

INFORME DEL DEFENSOR DEL PUEBLO. 2014

http://www.rtve.es/contenidos/documentos/informe_anual_defensor_pueblo_2014.pdf

Puntos 2.2. y 6.2.6

Punto 2.2. RECOMENDACIONES RESULTADO DEL ESTUDIO DE LAS SOLICITUDES DE RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. (pp. 59-64)

Recomendaciones 54 a 71/2014, de 12 de marzo, formuladas a la Secretaría de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, y a las Consejerías y Departamentos de las Comunidades Autónomas, sobre la atención inclusiva a personas con discapacidad en el sistema educativo (en relación con la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa)

El presidente de un organismo dedicado a la defensa de las personas con discapacidad solicitó la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la *Ley Orgánica 8/2013*, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, por la posible vulneración de los artículos 27 y, en relación con este, 49 de la Constitución, interpretados de acuerdo con el artículo 10.2, en los términos previstos en los tratados y acuerdos internacionales suscritos por España y en particular la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

En el informe anual correspondiente a 2012 esta institución expresó su preocupación en relación con asuntos conexos con la educación especial, y se insistía en que “España, tras la previa autorización de las Cortes Generales, exigida por el artículo 94.1 de la Constitución, ratificó el 3 de diciembre de 2007 la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad y su Protocolo facultativo, ambos de 13 de diciembre de 2006, por lo que forman parte de nuestro ordenamiento interno desde que fueron publicados en el *Boletín Oficial del Estado* (artículo 96.1 de la Constitución)”.

Se mencionaba entonces que la *Ley 26/2011*, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la *Convención*, de reciente aprobación en aquellas fechas, “no abordó las reformas que serían precisas para ajustar a las exigencias que se derivan de la misma la legislación educativa española que, si bien a nivel de principios se acomoda a la Convención, contiene preceptos que no se adecuan al concepto de educación inclusiva que en la misma se mantiene”.

A título de ejemplo, se mencionaba que “la Convención aboga por una educación inclusiva en la comunidad en la que vivan los alumnos y en el marco del sistema general de educación, en cuyo ámbito deben realizarse «ajustes razonables» en función de las necesidades individuales de los alumnos, y facilitarse medidas de apoyo personalizadas y efectivas que fomenten su máximo desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de plena inclusión”.

Se concluía entonces que “la regulación sobre educación especial vigente no se ajusta por el momento a los citados parámetros, en la medida en que prevé en determinados supuestos la escolarización de los alumnos en centros específicos, ubicados habitualmente fuera del entorno social de los alumnos y segregados del sistema educativo ordinario, y no impone la realización de ajustes o la dotación de medios en función de las necesidades individuales de los alumnos, sino en función de la existencia en los centros de un número predeterminado de alumnos con necesidades educativas especiales”.

La *Convención*, una vez ratificada y publicada en España, forma parte de nuestro ordenamiento interno y, según se establece en el artículo 10.2 de la *Constitución* española, en cuanto acuerdo internacional en materia de derechos humanos, constituye elemento interpretativo de las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades públicas que la *Constitución* reconoce.

El *Tribunal Constitucional*, en su reciente Sentencia de 27 de enero pasado, tras el examen del texto de la *Convención* y de los preceptos correspondientes de la *Ley Orgánica de Educación*, afirma que de dicha normativa “se desprende como principio general que la educación debe ser inclusiva, es decir, se debe promover la escolarización de los menores en un centro de educación ordinaria, proporcionándoles los apoyos necesarios para su integración en el sistema educativo si padecen algún tipo de discapacidad». Por ello, entiende el tribunal que «la Administración educativa debe tender a la escolarización inclusiva de las personas discapacitadas 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”.

A esta conclusión el tribunal añade en el último párrafo del fundamento jurídico cuarto de la Sentencia citada que “por respeto a los derechos fundamentales y bienes jurídicos afectados, en los términos que hemos expuesto anteriormente, dicha Administración deberá exteriorizar los motivos por los que ha seguido esta opción, es decir, por qué ha acordado la escolarización del alumno en un centro de educación especial por ser inviable la integración del menor discapacitado en un centro ordinario”.

Esta institución cree que a estas consideraciones del *Tribunal Constitucional* debe añadirse la relativa a la previsión contenida en la *Convención* sobre los derechos de las personas con discapacidad (art. 24.2b), con el fin de que las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con los demás en la comunidad en que vivan.

Es indudable que en las últimas décadas se ha avanzado considerablemente tanto en relación al conocimiento y comprensión de los problemas que afectan a las personas con discapacidad como en cuanto al ejercicio de sus derechos, incluido, por supuesto, el derecho a la educación. No obstante, las obligaciones de consolidación fiscal y de reducción del déficit público han implicado una restricción en los recursos disponibles.

Estas reducciones han afectado, en algunos supuestos, a la atención a personas con discapacidad y a sus derechos educativos en los términos reflejados en los informes anuales de esta institución.

Debe recordarse, al respecto, que la Observación general 13 (U.N. Doc. E/C.12/1999/10) del *Comité de Derechos Humanos*, intérprete preeminente para la aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece (párrafo 31) que «La prohibición de la discriminación, consagrada en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto, no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos; se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente». Y, asimismo, debe recordarse que a efectos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad «por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo», y que ello incluye todas las formas de discriminación, entre ellas «la denegación de ajustes razonables».

Con ocasión de la aprobación de la *Ley Orgánica 8/2013*, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) solicitó de esta institución el ejercicio de su legitimación para la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la mencionada norma. Dado que otros sujetos legitimados, que no consideran la norma constitucional, han iniciado la acción ante el Tribunal Constitucional, este va a poder pronunciarse sobre la misma.

Por ello se ha considerado procedente no efectuar pronunciamiento alguno sobre el fondo del asunto y no se ha atendido la solicitud del CERMI, en aplicación de la neutralidad a la que debe someter sus actuaciones el *Defensor del Pueblo* y a la espera de lo que el tribunal decida al respecto.

El *Defensor del Pueblo* considera conveniente expresar la plenitud del ejercicio del derecho a la educación por parte de las personas con discapacidad. Como se ha visto el pilar fundamental sobre el que se basa el derecho se nutre de los principios de “inclusividad y no segregación”, con el corolario obligado de escolarización normalizada y con los apoyos educativos necesarios en centros ordinarios. La plenitud de ese ejercicio del derecho cuya garantía corresponde al *Defensor del Pueblo* exige una especial atención a los aspectos que a continuación se mencionan:

- ✓ Respetar el carácter excepcional de las decisiones de escolarización forzada de alumnos con discapacidad en centros de educación especial, así como el carácter general de su escolarización en centros ordinarios.
- ✓ Proporcionar a los centros ordinarios todos los medios personales y materiales precisos para la escolarización de alumnos con necesidades educativas específicas y adecuar sus estructuras y diseño para que esa escolarización, en condiciones de igualdad, resulte posible.

- ✓ Facilitar a los padres o tutores de los alumnos, y a ellos mismos en cuanto sea posible, una participación activa, completa y directa en las decisiones de escolarización que se adopten, particularmente cuando impliquen la derivación a centros de educación especial. Asimismo, en estos casos se deben establecer mecanismos ágiles y eficaces de reclamación y recurso, para el caso de que padres tutores mantengan su discrepancia con las decisiones adoptadas por las administraciones educativas.
- ✓ Fomentar el recurso a fórmulas de escolarización mixtas, cuando no se considere viable la escolarización en centros ordinarios, bien sea en aulas específicas insertas en estos o mediante escolarización parcial compartida en centros específicos y ordinarios.
- ✓ Fundamentar las decisiones sobre escolarización de alumnos con discapacidad, con mención expresa de las razones que justifiquen la resolución adoptada desde el punto de vista de las necesidades específicas del alumno afectado, de las adaptaciones precisas, de los medios imprescindibles para atenderlas y, en su caso, de los motivos que acrediten la imposibilidad de ponerlas en práctica en centros ordinarios.

Por último, y para la puesta en práctica de cuanto antecede, es preciso que las normas e instrucciones que se dicten en aplicación y desarrollo de la reforma operada por la *Ley Orgánica 8/2013*, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, ponderen especialmente los principios de normalización e inclusión y de no discriminación e igualdad reconocidos en la *Ley Orgánica 2/2006*, interpretados conforme al alcance de dichos principios en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

A juicio de esta institución, los deberes que se han mencionado son expresión de las obligaciones que corresponden a las administraciones educativas y, más en general, a los poderes públicos para atender a las previsiones constitucionales relativas al derecho a la educación y la integración de las personas con discapacidad, interpretadas de conformidad con los tratados y acuerdos suscritos por España.

Se formuló la siguiente **Recomendación** a la Secretaría de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, y a las Consejerías y Departamentos de las Comunidades Autónomas:

Impulsar, por parte de esa Administración, las actuaciones expresadas en este escrito, y adoptar medidas normativas y presupuestarias precisas para asegurar la atención educativa hacia las personas con discapacidad, en términos plenamente compatibles con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Punto 6.2.6 Educación inclusiva (pp. 269-273).

La Convención de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad

Desde la **Declaración Universal de los Derechos Humanos**, el derecho a la educación se ha reconocido en diversos tratados e instrumentos jurídicos internacionales, en los que se afirman los principios básicos de universalidad y no discriminación en su disfrute.

La Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad es, sin embargo, el primer instrumento jurídico vinculante que contiene una referencia explícita al derecho a una educación inclusiva de las personas con discapacidad (artículo 24 2.b), aclarando (apartado primero, inciso primero del mismo artículo) las implicaciones específicas de su disfrute “sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades”, al tiempo que precisa la obligación de los Estados parte de “asegurar un sistema educativo inclusivo a todos los niveles”, y, en concreto, que “las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad” (artículo 24.2.a).

Esta última prescripción constituye una “**cláusula contra el rechazo**”, que impide que las personas con discapacidad queden excluidas del sistema educativo ordinario, debiendo atribuirse efecto inmediato al precepto correspondiente de la Convención, de acuerdo con la **Observación general 13 (U.N. Doc. E/C.12/1999/10) del Comité de Derechos Humanos**, intérprete preeminente para la aplicación del **Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales**. La efectividad inmediata de la citada cláusula se ve reforzada con la imposición a los Estados firmantes de “la obligación de realizar los ajustes razonables para facilitar la inclusión educativa, en función de las necesidades individuales de los alumnos, y de facilitar medidas de apoyo personalizadas y efectivas que fomenten su máximo desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de plena inclusión”.

La Convención exige, al propio tiempo que los Estados parte articulen sistemas educativos inclusivos, cuya consecución es resultado de procesos complejos que deben abordarse tomando como punto de partida la aprobación de textos legales, en los que se contenga una definición clara de este tipo de educación y una cláusula contra el rechazo.

Las normas de rango legal más recientes que regulan los derechos educativos de las personas con discapacidad –Ley Orgánica 2/2006, de 6 de mayo, de Educación, en su versión modificada por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, y Real Decreto-ley 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de los derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social–, aunque declaran formalmente el principio de inclusividad, adolecen de falta de concreción. No concretan el contenido y alcance de los derechos precisos que, en este ámbito, tienen derecho a exigir las personas con discapacidad, en virtud de lo establecido en la Convención, ni las obligaciones que el mismo impone al Estado español ni, por último, arbitran mecanismos claros y precisos de reclamación o denuncia de su incumplimiento.

Las normas nacionales antes citadas continúan permitiendo, en determinadas condiciones, la escolarización segregada de alumnos con discapacidad, vulnerando así el derecho de estos a recibir educación dentro del sistema ordinario. Al mismo tiempo, la insuficiente o inadecuada definición de los ajustes y apoyos que tienen derecho a recibir, para que su escolarización en centros ordinarios tenga carácter inclusivo, determina la persistencia de denegaciones por parte de algunas administraciones educativas de ajustes razonables y apoyos en virtud de interpretaciones de las normas contrarias, a juicio de esta institución, a la Convención.

En este contexto, en 2014 el Defensor del Pueblo ha formulado a las administraciones educativas una Recomendación con el objetivo de que impulsen las actuaciones y las medidas normativas y presupuestarias precisas, para asegurar que la atención educativa a las personas con discapacidad se produzca atendiendo a los derechos definidos en la Convención, a los que debe atribuirse efectividad inmediata, es decir, en términos compatibles con las prescripciones de la misma, que definen el derecho a la educación como derecho a una educación inclusiva, entendida como educación “de calidad, gratuita, en igualdad de condiciones con los demás en la comunidad en la que vivan”. Todo ello dentro del sistema general de educación, en cuyo ámbito deben realizarse “ajustes razonables en función de las necesidades individuales” de los alumnos, y prestárseles “el apoyo necesario para facilitar su formación efectiva”.

En la **Recomendación** se recordaba a todas las administraciones educativas que la plenitud del ejercicio del derecho a la educación, por parte de las personas con discapacidad, exige respetar el carácter excepcional y residual de las decisiones de escolarización de alumnos con discapacidad en centros de educación especial. Exige, asimismo, proporcionar las medidas presupuestarias y normativas necesarias, para dotar a los centros ordinarios de los medios personales y materiales precisos para la escolarización de alumnos con necesidades educativas específicas, así como su diseño y adecuación estructural.

Es también un elemento clave en la garantía de este derecho la fundamentación expresa de las decisiones sobre la escolarización de alumnos con discapacidad, con mención a las necesidades específicas del alumno afectado y a las adaptaciones precisas, y justificando debidamente, en su caso, la desproporción o imposibilidad de los ajustes razonables. Por último, el Defensor del Pueblo señaló la relevancia de facilitar una participación activa, completa y directa de los padres y de los propios alumnos en esas decisiones, sobre todo en las de escolarización forzosa en centros de educación especial, así como la necesidad de que existan vías de reclamación y recurso ágiles y eficaces.

En este aspecto, hay que tener presente que las resoluciones de escolarización, adoptadas en contra de la opinión de los padres, podrían vulnerar la Convención si implican que el niño se separe de la comunidad en la que vive, ya que su artículo 24. 2 b hace mención expresa a tal circunstancia como nota caracterizadora de la educación inclusiva. La participación de los padres y tutores ha de ser completa y directa, y ha de producirse también durante la evaluación psicopedagógica y no sólo al final del procedimiento, porque la información que pueden proporcionar ha de ser valorada

como imprescindible, y utilizada con carácter general. Además, habría de buscarse una decisión final de mutuo acuerdo entre las partes. Hay leyes, en otros países, que prevén la mediación cuando se deniega la admisión en una escuela ordinaria, y ofrecen recursos cuando fracasa la mediación. No se debe olvidar tampoco que el interés superior del menor (que sin duda incluye la mejor atención posible a sus necesidades educativas pero también la atención en otros aspectos) no estará bien definido si no se ha tenido en cuenta su opinión y la de sus padres.

Las administraciones a las que se ha dirigido la recomendación han aceptado formalmente su contenido y **aluden** varias de ellas, con diverso grado de concreción, a iniciativas adoptadas con la finalidad de obtener la progresiva adecuación de nuestro sistema educativo al principio de inclusividad. No siempre esta aceptación formal de la recomendación efectuada se concilia con algunas actuaciones de las que esta institución ha tenido conocimiento y a las que se refiere a continuación (14004908, 14004909, 14004910 y otras).

Quejas que han puesto de manifiesto falta de iniciativas para la financiación de medidas que exige la aplicación de la Convención

A título de ejemplo, se menciona el resultado negativo de la tramitación efectuada respecto a las previsiones del Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes de racionalización del gasto público en el ámbito educativo. De acuerdo con esta norma, los centros deben asumir la atención de los alumnos en este periodo con los medios personales disponibles en el mismo, encomendando a los alumnos con necesidades educativas especiales, a lo largo de cada jornada, a distintos profesores con restos de horario lectivo disponible, con frecuencia, no especializados en el tratamiento de dicho alumnado. Así pues, la atención al alumnado que han de aplicar los centros durante el periodo inicial, en que no es preceptiva la cobertura de las bajas causadas por sus profesores, tiene unas consecuencias especialmente negativas para los alumnos con discapacidad.

Esta forma de atención puede determinar retrocesos educativos cuando se aplica a alumnos, que para su progresión educativa y para consolidar hábitos de trabajo necesitan que su jornada lectiva se desarrolle siguiendo unas pautas, distintas en el caso de cada alumno, que difícilmente pueden proporcionarse cuando son atendidos por profesores que no están en posesión de la correspondiente especialidad, y que se turnan para atenderlos en las horas que cada uno tiene libres. **La Secretaría de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades**, de la que se demandó el estudio de una posible modificación normativa que obviase los problemas mencionados, se refirió a la formulación desde el **Ministerio de Educación, Cultura y Deporte al de Hacienda y Administraciones Públicas**, para su inclusión en los Presupuestos Generales del Estado para 2015, de una propuesta de modificación del real decreto-ley ya mencionado, dirigida a la reducción del periodo durante el que puede posponerse la cobertura de las bajas del profesorado que atiende a alumnos con necesidades educativas especiales.

La propuesta, según ha manifestado la Secretaría de Estado, ha sido informada desfavorablemente por el **Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas**, por

entender que la reducción de los plazos en los términos mencionados supondría un incremento presupuestario que, a su juicio, no es posible asumir, dada la necesidad de mantener en el momento actual las medidas de ahorro, austeridad y contención del gasto público, que se contienen en el real decreto-ley que se pretendía modificar (13031877).

Otros obstáculos para la efectividad de la Convención

Se exigen cambios en el entorno social en que se desenvuelven los centros, que favorezcan el desarrollo de proyectos inclusivos en las escuelas y proporcionen a los centros medios adecuados a los principios del diseño para todos, y la accesibilidad universal. La adecuada formación del profesorado constituye, también, un presupuesto imprescindible para introducir paulatinamente en los centros los cambios en su organización y funcionamiento, la dinámica cooperativa y otros cambios que exige la puesta en marcha de un sistema de educación inclusivo. Según los datos que se obtienen como resultado de la tramitación de quejas que formulan los ciudadanos, las propias instancias administrativas, llamadas a dirigir el proceso de transformación hacia un sistema educativo inclusivo, mantienen posturas interpretativas e incurrir en prácticas muy alejadas de la filosofía de la Convención.

Resulta ilustrativa en este sentido una resolución dictada por la **Dirección de Área Territorial Madrid Este, de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte de la Comunidad de Madrid**, denegatoria del personal de apoyo solicitado por el padre de una alumna, afectada por una grave discapacidad motora, con el objeto de hacer posible la participación de su hija en determinada actividad extraescolar, para la que había sido seleccionada por sus notables resultados académicos.

El supuesto hace referencia a una alumna que, una vez concluida de manera brillante la educación primaria, deseaba proseguir estudios de educación secundaria obligatoria en régimen bilingüe español inglés, para lo que solicitó plaza en el único instituto de su localidad que tenía implantada esta modalidad de enseñanzas.

A pesar de que hubiese debido asignársele plaza en el centro solicitado, dada la puntuación obtenida por aplicación de los criterios ordinarios de admisión, los órganos que gestionaban el proceso de admisión derivaron inicialmente a la alumna a un instituto de educación secundaria ubicado en otra localidad, que no tenía implantados estudios bilingües, por entender que el mismo disponía del personal auxiliar necesario para atender las necesidades de atención específica que se derivan de su falta de movilidad.

Ante la negativa del padre a aceptar esta fórmula de escolarización, la administración educativa madrileña decidió asignar la plaza bilingüe solicitada, pero no dotó al centro docente de los apoyos que exigía su escolarización en el mismo, que fueron suplidos gracias a la colaboración de alumnos y profesores.

Además, la misma administración educativa, en lugar de apoyar su participación en la actividad para la que, por su elevado rendimiento, había sido seleccionada (estancia

formativa en un país europeo), denegó los medios de apoyo personales necesarios para que pudiera tomar parte en la referida actividad.

La decisión denegatoria fue adoptada, según se señala en la resolución administrativa ya mencionada, con el argumento de que la menor “se encuentra escolarizada en un instituto distinto al que se le asignó inicialmente por la comisión de escolarización competente, que fue elegido por su padre a sabiendas de que no disponía de las medidas de apoyo específicas para alumnos con discapacidad motora, y asumiendo las consecuencias de dicha escolarización”.

En la misma resolución se señala, adicionalmente, que la actividad para la que se solicitan apoyos tiene el carácter de actividad extraescolar, propuesta y organizada por el centro de acuerdo con sus recursos, y contando con las aportaciones que las familias pudieran realizar, por lo que se afirma literalmente que “no procede exigir a la

Consejería de Educación, Juventud y Deporte aportaciones para una actividad extraescolar propuesta y organizada por el propio centro”. El principio de igualdad, que debe presidir el ejercicio del derecho a la educación por las personas con discapacidad, hubiese exigido que la asignación inicial de plaza respetase el derecho de libre elección de centro de la alumna y de sus padres, en los mismos términos en los que se reconoce a otros alumnos, es decir, su facultad de formular opciones respecto a su centro de escolarización y su derecho a que la decisión sobre asignación de plaza se produjera en el ámbito del mismo procedimiento, y atendiendo a los criterios que se aplican con carácter general.

El mismo principio hubiera hecho necesario que la asignación inicial de plaza atendiese, en los mismos términos que en el caso de cualquier otro alumno, la opción académica bilingüe que se encontraba en el fondo de la elección de centro efectuada. Tampoco resulta acorde con la Convención la decisión de escolarización de la alumna en un centro ubicado en una localidad distinta de la de su residencia, que vulnera el derecho a una educación inclusiva, entendida de acuerdo con el artículo 24.2b de la Convención, derecho a acceder a la educación primaria y secundaria en la propia comunidad en la que residen. Para concluir, la misma resolución ignora el derecho de la alumna, definido en el artículo 24.2c y d de la Convención, a que se le proporcionen los apoyos que precise para su escolarización en el centro en el que, en último término, se le asignó plaza, incluyendo los necesarios para participar, en igualdad de condiciones que sus compañeros, en cualquier actividad organizada por el mismo (14023522).