



UCAM

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO
Programa de Doctorado en Ciencias Sociales

“El derecho al acceso, permanencia y promoción de la educación
inclusiva en España. Claves técnico-jurídicas para la
configuración del derecho”

Autor:

Ángel Sornichero Martínez

Directores:

Dra. Dña. María Méndez Rocasolano

Dr. D. José Ruíz Espinosa

Murcia, noviembre de 2021



UCAM

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO
Programa de Doctorado en Ciencias Sociales

“El derecho al acceso, permanencia y promoción en la educación
inclusiva en España. Claves técnico-jurídicas para la
configuración del derecho”

Autor:

Ángel Sornichero Martínez

Directores:

Dra. Dña. María Méndez Rocasolano
Dr. D. José Ruíz Espinosa

Murcia, noviembre de 2021



UCAM

UNIVERSIDAD CATÓLICA
DE MURCIA

AUTORIZACIÓN DE LO/S DIRECTOR/ES DE LA TESIS PARA SU PRESENTACIÓN

La Dra. Dña. María Méndez Rocasolano y el Dr. D. José Ruíz Espinosa como Directores de la Tesis Doctoral titulada “El derecho al acceso, permanencia y promoción de la educación inclusiva en España. Claves técnico-jurídicas para la configuración del derecho” realizada por D. Ángel Sornichero Martínez en el Departamento de Ciencias Jurídicas y de la Empresa, **autoriza su presentación a trámite** dado que reúne las condiciones necesarias para su defensa.

Lo que firmo, para dar cumplimiento al Real Decreto 99/2011 de 28 de enero, en Murcia a 20 de noviembre de 2021

José Ruíz Espinosa
JOSE RUIZ ESPINOSA

María Méndez Rocasolano
MARIA MENDEZ ROCASOLANO

AGRADECIMIENTOS

En primer lugar, porque no hay un momento del día ni de ninguna de estas páginas de la presente tesis doctoral en la que no te dedique uno de mis pensamientos. Sí, a ti, D. Francisco Javier Martínez Castellanos, hermano de mi madre, mi tío, mi hermano mayor. Nos dejaste un mes de junio del año 2016 por culpa de una desgraciada enfermedad que consumió tu cuerpo, pero no tu dignidad, aunque sabías el desenlace que te esperaba, ni tus ganas de vivir. Las mismas ganas que nos inculcaste a todos los que tuvimos la suerte de estar a tu lado.

A pesar de la dureza de los momentos que estábamos viviendo, Dios quiso que alguien a quien conocías me introdujera en este mundo maravilloso de la UCAM en cuanto supo que tenía la intención de realizar una tesis doctoral. Ahí defendiste la capacidad de entrega de tu sobrino cuando emprende un nuevo proyecto apasionante, demostrando la fe que siempre has tenido en mí. Nunca te olvidaré. Siempre me hiciste bien en vida y después de ella.

En segundo lugar, es de justicia agradecer a mis directores de tesis, comenzando por Dña. María Méndez Rocasolano, el grandísimo trabajo que han hecho para que esta tesis sea una realidad. María, maestra, has abierto mi mente para que no vea el Derecho de una forma mecánica y vacía sino como una oportunidad para que el mundo que nos rodea sea cada vez mejor. Has provocado lo mejor que puede hacer una maestra por su pupilo, que el gusto que ya tenía por este mundo del Derecho pase a ser un amor incondicional que tengo la intención de seguir explorando. También te agradezco a ti, D. José Ruíz Espinosa, el haber de entrada de tu mano para iniciar este trabajo y todos los consejos recibidos para delimitar correctamente el campo de investigación de esta tesis. Habéis formado un tándem maravilloso para que este proyecto sea una realidad, y sobre todo, habéis creído en mí que supongo que no fue fácil.

En tercer lugar, quiero tener un recuerdo para mi mujer y mis hijos, testigos mudos de todas las horas de ordenador en las que he intentado dar lo mejor de mí mismo para que este trabajo sea atractivo para cualquier tipo de lector. A pesar de las dificultades que nos hemos encontrado por las circunstancias que nos rodean, siempre estáis a mi lado y me aguantáis con paciencia. Esta tesis doctoral es el mejor ejemplo de que la vida sigue adelante y que siempre se pueden encontrar nuevos retos que nos enriquezcan a todos los niveles. Espero inculcar a mis hijos la idea de que nunca es tarde para iniciar proyectos académicos tan apasionantes como este. Mirando siempre hacia el futuro, con nuestro pasado presente, nunca hay que rendirse ante la vida.

Por último, y para terminar los agradecimientos, me quiero acordar de mi familia, empezando por mi madre y por mi padre. Aunque siempre me dicen, sobre todo mi madre, que debería parar alguna vez de estudiar y de emprender nuevos retos, sabéis positivamente que si no lo hiciera ya no sería yo. Va con mi persona y me acompañará hasta el final de mis días. A partir de ahora, tengo muchos retos que afrontar dentro del mundo académico del Derecho. Todo lo que soy os lo debo a vosotros. Desde bien pequeño, habéis sabido encauzar mis inquietudes y mi impulsividad para que siempre me lleven por el camino correcto. También me acuerdo de mis hermanos, con los que he crecido y compartido tantos y tantos momentos buenos. Junto a las familias que habéis formado, puedo decir que gracias a Dios tengo todo lo que una persona puede desear a nivel afectivo. Finalizo estas líneas recordando al resto de nuestros familiares, a los que están y a los que ya no. Siempre están y estarán en mi corazón.

“Todo el mundo es un genio. Pero si juzgas a un pez por su habilidad para trepar un árbol, vivirá toda su vida creyendo que es un necio”. Albert Einstein (1879-1955).

RESUMEN

La presente tesis doctoral lleva como título “El derecho al acceso, permanencia y promoción de la educación inclusiva en España. Claves técnico-jurídicas para la configuración del derecho”, basada en una profunda reflexión sobre la educación inclusiva desde un punto de vista multidisciplinar, aunque centrada en el Derecho.

La inclusión educativa es un término multidisciplinar que surge de la evolución de las prácticas de integración implementadas en los centros educativos de nuestro sistema en los años finales del siglo pasado y principios del presente. En estos últimos años el concepto está teniendo un gran impacto a nivel educativo y social sobre todo para las familias de las personas con discapacidades graves y permanentes, no sólo en lo que a escolarización se refiere sino también en el tratamiento recibido durante la vida escolar y la falta de oportunidades en enseñanzas postobligatorias y laborales que condenan a estas personas al olvido social.

Para las asociaciones que defienden los derechos e intereses de este colectivo, el acceso al sistema educativo en un centro de educación especial de aquéllos que presentan alteraciones graves y permanentes lo consideran discriminatorio, por lo que instan a las administraciones competentes a que garanticen la respuesta educativa a este alumnado en el seno de los centros educativos ordinarios, a los que se tendrá que dotar de todos los medios necesarios, sean estos de tipo material o humano.

El concepto de educación inclusiva va más allá de la satisfacción de las necesidades de escolarización de las personas con diversidad funcional, ya que supone una nueva manera de entender la escuela donde van a tener cabida todas las capacidades del alumnado en una unidad formativa que traería como

consecuencia la normalización de estas personas en el sistema educativo y en la sociedad.

Bajo los parámetros de los diseños universales como piedra angular para el establecimiento de productos y servicios abiertos a todas las personas en la medida de lo posible sin necesidad de establecer especialidades en el diseño ni adaptaciones en los mismos, se busca la superación del modelo médico-asistencial centrado en el déficit imperante hasta la fecha. La permanencia y promoción del sistema educativo son dimensiones de este derecho que deben llevarse a la práctica bajo estos parámetros para garantizar así la igualdad de oportunidades de todas las personas, incluidas las que presentan discapacidad, lo que les permitiría disfrutar con la máxima independencia posible de la vida en sociedad.

Con el presente trabajo también se pretende realizar un análisis del concepto a través de la normativa vigente a nivel nacional e internacional, tomando como referencia principal la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD). La inclusión educativa se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico formulada como un principio por el que se debe regir la actuación de los poderes públicos en el sistema educativo según el art. 1 de la LOE, tratamiento que no ha sido superado por la reciente reforma de la principal ley educativa a través de la Ley Orgánica 3/2020, de 26 de diciembre, para la Mejora de la LOE (LOMLOE o Ley Celaá).

Aunque la jurisprudencia avala la existencia de un derecho fundamental al acceso al sistema educativo en condiciones de igualdad por la aplicación conjunta de los artículos 14 y 27 de la Constitución Española, no se reconoce como derecho subjetivo y establecen el límite del ejercicio de este derecho en la carga desproporcionada para la administración, que por motivos económicos, no tiene por qué garantizar este derecho de todas las personas con discapacidad,

olvidando las dimensiones de permanencia y promoción donde no existe pronunciamiento alguno debido a que no pueden ser objeto de litigio ya que no derivan de un acto administrativo.

A través de distintas teorías, como la de la dinamogénesis de los valores, se argumentará efectivamente la existencia de un derecho subjetivo de las personas con discapacidad a la educación inclusiva, por lo que se propondrá la revisión de los criterios económicos de las administraciones educativas y el establecimiento de una ley de desarrollo sobre este concepto para hacer realidad este derecho fundamental de las personas con discapacidad en su triple dimensión de acceso, permanencia y promoción.

Palabras clave: Discapacidad- Discriminación- Sistema educativo- Inclusión educativa- Innovación- Derechos fundamentales- Derechos subjetivos- Dinamogénesis de los valores- Jurisprudencia.

ABSTRACT

This doctoral thesis is entitled "The right to access, permanence and promotion in inclusive education in Spain. Technical-legal keys for the settings of the right", based on a profound reflection on inclusive education from a multidisciplinary point of view, although focused on Law.

Educational inclusion is a multidisciplinary term that arises from the evolution of integration practices implemented in the educational centres of our system at the end of the last century and the beginning of the present one. In recent years, the concept is having a great impact at educational and social level, especially for the families of people with severe and permanent disabilities, not only in terms of schooling but also in the treatment received during school life

and the lack of opportunities in post-compulsory education and employment that condemn these people to social oblivion.

For the associations that defend the rights and interests of this group, they consider access to the education system in a special educational centre for those with serious and permanent alterations to be discriminatory, which is why they urge the competent administrations to guarantee the educational response to these pupils in ordinary educational centres, which must be provided with all the necessary resources, that could be from material to human resources.

The concept of inclusive education goes beyond the satisfaction of the schooling needs of people with functional diversity, due to the fact that it implies a new way of understanding the school where all the capacities of the students will be included in a training unit that would bring as a consequence the normalisation of these people in the educational system and society.

Under the parameters of universal designs as a cornerstone for the establishment of products and services open to all people as far as possible without the need to establish specialisations in the design or adaptations to them, the aim is to overcome the medical-care model focused on the deficit that has prevailed to date. The permanence and promotion of the educational system are dimensions of this right that must be put into practice under these parameters in order to guarantee equal opportunities for all people, including those with disabilities, which would allow them to enjoy life in society as independently as possible.

This work also aims to analyse the concept through the regulations in force at national and international level, taking the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities (ICRPD) as the main reference. Educational inclusion is formulated in our legal system as a principle that should govern the

actions of public authorities in the education system according to art. 1 of the LOE, a treatment that has not been surpassed by the recent reform of the main educational law through Organic Law 3/2020, of 26 December, for the Improvement of the LOE (LOMLOE or Celaá's Law).

Although case law supports the existence of a fundamental right to equal access to the education system through the joint application of Articles 14 and 27 of the Spanish Constitution, it is not recognised as a subjective right and establishes the limit to the exercise of this right in the disproportionate burden on the administration, which, for economic reasons, does not have to guarantee this right for all people with disabilities, forgetting the dimensions of permanence and promotion where there is no pronouncement because they cannot be the subject of litigation since they do not derive from an administrative act.

Through different theories, such as the dynamogenesis of values, the existence of a subjective right of people with disabilities to inclusive education will be effectively argued. Therefore, a revision of the economic criteria of educational administrations and the establishment of a development law on this concept will be proposed in order to make this fundamental right of people with disabilities a reality in its triple dimension of access, permanence and promotion.

Keywords: Disability - Discrimination - Educational system - Educational inclusion - Innovation - Fundamental rights - Subjective rights - Dynamogenesis of values - Jurisprudence.

ÍNDICE GENERAL

AUTORIZACIÓN DE LOS DIRECTORES

AGRADECIMIENTOS

RESUMEN

ÍNDICE GENERAL

SIGLAS Y ABREVIATURAS	19
CAPÍTULO I: PRENOTANDOS TERMINOLÓGICOS.....	21
1.1. Concepto de educación inclusiva.....	23
1.2. Diferencia entre integración escolar e inclusión educativa.....	39
1.3. Análisis social del término.....	55
CAPÍTULO II: FUENTES DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA.....	73
2.1 Introducción.....	75
2.2 Normativa Internacional y aplicabilidad directa de los Tratados Internacionales en el ordenamiento jurídico español.....	82
2.3. La educación inclusiva en la normativa europea.....	105
2.3.1 Derecho originario.....	106
2.3.2 Derecho Derivado.....	112
2.3.3 La inclusión educativa de alumnos con discapacidades graves y permanentes en la Unión Europea.....	127
2.4 La educación inclusiva en el ordenamiento jurídico español.....	134
2.4.1 El artículo 27 de la Constitución Española.....	134
2.4.2 La inclusión educativa en la normativa de desarrollo del artículo 27. Evolución histórica de la educación inclusiva en la normativa educativa española.....	142
CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DE LA EDUCACIÓN INCLUSIVA.....	175
3.1 Localización del principio de integración de las personas con discapacidad en la clasificación de los principios constitucionales.....	177
3.2 La inclusión educativa de las personas con discapacidad como principio rector de la política educativa.....	187
3.3 La educación inclusiva en el contexto de la relación entre principios y valores.....	195

3.4 Defensa de la educación inclusiva como derecho.....	204
3.5 Fundamentación axiológica del derecho a la educación inclusiva para el desarrollo de la persona.....	210
3.6 La inclusión educativa como derecho subjetivo.....	227
3.6.1 Relación jurídica.....	228
3.6.2 Sujetos titulares.....	229
3.6.3 Objeto del Derecho.....	232
3.7 La inclusión educativa como derecho público subjetivo de las personas con discapacidad.....	234
3.7.1 Relación jurídica.....	235
3.7.2 Sujetos titulares y objeto del derecho. Responsabilidad administrativa.....	237
3.8 Concreción del Estado Social a través del derecho a la educación inclusiva de las personas con discapacidad.....	242
3.9.- La educación inclusiva como posible derecho fundamental.....	255
CAPÍTULO IV: DIMENSIONES DE LA EDUCACIÓN INCLUSIVA: ACCESO, PERMANENCIA Y PROMOCIÓN.....	271
4.1 La educación inclusiva a través de la jurisprudencia.....	273
4.1.1 Del Tribunal Constitucional.....	276
4.1.2 Del Tribunal Supremo.....	294
4.2 Justificación doctrinal de la inclusión educativa como derecho fundamental.....	311
4.2.1 Fundamentalidad interna del derecho a la educación inclusiva.....	314
4.2.2 El derecho fundamental a la escolarización en igualdad de condiciones como interpretación de los artículos 14 y 27 CE. Su extensión a las dimensiones de permanencia y promoción de la educación inclusiva.....	333
4.2.3 Límites al derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la educación.....	364
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES.....	385
CAPÍTULO VI: BIBLIOGRAFÍA.....	405

SIGLAS Y ABREVIATURAS

- ABP: Aprendizaje Basado en Proyectos.
- BOE: Boletín Oficial del Estado.
- CDFUE: Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- CDN: Convención de Derechos del Niño.
- CE: Constitución Española.
- CIDPD: Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad.
- CIF: Clasificación Internacional de Funcionamiento.
- DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos.
- DUDL: Declaración Universal de Derechos Lingüísticos.
- DUDN: Declaración Universal de los Derechos del Niño.
- EDF: Foro Europeo de la Discapacidad.
- F.J.: Fundamento Jurídico
- LGE: Ley General de Educación.
- LISMI: Ley de Integración Social del Minusválido.
- LODE: Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación.
- LOE: Ley Orgánica de Educación.
- LOGSE: Ley de Ordenación General del Sistema Educativo.
- LOMCE: Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa.
- LOMLOE: Ley Orgánica para la Mejora de la Ley Orgánica de Educación.
- NEE: Necesidades Educativas Especiales.
- OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.
- OMS: Organización Mundial de la Salud.
- ONGs: Organizaciones No Gubernamentales.

ONU: Organización de Naciones Unidas.

PIDCP: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

PIDESC: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

RAE: Real Academia Española.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

TC: Tribunal Constitucional.

TCE: Tratado de la Comunidad Europea.

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

TIC: Tecnologías de la Información y la Comunicación.

TS: Tribunal Supremo.

TSJ: Tribunal Superior de Justicia.

TUE: Tratado de la Unión Europea.

UE: Unión Europea.

UNESCO: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura.

I – PRENOTANDOS TERMINOLÓGICOS

1.1 CONCEPTO DE “EDUCACIÓN INCLUSIVA”

La reflexión y la búsqueda de una definición adecuada para el entendimiento de este término conllevan la realización de una tarea hercúlea por la multiplicidad de ideas que encierra en sí mismo. De hecho, no encontramos un manejo concreto del significado de esta expresión porque ciertamente es un término que pertenece al dominio de los profesionales de la educación y aquellos afectados directamente, especialmente las personas con discapacidad y su entorno.

Se pone de manifiesto el desconocimiento real del término y su significado, tanto desde una perspectiva social como especializada desde el punto de vista de los profesionales de la educación, pues es un concepto jurídico indeterminado que se expresa normativamente a través de un principio recogido en la regulación estatal y autonómica. La configuración de principio lleva aparejada un concepto complejo que precisa determinación.

En este trabajo nos centraremos en las claves jurídico-técnicas que apoyan la existencia de este derecho, con naturaleza fundamental y que supera la categoría de principio jurídico imperante hasta la fecha. Para llevar a cabo esta finalidad y como inicio de un largo viaje a través de la presente investigación, en coherencia con un proceso lógico-deductivo, en un primer lugar, analizaremos el término inclusión educativa a nivel etimológico al ser este el objeto del derecho en cuestión.

Para resolver esta cuestión inicial, es necesario realizar algunas apreciaciones lexicográficas que aclaren la expresión que ha de utilizarse. Consultado el diccionario en la página web de la Real Academia de la Lengua (2018), referente absoluto en la formulación de los significados de los términos del idioma español, define inclusión como “1. Acción y efecto de incluir. 2. Conexión o amistad de alguien con otra persona”.

En cuanto al significado del vocablo *educativa*, el Diccionario utiliza la siguiente definición: “1. Perteneciente o relativo a la educación. 2. Que educa o sirve para educar”.

Si prestamos atención a los significados apuntados, se deduce que a nivel etimológico la expresión se aleja de lo que el uso social atribuye al término. Analizando el concepto de inclusión como la acción y el efecto de incluir, “acción” es una palabra cuya definición contiene trece acepciones, relacionando con el término que estamos analizando “ejercicio de la posibilidad de hacer” y “resultado de hacer”. Por otra parte, “efecto” contiene nueve acepciones, de las cuales, sirve para nuestra argumentación, “aquello que sigue por virtud de una causa”.

Por tanto, y considerando el vocablo *educativa* como “relativa a la educación” y que “sirve para educar”, se pueden apuntar las siguientes conclusiones:

- a) Que la inclusión requiere de la posibilidad de hacer una acción positiva en favor de aquéllos a la que va dirigida, teniendo como efecto aquello que sigue por virtud de esta acción, que no es sino la de incluir.

- b) Que la acción positiva, en favor en este caso de las personas con necesidad específica de apoyo educativo, ya que no hablamos sólo de la inclusión de las personas con discapacidad, tiene como resultado la educación y la formación de estas.

Por otra parte, la palabra 'inclusión' se encuentra hoy de actualidad y aparece con omnipresencia en todos los planteamientos de las políticas públicas. Es una palabra que viaja de teoría en teoría, cuyo significado va cambiando con cada contexto teórico y social, transformándose también según la profundidad de las problemáticas que emanan de los contextos sociales en los que se postula como objetivo. Dicha transformación depende también del carácter y el propósito del discurso argumentativo de quien está empleando el término y según el significado que le otorga el que escucha cuando se utiliza el mismo (Pinargote, M., García-Sempere, P., Véliz, V., Herrán, A., Aveiga, V. y Villavicencio, I., 2016, p. 365)

Interesa destacar el valor axiológico de los términos que estamos examinando. Así inclusión representa con carácter general un valor positivo y exclusión posee una versión negativa cuando se utiliza en el lenguaje común e incluso en el técnico. No se ha de olvidar en cualquier caso que ambos son términos polisémicos, cuyo significado conviene puntualizar cuando, más allá del discurso político, se los emplea en el dominio de un trabajo de política educativa riguroso.

Trascender más allá de los criterios ideológicos que configuran un significado concreto, supone abonar el camino para la comprensión real de su significado. Una incursión etimológica conduce a los verbos latinos *includo*, que significa “encerrar, insertar” y *excludo*, cuyo significado es “encerrar afuera”.

El término alude, pues, a una relación espacial en la que los dos verbos se complementan y se oponen al mismo tiempo en cuanto a lo que se encuentra dentro o fuera de la sociedad.

Bajo los postulados de la Sociología, el primer antecedente conceptual de la noción de exclusión se encuentra en el término marginalidad, acuñado por primera vez en 1928 por R. E. PARK, lo que permite entender la discriminación histórica a la que han estado sometidos muchos colectivos sociales, sobre todo aquéllos que representan a las personas con discapacidad.

Relacionado primero con los fenómenos de exceso de mano de obra que no puede ser absorbida en las sociedades industriales, se empleó después para designar a las áreas externas de las ciudades, los cinturones de miseria, con viviendas carentes de servicios urbanos y a los sectores poblacionales que las habitan. (Sotelo, 1972, p. 128)

La referencia a los parámetros espaciales no pudo sostenerse tal y como se intuye de la definición, ya que se situaban viviendas de similares características en las ciudades. En ambos casos, y como una extensión del significado, se mencionaba a la marginación económico-laboral, definida como el exceso de fuerza de trabajo disponible, el llamado “ejército industrial de reserva” o superpoblación que no encuentra un lugar adecuado en las ciudades ni ubicación funcional en la sociedad.

Como afirma Liliane Rioux (1998, p.635), “la marginalidad se inscribe en la pareja centro-periferia, (...) el margen se sitúa siempre a una cierta distancia del centro”. Pero, también, en la relación normalidad-desviación, igualmente cargada de peso social.

Hasta aquí, el conocimiento sobre la marginalidad tiene como opuesto el de integración y, en consecuencia, según esta alegación, determinados sectores sociales devienen marginales porque no están incluidos dentro de la sociedad dominante.

Ante esta lectura, se puede elaborar una respuesta crítica y desde una perspectiva socio-estructural donde no existe la marginalidad como un atributo de fenómenos de aislamiento de la sociedad sino, por el contrario, como un atributo de la composición de ciertos modelos de sociedad.

La población marginal no se halla en la lejanía del sistema, sino que es una consecuencia del mismo, y desde esta realidad específica, genera su inclusión. Siguiendo esta línea de pensamiento, marginalidad e integración son fenómenos que ahora no se conciben únicamente como accidentales, sino que se piensa en la marginalidad como una variedad particular de inclusión en la sociedad. Los grupos marginales existen en el interior de un grupo social y forman parte de su composición.

Examinando de manera exhaustiva los fenómenos de marginalidad se revelan los procesos multidimensionales que contiene. Son procesos porque van más allá de los sujetos sociales, que se ven inmersos en situaciones dinámicas que transcurren en una línea cronológica en la que se mantienen algunos aspectos y se

modifican otros¹. Son multidimensionales porque pueden aparecer problemas de marginalidad económica, cultural, racial, de género, de edad, política y educativa, entre otros. En estos procesos se agrupa la problemática apuntada, alguno de sus extremos o, excepcionalmente, sólo uno.

Si bien se manifiesta una fuerte interdependencia entre ellos, en cuanto a la actividad laboral, como bien dice Sotelo (1972), “se puede ser marginal con respecto a un polo petroquímico y no serlo para la construcción” (p. 139).

Se puede ser marginal del mismo modo por formar parte de un grupo de edad avanzada y no serlo en lo que se refiere al contexto socioeconómico militante, siendo así posible encontrarse frente a una situación de marginalidad por pertenecer a un grupo social determinado sin que esto nos pueda llevar a pensar en la marginalidad en términos económicos e incluso educativos.

El término marginalidad supone la emisión de un juicio negativo que trae como consecuencia un sentimiento de denuncia de la injusticia, de manera que a este término acompañan otros como el de carencia, extrañamiento y rechazo social. Es un proceso que no se considera por definición natural, sino el resultado de las actuaciones intencionadas de quienes lo generan. Tal y como reconocemos que hay sujetos víctimas de marginación, también los hay causantes de la misma. La cuestión es si se da la evidencia de la distinción entre víctima y verdugo o son la misma cara de la moneda. Podríamos responder sin temor a equivocarnos que hay marginadores que marginan y marginados que sufren un destino decidido por otros.

¹ Piénsese en barrios marginales que dejan de serlo en un momento histórico debido a diferentes cambios a nivel político, económico y social

Para finalizar esta línea argumental, según Cuenca Gómez (2012a),

“la discapacidad está originada no tanto por las limitaciones personales ocasionadas por el padecimiento de una deficiencia, como sostiene el modelo médico que aún se mantiene a día de hoy, sino por las limitaciones de una sociedad que no tiene presente en su diseño la situación de las personas con discapacidad generando barreras que las excluyen y discriminan. De este modo, no son las personas con discapacidad las que tienen que adaptarse y rehabilitarse para poder participar plenamente en la vida social, sino que es la sociedad la que debe rediseñarse para garantizar su inclusión en igualdad de condiciones” (p. 71).

Por tanto, podemos sostener la afirmación de que en el devenir histórico ha tenido vigencia un grupo social dominante que ha establecido un modelo de sociedad discriminatorio para ciertos colectivos como el de las personas con diversidad funcional. La evolución social trae como consecuencia la revisión de aquellos modelos discriminatorios para los colectivos más vulnerables, correspondiendo a los poderes públicos a través del Derecho la reorganización de la sociedad con el objetivo de conseguir un contexto social más justo e igualitario.

El término educación inclusiva ha seguido también una evolución que lo ha llevado a una redefinición continua como consecuencia. Su principal característica se apoya en la posesión de un valor social percibido por esta como positivo. Con un entendimiento limitado que lo hacía coherente en los primeros años, fue ampliando posteriormente su significado. En un primer momento, se entendió como una prestación del Estado Social para que las personas con diversidad funcional recibieran educación, permitiendo así su inclusión dentro de programas educativos de calidad y en escuelas ordinarias que permitiera cumplir

con el valor de la equidad, progresó con la garantía de este derecho fundamental hasta llegar a todas las personas sujetas a sufrir algún tipo de discriminación².

En un trabajo de la UNESCO de 1994, surgen dos definiciones para abordar la cuestión, donde se propone como definición del término la siguiente:

“La inclusión es vista como un proceso de dirección y respuesta a la diversidad de necesidades de todos los aprendices a través de la participación en el aprendizaje, las culturas y las comunidades y la reducción de la exclusión en y desde la educación. Implica cambios y modificaciones en contenido, enfoques, estructuras y estrategias, con la visión común que cubre a todos los niños de un rango apropiado de edad y la convicción de que es responsabilidad del sistema regular educar a todos los niños” (UNESCO, 2003, p. 3).

También incluye que: “la educación inclusiva como enfoque busca dirigirse a las necesidades de aprendizaje de todos los niños, jóvenes y adultos, concentrando la atención específicamente en aquellos que son vulnerables a la marginalización y la exclusión” (UNESCO, 2003, p. 4). De nuevo se observa que tanto la marginación a la que está sometida este colectivo y su exclusión como consecuencia son producto de lo que un estamento social determinado considera que es normal o no.

Con frecuencia, en el debate sobre la educación inclusiva se ponen de manifiesto una gran cantidad de exclusiones tras el velo del desconocimiento. Desde el centro social se define qué es lo anormal, desviado. Por tanto, los que no están dentro de esa definición son considerados por las clases dominantes como extraños, marginados. Como hemos apuntado anteriormente, estos grupos

² pueblos originarios e inmigrantes con primera lengua y cultura diferentes de la oficial, grupos religiosos, individuos con problemas de adaptación social

sociales han diseñado un modelo de sociedad que discrimina a las personas con discapacidad ya que estarían dentro de lo anormal, lo extraño.

Como muy bien indican Graham y Slee (2008, p. 279), “quizá la cuestión ahora no es tanto cómo movernos “hacia la inclusión”, sino ¿qué hacemos para desbaratar la construcción del centro del cual deriva la exclusión?”. Estos autores proponen como respuesta la remisión a Jacques Derrida³ que conceptualizó la inclusión como un carrusel de decisiones políticas que lo único que provocaba era limitar aún más este derecho. Las clases dominantes en este caso realizan una función de definición de lo que se considera incluíble o no dentro de la sociedad.

Los estratos sociales considerados como marginales pasan a formar parte de distintas categorías que con posterioridad derivan en programas especiales para hacer realidad su integración social. Por tanto, y como hemos apuntado al inicio de este apartado, la inclusión ha inundado todas las estrategias de políticas públicas con el objetivo de eliminar todas las barreras que provocan la exclusión de las personas con discapacidad.

La cuestión que se plantea es la eliminación de tales barreras. La Convención contra la Discriminación en Educación de la UNESCO celebrada en 1960 dejó claro que los Estados estaban obligados a promover ofertas educativas a todos aquellos que no tenían la oportunidad de acceso a la escuela. Todavía más cercana en el tiempo, la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD), ratificada por más de 100 países, reivindica lo mismo para todas las personas con discapacidad, englobando a todas las etapas del sistema educativo.

³ citado en Graham y Slee, 2008

Por tanto, la definición de educación inclusiva sigue siendo a día de hoy parecido a lo siguiente: es “un proceso de abordaje y respuesta a la diversidad en las necesidades de todos los alumnos a través de la creciente participación en el aprendizaje, las culturas y las comunidades, y de la reducción de la exclusión dentro y desde la educación” (citado en Opertiti, 2008).

Nadie podría valorar de forma negativa la definición de la inclusión tal y como lo hace la UNESCO sin poner también en liza el valor de lo que es alcanzable. Esta finalidad sólo podría conseguirse mediante un repertorio amplio de medidas públicas encaminadas a aumentar el número de alumnado matriculado, mejorar la calidad de la educación en todas las etapas educativas pertenecientes a las estructuras formales, no formales e informales de la educación, de manera universal y sin tener en cuenta su condición social.

Estas acciones suponen el aumento de los recursos educativos que se ponen a disposición del personal docente y el alumnado, que bajo el parámetro de la calidad, flexibilidad y una extrema sensibilidad ante el alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo permiten una continua revisión de las prácticas inclusivas, teniendo especial cuidado en los abusos que en nombre de la inclusión enmascaran negativas formas de discriminación que impiden el aprecio de la diversidad como elemento enriquecedor de toda la sociedad.

La amplitud en exceso de lo que se quiere abarcar con la dialéctica inclusiva hace necesario un análisis sobre lo que supone la exclusión desde el ámbito de la educación como ámbito concreto de los fenómenos sociales. Como se afirmó en un informe inglés, “a menudo se observó que las escuelas que proveen

bien de educación a los alumnos con necesidades especiales se caracterizan por dar buena o mejor educación a todos los alumnos” (OFSTED, 2006, p. 10).

Los sistemas educativos de todo el orbe van a adquirir el gran reto de ofrecer una educación de calidad en la etapa de la educación básica, superando así el concepto simplista de la escolarización, discurso que cae en desgracia cuando millones de niños de los países menos desarrollados no pueden ir a la escuela (Ainscow y Miles, 2009). Los países latinoamericanos no resultan ajenos a estas preocupantes desigualdades (UNESCO, 2007), por lo que el primer aspecto que produce exclusión es precisamente la falta de escolarización de millones de niños y niñas en el mundo.

Entretanto, y fijándonos en los países con mayor nivel de desarrollo, gran cantidad de alumnado termina la educación básica sin poseer aptitudes y capacidades reseñables, otros dirigidos hacia itinerarios académicos que les impiden disfrutar de la experiencia de la educación superior, y otros sencillamente se deciden por el abandono escolar temprano debido a que la instrucción recibida considera que es inútil para la vida diaria.

De todas formas, el significado de los conceptos de “educación inclusiva” o “inclusión educativa” sigue provocando confusión. La inclusión es considerada en algunos países como una forma de tratamiento terapéutico de niños con diversidad funcional en el sistema educativo ordinario. A escala planetaria el concepto recibe un tratamiento más amplio, como una reforma continua que acoge y apoya la diversidad de todo el alumnado (UNESCO, 2005).

Desde tal perspectiva, se asimila que la finalidad de la inclusión educativa se basa en la eliminación de la discriminación como consecuencia de aportar una respuesta a todo tipo de diversidad. Así, como punto de partida se considera a la educación un derecho fundamental derivado de los derechos humanos, además de un pilar social de primer orden (Blanco, 2010). Conscientes de este punto de vista mucho más amplio, se plantea entonces lo que consideramos como los elementos principales del fenómeno educativo a gran escala, incluido el aspecto normativo, que es necesario poner en valor para garantizar la igualdad de oportunidades en el sistema educativo y que se convierte en el horizonte de todas las políticas públicas.

La confusión en materia inclusiva a nivel internacional parte precisamente de la multiplicidad de sus definiciones⁴, lo que provoca una visión decepcionante de su evolución debido a la contradicción de las políticas educativas implementadas en los distintos países. A modo de ejemplo, en el establecimiento de los planes educativos para la zona asiática, los países de la zona se pusieron de perfil ante la educación inclusiva (Ahuja, 2005). De hecho, con frecuencia, las escuelas de educación especial y los internados con residencia se ofrecían como vehículos para que el alumnado con desventaja socioeconómica pudiera ver satisfechas sus necesidades educativas, y unidas a modelos de educación informal, la que no se desarrolla en la escuela, se convirtieron en las respuestas principales para atender las necesidades de estas personas con desventaja social. La tendencia relatada se manifiesta como preocupante debido a las consecuencias negativas de mantener alumnado vulnerable a nivel socioeconómico en las instituciones mencionadas anteriormente (Naciones Unidas, 2005).

⁴ Ainscow, Farrell & Tweddle, 2000; Dyson, 2001; Echeita, 2006- 2008, Escudero y Martínez, 2011

Por su parte, si nos trasladamos a España, las administraciones educativas abrazan los postulados de la educación inclusiva por un lado y por otro ponen en marcha actuaciones para favorecer la escolarización en igualdad del alumnado con necesidades educativas especiales que en la práctica facilitan la desviación de algunos de ellos a centros de educación especial, encontrando la oposición de los padres ya que contravienen los parámetros inclusivos (Echeita, 2010).

En resumen, uno de los aspectos más controvertidos y conflictivos de esta manera de enfocar el término de inclusión educativa es que siempre se asocia al de necesidades educativas especiales (Blanco, 2006), no ocurriendo esto cuando nos enfrentamos a otras formas de discriminación tales como el género o la diversidad racial, que cuando se reflexionan desde distintas formas de comunicación académica se encuentran bajo otros títulos como igualdad de género o interculturalidad entre otros.

No cabe duda de que el tratamiento del alumnado que se encuentra en una situación vulnerable debe ser el objetivo fundamental de la educación inclusiva, pero no podemos olvidar que el alumnado que presenta discapacidades graves y permanentes deben focalizar más la atención que los considerados ordinarios. Lo que también se quiere señalar, invitando a la reflexión sobre esto, es que la apariencia de lo inclusivo derivada del propio concepto no trae como consecuencia su entendimiento traducido en comportamientos concretos ni siquiera por los propios afectados y eruditos del tema.

Se tendrá que realizar el análisis de esta problemática con extrema precaución, cuya finalidad principal será la de impulsar acciones combinadas desde diferentes ámbitos y asociaciones que luchen contra los límites impuestos

por los poderes públicos a la educación inclusiva, en definitiva, el derecho de todo el alumnado a desarrollar plenamente su personalidad en condiciones de calidad y equidad sin que pueda prevalecer discriminación alguna. Es importante poner en valor que, incluso dentro de lo que consideramos el primer mundo, no todos los estudiosos de este tema han estado a favor de la filosofía inclusiva, manifestando incluso su oposición a la idea⁵.

De forma paradójica, si centramos este debate en las personas con diversidad funcional, nos encontramos que algunas de las asociaciones defensoras de sus intereses continúan realizando servicios especializados fuera del ámbito de la educación formal que se desarrolla en los centros educativos, bien porque comienzan a apreciar de que el proceso nunca finalizará por falta de un interés definitivo por parte de las autoridades educativas o por la propia convicción de que sus actuaciones siguen lo que consideran como el camino correcto.

En este marco concreto, la implementación en los centros educativos ordinarios de ciertas unidades especializadas, o lo que es lo mismo, aulas abiertas, es explicada por algunos estudiosos de la Educación como la mejor manera de ofrecer una respuesta educativa de calidad a cierto grupo de alumnado, concretamente a los que se considera que sus necesidades son difíciles o imposibles de satisfacer en aulas ordinarias.

Se trata de una alternativa que debe ser sometida a crítica, pues recordando la idea de que el camino a la perdición está repleto de buenas intenciones, con la mejor de ellas este tipo de actuaciones nos apartan de la

⁵ Brantlinger, 1997; Freire y César, 2002; Fuchs & Fuchs, 1994; Connolley y Sarromaa, 2009

finalidad que se pretende con la educación inclusiva, que no es otra que la implementación de programaciones escolares siguiendo el criterio de los *diseños universales* que puedan utilizar todas las personas sin necesidad de adaptaciones ni diseño especializado, tal y como queda reflejado en el art. 2 de la CIDPD.

Así, tal y como escribieron Dyson y Milward (2000), la posibilidad de progresión de un sistema inclusivo resulta un campo minado de numerosas incógnitas y contradicciones precisamente por las dudas que genera la apuesta definitiva por este modelo educativo y social. De manera directa, los distintos países están intentando ofrecer en la medida de sus posibilidades programas educativos al alcance de todo el alumnado, más allá de las capacidades que presentan. El ofrecimiento de estos programas inclusivos adquiere total normalidad en los países más desarrollados, que siguiendo los preceptos de la Declaración de Salamanca (UNESCO, 1994), y de la Conferencia Gubernamental “La educación inclusiva. El camino hacia el futuro” (UNESCO, 2008), intentan dotar de universalidad a los mismos.

Podemos concluir entonces que la implantación de un sistema educativo realmente inclusivo, basándonos en su definición, no será posible sin un cambio profundo en las prácticas educativas y en la propia normativa que propicien la aparición de un nuevo diseño curricular, así como una sensibilización definitiva por parte del profesorado hacia este tipo de alumnado, a excepción de los que tienen una relación directa con ellos por razón de su oficio en el sistema educativo⁶, y que conforman los equipos de la atención a la diversidad en todas las escuelas.

⁶ psicopedagogos, psicólogos educativos, educadores sociales, auxiliares educativos, etc

Por supuesto, si no existe un cambio profundo en las políticas educativas a nivel nacional y autonómico el sistema educativo inclusivo quedará en un sueño, más inalcanzable aún si no se acompaña de una legislación decidida a la garantía de este derecho de las personas con diversidad funcional. Lo que pretendemos en esta obra es demostrar que existe un derecho a la educación inclusiva que requiere un desarrollo normativo que lo garantice. Es muy difícil establecer los cambios que se consideran necesarios si no existe el reconocimiento de un derecho que los ampare. Por tanto, consideramos que a través del Derecho se tiene que dar el primer paso en la resolución de esta problemática.

Las restricciones a la educación inclusiva no sólo se aplican a la escolarización del alumnado cuando inicia su camino en el sistema educativo y la decisión de cuál es el centro educativo más adecuado para satisfacer sus necesidades, ya que, si nos centramos sólo en esta dimensión de la educación, impedimos de manera simplista un análisis más amplio del sistema en su globalidad. Es ahí donde debemos hacer ver que además de los centros a los que acuden, es decir, el acceso al sistema educativo, es importante hablar de inclusión en la permanencia dentro del sistema y en la promoción, es decir, en la salida del mismo con oportunidades en todos los ámbitos que eviten la exclusión y la desaparición social.

“La inclusión precisa la identificación y la eliminación de barreras. El concepto de barreras es nuclear a la perspectiva que estamos queriendo compartir en tanto que son las barreras las que impiden el ejercicio efectivo de los derechos, en este caso, a una educación inclusiva. Genéricamente, debemos entender como barreras, aquellas creencias y actitudes que las personas tienen respecto a este proceso y que se concretan en las culturas, las políticas y las prácticas escolares que individual y colectivamente tienen y aplican, y que al interactuar con las condiciones personales, sociales o culturales de determinados alumnos o

grupos de alumnos en el marco de las políticas y los recursos educativos existentes a nivel local, regional o nacional , generan exclusión, marginación o fracaso escolar” (Echeita y Ainscow, 2011, p.33).

Como se ha ido viendo a lo largo de este apartado, insistimos en la idea de eliminar la concepción de la sociedad establecida por los grupos dominantes que históricamente no se han hecho eco de la inclusión de los discapacitados en la sociedad. Por tanto, es necesario manejar distintos instrumentos que permitan la obtención de información para la evaluación de los impedimentos reales que ponen cuesta arriba la implantación de un modelo inclusivo, con el objetivo principal de que la evaluación permita tomar las decisiones más adecuadas para la implementación de nuevas prácticas educativas más inclusivas. Así, debemos permitir que la información recibida provoque el surgimiento de prácticas innovadoras que hagan desaparecer los impedimentos reales a la implantación del modelo inclusivo, aunque estamos convencidos de que es el campo del Derecho el que tiene la última y la más importante palabra para dar efectividad real a este modelo.

1.2. DIFERENCIA ENTRE INTEGRACIÓN E INCLUSIÓN EDUCATIVAS

Integración e inclusión expresan realidades axiológicas que no deben invitar a la confusión, aunque caer en ella es habitual si lo analizamos desde el punto de vista de sujetos carentes de conocimientos educativos profundos. Ambos términos suponen distintas perspectivas de la realidad educativa, planteando por eso la intervención desde distintos puntos de vista.

La integración se puede analizar desde dos planos diferenciados: el primero de ellos supone la existencia de un sistema educativo que escolariza alumnado con necesidades educativas especiales, y el segundo de ellos

caracteriza al sistema como un conglomerado de alumnos con necesidades específicas de apoyo educativo que presentan problemáticas muy diversas, y que en la búsqueda de la homogeneidad en el sistema, quedaban relegados a un segundo plano siendo en la actualidad objeto de innumerables esfuerzos para su integración a través de una gran cantidad de programas de intervención.

Barrio de la Fuente (2009) reflexionó al respecto: “el término integración está siendo abandonado, ya que detrás del mismo subyace la idea de que se orienta únicamente a alguien que ha sido excluido previamente, intentando adaptarlo a la vida de la escuela” (p.16). Asimismo, la EDF (2009) añadió que “la integración es una cuestión de ubicación de los estudiantes con discapacidad en las escuelas, en donde tienen que adaptarse a la enseñanza y aprendizaje existente y a la organización de la escuela” (p.3).

Es en la integración donde toda la problemática se centra en el alumno, el cual va a necesitar que el sistema se adapte a sus singulares necesidades (Ainscow, 2003, p.19). La integración supone la implantación de adaptaciones en el sistema para poder atender así las expectativas y necesidades del alumnado con alteraciones graves y permanentes, permitiendo que se pueda hablar de un sistema educativo flexible pero que posteriormente se comprueba que sólo se actúa en respuesta ante estas necesidades mediante adaptaciones individuales dejando atrás la visión social de la educación. Así, Arreaza (2009) dice claramente:

“En este modelo, se adscribe a la persona diversa al grupo normalizado y, como excepción, se diseña un programa específico para atender las diferencias. El citado programa se recoge en una adaptación curricular y se organiza la respuesta, individual o en grupos reducidos, durante un tiempo variable, en un espacio a determinar, fuera o dentro del aula, con los recursos específicos. Para justificar las actuaciones se argumenta

afirmando la excepcionalidad y transitoriedad de las medidas y, sobre todo, defendiendo la necesidad de realizar una discriminación positiva para evitar otros riesgos” (p.7).

Esta situación nos conduce a la paradoja que señala el Gobierno Vasco (2009):

“La institución escolar pretendiendo dar una respuesta a la diversidad, promueve una serie de programas específicos o especiales que pueden dar como resultado, si el sistema no se detiene a reflexionar, la proliferación hasta el infinito de grupos diferenciados con un gran componente segregador, dejando sin cuestionar o controlar los procesos desencadenantes de la exclusión educativa y sin abordar en profundidad un replanteamiento de las políticas educativas de cara a los denominados colectivos diversos” (p.5).

Esta realidad escolar se fundamenta en la insuficiencia e ineficacia demostrada por los modelos educativos basados en enfoques clínicos y de especialización⁷, que han dado como resultado la discriminación y una división por categorías innecesaria de los alumnos.

Está claro que desde el pensamiento científico, pedagógico y social se tuvieron que cambiar los modelos de interpretación de la realidad debido a que el debate no se centra en la integración del niño en la escuela sino la transformación que se debe producir en esta para responder a las necesidades de todo el alumnado, incluido el que presenta discapacidad. Este punto de vista supone una evolución de los modelos basados en la integración a los fundamentados en la inclusión que tienen como bandera la aceptación de la diversidad en el sentido más amplio de la palabra, dejando que sea el sistema el que vaya realizando los cambios necesarios para adaptarse a las necesidades de los alumnos desde una

⁷ Diagnósticos y etiquetaje de alumnos, profesores de Pedagogía Terapéutica, compensatoria...

perspectiva de grupo y no considerando únicamente sus necesidades de manera individual.

Si se analizan estos términos desde la perspectiva de la semántica, incluir e integrar tienen significados muy parecidos, lo que hace que sean muchos los que utilicen estos vocablos de manera indistinta. No obstante, desde los movimientos sociales, sobre todo los que defienden los derechos de las personas con discapacidad, integración e inclusión representan maneras de entender el hecho educativo distintas en lo que al tratamiento de la diversidad se refiere, aunque tengan como finalidad la inserción de las personas con diversidad funcional en la sociedad.

La imprecisión en el manejo del término inclusión comienza precisamente ahí, en su aplicación práctica, cuando las personas pertenecientes a distintos ámbitos profesionales realizan prácticas de integración abrazando todos los postulados de la inclusión. Los dos términos tienen una importancia capital en el desarrollo de todos los aspectos de la personalidad de las personas con diversidad funcional, convirtiéndose en imprescindible de una vez por todas emitir una definición que permita un mejor entendimiento cuando estos profesionales aborden su conocimiento, permitiendo así la distinción inequívoca entre ambos.

Jones⁸ define la integración como un proceso de garantía de la equidad en la educación que permite entre otros a las personas con alteraciones graves y permanentes formar parte de la sociedad a la que pertenecen. Por otra parte, el término inclusión va más allá de la respuesta a las atenciones individuales de

⁸ Citado en León, 2001

estos alumnos en la escuela, incorporando el elemento participativo que normaliza al máximo su ubicación en la sociedad. Estos postulados aparecieron en los años 90 con el objetivo fundamental de suponer una evolución de las prácticas de integración, con la pretensión de que se produzca una transformación profunda del sistema educativo como consecuencia que suponga un desarrollo integral de sus capacidades individuales aplicadas a su desenvolvimiento en la sociedad.

Para llevar a cabo una distinción más nítida entre ambos términos que faciliten su entendimiento, puede ser útil establecer algunos aspectos que los diferencian.

“Mientras la integración se basa en la normalización de las personas con necesidades educativas especiales, la inclusión plantea el reconocimiento y valoración de la diversidad como una realidad y como un derecho humano. La integración se centra en las personas con necesidades educativas especiales, para quienes se habilitan determinados apoyos, recursos y profesionales. La inclusión se basa en un modelo socio-comunitario en el que el centro educativo y la comunidad escolar están fuertemente implicados, lo que conduce al mejoramiento de la calidad educativa en su conjunto y para todos los estudiantes” (Arenas, 2016, p.245).

En las prácticas de integración, se realizan adaptaciones curriculares para las personas con alteraciones graves y permanentes; desde el punto de vista inclusivo, el currículum deber ser igual para todos, incluidos los alumnos mencionados anteriormente, con las adaptaciones individuales necesarias. Asimismo, la segregación de alumnos ha presidido durante muchos años las prácticas integradoras, separándolos del grupo de referencia para recibir apoyo de acuerdo a sus necesidades. La inclusión por su parte implica un diseño curricular innovador de todos sus elementos, incluidos los organizativos del

sistema educativo, lo que implica también la aprobación de normativa específica, de tal modo que se adapten a la diversidad.

