la sentencia del TC 10/2014 de 27 de enero (RTC 2014/10). Y que esta sentencia contiene de una manera pormenorizada y razonada lo que podemos considerar el contenido esencial del derecho a la educación inclusiva y especialmente los mandatos que en este orden tienen las Administraciones Educativas y las exigencias de motivación de las resoluciones que deciden la escolarización de alumnos con discapacidad en centros de educación especial, de tal manera que si no se cumplen tales obligaciones y requerimientos de motivación, esas resoluciones han de entenderse vulneradoras del derecho fundamental a la educación inclusiva.

Sin duda, es una sentencia que merece un juicio favorable en el estado actual del panorama de la educación inclusiva en España.

Ahora bien, en nuestra opinión, el pleno reconocimiento del derecho a la educación inclusiva no sólo ha de basarse en las exigencias de motivación señaladas o el juicio de ponderación constitucional por parte de las Administraciones Educativas en cuanto a la escolarización en centros de educación especial.

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, 24 de mayo de 2018

La doctrina jurisprudencial sobre el derecho a la educación inclusiva: evolución.

La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017



www.sindromedown.net
www.centrodocumentaciondown.com

ANDALUCÍA: Down Andalucía · Down Almería-Asalsido · Asodown · Aspanri-Down · Down Barbate-Asiquipu · Besana-Asociación Síndrome de Down Campo de Gibraltar · Down Cádiz-Lejeune · Cedown · Down Córdoba · Down El Ejido · Down Granada · Down Huelva-Aones · Down Huelva Vida Adulta · Down Jaén · Down Jerez-Aspanido Asociación · Down Jerez-Aspanido Fundación · Down Málaga · Down Ronda y Comarca · Down Sevilla y Provincia · Fundación Los Carriles **ARAGÓN:** Down Huesca · Down Zaragoza · Up & Down Zaragoza **ASTURIAS:** Down Principado de Asturias **BALEARES:** Asnimo · Fundación Síndrome de Down Islas Baleares · 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-Asdopa · Down Salamanca · Down Segovia-Asido · 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:** 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 Cáceres · Down Don Benito Villanueva de la Serena · Down Mérida · Down Plasencia · Down Zafra **GALICIA:** Down Galicia · Down Compostela Fundación · Down Coruña · Down Ferrol-Teima · Down Lugo · Down Ourense · Down Pontevedra-Xuntos · Down Vigo **MADRID:** Danza Down · Fundación Aprocor · Sonrisas Down · Fundación Unicap **MURCIA:** Águilas Down · Asido Cartagena · Assido Murcia · Down Cieza · Down Murcia-Aynor · Fundown · Down Lorca **NAVARRA:** Down Navarra **PAÍS VASCO:** Aguidown · Down Araba-Isabel Orbe · Fundación Síndrome de Down del País Vasco **LA RIOJA:** Down La Rioja Arsidó **COMUNIDAD VALENCIANA:** Down Alicante · Asociación Síndrome de Down de Castellón · Fundación Síndrome de Down Castellón · Downval-Treballant Jun

Síguenos en:

