



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

# **EL DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA**

Trabajo de fin de grado

Autor: Paula González Adiego

Tutora: María Isabel Álvarez Vélez

Madrid

Junio de 2020

## **Tabla de contenido**

<b>1. INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>2</b>
1.1 RESUMEN.....	2
1.2 PALABRAS CLAVE.....	2
1.3 PROPUESTA DE INVESTIGACIÓN Y CONTEXTUALIZACIÓN.....	4
<b>2. CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD .....</b>	<b>6</b>
2.1 APROXIMACIÓN HISTÓRICA.....	6
2.2 CONEXIÓN ENTRE EL MODELO SOCIAL Y LOS VALORES QUE SUSTENTAN LOS DD. HH.....	9
2.2.1 <i>Dignidad</i> .....	10
2.2.2 <i>Igualdad</i> .....	10
2.3 ARTÍCULO 24 DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.....	12
<b>3. CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.....</b>	<b>17</b>
3.1 INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO .....	18
3.2 OBSERVACIONES FINALES SOBRE LOS INFORMES PERIÓDICOS QUINTO Y SEXTO COMBINADOS DE ESPAÑA. ....	21
<b>4. EL MODELO ESPAÑOL DE DISCAPACIDAD Y EDUCACIÓN .....</b>	<b>23</b>
4.1 MARCO NORMATIVO .....	23
4.1.1 <i>Construcción legal de la inclusión educativa en España</i> .....	23
4.1.2 <i>Marco Normativo Actual</i> .....	25
4.1.3 <i>Normativa Autonómica</i> .....	27
4.2 INFORME DEL COMITÉ DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD DE NACIONES UNIDAS DE 2017 SOBRE LA SITUACIÓN DE ESPAÑA .....	34
4.3 DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.....	36
4.4 PERSPECTIVAS DE FUTURO .....	43
<b>5. CONCLUSIONES .....</b>	<b>46</b>
<b>6. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>50</b>
6.1 LEGISLACIÓN.....	50
6.2 JURISPRUDENCIA .....	51
6.3 LIBROS Y CAPÍTULOS DE LIBRO .....	52
6.4 ARTÍCULOS DE REVISTAS .....	53
6.5 INFORMES.....	54

## **1. Introducción**

### **1.1 Resumen**

Desde la promulgación de la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (ONU, 2007) el reconocimiento de este colectivo como sujetos de pleno derecho ha dejado de ser objeto de debate. No obstante, el ejercicio efectivo de sus derechos y, en concreto, del derecho a la educación, palanca de desarrollo social que cobra especial relevancia en el caso de personas con discapacidad, sigue planteando problemática en la actualidad. Mediante el presente trabajo de investigación se pretende analizar la legislación educativa de las personas con discapacidad en España con el fin de promover una reflexión sobre su necesidad de cambio de cara a mantenerse en línea con la mencionada Convención y, en última instancia, con el modelo de educación inclusiva.

### **1.2 Palabras Clave**

Personas con discapacidad, educación inclusiva, modelo social, Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ajustes razonables.

### ***Abstract***

*Since the promulgation of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities (UN, 2007), the recognition of this group as subjects with full rights has ceased to be the subject of debate. However, the effective exercise of their rights and, specifically, the right to education, a lever for social development that is particularly relevant in the case of people with disabilities, continues to pose a problem today. This research project aims to analyze the Spanish educational legislation of people with disabilities in order to promote a reflection on their need for change with a view to remaining in line with the aforementioned Convention and, ultimately, with the model of inclusive education.*

### ***Key Words***

*Persons with disabilities, inclusive education, social model, International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, reasonable adjustments.*

### **1.3 Propuesta de Investigación y Contextualización**

La palabra “educar” proviene del latín “ducere” que significa en la primera acepción de la R.A.E “dirigir”, “encaminar”, “doctrinar”, acciones que tradicionalmente conllevaban la transmisión de conocimientos y que, actualmente, amplían su contenido al desarrollo y perfección de las facultades intelectuales, morales e incluso afectivas de los niños y jóvenes que se encuentran en un periodo de formación. Si de la propia definición resulta la gran importancia de la educación para todos los ciudadanos, en el caso de las personas con discapacidad intelectual se multiplica su trascendencia proporcionalmente a las limitaciones que padecen y que les dificultan la adquisición de las distintas facultades enumeradas. Tradicionalmente, su padecimiento provocaba aislamiento social unido a una mayor dependencia y, en definitiva, una situación de vulnerabilidad que justifica la necesidad de reforzar su protección jurídica.

A lo largo del presente trabajo de fin de grado estudiaremos cómo se articula en nuestra legislación el derecho a la educación de los menores con discapacidad desde una doble perspectiva, temporal y espacial. En la primera vertiente, de carácter dinámico y evolutivo, se podrá comprobar el paralelismo existente entre la concepción de los discapacitados y la consiguiente respuesta del Derecho, justificando el devenir sucesivo de los modelos de prescindencia, rehabilitador y social.

El proceso descrito resulta inacabado, como lo demuestra la rabiosa actualidad de la alternativa educación inclusiva o educación especial, con mayor o menor margen de excepcionalidad para esta última.

En lo que se refiere al enfoque espacial, constataremos en el presente trabajo una acusada incidencia del Derecho Internacional a través de la suscripción de convenios y tratados, y que se justifica por la inclusión del derecho a la educación dentro del catálogo de Derechos Humanos cuyo respeto debe presidir el marco de las relaciones internacionales. Analizaremos el grado de cumplimiento de esos compromisos supranacionales en el Derecho español, diferenciando la normativa estatal y la autonómica de conformidad con el reparto de competencias que en materia educativa establece nuestro texto Constitucional.

Finalmente, sumando el “aquí” y el “ahora” estudiaremos la normativa vigente en nuestro Estado para la satisfacción del derecho a la educación por los menores con discapacidad, tratando de combinar conceptos fundamentales como la “igualdad de oportunidades”, “las cargas desproporcionadas”, “los ajustes razonables” o “el interés del menor”, asumiendo el protagonismo de un Estado social que protege la diversidad y persigue la discriminación. Los valores subrayados definen la problemática actual del tema que nos ocupa y proyectan las tendencias de futuro que se apuntarán en último término.

## **2. Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**

La Convención Internacional de Naciones Unidas, norma suprema en materia de discapacidad, propugna un modelo social que responde a la concepción del discapacitado como sujeto de pleno derecho. Este planteamiento es fruto de cómo ha evolucionado a lo largo de la historia la consideración de la discapacidad, en función de la cual se justificarán distintas medidas o soluciones jurídicas y, en último término, el modelo imperante en cada momento. Por esta razón, la respuesta jurídica hacia la discapacidad debe estudiarse en conexión con el tratamiento otorgado a este colectivo; especialmente en materia de educación al tratarse de un medio de empoderamiento, prerequisite para el ejercicio efectivo de los otros derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

### **2.1 Aproximación histórica**

Un primer modelo denominado de prescindencia dicta una justificación religiosa de la discapacidad, a la vez que presupone que la persona con discapacidad no tiene nada que aportar a la sociedad, de hecho, no solo es concebida como un sujeto improductivo sino más bien como una carga (Palacios, 2008, p. 37). En la medida en que el origen de la discapacidad reside en causas religiosas - pecado, castigo de los dioses, etc.- queda fuera del alcance o control del hombre resultando inmodificable (Aguado Diaz, 1995, p. 24). Tales premisas se traducen en el rechazo de la persona discapacitada, el cual puede adoptar dos fórmulas en función de las distintas consecuencias derivadas de la innecesaridad.

Por un lado, el submodelo eugenésico inspirado en la filosofía aristotélica “identifica la diversidad funcional con una vida desgraciada que no merece la pena ser vivida. Asimismo, de acuerdo con el autor griego, no debía ser alterado el estándar de perfección del cual era exponente el hombre. En consecuencia, propone prescindir de las personas con discapacidad mediante la aplicación de políticas eugenésicas” (Palacios, 2008, pp. 38-48).

En su otra versión, el submodelo de la marginación implica la exclusión ya sea por la vía de la compasión, resultado del menosprecio y la subestimación de las personas con discapacidad, o como consecuencia del temor por entender que son objeto de maleficios o advertencia de peligro inminente (Bariffi y Palacios, 2007, p. 15). En este caso, ocupan una posición dentro del conjunto social, pertenecen al grupo de pobres y mendigos; “reconociéndoles, por tanto, una función necesaria y de sostén dentro de la pirámide social: testimoniar la caridad, complementar de manera imprescindible el puesto del rico” (Palacios, 2008, p. 57). No obstante, si bien en este supuesto no se atenta directamente contra la vida - a partir de acciones eugenésicas-, la muerte puede aparecer como consecuencia indirecta de omisiones tales como la ausencia de atención, ayuda, interés o recursos en tanto las herramientas médicas son suplantadas invocándose la fe.

El siglo XIX marcó un punto de inflexión convirtiéndose en el escenario de las primeras tentativas con respecto a la educación de las personas con discapacidad. En esta época, el clérigo francés Charles Michèle de l'Épée invirtió su patrimonio en la creación de un lenguaje de señas a fin de integrar en la sociedad a las personas con discapacidad auditiva y, en Alemania, Samuel Heinecke diseñó una metodología oral para enseñar a las personas sordas a comunicarse de forma verbal. Por su parte, Louis Braille creó en 1829 la escritura de puntos en relieve reconocida universalmente para la lectura de las personas invidentes (Parra Dussan, 2010, p. 74).

Con base en lo anterior, el segundo modelo denominado rehabilitador alude a una razón de ser científica, identificando la diversidad funcional con una enfermedad, fruto de causas naturales o biológicas y, en este sentido, susceptible de cura (Aguado Diaz, 1995, p. 24). Si bien ambos modelos comparten un denominador común, la concepción del discapacitado como objeto de amparo, el primero (prescindencia) sostiene la inmutabilidad de dicha posición de inferioridad mientras que el segundo admite la posibilidad de recuperación mediante la eliminación de la diferencia – esto es, *the social ideal of erasure* (Sticker, 1999, p. 12). Por tanto, la integración bajo este supuesto está supeditada a la normalización de la persona discapacitada. Es decir, se entiende que puede tener algo que aportar, pero siempre en la medida en que sea rehabilitada. Aparece, de esta manera, la necesidad de intervención del Estado de modo que la caridad privada de los monasterios, imperante bajo el esquema anterior, da paso a

un nuevo modelo de solidaridad: la asistencia pública (Palacios, 2008, p. 73). Asimismo, como herramienta encaminada a la recuperación de las personas juega un papel protagonista la educación especial (Palacios, 2008, p. 67).

Desde la filosofía imperante en el modelo rehabilitador, las posibilidades se hallan disminuidas como consecuencia de la diversidad funcional; es decir, el énfasis se sitúa en la persona y su “deficiencia”. Por el contrario, en el modelo social las barreras proceden de la propia sociedad que únicamente da respuesta al colectivo “estándar” (Bariffi y Palacios, 2007, p. 18).

Como hemos adelantado, el modelo médico-asistencialista da paso a un modelo social en el que se abandona la concepción de la persona con discapacidad como objeto de protección, asistencia y cuidado, y se reconoce como titular pleno de derechos (Lema Añón, 2010, p. 373). En palabras de Jenny Morris, “una incapacidad para caminar es una deficiencia, mientras que una incapacidad para entrar a un edificio debido a que la entrada consiste en una serie de escalones es una discapacidad” (Palacios, 2008, p.103). Por tanto, la raíz de la discapacidad no reside en las limitaciones o patologías individuales, sino que se interpreta como aquellos factores sociales que impiden a las personas con diversidad funcional vivir una vida en sociedad. En consecuencia, las soluciones no apuntan a la persona afectada, sino que exigen redefinir la sociedad, convirtiéndose la transformación de ésta en el nuevo objeto del proceso de normalización. En línea con el Informe Warnock publicado en 1978, dicho proceso debe orientarse hacia la consecución de una sociedad capaz de hacer frente a las necesidades de todos de modo que puedan desarrollar al máximo sus posibilidades (Parra Dussan, 2010, p.76).

Desde esta perspectiva, “se aboga por una educación inclusiva que incorpore en el sistema educativo ordinario una respuesta basada en las necesidades y potencialidades de cada niño” (Palacios, 2008, p.105). Esta sustitución de la integración por la inclusión no solo responde a una cuestión semántica, sino que supone un cambio conceptual en tanto se valora la diversidad como elemento enriquecedor del proceso de enseñanza (Parra Dussan, 2010, p.77). En esta línea, es preciso subrayar la aportación a la comunidad por parte de las personas con discapacidad. No obstante, se debe tener cautela respecto a este presupuesto del modelo social que a priori, al valorar a la

persona en función de su potencial utilidad social, parece contradecir la fundamentación que, más adelante, expondremos sobre la dignidad. Esto es, toda vida humana con independencia de la naturaleza o complejidad de la diversidad funcional que le afecte goza de igual valor en dignidad. “No implica la negación de la premisa, pero debemos remarcar que el valor de la persona se haya desligado de su capacidad de aporte a la sociedad” (Palacios, 2008, p.164).

“Si bien en el modelo rehabilitador recibían un trato paternalista -quizás resultante de una amalgama entre el menosprecio, la piedad y la tolerancia que, asimismo, aspiraba a la recuperación de la persona con discapacidad o, al menos, a su mayor disimulo- bajo el modelo social se aspira a que la diferencia no sea aceptada o tolerada sino valorada como una parte más de la realidad humana” (Palacios, 2008, p. 141). Desde la filosofía imperante en este modelo, se desafía la noción de normalidad sosteniendo que no existe, que la normalidad -tradicionalmente identificada con lo correcto, lo deseable- no es más que una construcción artificial impuesta sobre una realidad donde solo existe la diferencia (Oliver, 1996, p. 88). Ahora bien, aún no puede llegar a afirmarse que estos presupuestos plasmados en el ámbito del Derecho sean una descripción exacta de lo que sucede en el escenario sociológico actual (Palacios, 2008, p. 32).

## **2.2 Conexión entre el modelo social y los valores que sustentan los DD. HH**

El cambio del modelo rehabilitador al modelo social se corresponde con un enfoque positivo de la “persona”, no desde la perspectiva de lo que carece y que justifica su asistencia, ayuda o complemento, sino desde la perspectiva de lo que sí tiene, esto es, la personalidad. El discapacitado es ante todo una persona humana y, en consecuencia, titular de derechos (Palacios, 2008, p. 155).

Siguiendo a Rafael de Asís debemos abordar el tema de la discapacidad tomando como referencia los derechos humanos y, para ello, conectar o tender puentes entre el modelo social de discapacidad y los valores que sustentan los derechos humanos; son dos los fundamentales: dignidad e igualdad.

### **2.2.1 Dignidad**

La dignidad debe considerarse como un valor intrínseco y absoluto del ser humano, esto es, como un fin en sí mismo y no como un medio o instrumento para el desarrollo de la personalidad y la contribución a la sociedad (Macías Jara y de Montalvo Jääskeläinen, 2016, p.343).

Es cierto que las personas se diferencian de los animales por su capacidad para razonar, para sentir y para comunicarse y que esas capacidades varían para cada persona; son graduables o relativas, ya que permiten a la persona aportar más o menos a la sociedad y, en ese sentido, tener una vida más o menos digna; pero el reconocimiento de la dignidad debe ser previo, por el sólo hecho de ser persona, superando la contradicción de fundamentar los derechos de los discapacitados en sus posibles contribuciones a la sociedad. Se da valor al ser humano por su dignidad y no por su utilidad: las cosas tienen un precio, las personas dignidad (*Vid.* Kant).

No obstante, no basta con el atributo de la dignidad, que conlleva la titularidad de derechos. Para que ese reconocimiento sea eficaz la persona debe ser “autónoma”, es decir, tener capacidad de elección, ser libre moralmente. Todas las personas estamos sujetas a limitaciones y especialmente quienes tienen discapacidades intelectuales; en todo caso, por pequeña que sea la autonomía del sujeto no debe ser anulada o ignorada, poniendo a su alcance todos los medios posibles, adecuados y necesarios, para que pueda desarrollar su propio talento, su grado de autonomía, por pequeño que éste sea.

### **2.2.2 Igualdad**

La igualdad intrínseca de todas las personas es el segundo derecho fundamental en la configuración del modelo social. Para hacerlo efectivo debe superarse la filosofía de “iguales pero separados” mediante políticas que primero reconozcan esas diferencias para luego compensarlas mediante una distribución desigual de recursos -educación inclusiva- a través del modelo de igualdad de oportunidades (Palacios, 2008, p. 167).

Históricamente las normas tienen un origen consuetudinario en la reiteración de actos y comportamientos que generan costumbre; esa “generalidad” justificaba que se

legislase para el interés de las mayorías, consagrando normativamente la exclusión de los discapacitados de muchas actividades sociales y, por tanto, su discriminación más o menos sutil; la discapacidad se convierte así en un modo de “opresión social” (Palacios, 2008, p. 170).

La opresión se materializa individual, pero también social o estructuralmente convirtiéndoles en “ciudadanos de segunda clase” (Hunt, 1966, p. 18 y ss.). La incorporación a la sociedad de las personas con discapacidad no debe limitarse a asimilarlos y aceptarlos dentro de las normas y códigos de comportamiento preestablecidos por y para los “presuntos capaces”, sino que exige una sociedad permeable que responda a las necesidades de todos sus miembros; no se trata sólo de integrarlos en la sociedad, sino de crear conjuntamente con ellos una nueva sociedad.

Paradójicamente, el objetivo perseguido de igualdad justifica la adopción de medidas que suponen un trato desigual favorable para personas en situación de discriminación; son acciones de “discriminación inversa” -o “discriminación positiva”- por ejemplo, las que facilitan la inclusión de personas con diversidades funcionales intelectuales a través de cuotas en el acceso al mercado laboral o a la concesión de becas, o las que modifican las reglas de los exámenes, concediendo más tiempo de resolución de los mismos a los disléxicos, cuyas necesidades temporales de expresión son distintas (Macías Jara y de Montalvo Jääskeläinen, 2016, p. 346).

En este sentido, es preciso distinguir entre discriminación directa y discriminación indirecta (Macías Jara y de Montalvo Jääskeläinen, 2016, p. 349). La primera implica dispensar normativamente un trato diferente y perjudicial en función de un rasgo de la persona (Sentencia del Tribunal Constitucional 216/1991 de 14 de noviembre). Por su parte, la discriminación indirecta supone un tratamiento jurídico formalmente neutro o no discriminatorio, del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas, consecuencias desiguales perjudiciales por el impacto diferenciado y desfavorable que tiene sobre los miembros de un grupo determinado (Sentencia del Tribunal Constitucional 253/2004 de 22 de diciembre). De esta manera, la igualdad material intenta corregir la igualdad formal proclamada durante la revolución burguesa cuya problemática reside en la suposición de un contexto de igualdad –todos somos iguales- que, al fin y al cabo, perpetúa el statu quo. Así, la igualdad material recogida en el artículo 9.2 CE parte de que en origen somos desiguales y propugna factores

correctivos de modo que se trate desigualmente a las personas para que sean iguales; es decir, persigue el resultado. Por lo tanto, nuestra Constitución no prohíbe la desigualdad sino la discriminación que exige someterse a un juicio de razonabilidad en el que concurren: a) existencia de desigualdad ante un supuesto de hecho de comparación (*Tertium Comparationis*); b) existencia de razones para pretender la igualdad (esto es, no se da ningún motivo para tratar desigualmente); y c) que el trato desigual carezca de justificación. Trasladado a la obra de J. Roemer, se distingue la igualdad de oportunidades como *no discriminación* y la igualdad de oportunidades como *campo de juego nivelado* (Roemer, 1998, pp. 71-87).

### **2.3 Artículo 24 de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad**

La disyuntiva entre la igualdad formal y material se traduce en el ámbito de la educación al debate en torno a la inclusión y la educación especial. A pesar de que la tendencia actual apunta hacia la inclusión en el sistema educativo general, ciertos colectivos de personas con discapacidad demandan una educación especial. Por esta razón, durante el proceso de elaboración de la Convención se planteó una intensa discusión respecto a la aparente confrontación entre ambos estilos educativos (Palacios, 2008, pp. 381-382). La controversia propiamente dicha se puso de relieve en la Tercera Sesión a raíz del proyecto de borrador que disponía:

“(…) Los Estados Partes se asegurarán de que, en los casos en que el sistema educacional general no satisfaga adecuadamente las necesidades de las personas con discapacidad, se ofrezcan formas especiales y alternativas de aprendizaje. Estas formas deberían: a) Reflejar los mismos principios y objetivos del sistema educacional general; b) Configurarse de manera tal que los niños con discapacidad puedan participar en el sistema educacional general en el mayor grado posible. Estas formas deberían: (...) c) Permitir la elección libre e informada entre el sistema general y los sistemas especiales (...)”<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Propuesta de Artículo 17 sobre educación. Cf. A/AC.265/2004/WG.1, Informe del Grupo de Trabajo al Comité Especial, 27 de enero de 2004.

De esta manera, “la propuesta fue criticada por la inserción expresa en el texto de dos cuestiones sensibles” (Palacios, 2008, p. 383). Por un lado, plantear la posibilidad aún de forma residual de que el sistema general no sea capaz de hacer frente a las necesidades de las personas con discapacidad, lo cual desde la perspectiva estricta del modelo social no cabe concebir como una opción; por otro lado, el derecho de elección que implícitamente exige la existencia de dicha educación especial.

Algunos miembros entendieron que “la excepción recogida en este párrafo abría la puerta a la legitimación de la educación especial y, por tanto, no se adecuaba a los principios generales de la Convención” (Cabra de Luna, Bariffi y Palacios, 2007, pp. 13-14), que aspira a garantizar la igualdad de derechos y de oportunidades. No obstante, esto conduce una vez más a preguntarnos ¿cómo se garantiza la igualdad de derechos y de oportunidades? ¿Exigen el ejercicio idéntico de los derechos por parte de cada sujeto o, por contra, atiende exclusivamente a que el resultado sea equivalente sin prestar atención al camino seguido? En este sentido, quizás conviene reflexionar acerca de si el término inclusión debe dirigirse o acompañar al de educación o si, en realidad, deberíamos aspirar más bien a la inclusión en la sociedad, tomando la educación como un medio o cauce para alcanzar ese objetivo último.

Por otra parte, en lo que atañe a la posibilidad de elección entre un sistema u otro, “*Center for Studies on Inclusive Education* fue especialmente crítica respecto de su justificación basada en el principio de autonomía” (Palacios, 2008, p. 386). De acuerdo con la organización británica, “dicha interpretación no es aceptable dentro del marco de los derechos humanos”<sup>2</sup>. El derecho a la educación en tanto derecho fundamental no es de libre disposición, opera fuera de la autonomía individual como pone de relieve su carácter irrenunciable (Frumer y Villaverde Menéndez, 2013). A diferencia de otros derechos fundamentales que se formulan en sentido negativo -es decir, aquellos cuyo pleno disfrute requiere una actitud de abstención o no injerencia del Estado para no interferir en la esfera de actuación individual- en el caso de la educación se exige la intervención de los poderes públicos del Estado para hacer efectivo su ejercicio. “Ello constituye un parámetro propio del Estado social” (Macías Jara y de Montalvo

---

<sup>2</sup> Cfr. Briefing from the centre for studies on inclusive education, July 2005.

Jääskeläinen, 2016, p. 333). Así, “de la significación y finalidades de estos derechos dentro del orden constitucional se desprende que la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos, sino que ha de ser asumida también por el Estado” (Macías Jara y de Montalvo Jääskeläinen, 2016, p. 328). Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales “los impulsos y líneas directivas” (Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985 de 11 de abril). A este respecto, conviene preguntarse si el blindaje expuesto anteriormente, que deriva de la naturaleza de derecho fundamental, ha de reservarse al derecho a la educación inclusiva como presupuesto fundamental o, por el contrario, a lo que consideramos su núcleo esencial; esto es, la inclusión en la sociedad, objetivo último al que la educación sirve a modo de cauce para alcanzarlo. En este sentido, la indisponibilidad alcanza al derecho a una educación que facilite el desarrollo pleno y asegure una participación e inclusión en la comunidad, con independencia del escenario seleccionado para tal fin, en base a lo cual se defiende el derecho a elegir entre un sistema de educación especial y un sistema ordinario.

Desde una postura absolutamente contraria al mantenimiento de la educación especial, *Center for Studies on Inclusive Education* se apoyó en argumentos coincidentes con la filosofía del modelo social de discapacidad subrayando la escuela como objeto de normalización (Palacios, 2008). En este sentido, la Reportera Especial de Naciones Unidas sobre el Derecho a la Educación definió la obligación de los gobiernos en base a cuatro atributos a los que debe aspirar la educación: adaptable, accesible, disponible y aceptable (Tomasevski, 2001, p. 5). Se insistió en que, si realmente se adoptara un cambio conceptual hacia el principio de adaptabilidad, no existiría razón legítima para la controversia relativa a la posibilidad o no de elegir un sistema de educación especial (Palacios, 2008, p. 386). Ahora bien, ello debe ir acompañado de una significativa financiación de recursos.

Finalmente, se alcanzó un consenso que permitió la adopción del artículo 24 que puede sintetizarse de la siguiente manera:

- a) Las personas con discapacidad tienen pleno derecho a recibir una educación inclusiva a todos los niveles, que les permita el desarrollo de su potencial humano, de su dignidad y de su autoestima.

- b) Los Estados que han ratificado la Convención (incluida España) están obligados a hacer efectivo dicho derecho, con el fin de que las personas con discapacidad accedan a la educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, con independencia de la comunidad en la que vivan.
- c) Los poderes públicos están obligados a efectuar “los ajustes razonables en función de las necesidades individuales”.
- d) La denegación de los ajustes razonables constituye una discriminación por razón de la discapacidad; cuando la Administración Educativa no adopta las medidas de apoyo y refuerzo que requiere cada persona en función de sus necesidades educativas especiales.
- e) Los Estados parte asegurarán que la educación de los niños ciegos, sordos y sordociegos se imparta en los medios de comunicación más apropiados para cada persona y en el entorno que permita alcanzar su máximo desarrollo académico y social.

Como puede apreciarse, se abogó finalmente por un derecho de elección restringido a un colectivo específico, admitiendo de esta manera una postura intermedia. Atendiendo específicamente a la discapacidad que nos concierne en el presente estudio, la discapacidad intelectual, surge la pregunta de si cabe también en este contexto orientar el derecho a la educación hacia el máximo desarrollo académico y personal con independencia del entorno que en cada caso sea más favorable para su consecución. Es decir, si es posible extrapolar la evidencia de la discapacidad auditiva y visual a la psíquica; admitiendo que el objetivo último de pleno desarrollo de la personalidad se alcance en mejor grado a través de la educación especial. Aunque se aprecie de forma más evidente en el plano de las personas con discapacidad auditiva o visual que “ningún otro ajuste que el contar con un maestro que maneje con fluidez la lengua de signos les permitirá tener un igual acceso a la educación”<sup>3</sup> (Palacios, 2008, p. 392), parece obligada la reflexión acerca de si el mismo discurso resultaría de aplicación a las discapacidades intelectuales a fin de asegurar la efectividad del igual acceso a la educación. Si el peligro que advierten los organismos es que la vía excepcional sirva a los Estados para amparar la escuela especial simplemente alegando, por ejemplo,

---

<sup>3</sup> Cfr. Charter Committee on the Rights of Persons with Disabilities: August 24, 2006, by Amber J. Martin, Global Deaf Connection, Vice President, Octava Sesión.

barreras arquitectónicas, una posible solución sería asignar también recursos para el diseño de un mecanismo reforzado que permita comprobar que verdaderamente nos hallamos ante un caso excepcional en el que resulta inviable la integración en el sistema ordinario. Es decir, a fin de que los Estados no empleen tal recaudo como excusa para eximirse de su obligación de garantizar una educación inclusiva, se podría invertir recursos para examinar caso a caso.

### **3. Convención de los Derechos del Niño**

Dentro del marco normativo internacional es preciso aludir también a la Convención de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea Nacional de la ONU en su resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989, y que entró en vigor el 2 de septiembre de 1990. Entre su articulado son tres los preceptos que influyen de una manera directa o indirecta sobre el derecho a la educación de los menores con discapacidad. Con arreglo al apartado 1 del artículo 23: “Los Estados Partes reconocen que el niño mental o físicamente impedido deberá disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismo y faciliten la participación activa del niño en la comunidad”<sup>4</sup>. De esta manera, se sentarán los cimientos sobre lo que debe apoyarse la normativa relativa a las personas con discapacidad en todas sus vertientes, incluida la educación. En este contexto, sirve de ejemplo el proyecto DEMOS impulsado desde la Cátedra de Familia y Discapacidad de la Universidad Pontificia Comillas y que se orienta a la formación de personas independientes de cara a su participación en la comunidad; en línea, por tanto, con “unas condiciones que le permitan llegar a bastarse por sí mismo”. Con tal propósito, priorizan fundamentalmente los componentes de carácter utilitario que se configuran como los más adecuados para la futura integración socio-laboral de personas con discapacidad; favoreciendo no solo la inteligencia académica sino también el desarrollo de la inteligencia práctica y social. Esto se materializa a través de programas individualizados que atienden a las necesidades específicas del alumno.

Por su parte, el artículo 28 reconoce el derecho del niño a la educación y al ejercicio de la misma de manera progresiva y en condiciones de igualdad de oportunidades; debiendo adoptar los Estados Partes “las medidas necesarias para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño”<sup>5</sup>. Asimismo, entre los objetivos a los que debe estar encaminada la educación de conformidad con el artículo 29, debemos subrayar a los efectos del presente trabajo: “el desarrollo de la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades” (letra a) y la preparación del menor para asumir una vida responsable en una sociedad libre (letra d). En virtud del párrafo segundo,

---

<sup>4</sup> Artículo 23.1 de la Convención de los Derechos del Niño.

<sup>5</sup> Artículo 28 de la Convención de los Derechos del Niño.

“nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado<sup>6</sup> .”

A tal objeto la Convención exige en su artículo 2.2 una posición activa por parte de los Estados que “deberán tomar las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación”. Tales medidas deberán ser adoptadas, en línea con el artículo 4, “hasta el máximo de los recursos de que se dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”. Ahora bien, con arreglo al artículo 25, todas las medidas deberán someterse a una revisión periódica en tanto nos hallamos en el marco de un proceso continuo.

### **3.1 Interés superior del niño**

Ahora bien, “los derechos de la Convención del Niño demandan una interpretación sistemática en tanto es en su conjunto cuando aseguran el desarrollo integral del menor” (Cillero Bruñol, 1999, p. 11). Durante la infancia la interdependencia de los derechos resulta más evidente que en otras etapas de la vida. Dicho carácter hermenéutico es conferido por parte del denominado “interés superior del niño”, previsto en el artículo 3 de la Convención como la consideración primordial a la que se debe atender a la hora de tomar una decisión concerniente a los menores. Asimismo, junto a la interpretación holística de la Convención, contribuye también a resolver o arbitrar conflictos jurídicos recurriendo a la ponderación de los derechos que han colisionado (López-Contreras, 2015, p. 64).

La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental (Cillero Bruñol, 1999, p. 2). Con carácter previo a la misma, la función del interés superior del niño se limitaba a iluminar la conciencia del juez con el propósito de que se asimilara a un “buen padre de familia” (Cillero Bruñol, 1999, p. 9). Con el reconocimiento en la Convención de un catálogo de derechos se dota de sentido al

---

<sup>6</sup> Artículo 29. 2 de la Convención de los derechos del Niño.

“interés superior del niño”, que abandona la consideración de objetivo social deseable para convertirse en un principio rector garantista que obliga a la autoridad. En este sentido, no se circunscribe a la noción de principio en los términos expuestos por Dworkin sino que responde a su vez a una “garantía”, entendida ésta última como los “vínculos normativos idóneos para asegurar la efectividad de los derechos subjetivos”<sup>7</sup>. El interés superior del niño abarca, por tanto, tres dimensiones: i) derecho subjetivo, el artículo 3 otorga al niño el derecho a que se tome en consideración de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten; ii) principio interpretativo, en virtud del cual en caso de que una disposición jurídica admita más de una interpretación se optará por aquella que satisfaga de forma más efectiva el interés superior y; iii) norma de procedimiento que obliga a estimar a priori las repercusiones de cada decisión.

Asimismo, la Observación General 14 del Comité de Derechos del Niño<sup>8</sup> dio un nuevo empuje a este concepto al proporcionar un marco para evaluar y determinar el interés superior del niño. En este sentido, no pretende fijar una respuesta estática aplicable a todos los supuestos, sino que insiste en la flexibilidad del principio, que debe ajustarse y definirse con arreglo a la situación concreta del niño. Es decir, su contenido debe determinarse caso por caso. A tal efecto, se evaluarán todas las circunstancias en juego y se ponderarán en función de unos criterios generales estimados por el Comité, que no constituyen una lista cerrada o exhaustiva (Martínez García y del Moral Blasco, 2017, p. 8). Al mismo tiempo, estos criterios se someterán conjuntamente al test de proporcionalidad. En la legislación española, viene recogido en el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 8/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia<sup>9</sup> (Martínez García y del Moral Blasco, 2017):

“Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o

---

<sup>7</sup>Ferrajoli, Luigi,. Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, Trotta, Madrid, 1995.

<sup>8</sup> Observación General Nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC14.

<sup>9</sup> Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

privadas, los Tribunales, o los órganos legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.

Por tanto, toda medida que potencialmente pueda afectar a los menores ya sea directa o indirectamente -entre ellas con especial protagonismo las decisiones relativas a su educación- debe valorarse atendiendo al interés superior del niño. Ello se extiende no solo a la promulgación de disposiciones legislativas o formulación de políticas a todos los niveles de los poderes públicos sino también a la aplicación de las mismas<sup>10</sup>. Dentro del marco de la educación, entre los elementos generales que sirven de guía o parámetro de ponderación, merece ser destacado en primer lugar la edad y maduración. En la medida en que las capacidades de los niños evolucionan con el tiempo, no pueden adoptarse decisiones rígidas o definitivas -a modo de corsé- sino que estas han de ser revisables. Además, deben tomarse no solo en base a las necesidades actuales del menor sino teniendo en cuenta las posibles hipótesis del desarrollo del niño a corto y largo plazo; esto es, deberá prestar atención a la potencial evolución natural de la condición que causa la discapacidad (Martínez García y del Moral Blasco, 2017, p. 10).

Asimismo, la ponderación debe tomar en consideración que nos hallamos ante un período de preparación del tránsito hacia a la edad adulta e independiente, de acuerdo con las capacidades y circunstancias del niño, con su identidad, elemento que también juega un papel protagonista en la evaluación del interés superior en tanto los niños no son un grupo homogéneo (Martínez García y del Moral Blasco, 2017, pp. 16-18). De nuevo, a través del reconocimiento de la diversidad como criterio esencial, se refleja la casuística que impregna la materia objeto de estudio.

Por último, entre los elementos de ponderación que aparecen en la lista del Comité, se alude al derecho del niño a la educación. Con respecto a los menores con discapacidad, se exige el derecho a una educación de calidad, adaptada a las necesidades de cada niño, fomentando su autosuficiencia y su autoestima (Martínez García y del Moral Blasco, 2017, p. 24). Desde mi punto de vista, hacer girar la educación en torno a la consecución de estas dos facultades demuestra una lectura correcta de la particular situación de desventaja de la que parten las personas con

---

<sup>10</sup> Ídem. Párrafo 35

discapacidad. Como consecuencia de la diversidad funcional, la autoestima y la autosuficiencia tienden a estar disminuidas de modo que a través de la educación deberán potenciarse.

Junto a los elementos pertinentes anteriormente expuestos debe atenerse, según la LOPJM, a los principios de proporcionalidad y de necesidad; especialmente en caso de que la medida implique limitar el ejercicio de una libertad o derecho. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condensado los principios en el denominado “test de proporcionalidad” que exige al Estado probar en cada caso (Martínez García y del Moral Blasco, 2017):

- a) “Que la medida adoptada persigue un fin legítimo;
- b) Que existe una relación razonable de conformidad entre ese fin pretendido y los medios elegidos; así como que la medida no genere de forma evidente más perjuicios que beneficios en el conjunto de derechos e intereses en juego.
- c) La inexistencia de una medida alternativa que sea menos lesiva para el derecho y consiga idéntico resultado” (p. 27).

### **3.2 Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España.**

A fin de comprobar en qué medida los presupuestos jurídicos previamente citados se corresponden con la realidad fáctica de nuestro país, conviene acudir a las Observaciones Finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España (CRC/C/ESP/5-6), examinados por el Comité en sus sesiones 2263 y 2264 celebradas el 22 de enero de 2018. Entre los principales motivos de preocupación, el Comité alude a los desajustes existentes entre el marco jurídico nacional y la legislación de las Comunidades Autónomas. En este sentido, recomienda al Estado que vele por una aplicación homogénea, para lo cual deberá asignar recursos humanos, técnicos y

financieros para asegurar un eficaz mecanismo de coordinación<sup>11</sup>. Así, por ejemplo, al tiempo que celebra la inclusión del principio del interés superior del niño en la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015, el Comité expresa su preocupación por la aplicación desigual de este derecho en las Comunidades Autónomas.

Por otra parte, el Comité observa persistencia en la discriminación de hecho que sufren los niños por motivos de discapacidad<sup>12</sup>, instando al Estado a aplicar plenamente un enfoque basado en los derechos humanos que garantice a los menores con discapacidad la igualdad de acceso a una educación inclusiva de calidad en las escuelas ordinarias<sup>13</sup>. Denuncia, a su vez, que las inversiones en educación difieren de una Comunidad Autónoma a otra. Finalmente, y en relación con el artículo 31 de la Convención, el Comité recomienda a España intensificar los esfuerzos encaminados a garantizar el derecho de los niños con discapacidad al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes<sup>14</sup>; entendido como complemento de la educación que, como veremos más adelante al analizar la doctrina jurisprudencial, entra en acción en la ponderación caso por caso de los apoyos requeridos por el niño.

---

<sup>11</sup> Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño (2018), párrafos 5 y 7.

<sup>12</sup> Ídem, párrafo 14.

<sup>13</sup> Ídem, párrafo 31.

<sup>14</sup> Ídem, párrafo 41.

## **4. El modelo español de discapacidad y educación**

### **4.1 Marco Normativo**

#### **4.1.1 Construcción legal de la inclusión educativa en España**

La primera referencia normativa sobre la educación de niños con discapacidad reside en la Ley General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa de 1970, que contemplaba su escolarización en un sistema paralelo al ordinario (Iyanga y Cerdá, 2013, pp. 151-152). Dedicó el Capítulo VII a la educación especial que, de acuerdo con el artículo 49, "tendrá como finalidad preparar, mediante el tratamiento educativo adecuado, a todos los deficientes e inadaptados para una incorporación a la vida social, tan plena como sea posible en cada caso, según sus condiciones y resultado del sistema educativo; y a un sistema de trabajo en todos los casos posibles que les permita servirse a sí mismos y sentirse útiles a la sociedad". Dicha escolarización en centros especiales se reserva, según el artículo 51, a "la educación de los deficientes e inadaptados, cuando la profundidad de las anomalías que padezcan lo haga absolutamente necesario"; "fomentándose el establecimiento de unidades de educación especial en Centros docentes de régimen ordinario para los deficientes leves cuando sea posible". De esta manera, apreciamos un primer atisbo de integración en aquellos alumnos con dificultades leves.

La Constitución de 1978 impulsó el giro hacia políticas de inclusión educativa, y no solo por el reconocimiento "a todos los españoles" del derecho a la educación a través del artículo 27 CE, sino porque dedica expresamente el artículo 49 CE al colectivo con discapacidad, obligando a los poderes públicos a "realizar una política de prevención, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físico, sensoriales y psíquicos, a los que prestará la atención especializada que requieran"(Observatorio estatal de la discapacidad, 2018, p.19). Este viraje hacia la inclusión educativa se plasmó inicialmente en la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos (LISMI) en cuyos artículos 23 a 31 avala la integración del alumnado con discapacidad en el sistema ordinario con los apoyos necesarios (Lorenzo Vicente, 2009, p. 501). Es preciso dejar constancia, por tanto, de la inclusión de los principios recogidos a nivel internacional en el Informe Warnock: el principio de normalización de los servicios educativos, el principio de integración

escolar, el principio de sectorización de la atención multiprofesional y el principio de individualización de la enseñanza. Se aprueba, tres años más tarde, en la misma dirección el Real Decreto 334/1985, de 6 de marzo, de Ordenación de la Educación Especial que prevé de manera preferente la escolarización de los menores con discapacidad en centro ordinarios, contemplando como excepcional la vía de la educación especial (García Rubio, 2017, p. 257). El despliegue de este Decreto marcó un claro punto de inflexión en el camino hacia la escolarización inclusiva.

“Será la Ley Orgánica 1/1990 de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE), de 3 de octubre de 1990, la que integre en una reforma educativa integral la inclusión educativa de los niños con discapacidad como una forma de diversidad que debe ser atendida por la escuela” (Observatorio estatal de la discapacidad, 2018, pp. 19-20). A tal objeto, introduce por primera vez en la legislación española la figura del alumnado con necesidades educativas especiales (artículo 36.1): "El sistema educativo dispondrá de los recursos necesarios para que los alumnos con necesidades educativas especiales, temporales o permanentes, puedan alcanzar, dentro del mismo sistema, los objetivos establecidos con carácter general para todos los alumnos"; que anunciaba otra forma de abordar el problema de la educación especial (Lorenzo Vicente, 2013, pp. 502-503). El novedoso concepto de necesidades educativas especiales (NEE) obtuvo respaldo mundial en la Declaración de Salamanca adoptada en junio de 1994 en el marco de una conferencia celebrada por la UNESCO y el Ministerio de Educación y Ciencia de España. La Declaración promueve definitivamente la inclusión educativa de todo el alumnado, con independencia de sus necesidades de apoyo (Echeita y Verdugo, 2004).

Posteriormente, el Real Decreto 696/1995, de 28 de abril de ordenación de la educación de los alumnos con necesidades educativas especiales, regula las condiciones para la atención educativa a estos menores y las garantías para la calidad de la enseñanza. A partir de este Real Decreto, se inició el desarrollo legislativo de los sistemas educativos en las Comunidades Autónomas que han ido asumiendo paulatinamente del Estado competencias en materia de educación (Observatorio estatal de la discapacidad, 2018, p.20).

#### **4.1.2 Marco Normativo Actual**

El punto de partida, como hemos señalado previamente, reside en la Constitución española que reconoce el derecho fundamental a la igualdad en la educación (artículo 27 en conexión con el artículo 14) y que encuentra su desarrollo fundamentalmente en los artículos 73 a 75 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación. Con arreglo al artículo 9.2 CE, para que esa igualdad sea efectiva corresponde a los poderes públicos remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y, asimismo, procurar la integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, “(...) a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos” -artículo 49 CE en el que pervive el carácter médico-rehabilitador del anterior modelo, pero se da pie al cambio de políticas legislativas al recoger la idea de la titularidad de los derechos fundamentales-.

En el año 2006, se promulgó la LO 2 /2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE) cuya disposición derogatoria hace lo propio para la LOGSE, la LOPEG y la LOCE y, asimismo, altera determinados preceptos de la LODE. Esta ley, con las modificaciones introducidas por la LO 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), es la norma que regula actualmente la atención a la diversidad en el sistema educativo español.

Destaca el Capítulo I del Título II en el que el legislador estipula los principios -normalización e inclusión- que regirán la atención integral del alumno, así como los recursos que deberán destinarse a tal efecto -artículos 71 y 72 respectivamente- (Observatorio estatal de la discapacidad, 2018, p.21). A continuación, en su sección primera, de la regulación del régimen de escolarización de los menores con NEE se desprende un sistema dual en virtud del cual solo se acudirá a la vía excepcional de los centros especiales “cuando las necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios” (artículo 74). Este precepto, al igual que su equivalente artículo 18 del Real Decreto 1/2013, han sido objeto de fuerte crítica por parte de Naciones Unidas en su Comentario General N4/2016 por mantener la educación especial como una opción.

La LOMCE, -además de introducir cambios relativos a la inclusión de los alumnos con Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad en el alumnado con

necesidades específicas, entre otras cuestiones-, añade una sección cuarta (artículo 79 bis) dedicada a los alumnos con dificultades específicas de aprendizaje<sup>15</sup>. No obstante, y a pesar de ser promulgada años después de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y de que en su preámbulo conste expresamente que dicho tratado internacional opera como marco orientador, la LOMCE no adaptó la legislación en materia educativa a los mandatos de la Convención (Observatorio estatal de la discapacidad, 2018, p.22). Esta contradicción fue puesta en evidencia por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) en cuyo informe de 2013 denuncia especialmente la no supresión de la escolarización forzosa en educación especial en virtud de resolución administrativa en contra de la voluntad del alumno o sus representantes legales. Asimismo, condena que la realización de ajustes o la dotación de medios no se imponga en función de las necesidades individuales de los alumnos, sino que siga un criterio cuantitativo vinculado a la existencia en los centros de un número predeterminado de alumnos con NEE. Por otra parte, echa en falta que la LOMCE aborde la formación del profesorado en la toma de conciencia sobre la discapacidad y el empleo de medios alternativos, así como que introduzca indicadores que midan el progreso de la inclusión educativa. Ahora bien, el CERMI “no solo denuncia que se haya desaprovechado una oportunidad para aproximar la legislación española a las directrices de la Convención, sino también que una serie de novedades incorporadas podrían ser contrarias a la inclusión” (Observatorio estatal de la discapacidad, p. 27). Entre ellas, cabe destacar la imposición de reválidas al final de los ciclos de Secundaria y Bachiller, que se traduce a una apuesta por la estandarización en vez de potenciar el desarrollo singular de cada alumno. Bajo el mismo prisma, preocupa que la admisión de alumnos en algunos centros esté condicionada por el rendimiento académico en enseñanzas postobligatorias, regulada en el artículo 84.2 LOE, en la redacción de su segundo párrafo, añadido por la LOMCE.

A nivel de Ley ordinaria, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, ha dedicado el Capítulo IV de su

---

<sup>15</sup> Las dificultades específicas de aprendizaje son un grupo heterogéneo de trastornos que se manifiestan por dificultades significativas para la lectura, la escritura, el cálculo o el razonamiento matemático, que no son el resultado de discapacidades intelectuales o trastornos mentales o neurológicos.

Título I (artículos 18 a 21) al derecho a la educación. De acuerdo con el artículo 18, rige el principio de inclusión bajo la regla general de la integración en centros ordinarios con medidas de atención a la diversidad. La excepción a dicha regla general consistirá en la escolarización en unidades o centros de educación especial que, según el apartado 3, "solo 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 y debiendo tomar en consideración la opinión de los padres o tutores legales". De esta forma, se reitera el criterio sentado en el artículo 74 de la LOE.

El artículo 19 pone de manifiesto una vez más ese sistema dual al exigir la gratuidad de la enseñanza tanto en centros ordinarios como en centros especiales. Y el artículo 20 estipula las garantías adicionales para hacer efectivo ese derecho a la educación inclusiva, como es la creación de las condiciones necesarias para facilitar la conexión entre ambos regímenes. Finalmente, el artículo 21 asigna a los servicios de orientación educativa la función de apoyar a los centros docentes en el proceso hacia la inclusión. Ahora bien, no podemos perder de vista que, dado su carácter de ley ordinaria, la Ley General de Discapacidad carece de fuerza para modificar algunos aspectos del derecho a la educación previstos por Ley Orgánica, sin perjuicio de aquellos integrados en la LOE que gozan de rango ordinario y, en consecuencia, sí podrán ser modificados. Por otra parte, debemos tener en cuenta que la anterior normativa estatal se completa con la autonómica, lo cual será objeto de detenido análisis en el siguiente apartado.

#### **4.1.3 Normativa Autonómica**

Las tensiones suscitadas a la hora de definir el derecho a la educación –reflejado en las numerosas oscilaciones que ha sufrido su regulación como consecuencia del potencial que la educación posee para perfilar una ideología- fueron extrapoladas a un terreno mucho más delicado como es la distribución de competencias entre el Estado y las CC. AA (Peris, 2014). A pesar de que no existe una taxativa enumeración de las funciones que debe asumir uno y otro poder, se desprende en primer término del artículo 149. 1.1º CE un ámbito previo y exclusivo, aunque no excluyente, asignado al Estado (Medina Rubio, 1981, p. 72), de competencias de atribución: “el de la aprobación de las Leyes marco o normas básicas del ordenamiento del sistema”,

inaccesible para las Comunidades Autónomas. Por su parte, el artículo 149.1. 30º, ya concretamente en el campo educativo, atribuye al Estado competencia exclusiva sobre la “regulación de las condiciones básicas de obtención, expedición y homologación de los títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 CE”. El fundamento de tales criterios constitucionales intenta evitar diferenciaciones, respetando el principio de unidad de cuya garantía es responsable el Estado (Diego Casals, 1989, pp. 150-151).

En efecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 de febrero, confirma la potestad del Estado relativa a la ordenación general del sistema educativo puesto que el mismo “debe estar homologado (artículo 27.8 CE) en todo el territorio nacional”. Por este motivo, se reserva específicamente al Estado la “regulación de las condiciones básicas que garanticen a todos los españoles la igualdad en el ejercicio de sus derechos constitucionales, así como, ya en el plano educativo, la regulación de las normas básicas para el desarrollo del artículo 27 CE”<sup>16</sup>. Asimismo, en aras del principio de igualdad corresponde al Estado, además de la ordenación general del sistema educativo, la programación general de la enseñanza, la fijación de las enseñanzas mínimas y la Alta Inspección (De los Mozos, 2004).

Ahora bien, según reiterada jurisprudencia constitucional, la calificación de una materia como de competencia exclusiva del Estado no conlleva la exclusión de cualquier grado de implicación autonómica sobre cuestiones relacionadas con ella<sup>17</sup> y, de hecho, tanto los Estatutos de Autonomía como la primera legislación general dictada por el Estado han venido a reconocer un ámbito de actuación a las Comunidades Autónomas. Cabe destacar, en este sentido, la LOGSE (1990) que favoreció un amplio ejercicio de competencias educativas por parte de las CC. AA, reforzando la diversidad e identidad cultural, lingüística y educativa de cada Comunidad (Peris, 2014, p.24). Posteriormente, la LOPEG (1995), en sus Disposiciones Adicionales, alentó a las CC. AA para desarrollar “las condiciones para garantizar la escolarización del alumnado con necesidades educativas especiales en centros públicos, así como los criterios de

---

<sup>16</sup> STC 5/1981, de 13 de febrero [RTC 1981\5].

<sup>17</sup> SSTC 5/1981 de 13 de febrero, 6/1982 de 22 de febrero, 48/1985 de 28 de marzo, 137/1986 de 6 de noviembre y 26/1987 de 27 de febrero.

admisión de alumnos en algunas enseñanzas”, entre otras <sup>18</sup>. En su Disposición Final Sexta, la LOE dispone “Las normas de esta Ley podrán ser desarrolladas por las Comunidades Autónomas, a excepción de las relativas a aquellas materias cuya regulación se encomienda por la misma al Gobierno o que corresponden al Estado conforme a lo establecido en la disposición adicional primera, número 2, de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación”.

Una vez salvada la frontera constitucional de los poderes remanentes básicos que corresponden al Estado, es preciso dejar constancia de la amplia libertad de ejercicio que atesoran las Comunidades Autónomas (Medina Rubio, 1981, p. 72) que, en virtud del artículo 149.3 CE, están legitimadas para reclamar por vía estatutaria las materias residuales que no sean expresamente atribuidas al Estado en la Constitución. De esta competencia genérica, potencial y expansiva se desprende que las diversas Comunidades hayan accedido a distintas cotas de autonomía (Medina Rubio, 1981, p.73).

Así las cosas, los Estatutos de las Comunidades Autónomas que accedieron a su autogobierno por la vía especial del artículo 151 y asimiladas (Andalucía, Canarias, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia, País Vasco y Navarra) asumieron desde el primer momento competencias en materia de educación. A diferencia de ellos, los demás Estatutos no atribuyeron inicialmente ningún tipo de competencia a sus respectivas Comunidades Autónomas en materia de enseñanza no universitaria (Peris, 2014, p.25), restringiéndose sus funciones al marco taxativamente previsto en el artículo 148 CE, donde no figura expresamente la educación. Ahora bien, tras las reformas estatutarias acontecidas en la década de los 90, todas las Comunidades Autónomas han asumido competencias de ordenación y administración del sistema educativo en su ámbito territorial (López Guerra, 1983). A este respecto, cabe subrayar que el Título II de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 de la Constitución, transfirió la “competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades a las

---

<sup>18</sup> *El sistema Educativo Español*, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, MECD/CIDE, Madrid, 2004.

Comunidades Autónomas de Asturias, Cantabria, La Rioja, Región de Murcia, Aragón, Castilla-La-Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid y Castilla y León”<sup>19</sup>.

No obstante, ha sido el nuevo proceso de reformas estatutarias, radicalmente distintas de las anteriores (Argullol Murgadas, 2007, p. 200), el que ha suscitado una fuerte controversia doctrinal en torno a la viabilidad constitucional del desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas de competencias en materia de educación. Como denominador común de las referidas reformas estatutarias, experimentadas durante la VIII Legislatura<sup>20</sup>, cabe destacar la inclusión expresa de un catálogo de derechos cuya regulación compete a la Comunidad Autónoma (Álvarez Vélez y Alcón Yustas, 2012, pp. 555-560). La objeción a la constitucionalidad de los Estatutos ha dado lugar a dos posturas enfrentadas. Por un lado, el Tribunal Constitucional se pronunció en la Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre<sup>21</sup>, en la siguiente dirección: “ nada determina que el régimen jurídico de los derechos constitucionales quede sustraído a las reglas del reparto competencial, pues ya sabemos que ni el artículo 53 ni el 81, ambos de la Constitución, son preceptos que distribuyan competencias, por lo que salvadas las garantías de unidad aludidas, es posible que la normativa autonómica incida en la regulación del régimen jurídico de esos derechos, respetando siempre, naturalmente, las determinaciones que pudieran seguirse de las competencias estatales”.

De otro lado, Álvarez Vélez y Alcón Yustas sostienen que, en lo relativo al derecho a la educación, los Estatutos reproducen el contenido constitucional, pero dotan al derecho de un contenido específico que se justifica por la asunción de competencias de modo que queda vinculado a la competencia. Por su parte, Martínez López-Muñiz afirma que “ninguno de ellos [derechos constitucionales] puede ser objeto de tratamiento por los Estatutos de Autonomía, pues ello comportaría una limitación inconstitucional a la plena disponibilidad que ha de retener el Estado para asegurar la regulación que este precepto constitucional le asigna”. En esta misma línea, se ha

---

<sup>19</sup> Artículo 19 de la LO 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143 d la Constitución.

<sup>20</sup> La VIII Legislatura comenzó en 2004 y se extendió hasta 2008.

<sup>21</sup> A propósito del Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón, contra el artículo 20 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana.

manifestado parte de la doctrina entendiendo, como mínimo, discutible la inclusión de un catálogo de derechos por vía estatutaria.

En definitiva, “si son verdaderos derechos constitucionales solo procede su regulación por parte del órgano de manifestación del poder constituyente, y si no lo son, sino que responden a facultades más que propiamente derechos, o, a lo sumo, derechos del administrado, no tienen por qué denominarse derechos con la consiguiente confusión a la que puede conducir y las falsas expectativas jurídicas que puede generar” (Ripollés Serrano, 2006, p.3). En cualquier caso, el principio de seguridad jurídica aconseja prudencia en la expansión de la normativa autonómica, a fin de evitar que una materia tan relevante como es el derecho fundamental a la educación reciba distintas interpretaciones (Álvarez-Vélez y Alcón Yustas, 2012, p. 563).

Con motivo de dicha profusión normativa pretendemos subrayar, a continuación, los denominadores comunes que se reiteran a lo largo del articulado autonómico, ya sea por vía de ley ordinaria o Decreto. En primer lugar, desde el reconocimiento de que el fundamento último de la educación es contribuir al desarrollo humano, se pone el acento en la igualdad efectiva de oportunidades. Se erige ésta como el objetivo principal a perseguir, tal y como refleja, por ejemplo, el artículo 5 de la Ley 17/2007 de Educación de Andalucía. Ahora bien, en línea con la Exposición de Motivos de la Ley 6/2014 de Canarias de Educación no universitaria, esta visión de la igualdad de oportunidades no se agota en la igualdad de acceso a la escolarización, sino que es, ante todo, igualdad de oportunidades en el desarrollo de las capacidades. También los Decretos 82/2014 y 43/2015 dedicados a la Educación Primaria y Secundaria del Principado de Asturias se orientan, en sus artículos 20 y 16 respectivamente, al desarrollo de las capacidades y la consecución de las competencias. En todo caso, se define un modelo que va más allá del desarrollo académico del alumno, y se preocupa por su desarrollo integral. En este sentido, el Decreto 228/2014 por el que se regula la respuesta educativa a la diversidad del alumnado en la Comunidad Autónoma de Extremadura apuesta en su preámbulo por el paradigma de la inclusión educativa con la finalidad de lograr el máximo desarrollo personal, social, profesional, intelectual y emocional de cada alumno. Asimismo, la Ley 2/2013 de Castilla y León, de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad, dirige la actuación de los poderes públicos a garantizar su autonomía personal y pleno desarrollo. Como garantes de dicha

equidad y soportes de la calidad educativa, se contempla la prevención y la adecuada atención temprana, reconocido como principio de actuación por el artículo 3 del Decreto 188/2017 del Gobierno de Aragón. Finalmente, entre los decretos más avanzados destaca el 104/2018 por el que se desarrollan los principios de equidad y de inclusión en el sistema educativo valenciano. Se aproxima a la filosofía imperante en el modelo social al reconocer en su artículo 3.1 que “cada persona tiene necesidades únicas, considerando la diversidad como un valor positivo que mejora y enriquece el proceso de aprendizaje”. Por otra parte, conforme al apartado 4 del citado artículo y en línea con la Convención de los Derechos del Niño, “el camino hacia la inclusión es un proceso continuo” que requiere de “reflexión sobre las barreras que generan desigualdades, aplicación de los cambios y evaluación periódica de su impacto”.

En segundo lugar, se aprecia una tendencia a intensificar la excepcionalidad de la escolarización en centros de educación especial. De acuerdo con el artículo 18.3 de la Ley 4/2017 de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía, dictada con el fin de adecuar la normativa autonómica a la Convención Internacional, “la escolarización se efectuará en centros específicos de educación especial cuando, excepcionalmente, las necesidades del alumno no puedan ser debidamente atendidas en el marco de los ajustes razonables y tomando en consideración, en todo caso, la opinión de los padres o tutores legales”. Asimismo, el Decreto 25/2018 de la Comunidad Autónoma de Canarias exige que la escolarización en unidades especiales “se fundamente en razones que justifiquen la imposibilidad de poner en práctica su escolarización en centros ordinarios” (artículo 4) y que “tendrá carácter temporal y será objeto de revisión periódica, de manera que el alumnado podrá ser propuesto para su reincorporación a una escolarización ordinaria cuando así lo requiera” (artículo 13). Por su parte, el Decreto 39/2011 de las Islas Baleares prevé en su artículo 25 la progresiva transformación de los mismos en centros de asesoramiento a disposición de los centros ordinarios. También el Decreto Catalán 150/2017 de 17 de octubre dispone, en el artículo 25, su conversión en “proveedores de servicios y recursos para los centros ordinarios”. El artículo 17 establece el criterio general de escolarización en centro educativo ordinario y el artículo 18 refuerza la excepcionalidad de integración en centro de educación especial, previa aceptación de la familia y únicamente en el caso de alumnos “con discapacidades graves o severas que necesiten una elevada intensidad de apoyo educativo y medidas curriculares, metodológicas,

organizativas o psicopedagógicas altamente individualizadas”. Como veremos más adelante, el artículo 18 confirma o se aproxima a la exigencia jurisprudencial de fundamentar la negativa de escolarización en centro ordinario en base a medidas de apoyo que supongan una carga indebida o desproporcionada. En la misma línea, el artículo 16.2 del Decreto 85/2018, de Castilla La Mancha, únicamente justifica la vía excepcional cuando “habiéndose puesto en marcha previamente todas las medidas y los medios efectivos para lograr la inclusión educativa, no ha podido lograrse porque las necesidades del alumnado son tan significativas que requieren una respuesta específica que no puede prestarse como medidas de apoyo en un centro ordinario”.

Por último, cabe extraer como denominador común de la normativa autonómica la especificación de medidas. Así, la Ley 6/2008, de 26 de diciembre, de Educación de Cantabria distingue entre medidas ordinarias, específicas y extraordinarias, “otorgando prioridad a las primeras y reservando los otros dos escalones para cuando la aplicación de las medidas ordinarias no sea suficiente para el progreso educativo del alumno” (artículo 81). Por su parte, la Orden ECD/1005/2018, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 188/2017 de Aragón, se articula en torno a actuaciones de intervención generales y específicas. Mientras las primeras gozan de carácter ordinario y se dirigen a todo el alumnado, las actuaciones específicas parten de las necesidades detectadas en la evaluación psicopedagógica individualizada de cada alumno que se define, en virtud del artículo 22, como “un proceso interactivo, participativo, global y contextualizado que trasciende de un enfoque clínico de la evaluación y profundiza en la detección de necesidades desde un enfoque global, ofreciendo orientaciones útiles y precisas para el ajuste de la respuesta educativa”. Se aleja, por tanto, del modelo médico-asistencialista y reconoce que el objeto de normalización es la respuesta educativa, que es ésta la que debe ser “ajustada” de tal forma que sea capaz de hacer frente a las necesidades de todos con el fin de que desarrollen al máximo sus potencialidades. También el Decreto 85/2018, de 20 de noviembre, de Inclusión Educativa de Castilla La Mancha alude en su artículo 9.3 a la evaluación psicopedagógica como proceso de identificación de barreras previo a la adopción de las medidas. Y de acuerdo con el artículo 5.4 de la Orden 1493/2015, en desarrollo del Decreto 17/2008 de la Comunidad de Madrid, la identificación y valoración de las necesidades educativas especiales del alumno compete a los Equipos de Orientación Educativa y Psicopedagógica (EOEP). En dicha evaluación psicopedagógica juegan un papel protagonista los factores del contexto que

facilitan o dificultan la inclusión, eje vertebrador de la respuesta educativa a la inclusión según el artículo 11 del Decreto 104/2018 de la Comunidad Valenciana. Además, el artículo 14 del decreto regula cuatro niveles de respuesta de carácter sumatorio y progresivo: “un primer nivel dirigido a toda la comunidad educativa e integrado por las medidas que afectan a los procesos de planificación, gestión general y organización de los apoyos del centro; un segundo nivel, constituido por las medidas generales programadas para un grupo-clase que implican apoyos ordinarios; un tercer nivel reservado al alumnado que requiere una respuesta diferenciada, individualmente o en grupo, que implican a apoyos ordinarios adicionales; y un último nivel que comprende las medidas dirigidas al alumnado con necesidades específicas que demanda una respuesta personalizada e individualizada de carácter extraordinario”. Finalmente, el Decreto Catalán 150/2017 diferencia tres tipos de medidas de apoyo: universales, adicionales e intensivas que desarrolla separadamente en los artículos 8 a 10. De esta manera, las medidas universales que se dirigen a todos los alumnos se complementarán con medidas adicionales que “permiten ajustar la respuesta pedagógica de forma flexible y temporal” y medidas intensivas que con carácter extraordinario “se adaptarán a la singularidad de los alumnos con necesidades educativas especiales, permitiendo ajustar la respuesta educativa de forma transversal, con una frecuencia regular y sin límite temporal”. En definitiva, la concreción de las medidas viene exigida por los criterios dominantes de ajustes razonables y carga desproporcionada que delimitan la frontera entre la vía ordinaria y la excepcional. Solo conociendo dichas medidas se podrá evaluar el coste efectivo de su implantación y, en último término, su razonabilidad o desproporción.

#### **4.2 Informe del Comité de los Derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas de 2017 sobre la situación de España**

Se hace necesario contrastar la legislación española y la referida Convención, lo que realiza pormenorizadamente el Informe del Comité sobre la situación en España de los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas de 4 de junio de 2017, en cuyo punto 46 se lee que “El Comité observó que la exclusión discriminatoria, la segregación y/o falta de ajustes razonables afecta principalmente a personas con discapacidad intelectual o psicosocial, con trastornos del espectro autista, hiperactividad y déficit de atención o con discapacidad múltiple. Estos alumnos generalmente ingresan

a centros de educación especial, o a proyectos que los separan de sus compañeros, con escasas oportunidades de salir de este sistema que los segrega de la sociedad”.

El Informe pone de relieve múltiples deficiencias del sistema educativo español:

- estadísticas oficiales engañosas, al incluir como alumnos con discapacidad en centros ordinarios a quienes pasan más tiempo en la unidad de apoyo o en el aula especial que en el aula ordinaria;
- sistema de informes psicopedagógicos para determinar capacidad cognitiva en los que predomina un diagnóstico médico-funcional, centrándose en los déficits del alumno, en lugar de un enfoque más integral de la persona que evalúe la inclusión en relación con su socialización con los compañeros en los horarios de comedor, transporte y actividades extraescolares;
- escasa consideración de las opiniones de los alumnos, de sus padres y de las asociaciones que les representan;
- disparidad entre Comunidades Autónomas en la dotación de recursos humanos, técnicos y financieros, así como en los criterios seguidos en los procesos de evaluación;

Por todo ello, el Comité exhorta al Estado español a adecuar su normativa a la Convención y, especialmente, recomienda: i) contemplar la educación inclusiva como un derecho y no como un principio; ii) eliminar la excepción de la educación segregada/especial, así como las evaluaciones psicopedagógicas y el dictamen de escolarización; iii) incluir una cláusula de no rechazo de estudiantes por razón de discapacidad, estableciendo que la denegación del ajuste razonable constituye discriminación; y iv) rechazar la segregación educativa de estudiantes con discapacidad, tanto en centros especiales como en una unidad dentro de la misma escuela.

### 4.3 Doctrina Jurisprudencial

A pesar de la profusión normativa, sorprende que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo no se hayan pronunciado hasta una fecha reciente, definiendo el derecho a la educación inclusiva, su contenido esencial, su alcance y las obligaciones de las Administraciones Públicas (Rodríguez Zapatero, 2018, p.5). Por este motivo, parece oportuno y necesario revisar la evolución de la doctrina jurisprudencial en este ámbito de la educación inclusiva.

De una forma esquemática, es posible aludir a una primera etapa carente de doctrina por parte del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en la que, no obstante, merecen ser citados algunos pronunciamientos relevantes como la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de noviembre de 2009, que aplicó la Convención en línea con el artículo 96 CE para excepcionar a una persona con discapacidad de los requisitos exigidos para la concesión de una beca. Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2011 (recurso de casación 603/2010) considera vulnerado el derecho a la educación, en conexión con el derecho a la igualdad, por la falta de provisión de medios requeridos para atender a niños con trastornos del espectro autista. De acuerdo con el FJ 8º de la precitada sentencia, “se encuentran en una posición de desigualdad de partida que les hace acreedores de una respuesta de las Administraciones educativas adecuada a sus necesidades”.

Respecto a las sentencias dictadas por los diferentes Tribunales Superiores de Justicia, cabe extraer una serie de notas que aparecen a modo de constante. En primer lugar, el derecho a la educación inclusiva no se enfoca desde la perspectiva constitucional, sino que la mayoría se limitan a abordar el acto administrativo objeto de revisión, en el sentido de si son conformes o no a la legalidad ordinaria (Rodríguez Zapatero, 2018). Asimismo, con carácter general se insiste en que el derecho a la educación no es absoluto ni incondicionado, acentuándose las limitaciones de carácter 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 niega que el derecho a la educación inclusiva sea absoluto). Otro elemento que destacar es el “parámetro de comparación que sirve de base en estas sentencias para admitir la

prueba de trato discriminatorio, que se limita a otros alumnos con discapacidad; lo cual se traduce a la desestimación de un importante número de recursos en los que se invoca el derecho a la igualdad en la educación” (Rodríguez Zapatero, 2018) -en este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 22 de marzo de 2013. Finalmente, los fallos de estas sentencias giran en torno a los dictámenes de escolarización e informes psicopedagógicos. Se les otorga un valor prevalente -más propio del modelo rehabilitador- en detrimento entre otros de las pruebas aportadas por los padres que, como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 22 de abril de 2002 (JUR 2002/206601), “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”.

El Tribunal Constitucional se pronunció por primera vez de manera específica sobre este derecho fundamental en la STC 10/2014, de 27 de enero. La sentencia se dictó en el marco de un recurso de amparo cuyo objeto consistía en determinar si la resolución emitida por la comisión de escolarización por la que se acuerda la continuación del hijo de los recurrentes en un colegio público de educación especial vulnera los artículos 14, 15 y 27 CE. Se somete, por tanto, a interpretación jurisprudencial el supuesto de escolarización en unidades de educación especial recogido en el artículo 74.1 de la LO 2/2006, según el cual “se llevará a cabo cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centro ordinarios” (art. 74.1), resultando que la valoración de las necesidades educativas de este alumnado se efectuará “por personal con la debida cualificación y en los términos que determinen las Administraciones educativas” (art. 74.2).

De la normativa anterior, señala la STC 10/2014, “se desprende como principio general que la educación debe ser inclusiva y tan solo cuando los ajustes que deba realizar para dicha inclusión sean desproporcionados o no razonables, podrá disponer la escolarización de estos alumnos en centros de educación especial”. En este último caso, continúa la sentencia, “por respeto a los derechos fundamentales y bienes jurídicos afectados, dicha Administración deberá exteriorizar los motivos por los que ha seguido esta opción”. De esta manera, el Tribunal Constitucional enmarca el derecho a la educación inclusiva dentro de los derechos fundamentales y, precisamente por estar éstos en juego, exige justificar la inviabilidad de la integración del menor discapacitado

en un centro ordinario; resultando coherente con el artículo 2 de la Convención relativo a los ajustes que debe adoptar la Administración siempre y cuando no supongan “una carga desproporcionada o indebida”.

Si bien el Ministerio Fiscal aduce que la decisión se fundamenta exclusivamente en el informe psicopedagógico practicado al menor, el Tribunal Constitucional entiende que de la consideración del expediente educativo en su conjunto (grado de discapacidad y medidas tales la atención individualizada en el aula que, por otra parte, ha de verse reducida a un máximo de 4 alumnos, etc.) se deduce que la resolución sí justifica en este caso la imposibilidad de escolarización en un centro ordinario. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional no concedió el amparo a los recurrentes.

El pronunciamiento del TC supuso un giro significativo en la medida en que sentó los principios de la doctrina constitucional que guiarán las posteriores sentencias por parte de los Tribunales Superiores de Justicia y los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (Rodríguez Zapatero, 2018). Entre ellas, es preciso subrayar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 1 de febrero de 2016 que pone el acento en el aspecto socializador y limita la opción de educación especial al supuesto de agotamiento de las posibilidades de aplicación de la educación inclusiva o en caso de perjuicio para el menor. En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 21 de julio de 2016 matiza que el agotamiento no se refiere únicamente a las medidas adoptadas sino también a cualquier otra posibilidad de inclusión –criterio que será asumido por el Tribunal Supremo en la sentencia 1976/2017 que será a continuación objeto de estudio en detalle.

En síntesis, las primeras sentencias sobre educación inclusiva, a pesar de que ya se había ratificado la Convención, mantuvieron una línea interpretativa ciertamente no acorde con dicho texto internacional en tanto no se orientaba desde una perspectiva de derecho fundamental y se concedía primacía a los informes de la Administración. El punto de inflexión se alcanzó de la mano de la sentencia del TC de 27 de enero de 2014 que, como consecuencia de enmarcar la discapacidad desde la óptica de los derechos fundamentales, exige un juicio de proporcionalidad que justifique la imposibilidad de integración en un centro ordinario, que ha de ser la regla general. Dichas exigencias de motivación fueron en gran medida precisadas y ampliadas por las sentencias de

Tribunales Superiores de Justicia que se dictaron con posterioridad al asentamiento de la doctrina del TC (Rodríguez Zapatero, 2018).

En este contexto se pronuncia el Tribunal Supremo en su Sentencia 1976/2017 dictada por la sala de lo Contencioso-Administrativo el 14 de diciembre de 2017. Dicha sentencia desestima el recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de la Rioja, confirmando la sentencia de instancia en el sentido de reconocer el derecho de Florián (menor que padece trastorno de espectro autista-TEA) a su escolarización en un centro de educación ordinaria, manteniendo la modalidad de escolarización de aula TEA y aula ordinaria.

La Administración autonómica había autorizado el cambio de régimen de centro ordinario a centro de educación especial basándose en sucesivos informes psicopedagógicos que reseñaban las conductas desafiantes de Florián, poniendo en peligro su persona y las de sus compañeros y docentes, y en el dictamen de escolarización que situaba su nivel de competencia curricular en el segundo ciclo de educación infantil, pese a encontrarse en primaria. Por ello, la Comisión de Escolarización Especial acordó que la modalidad de escolarización que cuenta con los recursos necesarios para una adecuada atención era uno de los Centros de Educación Especial de Logroño.

El Tribunal Supremo reconoce una íntima vinculación entre el derecho a la igualdad del artículo 14 CE y el derecho a la educación del artículo 27 CE, de tal forma que confiere a la educación inclusiva una dimensión netamente constitucional. Desde este punto de vista, el Fundamento Jurídico cuarto precisa aún más el alcance de este derecho decretando que “rigen los principios de normalización e inclusión tanto para el acceso como la permanencia en el sistema ordinario”. Este concepto de educación inclusiva como proceso continuo se pone de relieve en el apartado 12.I. del Comentario General N°4/2016, del Comité de Naciones Unidas sobre los Derecho de las Personas con Discapacidad.

La sentencia parte de la premisa de que el derecho a la educación en igualdad impone como 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 dicho principio se deduce, por tanto, un doble mandato dirigido a la Administración: primero, de puesta a disposición de medios

adecuados (personal cualificado, instalaciones de inclusión y una programación que acredite las necesidades específicas de los alumnos) y, segundo, la carga de explicar por qué un centro ordinario no puede dispensar las medidas de atención adecuadas a los apoyos que requiere un alumno. En primer lugar, la normativa “ordenar –expresión inequívoca de que se trata de un mandato imperativo ineludible- a las Administraciones “una puesta de medios para que se procuren apoyos y atenciones educativas, específicas, personalizadas y efectivas”. No resulta aceptable, por lo tanto, una medida genérica inconcreta o fuera del contexto de esa personalización necesaria; en línea con la filosofía imperante en el modelo social relativa a que sea la escuela la que se mueva en función de las necesidades educativas del alumno y no viceversa. Por otra parte, las medidas de apoyo deben ser efectivas lo que significa que nos hallamos ante una obligación de resultados. De esta manera, la STS efectúa una correcta trasposición del artículo 24.2.e) de la Convención<sup>22</sup>. Asimismo, las medidas han de ser adecuadas en el sentido de que, además de formularse en función de las necesidades educativas del menor, han de estar dirigidas a fomentar el desarrollo académico y social del mismo, para lo cual el Tribunal Supremo alude a la creación de “un entorno” que favorezca dicho desarrollo. En definitiva, las medidas deben reunir todos los atributos mencionados, de forma acumulativa, pues de lo contrario el acto administrativo será nulo de pleno derecho en virtud de lo dispuesto en el artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015<sup>23</sup>.

Por último, la sentencia profundiza en el juicio de proporcionalidad al que debe someterse una diferencia de trato para valorar su constitucionalidad. Si bien, y tal y se ha venido reiterando a lo largo del presente trabajo, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual, de modo que no toda desigualdad supone una infracción del artículo 14 CE, sí resulta imperativa una justificación objetiva y razonable. Este canon de constitucionalidad se articula en base a tres exigencias de motivación. En primer término, en línea con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja 252/2016 de 21 de julio, deben agotarse todos los esfuerzos

---

<sup>22</sup> Art. 24.2: Al hacer efectivo este derecho los Estados Parte se asegurarán que: e) 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.

<sup>23</sup> Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

encaminados a la inclusión educativa en el centro ordinario<sup>24</sup>, acreditando tanto aquellos puestos en práctica sin resultado positivo como “otras posibilidades de inclusión”.

El segundo elemento exigible en las resoluciones de las Administraciones educativas se refiere a “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”<sup>25</sup>. Ahora bien, la disponibilidad de ajustes debe ser valorada, de acuerdo con el Comité de Naciones Unidas en el Comentario General N° 4/2016 párrafo 29, “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; la transferencia de recursos dentro del sistema debe ser posible”.

En último término, la decisión de escolarizar en un centro de educación especial debe apoyarse en unos informes que justifiquen por qué hacerlo en un centro ordinario, con los apoyos precisos, supone una carga desproporcionada para la administración. Es lógico que optar por lo excepcional frente a lo ordinario exija un plus de motivación, más cualitativa que cuantitativa, ponderando las circunstancias de cada caso concreto, como señalaba el voto particular discrepante a la Sentencia 10/2014, de 27 de enero, dictada por el Tribunal Constitucional. Dicha Resolución entendía que “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”<sup>26</sup>. En este sentido, el Tribunal Supremo da un paso más allá y obliga a efectuar dicha ponderación toda vez que se pretenda optar por la excepción de escolarización en un centro de educación especial.

En conclusión, la STS de 14 de diciembre de 2017 eleva el derecho de igualdad en el acceso a la educación a "regla de carácter general" que solo admite excepciones tasadas, que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo, por razones de proporcionalidad. Frente a esta regla general de deber de las Administraciones públicas

---

<sup>24</sup> Fundamento Jurídico Sexto de la STS de 14 de diciembre de 2017.

<sup>25</sup> Fundamento Jurídico quino, número cuarto de la STS de 14 de diciembre de 2017.

<sup>26</sup> Fundamento Jurídico quinto, último párrafo, de la STC 10/2014 de 27 de enero.

de inclusión educativa, el Tribunal Supremo admite una única excepción: la falta de exigencia de que la Administración deba soportar "una carga desproporcionada o indebida". Ahora bien, únicamente cabe oponer dicha excepción "si se justifica haber agotado todos los esfuerzos para esa integración".

A la vista de las conclusiones, la proporcionalidad está en función del contexto, aspecto en el que insiste la reciente STS 2010/2019 de 21 de junio de 2019. En este caso, el Alto Tribunal ahonda en su propia doctrina y reconoce a unos padres de La Rioja el derecho a elegir un centro educativo concreto, frente al criterio de la Administración que le ofrecía otro distinto. A priori, parecía preferible el centro propuesto por la Administración por poseer más recursos, entre ellos un auxiliar técnico educativo (ATE). No obstante, de una valoración circunstanciada se desprende que el régimen de jornada continua -que permite la realización de actividades extraescolares-, la disponibilidad de la propia madre que trabaja como profesora en el centro elegido por la familia y el hecho de que el claustro del colegio, de 35 asistentes, 34 votaran a favor de la admisión del alumno comprometiéndose a suplir la labor del ATE, satisfacen en mayor medida el derecho a la educación del menor.

Esta ponderación "caso por caso" viene exigida directamente por la efectividad del derecho a la educación, sobre la cual razona la precitada STS de 9 de mayo de 2011. "Así es desde el momento en que la educación que se imparte a los niños debe adecuarse a las circunstancias en que se encuentra de manera que los responsables de la misma habrán de tenerlas en cuenta para que sirva realmente al pleno desarrollo de la personalidad humana". Es decir, no podemos perder de vista el objetivo último de máximo desarrollo social del alumno que, en caso de ignorarse, determinará la vulneración del derecho a la educación inclusiva.

Finalmente, resta señalar en lo atinente al derecho de elección de los padres si el mismo se enmarca en el núcleo esencial del artículo 27 CE o, por el contrario, es ajeno al problema de la educación inclusiva. El TS sostiene que "un supuesto como el que nos ocupa –en el que la preferencia de los padres se razona en atención a las necesidades individuales del menor-, entra en el ámbito del proceso especial de protección de los derechos fundamentales", que se sitúa por encima de una mera cuestión de legalidad ordinaria. Por tanto, respecto a la delimitación del alcance del derecho de los padres a elegir centro educativo, el Tribunal concluye que en la medida en que las

modificaciones exigibles sean viables en distintos centros accesibles en condiciones razonablemente similares, el artículo 27 CE ampara el derecho de elección. Ahora bien, en línea una vez más con el artículo 2 de la Convención, “si la imposición de esta preferencia impusiera a la Administración cargas –ya sean presupuestarias u organizativas- desproporcionadas o indebidas, nos hallaríamos ante una restricción constitucionalmente justificada del ejercicio de su derecho fundamental”<sup>27</sup>.

#### **4.4 Perspectivas de Futuro**

La radical discrepancia entre las posiciones anteriormente descritas de la Comisión de Naciones Unidas y de nuestro Tribunal Supremo, es un reflejo del debate que el tema suscita en la sociedad. El movimiento “proinclusivo”, impulsado institucionalmente por el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) y por el Observatorio Estatal de la Discapacidad, encuentra respuesta el 15 de febrero de 2020 en el Proyecto de Ley Orgánica de Modificación de la Ley Orgánica de Educación (LOMLOE o Ley Celáa) si bien su tramitación se vio frustrada por la disolución de las Cortes motivada por la convocatoria de elecciones generales. Ésta ha sido reactivada el pasado marzo de 2020 en pleno estado de alarma.

La evolución de la escolarización del alumnado con necesidades educativas especiales se guiará conforme a la Disposición Adicional Cuarta, la cual se ha convertido en el principal foco de controversia. En virtud de la misma, se impone al Gobierno la obligación de planificar, en el plazo de 10 años, la restricción de los colegios de educación especial “exclusivamente a aquellos alumnos que requieran una atención “muy especializada”; transformándose, a su vez, en centros de referencia y apoyo para el sistema ordinario”. Por otra parte, se orienta a la consecución del Objetivo de Desarrollo Sostenible (OSD) número 4; esto es, “de aquí a 2030, eliminar las disparidades de género en la educación y asegurar el acceso igualitario a todos los niveles de la enseñanza para las personas vulnerables, incluidas las personas con discapacidad”. Dicha alusión ha sido interpretada como voluntad de eliminar la mayoría de los centros de educación especial existentes en 2030.

Entre las críticas dirigidas a la referida DA 4ª se erige con especial fuerza la falta de previsión de recursos económicos para tal fin, reconocido en la propia Memoria del

---

<sup>27</sup> Fundamento Jurídico quinto, número 2, de la STS 2010/2019.

Análisis de Impacto Normativo, elaborada por el Ministerio de Educación, que acompaña al Anteproyecto. Dentro del apartado de “Impacto Presupuestario” se dispone lo siguiente: “Las Administraciones educativas continuarán prestando el apoyo necesario a los centros de educación especial para que estos, además de escolarizar a los alumnos que requieran una atención muy especializada, desempeñen la función de centros de referencia y apoyo para los centros ordinarios, por lo que no se prevé incremento de gasto” (Ministerio de Educación, 2020, pp.102-103). Por otra parte, se reprocha también la indefinición de una atención “muy especializada”, que no se conecta con los criterios jurisprudenciales de “ajustes razonables” o “carga desproporcionada”. Asimismo, algunos autores critican la instrumentalización de los menores con NEE que se convierten en “un recurso para formar al resto de alumnos en diversidad e inclusión, a costa de su propio desarrollo personal, dignidad y autoestima” (Gandarias Cebrián y Díaz Marroquín, 2020). Desde este sector se entiende que el traslado forzoso a un centro ordinario con el fin de calificar el sistema educativo como “inclusivo” supedita el interés de la persona al de la sociedad, lo cual no es aceptable. Como hemos visto anteriormente, se debe atender en todo caso al interés superior del menor. En esta línea, y frente a la amenaza de la desaparición de los colegios especiales, se pronuncia el TEDH en su Sentencia “Dupin contre la France” que confirma la escolarización de una niña con autismo en una institución especializada, rechazando la admisión solicitada por su madre en una clase especializada de la “*école ordinaire*”; se atiende al interés superior de la niña y se ratifica la importancia de la educación inclusiva, pero reconociendo que la atención de alumnos con NEE afecta a una prestación que requiere una organización compleja en un ámbito de recursos finitos (Gandarias Cebrián y Díaz Marroquín, 2020).

Debe primar el carácter finalista de la norma. Es decir, la finalidad inclusiva no se agota en la escolarización del menor, sino que, al contrario, “se enfoca en el desarrollo personal, autoestima y autonomía para su inclusión más allá del horario escolar mediante el dominio de habilidades sociales” (Gandarias Cebrián y Díaz Marroquín, 2020). Debemos recordar que la especialización de estos centros especiales, abocados a su transformación o desaparición, afecta no solo al currículo, sino también a la integración y la autonomía. En ellos se presta una atención individualizada ofreciendo a su vez servicios de logopedia, fisioterapia o atención psicológica, de forma que el alumno alcance su desarrollo integral. Además, dicho razonamiento es coherente con el

Objetivo de Desarrollo Sostenible 4 al que hace referencia la Ley Celáa que, interpretado conforme a la Declaración de Incheon para la Educación 2030 (Foro Mundial sobre la Educación 2015), reconoce que “la finalidad de la inclusión y la equidad es brindar a todos iguales oportunidades y no dejar a nadie atrás” (Gandarias Cebrián y Díaz Marroquín, 2020). Por tanto, el trasvase de alumnos a los centros ordinario sin que lleve aparejado un incremento del presupuesto pone en tela de juicio la efectividad de la respuesta inclusiva que se pretende dar a los alumnos con discapacidad.

## **5. Conclusiones**

Ante todo, debemos aplaudir la consolidación del modelo social propugnado por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que responde a la concepción del discapacitado como sujeto de pleno derecho, amparado por los principios de igualdad y dignidad. En este sentido, y en línea con el artículo 24 de la Convención, el menor con discapacidad será titular del derecho a la educación; derecho fundamental cuyo pleno disfrute requiere no solo actitud de abstención o no injerencia por parte del Estado a fin de no interferir en la esfera individual, sino también la intervención de los poderes públicos para hacer efectivo su ejercicio. Y precisamente en esta segunda vertiente reside el objeto de debate de la educación inclusiva; ¿cómo articular esa posición activa o prestación por parte del Estado? ¿Debe dirigir sus recursos exclusivamente a los centros ordinarios con la consiguiente desaparición de los colegios de educación especial o es preferible mantener el sistema dual actual? En definitiva, ¿se admite o no la vía excepcional de escolarización en centros de educación especial?

En mi opinión, para responder tales interrogantes no podemos perder de vista el fin último de la educación, esto es, el desarrollo pleno del menor hasta el máximo de sus potencialidades. A lo largo del trabajo, hemos sido testigos de la constante colisión entre dos principios; por un lado, se valora la diversidad y se impone como obligación que el sistema educativo sea capaz de dar respuesta a la totalidad del alumnado, pero, al mismo tiempo, se pretende alcanzar un sistema único y general. ¿Se puede conseguir ese objetivo en el marco de un sistema único de tal forma que todos los centros educativos de España puedan dar respuesta a esa pluralidad de necesidades? En principio, parece difícil compatibilizar ambas pretensiones de modo que lo que debe primar, en último término, es el interés superior del menor, lo cual exige una ponderación caso por caso de las circunstancias concretas y el contexto. En este sentido, considero que los alumnos deben acudir al centro más inclusivo; es decir, aquel que facilite con mayores garantías el pleno desarrollo de su personalidad, potenciando su autoestima y dignidad. En esta línea, cabe extrapolar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa a la educación diferenciada por sexos, de acuerdo con la cual “resulta conforme a ella cualquier modelo educativo que tenga por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el respeto a los principios y a los derechos y

libertades fundamentales que reconoce el artículo 27.2” (Vidal Prado, 2019). Según el TC, “la separación de los alumnos por sexo no vulnera per se el principio de igualdad del artículo 14 en tanto no puede asociarse automáticamente a una diferencia de trato injustificada” (Vidal Prado, 2019). De hecho, dispone el Tribunal que en caso de que alguna diferencia indebida existiera, solo sería atribuible al centro escolar en la que tenga lugar, y no al modelo en su conjunto.

Desde mi punto de vista, la inserción en el sistema educativo general no necesariamente implica inclusión social. Bajo ningún supuesto la traducción es automática, pero, menos aún, en un escenario de escasez de recursos. Del mismo modo que se ha admitido que las necesidades específicas de las personas ciegas o sordas encontrarían mejor respuesta a través del mantenimiento de la educación especial, es posible que tal presupuesto sea igualmente aplicable a las personas con discapacidad intelectual. Se pretende evitar que se desvirtúe por completo el derecho fundamental a la educación, conduciendo esta estricta visión del modelo social a una solución opuesta a la pretendida. Existe el riesgo de que la eliminación del derecho a elegir el sistema educativo, “bajo la apariencia de incluir a todos en la comunidad escolar, conduzca a una segregación de hecho en las escuelas donde los niños estarían físicamente presentes pero mental y socialmente ausentes” (Palacios, 2008, p.383). En última instancia, la aplicación de este enfoque exclusivamente fundamentado en la premisa de educación en las escuelas ordinarias negaría a estos niños la oportunidad de desarrollar su potencial pleno. Es decir, para que el modelo de educación inclusiva funcione se requiere un verdadero cambio de mentalidad.

Si bien el modelo social ha supuesto un claro avance en la educación de las personas con discapacidad al postular la inclusión como un proceso de cambio del sistema educativo, dicha filosofía debe ir acompañada de nuevas fórmulas que permitan lograr la plena incorporación del alumnado en términos de calidad e igualdad de oportunidades (González Noriega, 2012, pp. 91-92). A partir de ahora son los centros ordinarios, y no el propio alumnado como promulgaba el modelo de integración, los que deben esforzarse para adaptarse a las necesidades y capacidades de cada alumno. Ahora bien, la “normalización” de los centros ordinarios tiene un límite que es definido por la doctrina jurisprudencial española. Deberán adaptarse hasta donde se pueda, sin que la Administración deba soportar “una carga desproporcionada o indebida”. De esta manera, nuestro Tribunal Supremo eleva el derecho de igualdad en el acceso a la educación a

“regla de carácter general” admitiendo únicamente excepciones tasadas, que deberán ser interpretadas con carácter restrictivo y siempre y cuando se justifique haber agotado previamente todos los esfuerzos para esa integración. Se aboga así por la igualdad material, frente a la formal, que parte de que en origen somos desiguales y propugna factores correctivos de modo que se acepta un tratamiento desigual de las personas para que sean iguales.

Esto implica un cambio de mentalidad de tal magnitud que exige “una profunda revisión y análisis de la estructura, organización y diseño del sistema educativo” (González Noriega, 2012, p. 91). De lo contrario, la inserción del alumno en una escuela pensada y diseñada para una mayoría que no le representa conducirá a la solución opuesta a la pretendida. En otras palabras, a pesar de que los principios que inspiran la legislación española coinciden en esencia con los cánones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como se pone de manifiesto en el Capítulo I de la LOE (González Noriega, 2012, p. 95), éstos no van acompañados de las medidas de atención a los alumnos con discapacidad susceptibles de propiciar un escenario para la efectiva inclusión y, en consecuencia, no se puede afirmar todavía que nuestra normativa cumpla con los preceptos de la mencionada Convención. Si bien es cierto que debemos subrayar la tendencia de algunas CC.AA. a la concreción de dichas medidas de atención a los alumnos con discapacidad- especialmente Castilla La Mancha, Cataluña o la Comunidad Valenciana-, aún queda camino por recorrer. Y precisamente en este camino van a jugar un papel fundamental las TIC (Tecnologías de la Información y la Comunicación). Es preciso que los menores con NEE se incorporen a la transformación digital en su vida cotidiana y especialmente en su proceso de formación (Espínola Jiménez, 2020). De otro modo, junto al coste de oportunidad, aumentará además la brecha con el resto de la sociedad. Por otra parte, traerá consigo una mayor y mejor integración en tanto su aplicación con carácter global permitirá la adaptación de las TIC a la diversidad de dichas NEE a un coste razonable; viéndose así reducida la excepcional idea de la educación especial en favor de la inclusiva. En otras palabras, la adecuación universal que persigue la educación inclusiva será favorecida por las TIC al reducir el coste de los ajustes razonables.

En conclusión, el cambio de mentalidad creo que se sitúa en el objetivo último a perseguir: por supuesto que no es la integración (“encajar” al menor con NEE en la educación ordinaria), tampoco la simple “inclusión” que pretende adaptar ese sistema a

las necesidades de las personas con discapacidad. Debe ir más allá primando al individuo sobre la sociedad para posibilitar, en todo caso, ese pleno desarrollo de las capacidades, no solo en el ámbito social y académico, sino también desde un punto de vista psicológico de tal forma que el menor no solo se vea, sino que se “sienta” parte del sistema y “a gusto” dentro del mismo. Es un objetivo ambicioso y complicado porque el tratamiento individualizado supone mayor preparación y dedicación por el profesorado y, por tanto, una mayor asignación de recursos, lo cual podría ser facilitado por la aplicación de las TIC.

## **6. Bibliografía**

### **6.1 Legislación**

Constitución Española de 1978.

Ley 13/1982 de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos. B.O.E.

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006).

Convención sobre los Derechos del Niño (1989).

Observación General Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que interés superior sea una consideración primordial.

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía.

Ley 4/2017, de 25 de septiembre, de los Derechos y la Atención a las Personas con Discapacidad en Andalucía.

Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón.

Decreto 188/2017, de 28 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la respuesta educativa inclusiva y la convivencia en las comunidades educativas de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Orden ECD/1005/2018, de 7 de junio, por la que se regulan las actuaciones de intervención educativa inclusiva.

Ley Orgánica 7/1981, de 30 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para Asturias.

Decreto 82/2014, de 28 de agosto, por el que se regula la ordenación y se establece el currículo de la Educación Primaria en el Principado de Asturias.

Decreto 43/2015, de 10 de junio, por el que se regula la ordenación y se establece el currículo de la Educación Secundaria Obligatoria en el Principado de Asturias.

Decreto 39/2011, de 29 de abril, de las Islas Baleares por el cual se regula la atención a la diversidad y la orientación educativa en los centros educativos no universitarios sostenidos con fondos públicos.

Ley 6/2014, de 25 de julio, de Canarias de Educación no Universitaria.

Decreto 25/2018, de 26 de febrero, por el que se regula la atención a la diversidad en el ámbito de las enseñanzas no universitarias de la Comunidad Autónoma de Canarias.

Ley 6/2008, de 26 de diciembre, de Educación de Cantabria.

Ley 2/2013, de 15 de mayo de 2013, de Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (Castilla y León).

Decreto 85/2018, de 20 de noviembre, por el que se regula la inclusión educativa del alumnado en la comunidad autónoma de Castilla-La Mancha.

Decreto 150/2017, de 17 de octubre, de Cataluña de la atención educativa al alumnado en el marco de un sistema educativo inclusivo

Decreto 104/2018, de 27 de julio, del Consell, por el que se desarrollan los principios de equidad y de inclusión en el sistema educativo valenciano.

Decreto 228/2014, de 14 de octubre de 2014, por el que se regula la respuesta educativa a la diversidad del alumnado en la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

## **6.2 Jurisprudencia**

Sentencia del Tribunal Constitucional 216/1991, de 14 de noviembre. B.O.E *núm. 301, de 17 de diciembre de 1991.*

Sentencia del Tribunal Constitucional 253/2004, de 22 de diciembre. B.O.E *núm. 18, de 21 de enero de 2005.*

Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril. B.O.E *núm. 119, de 18 de mayo de 1985.*

Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de noviembre de 2009, nº registro: 000258/2007

Sentencia del Tribunal Supremo 3257/2011, de 9 de mayo de 2011 (RJ 2011/4100).

Sentencia del Tribunal Supremo 1976/2017, de 14 de diciembre, de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo.

Sentencia del Tribunal Constitucional 10/2014, de 27 de enero. B.O.E. *núm. 48, de 25 de febrero de 2014.*

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 21 de julio de 2016.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 1 de febrero de 2016.

Sentencia del Tribunal Supremo 1976/2017, de 14 de diciembre, de la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo.

Sentencia del Tribunal Supremo 2010/2019, de 21 de junio, de la Sala de lo Contencioso.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 22282/17, de 18 de diciembre de 2018 (Dupin c. France).

Sentencia del Tribunal Constitucional 86/1985, de 10 de julio. B.O.E. *núm. 194, de 14 de agosto de 1985.*

### **6.3 Libros y capítulos de libro**

Aguado Diaz, A. L. (1995). *Historia de las Deficiencias*. Colección Tesis y Praxis. Madrid: Escuela Libre Editorial.

Álvarez Vélez, M. I. y Alcón Yustas, M<sup>a</sup> F. (2012). “Derecho a la Educación y Reparto Competencial en Materia Educativa”. En A.A. V.V. *Constitución y Democracia: Ayer y Hoy. Libro Homenaje a Antonio Torres del Moral* (Vol. II). Madrid: Universitas.

Bariffi, F. y Palacios, A. (2007). *La discapacidad como una cuestión de Derechos Humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Grupo Editorial Cinca.

Cabra de Luna, M. A., Bariffi, F. y Palacios, A. (2007). *Derechos Humanos de las personas con discapacidad: la Convención Internacional de las Naciones Unidas*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.

Cillero Bruñol, M. (2010). “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño”. En R. Ávila Santamaría y M. B. Corredores Ledesma (ed.), *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral* (85-107).

Diego Casals, J. L. (1989). *Las Competencias de las Comunidades Autónomas en materia de educación*. Vitoria: Instituto Vasco de Administración Pública.

Echeita Sarrionandía, G. y Verdugo Alonso, M. A. (2004). *La Declaración de Salamanca sobre Necesidades Educativas Especiales 10 años después. Valoración y Prospectiva*. Salamanca: INICO.

Fruer, P. Y Villaverde Menéndez, I. (2013). *La renunciabilidad de los Derechos Fundamentales y las libertades públicas*. Madrid: Dykinson.

Hunt, P. (1966). *Stigma: The Experience of Disability*. London: Geoffrey Chapman.

Lema Añón, C. (2010). “Educación y discapacidad”. En P. Cuenca Gómez (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español* (371- 411). Madrid: Dykinson.

Lorenzo Vicente, J. A. (2009). “Perspectiva Legal de la Educación Especial en España (1970-2007)”. En M. R. Berruezo Albéniz (coord.), *El largo camino hacia una*

*educación inclusiva: la educación especial y social del siglo XIX a nuestros días (495-510)*. Pamplona: XV Coloquio de Historia de la Educación.

Macías Jara, M. y de Montalvo Jääskeläinen, F. (2016). “Teoría General de los Derechos y Libertades”. En M<sup>a</sup>. I. Álvarez Vélez (coord.), *Lecciones de Derecho Constitucional*. Madrid: Tirant lo Blanch.

Martínez García, C., del Moral Blasco, C., Claro Quintáns, I., Lázaro González, I.E., Lunas Díaz, M. J. y Perazzo Aragoneses, C. (2017). *Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño*. Madrid: Save the Children, Universidad Pontificia de Comillas y Cátedra Santander de Derecho y Menores.

Oliver, M. (1996). *Understanding Disability: From Theory to Practice*. London: Palgrave.

Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Grupo Editorial Cinca.

Stiker, H. J. (1999). *A History of Disability*. University of Michigan Press.

#### **6.4 Artículos de revistas**

Argullol Murgadas, E. (2007). La reforma estatutaria: una primera aproximación. *Revista de Administración Pública*, nº 174.

De Asís Roig, R. (2018). De nuevo sobre los ajustes razonables. *Anales de Derecho y Discapacidad*, nº 3, 101-119.

De los Mozos, I. M<sup>a</sup>. (2004). Exigencias de la igualdad en la educación y legitimidad de especializaciones no discriminatorias. *Persona y Derecho*, Nº 50, 277-324.

Espínola Jiménez, A. (2020). Educación Inclusiva e Igualdad de las personas con discapacidad en la Transformación Digital. *Revista Jurídica Valenciana*, Nº 35, 1-13.

Gandarias Cebrián, L. y Díaz Marroquín, F. (2020). El derecho de todos a una educación inclusiva. *Revista Notario del siglo XXI*, Nº 89.

García Rubio, J. (2017). Evolución Legislativa de la educación inclusiva en España. *Revista Nacional e Internacional de Educación Inclusiva*, Vol. 10, nº 1, Junio 2017.

González Noriega, M.M. (2012). La Legislación educativa y los alumnos con discapacidad: necesidad de actualización. *Anuario de la Facultad de Derecho*, Universidad de Alcalá V, 5, 81-105.

Iyanga Pendi, A. y Cerdá Marín, M<sup>a</sup>., C. (2013). Evolución legislativa de la educación especial en España de 1970 a 2006 y su aplicación práctica. *Revista de Educación Inclusiva*, Vol. 6, nº 3, 150-163.

López-Contreras, R. E. (2015). Interés superior de los niños y niñas: Definición y contenido. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, 13 (1), 51-70.

- López Guerra, L. (1983). La distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de educación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 7.
- Martínez López-Muñiz, J. L. (2003). Límites constitucionales generales del contenido a las reformas estatutarias. En *La Reforma de los Estatutos de Autonomía*, volumen especial de la *Revista Jurídica de Castilla y León*.
- Medina Rubio, R. (1981). La Distribución de Competencias en Materia de Educación entre el Estado y las Comunidades Autónomas. *Aula Abierta*, nº 31, 71-85.
- Parra Dussan, C. (2010). Educación Inclusiva: Un modelo de educación para todos. *Revista ISEES*, Nº8, 73-84.
- Peris Hevia, R. (2014). El Reparto Competencial en Materia de Educación en España. *Trabajo de Fin de Grado*, Repositorio Comillas.
- Ripollés Serrano, M<sup>a</sup> R. (2006). La Reforma de los Estatutos de Autonomía. *Revista General de Derecho Constitucional*. nº 1.
- Rodríguez Zapatero, J. (2018). La doctrina Jurisprudencial sobre el derecho a la educación inclusiva. *Anales de Derecho y Discapacidad* nº 3, junio 2018, año III.
- Roemer, J. (1998) Equality of Opportunities. *Harvard University Press, Isegoría*, 18, 71-87.
- Toboso Martín, M. et al. (2012). Sobre la Educación Inclusiva en España: Políticas y Prácticas. *Revista Sociológica de Pensamiento Crítico*, Vol. 6 (1).
- Tomasevski, K. (2001). Making Education Available, Accesible, Acceptable and Adaptable. *Right to Education Initiative Primers No. 3*.
- Vidal Prado, C. (2019). Educación diferenciada y Tribunal Constitucional. *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 29.

## 6.5 Informes

- CERMI. (2013). Derechos Humanos y Discapacidad. *Informe España 2013*.
- Comentario General N°4/2016, del Comité de Naciones Unidas sobre los Derecho de las Personas con Discapacidad, situación de España.
- Comité de los Derechos del Niño. (2018). Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinado de España, CRC/C/ESP/CO/5-6.
- Ministerio de Educación y Formación Profesional (2020). *Memoria de Análisis de Impacto Normativo del Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación*, Madrid.
- Ministerio de Educación, Cultura y Deporte. (2004). *El Sistema Educativo español*, MEC/CIDE, Madrid.

Observatorio Estatal de la Discapacidad. (2018). Alumnado con discapacidad y educación inclusiva en España. Fase 1 (2018): La educación inclusiva en España: Marco Normativo y políticas públicas.