La educación inclusiva se alumbra como un derecho fundamental de todo el alumnado en general que incluye a las personas con discapacidad. Pretende la normalización de todo el alumnado con discapacidad funcional con la garantía de la igualdad de oportunidades educativas bajo parámetros de calidad. La inclusión educativa permite valorar la legitimidad de la diferencia, valorando también de forma positiva las diferencias intrínsecas de los seres humanos.

Por el contrario, los procesos de integración buscan llevar a cabo la unificación de la escolarización con la finalidad de atender las necesidades de todo el alumnado, basados en sus necesidades individuales de aprendizaje que se plasman en informes psicopedagógicos centrados en el déficit. Hablar de inclusión implica que todos los centros educativos cuenten con los recursos necesarios para atender a todo tipo de alumnado en un entorno de pleno respeto a la diversidad, huyendo así del modelo médico-asistencial imperante en las prácticas integradoras.

Con la finalidad de reflexionar sobre la diferenciación de ambos términos, a continuación, introducimos una discusión comparativa entre los dos tipos de escuela, integradora e inclusiva, que permitirá un mejor entendimiento de estos términos.

Stainback (2007) plantea que “las escuelas inclusivas tienen diversas ventajas en relación con el mantenimiento de los enfoques tradicionales que tratan de ayudar a los estudiantes con discapacidad o desventajas a adaptarse a la normalidad” (p.24). Este autor presenta las ventajas e inconvenientes de las

escuelas inclusivas que tienen la finalidad de la normalización de todo el alumnado, que resultarán beneficiados cuando la institución escolar realice la concreción curricular teniendo presente la diversidad de necesidades de estos.

Así, la educación inclusiva va a suponer el respeto de la esfera social de todo el alumnado, incluido el que presenta diversidad funcional, que se va a considerar protagonista de un proyecto común de escuela en el que todos pueden aprender juntos sin que se produzca ningún tipo de discriminación.

De ahí la importancia del trabajo cooperativo de los docentes como piedra angular de la metodología a desarrollar en las aulas, destacando las aportaciones especializadas de los equipos de atención a la diversidad de los centros educativos, todo ello en la búsqueda de la aplicación de las mejores prácticas educativas que se adapten a los distintos ritmos y necesidades del alumnado. El trabajo con el alumnado que presenta discapacidad siempre debe ir orientado al fin último consistente en que consigan vivir en sociedad con la máxima autonomía e independencia posibles. Por tanto, lo deseable en la escuela es el trabajo en igualdad, donde la aportación de cada uno tiene la máxima importancia en el proceso de enseñanza-aprendizaje.

Sapon-Shevin (2007) plantea que “crear una escuela inclusiva en la que se reconozca, valore y respete a todos los alumnos supone prestar atención a lo que se enseña y al modo de enseñarlo” (p.37). Por tanto, desde las instituciones escolares deben tomar conciencia de que las adaptaciones curriculares no sólo se ponen al servicio de las necesidades individuales del alumno, sino que deben contribuir a su inclusión y normalización.

El diseño curricular, por tanto, debe recoger la modernidad en el hecho educativo, donde el rol del profesor cambia de un transmisor a un orientador del conocimiento, provocando el cambio metodológico en las aulas donde la participación de los discentes se convierte en esencial para conseguir que sean competentes en esta sociedad del S. XXI y donde la justicia social se debe trasladar a las aulas garantizando la igualdad de oportunidades del alumnado con diversidad funcional. Se comprueba así la importancia de las prácticas educativas que se desarrollan en la escuela mientras que los alumnos con discapacidad permanecen en ella. El tratamiento actual de la inclusión educativa como un principio jurídico no permite el desarrollo legal de normativa que garantice que todas las prácticas mencionadas anteriormente se llevan a cabo en las escuelas de forma obligatoria. Por tanto, se puede concluir que la permanencia como dimensión de la educación inclusiva no está contemplada en la configuración de este derecho humano.

Continuando con el desarrollo del presente apartado, la evolución del principio de normalización adquirió su cénit con la publicación del *Informe Warnock* en 1978, que comenzó a tener una gran influencia en las decisiones políticas referentes a la discapacidad. Fue la propia Mary Warnock la que presidió la comisión encargada de la redacción de dicho informe, donde se traslada el principio de integración al ámbito educativo. En este documento se pone de manifiesto la universalización de la educación para todos los niños y niñas dentro de la escuela ordinaria sin que pueda persistir ningún tipo de discriminación que provoque su consiguiente exclusión del sistema.

Los planteamientos del informe cuestionan que el diagnóstico de una necesidad especial traiga como consecuencia la limitación en el aprendizaje por la necesidad de realizar una adaptación curricular que dé respuesta individual a sus necesidades, poniendo en contraposición el límite del respeto al derecho fundamental a la educación, lo que lleva a la conclusión de que la defensa de la educación inclusiva presenta dos caras que pertenecen a la misma moneda.

Por un lado, las atenciones que debe recibir una alumno/a con necesidades educativas especiales dentro del aula, concluyendo que se trata de la permanencia dentro del sistema educativo; y por el otro, la defensa de un derecho humano que requerirá la definición de su naturaleza en sus dimensiones de acceso, permanencia y promoción para su total garantía, definición que corresponde al campo del Derecho y que se desarrollará en el presente trabajo.

El principio jurídico de la integración superó en su momento la mera función escolar para extenderse a otras realidades, empezando así a hablar de integración escolar y laboral. La integración, por tanto, superó el espacio de las aulas y se plasmó, como en el caso de España, en la normativa educativa con rango superior. La integración supone por tanto la pertenencia de una persona a un grupo social para participar en él por derecho propio. Por tanto, esos grupos de referencia pueden estar integrados por alumnado, trabajadores o el mismo grupo social con el que se convive.

Los principales defensores del principio de integración reivindican los derechos que son inalienables de las personas y que los estados deben reconocer. De la misma forma, se reconoce que no se puede marginar a las personas que pertenecen a un grupo social.

También se hace referencia a los deberes que debe cumplir la persona respecto a su grupo social de referencia, donde sus aportaciones dependen de sus características y capacidades. Es, en definitiva, un principio basado en la adaptación que debe operar en la sociedad para atender las necesidades de los menos favorecidos, y los que se encuentran en una situación de excepcionalidad por presentar discapacidad lo son.

Los postulados del principio de integración dejan con clara evidencia la necesidad de un acercamiento al entorno del sujeto, desplazándolo a su medio, es decir, poniendo en manos del entorno el proceso central de incorporación de la persona con diversidad funcional a la sociedad. Con esta afirmación es más que factible la discusión de si dicha incorporación se lleva a cabo en términos de igualdad.

Los inicios de la educación inclusiva nos hacen poner el foco en las aportaciones de las familias y distintas asociaciones a nivel nacional e internacional. Desde el inicio, la intervención educativa con las personas con discapacidad estuvo centrada más en la deficiencia que en los propios procesos de aprendizaje. A día de hoy, el consenso internacional coincide en el rechazo al modelo de atención a la discapacidad centrado en el déficit para sustituirlo por los postulados inclusivos.

En palabras de Calvo y Verdugo (2012),

“este cambio es el que justificó dejar de hablar de integración para hacerlo de inclusión educativa, pues en este último las variables ambientales están presentes como un aspecto determinante. Fue un hecho positivo, en este camino, el surgimiento de la educación especial porque significó el reconocimiento de la necesidad de una educación especializada, la atención a la diversidad avanzó desde una pedagogía terapéutica basada

en los déficits hasta una educación especial basada en las necesidades educativas especiales” (p.2).

Centrando la argumentación en la evolución histórica de ambos términos, un momento crucial, como se ha apuntado anteriormente, se dio con la publicación del *Informe Warnock* (1978), que consideraba lo negativo que resultaba etiquetar al alumnado con necesidades educativas especiales en base a criterios fijos, extendiendo estos prejuicios al resto de la comunidad educativa. Surgió como hemos dicho un nuevo concepto, el de necesidades educativas especiales (NEE), con la interactividad y la relatividad como aspectos principales. Estos se traducen en una aspiración continua del sistema educativo de conseguir la máxima autonomía posible de las personas con alteraciones graves y permanentes. Lo importante de esta concepción es que “nos permite intervenir, nos hace responsables de optimizar esa interacción desde una acción educativa intencionalmente planificada y explícita” (Galán y Echeita, 2011, p.110).

A finales del siglo pasado, en los países de América del Norte, surgieron movimientos en favor de la normalización de los alumnos matriculados en centros de educación especial, respuesta considerada como segregadora de este alumnado. Estos movimientos comenzaron a tener eco en el resto de países del occidente desarrollado, dando lugar a nuevas prácticas de integración escolar. Concretamente durante los años ochenta del siglo XX se produjo una encarnizada discusión entre los partidarios de la integración y los de la educación especial, surgiendo de esta lo que se consideran los postulados de la educación inclusiva. Junto a estos conceptos aparecieron también los términos escuela para todos, empleo integrado, diversidad y multiculturalidad, que suponen un cambio radical para la escuela y la sociedad; también en la atención a la diversidad y

plantean, por tanto, diseños diferentes de la escuela y la sociedad del futuro abiertos a todas las personas⁹ (Calvo y Verdugo, 2012, p.3).

Los resultados de aplicar prácticas de integración en diferentes países han traído como consecuencia una corriente de cambio en la manera de entender el sistema educativo que tiende hacia los modelos más inclusivos basados en la atención a la diversidad con la finalidad fundamental de garantizar el derecho fundamental a la educación y la equidad entendida como la igualdad de oportunidades. La escuela inclusiva se convierte así en un agente de participación social de todo el alumnado, incluido el que presenta diversidad funcional, representando un impulso fundamental para avanzar hacia la educación para todos, pues aspira a hacer efectivo para toda la población el derecho a una educación de calidad (Blanco, 2006).

Para aclarar aún más las dudas que surgen en esta materia, Booth y Ainscow (2005) entienden la inclusión como una serie de procesos orientados al aumento de la participación social del alumnado con necesidades educativas especiales en todos los ámbitos de la escuela. El derecho de acceso al sistema educativo, el grado de autonomía de este alumnado en el desempeño diario y su promoción forman parte del concepto de inclusión. El tratamiento de este modelo centra su atención en aquellas personas más vulnerables y que pueden ser objeto de discriminación (UNESCO, 2005).

⁹ Entre sus principales voces se encuentran Fulcher (1989) y Slee (1991) en Australia; Barton (1988), Booth (1988) y Tomlinson (1982) en el Reino Unido; Ballard (1990) en Nueva Zelanda; Carrier (1986) en Nueva Guinea, y Biklen (2000), Heshusius (1989) y Skrtic (1991) en Norteamérica.

Ainscow (1999) pone de manifiesto que la inclusión supera la perspectiva única de la atención del alumnado con diversidad funcional, llegando sus postulados a todos los alumnos y alumnas y a la sociedad en su conjunto, por lo que todos los esfuerzos no se centran en el tratamiento de la discapacidad en las aulas. Es un proceso que requiere una planificación meticulosa acompañada de una ejecución precisa en la que quede garantizada la atención de las necesidades individuales y colectivas del alumnado.

Los movimientos internacionales en favor de la inclusión la definen como la oportunidad que se ofrece a las personas con discapacidad a participar plenamente en todas las actividades educativas, de empleo, consumo, recreativas, comunitarias y domésticas que tipifican a la sociedad actual. La oportunidad de participar implica participación activa y la elección de alternativas como opuesto a la recepción pasiva de un modo o condición de vida que se ha propuesto.

Educación inclusiva es educar en y para la diversidad, donde la escuela debe reestructurarse y reorganizarse para poder atender a todos y cada uno de los alumnos, cuyos docentes planifican y desarrollan el currículum basado en la diversidad de alumnos del aula y en la que la educación cuenta con apoyos especializados para poder desarrollar estas prácticas, sin reemplazar la figura del docente (Yadora, 2006).

La cuestión que se puede plantear es si se poseen pautas certeras que nos permitan el avance hacia un modelo inclusivo. Para Laorden, Prado y Royo (2006), siguiendo a Echeita, existen una serie de propuestas que nos pueden ayudar en este camino. En primer lugar, la educación inclusiva supone tener un profundo respeto por la diversidad del alumnado convirtiendo esta en

oportunidades de aprendizaje más que en barreras que entorpezcan el ejercicio del derecho a la educación. Es por eso que todos los cambios que se produzcan para conseguir la inclusión en los centros educativos requieren de una serie de reformas que alcanzan a todo el sistema educativo.

En segundo lugar, hay que remover todas las barreras que impidan la participación de las personas con discapacidad en los centros educativos, ya que este es un contenido básico de la educación inclusiva para conseguir la normalización de hecho de este alumnado. Dicha normalización redundará en la mejora del aprendizaje. Es importante resaltar el esfuerzo que debe realizar la sociedad para dotar a este alumnado de las mejores oportunidades, cumpliendo con la máxima de que debemos querer para ellos lo que cualquiera de nosotros quisiera para sus propios hijos.

En tercer lugar, se deben poner todos los esfuerzos en los cambios escolares a nivel pedagógico y metodológico con el objetivo último de conseguir en la medida de lo posible el éxito escolar de todos los alumnos. Esos esfuerzos pasan por la modificación del sistema de recursos disponibles en la escuela, de los materiales y de los humanos, fomentando así la eficacia en la respuesta educativa. Se promueve así la cohesión de todos los miembros de la comunidad educativa en la búsqueda del objetivo común que debe ser la inclusión donde la participación de todos los estamentos resulta esencial. El modelo educativo sufre un cambio radical cuando tiene que ser este el que se adapte a las necesidades individuales de los alumnos y alumnas a los que atiende, dejando atrás el modelo centrado en el déficit.

Se produce una tendencia generalizada al abandono del concepto de educación especial, ya que en su propia definición encierra la diferencia respecto al hecho educativo en general. La adaptación a las necesidades individuales del alumnado es lo que se debe considerar como especial en la educación.

Este cambio a nivel mundial del paradigma educativo trae como consecuencia que el centro del proceso sea la atención de las necesidades individuales de todo el alumnado sin que se produzca ningún tipo de discriminación fundamentada en sus diferencias, más allá de la presentación de una discapacidad. En la actualidad, y a nivel mundial, no sólo a nivel teórico sino también a nivel práctico, la atención a la diversidad del alumnado con alteraciones graves y permanentes ha evolucionado desde los enfoques basados en la integración a los basados en la inclusión.

En resumen, y para finalizar este apartado, se puede indicar que las principales diferencias entre integración e inclusión son que la integración trata fundamentalmente de escolarizar en los centros ordinarios a los alumnos con alteraciones graves y permanentes, y que la inclusión, por el contrario, supone que la diversidad es un derecho humano de primer orden que debe gozar de prioridad para todas las autoridades educativas. Dando por supuesto que la normalidad en las aulas se ha entendido siempre como la homogeneidad de los grupos escolares, la inclusión incide en la educación entendida como el desarrollo de todos y cada uno de los alumnos en grupos heterogéneos donde el respeto a la diversidad supone un aspecto de primer orden.

La integración se centra en la dotación de apoyos recibidos por profesionales y otros recursos para atender al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo de acuerdo a sus necesidades individuales, mientras que la inclusión se refiere a un modelo de participación de toda la comunidad educativa unidos en la búsqueda de una enseñanza de calidad que se extienda a todo el alumnado, no sólo a los que presentan discapacidad.

Tomando como referencia las prácticas de integración, las adaptaciones curriculares han supuesto la principal respuesta educativa a las alteraciones graves y permanentes que presentaba el alumnado. Por el contrario, esas adaptaciones deben analizarse como una parte integrante del currículo inclusivo dirigido en primer lugar a todo el alumnado incluido el que presenta diversidad funcional. Un currículo moderno e innovador no debe entenderse como un aprendizaje conceptual de las distintas disciplinas que lo componen, sino una nueva forma de aprenderlas adaptada a estos nuevos tiempos de alto impacto de la tecnología.

Si hablamos de integración a nivel conceptual, se debe centrar la atención en la existencia de una separación o segregación del grupo escolar de referencia. Esto provoca como consecuencia que el alumnado más vulnerable se vaya alejando del sistema educativo al que pertenece, hecho este que ha permanecido estable durante muchos años y aún continúa. Precisamente la educación inclusiva tiene como objetivo la realización de un diseño innovador del programa educativo que dé cabida a todo el alumnado adaptándose a sus necesidades.

Por último, añadir que según la UNESCO (2005):

“el objetivo de la inclusión es brindar respuestas apropiadas al amplio espectro de necesidades de aprendizaje tanto en entornos formales como no formales de la educación. La educación inclusiva, más que un tema marginal que trata sobre cómo integrar a ciertos estudiantes a la enseñanza convencional, representa una perspectiva que debe servir para analizar cómo transformar los sistemas educativos y otros entornos de aprendizaje, con el fin de responder a la diversidad de los estudiantes. El propósito de la educación inclusiva es permitir que los maestros y estudiantes se sientan cómodos ante la diversidad y la perciban no como un problema, sino como un desafío y una oportunidad para enriquecer las formas de enseñar y aprender” (p.13).

Así, la flexibilidad del sistema y la metodología docente deben adaptarse a los distintos ritmos y necesidades de los discentes, convirtiéndose así en una de las claves de la educación inclusiva, por lo que son las instituciones las que deben implementarlas para todo el alumnado receptor de la oferta educativa. A pesar de décadas de debate, los conceptos de integración e inclusión aún se confunden utilizándolos en cantidad de ocasiones como sinónimos. Desde nuestra perspectiva, esta confusión terminológica no ayuda a conseguir desde el punto de vista teórico y práctico una definición definitiva de la naturaleza del derecho a la educación inclusiva, lo que provoca la ralentización de todos los procesos que permitan culminar en la garantía definitiva de este derecho.

1.3. ANÁLISIS SOCIAL DEL TÉRMINO

El proceso de cambio en el sistema educativo ordinario iniciado hace varias décadas con el objetivo de lograr la integración del alumnado considerado diferente en un primer momento, y que evoluciona posteriormente en la búsqueda de la educación inclusiva, va acumulando una gran cantidad de experiencias positivas donde se percibe la modificación de las concepciones

imperantes hasta la fecha y una mejor gestión de los procesos de evolución del sistema necesarios para que el alumnado con discapacidad pueda ver reconocido su derecho fundamental de participación en el mismo, tal y como queda establecido en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU (CIDPD).

Los principios de actuación con los alumnos con diversidad funcional evolucionan positivamente a través de los tiempos, apostando cada vez más por unos objetivos comunes a los que pueda tener cualquier persona dentro del sistema educativo ordinario. Centrándonos en el abandono y marginación inicial, se diseñó el sistema de educación especial, que brinda una educación progresiva y positiva al brindar al alumnado nuevos métodos, nuevos materiales, nuevas cualificaciones en el profesorado unidos a servicios escolares especiales a la población que previamente quedaba desatendida.

El devenir de los años provocó que esta elección particular resultara ineficaz, porque la particularidad se vuelve trivial, implicando aislamiento y discriminación, falta de expectativas de futuro y no reconocimiento de la igualdad de trato. Por tanto, el último cuarto del siglo pasado resultó ser un momento importante en la educación en las últimas décadas: la normalización de los estudiantes y su integración en el entorno menos restrictivo.

Las prácticas de integración implementadas con estudiantes con diversidad funcional en diferentes territorios llevaron a la constatación real de que las problemáticas relacionadas con la atención de este alumnado superan la perspectiva de la dotación de recursos materiales y humanos que se encuentran disponibles actualmente en el sistema educativo, aunque se pueden resaltar y

mejorar las políticas educativas impulsoras de la inclusión, el reforzamiento de los liderazgos dentro de la institución escolar, las ofertas de formación permanente del profesorado centradas en la atención del alumnado con necesidades educativas especiales.

Conocer los problemas que presentaban las experiencias integradoras sirvió para realizar un nuevo planteamiento de las dinámicas de integración con planteamientos más amplios de educación inclusiva con los que se pretendía recoger la amplitud en la variedad de alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo y su proyección con propuestas de cambio en la concepción educativa global (Verdugo, 2009, p. 23).

El proceso de cambio que va al lado de todas las discusiones sobre este término, ha supuesto un cambio de paradigma en el concepto de discapacidad¹⁰. No se plantea la diversidad funcional como un problema, obstáculo o defecto del estudiante, sino que sugiere entender al discapacitado dentro de su contexto social, según la interacción que en este se produce. Por tanto, las variables ambientales también explican en gran medida los problemas de todos los discentes. Los apoyos individualizados deben ser aquellos que puedan identificar y promover cambios importantes en estas variables para apoyar la integración en la educación.

Verdugo y Rodríguez-Aguilella (2008) argumentaron en un estudio sobre el estado de la educación inclusiva en España que la comunidad educativa exige al sistema que preste más atención a la perspectiva del estudiante como persona,

¹⁰ Crespo, Campo y Verdugo, 2003; Luckasson et al., 1992, 2002; Organización Mundial de la Salud, 2001; Verdugo, 1994, 2003

y coinciden en que es necesario brindar un programa educativo que oriente al alumnado a nivel académico y laboral.

Existía en las familias una enorme preocupación por las relaciones escolares de sus hijos dentro y fuera del entorno educativo, por lo que se decidieron a promover iniciativas que favorecieran sus relaciones con los iguales. Las situaciones de aislamiento social es lo que se ha venido denunciando todos estos años debido a la carencia de promoción del sistema educativo, es decir, la carencia de oportunidades reales de inclusión dentro de la sociedad en todos sus ámbitos.

Bajo los postulados de la educación inclusiva, Verdugo (2009) indica que se reconocen los derechos de todo el alumnado a participar en sus contextos más cercanos, especificando además la dirección de los esfuerzos y el criterio para evaluar los avances que se producen. Como finalidad última, la educación debe mejorar la calidad de vida de cada estudiante, por lo que el rendimiento académico no es lo único aspecto relevante, algo que se debería ver con más claridad en la Educación Secundaria y que desgraciadamente no se produce debido a las resistencias que a día de hoy mantiene al profesorado en un estado de tensión permanente ante las nuevas metodologías y la atención a la diversidad (p.26).

Centrarnos en la calidad de vida del alumnado bajo el prisma de todas las dimensiones de su personalidad deben servir de guía proponer los programas generales de enseñanza¹¹. La calidad de vida va resultar un término holístico, centrado en la persona, característica principal para definir los indicadores de lo

¹¹ Schalock, Gardner & Bradley, 2007; Schalock y Verdugo, 2002, 2007; Verdugo, 2006; Verdugo, Arias, Gómez y Schalock, 2009.

que consideramos una vida de calidad¹². En contraposición a otros términos más globales, exponer un enfoque centrado en la calidad de vida del alumnado trae como consecuencia la medición de los resultados individuales que permitirán diagnosticar sus principales intereses para contextualizar la programación de la enseñanza, constatando también la evolución del sistema hacia la integración y la extensión de los apoyos necesarios.

Como señalan Verdugo y Parrilla (2009), el acceso a la educación obligatoria de todos los alumnos ha dejado de ser un problema en sociedades como la nuestra, pero se necesitan aún muchos esfuerzos para conseguir un sistema educativo con unos centros escolares que reflejen los niveles de equidad y justicia curricular que demanda la educación inclusiva (p.15).

Aun no estando de acuerdo con la afirmación anterior de que el acceso a la educación obligatoria ha dejado de ser un problema para las personas con discapacidad, hecho que queda demostrado si se analizan las condiciones de acceso al sistema de estas personas, es concluyente que el elemento participativo por parte de la comunidad educativa resulta básico para hacer realidad la educación inclusiva. Resulta insuficiente quedar sólo en declaraciones programáticas, debiendo impulsar la participación activa de la comunidad educativa en el análisis exhaustivo para corregir y avanzar en la consecución del modelo inclusivo.

Por consiguiente, siguiendo las investigaciones de Calvo y Verdugo (2012), y disponiendo de los resultados de múltiples estudios que se están realizando en distintos países para determinar las barreras con las que se

¹² Schalock y Verdugo, 2002, 2007; Schalock, Verdugo, Bonham, Fantova y Van Loon, 2008; Verdugo, 2006

encuentra el modelo inclusivo, marcamos un compendio de aspectos clave sujetos a mejora.

En primer lugar, es muy importante garantizar el derecho fundamental a la educación bajo unos parámetros de calidad. Para conseguirlo, habría que eliminar las barreras con las que se encuentra la inclusión con la colaboración de toda la comunidad educativa, escuchando sus necesidades y aportaciones. Por parte de los poderes públicos, sus actuaciones deben estar basadas en una serie de principios como el de equidad, solidaridad e igualdad de oportunidades para dar un impulso a la inclusión en todas sus dimensiones. Las administraciones con competencias en materia de educación deberán dotar a los centros educativos de los recursos necesarios, además de la mejora en la formación docente en su doble vertiente de formación inicial y continua.

Además, los autores resaltan la necesidad de realizar un diseño del proceso inclusivo en todas las etapas educativas con implicación de la comunidad educativa y social, resaltando la cooperación que debe haber entre los centros ordinarios y los de educación especial y los cambios de actitud ante la diversidad del alumnado que se deben dar en toda la comunidad educativa. El círculo se cierra con el apoyo que se tiene que dar por parte de los poderes públicos a la investigación en la materia (p.11).

Como se puede apreciar, todos los cambios enunciados anteriormente habría que llevarlos a cabo desde el punto de vista educativo. En el presente trabajo se pretende poner de manifiesto que es en el campo del Derecho, a través de la garantía de un derecho humano y fijando su naturaleza jurídica como se puede conseguir que la inclusión sea real y efectiva dentro del sistema educativo.

Mientras no se puedan analizar y discutir los diferentes procesos de la experiencia educativa de las personas con diversidad funcional, así como el proceso de formación de docentes y otros profesionales que no han realizado una formación inicial relevante en este campo, no se puede concluir que estemos recorriendo un camino en la correcta dirección que nos lleve a la inclusión sistémica. El devenir histórico nos muestra que no solo es necesario cambiar el uso de los conceptos integración e inclusión. Evidentemente, lo que funciona bien en una determinada situación o en un país no tiene por qué estar de moda ni ser aceptado por otro país, ni debe considerarse una verdad absoluta.

Hoy en día, la evolución en la experiencia humana y la forma de estudiar la realidad nos obligan a replantear la metodología de trabajo con los alumnos, por lo que se debe adoptar un enfoque integral de la práctica educativa, que se convierte en el fundamento de la educación ambiental y social. La historia ha puesto de manifiesto que no solo es necesario un cambio en el uso de los términos integración e inclusión. Es claro que lo que funciona en una situación o país no necesariamente debe convertirse en moda o ser asumido por otra nación, ni tampoco debe verse como un dogma irrefutable.

Por tanto, todas las personas que tienen que convivir a diario con aquellas que presentan diversidad funcional con necesidades de apoyo extenso y generalizado, generan expectativas en lo que a la inclusión se refiere, expectativas que dependerán de las raíces culturales del grupo social de referencia. En este sentido, dice Heward (1997, p.62) "(...) la herencia cultural que un niño recibe también varía enormemente. No podemos olvidar que el grupo cultural al que pertenecen los alumnos influye sobre sus valores y conductas", y por

consiguiente, estos aspectos deberán tenerse en cuenta de cara a la respuesta educativa que recibe este alumnado.

Inclusión significa por encima de todo dignidad, la aceptación de todas las personas independientemente de sus condiciones y limitaciones, aspectos deseables por toda sociedad que quiere considerarse moderna. Como bien apuntaba de nuevo Heward (1997, p.62) “(...) para sobrevivir, un grupo social debe adaptar y modificar el ambiente en el que vive”.

El concepto de educación especial ha evolucionado durante décadas, por lo que también ha cambiado el prisma desde el que se afronta el proceso educativo de las personas con discapacidad funcional, desde el proceso de apoyo a su desarrollo integral hasta la atención de sus necesidades individuales, sin que suponga esto un contrasentido. Las necesidades, características e intereses individuales centran la atención de los profesionales en el entorno, analizando los elementos que facilitan o retrasan la participación social de estas personas.

La educación especial debe volver a pasar por un proceso de redefinición de acuerdo con el proceso de integración ya superado, donde los estudiantes con alteraciones graves y permanentes no deben ser considerados como estudiantes de segunda fila por presentar déficits funcionales. Al contrario, se debe establecer un régimen de participación de este alumnado en todos los ámbitos sociales que facilite su desarrollo integral como personas autónomas e independientes.

Según Zabalza¹³, la integración escolar ha evolucionado en base a tres fases diferenciadas:

1. Reconocimiento del derecho universal a la educación, aunque no se reconociera a las personas con diversidad funcional como *normales*.

2. La respuesta educativa a estas personas fue marginal y segregadora, lo que trajo como consecuencia la aparición en las instituciones educativas de servicios diferenciados.

3. Por último, la aparición posterior de la integración en los centros educativos de forma parcial. El alumnado con alteraciones graves y permanentes sólo es atendido en los centros educativos de acuerdo a sus necesidades individuales.

Como bien apuntó Fulcher¹⁴, esta situación provoca que la diversidad funcional reciba atención desde un punto de vista individualista, requiriendo a los alumnos su separación del grupo ordinario para que sean atendidos desde diferentes servicios y por distintos profesionales. Los docentes que atienden a este alumnado, en definitiva, deben poseer las aptitudes necesarias para dar respuesta a sus necesidades, actualizando la misma durante su carrera profesional mediante la formación permanente.

Por otro lado, según Echeita y Martín, (como se citó en Echeita et al., 1995, p.54) “(...) la respuesta educativa resultante es con frecuencia tan limitada que subestima la importancia de la interacción social como facilitadora del aprendizaje”. Como conclusión, los aspectos antes mencionados nos llevan la

¹³ citado en Lou y López, 2000

¹⁴ citado en Echeita, Duk y Blanco, 1995

proposición de un modelo basado en los derechos humanos que hagan realidad los principios de normalización e inclusión.

Para Ortiz (2000, p.6), se hace referencia a que “(...) todo el mundo tiene derecho a utilizar los servicios normales de la comunidad y llevar una vida lo más normalizada posible”. En los países europeos, la atención educativa a las personas con diversidad funcional se ha llevado a cabo bajo el principio de normalización. Durante las décadas de los 70 y 80 se desarrolló, como se ha apuntado anteriormente, el proceso conocido como integración escolar. Así, en 1978 con la aprobación de la Constitución Española, el principio de normalización se introdujo en nuestro país materializando como respuesta educativa a este alumnado la sectorización de los servicios educativos de la enseñanza¹⁵.

No obstante, como apunta Ortiz (2000, p.6), no es hasta el “(...) año 1995 cuando se aprueba el Real Decreto regulador del Programa de Integración Escolar del Ministerio de Educación y Ciencia, y cuyas características fueron: la implantación progresiva, la aplicación prudente, la dotación de recursos humanos y materiales y la evaluación del programa”.

La misma autora comenta que en ese mismo año comienza a desarrollarse el sistema educativo nacional bajo los parámetros de la integración, teniendo en cuenta el proceso de cambio de mentalidad en lo que al tratamiento de la discapacidad operó también a nivel social. Así, podemos afirmar la ruptura de barreras sociales que supone la integración en la que las adaptaciones de acceso y del currículo se erigen como las respuestas principales a las necesidades de este

¹⁵ Brown & Smith, 1996; Ortiz, 2000

alumnado, poniendo de manifiesto en esta reflexión la importancia de la inclusión en sus dimensiones de acceso y permanencia en el sistema educativo.

La aparición del informe Warnock (1978) cobró especial relevancia en la evolución en el sistema educativo español de la atención a la diversidad, variando el concepto de problemas en el aprendizaje por el de necesidades educativas especiales, que se define como:

(...) un término que implica relatividad, interactividad, transitoriedad, y que remite a la interacción con el contexto tanto en la génesis como en la resolución de los conflictos, de forma que cualquier alumno pueda precisar de forma transitoria o permanente algún tipo de ayuda para proseguir un desarrollo académico y social normalizado, un currículo ordinario (Ortiz, 2000, p.6).

Como se puede apreciar, el término engloba a los colectivos necesitados de ciertos apoyos para desenvolverse con cierta autonomía en su vida diaria, incluyéndose este aspecto en la Convención de los Derechos del Niño (CDN) llegando ya al siglo XXI. Por otra parte, habría que mencionar también las conclusiones extraídas de la Declaración de Salamanca de 1994 donde se subrayó la importancia de la educación de las personas con diversidad funcional. En esta declaración también se hizo un alegato muy importante en favor de la inclusión, que incluye aspectos que debían ser abordados por los Estados parte en esta Conferencia, sobre todo los referentes al acceso de las personas con alteraciones graves y permanentes al sistema educativo, y la garantía de su permanencia en el sistema bajo parámetros de calidad, hecho que favorecería no sólo a los estudiantes sino también a los profesionales de la educación.

En este sentido, según la UNESCO (1994, p.11):

“(…) La tendencia de la política social durante las dos últimas décadas pasadas ha sido fomentar la integración y la participación y luchar contra la exclusión. La integración y la participación forman parte esencial de la dignidad humana y el disfrute y ejercicio de los derechos humanos. En el campo de la educación, esta situación se refleja en el desarrollo de estrategias que posibiliten una auténtica igualdad de oportunidades”.

Bajo este prisma resulta importante destacar que todas las situaciones que generan la desigualdad de personas concretas encuentran su legitimación en ciertos momentos históricos que pueden ser revisados y modificados gracias a la participación ciudadana.

Relacionado con lo anterior, la UNESCO (1994) argumenta que:

“La experiencia de muchos países demuestra que la integración de los niños y jóvenes con necesidades educativas especiales se consigue de forma eficaz en escuelas integradoras para todos los niños de la comunidad. Es en este contexto en el que los que tienen necesidades educativas especiales pueden avanzar en el terreno educativo y en el de la integración social. Las escuelas integradoras representan un marco favorable para lograr la igualdad de oportunidades y la completa participación, pero para que tengan éxito es necesario realizar un esfuerzo común, no solo de toda la escuela, sino también de los compañeros, padres, familias y voluntarios” (p.11).

La inclusión debe ser concebida como la lucha por el acceso de todos a la educación a través de la sociedad civil investida de autoridad política para luchar por los derechos de las minorías más vulnerables. La integración y la inclusión se relacionan así en la búsqueda de proveer a todo el alumnado de una educación básica obligatoria y gratuita sin que quepa posibilidad de discriminación alguna.

No obstante, la valoración de la participación en un modelo educativo inclusivo corresponde a la sociedad y a las familias, que son los que viven en primera persona la problemática de la diversidad. Esto excluye de esta decisión a técnicos y profesionales de toda índole, a pesar de los intentos de que fueran decisivas sus decisiones (Soto, 2008).

Se puede concluir que estamos en presencia de hechos de naturaleza social y no natural, pues se trata más de una construcción social y no de un modelo desarrollado a partir de las disposiciones de la Declaración de Salamanca (UNESCO, 1992) que supera a las mismas, y que se relacionan con otras disposiciones de carácter internacional y la jurisprudencia que garantiza el orden social. Teniendo como referencia la argumentación anterior, la escuela debe quedar al servicio del modelo inclusivo donde toda la diversidad del alumnado va a tener respuesta a sus diferentes necesidades y capacidades.

Mediante la educación inclusiva se pretende cumplir con el principio de equidad para las personas con alteraciones graves y permanentes. Esta igualdad de oportunidades debe garantizarse desde el poder político que debe ser consciente que el acceso al sistema no es la única dimensión que forma parte de este derecho. Estas personas deben participar de los progresos tecnológicos que han propiciado la comunicación con personas de cualquier parte del mundo, contando desde la educación inclusiva con dos ideas clave. La primera de ellas tiene que ver con la funcionalidad de los aprendizajes dentro de una comunidad inclusiva¹⁶. Para estas personas, las actividades básicas de la vida diaria deben formar parte del currículo escolar, ya que uno de los objetivos fundamentales es conseguir la máxima autonomía e independencia posibles.

¹⁶ opuesto a lo que es solo funcional o cómodo en un entorno segregado

La segunda tiene que ver con que el discente debe socializarse y formar parte de una comunidad natural. Los apoyos y la inversión económica van a adquirir una importancia capital para garantizar la respuesta educativa que se va a dar a estas personas con diversidad funcional, no sólo en el ámbito educativo, sino también en el social. Los apoyos extensos y generalizados que necesitan estas personas requieren de una inversión económica muy elevada por parte del Estado, que en este caso se debe convertir más que nunca en el garante del Estado social y democrático de derecho.

Es importante establecer la importancia que tiene la participación de estas personas en las relaciones interpersonales que se pueden establecer a nivel escolar y social que alumbran una posterior mejoría en todos los ámbitos del desarrollo. Por tanto, las personas con diversidad funcional deben ser partícipes en la construcción de los entornos en los que van a desarrollar sus relaciones personales (Soto, 2003, p.9).

Las personas con diversidad funcional deben participar activamente en la construcción de la sociedad, y es a esta desde todos los ámbitos a la que le corresponde tener presentes y respetar sus necesidades, experiencias y vivencias. Teniendo en cuenta la reflexión anterior, en los centros educativos se deben dar unos procesos de cambio que traigan como consecuencia la adaptación de los procesos de enseñanza-aprendizaje a este alumnado diverso, alumbrando así una característica fundamental que debe poseer el sistema educativo como es la comprensividad, entendida como la apuesta decidida por parte de las administraciones educativas por la atención de las personas con diversidad funcional.

Por ello, al hablar de educación inclusiva o educación para todos, se debe prestar especial atención a la forma en que se incluye a los estudiantes en el grupo-clase, el apoyo que se les brinda y la forma en la que afrontan el proceso de aprendizaje, un proceso centrado en sus distintas necesidades y ritmos de aprendizaje.

En cierto sentido, la educación inclusiva significa que todos tienen derecho a ser educados y, en última instancia, supone una opción teórico-filosófica. Para que esta definición conceptual funcione, es necesario recurrir a su alcance práctico. El rango real variará según el entorno. Por tanto, la verdadera forma de educación inclusiva dependerá de los recursos humanos, incluida la preparación académica de los docentes, el desarrollo del sistema educativo relacionado con la docencia y la formación, las instalaciones deportivas, los recursos económicos, etc. Esta manera de entender la educación ha sido objeto de debate, ya que está íntimamente relacionado con los derechos humanos y la dignidad de las personas.

Para explicar la evolución que se debe seguir desde la integración a la inclusión, la participación de las familias en las decisiones educativas de sus hijos resulta fundamental, más allá de las dudas que puedan aparecer entre educación ordinaria y especial. Así, para poder entender mejor la educación especial, se debe definir en primer lugar qué se entiende como el modelo ordinario, ya que en contraposición el modelo inclusivo englobaría a todos ellos.

En este sentido, los países que han desarrollado exitosamente el proceso de integración parecen tener potencial suficiente para desarrollar la educación inclusiva, pero la forma más adecuada de implementar este proceso es con la

puesta en marcha de un modelo que debe basarse en la inclusión en la sociedad, para lo que se requiere que las nuevas propuestas de los planes educativos gocen del consenso social.

De esta forma, cuando se trata de la puesta en marcha de políticas en las que intervienen profesionales educativos especializados, los educadores formales de aula se sienten más comprometidos con las reformas, llegando incluso a consensos con los partidarios del modelo inclusivo, produciéndose en definitiva una nueva definición de la escuela. En este sentido, se dice que los países que han venido desarrollando los procesos de integración de manera acertada parecen tener un potencial mayor para alcanzar modelos inclusivos, pero la forma más adecuada de llevar a cabo este proceso es el de implementar un modelo que debe surgir de una revisión profunda de los modelos sociales y educativos, además de ser asumidos estos por consenso social.

La experiencia acumulada en todos estos años tiene que servir para comprender y reflexionar sobre lo que se está haciendo bien y lo que se puede mejorar. Para alcanzar una educación inclusiva tienen que ser los propios protagonistas los que se impliquen en este proceso. “Ellos son la base para iniciar el cambio y es un proceso de colaboración del que todos deben formar parte y sentirse acompañados” (Calvo y Verdugo, 2012, p. 28). Cuando nos referimos a la educación inclusiva lo hacemos refiriéndonos a la educación en la diversidad. Trata las diferencias como un aspecto enriquecedor para el ser humano. La diversidad debe entenderse desde el punto de vista de la universalidad y no centrarse en la desigualdad.

La UNESCO propone que la educación del siglo XXI se convierta en un factor de cohesión social en el que la diversidad tiene que ser vista como un valor contrario a la exclusión social. Sin caer en la tentación de creer que los poderes públicos van a resolver la temática de la inclusión de manera rápida y eficaz, estos deben garantizar el derecho de todo el alumnado a la educación inclusiva, más allá de las problemáticas que puedan presentar los alumnos. Es precisamente con el paso del tiempo cuando se ha visto que es gracias a la comunidad educativa de forma coordinada cuando se ha producido un avance decidido hacia el modelo inclusivo.

**II – FUENTES DEL DERECHO
A LA EDUCACIÓN
INCLUSIVA**

2.1. INTRODUCCIÓN

Como se ha ido abordando en el capítulo anterior, el concepto de inclusión educativa no es exclusivo únicamente de las personas con discapacidad física, psíquica y sensorial. Por el contrario, el término es más amplio, poniendo de manifiesto que la problemática inclusiva dentro del sistema educativo lo encontramos fundamentalmente centrado en las personas con discapacidad. El concepto de necesidades específicas de apoyo educativo que se establece en la actualidad dentro de la normativa educativa española recoge distintas tipologías de alumnado con estas necesidades, siendo una de ellas las necesidades educativas especiales derivadas de discapacidad.

La respuesta de la Administración educativa ante esta realidad es mucho más compleja que la que se pueda realizar con el resto de alumnado considerado ordinario, sobre todo en lo que tiene que ver con la escolarización, permanencia en el sistema y promoción. Como se ha ido avanzando en el capítulo anterior, estas dimensiones son las que a nuestro juicio deben configurar la naturaleza jurídica del derecho fundamental a la educación inclusiva.

Una de las cuestiones que se consideran más conflictivas de esta discusión es que el significado de inclusión aparece siempre ligado al de necesidades educativas especiales (Blanco, 2006) no siendo así en otras situaciones que provocan desigualdad, que aparecen bajo el rótulo de igualdad de género o interculturalidad cuando son tratadas en charlas especializadas, congresos o seminarios.

No cabe duda de que hablar de educación inclusiva, como se quiere poner de manifiesto en el presente trabajo, es subrayar la importancia de la situación educativa del alumnado con diversidad funcional si lo comparamos con el resto. Aunque el valor inclusivo deriva del propio concepto, es en la práctica cuando se comprueba que muchos estudiosos no actúan conforme al mismo porque sigue habiendo mucha confusión en el manejo de los conceptos de integración e inclusión cuando se intenta llevar a la práctica, además de las carencias de formación en atención a la diversidad que provoca que no sean conscientes del gran esfuerzo que se debe realizar desde todos los ámbitos y estamentos para que la inclusión educativa sea una realidad, cumpliendo así con el derecho fundamental que permita la consecución de una verdadera educación de calidad para todos.

La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, modificada por la Ley Orgánica 3/2020, para la Mejora de la LOE (LOMLOE), dedica su título II a la equidad en la educación, estableciendo en el artículo 71.2 que recibirán una atención educativa diferente a la ordinaria el alumnado que presente necesidades educativas especiales, por retraso madurativo, por trastornos del desarrollo del lenguaje y la comunicación, por trastornos de atención o de aprendizaje, por desconocimiento grave de la lengua de aprendizaje, por encontrarse en situación de vulnerabilidad socioeducativa, por sus altas capacidades intelectuales, por haberse incorporado tarde al sistema educativo o por condiciones personales o de historia escolar, para que puedan alcanzar el máximo desarrollo posible de sus capacidades personales, y en todo caso, los objetivos que se establecen de manera general para todo el alumnado de cada etapa educativa.

Por otra parte, tal y como se establece en los artículos 74 y 79 bis de la norma citada anteriormente, sólo se garantiza la escolarización del alumnado con necesidades educativas especiales bajo los principios de normalización e inclusión, asegurando en todo caso su no discriminación y la igualdad efectiva en el acceso y la permanencia en el sistema educativo. Además, para el alumnado con alteraciones graves y permanentes, se contempla la posibilidad de introducir medidas de flexibilización de las distintas etapas educativas cuando se considere necesario, lo que en la práctica se traduce en repeticiones de curso que alargan más la estancia de este alumnado en las distintas etapas educativas, aunque hay que reconocer el paso hacia delante dado por esta reforma cuando establece la promoción y titulación del alumnado considerado de necesidades educativas especiales cuando superen lo establecido en sus correspondientes adaptaciones curriculares.

La escolarización en unidades¹⁷ o centros de educación especial, que se podrá extender hasta los veintiún años de edad, sólo se llevará en el caso de que sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios, es decir, cuando las deficiencias sean tan graves y permanentes que resulte imposible la atención en un centro ordinario. En estos casos el criterio médico-asistencial se impone sobre cualquier otro.

La redacción de estos artículos no supera el modelo de atención a la diversidad basado únicamente en las alteraciones graves y permanentes derivadas de discapacidades psíquicas, físicas y sensoriales, poseyendo así una visión parcial del concepto de educación inclusiva, que se haya como uno de los principios fundamentales de la ley anteriormente mencionada, y que no se

¹⁷ Aulas Abiertas: unidades de Educación Especial que se encuentran en los centros ordinarios.

extiende al resto de necesidades específicas de apoyo educativo como queda patente en la normativa reguladora sobre la materia.

Se asume por parte de todos que la finalidad última del sistema es conseguir la participación de todos en su desarrollo, más allá de los distintos modelos de atención a la diversidad que se implementen. Por tanto, es necesario aclarar que la educación es un derecho fundamental consecuencia de la formulación de los derechos humanos y que se ponen al servicio de la construcción de cualquier sociedad (Blanco, 2010).

A la luz de este punto de vista más amplio y complejo, a través del derecho fundamental a la educación, se debe contribuir a la consecución de sistemas educativos más inclusivos y que, por tanto, contribuyan de manera decisiva a conseguir la equidad en la educación, es decir, la igualdad de oportunidades para todos dentro del sistema.

Otra de las cuestiones que se abordarán en el presente capítulo será la utilización de los términos integración e inclusión en los distintos ámbitos normativos a nivel nacional e internacional, demostrando que en los primeros cuerpos normativos sobre la materia se utilizaba el término integración, basado en las necesidades individuales del alumnado, evolucionando al de inclusión, de cuño más moderno, con la intención de que el sistema educativo avance con paso decidido en las políticas de atención a la diversidad.

Se comprobará también que el legislador de épocas pasadas tenía en mente el concepto de integración y no de inclusión, por lo que podemos afirmar sin error a equivocarnos, que es un concepto poliédrico, que como se ha apuntado anteriormente, parte de la misma idea que es la no exclusión social y, por tanto, la

no discriminación de las personas que presentan discapacidad física, psíquica y sensorial.

Desde que en los años 60 del siglo XX los nórdicos Mikkelsen, Nirje y Wolfensberger formularan el principio de normalización como el derecho en posesión de las personas con discapacidad a desarrollar su vida de la forma más autónoma e independiente posibles con los apoyos que sean necesarios, es cierto que los países desarrollados han recorrido un ilusionante camino hacia la igualdad de oportunidades en la educación para todo el alumnado.

La extensión del principio de normalización al plano educativo culminó con la publicación del *Informe Warnock* en 1978, que consagró definitivamente el principio de integración, del que se señalan los principios básicos que definen este derecho: los objetivos educativos son los mismos para todo el alumnado, las necesidades educativas conforman una atención que se debe prestar durante toda la vida y la prestación de apoyos extensos y generalizados se prestarán de forma paralela a las prácticas inclusivas.

Asimismo, se definen los puntos clave de esta reforma sistémica: la importancia de la respuesta educativa tan pronto se identifique la deficiencia, su extensión más allá de las ofertas educativas que garanticen la inclusión en la sociedad de manera plena y la provisión de una formación del profesorado continua y suficiente para atender las necesidades del alumnado. Por consiguiente, se subraya la importancia de que la inclusión educativa se garantice en los tres hitos fundamentales del desarrollo de cualquier persona en un sistema educativo: el acceso, la permanencia y la promoción.

Como conclusiones de especial importancia que deben estar presentes en la evolución del sistema para que sea más inclusivo, se señalan: la escuela como elemento normalizador de la educación, el tratamiento de los centros de educación especial como centros de recursos para atender la diversidad, la generalización de los servicios de orientación y apoyo, la participación de las familias, la cooperación de asociaciones defensoras de los intereses de las personas con discapacidad y, como elemento fundamental, un vuelco en la actitud social en cuanto al tratamiento de la discapacidad (Dettori, 2011).

Las reformas de los sistemas educativos de los países europeos operadas en la década de los 70 del pasado siglo, resultaron ser la gran consecuencia de la formulación del principio de integración que pasó a formar parte de sus respectivas normativas educativas. No obstante, las deficiencias en su implementación llevaron al sistema a abrazar los postulados de la escuela inclusiva, que en palabras de Arnáiz (2003) tiene como objetivo: “luchar por conseguir un sistema de educación para todos, fundamentado en la igualdad, la participación y la no discriminación en el marco de una sociedad verdaderamente democrática” (p.142).

El modelo inclusivo remueve de manera profunda los postulados de la escuela tradicional. Enfatiza el derecho básico de toda persona a recibir una educación de calidad, incorpora la diversidad de la realidad humana como valor, planteando un medio ambiente común como la forma más realista, natural y eficaz de llevar a cabo este tipo de modelo basado en la participación de todo el alumnado. En todos los procesos educativos, requiere el desarrollo de un plan de estudios completamente funcional, versátil y adaptable para la individualización de cada alumno al mismo tiempo, además de promover el aprendizaje

cooperativo como elemento socializador de primer orden, entre otros. Finalmente, involucra a todo el sistema educativo y a toda la sociedad en su conjunto, como marco y sujeto destinatario de las medidas. La educación inclusiva supone una nueva manera de entender la escuela, un sistema de valores y creencias y, en definitiva, una mejor manera de vivir juntos¹⁸.

Así se ha interiorizado por parte de los familiares de las personas con discapacidad, cuyas demandas han extendido a todos los estamentos públicos incluso antes que los estudiosos del campo de la educación. Son precisamente estas familias las que han demandado a los poderes públicos la aplicación de una educación basada en los postulados de la integración y posteriormente de la inclusión con el objetivo de conseguir el disfrute pleno del derecho a una educación de calidad como el resto de los ciudadanos.

Durante el presente capítulo se realizará un recorrido por toda la normativa nacional e internacional reguladora del derecho a la educación y su extensión, entre otras, a las personas con discapacidad. También se analizará la aplicabilidad de esta normativa en el ordenamiento jurídico español y cómo repercute en la consecución del término que se analiza en el presente trabajo, además de su evolución histórica a través de las distintas leyes de educación estableciendo como punto de partida la Ley Moyano de 1857.

¹⁸ Armstrong, Pearpoint & Forest, 1999

2.2 NORMATIVA INTERNACIONAL Y APLICABILIDAD DIRECTA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

Después de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, los países participantes y no participantes en la contienda se comprometieron a que no se permitieran nunca más las atrocidades que sucedieron en este conflicto armado. Los líderes mundiales decidieron poner en marcha en sus respectivos países las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas donde se marcaba una agenda clara donde se garantizaban los derechos de todas las personas en cualquier lugar y cualquier momento presente y futuro. Como consecuencia de ello, La Carta de las Naciones Unidas se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco poniendo el colofón a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, entrando en vigor el 24 de octubre de ese mismo año. Resultaría este documento ser años más tarde la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), considerada el fundamento de las normas internacionales y piedra angular de la historia de los derechos humanos.

Considerando a las personas con discapacidad sujetos de estos derechos humanos, según señala Biel (2009),

“las Naciones Unidas han desarrollado, prácticamente desde sus inicios, una importante labor para el reconocimiento y promoción de los derechos de las personas con discapacidad. En ese sentido, cabe destacar el liderazgo que la Organización ha ejercido en la regulación internacional de estos derechos, cuyo impulso ha servido de estímulo a los Estados y a otras organizaciones internacionales para ofrecer una respuesta jurídica a la realidad de la discapacidad” (p.38).

El primer cuerpo normativo objeto de análisis a nivel educativo y con incidencia directa en el colectivo de las personas con discapacidad es la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1948. Dicha Declaración va a tratar el derecho a la educación como un derecho humano de primer orden, extensible a todos los seres humanos por el simple hecho de serlo, sin tener en cuenta discriminación alguna.

Ya desde sus orígenes, los derechos humanos han jugado un papel fundamental en la transformación del Estado Absoluto en un Estado Democrático de Derecho, así como la dignificación de la vida humana a nivel individual y social, tanto en el ámbito privado como en el ámbito público y en la plasmación de la justicia en la sociedad.

Los derechos humanos son universales, ya sean estos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales. Pertenecen a todos los seres humanos, incluyendo a las personas con discapacidad, pues no existen derechos especiales sino que éstas deben gozar de los mismos derechos humanos y libertades fundamentales en términos de igualdad como cualquier miembro de la sociedad, sin discriminación de ningún tipo.

Este colectivo también va a disfrutar de un número de derechos ligados de manera específica a su estatus para favorecer su adaptación a la sociedad. Dentro del catálogo de derechos humanos, existen algunos de ellos que deben ser especialmente garantizados para las personas con discapacidad, debido a ese estatus o situación referida en la cual se encuentran.

La segunda generación de derechos humanos, los derechos de la igualdad, los llamados derechos económicos, sociales y culturales, pasan del reconocimiento a su consecución como derechos sociales cuyo desarrollo tiene lugar en la etapa en la que el Estado Liberal fue sustituido por el Estado Social de Derecho.

Son derechos que para su realización efectiva exigen la intervención de los poderes del Estado, a través de prestaciones y servicios públicos con el objetivo fundamental de plasmar el valor de la igualdad.

El Estado no se limitaba entonces a respetar la libertad manteniéndose al margen de la actividad social, sino que debía intervenir realizando prestaciones sociales y servicios públicos que contribuyeran a plasmar la justicia social. Dentro de estos derechos económicos, sociales y culturales se encuentra, entre otros, el derecho a la educación.

Por otra parte, es cierto que desde Naciones Unidas no se presta especial atención a la discapacidad, que como se ha recalado en la introducción, es el fenómeno que más problemáticas va a presentar a la hora de hacer efectivo el derecho a la educación, y en particular a la educación inclusiva, quedando muy lejana aún en el tiempo la conversión en realidad de la prestación de una atención individualizada y de calidad para el desarrollo integral de estas personas.

La primera vez que Naciones Unidas presta esta especial atención es en 1950, cuando los Estados centran su preocupación en el número de discapacidades surgidas como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial.

En posteriores declaraciones, Naciones Unidas velará por el tratamiento médico y asistencial de estas personas. La búsqueda de los antecedentes jurídicos de la educación inclusiva comienza con el artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que regula el derecho a la educación, abriendo el mismo a todas las personas sin distinciones de ningún tipo, estableciendo que:

“toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz” (p. 8)

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en sus artículos 13 y 14¹⁹ reconoce y precisa el alcance del

¹⁹ Según lo dispuesto en el artículo 13:

“1º. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

2º. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;
b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

derecho a la educación, su objeto, la obligatoriedad y gratuidad en sus diversas fases, garantía de becas, medios y aptitud del profesorado entre otros.

En años posteriores, y continuando con el desarrollo del derecho a la educación, se proclamó la Declaración Universal de los Derechos del Niño (1959), que establece como principio número VII que:

“el niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria por lo menos en las etapas elementales. Se le dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes y su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad. El niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones, los cuales deberán estar orientados hacia los fines perseguidos por la

c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita.

d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria.

e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente».

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (pp. 5 y 6).

De la misma forma, el artículo 14 reza lo siguiente:

“Todo Estado Parte en el presente Pacto que, en el momento de hacerse parte en él, aún no haya podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorios sometidos a su jurisdicción la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos” (p. 6).

educación; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho” (p. 2).

Queda patente en los textos de estas Declaraciones que el derecho a la educación se extiende a todos los niños y niñas del planeta, teniendo en cuenta, sobre todo, las necesidades de escolarización básicas que se daban todavía en gran parte del mismo.

En la Declaración Universal de los Derechos del Niño (DUDN) sí que se enuncia el principio de igualdad de oportunidades del que deriva el principio de equidad, valor fundamental del que emana la educación inclusiva. En mi opinión, no se tienen en cuenta en ese momento histórico las necesidades de escolarización del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo, concretamente los que presentan discapacidad, en el que se tuvieran en cuenta sus necesidades individuales derivadas de los déficits que presentan, quedando muy lejos aún de lo que podríamos denominar hoy como educación inclusiva. La preocupación principal se centraba en el acceso al sistema educativo por parte de todas las niñas y niños del planeta sin tener en cuenta las necesidades y las diferencias individuales de cada uno de ellos

Años después, en la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental, ya en el año 1971 del siglo XX, es cuando se establece que el retrasado mental poseerá el derecho a la educación que le permitirá desarrollar al máximo sus capacidades y aptitudes. En sus dos primeros artículos establece que el retrasado mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos. Por otra parte, también se les reconoce el derecho a la atención médica y el tratamiento físico que sea aplicable al caso considerado individualmente, así como a la educación, la capacitación, la rehabilitación y la

orientación educativa y profesional que les permita desarrollar al máximo todas sus aptitudes y capacidades²⁰.

Es, por tanto, en el primer artículo donde se indica claramente que deben gozar de los mismos derechos que los demás seres humanos, haciendo una clara alusión a los derechos humanos. Se vuelve a tratar el derecho a la educación del retrasado mental en términos de escolarización en los centros educativos, que en muchos casos se realizaría en centros de educación especial, garantizando así este derecho humano fundamental, como es la educación, pero de forma parcial y centrado sólo en el acceso a los centros educativos, muy alejados en todo caso de los principios de integración y mucho más si hablamos de inclusión.

Acercándonos ya a la finalización del pasado siglo, será en el seno de la Convención sobre los Derechos del Niño (1989) donde se va a establecer, en el artículo 28, el derecho a la educación, y en el 23, el derecho de los niños impedidos²¹.

²⁰ Artículos 1 y 2 de la Declaración de Derechos del Retrasado Mental:

1. El retrasado mental debe gozar, hasta el máximo grado de viabilidad, de los mismos derechos que los demás seres humanos.
2. El retrasado mental tiene derecho a la atención médica y el tratamiento físico que requiera su caso, así como a la educación, la capacitación, la rehabilitación y la orientación que le permitan desarrollar al máximo su capacidad y sus aptitudes

²¹ Los artículos mencionados establecen textualmente:

“Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

- a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
- b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;
- c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados.

d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;

e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar porque la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente convención.

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo”.

Por otra parte, el artículo 23, sobre los niños impedidos, establece:

“1. 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.

2. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño impedido a recibir cuidados especiales y alentarán y asegurarán, con sujeción a los recursos disponibles, la prestación al niño, que reúna las condiciones requeridas y a los responsables de su cuidado, de la asistencia que se solicite y que sea adecuada al estado del niño y a las circunstancias de sus padres o de otras personas que cuiden de él.

3. En atención a las necesidades especiales del niño impedido, la asistencia que se preste conforme al párrafo 2 del presente artículo será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, y estará destinada a asegurar que el niño impedido tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación, los servicios sanitarios, los servicios de rehabilitación, la preparación para el empleo y las oportunidades de esparcimiento, y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual, incluido su desarrollo, cultural y espiritual, en la máxima medida posible.

4. Los Estados Partes promoverán, con espíritu de cooperación internacional, el intercambio de información adecuada en la esfera de la atención sanitaria preventiva y del tratamiento médico psicológico y funcional de los niños impedidos, incluida la difusión de información sobre los métodos de rehabilitación y los servicios de enseñanza y formación profesional, así como el acceso a esa información a fin de que los Estados Partes puedan mejorar su capacidad y conocimientos y ampliar su experiencia en estas esferas. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.”

Es en estos dos artículos, y siguiendo con la línea argumental anterior, cuando se establece con detalle el derecho de los niños a la educación sin ningún tipo de discriminación.

Para aquéllos que presentan algún tipo de discapacidad se garantiza este derecho en condiciones de gratuidad como al resto de alumnado que accede al sistema educativo. Es evidente que no se redactan los artículos centrandó el pensamiento en las necesidades individuales de este alumnado ni mucho menos bajo los parámetros de integración o inclusión educativas, términos que aparecerán posteriormente en la normativa internacional y que van a suponer una reacción constante al cambio de parámetros por parte de los sistemas educativos, ya que tendrán que dotarse de los medios, sobre todo económicos, para atender la diversidad en las aulas.

La Declaración de Salamanca (1994), que se publicó prácticamente 15 años después de la Convención de los Derechos del Niño, estableció como conclusión a la Conferencia Mundial sobre Necesidades Educativas Especiales, que refrendaron 92 gobiernos y 25 organizaciones internacionales bajo el amparo de la UNESCO en esta ciudad castellana, una serie de conclusiones²² en favor de la educación inclusiva.

²² “Creemos y proclamamos que:

- Todos los niños de ambos sexos tienen un derecho fundamental a la educación y debe dárseles la oportunidad de alcanzar y mantener un nivel aceptable de conocimientos.
- Cada niño tiene características, intereses, capacidades y necesidades de aprendizaje que le son propios.
- Los sistemas educativos deben ser diseñados y los programas aplicados de modo que tengan en cuenta toda la gama de esas diferentes características y necesidades.

Reflexionando sobre esta declaración, se puede observar una clara intención de ir más allá de lo que supone el derecho a la educación de las personas con diversidad funcional. Se establece el deber de escolarización en centros ordinarios bajo una pedagogía integradora centrada en el niño, implementando una serie de medidas concretas capaces de satisfacer sus necesidades. El término que utiliza claramente esta declaración es el de integración, y esto es así porque en un primer momento de lo que se trataba era de garantizar el acceso del alumnado con discapacidad en los centros ordinarios, es decir, se trataba de cubrir sus necesidades de escolarización.

Una vez cubiertas estas necesidades, se plantean realizar prácticas integradoras donde las necesidades individuales del alumnado con discapacidad sean debidamente atendidas, dando el sistema educativo un tratamiento diferenciado respecto al alumnado considerado como ordinario. Este modelo de integración es claramente superado por el modelo inclusivo que empieza a ver la luz a finales del siglo XX.

-
- Las personas con necesidades educativas especiales deben tener acceso a las escuelas ordinarias, que deberán integrarlas en una pedagogía centrada en el niño, capaz de satisfacer esas necesidades.
 - Las escuelas ordinarias con esta orientación integradora representan el medio más eficaz para combatir las actitudes discriminatorias, crear comunidades de acogida, construir una sociedad integradora y lograr la educación para todos; además, proporcionan una educación efectiva a la mayoría de los niños y mejoran la eficiencia y, en definitiva, la relación costo-eficacia de todo el sistema educativo" (p. 7).

Por otra parte, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD), suscrita en la ONU por 136 países en diciembre del 2006 y la 48ª Conferencia Internacional de Educación, como último avance en esta cuestión, se convierte en una de las normas de referencia sobre la plena inclusión de los discapacitados en la sociedad, y particularmente de la educación inclusiva, estableciendo como mandato principal que los países signatarios de la Convención van a tener que asumir una serie de compromisos en favor del fomento y la garantía de esta nueva manera de concebir la educación de las personas con discapacidad²³.

²³ (...) asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles, así como la enseñanza a lo largo de la vida, con miras a:

- a. Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y reforzar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana.
- b. Desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus aptitudes mentales y físicas.
- c. Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre”.

Con el fin de hacer efectivo este derecho, que ratifican mediante la Convención, estos países se comprometen a asegurar que:

- a. Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad;
- b. Las personas con discapacidad puedan acceder a una educación primaria y secundaria inclusiva, de calidad y gratuita, en igualdad de condiciones con las demás, en la comunidad en que vivan.
- c. Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales.
- d. Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, en el marco del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva.
- 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” (art. 24).

Desde una perspectiva jurídica, la Convención va a imponer a los Estados que la suscriban una serie de obligaciones, principalmente de reformas normativas y de adecuación de sus políticas activas en el mundo de la discapacidad, a los principios fundamentales que vienen relacionados y con eficacia jurídico-vinculante en el artículo 3 de la Convención, entre otros la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad.

Las obligaciones que con carácter general se impondrán a los Estados miembros y que han de ser asumidas por los mismos aparecen recogidas en el artículo 4. Dichas obligaciones, tal y como indica Palacios (2008), se pueden aglutinar en tres grandes grupos.

En un primer grupo, estarían las llamadas Obligaciones de Respeto. Tienen que ser los Estados los que han de abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la Convención. En un segundo grupo, destacan las Obligaciones de Protección, donde los Estados deben adoptar las medidas pertinentes para que “ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad” (p.68). Por último, en un tercer bloque, quedarían las Obligaciones de Cumplimiento, donde los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para que los derechos de las personas con discapacidad sean efectivos.

Continuando con el análisis de la Convención, el bloque que quizás goce de mayor importancia es el que tiene que ver con la consagración de unos derechos mínimos para las personas con discapacidad, que, si bien ya se han anticipado algunos de ellos, aparecen regulados entre los artículos 10 y 30.

Siguiendo el estudio sistemático empleado por Cuenca Gómez (2012b), estos 340 derechos pueden ser clasificados en cinco ámbitos genéricos:

El primero de ellos, los derechos referentes a la igualdad, forman la piedra angular del articulado de la Convención y son de aplicación transversal al resto de disposiciones, de ahí que haya que realizar una interpretación con carácter extensivo. La Convención contempla expresamente la prohibición de que se produzca discriminación por motivos de discapacidad entre otros. Así, dentro de este ámbito puede distinguirse el derecho a la igualdad y a la no discriminación (art. 5), el derecho a la accesibilidad (art. 9), a la capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida (art. 12) y el derecho a un igualitario acceso a la justicia (art. 13).

El segundo grupo está protagonizado por los que tienen la protección de las situaciones de vulnerabilidad de estas personas como finalidad principal, teniendo en la limitación de sus derechos la prueba de la delicada situación social de la que parten y el riesgo de exclusión que padecen. Dentro de este panorama, se puede mencionar el derecho a la protección de la vida (art. 10), a la integridad personal, física y mental (art. 17), a la protección de la privacidad (art. 22) y el derecho a la protección del hogar y la familia (art. 23) entre otros.

Los derechos de libertad y autonomía personal pertenecen al tercer grupo, que representan en esencia lo que se quiere alcanzar en materia de equidad para las personas con discapacidad. Es precisamente en el ejercicio de su autonomía donde las personas con discapacidad encuentran mayores limitaciones impuestas por la sociedad a la que pertenecen. A tal efecto, la Convención contiene una serie de medidas que garanticen la máxima autonomía posible en el gobierno de sus

propias vidas sin que nadie sustituya sus decisiones esenciales sobre las mismas. En este apartado, se recogen, entre otros los derechos a la libertad y seguridad de la persona (art. 14), para elegir su residencia y a una nacionalidad (art. 18); el derecho a una vida independiente y a ser incluido en la comunidad (art. 19), y el derecho a la movilidad personal con la mayor independencia posible (art. 20).

El cuarto grupo está integrado por los derechos de participación. La Convención recoge una serie de medidas que suponen el inicio de un proceso de evolución que concluya con la garantía de la participación social de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida cotidiana. Estas medidas pretenden aportar una visibilidad mayor a nivel social de las personas con discapacidad, buscando el objetivo de que se alcance una mayor conciencia social respecto de la situación de vulnerabilidad a la que tradicionalmente se han enfrentado los miembros de este colectivo, que les han impedido su participación social en las mismas condiciones y con las mismas oportunidades que el resto de personas. Aquí pueden encontrarse los siguientes derechos: Derecho a la libertad de expresión y de opinión y acceso a la información (art. 21), a participar en la vida política y pública (art. 29) además de en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte (art. 30).

El quinto y último grupo está compuesto por los derechos sociales que se consideran básicos. Las personas con discapacidad forman parte de un grupo social al que se le multiplican los problemas para acceder a estos derechos mencionados como básicos por diversas razones. Así, por ejemplo, podemos citar la falta de accesibilidad a los servicios sociales o la pobreza a la que con toda probabilidad tendrán que enfrentarse en un futuro. Así, el texto de la Convención recoge una amalgama de derechos sociales que conforman un conjunto de normas

y principios que para las personas con discapacidad resultan esenciales tanto su reconocimiento como su garantía por parte de los poderes públicos, para poder hablar así de cumplir con el objetivo de conseguir la denominada igualdad material. Como ejemplo de estos derechos, se establecen el derecho a la educación inclusiva en todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida (art. 24), a gozar del más alto nivel posible de salud (art. 25), a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a la personas con discapacidad (art. 27) y, por último, el derecho a tener un nivel de vida adecuado y a la protección social (pp. 48-49).

Finalizado el bloque de derechos fundamentales, la siguiente sección está representada por el artículo 31 que establece el mandato para los Estados firmantes de recopilar información estadística y realizar investigaciones en este campo, señalando del mismo modo el artículo 32 que la importancia de la cooperación entre Estados para garantizar los preceptos de la Convención (Palacios, 2012, p. 68).

Trasladándonos a España, la Convención, que materialmente se articula como un Tratado Internacional, fue ratificada por nuestro país el 21 de abril del año 2008 y publicada dentro del Boletín Oficial del Estado (BOE) de esa misma fecha, entrando en vigor el 3 de mayo del mismo año. La cuestión que se plantea es la incidencia de esta Convención en el ordenamiento jurídico.

Así pues, de conformidad con el artículo 96.1 de nuestra Carta Magna, es fuente de Derecho interno y sus normas aplicables directamente, vinculando las decisiones de los Tribunales de Justicia españoles. No obstante, la legislación

nacional tuvo que sufrir un proceso de profundo análisis por razones de eficacia y seguridad jurídica de las normas, que hace necesaria la inclusión de modificaciones y la supresión incluso de normas del ordenamiento jurídico que contradigan los preceptos de esta Convención.

Dicho proceso de adaptación culminó en nuestro país con la aprobación de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD). Pero, además, la CIDPD tiene también una importancia muy relevante a nivel constitucional debido a que según lo establecido en el art. 10.2 CE, este Tratado afecta a la comprensión de los derechos reconocidos en nuestro texto constitucional de forma decisiva. Y es que según el artículo mencionado “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y acuerdos internacionales”.

En virtud de lo establecido, suele señalarse que este precepto concede a los Derechos Humanos una importancia capital en la determinación del contenido de los derechos fundamentales reconocidos en la CE y vincula la interpretación de los mismos a los tratados ratificados por España que versen sobre esta materia.

La inclusión formal de las disposiciones de la CIDPD al derecho de nuestro país tendrá así un impacto de gran importancia en los diferentes órdenes del ordenamiento jurídico español, obligando así a los poderes públicos a una adaptación y de diversas normas de distinto rango que hagan efectivos los derechos que recoge esta Convención.

Las modificaciones que se debían llevar a cabo en nuestro Ordenamiento requirieron de una Ley a nivel general que permitiera su realización. Para ello, el legislador, aunque con cierto retraso, aprobó 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 su inclusión social.

Sin embargo, no sólo requiere esta cuestión la aprobación de una Ley General, será también necesario acciones normativas concretas en esta materia y, sobre todo, un compromiso decidido de modificación jurídica de todo lo que se considere oportuno por parte de cada uno de los Estado parte en sus ordenamientos internos. Sin este compromiso, la Convención carecería de sentido y se convertiría en un cuerpo normativo inútil a pesar de su innovador valor normativo.

Más allá del análisis realizado hasta ahora sobre esta normativa de carácter internacional, la reflexión que a continuación se presenta es qué aplicación tiene el texto de la Convención dentro del ordenamiento jurídico español y cuáles son las obligaciones del Estado Español respecto a los derechos en ella proclamados.

Pues bien, según Cuenca Gómez (2012b), el art. 10.2 CE contiene “un criterio de interpretación de los derechos fundamentales, el único positivizado en nuestro Ordenamiento jurídico, que a la hora de atribuirles significado remite al contenido de los tratados internacionales sobre la materia ratificados por España” (p. 1).

Tal y como sucede con el resto de criterios de interpretación jurídica, el de interpretación conforme a las disposiciones de los tratados internacionales hace necesario que estos incluyan cómo se deben interpretar sus disposiciones debido a la indeterminación que presentan y que pueden provocar confusión. De la opción elegida para su interpretación dependerá el grado de incidencia del Derecho internacional en nuestro ordenamiento interno.

Para algunos autores, el art. 10.2 CE supone simplemente una cláusula redundante sin mayor valor que el de reiterar de manera general el mandato del artículo 96.1 CE, llegando a cuestionar incluso que la atribución de un carácter meramente interpretativo resta valor jurídico a estos tratados de derechos humanos (Álvarez Conde, 1999, p.171).

No obstante, la doctrina de forma mayoritaria valora que ambos preceptos poseen contenidos de gran relevancia que los diferencia, aunque valoran positivamente lo dispuesto en el art. 10.2 de nuestra Constitución en cuanto a poner de manifiesto la importancia de la relación estrecha que debe existir entre el Derecho interno y el Derecho internacional en materia de derechos humanos.

Efectivamente, el art. 96.1 CE se refiere de forma genérica a todos los tratados internacionales, estableciendo las reglas para su inclusión en el Ordenamiento jurídico español, que, una vez publicados oficialmente, hace muy difícil su derogación. Este precepto establece que los tratados internacionales formarán parte del ordenamiento jurídico nacional una vez que se publican oficialmente en España a través del BOE, y que son las propias reglas contenidas en los tratados las que dispondrán el procedimiento para su modificación o derogación, cumpliendo así con lo dispuesto en el Derecho Internacional.

En virtud de lo establecido en este artículo, sólo se exige para que los tratados internacionales formen parte del ordenamiento jurídico interno su publicación de acuerdo a los cauces formales establecidos en la legislación nacional, es decir y para ser más concretos, con su publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE). Los poderes públicos, una vez que los tratados forman parte del ordenamiento interno, adquieren en cierta forma un carácter supra-legal, es decir, que se encuentran por encima de nuestro derecho ordinario.

Para González Campos (2002), el art. 10.2 CE indica que es un grupo de tratados el que se encuentra por razón de la materia afectado por este precepto constitucional (p.342), es decir, aquellos que de acuerdo al art. 96.1 de nuestro texto constitucional reconocen derechos fundamentales y amplía los efectos comunes de cualquier tratado, incluso aquellos de contenido especial.

El artículo 10.2 CE atribuye entonces nuevos efectos a los instrumentos internacionales relacionados con derechos relacionados con otros tratados que forman parte del ordenamiento jurídico español. La efectividad incluye la implementación de los tratados internacionales de derechos humanos como estándar para la interpretación de los derechos y libertades recogidos en la Constitución española.

Por tanto, los instrumentos de los tratados internacionales ratificados por España en el ámbito de los derechos humanos juegan un doble papel en el ordenamiento jurídico español. Por un lado, al igual que otros tratados, son normas de derecho interno plenamente efectivas; por otro lado, son normas de interpretación constitucional que deben ser consideradas a la hora de dar sentido a los derechos y libertades reconocidos. Se da, por tanto, una nueva y distinta

eficacia a los instrumentos internacionales que versan sobre los derechos respecto de los demás tratados que forman parte del ordenamiento jurídico español. Eficacia que consiste en la operatividad de los tratados internacionales de derechos humanos como canon de interpretación de los derechos y libertades incluidos en la Constitución Española.

En cuanto al ámbito de aplicación del art. 10.2 resulta fundamental que el texto constitucional determine primero qué derechos y libertades deben explicitarse de acuerdo con los tratados internacionales. El significado literal de las disposiciones anteriores se refiere a los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución. Respecto a esta cuestión, existen más o menos diversas interpretaciones del artículo mencionado.

La interpretación más restrictiva se basa en el entendimiento general operado por el Tribunal Constitucional²⁴ sobre las categorías de derechos básicos en los diferentes capítulos que constituyen el Título I de nuestro texto constitucional. El mismo establece y considera las cláusulas explicativas contenidas en el art. 10.2 CE que sólo se aplica a los derechos reconocidos en el título mencionado donde se regulan los derechos fundamentales, incluido el artículo 14. Como todos sabemos, según nuestras normas básicas, estos derechos gozan del más alto grado de protección.

²⁴ STC 26/1987

El Tribunal Constitucional²⁵ entiende de manera menos estricta que el art. 10.2 CE influya también de manera directa en los derechos proclamados entre los arts. 10 a 38 de la CE y, por tanto, al resto de los mismos que se encuentran en el Capítulo II del Título I. No obstante, el Alto Tribunal no se ha pronunciado de manera expresa sobre el alcance que tiene la aplicación del art. 10.2 CE sobre los derechos recogidos como “Principios rectores de la política social y económica” en el Capítulo III, los cuales se encuentran en un nivel inferior de protección, lo que trae como consecuencia la no utilización de esta cláusula de interpretación según los tratados internacionales para esos derechos. En el artículo 39 de la Constitución Española se recoge el derecho a la integración en la sociedad de las personas con discapacidad como un principio rector de la política social y económica, gozando de un nivel menor de protección, tal y como se ha comentado anteriormente.

Tomando como referencia a Sáiz Arnaiz (1999), se puede asegurar que el art. 10.2 de la CE se puede aplicar para la interpretación de todos los derechos contemplados en el primer título de la Constitución, independientemente del capítulo y sección donde se encuentren y el nivel de protección del que gocen. Para apoyar esta argumentación, se pueden indicar dos ideas fundamentales. La primera de ellas consiste en la interpretación que deriva del propio sistema y la segunda la interpretación que nace de la voluntad del legislador. Atendiendo a la

²⁵ STC 36/1991. Consideran, entre otros autores, que el ámbito de aplicación del art. 10.2 CE se circunscribe a los derechos incluidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución española y no se extiende al Capítulo III, Aparicio Pérez, M. A., “La cláusula interpretativa del art. 10. 2 de la Constitución española”, cit., p. 11; Rey Martínez, F. (1989), “El criterio interpretativo de los Derechos Fundamentales conforme a normas internacionales, (Análisis del artículo 10.2), Revista General de Derecho, Año XLV, nº 537, pp. 3611-3632, p. 3623 y Castellá Andreu, J. M., “Derechos constitucionales y pluralidad de Ordenamientos”, cit., p. 155.

primera idea, se puede deducir que, del análisis del formato del texto constitucional, la ubicación del art. 10 CE demuestra que afecta a todos los derechos reconocidos en el Título I.

En función de la segunda idea esgrimida, el art. 10.2 CE debería indicar de forma expresa los derechos recogidos en el Título I que no están sujetos a su interpretación en base a los textos de los tratados internacionales, utilizando de esta manera la misma técnica que se utiliza en el art. 53 CE, el cual establece distintos niveles de garantía para los derechos recogidos en las distintas secciones y capítulos del Título I. La jurisprudencia del TC demuestra que la cláusula interpretativa del art. 10.2 de la Constitución ha sido utilizada para la garantía de los derechos fundamentales, que son susceptibles de una solicitud de recurso de amparo ante el Constitucional.

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el art. 10.2 CE no solo afecta a la interpretación de los preceptos del primer título de la Constitución, sino que también afecta a otras disposiciones constitucionales que afectan la regulación de derechos básicos. El TC²⁶ señaló claramente la necesidad de interpretar todos los derechos básicos del ordenamiento jurídico español, incluidos los que no se consideran fundamentales, de acuerdo con los textos internacionales según lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución, incluyendo también la interpretación de otros derechos establecidos en el ordenamiento jurídico ordinario referidos a los que se encuentran en el texto constitucional.

²⁶En efecto, como señala la STC 78/1982 los tratados del art. 10.2 CE no sólo sirven de pauta para la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce, sino también para interpretar “todas las demás normas del ordenamiento” relativas a estas cuestiones

Así, los tratados referentes a los derechos humanos poseen un efecto de irradiación consecuencia del que poseen los propios derechos, lo que supone que el sistema jurídico se halle condicionado por las disposiciones de los derechos fundamentales en los que ha de inspirarse, asumidos de la tradición jurídica internacional sobre la materia.

“Por lo que respecta a las normas internacionales que deben funcionar como parámetro de interpretación de los derechos fundamentales, el art. 10.2 CE se refiere concretamente a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y genéricamente a los tratados sobre estas materias ratificados por España. No obstante, en la práctica la utilización del Derecho Internacional de los derechos humanos es más amplia que la constitucionalmente prevista en la medida en que el TC se ha decantado en su aplicación por un criterio de máxima apertura que va más allá de las referencias estrictas contenidas en el artículo 10.2 y que desborda los condicionamientos que podrían desprenderse de su tenor literal” (Cuenca Gómez, 2012a, p. 7).

Se suele pensar por parte de la doctrina que el art. 10.2 convierte a los tratados internacionales en cláusulas interpretativas de los derechos ya reconocidos en nuestro texto constitucional, pero niegan que estos textos internacionales se conviertan en fuente de derechos fundamentales. El TC²⁷ afirma rotundamente que el contenido del art. 10.2 no permite la incorporación de nuevos derechos si no están recogidos previamente en la propia Constitución. Por tanto, una cuestión que se planteará e intentará resolver en el tercer capítulo es si el derecho fundamental a la educación inclusiva se puede considerar como tal si no aparece explícitamente en nuestro texto constitucional, aunque haya sido reconocido en parte por la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

²⁷ SSTC 64/1991, de 22 de marzo (f.j. 4), 372/1993, de 13 de diciembre, (f.j. 7), 41/2002, de 25 de febrero (f.j. 2).

2.3. LA EDUCACIÓN INCLUSIVA EN LA NORMATIVA EUROPEA

La Unión Europea sólo tiene atribuidas competencias para el alumbramiento de medidas de cooperación y fomento, además de la potestad para poder realizar recomendaciones²⁸ en materia educativa y de formación profesional. Pese a esta limitación competencial derivada de sus tratados fundacionales, la Unión considera a la formación y la educación como pilares fundamentales para conseguir sus objetivos, sobre todo los que tienen que ver con la identificación de la ciudadanía con los valores que impulsa.

Otros de los pilares fundamentales los constituyen la libre circulación de los trabajadores y las cualificaciones profesionales para el establecimiento de un mercado de trabajo común, lo que supone un acercamiento claro de las instituciones de educación superior a la Unión Europea que trae como consecuencia que se hable del derecho a la educación desde un punto de vista comunitario, tal y como el TJCE (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) ha ido sentenciando.

Este Tribunal ha proclamado la existencia de una dimensión comunitaria de la educación y la formación profesional, vinculados estos a la consecución de otros objetivos fundamentales a nivel europeo, tales como la libre circulación de personas, una mano de obra cualificada capaz de desarrollar el trabajo en cualquier punto geográfico de la Unión y con mejores condiciones de vida.

La participación de las personas con discapacidad en este sistema europeo de formación profesional supondría el análisis de la inclusión educativa dentro de las medidas de promoción del sistema educativo, tema de vital importancia para

²⁸ arts. 155-157 TFUE

este colectivo que tiene como una de sus máximas reivindicaciones no pasar al aislamiento social después de finalizar la educación básica.

2.3.1.- Derecho originario

Comenzando la reflexión sobre la regulación de la educación inclusiva en la Unión Europea, el derecho originario representado entre otros por el Tratado de la Unión Europea (TUE) establece en su art. 2 que:

“la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

Por otra parte, en el artículo 3.3 del mismo Tratado establece que

“la Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño”.

Además, regula también en el artículo 7 un procedimiento para instar a los países miembros que realicen actuaciones en contra de los valores superiores establecidos en el artículo 2, que en la temática que se desarrolla en este trabajo estarían relacionadas con los valores de dignidad humana, igualdad, respeto a los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías y la no discriminación.

Si hablamos de respetar los derechos de las personas que pertenecen a minorías, se hace referencia, entre otras, a las problemáticas que plantean los procedimientos administrativos de escolarización de las personas con discapacidad bajo un valor inclusivo que garantice la igualdad de oportunidades.

Continuando con el análisis del Tratado de la Unión Europea, el artículo 6.1 establece el reconocimiento de la Unión de los derechos, libertades y principios proclamados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que al igual que el resto de Tratados poseen idéntico valor jurídico. Las disposiciones de la Carta no suponen una ampliación de competencias para la Unión tal y como disponen los Tratados. Serán, por el contrario, los derechos, libertades y principios contenidos interpretados de acuerdo a lo establecido en el título séptimo de la Carta.

En el apartado tercero del mismo artículo, se establece que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales va a contener el catálogo de derechos fundamentales recogidos de las tradiciones constitucionales de todos los Estados miembros, que pasarán a considerarse como principios generales del Derecho de la Unión.

Los tratados apenas mencionan los principios generales del derecho de la Unión Europea. Estos principios son desarrollados fundamentalmente por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, como la seguridad jurídica, las expectativas legítimas y el equilibrio en el funcionamiento de las instituciones. Así, se puede concluir que es la jurisprudencia del Tribunal el génesis del tratamiento de los derechos fundamentales como principios generales del derecho de la Unión.

Los principios, como se ha visto anteriormente, están consagrados ahora en el artículo 6, apartado 3, del TUE, que hace referencia a los derechos fundamentales que se proclaman en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y a los que vienen importados de las tradiciones constitucionales de los países miembros, así como de la CDFUE. La cuestión que se puede plantear ahora es cuáles son las disposiciones de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos relacionadas con la temática que estamos analizando en esta reflexión.

Como respuesta a la cuestión planteada, el artículo 14 del Convenio establece que el goce de los derechos y libertades recogidos en este se han de asegurar y garantizar sin que exista distinción ni discriminación alguna. El artículo 2 de la misma norma proclama la educación como un derecho del que nadie puede ser privado y que es el Estado el que debe, en el ejercicio de sus funciones como garante del estado social y democrático de derecho, el que debe respetar el derecho de los padres a que sus hijos reciban la enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas, tal y como se garantiza en el derecho internacional.

Para Biel Portero (2009), el protocolo más importante referido a materia de discapacidad, aunque es cierto que no se hace mención expresa a la misma, es el protocolo número 12 referido al *Principio General de Discriminación*, en cuanto a que su interpretación permite incluir los supuestos de discriminación por motivo de discapacidad. Fuera de esta precisión, no hay ninguna alusión más. Hablar de este Convenio se debe a la importancia que tuvo años después en el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad (pp. 181-183).

Es curioso comprobar, como apunta con maestría Biel Portero, que no hay ninguna mención explícita en dicho convenio a las personas con discapacidad, más allá de la aplicación del derecho a la no discriminación en ningún ámbito de la sociedad. En definitiva, en cuanto a la inclusión educativa se refiere, no se halla ninguna mención referente al cuerpo normativo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos.

La Carta Social Europea o también llamada Carta de Turín supuso el segundo gran instrumento en cuanto a los derechos humanos de esta organización internacional después del Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Roma, 1950). Esta Carta se compone de 19 artículos, divididos en cinco partes sobre los derechos sociales principalmente del ámbito laboral y de la salud.

A pesar de que es un tratado internacional vinculante, la Carta Social, tanto en su versión original como en las posteriores modificaciones, contiene como singularidad presentarse como una amalgama de derechos de entre los que los Estados parte pueden elegir qué derechos aceptan y cuáles no, aunque con ciertas limitaciones.

En materia de discapacidad, el avance más importante aparece recogido en el art. 15 que versa sobre los derechos de las personas físicas o mentalmente disminuidas a recibir formación profesional y a la readaptación profesional y social. Sobre el ámbito laboral y formación profesional hay otros preceptos, concretamente los arts. 9 y 10 que se refieren al derecho de los minusválidos a la orientación y formación profesional respectivamente.

Como puede observarse, la Carta hacía referencia a la discapacidad empleando la terminología propia de la época, siguiendo los patrones de entonces²⁹ y la clasificación aportada por la OMS acerca de las deficiencias y minusvalías. Ante las imperfecciones detectadas en 1988 se adoptó un Protocolo adicional con cuatro nuevos derechos y en 1996 se redactó un nuevo texto revisado de la Carta Social Europea donde se llegan a alcanzar 31 derechos sociales.

En revisión de la citada carta, el precepto 15, si bien sigue estando dedicado a las personas con discapacidad³⁰, ya no se circunscribe solo al ámbito laboral y profesional. Ahora su tratamiento presenta en la nueva redacción un campo más abierto al tratar la integración y la vida en comunidad. El objetivo que establece la nueva redacción es la de promover la plena inclusión y participación autónoma de las personas con diversidad funcional. Los Estados se obligan a implementar medidas que les permitan a estas personas superar las barreras en la comunicación y la movilidad, así como acceder a otros servicios considerados como esenciales por la sociedad.

La carta revisada supuso un paso hacia adelante en materia de discapacidad, un reto más alcanzado que supondría el germen para el logro de metas que posteriormente han sido conseguidas, teniendo en cuenta que no es un tratado definitivo y que aún quedan muchos países que no la han ratificado.

²⁹ Modelo rehabilitador

³⁰ Refiriéndose a ellas con el término de minusválido

Siguiendo con el análisis del derecho originario de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales, y volviendo al artículo 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde se regula el derecho a la educación, se aprecia el derecho de toda persona a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente. Este aspecto de permanencia de la educación a lo largo de toda la vida se considera fundamental para la reclamación de un derecho fundamental a la educación inclusiva en su dimensión de promoción del sistema educativo, ya que es una manera de poder alcanzar la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad dentro de sociedades tan avanzadas como las europeas.

La educación permanente se ha convertido, con el paso de los años, en un objetivo fundamental de la Unión Europea, ocupando el centro de gran cantidad de recomendaciones en materia educativa. Se entiende, por tanto, que hay un largo camino que recorrer para que este objetivo fundamental también llegue a las personas con discapacidad.

El derecho a la educación regulado en este artículo, incluye la gratuidad de las enseñanzas obligatorias y que estas se desarrollen en centros docentes que pueden ser de libre creación siempre que los promotores realicen sus actuaciones con respeto a los principios democráticos.

El artículo 21.1 que se puede aplicar a las personas con discapacidad, proclama que se prohíbe toda discriminación por razón de discapacidad. Por otra parte, el art. 26 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece un principio rector para el alumbramiento legislativo y las políticas de la UE con la finalidad fundamental de impulsar la plena inclusión de los niños con

discapacidad, cuando establece que la Unión va a reconocer y respetar el derecho de estas personas a obtener beneficio de medidas que garanticen su participación activa y autónoma a nivel social.

En resumen, se debe recordar que lo establecido en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos está consagrado como principios generales del derecho de la Unión y que lo proclamado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea se considera como derecho primario, tal y como queda establecido en el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea.

Como crítica a los dos artículos mencionados anteriormente se puede concluir lo inadecuado de la terminología usada para referirse a la discapacidad. En la redacción se usa personas discapacitadas no con discapacidad, que según dice Biel Portero (2009), con acierto, “este hecho es difícil de explicar si tenemos en cuenta que, en los últimos años, las diversas instituciones comunitarias habían adoptado en sus trabajos la terminología formulada por la Organización Mundial de la Salud” (pp. 276-278). Los preceptos de la Carta gozaron de valor jurídico vinculante con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa en 2007.

2.3.2.- Derecho derivado

Las reflexiones anteriormente expuestas quedan posteriormente reflejadas en el derecho derivado de la Unión Europea, entre otros en la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020 (Comisión Europea, 2010), que de forma inequívoca apoya la inclusión de los niños con diversidad funcional en la educación ordinaria.

Asimismo, insta a la UE a realizar un apoyo explícito, a través del programa de Educación y Formación 2020 (Consejo de la Unión Europea, 2009), que se prorroga hasta 2030 porque hay varios objetivos aún sin cumplir, dirigido a los estados miembros para que hagan todos los esfuerzos posibles que permitan eliminar barreras jurídicas y organizativas para que estas personas accedan a los sistemas de educación general y consigan el objetivo del aprendizaje permanente, garantizando en todas las etapas educativas una educación bajo los parámetros de la educación inclusiva y de calidad.

“Más de la mitad de los países miembros de la Agencia que participan en el proyecto Organización de la Prestación han llevado a cabo importantes cambios en los últimos años. La mayoría de los países hacen cada vez mayor hincapié en el derecho legal que tienen todos los alumnos de asistir a un centro de educación ordinaria, mientras que un número más reducido concede a los padres el derecho a elegir el colegio de sus hijos con necesidades educativas especiales o discapacidad. Otro grupo reducido de países afirman que la educación se ofrece en el centro educativo más adecuado o que los alumnos reciben una educación adecuada a sus necesidades y capacidades” (European Agency for Special Needs and Inclusive Education, 2014, p.9).

No obstante, también se reconoce en general que la consagración del derecho a apoyar los servicios en cualquier marco jurídico sigue suponiendo un desafío. En las visitas de estudio y seminarios temáticos, los expertos subrayan la necesidad de prestar más atención a la calidad que a la cantidad del apoyo individualizado recibido por las personas con necesidad específica de apoyo educativo. Entre las medidas positivas que los países están tomando para facilitar este enfoque se incluyen la conservación de habilidades y conocimientos especializados con la finalidad de ofrecer apoyo a los centros de educación ordinaria a través de centros de recursos, que solían ser centros de educación especial, el reconocimiento de las necesidades de apoyo de muchos alumnos en la

educación ordinaria³¹ para ofrecer una intervención anticipada y superar las barreras temporales al aprendizaje. Esto permite utilizar los recursos de un modo más efectivo para prestar un apoyo continuo a los alumnos con necesidades de apoyo más complejas.

Entre las acciones positivas que están realizando los Estados también se encuentran las de educar a todos los alumnos de un centro con la finalidad de crear comunidades de aprendizaje flexibles con capacidad para satisfacer diversas necesidades de apoyo, formar al profesorado y a los directores de colegio a fin de que desarrollen competencias para trabajar en centros inclusivos y garantizar que el apoyo se siga prestando en la transición del colegio a la educación superior o complementaria, la formación y el empleo. Este último aspecto denota la importancia que tiene mantener los principios de la educación inclusiva en la promoción del sistema educativo para las personas con discapacidad.

La Carta Social Europea, en su artículo 15, estableció que todas las personas minusválidas tienen derecho a la autonomía, a la integración social y a la asistencia médica. Además, el artículo 30 proclama que toda persona tiene derecho a ser protegida contra la pobreza y la exclusión social. Como denota esta redacción, la nomenclatura utilizada en el año 1999 era la de integración y no inclusión. Una integración que consistía en atender las necesidades individuales de todo tipo de personas pertenecientes a este colectivo minoritario.

Debe interpretarse que tanto la Convención sobre los Derechos del Niño³² como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en su artículo 24 garantizan que la edad y la discapacidad se incluyen en la legislación y

³¹ Sin centrarse en la discapacidad o en las necesidades educativas especiales

³² artículos 23, apartado 3, 28 y 29 (apartado 1a)

las disposiciones legales a medida que los países pasan de debatir el significado de inclusión a centrar su atención en un sistema educativo conjunto que dé lugar a una sociedad más equitativa y justa.

La Declaración de Madrid (2002), que resultó proclamada como resultado del Congreso Europeo de Discapacidad y que recoge las reivindicaciones de este colectivo, dispone que la discapacidad debe ser analizada desde el punto de vista de los derechos humanos. Las personas con diversidad funcional, al igual que el resto de ciudadanos, deben ser titulares sin limitaciones de los derechos fundamentales. Todos los seres humanos son libres e iguales en dignidad y derechos tal y como dispone el art. 1 de la DUDH, siendo esa igualdad para todos, incluidas las personas con discapacidad.

“A fin de alcanzar esta meta, todas las comunidades deben celebrar la diversidad en el seno de sí mismas y deben asegurar que las personas con discapacidad puedan disfrutar de las distintas clases de derechos humanos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales reconocidos por las distintas Convenciones internacionales, el Tratado de la Unión Europea y en las Constituciones nacionales” (García Alonso, 2003, p. 320)

Como uno de los principales objetivos de esta Convención se encontraría el de abandonar la idea de prácticas segregadoras en todos los ámbitos educativos, laborales y sociales, y tomar conciencia de forma mayoritaria de la necesidad de la inclusión de las personas con diversidad funcional.

En cuanto a la legislación aplicable, según Casanova Rodríguez et al. (2009), se debe trabajar con el objetivo de promulgar “una legislación antidiscriminatoria dirigida a eliminar las barreras existentes y evitar el establecimiento de nuevas barreras que las personas con discapacidad puedan encontrar en la educación, en el empleo y el acceso a los bienes y servicios”, lo

que les impide lograr el pleno desarrollo de su potencial en cuanto a la participación social y la consecución de una vida independiente. La cláusula de no discriminación del art. 13 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) permite su desarrollo a escala comunitaria, contribuyendo así a una Europa realmente libre de barreras para las personas con discapacidad (p.297).

La educación y la formación inclusivas bajo parámetros de calidad desarrolladas en todas las etapas y niveles educativos, garantizan que se cumpla uno de los principales objetivos tras la fundación de las comunidades europeas como es la libre circulación de ciudadanos por todo el territorio de la Unión, garantizando así el éxito de todos en el mercado laboral y su identificación y mejor comprensión de los valores europeos. En algunos países miembros se incluye la educación cívica en la oferta educativa general, lo que trae como consecuencia que el alumnado pueda reflexionar e investigar las razones por las que unos países europeos decidieron cooperar e integrarse en la Unión Europea. La ignorancia a nivel general de los orígenes de la UE, además de su funcionamiento y el porqué de su fundación, favorece la desinformación y que los ciudadanos puedan tener una opinión fundamentada sobre las políticas y acciones que practica. Además, el conocimiento de todas las formas de diversidad que pueden generar discriminación, así como las realidades políticas y culturales de los países miembros, resulta básico para lograr una cohesión entre los Estados miembros basada en el respeto mutuo entre ellos mismos y con el resto de países del mundo.

Como ejemplo de lo argumentado anteriormente, se incluye la propuesta de Recomendación 2018/0007 del Consejo Europeo relativa a la promoción de los valores comunes, la educación inclusiva y la dimensión europea de la enseñanza. Como análisis del contexto de la propuesta se establece lo siguiente:

“Como destacó el presidente Juncker en su discurso sobre el estado de la Unión de 2017, Europa es más que un simple mercado único. Algo más que dinero, más que una moneda, más que el euro. Siempre fue una cuestión de valores. El artículo 2 del Tratado de la Unión Europea establece que la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres. Estos valores comunes son la piedra angular de nuestras democracias nacionales y un reflejo de lo que somos. Además, constituyen el tejido de nuestra Unión, que ha unido países, comunidades y pueblos en un proyecto político único, haciendo posible el período de paz más largo de la historia de Europa” (Comisión Europea, 2018, p. 2).

Como se pone de relieve en el documento de reflexión sobre la dimensión social de Europa, comparando las sociedades europeas con el resto del mundo, éstas suponen para sus ciudadanos lugares prósperos y ricos en los que vivir. Gozan de los niveles de protección social más altos del mundo y figuran entre las más favorecidas en términos de bienestar, desarrollo humano y calidad de vida. Esta reflexión invita a pensar que las personas con discapacidad deberían disfrutar de todas estas realidades sociales sabiendo que en la práctica todavía se dan altas tasas de discriminación hacia este colectivo por parte de la sociedad en general.

Los países miembros de la Unión Europea se deben enfrentar en estos tiempos a desafíos tales como el populismo, la xenofobia, la discriminación, los nacionalismos radicales, las fake news que hacen lo contrario a informar, así como a un proceso de radicalización de la ideología política en la sociedad. Estos fenómenos se podrían convertir en un peligro para los pilares básicos de las democracias de los Estados que socavan la confianza en el Estado de Derecho y las instituciones democráticas, obstaculizando así que los ciudadanos posean un sentimiento de pertinencia que les identifique con los principales valores de la Unión.

La democracia, en definitiva, solo puede funcionar, si los ciudadanos de la Unión la dotan de legitimidad para regular sus relaciones sociales. En los últimos tiempos asistimos a la presencia de indicios preocupantes sobre la existencia de una ignorancia a nivel general de los principales valores europeos, que, unido a la puesta en duda de los valores democráticos y el cuestionamiento de la utilidad práctica de la Unión, agravado en esta situación de pandemia, podría traer como consecuencia que desaparezca la necesaria cohesión social que mantiene hasta ahora en pie el proyecto europeo. Promocionar estos valores europeos entre todos los miembros de la sociedad es un mandato esencial recogido en el art. 2 del Tratado de la Unión Europea³³ cuya finalidad fundamental es la de reforzar las democracias de los países miembros y reforzar así los cimientos de la Unión.

³³ la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías

La educación inclusiva aplicada en todas las etapas educativas bajo parámetros de calidad resulta esencial para que todos los ciudadanos interioricen de manera adecuada los principales valores de la Unión europea, tales como la movilidad de los ciudadanos de manera libre dentro de su territorio, dotados de los conocimientos y la capacitación profesional suficientes para afrontar con éxito los desafíos del mercado laboral actual.

La Recomendación de la Comisión se fundamenta en una serie de objetivos, concretamente cuatro: el primero de ellos consiste en la promoción los valores comunes en todos los niveles educativos, el segundo trata de desarrollar una educación más inclusiva, el impulso de una dimensión europea de la enseñanza como tercer objetivo, sin perjuicio de las disposiciones nacionales en el ámbito educativo, y el cuarto y último objetivo se basa en el apoyo a los docentes y la enseñanza. La Recomendación anima también a los países miembros y a la Comisión a intercambiar buenas prácticas e información, así como a implementar políticas públicas tanto a nivel nacional como de la UE.

“Los compromisos para los Estados miembros son de carácter voluntario y cada Estado miembro decide el enfoque que adopta para aplicar las medidas. Con el fin de alcanzar estos objetivos y apoyar a los Estados miembros en sus esfuerzos, la Comisión tomará medidas para aumentar los intercambios virtuales entre escuelas, en particular, a través de la red de hermanamiento electrónico e-Twinning y de impulso de la movilidad escolar en el marco del programa Erasmus+. Los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos pueden contribuir a respaldar la formación de los profesores o financiar la infraestructura que haga posible la educación inclusiva” (Comisión Europea, 2018, pp. 1-2).

Continuando con el análisis de la presencia de la educación inclusiva en el derecho derivado de la Unión Europea, la Recomendación continúa estableciendo que sus prerrogativas se basan en la Declaración de París sobre la promoción de la

ciudadanía y de los valores comunes de libertad, tolerancia y no discriminación mediante la educación, aprobada en la reunión ministerial informal celebrada en París el 17 de marzo de 2015.

En la Declaración de París, los ministros de Educación de los países miembros instaron a que se tomaran medidas a todos los niveles de gobierno para reforzar el papel de la educación en la promoción de los valores europeos y la ciudadanía, fortaleciendo el sentimiento de pertenencia a un proyecto común, ayudando así a los jóvenes a ser responsables, con capacidad de pensamiento flexible y activos en sociedades diversas e inclusivas.

En su documento de reflexión sobre el fenómeno de la globalización, la Comisión recordó que el acceso igualitario a una educación y formación de calidad es una herramienta muy poderosa para redistribuir la riqueza en la sociedad. El punto de partida es la consecución de una educación básica de alta calidad, para que personas de todas las edades puedan recibir formación y el máximo desarrollo de sus diversas capacidades.

Como se pone de manifiesto, la Recomendación insiste de nuevo en el objetivo de la educación permanente consecuencia del acceso de todas las personas de cualquier edad, incluidas las que tienen discapacidad, a las ofertas de formación y empleo presentes en la sociedad, formando parte de unos objetivos que se consideran deseables por todos y que por desgracia aún no se consideran alcanzados.

El debate celebrado como parte de la Agenda de los Dirigentes sobre educación y cultura, celebrado en noviembre de 2017 en la ciudad sueca de Gotemburgo, la Comisión publicó su aportación en la Comunicación «Reforzar la

Identidad Europea mediante la Educación y la Cultura». Dicha aportación se hizo con la intención de que trascendiera a todos los países miembros de la Unión con el objetivo principal de transmitir los valores europeos en su más amplia diversidad, donde la educación, la formación y la cultura van a suponer la piedra angular de una sociedad más justa donde la participación y el pleno empleo se convierten en consecuencia de la inversión en estos valores.

Teniendo en cuenta el argumento anterior, el Informe conjunto de 2015 del Consejo y de la Comisión sobre la aplicación del marco estratégico para la cooperación europea en el ámbito de la educación y la formación (ET 2020) apoya de manera inequívoca el protagonismo de la educación y la formación a la hora de transmitir, en primer lugar, los principales valores europeos que emanan de los distintos países miembros para su transmisión intergeneracional, y en segundo lugar, este protagonismo trae como consecuencia la construcción de una sociedad más justa e igualitaria, donde la plena inclusión se convierte en una realidad que elimina cualquier forma de discriminación. Asimismo, se impulsa una educación inclusiva, en igualdad, equidad, no discriminación y la promoción de competencias sociales y cívicas cuya consecuencia principal sería el establecimiento de un nuevo marco para la colaboración europea en los ámbitos de la educación y la formación.

La Comisión puso en marcha así un amplio abanico de medidas y acciones específicas, que incluyeron el establecimiento

“del Grupo de Trabajo ET 2020 sobre la promoción de la ciudadanía y los valores comunes, la organización de una iniciativa de modelos de referencia formada por particulares que se comprometían en actividades orientadas a promover la inclusión social y evitar la exclusión y la radicalización” (Comisión Europea, 2018, p.4).

Además, se acordó introducir un paquete de medidas destinadas a jóvenes y organizaciones que defienden sus intereses, que actúan con jóvenes en riesgo de marginación. Se creó el Premio Europeo de Inclusión Social a través del deporte y se dotó con más de 400 millones de euros al programa Erasmus +, proporcionando así recursos económicos para que las asociaciones multinacionales desarrollen métodos y prácticas estratégicas innovadoras a nivel local, priorizando la inclusión social y promoviendo valores compartidos y el entendimiento intercultural.

De la misma manera, dentro de la estrategia Invertir en la juventud europea para lograr una educación de alta calidad, inclusiva y orientada al futuro se introdujeron una gran cantidad de iniciativas específicas.

“En este contexto, la Comisión propuso acciones relacionadas con la educación inclusiva y la promoción de los valores comunes, entre ellos, el desarrollo profesional continuo de los profesores, el perfeccionamiento de la Herramienta Europea para Centros Escolares, así como la utilización de los fondos de Erasmus+ y Horizonte 2020 para promover las buenas prácticas en materia de aprendizaje inclusivo” (Comisión Europea, 2018, p. 4).

Por tanto, el objetivo principal de esta Recomendación analizada es promover los valores europeos comunes además de la educación inclusiva. Esto complementa el trabajo que está realizando la Comisión en la aplicación de los pilares europeos basados en los derechos sociales y el aprendizaje permanente inclusivo y de calidad para mantener y adquirir las competencias que permitan a las personas con discapacidad participar plenamente en la sociedad y su desarrollo, además de impulsar con garantía de éxito su transición al mercado laboral.

La propuesta también es coherente con los objetivos expresados en el Informe sobre la ciudadanía de la UE de 2017, cuyo objetivo es garantizar que todos los ciudadanos de la Unión conozcan sus derechos y puedan participar plenamente en el proceso democrático europeo. Destaca que para concienciar a la juventud europea y a la sociedad en su conjunto sobre la ciudadanía de la Unión y sus valores se requieren de innumerables esfuerzos conjuntos de todas las partes en todos los ámbitos. Esto es responsabilidad de los Estados miembros, incluidos sus entes locales y regionales, las instituciones de la Unión Europea y la sociedad civil.

La iniciativa se realiza conforme a los artículos 165 y 166 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Según el artículo 165, la Unión fomentará la colaboración entre los países miembros para que actúen de manera conjunta de cara a la consecución de una educación de calidad, contribuyendo de manera activa a conseguir este objetivo a pesar de la independencia de los estados miembros para definir sus programas educativos.

En el artículo 166 se establece que la Unión, al igual que se ha comentado anteriormente, desarrollará las mismas actuaciones en materia de formación profesional a pesar de las competencias nacionales para la definición y el desarrollo de estas enseñanzas. La iniciativa no supone la existencia de compromisos vinculantes para los Estados miembros ni una ampliación de competencias decisorias de las instituciones de la Unión en esta materia. Serán los países miembros los que adaptándose a sus respectivos contextos tomarán la decisión de cómo poner en marcha esta Recomendación del Consejo en sus respectivos territorios.

La propuesta refuerza el consenso europeo establecido sobre los valores comunes, la enseñanza inclusiva y muestra también cómo promover su desarrollo a través de la educación. Permite a la Comisión y a los Estados miembros compartir buenas prácticas e información sobre el desarrollo de estas estrategias y formular políticas educativas a nivel nacional y europeo. Dado que los compromisos asumidos por los estados miembros son voluntarios, y cada estado miembro decide cómo va a implementar medidas destinadas a promover valores compartidos por todos, como son la educación inclusiva y el desarrollo de un sistema educativo europeo, se considera proporcionado en consecuencia el esfuerzo de las instituciones europeas que no invade el ámbito competencial en esta materia de cada uno de los países miembros.

Una Recomendación del Consejo resulta ser un instrumento adecuado en el ámbito de la educación y la formación, ya que la Unión sólo va a poseer una competencia de apoyo para los países miembros en este ámbito, por lo que ha sido una herramienta muy utilizada por parte de los Estados miembros. Como instrumento jurídico, respeta plenamente las competencias que posee cada uno de

ellos en estas materias, ofreciendo también de esta forma un instrumento político más sólido de cooperación entre naciones.

La recomendación y el dictamen, por el contrario, no crean derechos ni obligaciones para los destinatarios, pero pueden establecer orientaciones para la aplicación e interpretación del Derecho de la Unión. Como se ha ido poniendo de manifiesto a lo largo del apartado, la Unión Europea, y sobre todo en tiempos recientes, utiliza el término inclusión educativa de una manera amplia, no sólo para atender al alumnado con discapacidad, sino para la integración también de las distintas culturas que relucen en los diferentes países miembros de la Unión.

Por tanto, y como consecuencia de las reflexiones aportadas en el presente trabajo, se puede argumentar sin miedo que utilizan el término correctamente, como contrario a la exclusión y en un sentido amplio del término, no dedicado expresamente a las personas con discapacidad física, psíquica y sensorial.

Pretenden conseguir que la inclusión educativa les lleve a un mejor conocimiento de la Unión a nivel histórico y cultural por parte del alumnado, para que cuando sean adultos, se encuentren totalmente identificados con el concepto de ciudadanía europea basado en la igualdad de todos los ciudadanos sin ningún tipo de discriminación ni límite.

Analizando el derecho originario y el derivado a través de las distintas estrategias que se han llevado a cabo en esta materia, se puede observar que la inclusión no se reconoce como un derecho subjetivo que goza de especial protección por parte de los poderes públicos de los distintos países miembros de la Unión.

Se utiliza, por contra, un instrumento como es la recomendación para desarrollar el concepto de inclusión educativa, que como se ha apuntado anteriormente, no crea derechos ni obligaciones para los destinatarios, dejando a los países miembros orientaciones sobre cómo llevarlas a cabo. Existe una Agencia Europea para las necesidades educativas especiales y la inclusión educativa, que trabaja precisamente para orientar las políticas educativas de los países miembros en esta materia, justificando su funcionamiento en todos estos como necesario ya que no se puede decir que la educación inclusiva sea un objetivo plenamente conseguido en el espacio de la Unión. Por el contrario, continúa siendo uno de los objetivos a conseguir a largo plazo dentro de la estrategia Educación y Formación 2020.

Los Estados ponen los medios a su alcance para conseguir estos objetivos, que no se han conseguido en su totalidad, y que por eso se prorrogan hasta 2030, por lo que la inclusión educativa queda como una finalidad a conseguir a largo plazo porque necesita de una necesaria transformación de los sistemas educativos de los estados miembros, y no como un derecho fundamental que se tiene que garantizar por parte de todos los poderes públicos. Por tanto, tal y como ocurre en el ordenamiento jurídico español, y estableciendo una comparación normativa, la inclusión educativa estaría formulada como un principio jurídico.

Volviendo al texto de la Comisión Europea (2018) analizado anteriormente, y como resultado de la consulta realizada para establecer la adecuación del proyecto a nivel social, relata lo siguiente:

“Casi todos los encuestados (el 98 %) convinieron en la necesidad de promover una educación inclusiva que responda a las necesidades de todos los aprendientes, mientras que solo el 16 % consideraba que la

educación ya cumplía dicha labor. Se expresó un gran apoyo general hacia los instrumentos de la UE. La financiación de la UE (93,3 %), el apoyo a la cooperación entre las escuelas y las universidades a fin de fomentar la innovación y la modernización (91,6 %), la movilidad de los estudiantes por motivos de aprendizaje (91,5 %) y los intercambios breves para los alumnos en edad escolar (88,2 %) son considerados los instrumentos más eficaces” (Comisión Europea, 2018, p. 8).

Según estos resultados, se observa unanimidad social a la hora de promover una educación más inclusiva en los sistemas educativos europeos, por lo que se pueden plantear unas cuestiones que se analizarán en el próximo capítulo de este trabajo, siendo la primera de ella si se considera la educación inclusiva un derecho subjetivo y la segunda si la sociedad apoyaría en su conjunto un derecho fundamental a esta.

2.3.3.- La inclusión educativa de alumnos con discapacidades graves y permanentes en la Unión Europea.

La UE desarrolla estrategias concretas para impulsar la educación inclusiva y social del alumnado con necesidades educativas especiales (NEE), instando a los países miembros a que aprueben medidas para conseguir la consecución de este derecho. La mayoría de las concepciones sobre las prácticas inclusivas quedaron plasmadas en la normativa que se publicó a partir de la primera década de los 2000.

A pesar de lo directo que resulta el argumento, el término tiene como hemos visto anteriormente significados diferentes, aunque existe un consenso claro a la hora de centrar más la atención en las personas con diversidad funcional, cuyo tratamiento en la normativa actual es de necesidades educativas especiales. Existe también unanimidad a la hora de relacionar estas necesidades

con las dificultades de aprendizaje que conlleva como consecuencia desfases en el proceso de enseñanza-aprendizaje para este alumnado además de la infrutilización de los recursos disponibles.

Sin embargo, algunos países han ampliado su visión de la diversidad que ha quedado recogido después en la normativa educativa. El tratamiento de la diversidad expresado en la Legge 104 italiana recoge algunos aspectos básicos de este concepto cuando define a la persona con discapacidad como poseedora de un hándicap que presenta como consecuencia una alteración grave y permanente a nivel físico, psíquico o sensorial que provoca dificultades de aprendizaje y de relaciones sociales que pueden llevar a situaciones de discriminación y exclusión de la sociedad. No obstante, es en Portugal donde se da un mayor desarrollo en la definición de la relación entre el déficit y la dificultad de aprendizaje, incluyendo en esta relación también las dificultades graves en la comunicación, los trastornos graves de la conducta y otras problemáticas derivadas del estado de salud.

Finalmente, se produce una distinción de lo que son alteraciones graves y permanentes derivadas de discapacidad cognitiva, sensorial, trastornos graves de la conducta, TEA, de otras necesidades especiales entre las que se destacan:

“(…) los niños y jóvenes que experimentan dificultades en el proceso de aprendizaje y de participación en el contexto educativo/escolar derivadas de la interacción entre los factores ambientales (físicos, sociales y actitudinales) y su nivel de funcionamiento en los diferentes dominios. Las eventuales limitaciones que estos alumnos pueden presentar a nivel del funcionamiento en los diferentes dominios serán siempre de grado ligero³⁴” (López-Torrijo, 2009, p. 5)

³⁴ Decreto-Ley nº 6/2001, art. 10; Decreto-Ley 7/2001 de 18 de enero, art 8; l Decreto-Ley nº 156/2002 de 20 de junio.

Es en este punto cuando se puede afirmar que las leyes educativas comienzan a incorporar los planteamientos de la Clasificación Internacional de Funcionamiento (CIF) que establece que las personas con discapacidad se desarrollan en la sociedad no teniendo en cuenta sólo su déficit, sino también la construcción y la accesibilidad del entorno, recogiendo así también las tesis de Cuenca Gómez (2012a) que expresa con gran acierto que el modo en el que está configurada la sociedad favorece la exclusión de las personas con discapacidad.

En este mismo sentido, el tratamiento del alumnado con diversidad funcional evoluciona desde un enfoque médico basado en el déficit hacia uno más psicopedagógico donde cobra un protagonismo fundamental las variables ambientales, modelo que tiene como finalidad principal que el individuo se desarrolle de la manera más autónoma posible dentro de la sociedad.

En términos generales, los alumnos con NEE alcanzan en la UE un 5,5 % del total de los alumnos. En cuanto a los alumnos con discapacidades graves y permanentes escolarizados en Centros Específicos, representan el 2,187 % del total de los alumnos de la UE. El porcentaje de alumnos con NEE se eleva a un 5,7 %, mientras que los escolarizados en instituciones específicas apenas llega a un 0,53%. Entre ellos destaca la supresión histórica que Italia efectuó de todos sus Centros Específicos, dejando abiertos tan sólo una pequeña muestra de algunas instituciones históricas, que suponen un 0,1 % (López-Torrijo, 2009, p. 7).

Sin embargo, como ocurre en gran parte de los países de la UE, se está produciendo en estos últimos años un aumento de las plazas en los Centros Específicos, lo que supone un retraso en la evolución sistémica según los postulados inclusivos. A esto contribuye la idea de que casi nunca se produce un trasvase de alumnado de estos centros de educación especial a los ordinarios.

De otro lado, el alumnado con trastornos graves de la conducta es derivado a estos centros específicos debido a que no encuentran en la escuela ordinaria los recursos necesarios para atender sus necesidades, dándose esta derivación sobre todo en la etapa de secundaria. Así, dentro de estos centros de educación especial se puede encontrar a este alumnado compartiendo espacio con aquellos que presentan alteraciones graves y permanentes, que son los que justifican la razón de ser de estos centros.

Como se ha apuntado al inicio del presente apartado, y de nuevo siguiendo a López-Torrijo (2009), el marco normativo inclusivo comenzó a desarrollarse en torno a los años 90. De hecho, las leyes básicas que empiezan a regular la inclusión, a modo de ejemplo, corresponden al año 1991 en Portugal, 1992 en Islandia, 1999 en Chipre y Noruega y, por último, en el año 2000 en Grecia (p. 7).

Como tendencias comunes, estos países han llevado a cabo un avance inequívoco hacia la educación inclusiva manifestado en sus respectivas leyes educativas que han recogido las disposiciones de los distintos tratados internacionales sobre la materia, tal y como se ha explicitado en el presente trabajo de tesis, que siempre han refrendado. Este desarrollo legislativo, en general, ha garantizado el derecho fundamental a la educación en condiciones de igualdad en los centros ordinarios y ha establecido a nivel organizativo cómo se debía hacer realidad la escuela inclusiva, estableciendo una serie de medidas centradas en la detección precoz de las necesidades especiales y en los programas de transición a una vida adulta lo más autónoma posible.

Algunas medidas alumbradas en la regulación normativa de algunos países miembros de la Unión han consistido en: la escolarización bajo distintas modalidades (ordinaria, combinada y específica), la conversión de los centros de Educación Especial en Centros de Recursos, la provisión de recursos humanos y materiales adaptados a las necesidades de los alumnos, la participación de las familias en el proceso educativo de sus hijos, el diseño de programas educativos inclusivos con la menor cantidad de adaptaciones individuales posibles, la formación del profesorado y la continuidad de las estrategias inclusivas a partir de la etapa de secundaria.

Como muestra significativa de estos avances, se incluye como experiencia pionera la italiana. Italia, adelantándose más de dos décadas al resto de países, impulsó entre los años 70 y 90 del pasado siglo una escuela realmente inclusiva en la que no fue necesario para conseguirlo siquiera la aplicación de lo establecido en el *Informe Warnock*, ya que desde años anteriores a este informe se había apostado decididamente por la educación inclusiva.

Es este el único país del entorno europeo que prevé la inclusión del alumnado con alteraciones graves y permanentes en los centros ordinarios de cualquier etapa y enseñanza, tal y como quedó consagrado en su texto constitucional de 1948, recogiendo de paso las demandas de las familias afectadas. La cuestión que debemos plantear en clave nacional es si es necesaria una reforma constitucional para garantizar el derecho a la educación inclusiva o si simplemente es suficiente con los desarrollos legislativos que existen en la actualidad. Realizaremos una reflexión sobre esta cuestión en el próximo capítulo del presente trabajo.

No obstante, el desarrollo legislativo en el país trasalpino durante la década de los 70 estableció de forma concreta que la educación básica se desarrollara en las aulas de la escuela pública ordinaria, hecho que provocó en consecuencia la desaparición de toda forma de discriminación en todas las etapas educativas, eliminando como consecuencia cualquier política pública que supusiera la segregación de las personas con diversidad funcional. Italia también apostó por una política de inversión en la escuela pública y de colaboración en el sistema por parte entes locales, sanitarios y asociaciones de madres y padres.

Otro modelo ejemplar lo constituye el islandés donde no existe normativa diferenciada que regule la atención del alumnado con alteraciones graves y permanentes en ninguna etapa educativa, regulando eso sí todo lo referente al sistema de recursos para atender sus necesidades aplicables en cualquier centro educativo. Ya en la etapa de Infantil, este alumnado recibe el apoyo de una serie de recursos humanos complementarios más allá del especialista de la etapa, tales como un terapeuta de desarrollo.

En la educación obligatoria ni siquiera se usa el término educación especial en este modelo islandés, las escuelas básicas ordinarias deben ser inclusivas donde se convierte en un aspecto básico satisfacer las necesidades de todos sus estudiantes de una manera completamente flexible, adaptando el currículo a sus necesidades sin olvidar la perspectiva de grupo y utilizar todos los recursos disponibles de una manera sistemática, incluidos la proporción profesor-alumno de 1/1 que se sigue en el modelo italiano. A su vez, existen cinco centros de Educación Especial y determinadas unidades específicas dentro de los centros ordinarios a modo de aulas abiertas en esta etapa de enseñanza obligatoria.

En la etapa de secundaria se brinda orientación y apoyo especial a los estudiantes con dificultades, para que sigan en la mayor medida posible el plan de estudios estandarizado, pero también consideran que existen algunas unidades y recursos específicos adecuados para estudiantes con discapacidad intelectual severa.

En general, toda la normativa a nivel sectorial se refiere a todos y cada uno de sus alumnos y alumnas, contando los centros educativos con un gran nivel de autonomía para organizar los recursos humanos y curriculares en aras de una atención lo más personalizada posible del alumnado con diversidad funcional. Para este menester, el modelo islandés da la máxima importancia al sistema de recursos a los que dedica una gran inversión económica.

Como conclusión a este apartado, y tal y como señala en su trabajo López-Torrijo (2009), la normativa “que regula la escuela inclusiva es todavía demasiado ambigua, insuficiente y carente de exigibilidad”, entre otras razones porque esta se plantea en nuestro país como un principio jurídico, “lo que dificulta en ocasiones la oferta de servicios adecuados y de calidad, así como la organización y el aprovechamiento de los mismos” (p. 15).

Por tanto, uno de los aspectos principales en el que nos centraremos en el presente trabajo será en la ambigüedad de la legislación favorecida por el uso inadecuado del término inclusión, que se confunde claramente con el de integración, y en la carencia de exigibilidad del derecho a la educación inclusiva reconocida en todos los ámbitos normativos en la actualidad, debido sobre todo a la limitación que se impone a este derecho.

2.4.- LA EDUCACIÓN INCLUSIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

2.4.1.- El Artículo 27 de la Constitución Española.

La Constitución Española (CE) sirve de base a toda la legislación educativa y proclama el derecho a la educación de todos los españoles en su artículo 27³⁵. Este artículo es el más largo de los que regulan derechos en la Constitución. La extensión de este artículo se entiende mucho mejor realizando una retrospectiva del debate que se abrió en torno a su aprobación.

³⁵ Texto íntegro del artículo 27 CE:

1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.
3. Los poderes públicos garantizarán el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.
5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con la participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.
6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.
7. Los profesores, los padres, y en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.
8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.
9. Los poderes ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.
10. Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca.

El espíritu de consenso que hizo posible el Pacto Constitucional se trasladó también al llegar a legislar sobre el derecho a la educación. Fue un acuerdo de mínimos, donde hubo un duro debate parlamentario previo³⁶ entre posturas políticas enfrentadas y claramente diferentes, demostrándolo el hecho de que este artículo dedicado a la educación fue el que tuvo mayor número de enmiendas.

³⁶ Reproducción literal de algunas intervenciones de distinto signo político en el debate de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas:

Gregorio Peces-Barba, del PSOE, se reafirma en la necesidad de llegar a un consenso general.

Joan Reventós, del PSC: “la educación es sumamente importante para conseguir un socialismo pleno, con una constitución que garantice el derecho a la educación se remueven los obstáculos necesarios que se oponen a la igualdad y libertad, los poderes públicos han de intervenir en la vida económica y social, comenzando por una libertad de establecer y dirigir centros docentes que ha de someterse al imperativo superior de que todos, absolutamente todos los ciudadanos tengan efectiva libertad de participar y recibir verdadera educación para su incorporación en régimen de igualdad a las tareas de la comunidad”

Santiago Carrillo, del PC, en cuyo propósito establece la necesidad de proponer enmiendas a este artículo, ya que la tendencia general del partido va encaminada al logro de una escuela pública, donde prime la libertad de enseñanza y se acoja a los niños de todo el país siendo sostenida por los presupuestos del Estado, pero la posibilidad de abrir escuelas privadas, no es rechazada por el partido. Es cierto que por el momento la escuela pública no puede dar cabida a todos los niños en edad escolar y la escuela privada es necesaria para la total escolarización solo hasta implantar una escuela pública con capacidad suficiente para la escolarización plena.

Manuel Fraga Iribarne, de AP, interviene exponiendo que la Constitución aborda cuatro puntos básicos sobre los cuales se desarrollarán el debate de nuestro interés es el tercero de ellos, los principios básicos en materia de educación del art.26, entendiéndose por esta parte que la educación, en una sociedad libre, necesita de un sector privado.

Óscar Alzaga Villaamil, por UCD, insiste en que el Derecho atribuye a los padres la obligación de educar a los hijos y de esta obligación deriva el derecho de aquellos de educarles y elegir a sus maestros, si arrebatamos a los padres tal derecho se esteriliza la fuerza moral de la familia. La redacción del art. 26.1, donde se consagra la libertad de enseñanza en relación con el apartado tercero, obviamente permite a los padres elegir la educación a dar a sus hijos.

La situación de conflicto que se dio al configurar el tema educativo en la Constitución de la II República, especialmente al declarar la enseñanza laica y el cese de la obligatoriedad de la asignatura de religión se encontraba en la memoria de todos, lo que sirvió para que todas las partes cediesen para evitar situaciones irreconciliables.

Las divergencias ideológicas dejaron su impronta en la redacción del artículo 27. En una línea más socialista se reconocía el derecho a la educación, el carácter obligatorio y gratuito de la enseñanza básica, así como la participación de la comunidad educativa en los centros. En una línea de centroderecha, se consiguió el reconocimiento a la libertad de creación de centros, la percepción de ayuda a los mismos o el derecho que asistía a los padres a elegir la educación religiosa y moral.

Visto desde la óptica de las dos principales mayorías parlamentarias, la centrista que gobernaba y la socialista, finalmente resultaron ser las auténticas protagonistas del pacto escolar. El derecho a la educación en España podría ser interpretado en los términos en que lo hace De Puelles, M. (citado en Nicolás Muñiz, 1983):

“La simple lectura del artículo 27 de la nueva Constitución nos indica la naturaleza del pacto. Los apartados quinto, participación de los sectores afectados, en la programación general de la enseñanza, y séptimo, control de padres, profesores y alumnos en la gestión de los centros subvencionados, son, claramente, una concesión del partido centrista al partido socialista, transacción que posibilita constitucionalmente la co-gestión democrática de la educación en el posible supuesto de un gobierno socialista. A cambio, el partido socialista ha cedido en los apartados primero, reconocimiento de la libertad de enseñanza, sexto, expresa libertad de creación de centros, y noveno, expresa proclamación del régimen de ayudas a los centros privados. De este modo, los socialistas

han renunciado al principio de la escuela pública unificada, de tanta tradición en sus cien años de historia, aceptando la existencia de una red dual de establecimientos docentes. Han renunciado también a la idea de una escuela laica de carácter excluyente, aceptando, como todos los demás partidos, el apartado tercero que consagra el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” (pág. 3)

En síntesis, sobre un trasfondo conservador en el que destaca notablemente el deseo de constitucionalizar la financiación pública de la enseñanza privada, aunque en los términos que una ley de desarrollo establezca, los socialistas y en general la izquierda parlamentaria lograron imponer un marco democrático y de participación, que se refleja también en los fines de la educación prescritos en el apartado 2 del artículo 27. En cualquier caso, el compromiso plasmado en el artículo 27 de la Constitución representaba en realidad una especie de tregua acompañado de un juego de cesiones y concesiones mutuas para llegar a acuerdos en otras materias.

La esencia de este artículo se encuentra en el primer apartado donde se reconoce al mismo tiempo el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. En referencia a su significado “se dirá que el derecho a la educación es un descriptor omnicomprendido del más concreto derecho a recibir educación y de la libertad de enseñanza” (Cotino, 2012, p. 16). El art. 27 CE incluye una serie de derechos autónomos interpretados por separado por la jurisprudencia, tales como el derecho a la elección de la enseñanza religiosa por parte de los padres regulado en el apartado tercero, la enseñanza básica que se convierte en obligatoria y gratuita tal y como dispone el cuarto apartado; a la participación de la comunidad educativa en el control y la gestión de los centros educativos según el apartado séptimo; el derecho a la creación de centros regulado en el apartado sexto, a

recibir aportaciones económicas por parte de las Administraciones competentes en materia de educación, deducible del apartado octavo, y a la autonomía universitaria, tal y como dispone el apartado décimo.

En ocasiones, partiendo de garantías institucionales se ha alcanzado el reconocimiento de estos derechos subjetivos, como puede ser la autonomía universitaria, o también de meros principios, como la participación de todos los sectores sociales a los que les afecta el ámbito educativo, o mandatos más o menos concretos, que pasan a formar parte de la exigencia del derecho subjetivo, como puede ser la gratuidad de la enseñanza básica y obligatoria, la intervención en la gestión y control de los centros y las ayudas económicas a recibir por los centros sostenidos con fondos públicos.

“Asimismo, vía jurisprudencial o a partir de los tratados internacionales, el apartado primero del artículo 27 CE implica también no pocos derechos autónomos que no están reconocidos de modo expreso en el texto. Así, entre otros, el derecho a recibir una enseñanza asequible, esto es, con dotación presupuestaria suficiente, escuelas y maestros necesarios, infraestructura y dotaciones pertinentes” (Cotino, 2012, p. 17).

El objetivo es contar con un sistema educativo accesible, es decir, donde se garantice el derecho a elegir centro por parte de los padres dentro de un proceso administrativo de admisión con todas las garantías, la compensación de las desigualdades socioeducativas a través de un sistema de becas y ayudas al estudio, y como estableció la LODE en 1985, la orientación académica y profesional como derecho básico de las familias y el alumnado.

De la misma manera, y volviendo a tener el texto de la LODE como referencia, se establece también el derecho a no sufrir discriminación, a recibir una evaluación objetiva y formativa, además del derecho a permanecer y

promocionar en el sistema educativo y el derecho a una educación inclusiva para los discapacitados. Si nos detenemos en estos dos últimos aspectos, se puede comenzar a introducir la importancia de la extensión de la educación inclusiva más allá del acceso a los centros educativos ordinarios. La permanencia y el progreso en el sistema educativo de las personas con discapacidad también se deben garantizar bajo el paraguas del derecho a la inclusión, formando parte así de su naturaleza jurídica.

Por tanto, y analizando la literalidad del texto del artículo 27 CE, se puede concluir que el reconocimiento de la educación inclusiva no se encuentra de manera explícita dentro del artículo, formando parte de una serie de derechos autónomos derivados que se han reconocido por vía jurisprudencial o a partir de tratados internacionales. Siendo esto así, la cuestión que se podría plantear es si la educación inclusiva posee un reconocimiento como derecho por qué plantea tantas problemáticas para las personas con discapacidad y sus familias.

Por otro lado, el derecho a la educación posee, obviamente, la base de los derechos sociales y, según Escobar (2011), la base última de todos los derechos sociales es la libertad: la libertad como capacidad de autonomía para guiarse a sí mismo en el entorno social que le rodea, viviendo según sus propias decisiones. Una comunidad política es justa cuando alienta a todos sus miembros a desarrollar esta capacidad de autonomía. Si las personas reconocen que la satisfacción de las necesidades básicas es una condición necesaria para ejercer la vida de manera autónoma, entonces todos los derechos sociales servirán a la libertad definida de esta manera y les servirán de la misma manera que los derechos básicos tradicionales.

La caridad no es el pilar sobre el que se sustenta la educación según los postulados liberales, sino la justicia. De la misma manera, es el individuo al que va dirigido directamente este derecho a pesar del valor social y económico intrínseco que posee, huyendo por tanto de posiciones utilitaristas.

Desde concepciones tales como el *mínimo vital* o el *mínimo decente*³⁷, se podría demostrar que se encuentran dentro de los mínimos que se exigen al ejercicio de este derecho. Asimismo, esta fundamentación se basa en un objetivo último de acción positiva a favor del individuo más allá de la escasez de los recursos. La concepción constitucional del derecho a la educación alcanza muchos más mínimos obligatorios que complementan su ámbito prestacional.

No obstante, aunque el derecho a la educación pertenece al conjunto de derechos sociales, a la hora de fundamentarlo se debe advertir la existencia de cierta dicotomía entre los intereses generales de la sociedad y las necesidades individuales del sujeto de este derecho. Así, está presente en las Exposiciones de Motivos de las principales normas educativas el argumento de que el bienestar individual y colectivo afectarán directamente al ejercicio del derecho a la educación.

³⁷ Puede tomarse como primer antecedente del derecho al mínimo vital, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán, donde se construye el derecho a un mínimo vital a partir de la conexión entre el derecho a una vida digna y el principio de Estado Social de Derecho (Arin-Barnuevo, 1996). En esa misma dirección, para Burbano (2001), el desarrollo jurisprudencial del mínimo vital parte de una idea arraigada en todas las ciencias humanas, el hombre debe ser considerado como una unidad inescindible de cuerpo, alma y espíritu y no como un conjunto de capas superpuestas que podamos separar. Es bajo este supuesto que se declara la inseparabilidad entre condiciones mínimas materiales y dignidad humana.

El objetivo primordial de la educación se basa en el pleno desarrollo de la personalidad del individuo, siendo esta afirmación el fundamento de este derecho subjetivo que, sin perjuicio de intereses sociales, se garantiza en interés del sujeto, tal y como dispone nuestro texto constitucional y la normativa internacional.

“Por tratarse de un derecho subjetivo, el alumno es el sujeto que ha de estar en el centro del diseño constitucional de la enseñanza. Aunque no sea el único imbricado en el proceso educativo o pese a que haya otros beneficiarios reflejos, instrumentales o accesorios, el alumno es el sujeto principal. De ahí que la protección que confiere la ley de leyes a los alumnos se diferencia de la que se brinda al resto de los operadores educativos” (Cotino, 2012, p. 74).

En concreto, la libertad de enseñanza no puede considerarse como un verdadero derecho subjetivo porque no se reconoce a padres, docentes y centros educativos en beneficio de sus intereses individuales. Esta libertad mencionada ampara el interés constitucional básico de la máxima libertad y pluralidad para alcanzar el objetivo educativo marcado en el artículo 27.

Así, son los hijos los sujetos del derecho a la educación y los padres los que deben intervenir en favor de sus intereses, dejando de lado los suyos particulares. La libertad de cátedra no puede considerarse un privilegio de la profesión docente, sino un medio para garantizar una enseñanza libre y plural en la sociedad, que influye positivamente en el discente y por extensión en la sociedad. La libertad de cátedra de los docentes está limitada en los niveles inferiores de la enseñanza, ya que es el gobierno el que establece el diseño curricular. Ese límite a la libertad de cátedra es menos intenso en las siguientes etapas educativas, hasta llegar al profesorado universitario que goza de él en forma plena.

La misma finalidad de pluralidad y libertad guía la facultad de crear un centro docente, dirigirlo y establecer su ideario propio. La Constitución no pretende favorecer el desarrollo de un concreto sector económico. De la misma manera, es la libertad de cátedra la que fundamenta la autonomía universitaria, sobrepasando un simple modelo de descentralización administrativa.

Es del todo reconocido que el principal protagonista para la garantía del derecho a la educación es el Estado. Este protagonismo no debería conducir a uno de los grandes errores de la educación que consiste en que la base sobre la que se construye el sistema no es el alumno, sino el resto de elementos de la comunidad educativa incluyendo a las administraciones. Para el tema que nos ocupa, esta reflexión es concluyente a la hora de designar al Estado como el principal protagonista para garantizar el derecho a la educación inclusiva, estableciendo leyes centradas en los que aprenden, leyes, en definitiva, inclusivas de las personas con discapacidad.

El alumno ha de estar en el centro del sistema educativo que se crea para su prestación, el alumno es el sujeto central de una educación que, por medio de la libertad y pluralidad, tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad. Este pleno desarrollo implica ofrecer las mismas oportunidades sin ningún tipo de limitación.

2.4.2.- La inclusión educativa en la normativa de desarrollo del artículo 27. Evolución histórica de la educación inclusiva en la normativa educativa española.

En España, el desarrollo del art. 27 CE que proclama el derecho a la educación viene determinado fundamentalmente por la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (LODE), con las modificaciones en

su articulado que las diversas leyes orgánicas han ido introduciendo en su primera versión a lo largo de más de treinta años.

La LODE recoge en su Preámbulo que el proyecto recogido en la Constitución se basa en un marco de compromiso y concordia, proporcionando el espacio normativo integrador en el que puedan convivir distintas opciones educativas. Corresponde al legislador el desarrollo de los preceptos constitucionales de manera que se salvaguarden los derechos fundamentales de todos los sectores.

Se reconocen las competencias educativas inherentes al Estado y a las Comunidades Autónomas y adjudica a ambas Administraciones el deber de “asegurar la cobertura de las necesidades educativas, por medio de la programación general de la enseñanza, proporcionando una oferta adecuada de puestos escolares y promoviendo la igualdad de oportunidades” (LODE, 1985).

Tal programación debe asegurar simultáneamente el derecho a la educación y la posibilidad de escoger centro docente por parte de las familias dentro de la oferta de puestos escolares gratuitos, pues tal libertad no existe verdaderamente si no está asegurado aquel derecho para todos. La programación debe garantizar el derecho a la educación de todos los ciudadanos, y la posibilidad de obtener un puesto escolar gratuito, conjugándose este derecho con el de elegir la modalidad educativa y el tipo de formación.

Relacionado con la temática que se está tratando en este trabajo, se destaca lo establecido en el art. 1 de la LODE, donde se proclama que todos los españoles tienen derecho a una educación básica que les permita el desarrollo de su propia personalidad y la realización de una actividad útil a la sociedad.

Esta educación será obligatoria y gratuita en el tramo considerado como educación básica, actualmente entre los seis y los dieciséis años de edad, y en su caso, en la formación profesional de primer grado, así como en los demás niveles que la Ley establezca. Este artículo también proclama el derecho de acceso a niveles superiores de enseñanza, en función de sus aptitudes y vocación, sin que en ningún caso el ejercicio de este derecho esté sujeto a discriminaciones debidas a la capacidad económica, nivel social o lugar de residencia del alumno.

El artículo segundo, por su parte, establece que la actividad educativa está orientada por los principios y declaraciones de la Constitución, y tendrá como fines, entre otros, en los centros docentes a los que se refiere la presente Ley, el pleno desarrollo de la personalidad del alumno y la formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia.

Como derechos básicos de los alumnos, según dispone el artículo 6.3 letra b) se reconoce que se respeten su identidad, integridad y dignidad personales. Se pone de manifiesto así en la normativa que regula el derecho a la educación y su desarrollo, que no se instaura un derecho fundamental a la inclusión educativa, habiendo una ausencia llamativa del concepto de atención a la diversidad en la misma. Asimismo, se observa que no hay ninguna mención directa al alumnado que presenta discapacidades a nivel físico, psíquico y sensorial.

En la propia Constitución Española, habría que buscar la referencia a la discapacidad en el Título I, Capítulo III, "De los principios rectores de la política social y económica", en cuyo artículo 39.4 establece que "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

Por otro lado, el artículo 49 proclama:

“los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e 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”.

Como queda patente en la redacción de los artículos anteriores, la Constitución Española no consagra ningún derecho fundamental a la inclusión educativa y, el artículo 49, sobre los discapacitados, introduce en el diálogo el término de integración y no de inclusión. De esto se deduce que los constituyentes no tenían idea sobre la diferenciación de estos términos, por lo que no los tenían en cuenta, y diría sin temor a equivocarme, con un desconocimiento total del significado actual del concepto de inclusión.

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo del presente trabajo, la inclusión es un término que comienza a utilizarse a partir del año 2000, siendo nuestro texto constitucional del año 1978. Continuando con la jerarquía de la normativa educativa, encabezada por el artículo 27 de la CE, se debe hacer un alto en la ley orgánica que regula el sistema educativo en España, para continuar posteriormente con el análisis del término inclusión educativa que la misma contiene. Actualmente, se encuentra en vigor la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, modificada por la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, para la Mejora de la LOE (LOMLOE).

En su primer artículo, principios, establece que el sistema educativo español, configurado de acuerdo con los valores de la Constitución y asentado en el respeto a los derechos y libertades reconocidos en ella, se inspira entre otros principios en el de equidad, garantía de la igualdad de oportunidades para el pleno desarrollo de la personalidad a través de la educación.

La inclusión educativa, la igualdad de derechos y oportunidades se convierten en elementos compensadores de las desigualdades a nivel personal, cultural y económico que ayudan a superar cualquier tipo de discriminación, incluida la discapacidad, y a dotar de flexibilidad al sistema educativo. No se puede entender la inclusión educativa dentro de la normativa ordinaria española si no se analiza previamente qué significa la equidad como principio del sistema educativo.

La LOE, en su preámbulo, señala la necesidad de mejorar la calidad de la educación y del sistema, pero también que ese beneficio llegue a todo el alumnado sin excepciones. Considera la Ley como principio fundamental proporcionar una educación de calidad a todos los ciudadanos en todos los niveles del sistema educativo, convirtiendo así a la calidad y la equidad en dos principios que deben desarrollarse a la par sin que estén reñidos el uno con el otro.

A fin de garantizar la equidad, el Título II aborda los grupos de alumnos que requieren una atención educativa diferente a la ordinaria por presentar alguna necesidad específica de apoyo educativo y establece los recursos precisos para acometer esta tarea con el objetivo de lograr su plena inclusión e integración. Se incluye concretamente en este título el tratamiento educativo de las alumnas y

alumnos que requieren determinados apoyos y atenciones específicas derivadas de circunstancias sociales, de discapacidad física, psíquica o sensorial o que manifiesten trastornos graves de la conducta, dificultades de aprendizaje o altas capacidades y los que se han integrado tarde en el sistema educativo español.

La adecuada respuesta educativa a todos los alumnos se concibe a partir del principio de inclusión, entendiendo que únicamente de ese modo se garantiza el desarrollo de todos, se favorece la equidad y se contribuye a una mayor cohesión social. La atención a la diversidad es una necesidad que abarca a todas las etapas educativas y a todo el alumnado. Es decir, se trata de contemplar la diversidad como principio y no como una medida que corresponde a las necesidades de unos pocos.

El sistema educativo ejercerá, en materia de equidad, una función preventiva para evitar las desigualdades sociales, con la identificación y valoración de las necesidades educativas de los alumnos lo más tempranamente posible, fomentando ofertas formativas adaptadas para los alumnos que presentan necesidades educativas especiales o programas específicos para los alumnos que presentan graves carencias lingüísticas, o en sus competencias o conocimientos básicos.

La Ley trata asimismo de la compensación de las desigualdades a través de programas específicos desarrollados en centros docentes escolares o en zonas geográficas donde resulte necesaria la intervención educativa compensatoria, y a través de las becas y ayudas al estudio, que tienen como objetivo garantizar el derecho a la educación a los estudiantes con condiciones socioeconómicas desfavorables. La programación de la escolarización en centros públicos y

privados concertados debe garantizar una adecuada y equilibrada distribución entre los centros escolares de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo.

La LOMCE (2013) destacó en su exposición de motivos, que el reto de una sociedad democrática es crear las condiciones para que todos los alumnos y alumnas puedan adquirir y expresar sus talentos, en definitiva, el compromiso con una educación de calidad como soporte de la igualdad y la justicia social y que equidad y calidad son dos caras de la misma moneda. Estima que no es imaginable un sistema educativo de calidad en el que no sea una prioridad eliminar cualquier atisbo de desigualdad, pero también que no hay mayor falta de equidad que la de un sistema que iguale en la desidia o en la mediocridad.

Se puede plantear la igualdad de oportunidades desde dos puntos de vista. El primero de ellos parte de que en la “competencia por un puesto en la sociedad han de ser incluidos entre los aspirantes todos aquellos que poseen las características adecuadas para desempeñar las obligaciones que dicho puesto conlleva, y a la vez, que su elección para éste se decidirá atendiendo solamente a estas características” (Roemer, 1998, p.71), con la independencia de la raza, sexo...que no debieran contar en favor o en contra de la elección de una persona para un puesto. Este planteamiento responde al principio de no discriminación, pero no profundiza en las condiciones de partida de cada individuo.

El segundo se refiere, volviendo a citar a Roemer, a que la sociedad debiera hacer lo posible para nivelar las condiciones entre los individuos que compiten por un puesto, o nivelarlo previamente durante su periodo de formación, de modo que todos aquellos capaces de desempeñarlo sean aceptados,

llegado el caso, entre los aspirantes que van a competir por él. Se trataría así de proporcionar una educación que compense a los niños de medios sociales desfavorecidos, de modo que un número mayor de ellos adquiriera la cualificación necesaria para después competir por un empleo con niños de extracción más favorecida (p. 71).

Por tanto, de lo que se trata es de dar más al que menos tiene dentro del sistema educativo, con el fin de posibilitar una cierta igualdad a la hora de competir en la sociedad adulta. Esta concepción responde al principio de nivelación o compensación.

Si establecemos que la igualdad de oportunidades exige la igualación del gasto educativo por alumno en una región o un país, la no discriminación en la competencia por un empleo no garantiza por sí sola la igualdad de oportunidades, ya que la igualdad de la inversión escolar por alumno puede que no nivele demasiado las condiciones.

Para Barr (1993), el principio de igualdad de oportunidades significa que cualquier individuo pueda recibir, de antemano, tanta educación como cualquier otro, con independencia de las condiciones personales, económicas, familiares o cualquier otra fuente irracional de diferencias. Sin embargo, establecer criterios de equidad en todas las áreas y procesos del sistema educativo no consiste en aplicar políticas igualitarias sino compensatorias.

No puede hablarse de un sistema educativo de calidad si el mismo no incluye programas diseñados con el objetivo de la equidad con una atención diferenciada, capaz de dar respuesta a la variedad de necesidades que presentan

cotidianamente los alumnos. Alcanzar una educación de calidad para todos es un asunto que compete a la educación en su conjunto.

El concepto de equidad es bastante unívoco y supone la justicia e igualdad social, lo que supone en la práctica poner en marcha medidas de compensación de las desigualdades para que todos tengan las mismas oportunidades de formación y desarrollo.

Como se puede concluir después de analizar la propuesta de Barr, al incluir programas de equidad con una atención diferenciada se está refiriendo a los procesos de integración y no de inclusión, ya que la inclusión supone precisamente programas de equidad con la misma atención para todo el alumnado, es decir, con una respuesta educativa única integrada en un currículo común.

Otras fuentes normativas con especial relevancia en la concreción del derecho a la educación en España son las que derivan de las Comunidades Autónomas. Éstas cuentan con las transferencias de las competencias educativas desde hace ya varias décadas, produciéndose en el año 1998 el traspaso a las últimas comunidades en adquirirlas.

A partir de ahí, les corresponde a las Comunidades Autónomas el desarrollo de la normativa básica que emana del Estado. En la actualidad, esa normativa básica estatal que deriva del mandato del artículo 6 bis³⁸ de la LOE, en el que se atribuye esta competencia en exclusiva al Estado, está compuesta por el Real Decreto 126/2014, de 28 de febrero, que establece las enseñanzas mínimas de la etapa de Educación Primaria, y el Real Decreto 1105/2014, de 26 de diciembre,

³⁸ Modificación introducida por la LOMCE

que establece el currículo básico de las etapas de Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato.

Las Comunidades Autónomas publican posteriormente normativa de desarrollo de esos reales decretos, en forma de decretos y órdenes autonómicas, estableciendo el diseño curricular adaptado a cada realidad autonómica, aunque como se ha argumentado anteriormente, es el Estado el que va a establecer el programa educativo que se va a impartir a todo el alumnado que se encuentra en territorio español y a los que pertenecen a la acción docente en el exterior.

En dichas órdenes y decretos autonómicos se va a asumir el principio de equidad al que dan lugar todas las respuestas a la diversidad del alumnado. Por tanto, en cuanto a educación inclusiva se refiere, se va a recoger este principio en toda la normativa autonómica de desarrollo del sistema educativo.

Continuando con el desarrollo del presente apartado, indicar que es por todos aceptado que la educación es un valor social de primera magnitud que se reconoce y recomienda como conveniente para todos. “Su bondad, tanto para el individuo como para la sociedad, nadie la pone en duda, y además de ser un medio para conseguir una multiplicidad de objetivos, representa una finalidad en sí misma. La formulación más habitual del derecho universal a la educación tiene su reconocimiento en la DUDH de 1948” (García Rubio, 2017, p. 252), en su artículo 26.1, y en la Declaración de Derechos del Niño de 1959, en su artículo 7.

En el contenido de ambas Declaraciones no hay nada al respecto acerca de que el disfrute del derecho a la educación sea exclusivo de algunas personas, excluyendo a otras. Cuando se habla del derecho a la educación se habla de un derecho esencial y básico, sin ninguna excepción. Según Darling-Hammon (2001),

“educar a todos los niños de manera efectiva es la misión de las escuelas hoy en día. La palabra todos utilizada aquí es una palabra que no admite exclusiones” (p.11).

A lo largo de la historia se han dado diferentes modelos educativos como respuesta a las necesidades de las personas con discapacidad. En primer lugar, habría que responder a la pregunta qué es la discapacidad. Aunque hay múltiples respuestas, asumiremos la definición de discapacidad de Fortes, Ferrer y Gil (2000) en la que expresan que una discapacidad, si nos centramos únicamente en la salud, es toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano.

Las discapacidades se pueden manifestar como consecuencia de un déficit o una respuesta individual a nivel psicológico a causa de alteraciones graves de tipo psíquico o sensorial. La discapacidad representa una deficiencia visible a nivel objetivo que se manifiesta en estas alteraciones a nivel personal. A continuación, se exponen cuatro modelos muy distintos de respuesta educativa a las necesidades del alumnado con discapacidad que se han ido sucediendo a lo largo de la historia.

El primer modelo está basado en la *exclusión*. Se suprimió el derecho a la educación de las personas con discapacidad, excluidos de cualquier derecho a la educación, aunque éste sólo consistiese en el acceso a la escuela si se analiza desde una visión simplista de este derecho. Como indica Castaño, en la Edad Media no eran tratados como seres humanos y antes de esta época simplemente eran eliminados.

“Nos podríamos remontar a la Edad Media en que las personas con discapacidad física, psíquicas y sensoriales³⁹ eran tratadas como locas o delincuentes, representando esto, si se puede considerar, un avance con respecto a tiempos anteriores que eran eliminadas” (Castaño, 2009, pp. 405-406).

Aunque no fue hasta la llegada del siglo XX cuando se produjo la generalización de la enseñanza en los países desarrollados, en estos se sigue haciendo la distinción entre alumnos normales y anormales. Este modelo basado en la exclusión supone la separación más radical del ejercicio de este derecho, por lo que todos los seres humanos tenemos como derecho fundamental la educación.

El segundo modelo está caracterizado por la *segregación*. Sin duda, a todo docente le gustaría contar con grupos de alumnos lo más homogéneos posibles para facilitar su tarea docente, artificio este que choca de frente con la realidad de la sociedad reflejada en la escuela. Así Alonso y Araoz (2011) definen la segregación educativa como “el modelo según el cual se considera que la educación es de mayor calidad cuando se imparte a grupos homogéneos” (p. 15).

Este planteamiento está muy alejado precisamente de las posiciones de los que consideran que la escuela es un reflejo de la sociedad en la que se insertan, siendo esta heterogénea con una gran diversidad de individuos y necesidades. Lo que se pretende en este modelo, es la segregación como regla general, no como excepción, de los niños y niñas con discapacidad de las aulas ordinarias.

³⁹ Tullidas, enajenadas y sobre todo ciegas

El tercer modelo a analizar se basa en la *integración*. En este modelo son los alumnos con diversidad funcional los que se adaptan al sistema educativo, para lo que es necesario que sean ellos los que se ajusten a los procesos de aprendizaje y a la institución escolar. En la integración se intenta aproximar a la persona a un modelo de ser y actuar normalizado, donde se intenta en la medida de lo posible eliminar las diferencias a nivel individual. Este modelo lo representa la Educación Especial, no la educación en general, pues se centra en el alumnado con necesidades educativas especiales. Las necesidades son del alumno, no de la escuela y de su contexto. Se dota de un sistema de recursos materiales y humanos para atender las necesidades de este alumnado a nivel particular, sin pensar en las de todo el alumnado en general donde se incluyen precisamente a las personas con diversidad funcional.

Por último, y para finalizar esta exposición de modelos educativos que se utilizaron como respuesta a la discapacidad en las aulas, es obligatorio, como no puede ser de otra manera, hablar de *inclusión*. En este modelo, los alumnos y alumnas que presentan algún tipo de diversidad funcional tienen todo el derecho a estar escolarizados en aulas ordinarias, no considerando este hecho como un privilegio a su condición. Este es uno de los aspectos fundamentales de este modelo en el que el alumnado siempre se encuentra en el aula ordinaria y es allí donde recibe los apoyos necesarios, con los que se consigue que todos los alumnos aprendan juntos, independientemente de sus diferentes capacidades.

La diversidad es considerada como un valor positivo del fenómeno educativo, donde todos los alumnos son diferentes y tienen distintas necesidades. La heterogeneidad social y del alumnado se considera una característica enriquecedora para la sociedad en general. En el aula se garantiza que el

alumnado va a recibir educación en base a un currículo común, aunque teniendo en cuenta las distintas necesidades del alumnado.

Una vez expuestos los modelos que se han dado a lo largo de la historia como respuesta al alumnado con discapacidad y para continuar con el desarrollo de este apartado, se analizará el tránsito histórico que se ha dado en el sistema educativo español hacia la inclusión educativa, comenzando por la Ley Moyano de 1857.

La Ley de la Instrucción Pública de 1857, conocida como Ley Moyano debido a su autor, se considera la primera ley educativa que regula la totalidad del sistema educativo español en todos sus aspectos. En argumentaciones anteriores, se ha puesto de manifiesto la situación calamitosa de los menores con discapacidad en la Edad Media, carentes del derecho a la educación. Desde entonces y hasta la promulgación de la mencionada Ley, como bien argumenta González Noriega (2012), se produjo en nuestro país algún tímido avance, no en la totalidad del sistema, concretamente en los siglos XVIII y XIX con la aparición en 1795 de la Escuela Real por Carlos IV, considerada primera escuela pública para sordomudos, seguida de otra en Barcelona y la autorización en 1835 de la enseñanza de ciegos en una sección del Colegio Nacional de Sordomudos. La creación de estas instituciones supuso la aparición de las primeras ofertas educativas para las personas con discapacidad (pp. 82-83).

En este período, las personas que presentaban algún tipo de alteración grave eran excluidas por no ser consideradas capaces de poder alcanzar los aprendizajes propuestos por lo docentes. Sin embargo, es con esta Ley Moyano donde se va a proclamar la escolarización obligatoria para las personas con

alguna discapacidad específica que se encuentre en el tramo de edad de entre 6 y 9 años. El artículo 6 de dicha ley prescribía que esta primera enseñanza se daría a los sordomudos y ciegos en los establecimientos especiales que existían y los nuevos que se crearían con este objeto con las adaptaciones que resultaran necesarias, sin perjuicio de lo que disponía el artículo 108 de la ley. Este artículo hacía referencia a la creación de un determinado tipo de escuelas específicas destinadas para el alumnado con alguna discapacidad, no contemplando esta de manera global, por lo que no se tenían en cuenta otras alteraciones de tipo físico o psíquico.

Así, es el Gobierno el que debía impulsar ofertas formativas para los sordomudos y ciegos, procurando la existencia de al menos una escuela de esta clase en cada distrito universitario. Además, en las escuelas públicas se debía atender en cuanto fuera posible a personas con discapacidad, considerados en aquel contexto temporal y social como desgraciados.

No obstante, se produjeron avances muy tímidos hasta 1910, cuando se creó el Patronato Nacional de Sordomudos, Ciegos y Anormales, que se dividirá posteriormente en tres secciones dedicadas en exclusiva a sordos, ciegos y anormales; y en 1917, cuando se constituyeron en Madrid y Barcelona las primeras escuelas especiales para anormales, nomenclatura que utilizaban en la época para referirse a ellos.

Con la aprobación en España de la Ley General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa de 1970, aparece por primera vez regulada la educación especial en nuestro país. Dicha educación tenía un carácter asistencial y marginal en instituciones que hasta ese momento carecían de

regulación. El capítulo VII de la mencionada Ley se dedicó exclusivamente a la Educación Especial y se refiere en su artículo 49 ya no sólo a jóvenes con discapacidad, cuya denominación era deficientes e inadaptados, sino también a los que presentan altas capacidades, para los que utilizaban el término superdotados.

En cuanto a la manera de atenderlos, en el artículo 51 de la Ley se precisa lo siguiente:

“La educación de los deficientes e inadaptados, cuando la profundidad de las anomalías que padezcan lo haga absolutamente necesario se llevará a cabo en centros especiales, fomentándose el establecimiento de unidades de educación especial en Centros docentes de régimen ordinario para los deficientes leves cuando sea posible” (LGE, 1970).

Por tanto, la Ley de 1970 organizó la educación especial de forma paralela al sistema ordinario, centrado en los colegios de educación especial. Como señalan Alonso y Araoz (2011), nos encontramos en presencia de un modelo que apuesta claramente por la segregación. A principios del siglo XX, no todos los niños estaban escolarizados, y mucho menos los que presentaban diversidad funcional. En España, desde esa época y hasta mediados de los años 80 se corrobora como regla general la escolarización segregada de los niños con discapacidad en centros de educación especial, hecho que queda claramente reflejado en la normativa sobre educación de la época (pp.18-19).

De hecho, los esfuerzos se dedicaron a la creación de centros específicos más que a la habilitación de unidades de Educación Especial en centros de régimen ordinario (Lorenzo, 2009), y debido a factores económicos y sociales, se produjo una ralentización importante en la aplicación de la normativa aprobada. En esta Ley se establecieron programas específicos para los alumnos con

discapacidad, separados totalmente de los programas educativos generales destinados al resto del alumnado.

Poco a poco la Educación Especial fue cobrando importancia y así, en 1975, se creó el Instituto Nacional de Educación Especial, dependiente del Ministerio de Educación, cuya función principal consistirá en el control de las medidas destinadas al alumnado con discapacidad, produciéndose un crecimiento exponencial de centros específicos de forma paralela al sistema ordinario. Pasados tres años desde su constitución, este Instituto publicó un Plan Nacional de Educación Especial que desarrollará los principios prescritos en la Ley del 70, además de inspirar la posterior legislación que vendría ya en la etapa democrática (Lorenzo, 2009).

En 1978, con la promulgación de la Constitución Española, vigente a día de hoy, se certificó el cambio hacia la democracia que se venía barruntando en España. El artículo que regula el derecho fundamental a la educación, tratado anteriormente, es el 27 y en él se proclama que *todos* tienen derecho a la educación, sin ningún tipo de excepción, incluida la diversidad funcional, correspondiendo a los poderes públicos velar porque se cumpla este mandato constitucional. Así, se prescribe de manera global la igualdad de todos y todas en materia educativa, independientemente de sus características personales y sociales.

En ese mismo año de 1978, con la publicación del *Informe Warnock*, se produjo un hito fundamental para la historia de la educación mundial en general y para el alumnado con diversidad funcional en particular, ya que dio carta de naturaleza a un concepto mucho más amplio de la educación especial. Con la

publicación de este informe, se comienza a apostar de manera decidida por la no segregación en las aulas, estableciendo como inútil un modelo basado en la separación de los alumnos de educación especial de los considerados ordinarios.

La aplicación del contenido de este informe supuso la integración en el sistema ordinario del alumnado con necesidades educativas especiales en la mayoría de países desarrollados, donde también se concederá una mayor importancia a las distintas posibilidades que presenta un alumno a la hora de aprender más que en el déficit que presentan.

En España, la aprobación de la Ley de Integración Social del Minusválido (LISMI), en 1982, supuso un hito fundamental en la transición de la exclusión a la inclusión, por la sencilla razón de que se centró en múltiples aspectos de la vida de las personas con discapacidad, pero también en cuestiones educativas, que supuso la aproximación a un modelo de integración de la educación especial dentro del sistema educativo ordinario. En los artículos 23 al 31 queda patente el planteamiento educativo de las personas con discapacidad, en los cuales se establece con rotundidad que el alumno se integrará en el sistema ordinario de educación, recibiendo los apoyos necesarios previstos en la Ley.

En aquellos momentos, se llevaron a cabo experiencias de integración educativa gracias a un movimiento social que promovió su implementación, incorporando alumnos y alumnas con discapacidad a las aulas ordinarias, si bien estas medidas carecían de apoyo legal, salvo las autorizaciones especiales de la Administración, la colaboración de los Ayuntamientos apoyando con equipos multiprofesionales, el seguimiento cercano de la Inspección de Educación y el

compromiso del profesorado de educación general y especial, y las familias (Casanova, 2011, p. 10).

Siguiendo con el orden cronológico, se aprobó un Real Decreto de ordenación de la Educación Especial en el año 1985 desde el que se desarrollaron los aspectos educativos recogidos por la LISMI. En él se propone la incorporación de alumnado con diversidad funcional en el sistema ordinario como parte del desarrollo de un programa de integración. Esto supuso el paso previo a una manera de entender la escuela más inclusiva que se intentará llevar a cabo con la aprobación de la siguiente ley educativa, la Ley Orgánica de 3 de octubre de 1990, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE).

Esta ley tuvo una importancia capital en la historia de nuestro país, porque además de establecer de manera definitiva la educación obligatoria, básica y gratuita para todo el alumnado de 6 a 16 años de edad, introdujo la educación especial dentro del sistema educativo ordinario, con lo cual sólo existirá un sistema educativo único que atenderá todas las necesidades de la población escolar española. También introdujo por primera vez en una norma sectorial el concepto de alumno con necesidades educativas especiales que sería utilizado en todas las reformas educativas posteriores. Así, en su capítulo V, y en concreto, en el artículo 36.1 establece:

“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” (LOGSE, 1990).

También en el artículo 37.4 se estipula la excepcionalidad de que no fuesen atendidas sus necesidades educativas en un centro ordinario.

“La escolarización en unidades o centros de educación especial sólo se llevará a cabo cuando las necesidades del alumno no puedan ser atendidas por un centro ordinario. Dicha situación será revisada periódicamente, de modo que pueda favorecerse, siempre que sea posible, el acceso de los alumnos a un régimen de mayor integración” (LOGSE, 1990).

La redacción de estos artículos resulta fundamental para entender la educación especial no como un déficit de la persona, sino desde el punto de vista de la atención a la diversidad funcional de todo el alumnado, presenten o no discapacidad. Como indica Lorenzo (2009), esta Ley supuso un gran cambio en el camino de la integración del alumnado en las aulas. Se apuesta de un modo decidido por la integración escolar y la normalización, por la detección precoz de estas necesidades y la atención en centros específicos sólo cuando las necesidades de los alumnos no puedan ser atendidas en un centro de régimen ordinario (p. 503).

Este concepto novedoso tuvo su respaldo mundial en la Declaración de Salamanca sobre Necesidades Educativas Especiales de 1994, que se celebró años después de la aprobación de la Ley. En esta Declaración, trascendente para las personas con discapacidad, se defiende de manera firme que cualquier alumno puede presentar dificultades en un momento u otro de su escolarización, pudiendo ser estas incluso graves y permanentes. Así, en abril de 1995, se aprobó el Real Decreto 696/1995, de 28 de abril, de Ordenación de la Educación de los Alumnos con Necesidades Educativas Especiales en el que se reguló todo lo referente a la atención de este alumnado siempre desde el enfoque de la diversidad.

No sólo se considera alumnado con necesidades educativas especiales al que presenta discapacidad. No obstante, en 1995, se aprobó la Ley Orgánica de la Participación, la Evaluación y el Gobierno de los Centros Docentes (LOPEG) en la que en su disposición adicional segunda define el concepto de alumnado con necesidades educativas especiales, entendido como aquellos que “requieran por periodo de su escolarización o a lo largo de toda ella, determinados apoyos y atenciones educativas específicas por padecer discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales, por manifestar trastornos graves de conducta, por estar en situaciones sociales o culturales desfavorecidas” (LOPEG, 1995).

Así, el entorno social y cultural de los menores va a influir en la aparición de desigualdades en el ámbito educativo, hecho que también va a influir de manera significativa en las personas con diversidad funcional. Es relevante también indicar el desarrollo normativo de estas leyes educativas estatales por parte de las Comunidades Autónomas, puesto que en el año 2000 el proceso de transferencias educativas iniciado durante los años ochenta ya había concluido.

En el año 2002 se desarrolló una nueva ley orgánica, aprobándose como consecuencia la Ley de Calidad de la Educación (LOCE), la cual no se llegó a aplicar por la derogación de su calendario de implantación operada por el Gobierno del entonces presidente José Luis Rodríguez Zapatero en el año 2004, aunque en líneas generales seguía la línea trazada en años anteriores. Esta ley quedó definitivamente derogada con la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Educación (LOE) en mayo de 2006. En el preámbulo de esta última ley, se introducen nuevas categorías de alumnado que define de forma genérica como de necesidades específicas de apoyo educativo. Como se pondrá de manifiesto a continuación, ya no se trata únicamente de la atención a la discapacidad, sino

también de la atención ante la incorporación tardía al sistema educativo, altas capacidades, dificultades específicas de aprendizaje o condiciones personales o de historia escolar.

El título II, sobre la equidad en la educación, en su art. 71, aborda los grupos de alumnos que requieren una atención educativa diferente a la ordinaria por presentar alguna necesidad específica de apoyo educativo y establece los recursos precisos para acometer esta tarea con el objetivo de lograr su plena inclusión e integración. Concretamente en este título, se incluye el tratamiento educativo del alumnado con necesidades educativas especiales derivadas de discapacidad física, psíquica y sensorial, además de los que presentan trastornos graves de la conducta, que van a requerir determinados apoyos y atenciones específicas durante una parte de su escolarización o durante toda ella.

Es justo reconocer los grandes avances en este ámbito llevados a cabo en las últimas décadas en el sistema educativo español, aunque también es justo contrargumentar que la tarea no se puede dar por finalizada y se requiere el impulso de más medidas de atención a la diversidad. También precisan medidas específicas los alumnos con altas capacidades intelectuales, dificultades específicas de aprendizaje y los que se han integrado tarde en el sistema educativo español.

En el Preámbulo de la Ley, se apuesta de manera decidida por la inclusión de todos los alumnos y alumnas independientemente de sus condiciones personales y sociales. La adecuada respuesta educativa a todos los alumnos se concibe a partir del principio de inclusión, entendiendo que únicamente de ese modo se garantiza el desarrollo de todos, se favorece la equidad y se contribuye a

una mayor cohesión social. La atención a la diversidad es una necesidad que engloba a todas las etapas educativas y a todos los alumnos. Es decir, se trata de contemplar la diversidad del alumnado como principio y no como una medida que responde a las necesidades de unos pocos.

Analizando el contenido de su articulado, es importante destacar el artículo 74.1 en lo referente a la escolarización del alumnado, en la que se apuesta definitivamente por una necesaria inclusión. La escolarización del alumnado que presenta necesidades educativas especiales se regirá por los principios de normalización e inclusión y asegurará su no discriminación y la igualdad efectiva en el acceso y la permanencia en el sistema educativo, pudiendo introducirse medidas de flexibilización de las distintas etapas educativas cuando se considere necesario. El acceso al sistema educativo de este alumnado en unidades o centros de educación especial, que podrá extenderse hasta los veintiún años de edad, sólo se llevará a cabo cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios.

Por tanto, la LOE debería constituir un paso definitivo hacia la educación inclusiva. Además, al garantizar también la autonomía de los centros, estos pueden adaptar lo dispuesto en la legislación educativa a su entorno más próximo. Lorenzo apunta hacia este cambio definitivo que va de la integración a la inclusión escolar. Se produce un cambio significativo respecto a lo que entonces se conocía como integración escolar, y pasa a hablarse de principio de normalización e inclusión, basándose para ello en la no discriminación y la igualdad efectiva en el acceso y la permanencia en el sistema educativo.

“Del principio de integración se pasa al de inclusión como un paso más en la equiparación de las personas con alguna discapacidad con el resto. Este

concepto de inclusión recoge con mayor nitidez la idea de que todos los niños deben de estar incluidos en la vida educativa y social” (Lorenzo, 2009, p.504).

En esos momentos, en el plano internacional, y como se ha puesto de manifiesto en el presente trabajo, cabe destacar la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad (CIDPD), cuyo texto fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 2006. Esta Convención tenía como finalidad garantizar el disfrute efectivo de los derechos humanos de las personas con discapacidad, existiendo en el documento el artículo 24, en cuyo primer apartado, se apuesta claramente por una educación inclusiva.

En España, mediante la ley 26/2011 de 1 de agosto, de adaptación normativa a la CIDPD, se buscó adaptar nuestra legislación a lo dispuesto en el texto de la Convención. No obstante, no se halla en esta ley referencia alguna a la realidad educativa de las personas con discapacidad, ya que su articulado tiene como objetivo principal marcar los cambios a nivel social que se deben implementar para la correcta atención de estas personas. Así, llegamos a finales de 2013 con la aprobación de la Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE), que introduce pocas novedades significativas en el planteamiento general hacia la inclusión, continuando con el modelo de 2006. Esta nueva ley no supuso un cambio sustancial de la LOE, ya que a nivel formal no se trata de un texto nuevo, pues teniendo como fondo la anterior ley, introdujo modificaciones a gran parte de su articulado. Lo hace así siguiendo recomendaciones de la OCDE, dado que, y según la redacción de la propia Ley, en los países que tienen los sistemas educativos con los mejores resultados se

plantean constantes reformas sobre un marco de estabilidad a medida que se van detectando insuficiencias.

Ejemplo de estas pequeñas modificaciones en cuanto al tratamiento del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo es la introducción de un tratamiento más exhaustivo a las dificultades específicas de aprendizaje que tienen algunos alumnos para lo que añade una nueva sección al articulado, la cuarta⁴⁰. Otra pequeña novedad que presenta la LOMCE es el señalamiento expreso que se hace dentro de las dificultades específicas de aprendizaje del trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH), tratándolo como una dificultad independiente, y al cual las Administraciones educativas tienen que dar una respuesta adecuada.

En la práctica, se ha resuelto la atención a la diversidad de todas las necesidades específicas de apoyo educativo en cuanto a la escolarización y la atención individualizada de estas, menos del alumnado que presenta discapacidad física, psíquica o sensorial. Para este último grupo de alumnado, todavía existen diferentes modalidades de escolarización dependiendo de la discapacidad que presentan y las familias tienen que escolarizar a sus hijas e hijos

⁴⁰ Sección Cuarta. Alumnado con dificultades específicas de aprendizaje. Artículo 79.bis. Medidas de escolarización y atención.

1. Corresponde a las Administraciones educativas adoptar las medidas necesarias para identificar al alumnado con dificultades específicas de aprendizaje y valorar de forma temprana sus necesidades.

2. La escolarización del alumnado que presenta dificultades de aprendizaje se regirá por los principios de normalización e inclusión y asegurará su no discriminación y la igualdad efectiva en el acceso y permanencia en el sistema educativo.

3. La identificación, valoración e intervención de las necesidades educativas de este alumnado se realizará de la forma más temprana posible, en los términos que determinen las Administraciones educativas.

dependiendo del centro que las Administraciones educativas eligen para ellos, ya que coincide con los centros que cuentan con los recursos necesarios a nivel material y humano para su correcta atención.

Esto quiere decir que muchos de los recursos no están disponibles en todos ellos. A modo de ejemplo, después de la normativa que emana de la reforma educativa operada por la LOMCE, el alumnado de altas capacidades intelectuales recibe atención en todos los centros educativos, desapareciendo los centros de atención preferente para este tipo de alumnado, favoreciendo así el principio de inclusión educativa. Su atención se basa en el enriquecimiento y la ampliación en el currículo, hecho para el que todos los docentes están preparados para la debida atención, donde no se necesita una inversión significativamente amplia.

Sin embargo, cuando hablamos del alumnado con discapacidad, se necesitan una serie de recursos humanos y materiales que implicarían un aumento de la inversión educativa para que la inclusión educativa fuera una realidad, pudiendo atender a este alumnado en cualquier centro educativo del país, sin necesidad de ningún otro planteamiento que conduzca a modelos segregadores o, como mucho, a modelos integradores. Ahí es donde la inclusión educativa es donde encuentra límites para que sea un derecho garantizado para todo el alumnado sin excepción.

Mientras que se desarrollaba el presente trabajo, se aprobó una nueva Ley Orgánica para regular el sistema educativo nacional, concretamente la 3/2020, de 29 de diciembre, transmitida para el uso social como LOMLOE⁴¹, utilizando la misma técnica legislativa que su predecesora consistente en la modificación de la LOE, tal y como se ha argumentado anteriormente. En términos de educación inclusiva esta nueva ley no supone ningún avance en la garantía de este derecho para las personas con discapacidad según los preceptos de la Convención. Concretamente, se aprecia de nuevo que la inclusión educativa aparece regulada como un principio jurídico, tal y como establece el art. 1, letra b) de la Ley. Respecto a la regulación anterior, añade que la educación inclusiva servirá para compensar las desigualdades de todo tipo, prestando especial atención a las que deriven de cualquier tipo de discapacidad, de acuerdo con lo establecido en la CIDPD.

En cuanto a la escolarización del alumnado NEE no aporta nada nuevo, pero sí que parece que tiene la intención de introducir nuevos aspectos en las fases de permanencia y promoción en el sistema educativo. Para ello, introduce un nuevo art. 75 a la Ley titulado “Inclusión educativa, social y laboral”, donde en el primer apartado vuelve a indicar como en la regulación anterior que estos alumnos y alumnas podrán permanecer un curso adicional en la etapa.

En el segundo apartado, propone que se incluya la lengua de signos en el sistema educativo para las personas que lo necesiten, hecho que ya se estaba llevando a cabo en las Comunidades Autónomas con la incorporación de especialistas en este sistema de comunicación. En el tercer apartado sí que establece que el alumnado con necesidades educativas especiales deberán acceder

⁴¹ Ley Orgánica para la Mejora de la LOE

a ofertas formativas adaptadas a las mismas impulsadas por las Administraciones educativas cuando no hayan alcanzado los objetivos generales de la educación básica, finalizando el último apartado con el establecimiento de reserva de plazas para este alumnado en los ciclos formativos de FP, tal y como se desarrolla actualmente en la normativa autonómica derivada de la regulación anterior.

Como cuestión que suscitó una gran polémica en la sociedad, sobre todo a los colectivos que trabajan por los intereses de las personas con discapacidad, se introduce en esta nueva ley como disposición adicional cuarta que el Gobierno, en colaboración con las Administraciones educativas, desarrollará un plan para que, en el plazo de diez años, de acuerdo con el artículo 24.2.e) de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas y en cumplimiento del cuarto Objetivo de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030, los centros ordinarios cuenten con los recursos necesarios para poder atender en las mejores condiciones de calidad y equidad al alumnado con discapacidad.

Las Administraciones educativas continuarán prestando el apoyo necesario a los centros de educación especial para que estos, además de escolarizar a los alumnos y alumnas que requieran una atención muy especializada, desempeñen la función de centros de referencia y apoyo para los centros ordinarios.

Para estos colectivos, esta disposición adicional suponía la supresión de los centros de educación especial. Analizando la redacción de esta disposición, se puede comprobar que las Administraciones educativas ya proporcionan los recursos necesarios a los centros educativos para atender en condiciones de igualdad y equidad a las personas con discapacidad, y que los centros de

educación especial además de atender las discapacidades más graves y permanentes, son centros de recursos para atender al alumnado con necesidades educativas especiales de los centros ordinarios que se encuentran en el entorno.

Por tanto, y basándonos en las reflexiones del presente trabajo, esta nueva ley no aporta luz a la garantía del derecho a la educación inclusiva. Aporta como ocurrencia, en nuestra opinión, un periodo de diez años para que las Administraciones educativas impulsen la adaptación de los centros ordinarios para que atiendan correctamente a las personas con discapacidad como si este fuera un hecho que no ocurre en la actualidad. La cuestión que se plantea es si existe el conocimiento por parte del Gobierno de los pasos concretos que hay que dar para garantizar este derecho, que como se argumentará más adelante, requiere de una ley de desarrollo de este concepto.

Con esta redacción de la disposición adicional cuarta sigue dejando esta problemática en el limbo, muy alejada de una solución que se acerque al reconocimiento de un derecho fundamental de las personas con discapacidad, tal y como se proclama en la CIDPD. Reducir la problemática de la educación inclusiva a la existencia de los centros de educación especial supone no entender que éste es un concepto que va más allá del edificio donde ocurre el hecho educativo. Supone una nueva forma de entender la educación, de entender la escuela. No se trata de suprimir recursos educativos, sino de mantenerlos y crear otros nuevos. Por eso, son necesarios cambios en todos los niveles del sistema para superar un modelo integrador que sigue vigente a día de hoy, a pesar de los esfuerzos del Gobierno por calificar esta ley de progresista en la regulación, y sobre todo, en la garantía de este derecho.

Como se argumentará posteriormente, la educación inclusiva supone el afianzamiento del derecho a la educación de las personas con discapacidad, y ese derecho requiere una ley de desarrollo que regule las tres dimensiones de la educación inclusiva, incluyendo los recursos humanos necesarios, prácticas educativas y la participación de las familias en su consecución.

Como ha quedado patente durante el presente repaso legislativo, la atención al alumnado que presenta algún tipo de discapacidad ha estado inmersa en un proceso de cambio desde modelos basados en la exclusión a modelos inclusivos que siguen evolucionando sin posibilidad de vuelta atrás en España, concentrándose como hemos visto todos estos avances en los últimos años del siglo pasado.

Asimismo, a partir de los años 90, surgió a nivel internacional el movimiento denominado Escuela para Todos, proclamado durante la Conferencia Mundial de Tailandia en 1990, así como también de la anteriormente mencionada Conferencia sobre Necesidades Educativa Especiales de Salamanca en 1994, y también el Foro celebrado en Senegal en el año 2000.

En todos estos eventos mundiales se reclamaban escuelas y educación para todos, sin que pudiera prevalecer ningún tipo de discriminación, incluida la discapacidad, apostando así de manera decidida por la inclusión educativa, donde se garantiza la equidad y la calidad al menos de los aprendizajes básicos, aspectos estos que se consideran básicos para la educación de las personas con diversidad funcional.

La educación inclusiva supone tratar a la diversidad como piedra angular de la atención educativa de todo el alumnado con el objetivo fundamental de lograr una educación de calidad para todos, asegurando su acceso y permanencia, tratando además con especial atención a aquellos alumnos y alumnas que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad. Todo el alumnado presenta capacidades diversas, así como distintas necesidades que requieren una respuesta educativa distinta enfocada no sólo para una minoría de alumnado que presenta un déficit.

Para cumplir esta ambiciosa misión, es importante contar con un profesorado bien formado y comprometido con los valores de la inclusión, lo cual supone garantizar que en los centros educativos se produzca el necesario proceso de supresión de las barreras de distinto tipo que siguen afectando al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo.

No obstante, la inclusión no puede quedar presa únicamente del ámbito educativo, sino que debe alcanzar también a otros aspectos de la vida cotidiana. Para ello se necesita la implicación de todos los sectores sociales, incluidos los que pertenecen al mundo laboral. Para las personas con diversidad funcional supondrá un avance en la mejora de su calidad educativa recibir una correcta orientación y acceso al mundo laboral. En las últimas cuatro décadas se ha llevado a cabo en España un proceso que ha ido evolucionando desde la educación especial hasta la integración, y posteriormente hacia la inclusión en la que todavía se está trabajando.

Como señala Casanova (2011), este proceso de cambio requiere por parte de todos un compromiso irrefutable. La educación inclusiva no se da espontáneamente por el hecho de que el niño tenga acceso abierto a la escuela ordinaria, sino que esa accesibilidad debe dirigirse al aprendizaje en plenitud de derechos y de igualdad de oportunidades con el resto de sus compañeros. Y para lograrlo, todavía nos falta compromiso generalizado y preparación en el conjunto del sistema educativo (p. 18).

Por tanto, es necesario que la escuela inclusiva tenga que concretarse también en una sociedad inclusiva que valore la diferencia como algo positivo. Aunque todavía se está lejos de conseguir este objetivo, es fundamental aprovechar el valor de transformación que posee la educación para cualquier sociedad de nuestro tiempo.

**III – LA DINAMOGÉNESIS
DE LOS VALORES AL
SERVICIO DEL DERECHO A
LA EDUCACIÓN INCLUSIVA**

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 177 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

3.1.- LOCALIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE INTEGRACIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN LA CLASIFICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

El desarrollo de este título se ha realizado teniendo en cuenta el estudio, las reflexiones y razonamientos de mi tutora, Dña. María Méndez Rocasolano, que ya en el año 2000 enunció la teoría de la dinamogénesis de los valores para aplicarla al Derecho Medioambiental y que ha servido de base para intentar demostrar que el derecho a la educación inclusiva se convierte en un derecho fundamental cuando es reconocido previamente como un valor esencial por la sociedad. Al disponer en la actualidad de esta teoría viva, que se puede aplicar a otros ámbitos del derecho, nos mantendremos en el desarrollo de este título muy cercanos a dichas argumentaciones y reflexiones, lo que conlleva la realización de una correcta citación que no deje lugar a dudas de la autoría de esta teoría, además de la enorme responsabilidad de que las argumentaciones del doctorando no desvirtúen el significado de la misma.

Así, determinar la categoría jurídica de la inclusión educativa, debido a la inexistencia de redacción en el artículo 27 CE, e incluso en el artículo 49 CE, que dispone como principio la integración de las personas con discapacidad, supone optar entre la naturaleza principal del mismo o determinar su pertenencia a la naturaleza de derecho. A continuación, se analizará la inclusión educativa como principio con el objetivo de determinar a qué tipo de principios corresponde, para pasar posteriormente a analizarlo como derecho.

Para cumplir con este objetivo se llevará a cabo un breve examen de la tipología principal. En este sentido, De los Mozos (como se citó en Arce y Flórez-Valdés, 1977) mantiene una homogeneidad que los ordena estableciendo un orden de jerarquía a través del cual se escogen los “grandes principios” que a su entender son “los ejes sobre los que el ordenamiento jurídico se conforma”. De ellos, se derivan otros que son los principios normativos, los cuales “en ocasiones sirven de centro o referencia a la regulación de una parte del Derecho o una determinada institución jurídica”.

Estos principios, en palabras del autor, no son principios generales del Derecho, sino un reflejo o derivación de aquéllos, cuya función se desdobra en el desarrollo de los principios generales y poseen una “virtualidad mediata fundamentadora, orientadora, informadora y crítica” del sector jurídico o institución en la que se encuentren (p. 65).

Otros muchos distinguen entre los principios, así De Buen (1932) diferencia entre los inspiradores de Derecho Positivo, los elaborados o acogidos por el Derecho y los considerados como imperativos de la conciencia social⁴²; De Castro (1984) también establece tres categorías: principios de Derecho Natural, principios políticos, y los tradicionales⁴³; Prieto Sanchís (1992) recoge la distinción entre principios implícitos, explícitos y extrasistemáticos⁴⁴; García de Enterría (1984) diferencia entre dos clases, los superiores, o constitucionales, y los

⁴² De Buen, D. (1932). Introducción en el estudio del derecho civil. Madrid

⁴³ De Castro, F. (1984). Derecho civil de España. Civitas, p. 421

⁴⁴ Prieto Sanchís, “Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico”. Cuadernos y Debates nº 49, Madrid: CEC

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

institucionales⁴⁵. Bobbio (1966) por su parte, clasifica los principios según criterios de materia, extensión, ámbito etc.⁴⁶, y Esser (1961) diferencia entre principios normativos y las *guides* o principios instructivos⁴⁷.

Como se puede comprobar, existen múltiples diferenciaciones y clasificaciones. Nosotros aceptamos aquella que diferencia, por una parte, entre principios constitucionales y principios extraconstitucionales, sin que unos se impongan a los otros. Con el ánimo de establecer una diferencia entre ambos, se puede decir que los constitucionales además de ser expresión de valores son Constitución.

Antes de comenzar con el análisis, se debería aclarar en qué lugar se sitúan los llamados principios de Derecho positivo, es decir, la ubicación de pensamientos directores y causa de justificación de una determinada regulación.

Beladiez Rojo (1994) diferencia sagazmente estos principios de los principios jurídicos apuntando que:

“los principios del derecho positivo no son en sentido estricto principios jurídicos. Son sólo ideas entorno a las cuales se organiza una determinada regulación positiva; ideas que, aunque lógicamente, han de encontrarse inspiradas en un valor jurídico no constituyen una expresión directa del mismo, no siendo más que un medio para hacerlo efectivo” (p.138).

Así, concluye que estos principios no son fuente del derecho puesto que la fuente es la ley que los recoge. En lo que respecta a los principios

⁴⁵ García de Enterría. “Principio de legalidad. Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”, en Revista Española de Derecho Constitucional REDC nº 10, Madrid, 1984, pp. 133 y ss.

⁴⁶ Bobbio, N. “Principii generali di Diritto”, en *Nivissimo Digesto italiano*, T.VIII, p. 894

⁴⁷ Esser, “Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado”. Trad. Valentí Fiol, Bosch, Barcelona, 1961, p.114 y ss.

constitucionales, se dice que Nuestro Texto Fundamental posee carácter principal debido a la sorprendente cantidad de veces que se recoge el término principio/os con distintas acepciones⁴⁸ o significados.

Así, si bien la referencia a los *principios constitucionales* del art.8.2 indica que estos serían todos los que la Constitución recoge, sin embargo, ocurre que algunos, a pesar de reconocerse a través de dicho término, son principios jurídicos constitucionalizados, es decir, expresión de pautas jurídicas que indican cómo ha de regularse una determinada materia, siendo por tanto Principios de Derecho positivo constitucional.

Así, por ejemplo, el “principio de coordinación con la Hacienda estatal” establecido en el art.156.1 CE, refleja el valor jurídico de la eficacia exigible en el desarrollo y ejecución de las competencias financieras de las Comunidades Autónomas.

Encontramos de igual forma principios que son expresión de valores jurídicos que serían Principios Generales del Derecho constitucionalizados como los “de legalidad, jerarquía normativa, publicidad y retroactividad” en el art. 9.3; los de “igualdad y progresividad” en el art. 31.1; “los principios de preferencia y sumariedad” del art. 53.2; el “principio de eficacia, jerarquía, descentralización y coordinación” del art. 103.1; el “de mérito y capacidad”, art. 103.3; el “principio de unidad jurisdiccional” expresado en el art. 117.5; el de “unidad de actuación y de dependencia jerárquica, legalidad e imparcialidad” del art. 124.2; los

⁴⁸ Entre otros utilizan dicha expresión Díez Picazo, *“La Constitución española y las fuentes del derecho”*, IEF, Madrid, 1979, Hernández Gil, A., *“Sistema de valores en la Constitución”* en *La Constitución en la Monarquía parlamentaria*. Fondo de Cultura Económica, México-Madrid-Buenos Aires,1983 págs. 352-253

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 181 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

“principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad” del art. 132.3. Dentro de esta categoría debemos poner atención también junto a los anteriores, la integración de otros principios, que, a pesar de no reconocerse expresamente como tales, lo son. Así, la “igualdad ante la ley” arts.9.2 y 14 CE y el de “legalidad penal o sancionadora” del art.25.

En tercer lugar, nos encontramos con Principios constitucionales que expresan valores políticos como los “principios democráticos de convivencia” del art. 27.2, el “principio de responsabilidad del gobierno” del art. 116.6, el principio de solidaridad del 138.1 y los principios generales del Capítulo I pertenecientes al Título VIII “De la organización territorial del Estado y los Principios Rectores de la Política Social y Económica”.

Finalmente, con nomenclatura civil, podemos decir que existen en el Texto Constitucional Principios constitucionales-fundadores del Derecho. Es decir, principios que no se expresan a través del término que fija su contenido y que sin embargo lo son verdaderamente. Dentro de esta categoría se encuentran los valores superiores del ordenamiento jurídico, la libertad, justicia, igualdad y pluralismo político propugnados en el art. 1, junto con la dignidad de la persona del art.10.1. Estos valores al ser los superiores de ordenamiento jurídico son principios guía y base del resto del ordenamiento.

Manteniendo la clasificación anterior se puede decir que la Constitución contiene principios de Derecho positivo constitucional, principios jurídicos constitucionalizados, principios constitucionales que expresan valores políticos y principios constitucionales-generales del Derecho. Para definir cada una de las categorías principales se puede realizar una breve reflexión en una cuestión poco

pacífica en la doctrina como es la referente al carácter normativo de los principios. Por norma entendemos con Kelsen (1960), el “sentido de un acto con el que se ordena, prohíbe o permite y especialmente se autoriza una conducta” (p.5). También, en palabras de Luhmann (1972), se concibe como la “expectativa de comportamiento contrafácticamente estabilizada” (p.43).

Desde el punto de vista civil, De Castro (1984) la considera como el “mandato jurídico con eficacia social organizadora -el cual posee- un juicio sobre una conducta y un mandato de hacer o no hacer”. Con una idea más o menos clara del concepto de norma, se observa que la doctrina se divide en dos posturas ante el carácter normativo de los principios (p. 415 y ss.).

En contra del carácter normativo se oyen las voces de Díez- Picazo (1973) en un primer momento, aunque luego se convierte en defensor de la normatividad de los principios, ya que diferencia entre normas jurídicas y juicios de valor. Según este autor, los principios son juicios de valor que no pueden identificarse con las normas jurídicas. Un aspecto distinto son las normas principiales, auténticas normas jurídicas, legales o consuetudinarias cuya fuerza normativa reside en su propia fuente de producción, ya que “tiene su fundamento en la comunidad entera en la medida que es ella misma a través de convicciones o juicios de valor que profese quien le confía ese carácter” (p. 207).

En un sentido similar, Esser (1961) indica que los principios tan sólo adquieren fuerza normativa cuando tienen expresión positiva o cuando se concreta su aplicación a través de la jurisprudencia. Así lo manifiesta de forma precisa al establecer que lo que diferencia el principio de la norma “no es la abstracción o el carácter general sino la posibilidad de precisar los casos de

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 183
DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

aplicación que es lo que caracteriza al precepto” (p. 69 y ss.). Igualmente, se manifiesta el civilista Heller (1942) que mantiene que los principios jurídicos:

“proporcionan sólo las directrices generales sobre cuyas bases debe establecerse el status jurídico de los miembros de la comunidad jurídica; no suministra una decisión para el caso concreto. Fáltanle por ello el carácter de determinación taxativa, o sea, que precisa siempre de una decisión sobre lo que en una situación de intereses determinada, espacial y temporal y personalmente, debe ser Derecho según aquellos principios” (p.248).

Las apreciaciones anteriores no sirven para el caso que nos ocupa, pues el principio de inclusión educativa está positivado en nuestro ordenamiento jurídico en la legislación sectorial que regula los elementos que lo integran: acceso, permanencia y promoción.

Siguiendo con las opiniones que, en su caso, predicán la normatividad de los principios, destacan Federico de Castro, Díez-Picazo y Gullón (1982), los cuales consideran que los principios generales del Derecho “no son meros criterios directivos, ni juicios de valor simplemente, ni escuetos dictados por la razón. Son auténticas normas jurídicas en sentido sustancial, pues suministran pautas o modelos de conducta” (p. 171 y ss.).

Igualmente, Prieto Sanchís (1992), apoya dicho carácter normativo a través de su notable monografía, centrada principalmente en las tesis Dworkinianas. También, Suay Rincón (1993) afirma que “lo que singulariza a los principios generales del Derecho es que se trata de normas abiertas, tienen carácter general expresan valores de justicia” (p. 381).

Gordillo Cañas (1990), les adscribe una función normativa considerando que “en ellos la estructura normativa se reduce al mínimo indispensable para la proyección del valor en las relaciones sociales: son norma jurídica en un grado de enunciación no circunstancialmente desenvuelto, sino de gran generalidad” (pp. 52 y 53). En el mismo sentido, apreciamos la propuesta de Alexy (1993) de un concepto semántico de norma vinculado a la teoría de la validez.

Respecto a los criterios de diferenciación, destacamos el mantenido por Dworkin (1989) que distingue los principios de las normas por lo que llama *teoría del peso*. Así, el autor juzga que el peso o la importancia, es el criterio que ha de utilizarse en la conclusión de los conflictos de aplicación cuando dos principios están encontrados. Apelando a una diferencia lógica, el profesor señala que este criterio no está presente en las normas pues en caso de conflicto de normas se aplican otros criterios (p. 73 y ss).

El problema de la diferenciación es un problema complejo. A mi juicio, Alexy (1993) presenta una descripción sencilla y clara, a la que me adhiero, aceptando en primer lugar que es imposible distinguir las normas de los principios debido a la pluralidad de criterios. Existen por contra dos tipos de normas atendiendo al grado de generalidad, así las reglas poseen un nivel reducido y los principios un alto nivel de generalidad. Para finalizar la argumentación, se traslada que es posible una diferencia gradual y cualitativa entre las normas que generan la escisión entre reglas y principios.

Para el autor la tesis correcta es la última, porque se apoya en el criterio del mandato de optimización, por el que los principios: “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 185 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

jurídicas y reales existentes". Así, los principios pueden ser cumplidos en diferentes grados y su cumplimiento depende tanto de las posibilidades reales como de las jurídicas. El autor considera que las reglas contienen "determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible" la diferencia es cualitativa toda norma o es regla o es principio (p. 86).

En la misma diatriba se sitúa Esser (1961) que adopta como principal criterio que los principios no contienen mandatos concretos ni definitivos sino, *prima facie*, es decir, los principios ordenan que algo se cumpla o se realice teniendo en cuenta las posibilidades que la realidad y el ordenamiento jurídico ofrece. Al contrario, las reglas presentan un carácter definitivo en cuanto que establecen obligaciones y/o derechos concretos. En definitiva, los principios son razones *prima facie* y las reglas son razones definitivas, razones para acciones o razones para normas bien universales y/o individuales (p. 95 y ss.).

Otra de las vías para diferenciar normas y principios consiste en acudir a la dogmática de los derechos fundamentales. En este sentido, Alexy (1993) considera que dicha distinción supone el marco de una teoría normativo-material de los derechos fundamentales, por lo tanto, un punto de partida para contestar a la cuestión de la posibilidad y los límites de la racionalidad en el ámbito de tales derechos (pp. 81-82).

En nuestro caso, es necesaria la delimitación del significado y alcance de la inclusión educativa como principio rector de la política educativa. El sentido de las reglas de contenido educativo, en concreto del precepto constitucional que lo consagra, para estudiar las posibilidades que ofrece la dogmática jurídica en pro de la enunciación de un nuevo Derecho que satisfaga exigencias fundadas en

valores provenientes de la conciencia inclusiva que va impregnando las sociedades actuales, actuando sobre todo con el alumnado que presenta discapacidad que es el que presenta más problemas a la hora de su escolarización, permanencia en el sistema y promoción.

Con ello se cumpliría la afirmación de De Esteban y González-Trevijano (1993) de que los principios rectores son “postulados inderogables y vinculantes, inspirados en los valores constitucionales que tienden mediante su capacidad transformadora, articulada en la normativa correspondiente, a optimizar el bienestar general” (p. 298).

Teniendo en cuenta todo lo anterior, la cuestión a plantear sería acerca del lugar donde adscribir los principios rectores de la Política educativa, social y económica, y especialmente, enmarcar el principio que consiste en el disfrute de la plena inclusión educativa para el desarrollo de la persona sin ningún tipo de discriminación.

A nuestro juicio, por ser de política educativa, social y económica, los postulados del Título I, Capítulo II, Sección II y los principios del Capítulo III se adecuarían a los que expresan valores políticos. Sin embargo, dentro de éstos, nos parece evidente que el contenido de algunos de los preceptos que estos principios contienen se acerca a la expresión de valores que, si bien la política ha de garantizar, proteger y fomentar, están en un plano superior al puramente político. Así, la educación del art.27, la familia e infancia en el art.39 y las personas con discapacidad en el art. 49. Sin intención de caer en el error, estos preceptos son desarrollo y reflejo de la dignidad humana, considerada anteriormente como

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 187 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

valor básico inspirador del ordenamiento jurídico. Por esta razón, la inclusión educativa sería un principio general del Derecho constitucionalizado.

En su contenido y puesta en práctica se expresa un valor ya existente, la dignidad de la persona humana, y uno nuevo que se siente como tal en la sociedad de nuestros días, el inclusivo. De la conjunción de ambos, puede extraerse el carácter de este principio que a nosotros se nos presenta similar al de los valores superiores.

Esta afirmación es arriesgada, incluso podría parecer temeraria y presuntuosa, careciendo para algunos de fundamento. Mantenemos esta idea basándonos en lo definitivo de su contenido, pues su proyección son las condiciones de vida, pero también la vida misma expresada en la salvaguarda de las generaciones presentes y futuras en parámetros de dignidad y desarrollo. De nada servirán, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, incluso la dignidad de la persona, si no aseguramos el pleno desarrollo de la personalidad humana sin ningún tipo de distinción ni discriminación, tal y como disponen los artículos 10 y 27.2 de la Constitución Española.

3.2. LA INCLUSIÓN EDUCATIVA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA POLÍTICA EDUCATIVA.

El término principio, *principium* en latín, significa el primer instante del ser de una cosa; base, origen, razón fundamental sobre la cual se procede discurrendo en cualquier materia; norma o idea fundamental que rige el

pensamiento o conducta⁴⁹. El vocablo rector, *rector-oris*, supone que rige o gobierna.

Por ello, principio rector de la política educativa sería equivalente a lo básico, fundamental y orientador que ha de imponerse en lo referente al gobierno de las actividades educativas de un Estado⁵⁰.

Aclarado qué quiere decir la expresión principios rectores, es inmediato estudiar su alcance y significado jurídico. Como es conocido por todos los versados en Derecho, el artículo 27 de la Constitución se encuadra dentro de los derechos fundamentales, y el artículo 49 en el Capítulo III de Nuestro Texto Constitucional, de los principios rectores de la política económica y social. Incluimos este principio rector del capítulo III debido a que la mayoría de la problemática derivada de la inclusión educativa procede de la escolarización de las personas con discapacidad, tal y como ha quedado patente en la presente obra. Se estará de acuerdo en la heterogeneidad de contenidos de dicho Título I, pues agrupa, según una interpretación literal de sus preceptos, dos categorías jurídicas: aquella que se refiere a los principios rectores y la que incluye los llamados derechos fundamentales.

Respecto a los derechos de los ciudadanos nos encontramos con los derechos anteriormente mencionados: educación, familia e infancia y las personas con discapacidad. A mi juicio, además de ser un principio, también es un derecho. Así, es un derecho público subjetivo, pues de las obligaciones impuestas a los

⁴⁹ VVAA, *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia, Espasa Calpe S.A, Madrid, 1995. Vigésima primera edición, Vol. II. pág. 1667.

⁵⁰ VVAA, *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia, Espasa Calpe S.A, Madrid, 1995. Vigésima primera edición, Vol. II, pág. 1745.

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 189 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

poderes públicos, se deduce el contenido del derecho que poseen los ciudadanos frente a ellos. Para mantener dicha afirmación es necesario, en primer lugar, reconocer a los poderes públicos como expresión del Estado. También se hace necesario superar la concepción que dota de valor meramente programático a los principios rectores y exigir, si es posible, la garantía de tal derecho, pues de otra forma tendría únicamente valor declarativo.

La primera de las exigencias apuntadas se cumple con la noción de poderes públicos aceptada por la jurisprudencia constitucional en la STC 35/1983, F.J. 3, que los entiende como “todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un poder de imperio, derivado de la soberanía del Estado”.

En cuanto a la naturaleza de los principios rectores, se incluye la advertencia de que la postura mayoritaria en la doctrina los cataloga como normas programáticas de orientación a los poderes públicos, es decir normas que crean expectativas jurídicas. En definitiva, promesas legislativas, o remisiones a una legislación futura que concrete la afirmación programática. Anunciamos de antemano que no estamos de acuerdo con tal consideración por varias razones a exponer a continuación.

En primer lugar, las normas programáticas hacen depender el cumplimiento de una disposición constitucional de una futura actividad legislativa. En este sentido, Gomes Canotilho (1982), considera que las exigencias o imposiciones constitucionales de índole socioeconómica, así como las omisiones legislativas en este campo deben transformarse de garantías de regularidad jurídica a garantías democráticas. En segundo lugar, las llamadas normas programáticas son complejas en su interpretación y aplicación. Y, en tercer lugar,

su excesiva judicialización se apoya en el modelo liberal de Derecho (pp. 347 y 358).

Este no es el caso de los principios rectores, al menos el de la escolarización, permanencia y promoción del sistema educativo de las personas con discapacidad en su faceta principal porque si bien la ley que desarrolle el principio está por legislarse, existen a nivel nacional una inmensidad de leyes sectoriales que regulan los elementos educativos. Además, como se ha podido comprobar a lo largo de la presente obra, hay un notable plexo normativo e institucional a nivel comunitario y dicha materia está regulada en Tratados internacionales que por vía del artículo 96 forman parte del ordenamiento jurídico español. Junto a lo anterior, debe tenerse en cuenta que el artículo 45.3 exige el cumplimiento de las obligaciones sancionadoras a las que están sujetas los poderes públicos en el artículo 45.2.

Por otra parte, y como se tendrá ocasión de comprobar, la interpretación y aplicación del principio rector inclusivo de las personas con discapacidad no entraña complejas dificultades si se trata con visión amplia, y adoptando el método de la ingeniería constitucional.

Es decir, como apunta con maestría Lucas Verdú (1984):

“aquella parte práctica de la Teoría de la Constitución, que estudia la estructura y funcionamiento de las instituciones y órganos que configuran el poder público y los derechos y libertades fundamentales diseñados en la constitución, cuyo propósito estriba en perfeccionar o aplicar eficazmente la organización y marcha de tales órganos e instituciones y la efectividad de tales derechos y libertades para que se cumplan sus objetivos” (p. 129).

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 191 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

En nuestro caso, y como bien sigue apuntando el autor, la aplicación de este método se encamina “ex-definitione, al perfeccionamiento y cumplimiento eficaces de la organización y objetivos contemplados en nuestra Carta Fundamental” (p. 133), ajustándose de este modo al propósito que inspira esta Tesis Doctoral: dotar de eficacia real ante la jurisdicción el derecho a la inclusión educativa en la Constitución, perfeccionando así el derecho fundamental a la educación y su desarrollo digno cumpliendo así con una exigencia del Estado Social.

La aportación de Gomes Canotilho (1982) se sitúa en esta línea, y al examinar las dificultades que entraña la naturaleza jurídica de estas normas, llamadas de compromiso entre distintas fuerzas políticas, el constitucionalista portugués las critica duramente al indicar que:

“el formalismo del Estado de Derecho, tomado como indiferencia ante el contenido y abandono de los principios materiales de conformación política se sitúa en un momento posterior al verdaderamente fundamental para cualquier Constitución: el de la decisión sobre el contenido y dirección política” (p. 43).

A su entender, la consideración de los derechos económicos y sociales como normas programáticas supone la pérdida de legitimidad, bien porque se legisle de forma diferente a la línea marcada en el Texto Fundamental o porque no se realice dicho acto legislativo. Si hemos admitido el carácter normativo de toda la Constitución, es decir su fuerza vinculante, los órganos legiferantes no tienen encomendada una simple misión que pueden o no cumplir sino un deber normativo (p. 26 y ss.)

Así, distintas razones apoyan el carácter normativo y vinculante de los principios rectores. Entre ellas destacan las proporcionadas por Crisafulli (1952),

que no diferencia entre las llamadas normas programáticas y las que enuncian principios que establecen directa e inmediatamente imposiciones en el ordenamiento jurídico.

Entiende que el carácter programático es común a casi todas las normas de Derecho Positivo y, especialmente, a las de Derecho Constitucional. Por ello, establece la diferencia entre los principios actualizados y las normas programáticas en sus destinatarios. Mientras que los primeros son todos los órganos del Estado, en las segundas únicamente son los órganos legiferantes (p. 65 y ss.).

En el mismo sentido, Gomes Canotilho (1982) destaca el carácter legitimador de estas normas respecto a la Constitución material ya que afirman el carácter programático de la Constitución dirigente, democráticamente establecida y aceptada en forma de compromiso que pretende un proyecto justo (p. 21 y ss.).

No se puede pasar por alto la aportación de Lavagna (1977), que prefiere denominar estas normas como *norme di scope* diferenciándolas de las finalistas, directrices y programáticas. Para el profesor romano, las *norme di scopo* son verdaderas normas obligatorias, indican un fin que ha de alcanzarse y denuncian la ilegitimidad de las leyes que las contrarían. Así que son preceptivas desde el punto de vista impeditivo y desde el impositivo, por ser como hemos visto, mandatos dirigidos al legislador (p. 51 y ss.).

En la defensa del carácter obligatorio de los principios rectores Lucas Verdú (1984, p. 185) añade un argumento de índole política que se expresa mediante lo que denomina la presión de la opinión pública. Es decir, una exigencia del cumplimiento íntegro de la Constitución, una forma de manifestar

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 193 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

“la convicción popular de que las mal llamadas normas programáticas, no sólo han de tener valor potencial además valor impositivo, porque así lo quiere la soberanía nacional... y por consiguiente deben cumplirse”. Por otra parte, el Catedrático salmantino, indica que dichos principios pueden marcar la línea de desarrollo del ordenamiento constitucional “no sólo preservándolo de involuciones ilegítimas, sino apuntando los objetivos futuros” (p. 187).

Por todo ello, se puede argumentar sin caer en el error, que los principios rectores como los derechos que algunos de ellos enuncian suponen obligaciones conectadas con el sustrato socioeconómico de la Constitución sustancial. Así, para que se realice la correspondencia entre Constitución formal y sustancial deben imponerse como verdaderas obligaciones a los poderes públicos.

En materia inclusiva, dichas obligaciones se manifiestan básicamente en que su reconocimiento, respeto y protección informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Esto se manifiesta, en primer lugar, con la remisión que tanto los artículos 27 y 49 como el 53.3 hacen al legislador que queda obligado a su concreción legislativa. En esta situación no puede concebirse una actitud abstencionista del poder legislativo. Contemplar esta exigencia ad calendas graecas equivaldría a considerar su inexistencia.

Se puede admitir la tardanza, pero no la omisión indefinida, pues si no estaríamos ante una Constitución que no se cumple⁵¹. En este sentido se ha

⁵¹ Herrero de Miñón, en este sentido afirma que “los derechos cuya configuración se deja en manos del legislador, por mucho que éste haya de respetar su contenido esencial (art.53.1) terminan siendo, en la práctica, garantías institucionales”. Herrero de Miñón, M., “La Constitución española vista por un abogado” en *Veinte años después, la Constitución cara al siglo XII*, Taurus, Madrid, 1998 pág. 81. La regulación de la materia ambiental bajo el marco de una ley estatal concretaría de forma fácil y directa el derecho constitucional

manifestado la jurisprudencia constitucional en la STC 71/1982 cuando indica que “los principios proclamados en los apartados 1 y 3 del artículo 51, y lo que dispone el artículo 53.3, los dos de la Constitución, son previsiones constitucionales que obligan al legislador” (F.J. 13).

En segundo lugar, esta fundamentación debe servir de guía para la interpretación y aplicación de las normas constitucionales e infraconstitucionales. Dicha función supone que, ante el vacío legislativo, la garantía y protección del derecho-deber y la exigencia de las obligaciones a las que quedan sujetos los poderes públicos en materia inclusiva, se imponen en la labor hermeneútica y en la aplicación del Derecho en todos sus órdenes.

A modo de conclusión, se puede decir que el principio inclusivo, hallado en nomenclatura actual de manera implícita, tal y como ha quedado explicitado en el presente trabajo, dentro del art. 49 CE, exige un cumplimiento efectivo en cuanto parte de la Norma Fundamental y expresión directa del Estado social que se manifiesta mediante las obligaciones que la Constitución impone a los poderes públicos.

Dicho mandato constitucional, que como hemos visto supone una obligación, tiene su correlativo derecho y este es el derecho a exigir una tutela inclusiva efectiva. Con ello se está aceptando la existencia de una relación jurídica entre los poderes públicos y los ciudadanos, por la que, estos poseen unas potestades que les facultan para exigir, en la satisfacción del interés inclusivo, unas prestaciones que son el contenido de ese derecho. Es decir, al Estado, a

que todos tenemos a un medio adecuado para el desarrollo de la persona. Con ello el ordenamiento evoluciona poniéndose orden en el complejo entramado normativo que comporta la materia ambiental.

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 195 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

través de los poderes públicos, le corresponde una función de prestación frente al derecho de los particulares. Todo ello es objeto de estudio en el siguiente apartado.

3.3. LA INCLUSIÓN EDUCATIVA EN EL CONTEXTO DE LA RELACIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y VALORES.

Desde un primer momento, se debe aclarar que cuando hablamos de principios jurídicos nos estamos refiriendo a los considerados fundamentos del Derecho. Aquí existen dos concepciones que inspiran diferentes naturalezas de los principios, aunque no hay que olvidar que en los últimos tiempos, debido a su positivación, se liman diferencias entre ambas posiciones. Así, el iusnaturalismo y el positivismo se ofertan como opciones que el jurista puede elegir y que determinan una específica concepción del Derecho y sus fundamentos⁵².

“La adscripción a una u otra posición explica desde distintos criterios el orden normativo e institucional que el propio Derecho comporta. Mientras que la concepción iusnaturalista mantiene que el Derecho se inspira en un Derecho natural superior y axiológico, puede decirse que el positivismo, desde el siglo XIX, fundamenta el Derecho objetivo en su expresión legal” (Méndez Rocasolano, Martínez Rivas y Manzanares Jiménez, 2012, pp. 146 y 147).

⁵² Al decir de Atienza, “para los iuspositivistas, las afirmaciones básicas serían: 1) Que el derecho es, simplemente, el (o más bien los) derecho(s) positivo(s), entendiendo por tal los ordenamientos jurídicos vigentes en cuanto fenómenos sociales y variables históricamente; 2) Que, en consecuencia, la calificación de algo como Derecho es independiente de su posible justicia o injusticia”. Por su parte el iusnaturalismo podría resumirse en las siguientes consideraciones: 1) Que además y por encima del Derecho positivo (la ley humana) existe un derecho natural, esto es un conjunto de normas o principios válidos para todos los tiempos y lugares; 2) Que el derecho (el Derecho Positivo) sólo es tal si concuerda (al menos en sus principios fundamentales) con el Derecho natural, es decir, si es justo”. Atienza, *Introducción al derecho*, Barcelona, 1985, pp. 42 y 43.

En el tema que nos ocupa, la participación en una u otra de las posturas enunciadas es crucial, pues si optamos por el iusnaturalismo, entendemos con claridad que la función de los principios estriba en ser expresión jurídica de valores morales y/o éticos que inspiran el Derecho.

Por su parte, el positivismo se apoya en ellos para solventar la inexistencia de una norma y así, inteligentemente, se cubre la laguna de la ley. Por ello, los principios para el iuspositivista, son, principalmente, fuente supletoria de la ley, de tal modo que el principio inclusión educativa cumpliría la función de regular comportamientos que ni la ley ni la costumbre regulan.

En la aceptación común por parte del positivismo de que cualquier proposición jurídica supra o extrapositiva no es científica, encontramos distinciones que apuntan a distintas maneras de ver esta conceptualización del Derecho, que encuentra su máximo exponente en la Teoría Pura del Derecho kelseniana⁵³ (Méndez Rocasolano, 2013). Así, por ejemplo, la afirmación anterior se matiza con el positivismo sociológico de Ihering (1978), que mantiene que el Derecho es “la garantía de las condiciones de vida de la sociedad, asegurada por el poder coactivo del Estado” (p. 213).

Igualmente, para aquellos que se alistan a la teoría objetiva de la interpretación Binding, Wach y Koller (como se citó en Larenz, 1966) lo decisivo es la significación objetiva que se encuentra en la misma letra de la ley (p. 43 y ss). Bajo este punto de vista, los principios existen como imperativos cuando se hallan

⁵³ Kelsen, considera farragosa la utilización de los valores, por ende, la de los principios que a su entender “desempeñan un papel extremadamente peligroso precisamente en el campo de la justicia constitucional”. Kelsen, H., “La garantía jurisdiccional de la Constitución” en *Escritos sobre democracia y socialismo*, Editorial Debate, Madrid, 1988 pág. 142.

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 197 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

en el contenido de un texto legal. En nuestro caso, el principio inclusivo debería estar recogido en nuestra norma fundamental, por lo que además de poseer un carácter imperativo, participaría de otros principios que sí recoge la Constitución, considerada por el Tribunal Constitucional como “norma cualitativamente distinta a las demás”⁵⁴.

Frente a la situación anterior, el pensamiento dominante en derecho natural puede ser el pensamiento concebido desde una perspectiva axiológica. Los valores serán su aliento, por lo que su expresión codificada serán solo sus reclamos legales. Por tanto, la ley reconoce los valores que la transforman en norma y establecen así un sistema que le es satisfactorio. Por tanto, el orden del sistema normativo recrea el valor, lo promueve, asegura y protege, pero no lo crea porque preceden a la ley.

En vista de lo anterior, tanto las posturas representativas del positivismo como del derecho natural parecen reducir los fundamentos de los derechos al valor, aunque el primero se refiere básicamente al derecho como expresión axiológica, mientras que el segundo considera que los valores son la base del derecho.

A la hora de tratar la naturaleza jurídica de los principios, nos volvemos a situar en la posición de Lucas Verdú (1996) de un iusnaturalismo crítico

⁵⁴ STC de 31 de marzo de 1981 F. J. 3. Los principios constitucionales al ser Constitución se benefician de su carácter de Norma fundamental del ordenamiento. Así lo ha manifestado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la sentencia de 2 de febrero de 1981. F.J. 1 al manifestar que “participan de la fuerza derogatoria de la misma”

humanista y socializado⁵⁵. Partiendo del concepto de derecho que se relaciona también con la concepción del mundo y la vida, el tratamiento del principio de inclusividad puede considerarse como una expresión de valor, que se fundamenta en la existencia de derechos públicos subjetivos o subjetivos a secas, según los elementos del estado de derecho.

El punto de partida se determina sobre la premisa de que la ley es aceptada como expresión de los valores, considerando que estos considerados por la sociedad como positivos para la convivencia y que requieren de normas legales y reconocimiento institucional en un momento histórico determinado. La siguiente pregunta para su reflexión será si los principios y valores poseen características funcionales similares y, en algunos casos, resultan ser la expresión legal de estos principios y valores.

Si aceptamos que los valores pueden inspirar y promover el desarrollo del derecho, y creemos que los principios legales respaldan el derecho mismo, entonces podremos mantener esta similitud⁵⁶. Por tanto, los principios legales

⁵⁵ Sobre el iusnaturalismo crítico, iuspersonalista y comunitario cfr. Lucas Verdú, Pablo, "Dimensión axiológica de la Constitución" en *Anales de la Real Academia de Ciencias morales y Políticas*, año XLIX, nº74, Curso académico 96/97, Madrid, pp. 143 a 150.

⁵⁶ Así lo ha reconocido un extenso sector de la doctrina y en este sentido se manifiestan diversas sentencias del Tribunal Constitucional como la STC 81/1983 que utiliza indistintamente los términos principios y valores identificándolos con los conceptos jurídicos indeterminados. Aconsejo la lectura de Freixes Sanjuan, Teresa y Rremoti Carbonell, J. C., "Los valores y principios en la interpretación constitucional" en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 12, nº 35, mayo-agosto, Madrid, 1992 por su interesante aportación que muestra de forma clara y sencilla la estructura jurídica y función constitucional de los valores y principios. Respecto a la función constitucional de los valores indica que estos: 1) incorporan contenidos materiales a la Constitución; 2) tienen varias funciones: orientadora, informadora y crítica de todo el ordenamiento, en la producción e interpretación normativa; 3) delimitan el significado de las normas; 4) determinan entre sí una relación de complementariedad que no permite establecer

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 199 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

serán la expresión jurídica de valores reconocidos en interés de la sociedad, que buscan hacer que los seres humanos convivan en armonía y de una forma equilibrada.

Aceptando el contenido anterior, los principios legales revisarán, a través del dogmatismo, los medios para reconocer los nuevos valores exigidos por la comunidad o promover y proteger aquellos valores que durante mucho tiempo han sido aceptados por la misma.

Este es el quid de la cuestión: hacer un esfuerzo de *ingeniería jurídica* para poner sobre el tapete las razones y mecanismos que justifican y hacen posible cumplir el valor educativo para todos sin discriminación, a través del principio inclusivo. Si bien hemos apostado por la similitud entre principios y valores en la Constitución, observamos por una parte que los valores vienen enunciados en el artículo 1.1 y por otra, que el Texto constitucional cuenta con múltiples referencias a principios. Razón por la cual planteamos la siguiente cuestión, que no es ni más ni menos la de que si la Constitución diferencia estas dos categorías, cómo sería posible mantener la similitud apuntada⁵⁷.

jerarquías entre ellos y 5) permiten superar las posibles antinomias de la Constitución mediante su finalidad integradora.” p. 101. En cuanto a los principios consideran que:1) tienen eficacia directa; 2) permiten extraer las reglas aplicables al caso concreto; 3) su función positiva consiste en informar el ordenamiento; 4) la función negativa supone que poseen fuerza derogatoria; 5) la interpretación debe realizarse de forma complementaria e indisociable; 6) facilitan a través de su transmutación en reglas, la posibilidad operativa de una pluralidad de opciones cuya elección concreta corresponde a criterios de política legislativa” p. 104.

⁵⁷ Si aceptamos que existen una jerarquía entre los principios serían distintos los principios generales del derecho (art. 1 del Código civil); los principios que se identifican con los valores superiores del ordenamiento jurídico, libertad justicia igualdad, pluralismo político y dignidad de la persona -principios generales del derecho constitucionalizados- (art.1 Constitución); los principios rectores de la política social y

En primer lugar, debemos recordar que para algunos autores existen diferencias entre principios y valores. Por ejemplo, Hernández Gil (citado en Lucas Verdú, 1984) considera que:

“los principios generales del Derecho están dotados de cierta estructura normativa, si bien no tan desarrollada como en las normas; de ahí que puedan actuar como fuente autónoma aunque no sea esa su única función; en cambio, los valores carecen de estructura normativa, no son partes diferenciales del Ordenamiento del que constituyen su raíz, su espíritu, su fin su función” (p. 169).

No compartimos la idea anterior, en primer lugar, porque los valores tienen naturaleza normativa. En este sentido, siguiendo a Lucas Verdú (1984), podemos decir que la negación o reducción a pura orientación o interpretación de la fuerza normativa de los valores, sencillamente supone rechazar y reducir exponencialmente su esencia. Los valores son parte de la Constitución y son vinculantes, asegurando así el poder normativo de los preceptos para la defensa de los valores, que por otro lado, requieren de forma obligatoria su cumplimiento.

Su estructura normativa es la de una *metanorma*, que según Bobbio (1980), es una norma de segunda instancia, siendo su función principal regular comportamientos humanos específicos, que son comportamientos que producen normas, función esta compartida con los principios. En este sentido, hay que resaltar que los principios generales del derecho estipulados en el artículo 1 del Código Civil son una fuente supletoria de derecho y se aplican como tales en ausencia de leyes o costumbres.

económica, (Capítulo III del Título I), demás principios *infra* y *extra* constitucionales y aquellos denominados del derecho positivo que a pesar de no expresar valores están reconocidos por el mismo

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 201 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

Igualmente, el carácter informador del ordenamiento jurídico fortalece dicha función inspiradora de normas, a las que Farias (1981) atribuye un *carácter de fecundidad*, pues insuflan su espíritu y fundamento (p. 161 y ss.). En esta línea se manifiesta también el Tribunal Constitucional al mantener que “los principios generales del Derecho, incluidos en la Constitución, tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico -como afirma el art. 1.4 del Título Preliminar del CC- que debe así ser interpretado de acuerdo con los mismos” (STC 4/1981 de 2 de febrero, F.J. 4).

Por otra parte, no debe hacerse una interpretación excesivamente literal de dicho artículo, pues ésta nos llevaría a mantener que sólo los valores contenidos en este primer artículo son los superiores del ordenamiento jurídico y por tanto se dejaría a parte el esencial valor de la dignidad de la persona enunciado en el artículo 10.1 CE, del que la jurisprudencia constitucional, junto con la doctrina, no duda que es “un valor jurídico fundamental”⁵⁸.

Como dice Lucas Verdú (1984), el art. 1.1. CE, no menciona la dignidad de la persona, pues los constituyentes pretendían marcar distancia con el anterior régimen y para ello, según sus palabras:

“parece lógico que en ese momento de refundar el Estado, que los redactores incluyesen una norma que inaugurase, con alcance significativo, el Título I “De los derechos y deberes fundamentales y este precepto es el art.10.1 que versa sobre la dignidad de la persona” (p. 107).

Con independencia de su redacción en el artículo 10.1 CE, la dignidad de la persona es un valor, y lo es no sólo porque “es expresión del *telos*, la finalidad última a la que aspira la Norma Fundamental” (Méndez Rocasolano, Martínez

⁵⁸ STC 53/1985, de 11 de abril, F. J. 3.

Rivas y Manzanares Jiménez, 2012, p.150), sino porque en ella se cumplen las notas que caracterizan a los valores. Es “una afirmación fundamentadora y fundamental, inspiradora del Derecho y posee luz interpretadora⁵⁹” (Méndez Rocasolano, 2013, pp. 7 y 8)

Por tanto, es evidente que la dignidad humana, como los valores superiores, participa de las tres funciones tradicionalmente atribuidas a los principios jurídicos: "fundamento del orden jurídico", "orientadores de la labor interpretativa" y "fuente en caso de inexistencia de ley o costumbre", demostrando así que son funcionalmente similares.

García Canales (1989) da las siguientes razones que justifican la asimilación entre principios y valores en la función inspiradora del Derecho. En primer lugar, establece que ambos operan en el mismo ordenamiento jurídico “un ordenamiento que tiene que adecuarse a la norma de contraste constitucional, en la que ya figuran los valores y principios con carácter constitutivo de la nueva realidad, del orden jurídico para el futuro”. En segundo lugar, los valores y los principios expresan los enunciados más generales del ordenamiento. Por último, algunos valores se concretan en un principio y otros tienen una conexión con afirmaciones constitucionales considerados como principios (p. 153). Beladiez

⁵⁹ Siguiendo a D. Pablo, su carácter fundamentador se observa claramente en el artículo 10.1 *in fine* “la dignidad de la persona...son fundamento del orden político y de la paz social”. Asimismo, la nota inspiradora se aprecia en el Preámbulo cuando indica que la decisión de la Nación española, soberana, es de “promover el progreso de la cultura y la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida”; igualmente cuando se refiere el constituyente en el artículo que la consagra (10.1 CE) a “los derechos inviolables que le son inherentes”. Finalmente, su función interpretativa es está tácitamente consagrada en el segundo apartado del art.10 CE que remite la interpretación de los derechos fundamentales a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos internacionales que sobre materia de derechos y libertades fundamentales estén ratificados por España. Lucas Verdú, Pablo, *Ibidem*.

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 203 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

Rojo (1994), tampoco diferencia estos dos conceptos, en el sentido apuntado, pues al referirse al conflicto entre principios hace una referencia directa al “sentir jurídico de la comunidad” (pp. 128 y 129). Volviendo a los preceptos de apertura constitucional, los registros que deja servirán de guía para esclarecer el sistema legal. Es decir, además de la dignidad, libertad, justicia, igualdad y pluralismo político.

En otras palabras, los valores equivalentes a los principios generales del derecho tienen rango constitucional, y por ello, además de eficacia interpretativa, se les reconoce eficacia normativa (pp. 130, 132 y 133).

En lo que toca a la inclusión educativa y su expresión normativa correspondiente a la de un principio, se puede observar que en ella se verifica la expresión axiológica de la vida que interpretada desde el parámetro de la dignidad de la persona en relación con la educación expresa el valor inclusivo. A continuación, nuestra meta consiste en explicar cómo ese valor inclusivo sirve de fundamento al derecho a la educación.

3.4. DEFENSA DE LA EDUCACIÓN INCLUSIVA COMO DERECHO.

De la lectura del trabajo se ha podido deducir la apuesta por el reconocimiento del derecho a la inclusión educativa, superando el carácter programático adscrito a la inclusión como simple principio rector hasta que no haya una ley que lo desarrolle y reconozca tal naturaleza. Es evidente que tal norma dejaría esclarecida la naturaleza de la inclusión educativa como derecho. Pero actualmente ésta parece que es un deseo, una entelequia que provoca un impulso decidido a agudizar el sentido jurídico en busca de argumentos que mantengan hoy la existencia de un derecho a la educación inclusiva.

En esta línea, en primer lugar, se ha superado el obstáculo que nos presentaba la indeterminación del concepto de inclusión y su diferenciación de la integración, concepto que ha prevalecido en la normativa de todos los ámbitos hasta hace pocos años. Así entendemos que es aquello circundante a todo el alumnado, constituido y condicionado por una serie de factores diversos que hacen posible una vida digna que garantice el desarrollo pleno de la personalidad humana.

Además, se ha puesto de manifiesto la existencia de valores y principios que con carácter normativo están recogidos en la Constitución y se dirigen a poner al Derecho y al Estado al servicio del hombre. A través de ellos se concreta el deber ser de los nuevos tiempos y por ello, el valor inclusivo en educación y en todos los demás aspectos de la vida, se debe convertir en un ser valioso y exigente que demanda que al hombre le sea reconocido y tutelado el derecho a la inclusión educativa como un desarrollo del derecho a la vida y a la dignidad que le corresponden innatamente por ser persona.

Si bien se han revelado las razones de derecho positivo, como ya se señaló anteriormente, es una herramienta útil en la práctica jurídica, sin embargo, insisto en la posición jurídica de tratar el derecho como un quehacer y comportamiento humanos. Recasens (1971) afirmó que responde a los estímulos e incitaciones procedentes de las necesidades sentidas, orientándose a unos determinados fines a partir de ellas (p. 167).

Meridianamente clara quiero manifestar mi adscripción al iusnaturalismo donde cobran sentido las palabras de Vechio (1979) “una idea preliminar se encuentra implícita en todas las doctrinas del jus naturae: que el Derecho

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 205 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

responde a una necesidad del hombre y es inseparable de la vida humana Ubi homo ubi jus" (p. 76).

En esta posición, se considera que el Derecho influye y significa la manifestación de realidades sociales cambiantes, mientras que la influencia de nuevos valores que son fruto del desarrollo, como la ciencia, tecnología, arte y, en última instancia, provocan que las leyes cambien. La ley debe actuar sobre estas nuevas realidades, priorizarlas y reconfigurar las realidades sociales en realidades sociales disciplinadas. Estas reglas deben establecer parámetros de comportamiento que se adapten a la naturaleza humana.

El Derecho, respecto a la naturaleza humana se despliega en dos visiones, a saber: "la naturaleza de los seres humanos cuya vida norma, y la naturaleza de la realidad circundante que condiciona la vida de esos seres humanos, los cuales utilizan los recursos de ella". Ciertamente que estas palabras de Recasens Siches (1971, p. 235) no se refieren al medio sino al convivir del hombre en la sociedad, pero son perfectamente ajustables al tema que nos ocupa.

Es de todos conocido que el medio condiciona la vida humana y por esta razón, con independencia del contenido de la norma positiva, sin importar la existencia o no de garantía en el Derecho codificado, siendo irrelevante que se adapte o no a los conceptos de la dogmática existente y sin que condicione la jurisprudencia al respecto: la inclusión educativa, es hoy en día expresión de un valor de equidad y ha de protegerse; a través de esta se pone de manifiesto la dimensión natural del hombre, como especie que desarrolla su naturaleza dentro de la Naturaleza y al Derecho le toca reconocer al hombre la protección de dicha situación frente a las agresiones que pueda sufrir.

Esta necesidad no es nueva, algunos juristas aventajados ya la percibieron, como Ernst Von Hippel (citado en Recasens Siches, 1971), que sostiene que un ordenamiento que no preste atención a las necesidades naturales del hombre, no puede positivizarse o no se mantiene durante mucho tiempo (p. 277). En el mismo sentido, Rudolf Muller-Erzbach (citado por Recasens Siches, 1971) mantiene que “sólo puede desarrollarse y vivir lo que viene dado por las mismas necesidades de la vida, y tiene en cuenta tanto los intereses en su conjunto, como las posibilidades vitales y la capacidad humana de poder” (p. 277).

En conclusión, la realidad humana está viva, se desarrolla, cambia. Como diría Ortega (1950), es un drama que acontece y el sujeto a quien le ocurre tal no es cosa aparte y antes de su drama sino es función de él. Mejor que el hombre es, el hombre vive (pp. 311 a 314).

Dentro de esta realidad humana viva, el Derecho no puede sujetarse a conceptos ni a normas dictadas para un tiempo concreto, que hoy ya no es. La realidad humana y por ende la realidad social está en un imprevisible desarrollo constante. El positivismo estricto, el razonamiento conceptual, no sirve para construir un derecho adecuado a esa realidad humana y social que hoy demanda cambios en los ordenamientos jurídicos. “El límite de tales métodos ahoga expectativas jurídicas que son realidades sociales. Se produce un vacío entre la realidad y la norma. Se dejan sin contenido y sin protección pretensiones jurídicas a las que se tiene derecho” (Méndez Rocasolano, Martínez Rivas y Manzanares Jiménez, 2012, p. 152).

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 207 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

Hay que contemplar con humildad la obtención de una pauta con la que trabajar: la realidad varía y el Derecho debe variar. De otra manera los conceptos y categorías jurídicas no se corresponden con esa realidad que pretenden ordenar⁶⁰.

Por todo ello, se puede mantener que la inclusión educativa posee naturaleza de derecho, pues si no caigo en el error, creo que la situación social y natural lo demanda. Las razones por las que puedo mantener esta posición son fundamentalmente las siguientes: en primer lugar, asistimos a una progresiva concienciación inclusiva, que va superando las originarias concepciones de los ordenamientos jurídicos que concebían la materia sobre la que se discute en este trabajo como un principio que debía respetarse, o como un derecho social de contenido declarativo.

Dicha conciencia ha obtenido un reflejo jurídico a todos los niveles, internacional, europeo y nacional, donde se reconoce la necesidad de una mayor inclusión educativa. En nuestro caso, la referencia literal que hace la Constitución a la materia educativa “todos tienen derecho a la educación” y el derecho a la

⁶⁰ Otra vez toman fuerza las palabras de Del Vecchio que en tono apasionado mantiene, yo me sumo: “Existen en la vida relaciones que, verificándose entre diversos sujetos e implicando una correlación de sus voluntades, tienen carácter jurídico, si bien les faltan algunos elementos exigidos por las leyes positivas para su validez. Y como tales relaciones son reales y surgen con ocasión de aquellas mismas exigencias reconocidas y consagradas por las normas jurídicas positivas, no pueden ser simplemente ignoradas por estas, ni colocadas sin más en la categoría de lo ilícito, sino que deben ser reconocidas de algún modo en cuanto a su existencia y en cuanto a los efectos que normalmente producen. Adviértase en esto la labor incesante y la crisis perpetua del derecho positivo, que, teniendo necesidad de una base dogmática para sostenerse, es conducido por la naturaleza misma de las cosas a superar en cierto modo sus propios dogmas, para reunir en una más amplia esfera de verdad aquellos principios de donde ha surgido y que permanecen, en sí mismos, inagotables” *Ibidem* p. 122.

integración de las personas con discapacidad, art. 49, expresan rotundamente dicho carácter. Además, una visión sistemática del Título I demuestra que incluye en su haber “Derechos y deberes fundamentales” y el derecho a la inclusión educativa puede concebirse como tal.

Por último, ni la reserva del art. 81 a ley orgánica, ni la especial protección dispensada a los derechos del capítulo II justifican la inexistencia de derechos subjetivos en el capítulo III. La limitación del artículo 53.3 se refiere a los principios rectores y no a los derechos fundamentales contenidos en dicho capítulo. Asimismo, el recurso de amparo, procedimiento de máxima garantía que ofrece el ordenamiento, está dirigido a proteger este tipo de derechos a los que el artículo 53.2 otorga una naturaleza de *numerus clausus*. Como se sabe, esta lista cerrada se supera tímidamente con la cláusula de apertura del artículo 10.2 junto con el artículo 96. La interpretación conjunta de ambos preceptos, posibilita el reconocimiento de nuevos Derechos Fundamentales consagrados en Tratados y Convenios internacionales válidamente ratificados.

En otro orden de cosas, debemos también tener en cuenta que es posible la conexión de algún derecho con los *amparables*. De tal forma que mediante esta conexión se protegen por vía de amparo también otros derechos que no pertenecen al Capítulo II. Así, se tutelan con máximo rango derechos a los que no les corresponde tal protección.

Ello ocurriría en el caso del derecho de integración de las personas con discapacidad cuando el perjuicio del mismo ocasione daño a la vida, a la salud, o integridad de las personas. En estas situaciones el derecho a la inclusión educativa adquiere perfiles de derecho fundamental.

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 209 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

Así, existe un objeto protegido y un contenido del derecho. El objeto viene definido en la Constitución como el derecho de todos a la educación y la integración de las personas con discapacidad. Dicho objeto presenta un derecho reaccional, tal y como proclama Escobar Roca (1995), que sólo cobra sentido cuando es vulnerado.

En cuanto a su contenido, se refiere a la conservación del proceso vital del hombre en aquellas condiciones y con tales caracteres que garanticen y aseguren la supervivencia de la especie humana con la dignidad que le corresponde a la persona. Nótese que no sólo nos referimos a la supervivencia biológica, hemos adjetivado tal supervivencia con el vector de la dignidad que corresponde a la humanidad.

Hemos comprobado que nos pueden asistir múltiples razones que justifican la existencia del derecho a la inclusión educativa. Toca ahora explicar donde este derecho enunciado encuentra su fundamento para luego determinar cuál es su naturaleza. A nuestro juicio, varía manifestándose como un derecho subjetivo, un derecho público subjetivo o en algunos casos como un derecho fundamental de la persona. Ello depende de los elementos de la relación jurídica que medie entre el sujeto activo y el pasivo de este derecho.

A continuación, se pondrá el acento en la fundamentación axiológica del derecho a la inclusión educativa y posteriormente realizaremos un examen de este derecho, observando en cada una de las categorías mencionadas si concurren todos sus elementos.

La pretensión es decir si existen y en caso afirmativo cómo se manifiesta la relación jurídica que ha de mediar entre los sujetos y el objeto, los sujetos de la relación jurídica y el objeto del derecho.

3.5. FUNDAMENTACIÓN AXIOLÓGICA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA PARA EL DESARROLLO DE LA PERSONA.

En el desarrollo de este epígrafe se sigue la Teoría tridimensional de Recasens Siches (1981), por la que el Derecho posee tres manifestaciones entrelazadas entre sí. Estas tres manifestaciones son hecho, norma y valor.

“El derecho es un hecho, una obra humana, estimulada por la conciencia de unas necesidades en la vida social, obra producida bajo la forma normativa; y que en su función para satisfacer esas necesidades intenta hacerlo de acuerdo con la realización de unos valores específicos” (p. 40).

Al vincularme a la premisa anterior, para situarnos en el tema, realizaré algunas reflexiones iniciales sobre la *dinamogénesis* de los valores y el Derecho, teoría promulgada por mi maestra Dña. María Méndez Rocasolano. Con *dinamogénesis* de los valores y el derecho (Méndez Rocasolano, 2014) nos referimos a un proceso de mutación constante en el tiempo protagonizado por los valores y que puede resumirse en las siguientes etapas.

La primera de ellas sería el conocimiento-descubrimiento de los mismos por la sociedad. La segunda la constituye la posterior adhesión social a los mismos y la consecuencia inmediata. La tercer y última sería la concreción de los valores a través del derecho en su producción normativa e institucional (pp. 21-25).

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 211 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

Su estudio ayuda en la comprensión del proceso sobre el cual puede apoyarse la existencia del derecho a la inclusión educativa. Este camino se inicia pues, tal y como dice Balabastro Reguera (1958), resaltando la importancia de los factores sociales, en cuanto “laboratorio humano que da los instrumentos y la materia prima para las construcciones jurídicas de los pueblos” (p. 2).

Apoyando la visión de Elías Díaz (1982), creemos que el derecho es absolutamente necesario y debe extenderse también a otros ámbitos como la Sociología y la Filosofía del Derecho, en lugar de vincular intuitivamente la validez del derecho con la validez o legitimidad del mismo. En lugar de pretender que la norma se someta a consideraciones sociológicas y filosóficas, es necesario poner en valor que la norma sólo puede entenderse plenamente como acumulativa cuando se investiga y analiza el verdadero trasfondo sociológico de sus valores e intereses.

Por lo tanto, los juristas deben considerar estos tres niveles, no solo participando en el proceso de desarrollo de la creación normativa, sino también participando en el nivel práctico de la aplicación y realización del Derecho positivo. Esto es así porque a juicio del autor

“la norma jurídica aparece en relación con una determinada realidad social- que le sirve de orden y sobre la cual, a su vez aquella opera -y en relación con un determinado sistema de valores- que orienta a esa normatividad y pretende, en cada caso, servirle como fundamento y razón legitimadora” (pp. 125 y 126).

Partimos pues de una explicación causal de los valores, ya que localizando la causa se puede delimitar qué efectos se pretenden, cuál es el objeto y la

finalidad con la que se conciben⁶¹. En este sentido, el valor equidad, del que deriva la inclusión, lo entendemos como capital y básico, elemento necesario y anterior a la existencia del derecho a la educación, que en definitiva ha de ser expresión y concreción de aquél.

Una aproximación a un concepto descriptivo de valores nos llevaría a considerar que son aquellas entidades que fundamentan e inspiran a una sociedad y apuntan a los fines a los que aquella tiende, imprescindibles para su existencia⁶².

⁶¹ En este punto es interesante la lectura de las páginas que tratan del origen de los valores y la política, la referencia que hace a Kant, el acercamiento a Max Scheller y la alusión a la filosofía del lenguaje moral en Cervantes Jáuregui, Luis, *Los valores políticos (Reflexiones acerca del vínculo entre la ética y la política)*, Edit. Benemerita Universidad Autónoma de Puebla; Dirección General de Fomento Editorial, México, 1991, pp. 205 a 226.

⁶² Es menester resaltar que es reciente el uso del término valor, tal y como lo estamos estudiando. En la época grecorromana y medieval este término sería equivalente al de *bonum* y la expresión valor era utilizada principalmente dentro de la dimensión económica. El término valor posee distintos significados según la rama del conocimiento que examine esta voz. Puede referirse a intereses, gustos, deberes, obligaciones morales, atracciones, placeres etc. Aquí recogemos algunos ejemplos. Valor, con una acepción muy general recogida en Moliner, María, significa "la cualidad de las cosas que valen, o sea, de las cosas que tienen cierto mérito, utilidad o precio". *Diccionario del uso del español*, Gredos, Madrid, 1990, p. 1435. Desde el campo de la sociología los valores son concepciones de lo deseable que influyen y determinan el comportamiento selectivo. Así los valores regulan "la satisfacción de los impulsos de acuerdo con toda la serie de objetivos jerárquicos y duraderos de la personalidad, con la exigencia de un orden por parte, tanto de la personalidad como del sistema sociocultural -el subrayado es mío- y con la necesidad de respetar los intereses de los demás y del grupo en su conjunto en la vida social Kluckhohn, Clyde, "Values and Value-orientations in the Theory of Action: An Exploration in Definition and Classification" en *Toward a General Theory of Action*. Directores de la edición Talcott Parsons y Edward Shils, Harvard University Press, Estados Unidos de América, 1951, p. 399. En la economía es frecuente la utilización del concepto de valor que se entiende generalmente traducido a términos monetarios. En algunos tipos de análisis económicos por valor se entiende "la posición relativa de un bien en un orden de preferencia; cuanto más alta es su posición más alto es su valor" Kuhn, Alfred, *The study of society: A unified approach*, Homewood, Illinois Irwing, 1963, p. 266. La antropología

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

Entonces, queremos saber si estas entidades son absolutas e inmutables. Si insistimos en llevar a cabo estos dos registros, y también incluimos el carácter atemporal de la teoría de los valores, entonces concluiremos que son imposibles de lograr, no existe posibilidad de cambio en ellos y desde siempre existen. En este sentido Windelband, neokantiano badense, expresa claramente que los valores poseen validez absoluta, pertenecen a un reino inmutable y eterno y como elementos culturales, no existen, sino que valen. El valor de cada sociedad depende de un sistema cultural, y dicho sistema se realiza a través de normas o estándares ideales que representan los denominados deberes culturales⁶³.

moderna y contemporánea también se ha hecho eco de los factores axiológicos y así aparecen las nociones de *pautas culturales dominantes* de Ruth Benedict, la idea de *foco cultural* de Alfred L. Kroeber y el concepto de *temas culturales* tratado por Morris E. Opler. En lo que se refiere a la Ciencia política, sólo hace falta mirar a la realidad que estamos viviendo para mantener que los valores están siendo tenidos en cuenta para explicar el comportamiento y la vida política. Cito por Robin M. Williams, J.R., "valores" en *Enciclopedia Internacional de las ciencias sociales* Dirigida por David L. Sills. Vol X, Aguilar, Madrid, 1984, pág 607 a 611. Para un estudio más completo ver "Sistema de valores " de Ethel M. Albert en la misma obra. Alexius von Meinong, en *Psychologische-etische Untersuchungen zur Werttheorie (1894)* recaba para la Filosofía la investigación de los valores que como hemos indicado tradicionalmente habían sido objeto de estudio de la economía. Se preocupa de analizar la esencia de lo digno partiendo del dato empírico que le aportaba la relación valor- necesidad Cit por Herrera Figueroa, M., En torno a la *filosofía de los valores*, Ed. Richardet, Tucuman (Argentina), 1954, p. 13. Nótese que lo común a todos ellos es que los valores se corresponden con el comportamiento selectivo. A partir de ellos se selecciona, y lo escogido cobra valor, es valioso, que es sinónimo de efectividad. María Moliner al definir efectividad considera que es aquella "aptitud de una cosa para producir un efecto" y pone el siguiente ejemplo: cuando decimos estos papeles no tienen ningún valor, estamos diciendo estos papeles no tienen eficacia.

⁶³ Windelband, siguiendo a Lotze, elabora desde el historicismo de las ciencias culturales el concepto de valor cultural. Para el eticista de badense la fuente de la que brotan los valores es la historia. El devenir histórico de la humanidad pare con esfuerzo los valores. Por ejemplo, el valor justicia social fue desconocido hasta la segunda mitad del siglo XIX. ¿Esto significa que en ese momento se creara un nuevo valor? Lo que ocurre es que el valor Justicia cobra una nueva dimensión, la social, que no sin forcejeos, nace con vocación de impregnar, de imponerse a la sociedad. Cuando la sociedad se adhiere al

Desde la concepción axiológica antes mencionada, aceptamos plenamente que los valores son elementos culturales, pero no estamos de acuerdo con el resto de la argumentación, ya que, en nuestra opinión, los valores están estrechamente relacionados con los conceptos sociales y, por tanto, son relativos, variables e históricos, porque los valores son lo que expresa Hyde y nosotros nos adherimos, concepto de relación y no de esencia⁶⁴ para construir y motivar a la sociedad.

En este punto, podemos realizar dos aportaciones interesantes. La primera es que el valor en la sociedad está incorporado en la cultura, por lo que, en este sentido, la cultura será la realización del valor en la sociedad y la ley y el Derecho supone la concreción del valor en esta. Por lo tanto, como forma de expresión cultural, la ley es un medio para establecer e iluminar derechos y obligaciones⁶⁵.

Recordemos que la axiología⁶⁶, dentro de la óptica jurídico-social, surge en el siglo XIX debiendo su estructura sistemática al presente. Fue mantenida por

valor justicia, resultado de la brega y los esfuerzos de la colectividad surge, se descubre un "nuevo valor".

⁶⁴ Al aceptar que los valores expresan la cultura de cada pueblo, podemos decir, que lo justo para un pueblo puede ser injusto para otro. La realidad así nos lo muestra en el caso de la pena de muerte, que está aceptada como sanción en el ordenamiento jurídico de algunos estados de la República estadounidense, mientras que para los ordenamientos europeos es inaceptable pues el valor de la vida se impone sobre todo y sobre todos.

⁶⁵ En el mismo sentido se manifiesta Radbruch al decir que "el concepto de Derecho es un concepto de una realidad referida a valores, una realidad cuyo sentido consiste en estar al servicio de los valores. El Derecho es la realidad que tiene el sentido de servir al valor jurídico, a la idea de Derecho. El concepto de Derecho está pues, predibujado en la idea del Derecho" Radbruch, G., *Filosofía del Derecho*. Trad. José Medina Echevarría, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1933 p. 44.

⁶⁶La axiología se define como aquella disciplina que estudia la relación entre el sujeto su juicio de valor y el propio valor. Según Lucas Verdú en *Estimativa y política constitucionales* puede aplicarse al Derecho hablándose de axiología jurídica. Se considera que el sujeto, el juicio de valor y el propio valor se toman en su dimensión social, p. 22. En el mismo sentido se manifiestan Crzegorzcyk, Christophe, *La théorie générale des valeurs et le droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1982, p. 38 y Larenz, K., *Metodología*

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

Leibniz, desarrollándose a través de los trabajos de Meinong y su discípulo Ehrenfels.

Las escuelas kantianas en sus dos ramas, la del logicismo idealista de Marburgo, y principalmente la eticista de Baden a través de Windelband y Rickert, ambos aportaron elementos capitales de la actual sistemática de la axiología. En cuanto a la moderna Filosofía material de los valores, inspirada en la fenomenología husserliana, mediante Máximo Scheller y el inicial badenista Nicolas Hartman, desarrolló en los años veinte y treinta en Alemania teorías valorativas que han influido en el desarrollo de la materia. En esta línea no hay que dejar de lado las consideraciones sobre la ciencia fundamental de los valores de Heyde que a juicio de Hesse fueron destacadas aportaciones para iluminar el concepto de valor⁶⁷.

Tras esta breve descripción localizadora del tema, siguiendo a Lucas Verdú (1984), nos podemos situar en la premisa que entiende que los valores dependen íntimamente del hombre, de su situación vital, de sus relaciones con otros hombres. Así las cosas, cuando el Derecho regula la conducta de la comunidad humana reflejando a través de normas e instituciones el orden axiológico, aparece el deber ser valorativo, el *Geistensollen von Werten* (p. 19)

de la ciencia del derecho. Trad. Marcelino Rodríguez Molinero, Ariel, 2ª edición, Barcelona-Caracas -México. En contra del relativismo axiológico Brecht, A., *Teoría política. Los fundamentos del pensamiento político del siglo XX*, Ariel, Barcelona, 1963 pp. 166 y ss. y Radbruch, G., ob Cit.

⁶⁷ Hemos querido hacer una brevísima referencia a algunas de las principales aportaciones que sobre la dimensión axiológica se han hecho. Somos conscientes de los grandes nombres que nos hemos dejado en el tintero Hessen, Stern, Messer, Ortega y Gasset, Reale, Heidegger, etc., para recabar bibliografía sobre estos últimos y los citados en el texto vid. Herrera Figueroa, M., *En torno a la filosofía de los valores*, Ed. Richardet, Tucumán (Argentina), 1954, pp. 10 a 33.

Por tanto, el Derecho tiene comportamientos acordes con los valores, e incluso los proyecta y rechaza, castigando comportamientos contrarios al valor o que se oponen a la propia naturaleza de los mismos. Dicha tesis es la sostenida por Nawiasky (1945) que mantiene que el Derecho pertenece al mundo de las representaciones humanas y regula la conducta de los hombres en sociedad. Sus comportamientos sociales (sein) deben ajustarse a unas determinadas exigencias que son el contenido del deber ser (sollen)⁶⁸. Creemos que los valores son elementos prejurídicos y metajurídicos que restringen e impulsan condicionan al Derecho reflejo condicionante y poderoso del sentir axiológico de una sociedad.

De forma esquemática, lo anterior fundamentaría su explicación en que el universo de los valores posee innumerables aristas, dependiendo del tipo de valor, así estéticos, como la armonía, belleza, equilibrio; éticos como la equidad, bondad; jurídicos como la justicia, igualdad. Existe así entre ellos una íntima relación, siendo un ejemplo de valor ético y jurídico la libertad.

En este caso, el valor sigue siendo el mismo. No son todavía porque no sienten, no valen. Se encuentran en el sistema a nivel presociojurídico y metasociojurídico. El buen espíritu de algunas personas puede hacerlos intuitivos y reconocerlos, pero hasta que la conciencia social los reconoce, son únicos y efectivos para quienes los sienten. Este mundo axiológico es posible representarlo con un círculo. Recordemos que, desde el principio de este trabajo, aunque corregido nos estamos situando en una postura antropocentrista, y por esta razón

⁶⁸ Dicha tesis se aplica respecto a la Teoría General del Derecho en Nawiasky, H., *Allgemeine Staatslehre. Erster Teil Grundlegung*, Verlagsanstalt Benziger & Co, AG. Einsiedeln-Köln, 1945. Respecto a la Teoría General del Estado Cfr. Nawiasky, H., *Allgemeine Rechtslehre. System der Rechtlichen Grundbegriffe*, Verlagsanstalt Benziger & Co, AG. Einsiedeln-Köln 1941.

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 217 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

obligatoriamente entendemos que el epicentro de ese mundo axiológico es el hombre.

Así, se produce la relación entre los valores de libertad, jurídicos, estéticos y éticos con el mundo de los valores. El ser humano, teniendo aceptado su limitación de la existencia, pero también su potencial de transcendencia, tiende a realizar y conseguir en soledad o en sociedad los valores. De esta forma quien pretende alcanzarlos se acerca a la perfección cuando la virtud supera su naturaleza falleciente.

Del mismo modo las sociedades, que, en definitiva, son agrupaciones humanas cuando tienden a ellos. Así, Kirchheimer sostuvo que la democracia es una comunidad de valores y Triepel (citado en Lucas Verdú, 2001) anunció los riesgos de la desvalorización del Estado desvalorizado al referirse al régimen nacionalsocialista⁶⁹.

La tensión que se produce entre la naturaleza extinta del ser humano y su superación suponen esfuerzos tanto a nivel personal como social. Ihering, maestro alemán, recoge a nuestro juicio con acierto esta tensión mencionada que se resuelve convirtiendo al Derecho en el elemento principal para su superación. Esta lucha constante se convierte en una batalla por conseguir la justicia, es decir, la concreción de los valores⁷⁰.

⁶⁹ Lucas Verdú y Lucas Murillo de la Cueva, se manifiestan en este sentido en el *Manual de Derecho Político. Vol.1: Introducción y Teoría del Estado*, al indicar que “la concepción formalista kelseniana conduce por su indiferencia ante los valores a la indefensión de la democracia ante sus enemigos como ocurrió en Weimar” p. 25

⁷⁰ La presencia de conceptos irracionales como el del sentimiento es frecuente en la axiología así Meinong considera que los objetos son dignos cuando estos satisfacen las necesidades, es decir, son útiles. Por lo tanto, parece que el valor depende de la utilidad.

El círculo que expresa el mundo axiológico se halla ordenado y limitado. Los valores han adquirido una nueva imagen correspondiente a la adaptación de los originales al nuevo entorno social, además de que han surgido nuevos valores. Cuando se perciben los valores, el mundo axiológico subyacente se vuelve real, siendo en ese momento cuando los grupos sociales los demandan y nacen a la realidad. Los valores que la sociedad se impone a sí misma valen la pena, mientras que los valores que rechaza se ignoran.

La razón por la que hablamos de sentimiento axiológico es porque la sociedad cree que el orden de valor define su sentido emocional, por eso lo siente. En caso de peligro, lo defenderá con entusiasmo para protegerlo⁷¹. Expresamos así este sentimiento social axiológico con la forma de un pentágono circunscrito en un círculo que reflejaría el mundo axiológico. El texto constitucional define claramente los valores superiores del ordenamiento jurídico que se encontrarían

No es el deseo lo que configura al valor, sino que se desea lo valioso. Existe pues una diferencia entre el valor en sí y el sentimiento de valor. El valor en sí sería objetivo y absoluto mientras que el sentimiento de valor es subjetivo y relativo, el sentimiento valorativo supone en definitiva que una cosa, que, por útil, tiene valor para un sujeto valorante. En este sentido coincide con Heyde cuando éste sostiene que el valor es "subjetivo y relativo sin perjuicio de poder hablar de un objetivismo axiológico (recuérdese la diferencia entre el objeto de valor y el valor del objeto). Para Meinong, como acabamos de ver, no todo es valor, sólo aquello que surge cuando interviene el juicio. De esta manera los valores son "esencialmente subjetivos y absolutamente variables de los sujetos". Reduce el valor al sentimiento aceptando los estados intelectuales que estrechan la tensión entre el contenido objetivo y subjetivo de valor. Su discípulo Christian Baron de Ehrenfels (*System der Wertheorie*) considera que el valor se encuentra en "relación entre el objeto y el sujeto que desea un objeto" y por lo tanto la dimensión valorativa no depende solamente de la intensidad con la que se valore la existencia de objeto, sino también de la intensidad del sentimiento que se une a la ausencia del objeto. Herrera Figueroa, M., *En torno a la filosofía de los valores*, Richardet, Tucuman, 1954, pp. 14 a 16.

⁷¹ Ello se pone de manifiesto en los mecanismos de defensa de la Constitución, (por ejemplo, el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad) como expresión normativa cuyo dictado expresa los valores de convivencia de la sociedad española.

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 219 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

en la cúspide del pentágono, esto es, libertad, justicia, igualdad y pluralismo político, y por encima de todos ellos, la dignidad de la persona, porque el protagonista sigue siendo el ser humano.

Cabe preguntarse por qué se ha introducido dentro del ámbito social un elemento jurídico, y además, por qué se han considerado los valores superiores enunciados en la Constitución como los definatorios del sentimiento axiológico de la sociedad española. La respuesta es simple, en términos jurídicos, entendemos que el texto constitucional representa de forma clara y precisa la expresión del sentir social.

Por tanto, al tratar la Constitución como expresión normativa de los sentimientos sociales, los valores que se consideran superiores en el sistema jurídico también se convertirán en valores que expresan los sentimientos de la axiología social. En este sentido, el Tribunal Constitucional español no dudó en considerar la Constitución Española como un orden de valores⁷².

Retomando las consideraciones iniciales, llegamos a la aceptación de que el Derecho se corresponde con las representaciones humanas que se refieren a la convivencia humana en sociedad. La cuestión ahora es cómo se lleva a la práctica y se resuelve la lucha por el Derecho. La respuesta vuelve a ser sencilla, a través del ordenamiento jurídico, que ha de reflejar el sentimiento axiológico de la sociedad concretándolo en normas.

Ocurre que las sociedades actuales son, en gran medida como bien apunta Lucas Verdú (1984, pp. 20 y 21), sociedades abiertas, “donde el Derecho se desarrolla a través de fuerzas espirituales.... donde se tienen en cuenta

⁷² SSTC 8/1983 de 18 de febrero; 67/ 1982 de 15 de noviembre; 35 /1987 de 18 de marzo

estimaciones con carácter jurídico integrador que brotan de un debate libre dentro de la sociedad". Por ello, el Derecho regula la convivencia en sociedad de forma justa al garantizar y proteger lo valioso.

La situación entonces describe un enfrentamiento entre iguales donde se enfrentan la naturaleza falleciente y el sentido trascendental del hombre. De la victoria en la pugna por el Derecho depende que se consigan concretar los valores de la sociedad en el derecho y por ende que el ordenamiento jurídico sea reflejo jurídico de esos valores. A través de la juridificación de los valores, estos que ya son, viven, saltan del plano ideal al real son los que pueden exigirse, garantizarse y protegerse.

Esta visión de dotar de vida a un valor por medio del Derecho como expresión axiológica de inspiración cultural nos la encontramos en la tradición euroatlántica, lejos de la pureza de la metodología de Kelsen. De hecho, los grandes juristas alemanes rechazaron cualquier método que fuera extrajurídico. Sin embargo, se puede utilizar la estructura piramidal jerárquica de su discípulo Merkel para explicar cómo la ley puede lograr la función de protección y garantía del valor a través del sistema legal, especialmente en el orden constitucional.

Para llevar a cabo este reto, se ha recogido la representación magistral del ordenamiento constitucional realizada por Lucas Verdú (1984), condicionado por cuatro dimensiones, siendo el condicionante el subsuelo económico, el factor influyente la dimensión axiológica; la penetración historicista, matizadora y la dimensión estimativa iusnaturalista, justificante (pp. 64 y 65).

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 221 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

La Constitución por otra parte, condiciona la normativa infraconstitucional que encuentra apoyo precisamente en el texto constitucional. Podemos decir que los valores conectan con los superiores del ordenamiento jurídico, es decir, los que se han establecido como superiores para la sociedad, pues expresan el sentimiento axiológico de la misma. Los valores que son sentidos por la sociedad, pero que todavía el Derecho no ha regulado, se podrían considerar como no valiosos porque sólo tienen esta consideración los que ya están normativizados o institucionalizados.

No es posible establecer una creencia en este argumento. Lo que ocurre es que el Derecho avanza en progresión aritmética mientras que la sociedad lo hace de forma geométrica. Por esta razón, algunas veces ocurre que valores inscritos en el sentimiento axiológico social todavía no encuentran su reflejo en el Derecho. Esta diferencia temporal se apoya en la seguridad jurídica.

El alcance de la protección que el Derecho puede brindar va más allá del alcance de lo que debería proteger. De lo contrario, los no valores pueden ser regulados, porque su poder social se disfraza de contenido axiológico, que en realidad es solo moda o mera tendencia social. La secuencia lógica sería la siguiente. En primer lugar, el mundo abstracto de los valores contiene un valor como una entidad absoluta. En segundo lugar, el sentimiento axiológico de la sociedad provoca que un valor se sienta por ésta como valioso, donde el valor se encuentra en la realidad social, es decir, vale. Por último, se produce la juridificación de ese valor con su inclusión en el ordenamiento jurídico, que se protege y garantiza a través del Derecho⁷³. Con ello, en el campo jurídico, parece

⁷³ Esta secuencia que hemos explicado desde una óptica científico jurídica se cumple en otros órdenes. Por ejemplo, el artístico. La cultura euroatlántica contiene en su seno

que se cumple la siguiente afirmación: la cultura es un recipiente de valores que cuando son sentidos como tales por la sociedad se convierten en valiosos y el Derecho se encarga de protegerlos y garantizarlos cuando los incluye en el ordenamiento jurídico.

Se puede proclamar por tanto que así avanza la sociedad que va adecuando la cultura al devenir histórico y ello, en lo que a nosotros atañe como juristas, lo hace a través del Derecho. Como diría Lucas Verdú (1992), se impone el talante *naturaliter liberalis*, “propio de los constitucionalistas abiertos ex-definitione, a los convenientes y necesarios cambios normativos e institucionales, estructurales y de procedimiento que piden los tiempos”.

Si el sentimiento axiológico de la sociedad no se refleja en el Derecho, entonces podemos decir que la ley está desactualizada o no puede satisfacer los intereses requeridos por la sociedad, por lo no puede cumplir con su función en consecuencia. En este punto, nos debemos detener el concepto de validez y vigencia. Podemos encontrar que tenemos un grupo de valores que han sido revelados por las circunstancias, pero solo algunos son efectivos y otros deben ser.

En este sentido, Henke (citado en Lucas Verdú, 1992), resalta la necesidad de dirigir la convivencia social de acuerdo con un orden de valores con fuerza

valores estéticos que descubrieron, hicieron valiosos los escultores grecolatinos así la idea del equilibrio y la proporción son sentidas como reglas que determinan que una escultura sea o no valiosa, se acerque a la perfección. Así Policleto el viejo (siglo V a.C.) recoge sus investigaciones sobre el equilibrio y la proporción de formas en su célebre tratado conocido como el Canon. El progreso histórico determina cambios sobre esos valores estéticos y así la escultura moderna parece que se aleja de las reglas clásicas para adoptar otras nuevas más cercanas a la percepción y a la libertad, de formas. El valor libertad, se reconoce desde el arte y se materializa en la realidad de la obra moderna.

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

normativa. Como hemos visto, el Derecho se encarga de organizar ese deber ser valorativo mediante normas e instituciones que aseguran ese orden axiológico deseado por la comunidad.

Es decir, el uso social del derecho se autorregula en base a parámetros axiológicos que dependen directamente de la cultura. La ley capta valores tal y como la sociedad los siente y los transforma en principios axiológicos normativizados que se imponen a la sociedad a través de reglas de efectividad, vigencia y validez. Lo que socialmente vale lo convierte en un deber ser valioso (p. 57). Las normas están vigentes mientras se hallen en lo más profundo del espíritu comunitario. Si dejan de estarlo, se convierten en inútiles, dejan de valer y su ser se desvanece independientemente de su derogación.

En cuanto a la validez, siguiendo a Ortega y Gasset (citado en Lucas Verdú, 1992), los valores son cuando valen, es decir, tienen contenido cuando son reflejo de un valor que la comunidad o el individuo le otorgan, entonces, el valor despliega todos los efectos de su ser. Se impone con una vis atractiva tal, que se transforma, generalmente a través del Derecho, en el deber ser valorativo.

En definitiva, la eficacia significa el cumplimiento de las normas. Así, eficacia significa efectividad, fuerza para imponerse y exigirse, siendo el Derecho la herramienta por la que se hacen exigibles y eficaces los valores. Al decir del maestro Lucas Verdú (1992), "el Derecho es el defensor del orden social de los valores (Hüter der sozialen Wertordnung); de este modo emerge la función jurídica protectora de los valores adoptando medidas preventivas y represivas contra su violación" (p. 21).

No creemos que el reconocimiento legal sea esencial para la existencia del valor, porque debemos recordar que siempre hemos creído que el valor es cuando la sociedad lo siente, tiene valor para la comunidad y cuando vive en la conciencia social. El Derecho es un medio para garantizar y exigir el cumplimiento de la ley. Esta labor instrumental atribuida al Derecho se realiza cuando el conflicto aparece. En ese momento, la norma se apoya en los valores que la inspiraron para resolver los problemas planteados entre los dos intereses. Cuando el valor está estandarizado, los conflictos se resuelven de acuerdo con el contenido del estándar. Sin embargo, puede suceder que este interés se base en valores socialmente reconocidos más que en valores estandarizados.

Sin embargo, puede suceder que este interés se base en valores socialmente reconocidos más que en valores normativizados. En ese caso, podemos considerar que los intereses o valores que se considera que no existen no están protegidos porque los requisitos están fuera de la ley. Creemos que sin la pretensión caer en el error, el propósito de hacerlo es la justicia, porque no existe el Derecho sin justicia. Frente a reclamos legales basados en los valores que la sociedad cree, a pesar de los vacíos legales, la ley aún debe actuar. Como se mencionó anteriormente, esta acción tiene muchas manifestaciones, y quizás la más acertada sea recurrir a los Principios, por ser una también una fuente normativa.

No analizaremos si este Derecho es justo o injusto, porque la investigación irá más allá del alcance del pensamiento que estamos implementando. Entendemos que, si se lleva a cabo de acuerdo con los valores que la motivan, entonces si no se adapta a ellos, las consecuencias serán injustas. En el caso de la educación inclusiva resulta injusto discriminar a las personas con discapacidad.

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 225 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

En definitiva, la sociedad ha ido descubriendo valores nuevos ignorados con anterioridad que se hacen realidad gracias a su imparable progreso.

Por eso, al principio, a pesar de la existencia autónoma del valor, la comunidad no lo reconocía. El poder del desarrollo social revela el rostro de nuevos valores. En ese momento, la comunidad se identifica y reconoce en ellos, y los aceptan como estímulo para su convivencia y evolución futuras. Este es el caso del valor equidad, que como ya hemos señalado, se refiere directamente a la relación entre las personas y su desarrollo vital.

Este valor atribuye un significado distinto a la dignidad de la persona que es un valor ya sentido como tal por la comunidad y reconocido por el Derecho. La dignidad toma un perfil, una orientación y un nuevo contenido como consecuencia de la conexión con el parámetro inclusivo. Adopta unos nuevos pigmentos que perfilan una cara más natural, podemos decir que la dignidad de la persona se vuelve inclusiva.

Entonces, debemos tener en cuenta que la dignidad de la persona se conecta de forma inmediata con el desarrollo de la persona y con su integridad. De forma mediata, la dignidad del hombre se manifiesta a través del valor inclusivo en la salvaguarda de la dignidad de las generaciones futuras. Líneas arriba se ha sostenido que los valores que constituyen el sentimiento axiológico de la sociedad son los que fundamentan, transforman, y, en definitiva, dan vida al Derecho.

Asimismo, como hemos demostrado en los capítulos anteriores, el valor equidad está presente también en la sociedad a nivel internacional, llegando también a los países del entorno europeo y adoptado por la sociedad española. Queda probada, por consiguiente, que la conciencia inclusiva ha visto la luz

conteniendo un plexo normativo e institucional que impone por consecuencia la concreción del derecho a la educación inclusiva.

Dicho derecho intenta mantener a flote su existencia frente a las construcciones de la dogmática y técnica jurídica tradicionales. Ello obliga a que nos apoyemos en primer lugar en la fundamentación axiológica para explicar que el artículo 27, todos tenemos derecho a la educación, el 49, en cuanto a la integración de las personas con discapacidad y el artículo 1 letra b) de la LOE, que establece la inclusión educativa como uno de los principios del sistema educativo, expresa el valor equidad, que para la sociedad española vale y es digno de protección.

Ese contenido axiológico impone la necesidad de hacer efectivo el reconocimiento efectivo del derecho a la inclusión educativa dentro del sistema educativo español. El ordenamiento constitucional, mediante los artículos 27 y 49 CE, reconoce la existencia formal de tal derecho que es de todos. También, en su dimensión principal, la inclusión educativa cumple con la importante labor de convertirse en la finalidad principal de la actuación de los poderes públicos, condicionando en consecuencia la interpretación del ordenamiento jurídico⁷⁴.

Es decir, el Estado se encuentra afectado por el compromiso a la equidad a través de un mandato directo y finalista que se impone a los poderes públicos. En definitiva, y en aceptación de lo anterior, se pondría de manifiesto que “el ordenamiento jurídico, por su propia naturaleza, se resiste a ser congelado en un momento histórico determinado: ordena relaciones de convivencia humana y debe responder a la realidad social de cada momento, como instrumento de

⁷⁴ STC 83/1984 de 27 de julio.

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 227 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

progreso y perfeccionamiento” (STC de 16 de marzo de 1981, F.J. 5), y por esto se cumpliría la secuencia anteriormente apuntada.

En primer lugar, en el mundo abstracto de los valores se encontraría la inclusión educativa como una realidad abstracta. En segundo lugar, el sentimiento axiológico de la sociedad que a partir de los primeros años del S. XXI se adhiere al valor inclusivo. Este valor se siente valioso, el valor *es* dentro de la realidad social. Surge así el interés y la problemática inclusiva a nivel educativo. Por último, se produce la juridificación del valor con su inclusión en el ordenamiento jurídico. El valor se protege y garantiza a través de la Constitución en los artículos 14, 27 y 49.

3.6.- LA INCLUSIÓN EDUCATIVA COMO DERECHO SUBJETIVO.

3.6.1 Relación jurídica

Antes de examinar el derecho a la inclusión educativa como derecho subjetivo, se deben recordar algunas nociones básicas referentes a este instituto jurídico. El concepto de derecho subjetivo expresa una facultad de obrar o *facultas agendi* protegida por el ordenamiento jurídico. Savigny y Windscheid lo entendieron como un *señorío de la voluntad*. Es decir, un ámbito de autonomía que se reconoce al sujeto del derecho y que se encuentra tutelado en las normas del ordenamiento. Dicha concepción no prevé los supuestos en los que los sujetos no tienen reconocida la voluntad como es el caso de los incapaces. Esta dificultad va a encontrar su superación con la teoría del interés de Ihering que define el derecho subjetivo como un interés. Thon, por su parte, añade que ese interés debe estar protegido por el ordenamiento jurídico. Concepción que también cuenta con

crítica cifrada en que el interés no es lo básico del derecho subjetivo ya que en algunos casos puede faltar y aquel sigue existiendo.

La aportación de Jellinek (1912), consigue solventar definitivamente los defectos de las anteriores concepciones, estableciendo un doble contenido del derecho subjetivo⁷⁵. Por una parte, diferencia un elemento formal: el poder reconocido a la voluntad, y por otra, el material: el interés tutelado. Así, formula el derecho subjetivo como “un interés tutelado por el ordenamiento jurídico mediante un poder atribuido a la voluntad individual” (pp. 49 a 59).

A partir de aquí surgen los conceptos de licitud y pretensión. Así, el derecho subjetivo otorga la facultad de actuar para satisfacer los intereses, del sujeto activo, le concede licitud. En cuanto a la esfera de libertad, surge la pretensión, es decir, la potestad que tiene el titular de un derecho de exigir la tutela del mismo cuando dicho ámbito es violado.

Como dice Vega García (1988), la concepción tradicional de derecho subjetivo, propia del sistema liberal burgués, se centra en la defensa de la propiedad privada y las facultades de dominio con una visión principalmente iusprivatista. Claro está, que en caso del derecho a la educación se requiere un cambio de concepción, pues el derecho subjetivo a la educación inclusiva supone

⁷⁵ Para una breve y clara revisión de las clasificaciones de la doctrina ver Recasens Siches, L., “Il concetto di diritto subiettivo innanzi alla filosofia giuridica” en *Rivista Internazionale di filosofia del Diritto* - A.VI fasc IV, Arti Grafiche Ugo Pinnarò, Roma, 1926 pp. 11 a 31. De forma amena García de Enterría, narra la evolución del concepto de derecho subjetivo en *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza, Universidad, Madrid, 1994 pp. 46 a 96. Igualmente, Baldassarre, Antonio, *Diritti della persona e valori Costituzionali*, G.Giappichelli editore, Torino, 1997. El autor italiano parte de Hobbes. Repasa la formulación de Gerber, y de Jellinek y explica la transición del concepto de derecho público subjetivo en el siglo XX, pp. 313 a 339.

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 229 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

limitar dicha facultad de dominio a favor de la protección de un bien que pertenece pro indiviso a la humanidad entera.

Hoy se acepta sin problemas que el concepto de derecho subjetivo debe interpretarse a la luz del orden fundamental que vincula no sólo al Estado, sino también a la sociedad. (pp. 121 y ss.)

3.6.2.- Sujetos titulares

Para mantener la existencia de un derecho subjetivo es necesario que tal derecho se atribuya a un sujeto concreto. En el caso de la educación inclusiva nos encontramos con la dificultad de fijar en personas concretas los intereses inclusivos, ya que siempre han estado unidos exclusivamente a las personas con discapacidad. Dicho obstáculo se manifiesta en la redacción constitucional al indicar que quienes poseen la titularidad del derecho a la educación son *todos*.

Es decir, el conjunto de personas que están en España sin que únicamente recaiga dicha titularidad sólo sobre los ciudadanos españoles. En este sentido, debe avisarse que cuando se adscribe la naturaleza subjetiva al derecho a una educación inclusiva, se entiende que es un derecho perteneciente a cada una de las personas humanas sin perjuicio de que su ejercicio colectivo condicione los instrumentos de su tutela y garantía⁷⁶.

Loperena (1994) considera que es a la vez un derecho individual y colectivo, es decir, cada uno de los afectados tiene derecho a una tutela judicial

⁷⁶ Comentario a la STC 32/83 de 28 de abril en Jiménez Blanco, A. (Coordinador), *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993 p. 521. Se pone de manifiesto que la titularidad pertenece a todos los españoles garantizándose por el Estado la igualdad en las condiciones básicas para el ejercicio del mismo.

individual, y otra colectiva. A juicio del autor, el ejercicio del derecho se hace en común y con intensidad equivalente (p. 154).

La educación inclusiva es de todos. Por ello, la titularidad de una educación inclusiva debe entenderse adscrita a la humanidad entera, tal y como lo hacen los Tratados y Convenios internacionales, que conciben la educación inclusiva como un patrimonio común de la humanidad. En este sentido, puede mantenerse que el hecho educativo pertenece pro indiviso a los seres humanos y aparece aquí la teoría de los intereses difusos. Son aquellos que pertenecen a la colectividad, a un grupo o a un conjunto indeterminado de personas. La titularidad de dichos intereses es compartida y no está determinada.

Son, como dice Bidart Campos (1993), de *pertenencia difusa*. Así, por ejemplo, los intereses de los que padecen discriminación en las aulas por causas de discapacidad, origen, raza o cualquier otro tipo de discriminación son compartidos por múltiples personas. Los intereses difusos reconocen una legitimación procesal activa a aquellos afectados en un interés no concretado. En nuestro caso, se resuelve el problema de la legitimación puesto que aquellos sujetos a los que se les ocasiona un daño a su dignidad personal, quedan legitimados activamente para promover acciones judiciales de forma individual o colectiva.

Una de las objeciones a los intereses difusos es que cada uno o varios de los efectuados por riesgo o daño en sus intereses difusos no poseen un derecho o

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 231
DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

interés propio, concreto y singular diferente al de todos los demás, criterio tradicional exigible en la legitimación procesal.

Dicha dificultad la supera el profesor al mantener que nos encontramos ante *situaciones jurídicas subjetivas* que permanecen, aunque los titulares de las mismas se agrupen en un conjunto de personas, ya que la afectación del interés común al grupo perjudica al conjunto, pero también a cada persona que forma parte de dicho grupo humano (p. 339).

Igualmente, la objeción apuntada está ampliamente superada en el ámbito iusprivatista que acepta sin mayores complicaciones tal situación en el caso del condominio, donde no puede negarse legitimación a cada uno de los que ostentan una titularidad compartida en la exigencia de un interés común. Cada propietario, en el condominio no queda deslegitimado de su derecho de propiedad en cuanto a su libre uso y disfrute, aunque no esté determinada la parte de la misma que le corresponde.

Exportando lo relativo a dicha institución a nuestro campo es posible obtener una protección jurídica de la cuota-parte sobre la inclusión educativa de la que cada uno es, aunque sea de forma indeterminada, titular. Podemos decir entonces que, si la inclusión educativa la podemos haber concebido como un patrimonio común de la humanidad, sobre él cada hombre posee un derecho de propiedad en situación de condominio, que le legitima activamente en un proceso cuando se dañe la misma.

Como hemos visto, los intereses difusos se presentan como categorías que posibilitan la protección del objeto superando la necesaria vinculación a un sujeto

concreto⁷⁷. Una de las vías para tutelar dichos intereses es la *acción popular* del artículo 125 que pueden ejercer los ciudadanos sin la necesidad de invocar el incumplimiento de un derecho subjetivo ni la lesión de un interés propio.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha sostenido que es posible la legitimación procesal de los ciudadanos para los intereses comunes en la STC 62/1882 al mantener que "...cuando un miembro de la sociedad defiende un interés común sostiene simultáneamente un interés personal o si se quiere desde otra perspectiva, que la única forma de defender el interés personal es sostener el interés común".

Continúa manteniendo que esta solidaridad e interrelación social, especialmente en la época actual, se refleja en la noción del Estado como social y democrático de derecho que consagra la Constitución en el art. 1.1, dando la idea del interés directo, particular, como requisito de legitimación que queda englobado en el concepto más amplio de interés legítimo y personal, y que, por consiguiente, puede no ser directo⁷⁸.

3.6.3.- Objeto del derecho

Ya hemos destacado, al examinar la titularidad, que uno de los obstáculos más importantes que han de salvarse para mantener la subjetividad de este derecho es la naturaleza colectiva de los bienes que protege. El bien jurídico se manifiesta como colectivo ya que su titular es la comunidad humana, aunque éste

⁷⁷ Fernández Segado examina detenidamente los distintos modelos que las Constituciones de la segunda postguerra han adoptado en lo referente a la protección de intereses difusos, en *La dogmática de los derechos humanos (A propósito de la Constitución Española de 1978)*, Ediciones jurídicas, Lima -Perú, 1994, pp. 291 a 306.

⁷⁸ En el mismo sentido destaca la STC 60/1982 de 11 de octubre en el F.J. 3

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 233 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

sea susceptible de individualización, y es complejo al estar formado por una pluralidad de elementos.

En este sentido, es importante recordar que se ha resaltado que en el derecho a la inclusión educativa se reconoce la existencia de bienes comunales, sobre los que puede ejercerse un derecho individual de aprovechamiento. Nos encontramos una limitación al uso y disfrute de este derecho a la inclusión educativa, que, aun siendo un bien de titularidad común, su uso individual se encuentra limitado al interés de la comunidad. Por esta razón puede ser oponible erga omnes.

El derecho a la inclusión educativa se manifiesta como el derecho individual de una res de titularidad común o mejor universal, generándose así *un usus in res communis*. El objeto del derecho subjetivo a la inclusión es pues un objeto complejo que estaría básicamente formado por la igualdad de oportunidades a las que tienen derecho todos los seres humanos por el hecho de serlo.

Por ello, bajo la perspectiva del derecho a la educación inclusiva como derecho subjetivo, es posible fragmentar este derecho en tres dimensiones que se han considerado fundamentales a lo largo del presente trabajo: un derecho a un acceso igualitario en los centros ordinarios, el derecho a la permanencia en el sistema bajo los parámetros de la inclusión y de los denominados diseños universales⁷⁹, y por último la promoción del sistema educativo que permita a las personas con discapacidad desarrollar su vida de la manera más independiente posible.

⁷⁹ Art. 2 de la CIDPD

Sobre dicho objeto u objetos, es posible recabar la protección en el uso y disfrute del derecho subjetivo a la inclusión educativa por la vía administrativa, ya que a través de esta se manifiesta la tutela de tal derecho.

3.7 LA INCLUSIÓN EDUCATIVA COMO DERECHO PÚBLICO SUBJETIVO DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

En cuanto a la inclusión educativa de las personas con discapacidad como derecho público subjetivo, la diferencia respecto al derecho subjetivo se centra en el objeto y la titularidad pasiva del mismo. En el derecho público subjetivo, el Estado a través de los poderes públicos, forma parte de la relación jurídica que se centra, ahora, en la prestación de una serie de servicios a los que los ciudadanos en general, y las personas con discapacidad en particular, tienen derecho.

Recordemos en este punto que algunos autores insisten en que el Capítulo III de la Constitución no contiene derechos, únicamente principios. Bassols Coma (1985) considera que el derecho a la integración de las personas con discapacidad, junto con los demás derechos del capítulo III, son “cláusulas sociales modulares de los derechos económicos y pueden devenir auténticos derechos a través de la legislación concreta de su desarrollo”, legislación que no tiene por qué ser general y estatal (pp. 99 y 100).

Jiménez Campo (1997), por su parte, indica que los derechos enunciados son derechos aparentes, es decir “pretensiones comunitarias que la Constitución incorpora a fin de imponer o, cuando menos, de justificar determinadas políticas públicas”. El autor se apoya en el contenido del artículo 53 in fine y en la carencia de contenido esencial para justificar su postura (pp. 520-524).

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 235 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

A nuestro juicio, sin mermar en absoluto el carácter informador e interpretativo que hemos visto que posee la materia inclusiva, mantenemos el carácter de derecho público subjetivo cuyo contenido esencial viene determinado por el conjunto de las prestaciones a las que están obligados los poderes públicos, para preservar la dignidad humana, la calidad de vida y el desarrollo de la personalidad en el medio natural y social.

Podemos decir que la inclusión educativa comporta un derecho en sí mismo, de carácter autónomo, aunque esté conectado en ocasiones con otros derechos, y con un contenido propio frente a todos. Lo demostraremos a continuación en el examen del contenido, elementos del derecho y las garantías del mismo.

3.7.1.- Relación jurídica

Cuando estudiábamos la inclusión educativa bajo el prisma principal indicábamos que se manifestaba una relación jurídica entre el Estado, mediante los poderes públicos y los particulares, por la que aquellos están sujetos a proporcionar distintas prestaciones educativas que configuran el contenido del derecho a la inclusión educativa enunciado en la Ley Orgánica de Educación, como consecuencia del desarrollo del artículo 27 a la Educación, y el 49 de integración de las personas con discapacidad. A continuación, examinaremos detenidamente esta afirmación.

Para ello, en primer lugar, debemos comprobar si hay dos o más sujetos relacionados por la exigencia de prestaciones y contraprestaciones basadas en un interés. Es decir, si podemos mantener la existencia de una relación jurídica que

básicamente en los derechos públicos subjetivos se establece entre el Estado y los ciudadanos.

Aceptando con Díez-Picazo (1989) que “goza del favor de la doctrina más reciente la idea de que la relación jurídica aparece formada por la correlación entre un poder jurídico y un deber jurídico u obligación”, no cabe duda sobre la existencia de tal relación entre los poderes públicos y los ciudadanos (pp. 231 y 232).

Dicha afirmación también se ajusta a la posición apuntada por Legaz y Lacambra (1979) pues “supone un vínculo entre sujetos de derecho, nacido de un determinado hecho definido por las normas jurídicas como condición de situaciones jurídicas correlativas o acumulativas de facultades y deberes, cuyo objeto son ciertas prestaciones garantizadas por la aplicación de una consecuencia coactiva o sanción” (p. 684).

La Constitución pone de manifiesto la existencia de ese vínculo, nacido de la obligación que el artículo 27 impone a los poderes públicos ya que es un derecho fundamental impone cuyo incumplimiento comporta la consecuencia coactiva o sanción derivada del amparo constitucional.

Contrastamos también los requisitos con la aportación de Jellinek (1912), para quien el derecho público subjetivo comporta una doble perspectiva formal y material. Formalmente, el derecho público subjetivo consiste en pretensiones jurídicas *Ansprüchen* que derivan de las cualificaciones concretas de la personalidad y materialmente es el propio del individuo como miembro del Estado.

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 237 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

Como se ha visto anteriormente, en materia educativa, los poderes públicos están sujetos a una serie de obligaciones de hacer que vienen expresados en el artículo 27. En este sentido, se cumple la relación de alteridad por la que se vincula el derecho del sujeto activo con la obligación que soporta el pasivo. Pues como se sabe, cuando no existe ninguna prestación que obligue a algo ontológicamente no existe ningún derecho. De esta forma queda probada la existencia del derecho público subjetivo en materia educativa que tienen los ciudadanos frente a los poderes públicos, los cuales quedan obligados a la realización de prestaciones, tributarias del derecho que les asiste a los miembros de la sociedad.

3.7.2.- Sujetos titulares y objeto del derecho. Responsabilidad administrativa

Al hablar de derecho público subjetivo ya estamos poniendo de manifiesto que la relación jurídica se desarrolla entre el Estado, en nuestro caso los poderes públicos y los ciudadanos. La cuestión controvertida en este punto reside en que en la mayoría de los casos la titularidad activa del derecho público subjetivo es difusa. Cuando nos referíamos al derecho subjetivo hicimos una referencia a esta figura ampliamente estudiada por la doctrina italiana.

Junto a ella, se encuentran los intereses colectivos que según García Herrera (1991) son aquellos “intereses plurisubjetivos que tienen como portador un ente exponencial de un grupo no racional” (p. 21). La doctrina coincide en que los intereses ambientales están dentro de estas categorías que exigen apartarse de la dogmática tradicional para su tutela. Así, se admite que siempre que los intereses colectivos y difusos estén protegidos por el ordenamiento serán intereses legítimos con plena garantía jurisdiccional.

Respecto a los sujetos pasivos, los poderes públicos al estar sujetos a la Constitución según reza el artículo 9.1, en conexión con el 53.3, que establece que los principios rectores informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos; respecto al judicial impone a los jueces un esfuerzo por interpretar el ordenamiento conforme a las nuevas exigencias inclusivas a nivel educativo, siempre dentro de la seguridad jurídica y respecto a la Administración; en cuanto a su gestión debe cumplirse la obligación de velar por la utilización racional de los recursos educativos disponibles para garantizar lo dispuesto en el artículo 27.

Hemos aceptado que el precepto que consagra el principio inclusivo en la Constitución española supera el carácter programático, exigiendo una concreción legislativa al poder legiferante, imponiéndose en la interpretación y aplicación del resto de las normas del ordenamiento jurídico y exigiendo el cumplimiento de actuaciones precisas por parte de los poderes públicos en materia educativa.

A continuación, examinaremos cuáles son esas competencias que deben desarrollar los poderes públicos, especialmente las distintas administraciones públicas que están obligadas a dar cobertura a la política educativa. Las funciones que desarrollan los poderes públicos para dotar de eficacia al principio inclusivo son la contraparte del derecho público subjetivo de contenido educativo. Dichas funciones administrativas de contenido educativo tienen que ver con la escolarización del alumnado, la garantía de la participación de las familias y asignar los recursos materiales y humanos necesarios para responder a la diversidad del alumnado. De esta manera se compensan las desigualdades de inicio que presenta cierto alumnado en el inicio de su escolarización y se

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 239 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

garantiza por parte de los poderes públicos una oferta educativa para todos bajo el principio de la equidad.

Como hemos visto, los poderes públicos están obligados a cumplir con el derecho que tienen las personas a una educación inclusiva adecuada para el desarrollo de sus capacidades. Ello supone que los ciudadanos pueden hacer valer ante los poderes públicos pretensiones educativas y por lo tanto proteger sus intereses por vía contencioso administrativa.

Así, la jurisdicción contencioso administrativa es la vía que el ordenamiento jurídico proporciona para exigir a los poderes públicos el cumplimiento de las obligaciones expresadas en la Constitución. En el ordenamiento jurídico español sí hay una ley, la LOE, que posibilita la alegación ante la jurisdicción ordinaria del derecho a la inclusión educativa. Contamos para ello con numerosa legislación sectorial que regula el contenido de tal derecho.

Dicha normativa abre la vía de la jurisdicción contencioso-administrativa protegiendo el derecho público subjetivo que tienen los ciudadanos frente a los poderes públicos, en especial contra la administración. La nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso administrativa, regula en el artículo 19 la legitimación en dicho orden, ampliando la misma a las corporaciones y asociaciones que resulten afectadas o estén legalmente habilitadas para la defensa de derechos e intereses legítimos⁸⁰. Esto abre el camino a la concreción de los intereses colectivos y difusos, pues se dota de eficacia activa a aquellos sujetos que sin tener un interés directo en el asunto posean intereses legítimos dañados por una actuación administrativa.

⁸⁰González Pérez, J. (1998). *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Vol. I 3ª edición, Civitas, pp. 446-533.

Igualmente, se recoge en el mencionado precepto la acción pública que supone la habilitación a cualquier persona para el ejercicio de las acciones de defensa de la legalidad y no de propios derechos e intereses legítimos, apartado 1 letra h)⁸¹.

Esta legitimación es de vital importancia para la protección del derecho a la inclusión educativa, pues raramente ante el hecho generador de una situación de discriminación nos encontramos con la afección de un sólo interés directo equivalente al perjuicio que el administrado sufre como consecuencia del acto administrativo, ya que generalmente se produce el daño en un grupo de personas. Es decir, aparece una pretensión que de cumplirse supondría un beneficio para el o los recurrentes.

En definitiva, existe un interés particular o difuso lesionado por un acto administrativo. Hemos indicado que dicho acto debía ser ilegal. En este punto, ha de manifestarse que el interés se basa en el incumplimiento de la norma administrativa, que produce el perjuicio o daño.

Si la pretensión del o los administrados llega a buen término, la sentencia reconocerá a su favor la situación jurídica individualizada y expresará las medidas necesarias para restituir la situación jurídica lesionada por el órgano administrativo infractor. Igualmente ocurre con los intereses del grupo indeterminado.

⁸¹ Para un estudio más detenido Cfr García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo, Vol II* 4ª edición, Civitas, Madrid, 1998 pp. 604 a 611 y Santamaría Pastor, Julio Alfonso *El proceso contencioso-administrativo* págs. 654 a 656 y Bermejo Vera, José "Capítulo II Legitimación artículos 19 y 20" en *REDA* nº 100 Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998.

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 241 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

De esta forma, la jurisdicción contencioso administrativa se manifiesta como la vía por la que los ciudadanos-administrados satisfacen las pretensiones que el derecho público subjetivo educativo comporta. Así, los administrados, individual o colectivamente, pueden formular recursos contra la administración cuando sus intereses inclusivos queden dañados por una actuación administrativa contraria a derecho.

Recordemos que es posible, como pusimos de manifiesto cuando hablábamos de la inclusión educativa como derecho subjetivo, activar esta vía para defender el derecho frente a particulares en aquellos casos en que la Administración deba poner fin a una actividad privada, que, como consecuencia del incumplimiento de la normativa administrativa correspondiente, produzca un perjuicio. La administración irá en contra del particular infractor que impide el ejercicio legítimo del derecho a la inclusión educativa. Cabe en este caso ir contra la administración, si debiendo poner fin a tal actividad dañosa no lo hizo. Es una protección refleja del derecho que queda protegido indirectamente.

Otro supuesto viable es que, si bien el sujeto responsable es el autor de la infracción, es posible la ficción que supone que si la infracción se produce por el mal funcionamiento de la administración educativa sea responsable la propia Administración. Se trata de un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración por un normal o anormal funcionamiento de sus servicios. La autoridad competente para sancionar viene determinada en la legislación aplicable al caso concreto, sin perjuicio de que si una CCAA, en uso de sus atribuciones ha legislado sobre la materia, la autoridad autonómica será la autoridad competente para fijar la sanción.

3.8.- CONCRECIÓN DEL ESTADO SOCIAL A TRAVÉS DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

Los derechos económicos y sociales se recogen en las Constituciones que aparecen tras la primera guerra mundial como consecuencia del empobrecimiento y falta de medios que garantizaran y tutelasen este tipo de derechos que pretenden un mínimo de bienestar social que tienen un influjo en las teorías keynesinas y en la idea del Estado de Bienestar.

En este sentido, Müller (1981) opina que los derechos sociales sirven para establecer unos criterios sobre la distribución de bienes que posibiliten el acceso de las capas sociales que no tienen acceso a los mínimos bienes culturales, espirituales y sociales (p. 24).

Como es sabido, en el capítulo III la Constitución, tras recoger los derechos y libertades liberales, regula, bajo el epígrafe de los principios rectores de la política social y económica, los llamados derechos socioeconómicos. Son las llamadas libertades negativas o *freedom for*, que requieren del Estado una actuación frente a los anteriores *freedom from* para cuyo cumplimiento únicamente basta una actitud respetuosa de los poderes públicos.

Estos derechos están sometidos a un semigarantismo debido a la asunción de la naturaleza programática manifestada en la remisión que se hace al legislador futuro. Su eficacia queda sujeta a la *interpositio legislatoris* y sin esa, difícilmente pueden cumplirse, ya que el propio mandato del artículo 53 lo impide.

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 243 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

Tal reducción de las garantías se manifiesta en el artículo 53, que como indica Lucas Verdú (1992, p. 156) revela el influjo del individualismo burgués y sirve de cobertura legal para los intereses neocapitalistas, sin embargo, aunque a *saedes materiae* pone de manifiesto el carácter subalterno que el constituyente da a estos principios. Observamos que dicho carácter está en contradicción con los artículos 1.1, 9.2, 40 y 129,2, y con el preámbulo de la Constitución que pretende “garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme con un orden económico y social justo ...-y-... establecer una sociedad democrática avanzada”.

Siguiendo al maestro, los principios rectores de la política social y económica son la expresión constitucional a nivel normativo e institucional de unas opciones ideológicas sobre finalidades socioeconómicas que atañen al Estado comunidad y cuya realización es obligatoria por parte de los órganos estatales.

Como destaca Lucas Verdú (1992), en ellos se pone de manifiesto la antítesis entre la lógica garantista y la transformadora. Mientras la primera es típica de los derechos y libertades clásicos, la lógica transformadora se observa en el artículo 9.2 que pretende establecer las condiciones y remover los obstáculos que posibiliten la eficacia de los derechos contenidos en el capítulo III.

Estos derechos vinculan al legislador ya que el cumplimiento de los valores contenidos en el artículo 1.1 y en el 10 requieren una efectividad social (p. 158). En los valores y los principios se manifiesta el carácter dinámico de los principios rectores ya que “aplican a la realidad socioeconómica los postulados de

la libertad, de la justicia, de la igualdad, del pluralismo político y de la dignidad humana sin la cual los mencionados valores carecerían de sentido” (p. 164).

Como hemos visto, todas las manifestaciones en favor de la inclusión educativa desarrollada por los poderes públicos, son obligatorias para la administración y su cumplimiento es exigible jurisdiccionalmente. Esta afirmación no es sostenible a la luz del dictado del artículo 53.3 CE, que claramente establece que los principios rectores “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

Al no existir esa ley que desarrolle la inclusión educativa de las personas con discapacidad, no pueden alegarse, y por tanto, no pueden encontrar satisfacción si la Administración no los realiza. Es decir, los administrados no pueden exigir a la Administración el cumplimiento de las funciones apuntadas.

Sin embargo, hemos comprobado que el principio inclusivo-educativo no es una mera declaración constitucional amparada por los artículos 27 y 49, sino que impone una serie de obligaciones que los poderes públicos han de cumplir indefectiblemente por su sometimiento expreso a la Constitución tal y como establece el art.9.1. Recordemos que el carácter normativo de la Norma Fundamental supone que cualquiera de sus preceptos puede ser alegados, directa y suficientemente ante los tribunales, por lo que la limitación del artículo 53.3 no se comprende.

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 245 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

Tampoco se explica tal limitación cuando el artículo 24.1 de la Constitución consagra como derecho fundamental la tutela efectiva de jueces y tribunales y la interdicción en la producción de indefensión⁸². Tal derecho fundamental asiste a quien alegue el derecho a la educación consagrado en el artículo 27 de nuestro texto fundamental ante los tribunales.

Estos están obligados por el artículo 24 a cumplir con el derecho de acceso a la jurisdicción, el derecho a una resolución de fondo y el derecho a una resolución fundada en derecho⁸³. Parece que estas afirmaciones se contradicen con el dictado del artículo 53.3 que tiene el mismo rango que el artículo 24 ya que ambos son Constitución

Aceptar el dictado del artículo 53.3 supone que la inclusión educativa de las personas con discapacidad como principio rector puede alegarse ante la jurisdicción ordinaria sólo de acuerdo con lo que disponga su ley de desarrollo, que no existe. Si no puede ser alegado directa y suficientemente ante los tribunales, la conclusión a la que se puede llegar es que este principio carece de eficacia. Es más, podría plantearse la cuestión de si es posible mantener que la Constitución es una norma de aplicación directa.

Aclarar estas dudas supone construir el núcleo existencial de la eficacia jurídica práctica del principio rector de contenido educativo-inclusivo, sentar las bases para mantener también la existencia del derecho subjetivo a la inclusión

⁸² Pérez LLorca, J.P. (1998). *La dinámica de una constitución abierta. Veinte años después, la Constitución cara al siglo XII*. Taurus, pp. 130-148.

⁸³ Básicamente estos derechos forman el contenido complejo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, además se incluyen el derecho a los recursos y el derecho a la ejecución forzosa.

educativa y dotar de eficacia al derecho social, pues como es de todos conocido sólo tenemos derechos cuando pueden esgrimirse válida y eficazmente ante los tribunales.

A continuación, se hará referencia a la justificación de la protección jurisdiccional con la que deben contar los administrados respecto de las obligaciones de la Administración en el cumplimiento del deber de hacer realidad la educación inclusiva.

Volviendo al conflicto que nos plantea la interpretación conjunta de los artículos 27, 49, 53 y 24 CE, se puede observar que el acceso a la tutela judicial consagrada en el artículo 24.1 se reconoce implícitamente en el artículo 27, al ser un derecho fundamental, y el artículo 49, en relación con los deberes impuestos a los poderes públicos y a los ciudadanos. Dicha referencia se manifiesta claramente en su dictado en cuanto a que los poderes públicos son los que deben garantizar el derecho a la educación y la integración en todos los ámbitos de la sociedad de las personas con discapacidad.

El problema consiste en saber qué ley es esa, la de desarrollo del artículo 53, o cualquier ley que regule algún aspecto de la realidad educativa o inclusiva. Podría pecar de incoherencia si apoyara la segunda de las posibilidades pues como he mantenido a lo largo de este trabajo la inclusión educativa se concibe como un todo formado por diversos elementos y dimensiones jurídicas.

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 247 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

Respecto al artículo 24, éste reconoce el derecho a la tutela efectiva de los ciudadanos en el ejercicio de sus intereses legítimos, dentro de los que se encuentra la protección y garantía del derecho a la inclusión educativa. Cuyo incumplimiento, como hemos visto, lleva aparejada la sanción en el orden administrativo.

Por todo ello, se puede mantener el argumento de que la obligación de los poderes públicos en materia educativo-inclusiva es la de desarrollar funciones programáticas en el sentido de dar una orientación de política inclusiva al resto de las políticas estatales como ocurre en el ámbito comunitario.

A través de estas obligaciones, que generan un deber de la Administración y un derecho de los administrados que encuentra cobertura jurisdiccional directamente en el artículo en los artículos 27 y 49, y de forma indirecta en el artículo 24, se concreta la conexión del Estado Social con el Estado de Derecho.

Pues el Estado actúa, no sólo como garante, también programador, promotor y prestador de las actividades que posibilitan el desarrollo de la dignidad de la persona. Con ello se superan compromisos apócrifos dependientes del legislador futuro. En cuanto a la tutela judicial, como todos sabemos, sin ella el derecho a la inclusión educativa se convierte en un concepto sin efectividad y carente de utilidad, apareciendo en este punto dos conceptos distintos. El primero de ellos tiene que ver con el derecho a una educación inclusiva para el pleno desarrollo de la persona y el segundo con el consiguiente derecho a su tutela judicial.

El primero es sustantivo y el segundo instrumental. Ocurre, que debido a la particularidad que representa la legitimación procesal del derecho a la inclusión educativa, que como hemos indicado, no puede alegarse si no hay legislación que desarrolle tal derecho, se restringe la tutela judicial con la pretensión de no caer en la litigiosidad excesiva y sin fundamento.

Nos encontramos en este punto con la puesta en escena de mecanismos que como la inconstitucionalidad por omisión superan los anteriores obstáculos, pues en cualquier caso la Constitución tiene una eficacia directa y además el artículo 24.1 garantiza el derecho fundamental del acceso a la tutela judicial a todas las personas en defensa de sus derechos o intereses legítimos, prohibiéndose la indefensión⁸⁴.

El derecho privado nos muestra una división tripartita de las obligaciones, de omisión de hacer y de dar que podemos trasladar a la materia educativo-inclusiva. Así, mientras que hay derechos que se satisfacen con la obligación de

⁸⁴ STC 62/1983 de 11 de julio "... dentro de los supuestos den atención a los cuales se establecen por el derecho las acciones públicas se encuentran los intereses comunes, es decir, aquellos en que la satisfacción del interés común es la forma de satisfacer el de todos y cada uno de los que componen la sociedad ,por lo que puede afirmarse que cuando un miembro de la sociedad defiende un interés común sostiene simultáneamente un interés personal, o si se quiere, desde otra perspectiva, que al única manera de defender el interés personal es sostener el interés común. esta solidaridad e interrelación social, especialmente intensa en la época actual, se refleja en la concepción del Estado como social y democrático de Derecho que consagra la Constitución" Igualmente se encuentra explicitado en el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial "los juzgados y Tribunales protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión. Para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados o que están legalmente habilitados para su defensa y promoción" En la legislación sectorial se manifiesta la acción para acceder a los tribunales, en este sentido interesa la consulta de Jordano Fraga, pp. 310 y ss.

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 249 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

omisión también hay otros que también requieren una actuación positiva de dar o de hacer del sujeto pasivo. Este es el caso de los derechos sociales, y dentro de ellos el del derecho público subjetivo inclusivo, en el que el Estado tiene que respetar el contenido del derecho absteniéndose de ocasionar cualquier tipo de daño, pero también está obligado a realizar actuaciones para protegerlo.

En materia educativo-inclusiva esto se manifiesta claramente en el caso de la escolarización del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo. Por una parte, las administraciones no pueden ir en contra del principio inclusivo que está conectado con el derecho a la educación, pero, además, están obligados administrativamente a poner los medios oportunos para controlar que no se produzcan discriminaciones en el sistema. La administración se convierte así en sujeto responsable.

Según va avanzando el constitucionalismo y va dejándose atrás el modelo clásico de Estado abstencionista, que se limitaba a no violar los derechos y a no turbar su ejercicio ni su disponibilidad, nos adentramos de la mano de los derechos sociales, en una etapa donde se exige al Estado prestaciones activas o positivas de dar y hacer.

Junto a esta acumulación de obligaciones que acabamos de ver, es posible además una acumulación de sujetos pasivos. Frente a esta situación, ningún derecho es efectivo si no se cumplen las obligaciones que le corresponden, por ello, si no se cumplen con las obligaciones que en su caso corresponden a los poderes públicos en materia educativa, el derecho a la inclusión educativa se convierte en un derecho sin efectividad. Así, es decisivo determinar la

responsabilidad por incumplimiento y las garantías para impedir o reparar la violación que lo ocasiona.

Respecto a las obligaciones que tienen los poderes públicos, junto con las ya apuntadas, se encuentra la de dictar una ley que desarrolle el principio de inclusión educativa instaurado en el artículo 1, letra b) de la LOE, sin tener que acudir a complejos razonamientos jurídicos que dan contenido al derecho enunciado en dicho precepto.

A pesar de no estar concebida positivamente en nuestro ordenamiento, una de las vías para exigir el cumplimiento íntegro de la Constitución consiste en la llamada inconstitucionalidad por omisión, a la que antes nos hemos referido. Supone una omisión institucional por la que no se cumple con las obligaciones de dar o hacer o al retraso indefinido en tales actuaciones que generan un bloqueo en el acceso o en el disfrute de derechos constitucionalmente reconocidos.

En definitiva, el Estado no actúa bien porque no dicta leyes que se precisan para dar efectividad a ciertos derechos, o porque no crea las infraestructuras o servicios necesarios que permitan establecer tales derechos. En el caso del derecho a la inclusión educativa, la Constitución lo reconoce de manera indirecta, pero el artículo 53.3 remite al legislador futuro la obligación de dictar una norma de desarrollo para que este derecho pueda alegarse.

A mi juicio, si no se dicta tal norma, o existe una demora que se extiende notablemente en el tiempo, y ya han pasado 42 años nada más y nada menos, dicha omisión por parte del poder legislativo es inconstitucional. La omisión de un posible derecho a la educación inclusiva dentro del artículo 27 de la Constitución sería inconstitucional porque al no cumplirse con un mandato

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 251 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

constitucional se incumple con una obligación de hacer que tiene los mismos efectos que realizar lo que la Norma Fundamental prohíbe.

Así, la inobservancia arbitraria de los deberes del legislador, cuando se refieren a la ejecución de mandatos constitucionales del Estado social, pueden impugnarse por el individuo lesionado en sus derechos constitucionales, mediante una queja constitucional. Esta idea no ha calado en la jurisprudencia española, así la STC 45/89 en su fundamento jurídico cuarto reconoce que la naturaleza de los principios rectores, si hablamos de las personas con discapacidad “hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, al mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios se concreta”⁸⁵.

⁸⁵ Indica más adelante “que no cabe excluir que la relación entre alguno de esos principios y los derechos fundamentales (señaladamente el de igualdad) haga un examen de este género, por ejemplo, nuestra Sentencia 155/1987”. García Macho afirma que “en caso de no llevarse a cabo ese desarrollo el juez puede considerar inconstitucional la omisión del legislador” García Macho, R. *“Las aporías de los derechos fundamentales sociales y el derecho a una vivienda”*, IEAL, Madrid, 1983, pág 137. En el mismo sentido se manifiesta Cobreros Mendazona, E., “Reflexiones sobre la eficacia normativa de los principios rectores de la política social y económica del Estado”, *Revista Vasca de Administración Pública* nº 19, 1988, p. 47. En el mismo sentido Cfr. la STC 254/1993 de 20 de julio F.J. 6 “Aun en la hipótesis de que un derecho constitucional requiera un interpositio legislatoris para su desarrollo y plena eficacia, nuestra jurisprudencia niega que su reconocimiento por la Constitución no tenga otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales, de modo que sólo sea exigible cuando el legislador lo haya desarrollado. Los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos, y son origen inmediato de derechos y obligaciones, y no meros principios programáticos”

La inconstitucionalidad por omisión se reconoce en Portugal, Brasil, Argentina y Costa Rica entre otros países cuyos ordenamientos jurídicos consideran que la aquiescencia legislativa como un acto controlable jurídicamente⁸⁶.

En este sentido, Bidart Campos (1993) considera que “es indispensable que las omisiones inconstitucionales lesivas de derechos hallen vías que, o bien impelan a cumplir la obligación omitida o postergada, o subsidiariamente obliguen al Estado a reparar pecuniariamente la omisión en beneficio de quien, por causa de la misma omisión, no puede acceder al goce de un derecho” (p.15).

Aquí debe tenerse en cuenta que no todos los actos silentes de la Constitución son contrarios al Texto Fundamental, únicamente aquellos en los que el silencio legislativo se transforma en una omisión contraria a la Constitución y el legislador con su silencio desplaza al pueblo soberano ocupando el lugar del poder constituyente. En este caso ocurre que el legislador no determina lo querido por el pueblo, se produce una inconstitucionalidad por omisión.

La problemática de la inconstitucionalidad por omisión, además de que no está reconocida en el ordenamiento jurídico español, se centra en determinar quién o qué órgano que pueden exigir responsabilidades como consecuencia de una declaración de inconstitucionalidad por omisión.

⁸⁶ Para un estudio sobre la inconstitucionalidad por omisión en el derecho comparado y el tratamiento que recibe en dichos países Fernández Rodríguez, J.J. (1998). “*La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*”. Civitas, pp. 241 a 404.

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 253 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

Las respuestas deben encontrarse en el Estado democrático de derecho, que en nuestro caso apoya al estado social ya que lo que está en juego es la supremacía de la Constitución, que se manifiesta en la desestimación de sus mandatos por el legislador.

En este sentido, Villaverde Menéndez (1997) indica que “el silencio puede ser un sutil instrumento en manos del legislador para disponer de la voluntad del constituyente a su antojo y frustrar las pretensiones normativas de la Constitución de una forma mucho menos arriesgada e incluso más efectiva que con la ley” (p.3).

Si admitimos que la relación entre la Constitución y el legislador es objetiva, la infracción constitucional ocasionada por el silencio constitucional se produce cuando se incumple con una obligación expresa y concluyente de legislar. Tal es el caso de la inclusión educativa, en el que sin una ley de desarrollo se produce una situación jurídica contraria a la Constitución que deposita en el legislador la tarea de crear dicha norma para dotar de eficacia a los derechos enunciados en los artículos 27 y 49.

Parece que lo que ha de controlarse no es el hecho del silencio sino sus consecuencias normativas. Cuando la Constitución delega una acción en el poder legiferante y este no actúa se incumple la Constitución. Ciertamente, puede que no existan los mecanismos jurídicos que impongan al legislador la realización de ese mandato, pero eso no suprime la exigencia de un derecho a la norma como dice Gomes Canotilho (1982), un derecho frente al legislador cuyo objeto es la ley que cumpla con el mandato constitucional y que en nuestro caso dote de eficacia la educación inclusiva como derecho (pp. 338 y ss.).

Se está frustrando una finalidad constitucional por inactividad legislativa. En este sentido, a juicio de Alonso García (1991), los principios rectores desarrollan las mismas consecuencias que la jurisprudencia de los valores, de forma que se manifiestan principalmente como garantías institucionales, así que la ausencia de un instituto público que no garantice la realización de esos valores es inconstitucional (pág. 209).

La cuestión es si existe sobre el órgano legislativo la obligación de legislar de tal modo que el ciudadano sea el beneficiario y destinatario de la actividad legislativa. Es decir, el titular de ese derecho público subjetivo que mencionábamos cuyo objeto es la obligación de legislar. Si esto fuera así el ciudadano podría esgrimir tal derecho ante los tribunales y satisfacer su derecho a la norma. Su derecho al cumplimiento de la Constitución que con la inactividad legislativa se incumple o se imposibilita alguno de sus mandatos.

El órgano encargado de conocer de estos silencios inconstitucionales del legislador es el Tribunal Constitucional ya que éste puede impugnar la validez de la norma implícita que surja del silencio normativo. Una de las vías posibles es que el Tribunal interprete si existe en las omisiones de la ley una ley implícita y si esta es contraria a la Constitución.

Así, las sentencias de inconstitucionalidad o las parcialmente desestimatorias pueden ser instrumentos idóneos para realizar la declaración de inconstitucionalidad por omisión⁸⁷.

⁸⁷ En este sentido se manifiesta Punset Blanco, Ramón, "Las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de las leyes: consideraciones sobre la posible reforma de los artículos 39.1 y 40 de la LOTC" en *Anuario de derecho Constitucional y parlamentario*, nº7, Madrid, 1995 pp. 41 y ss. En contra se manifiesta la STC 157/93 de 6 de mayo F.J. 14 que establece que

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 255
DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

3.9.- LA EDUCACIÓN INCLUSIVA COMO POSIBLE DERECHO FUNDAMENTAL.

La consideración de la inclusión educativa como parte del derecho fundamental a la educación, supone traspasar las barreas del positivismo jurídico y ajustar al derecho a las exigencias del paradigma educativo. No pasamos por alto las críticas que recibe la postura que aquí mantenemos acusada de disparatada, inoperativa y utópica por la inversión económica que habría que realizar en el sistema educativo.

Sin embargo, como indica Lucas Verdú (1998), la lucha por el Estado de derecho todavía no ha terminado y “es cierto que el Estado social y democrático de Derecho manifiesta rasgos utópicos, pero las utopías de hoy pueden realizarse con el tiempo. Algunas metas se tendrán que consolidar y surgirán nuevos objetivos que cumplir” (pp. 144 y 145). A mi juicio, dentro de esas metas y objetivos está la configuración del derecho a la educación inclusiva como parte de un derecho fundamental.

Es cierto que la concepción del derecho a la inclusión educativa como derecho fundamental se mueve ahora en el horizonte de la hipótesis, pero según la conciencia inclusiva vaya instalándose en la sociedad, la dignidad de la persona irá tomando perfiles inclusivos, lo que impulsará, ante la realidad que nos muestra la necesidad de una educación inclusiva que favorezca el pleno desarrollo de la personalidad, un modo distinto de concebir los derechos tradicionales. En este contexto, el derecho a la inclusión educativa se concebirá como un derecho de la humanidad.

declarar la inconstitucionalidad de una norma por lo que en ella no se regula supone invadir competencias legislativas pues se completa lo regulado por la ley.

Hemos visto en epígrafes anteriores como el derecho a la educación inclusiva puede ser concebido como derecho subjetivo y derecho público subjetivo, por lo que el camino está allanando para mantener su posible naturaleza de derecho fundamental. A continuación, se darán algunas razones sobre las que puedan sentarse las bases para que la utopía de hoy pueda ser la realidad de mañana.

La consideración de la inclusión como derecho de la humanidad no es nueva y ha cobrado más fuerza en los últimos tiempos. El derecho a la inclusión es uno de los calificados como derechos de la llamada la tercera generación, a la que pertenecen los denominados derechos de solidaridad porque tienen su punto de partida, como dijo Vasak (citado en Peces Barba, 1973), en “una cierta concepción de la vida en comunidad, y sólo se pueden realizar por la conjunción de los esfuerzos de todos los que participan en la vida social” (p. 128).

En este sentido la inclusión supone aceptar el respeto por las personas sin ningún tipo de discriminación en la vida social, por lo que su cumplimiento necesita la solidaridad colectiva por una parte y el cumplimiento de prestaciones de los poderes públicos por otra.

La primera generación de derechos corresponde a los derechos de libertad y autonomía propios del individualismo y del Estado liberal donde los poderes públicos, los grupos sociales y los demás individuos deben respetar dicha libertad-autonomía. En la segunda generación, encontramos los derechos de libertad participación, en los que se pone de manifiesto la pretensión del Estado democrático de que la voluntad de los individuos influya y decida sobre el destino de la Comunidad.

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 257 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

Finalmente, están los derechos de libertad-prestación que son expresión del Estado social y en este ámbito se encuadraría el derecho a la educación inclusiva⁸⁸. En los derechos prestacionales la relación jurídica se da entre el Estado y el individuo que posee el título suficiente para exigir al Estado el cumplimiento de prestaciones.

Así lo hemos destacado anteriormente, cuando hemos explicado que el mandato constitucional de los artículos 27 y 49 otorga a los individuos de la facultad de exigir a los poderes públicos el cumplimiento de velar porque el sistema educativo garantice la equidad y por extensión, el derecho a la inclusión educativa que deben disfrutar todos los alumnos y alumnas.

El derecho a la inclusión educativa, como derecho de tercera generación, participa de las notas adscritas a este tipo de derechos y así en él se manifiesta que no procede de la tradición individualista de la primera generación ni de la tradición socialista de la segunda, sino que surge como consecuencia del progreso tecnológico y científico que dota al hombre de los medios para causar perjuicios graves en la dignidad de las personas. Este derecho se sitúa al principio de un proceso legislativo, lo que le permitirá ser conocido como un derecho del hombre futuro. Ello se expresa en el dictado del artículo 53.2 que establece que sólo pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con la futura ley que los desarrolle.

⁸⁸ Véase Atienza, M., "Sobre la Clasificación de los Derechos humanos en la Constitución" en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Nueva época nº2, Madrid, 1979.

En este sentido, destacan las palabras de Häberle (citado en López Pina, 1991) que indica que “debido al desafío que comporta hacer frente a la realización de los derechos fundamentales, hay que replantearse del principio al fin la teoría de la legislación. El legislador está obligado, por ejemplo, a actuar en el supuesto de los derechos sociales o los derechos de participación” (p. 106). Tal es el caso del derecho a la educación inclusiva.

Ante la inexistencia de una ley de desarrollo y frente a la limitación de poseer en nuestro texto fundamental un listado cerrado de derechos fundamentales, donde en este caso sólo tenemos el derecho a la educación, para mantener la naturaleza del derecho a la educación inclusiva como parte de un derecho fundamental optamos por conectarlo con los derechos de la personalidad. La técnica de la conexión está aceptada por la doctrina y así Martín Retortillo (1992), indica que en los derechos del capítulo III se observa como “algunas de las previsiones establecidas por los derechos fundamentales se prolongan hacia ellos” (p. 77).

Como ejemplo destaca la regla del contenido esencial que debe respetar el legislador y la aplicación inmediata como preceptos constitucionales. El derecho enunciado en la Constitución cuenta con mecanismos de garantía, en tanto que es parte de la propia Constitución. Así, la responsabilidad constitucional puede exigirse al legislador cuando ha dictado una ley en contra del contenido del artículo 49.

En este caso, puede interponerse un Recurso de inconstitucionalidad si no han transcurrido más de tres meses desde la publicación de la ley o norma con rango de ley, o puede someterse a juicio a través de una cuestión de

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 259
DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

inconstitucional cuando la aplicación de esa ley presuntamente inconstitucional sea definitiva para la resolución de un caso concreto.

Aceptar que los derechos fundamentales tienen ciertas conexiones con el exterior es aceptar que las realidades con las que están conectadas pueden adoptar el régimen propio de los derechos fundamentales. Por lo tanto, es una posible vía de ampliación del catálogo de los derechos fundamentales. En este sentido apunta lo que ha venido llamándose la “renovación dogmática de los derechos fundamentales” que reconoce que la realidad ha ido más allá que el derecho siendo necesario, a juicio de Otto (1992) una “política de derechos fundamentales”. Dicha teoría pretende “deducir los derechos prestacionales a partir de los derechos fundamentales clásicos. Y que es mediante la participación en el plano político-público y en el económico-social como se hacen efectivos dichos derechos” (p. 91).

Del derecho a la educación inclusiva, a nuestro juicio, puede mantenerse que es un derecho prestacional de contenido fundamental. Es prestacional porque impone a los poderes públicos una obligación positiva para llevar a la práctica un derecho. Y es fundamental porque se concreta el desarrollo de la persona del artículo 10.1 que es fundamento del orden político y la paz social.

Intentamos concretar aún más este derecho al entender que la consideración de la inclusión educativa como parte de un derecho fundamental se configura, además de cuando el perjuicio ocasionado por la discriminación afecta directamente a la dignidad, cuando queda perjudicado alguno de los derechos de la personalidad (la vida, la salud, la integridad física o incluso a la intimidad etc),

derechos fundamentales reconocidos como tales por nuestro ordenamiento constitucional.

Recordemos que los derechos fundamentales se caracterizan por ser derechos subjetivos que representan la libre disponibilidad del objeto por su titular que está individualizado, por lo que son derechos de marcado carácter antropocéntrico. Al contrario, el derecho a la educación inclusiva se presenta como inalienable, colectivo y de condición antropológica débil, al proteger al hombre, pero también a la sociedad en el que éste se integra.

Estas diferencias indican que para mantener la fundamentalidad del derecho a la educación inclusiva debemos alejarnos de las posturas que mantienen criterios puramente formales en la determinación de la naturaleza de los derechos fundamentales, pues de otra manera, como acabamos de ver, no puede mantenerse que este derecho posea rasgos de fundamentalidad.

Así, por ejemplo, Peces Barba (1973), dejó señalado que, si un derecho fundamental no puede ser alegado, pretendiendo su protección, se puede decir que no existe. Siguiendo a Ferrajoli (1990) adoptamos la concepción que centra su estudio en la sustantividad de los derechos fundamentales. Por ella, estos se identifican con los derechos de la personalidad. Así los derechos fundamentales se entienden como el ámbito del no-poder donde se perfila la forma y se desarrolla la identidad, la necesidad y los valores, tanto personales como sociales, que exigen tutela y satisfacción (p. 954).

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 261 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

En definitiva, para mantener la naturaleza fundamental del derecho a la inclusión educativa se requiere una ampliación del concepto de derecho fundamental. Por esta razón, seguiré las argumentaciones de Lucas Verdú y Pérez Luño destacados defensores de tal aumento.

En este sentido, Pérez Luño (1985) considera que la aparición de nuevos derechos fundamentales supone un replanteamiento de estos ya que, en sus palabras:

“A medida que el Estado social ha ido adquiriendo autenticidad democrática... la propia idea de los derechos fundamentales ha perfilado su propio status significativo. Han dejado así de entenderse como Staatsschranken (límites de la acción estatal) caracterizados por una función prioritaria de defensa (Abweehrfunktion) para asumir el papel de auténticos Staatszwecke (fines de la acción estatal) a través de la garantía de la participación (Teilnahmefunktion) de los ciudadanos en las diversas esferas de la vida social, económica y cultural” (pág. 484).

En la misma línea, Lucas Verdú (citado en Pérez Luño, 1985), no admite el listado numerus clausus de derechos fundamentales que recoge nuestro Texto Fundamental influido por el método aplicado en la Constitución italiana de 1947, el de la República Federal de Alemania de 1949 y la portuguesa de 1976.

A su juicio, esta recopilación de los derechos y libertades cierra la posibilidad de reconocer nuevas pretensiones fundamentales surgidas del desarrollo cultural, científico y tecnológico. Por ello, Lucas Verdú (1984) opina que no hubiera sido disparatada una disposición que apuntase que:

“La enunciación de los derechos y libertades contenidos en esta Constitución no excluye el reconocimiento de otros que se deduzcan lógicamente de aquellos que surjan del progreso civil, económico, social y

tecnológico y que no contrasten con los principios constitucionales recogidos en el Título preliminar”⁸⁹ (p. 485).

Esa es nuestra intención, advertir que el derecho no puede sustraerse por mucho más tiempo a la realidad finisecular que concibe esta materia como un derecho de la humanidad. Al vincular la educación inclusiva con derechos de la personalidad como la integración, la no discriminación y la salud se está contribuyendo al desarrollo de la persona y sobre todo a su dignidad. En este sentido, mantenemos la posible fundamentalidad del derecho a una educación inclusiva en la medida que sea adecuado para el desarrollo de la dignidad de la persona.

Como hemos defendido a lo largo del presente trabajo, el contenido del derecho humano a la educación inclusiva se referiría al derecho al desarrollo pleno y en libertad de la dignidad de las generaciones humanas presentes y futuras, asegurado con la garantía de una vida digna en igualdad de oportunidades y sin discriminaciones.

Como se observa, el concepto confirma la postura antropocéntrica del derecho educativo-inclusivo, se amplía el objeto de protección a las generaciones futuras, y se recoge la calidad de vida dentro del parámetro de la dignidad de la persona en conexión con el respeto por las capacidades de todos.

Con el concepto de vida digna nos acercamos al de calidad de vida. Este es un concepto jurídico indeterminado que puede entenderse de distintas maneras,

⁸⁹ Continúa explicando que la precisión de tales derechos correspondería a las Cortes mediante ley orgánica y el Tribunal Constitucional debería examinar su congruencia con el título preliminar, así como con los derechos y libertades expresados en dicho título. “De esta manera se actualizaría la tabla de derechos y libertades cuando fuera necesario sin necesidad de arrostrar el lento y gravoso camino de la revisión constitucional” p. 274 y ss.

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 263 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

ya que la calidad de vida se define de diversas formas según la ciencia que estudie el concepto. Comúnmente se identifica con el nivel de vida ajustándose a parámetros adquisitivos, también se entiende como hábito de vida, como actitudes personales, o estados emocionales. Si la entendemos con Von Hippel (1984) como las condiciones de vida, pertenece al nivel de las metas superiores *Oberziele*, que como los valores, inspiran normas que la respeten y en este sentido hablamos de vida digna (p. 953).

En lo que a nosotros nos interesa, que es la educación inclusiva como derecho fundamental, como ya hemos indicado, éste se pone de manifiesto cuando interpretamos conjuntamente los artículos 27 y 49 con los derechos de la personalidad especialmente la dignidad de la persona del artículo 10.1.

En la interpretación que hagamos de estos artículos, además de investigar los fines empíricos de los preceptos se han de vigilar y corregir sus resultados con la idea de Derecho. Debemos aclarar que partimos del razonamiento de Binder (1925) por el que la determinación del contenido y del alcance de la norma jurídica no se encuentra en las ideas finales que haya tenido el legislador en el momento de dictar su precepto, sino que la tarea de la interpretación se centra en el aprehendizaje de la norma jurídica en conexión con la realidad viva, con las circunstancias empíricas y con las ideas finales del presente inmediato. Así se asegura que la norma jurídica esté en consonancia con la idea del Derecho, sólo entonces aparece como expresión de la razón objetiva (pp. 976 y 977).

Por ello, realizamos la interpretación conjunta de los artículos 27, 49 y 10 teniendo en cuenta como se perciben en la vida social. Entendiendo que la misma, como lo hace Wroblewski (1895) corresponde “al contexto funcional de las reglas legales y tiene en cuenta el actual contexto sistémico y lingüístico. Elementos especialmente relevantes de la vida social son las soluciones de conflictos de intereses, satisfacción de las aspiraciones y necesidades reconocidas, expectativas de grupos diferentes y de la sociedad en su conjunto en las dimensiones económica, ética cultural, etc.” (p. 75).

El Derecho, en parte, expresa la contribución del legislador a estas necesidades, pero en parte, se rezaga a ellas. Una de las preocupaciones sociales es la protección de las personas con discapacidad, de ello da fe la creación de asociaciones, grupos independientes y ONG creadas con este propósito, el reconocimiento del derecho a la educación inclusiva, sin mencionar la regulación de la materia en normas que ordenan el sistema educativo.

Como hemos visto, por lo general, los cambios en la vida social ocurren más deprisa que los cambios en la letra de la ley, pero esto no obsta a que el derecho suscite y anticipe algunos cambios en la vida social misma⁹⁰, por ello indica el autor que a “la interpretación legal se le exige que adapte el derecho a las necesidades de la vida social para hacerlo más adecuado a ésta. Esta adecuación es el valor máximo de la ideología dinámica de la interpretación legal” (p. 76).

⁹⁰ Wroblewski, J. (1983). Change of law and Social Change, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, Roma, pp. 300 y ss.

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 265 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

Esta adaptación es la que pretendemos en materia inclusiva. Ciertamente es un reto que exige situarnos en una visión flexible del Derecho que maneje las categorías de la dogmática ajustándolas a los nuevos tiempos, sin detenernos ante los límites del derecho positivo, pero conociendo y respetando su contenido. Así, Puchta (1858) para quien “las proposiciones jurídicas individuales que constituyen el derecho de un pueblo figuran entre sí en una conexión orgánica que se explica, ante todo, por proceder del espíritu del pueblo, ya que la unidad de esa fuente se extiende a lo por ella producido” (p. 35 y ss.).

Es por una parte fuente de nuestra propuesta, pero también Geny (1925) apuesta por la interpretación jurídica realizada con todos los elementos de la investigación social, sin perder el parámetro del derecho positivo vigente (p. 668 y ss.). Nosotros, aunque nos apoyemos en las exigencias de la vida social, en la necesidad de cubrir ese hiatus existente entre el sentimiento social y la regulación jurídica en materia inclusiva, consideramos que la labor hermeneútica se apoya en la cultura jurídica, en las elaboraciones doctrinales y en el derecho internacional.

A este último hace referencia expresa la Constitución en su artículo 10.2 cuando establece que los derechos fundamentales y libertades públicas se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas ratificados por España (Fernández Segado, 1993, p. 225 y ss.). En ellos es justamente donde se pone de manifiesto la catalogación de la educación como derecho humano, pues se concibe la misma como un patrimonio común de la humanidad, de las generaciones presentes y de las futuras, entendido según como la “necesidad de introducir en el ordenamiento jurídico internacional un nuevo principio que

considere a la humanidad como titular de derechos sobre ciertos espacios físicos y sus recursos”⁹¹.

Así mediante el reconocimiento del derecho humano a la educación inclusiva se produce una constatación de la indivisibilidad de los derechos humanos, ya que la afección del derecho a la educación en sentido amplio como derecho de la humanidad, afecta a derechos consolidados como son el derecho a la vida, al libre desarrollo de la personalidad, a la salud y a los demás, aunque la relación sea más lejana.

En cuanto a los caracteres de este derecho poseen los mismos que los derechos fundamentales, en tanto que es irrenunciable y está fuera del tráfico jurídico, es inalienable, inembargable e imprescriptible. Respecto a su contenido esencial, aunque no viene especificado en la Constitución, por tal entendemos que es el uso y disfrute del hecho educativo sin que exista ningún tipo de discriminación y en igualdad de oportunidades y posibilitar así una vida digna en la que se garantice un desarrollo libre de la persona.

Dentro de los mecanismos que el derecho constitucional ofrece para garantizar los derechos que la Constitución reconoce como fundamentales, se encuentra el Recurso de Amparo. Mecanismo de alta protección y garantía, únicamente operativo para los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 CE. Como es obvio, el Recurso de amparo no puede utilizarse para garantizar el derecho a una educación inclusiva que sirva para el pleno desarrollo

⁹¹ El padre de este precepto es Arvid Pardo quien, en su declaración ante la primera Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 1 de noviembre de 1967 justificó la existencia de un patrimonio común de la humanidad.

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 267 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

de la personalidad humana, ya que no está reconocido el principio como tal en la Constitución.

En definitiva, queda superada la opinión de quienes afirman que la inclusión educativa no puede concebirse como derecho, menos como derecho fundamental por su imprecisión conceptual, su titularidad colectiva y difusa y su dificultad para concebirlo como derecho subjetivo. Creo que están criticando una materia nueva con criterios y categorías que no son válidas en la actualidad, donde hay una conciencia universal de respeto a la persona y a su dignidad, sin el cual la humanidad no puede ejercer dicha dignidad.

El Estado de derecho surge impulsado por el interés de la burguesía que necesita un sistema legal que garantice ciertos derechos que posibiliten su desarrollo como clase social. En su formulación originaria, el Estado de derecho, surge frente al estado absolutista, especialmente a través de la función de crear y mantener el derecho cuyos límites de acción están concretados rigurosamente por el propio conjunto normativo e institucional.

Nuestro Estado se define en el artículo 1.1 de la Constitución como social y democrático de derecho inspirándose en el artículo 20 de la Ley fundamental de Bonn⁹². En este punto, debemos señalar que distintas voces niegan la posibilidad

⁹² Para un estudio más detenido de su desarrollo constitucional y sus precedentes Cfr. Abendroth, Wolfgang, *Sociedad antagónica y democracia política*. Traducción de Manuel Sacristán. Barcelona: Ed. Grijalbo, 1973, pp. 265 y ss.

de hacer compatibles el Estado social y el Estado de derecho así Forsthoff⁹³ (citado en García Pelayo, 1977), mantiene que:

lo “único constitucionalmente cierto, primario y equipado de todas las garantías es el estado de Derecho, del cual derivan inmediatamente de los preceptos de la Constitución, mientras que el Estado social es un línea de acción política susceptible de orientarse por distintos modelos y cuya realización capitalmente corresponde al derecho Administrativo (...) económico (...) y laboral (...); los derechos sociales no pasan de ser proposiciones programáticas que pueden vincular a los poderes públicos, pero de las que no se desprende una aplicación inmediata” (pp. 51 y 52)

En un sentido parecido, se manifiesta Lucas Verdú (1977) cuando mantiene que el Estado español, parece según la redacción del artículo primero de la Constitución que padece de estrabismo, mientras que un ojo mira al estado social, el otro dirige su mirada al Estado de derecho. Así, considera que la contemporaneidad impone al derecho constitucional la superación del estado social de derecho, fruto socialdemócrata integrado en el neocapitalismo y su conversión en un Estado democrático de derecho.

El reconocimiento de un derecho a la inclusión educativa y por extensión, a la plena inclusión, supone una modificación en el modelo de Estado. El llamado Estado del bienestar (Welfare state) típico de las sociedades industriales de la postmodernidad es el modelo que surge de la transición de las transformaciones operadas en el neoliberalismo y el socialismo democrático. En él se produce una confusión entre la economía y la política, el dinero y el poder están confundidos.

⁹³ Forsthoff establece con dureza que “el Estado de Derecho y el Estado Social no son compatibles en el plano constitucional” Cfr Forsthoff, E., “Problemas constitucionales del Estado social”, en *El Estado Social*. C.E.C., Madrid, 1986, p. 45.

CAPÍTULO III: LA DINAMOGÉNESIS DE LOS VALORES AL SERVICIO DEL 269 DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA

Ello generó que, en la década de los sesenta, pasara a ser concebido como Estado de malestar.

En este sentido, Elías Díaz (1966, p. 173) apuntaba “El neocapitalismo, con su famoso Estado de bienestar..., no logra ni superar la enajenación de las masas, ni frenar la desigualdad social”. Ese Estado de bienestar en la actualidad está caracterizado por la marginación, la alienación y la anomia de nuestros días. Se pone en duda que el Estado liberal consiga la libertad para todos y el social la igualdad material. En la misma línea, Cossío Díaz (1989) pone de manifiesto la necesidad de un elemento referencial que relativice y dé sentido a la libertad y a la igualdad. Este elemento es la dignidad de la persona (p. 36).

En un tiempo como el actual de relativismo moral donde se ponen en duda valores tan importantes como la solidaridad, y en particular la solidaridad con las personas con discapacidad, provocan que esa nueva generación de derechos fundamentales basados en este valor se ponga en cuestión y no se consiga el logro de su garantía. A mi juicio, la discusión sobre la educación inclusiva no debe tener lugar en una sociedad desarrollada y moderna como la nuestra, sino al contrario, lo que requiere es de pasos hacia delante para su garantía, ya que su reconocimiento está bastante claro sobre todo en la normativa internacional.

Corresponde a los poderes públicos legislar una ley de desarrollo, una reorganización de los recursos educativos que no impliquen una inversión económica desorbitada, y por fin impregnar a la sociedad de una cultura inclusiva que garantice este derecho en su triple dimensión de acceso, permanencia y promoción.

En mi opinión, ya no vale escudarse en el terreno de la excusa para no garantizar este derecho y que siga apareciendo en el actual ordenamiento como un principio jurídico. Este derecho basado en la solidaridad de la sociedad requiere por parte de los poderes públicos acciones positivas que favorezcan a este colectivo respetando al fin y al cabo su dignidad como personas.

Pero como se ha apuntado anteriormente, si estamos inmersos en una época de relativismo moral donde se ponen en duda valores tan importantes como la solidaridad, se pone en peligro el derecho de las personas con discapacidad a la educación inclusiva y a la inclusión en la sociedad, en definitiva, hecho que no deben permitir los poderes públicos ni una sociedad que quiere llamarse moderna y avanzada.

**IV – DIMENSIONES DEL
DERECHO A LA
EDUCACIÓN INCLUSIVA:
ACCESO, PERMANENCIA Y
PROMOCIÓN**

4.1.- LA EDUCACIÓN INCLUSIVA A TRAVÉS DE LA JURISPRUDENCIA

Los pronunciamientos de los Juzgados y Tribunales españoles sobre el derecho a la educación inclusiva, antes de la existencia de doctrina por parte del Tribunal Constitucional y su contenido a partir de la sentencia de 27 de enero de 2014, sufren una notable evolución no acompañada de la distinción conceptual entre integración e inclusión, produciendo una confusión terminológica que ha provocado la ralentización en la aplicación de este derecho considerado como un derecho humano por la CIDPD. Merece la pena el análisis de la misma y las sentencias posteriores hasta llegar a la importante sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017.

Precisamente, se valora por algunos sectores cuyos intereses giran en torno a las personas con discapacidad y su plena inclusión en la sociedad, que esta sentencia es trascendente por la configuración definitiva de la educación inclusiva como un derecho fundamental, con las consecuencias prácticas jurídicas que esto conlleva y las posibilidades de amparo judicial. De manera muy destacada, es importante saber cuáles son los mandatos y las obligaciones que incumben a las Administraciones educativas en orden a garantizar la efectividad de este derecho fundamental.

Lo que vale la pena enfatizar en la decisión del Tribunal Supremo es que la administración educativa debe implementar todo lo relacionado con el apoyo y los ajustes razonables para los estudiantes que presentan cierto tipo de diversidad funcional y por lo tanto tienen necesidades educativas especiales. Esto puede ser una cuestión a priori, es decir, unas condiciones de acomodación razonables, para que los estudiantes con discapacidad puedan realmente realizar todo su

potencial, desarrollo personal y aprendizaje, sin sufrir ningún tipo de discriminación.

Pese a los avances que suponen esta Jurisprudencia, quedaría un largo camino por recorrer para la aplicación efectiva e íntegra de las disposiciones de la CIDPD en nuestro país. De una forma más simple, se puede hablar de una primera etapa en la evolución jurisprudencial, que se concretaría en una serie de pronunciamientos en los que aún no existía doctrina por parte del Tribunal Constitucional ni del Tribunal Supremo.

Sin embargo, cabe mencionar algunos pronunciamientos jurisprudenciales relevantes, tales como la sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de noviembre de 2009, que aplicó los mandatos de la Convención para conceder el derecho a recibir una beca por parte de una persona con discapacidad, y la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2011⁹⁴, que en un procedimiento sobre la vulneración de derechos fundamentales, consideró un atentado contra el derecho a la educación la ausencia en un centro público de los recursos y medios necesarios para atender alumnado TEA (Trastorno del Espectro Autista), por lo que establece un mandato a las Administraciones Educativas para que den una respuesta adecuada a las necesidades que presentan estos alumnos teniendo en cuenta la situación de desventaja de la que parten y la relación que mantiene con el derecho a la igualdad dicha respuesta del poder público que podría vulnerarlo.

Si analizamos las sentencias de los diferentes Tribunales Superiores de Justicia, como consecuencia de este análisis podemos llegar a la siguiente conclusión sobre estas decisiones judiciales: aun cuando muchas de ellas están dictadas en procedimientos especiales de protección de derechos fundamentales, no enfocan el derecho a la educación inclusiva desde el punto de vista

⁹⁴ RJ 2011/4100

constitucional de tal derecho, sino que analizan si los actos administrativos objeto de revisión cumplen o no con la legalidad ordinaria.

Esto es así porque la inclusión educativa aparece enunciada en la legalidad ordinaria como un principio jurídico, siendo obligación de los poderes públicos tomar todas las medidas que sean necesarias para no atentar contra este principio, no teniendo estos como finalidad la garantía de un derecho.

En estas sentencias, se insiste en que el derecho a la educación no es incondicionado ni absoluto, poniendo más el acento en los límites de carácter económico y presupuestario⁹⁵. Es importante destacar que en muchos casos se desestiman los recursos en los que se ha invocado el derecho a la igualdad en la educación teniendo como base en la argumentación que no se aportó prueba de trato discriminatorio o desigual respecto de otras circunstancias idénticas. El parámetro de comparación según estas sentencias no ha de establecerse con respecto al resto de personas que no tienen discapacidad, sino con respecto a otros alumnos que también la tengan⁹⁶.

El elemento fundamental en el que se basan los pronunciamientos de los Tribunales son los dictámenes de escolarización e informes psicopedagógicos, otorgando un valor prevalente a los mismos. Asimismo, como señala la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 22 de abril de 2002⁹⁷, las pruebas aportadas por los padres merecen la debida consideración, pero en modo alguno

⁹⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 16 de noviembre de 1998 -RJ 1998/4763-, sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 8 de febrero de 2011 -JUR 2012/386339- o la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 26 de octubre de 2012, que expresamente dice que el derecho a la educación integrativa no es un derecho absoluto

⁹⁶ En este sentido, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 22 de marzo de 2013

⁹⁷ JUR 2002/206601

pueden servir para debilitar el valor de los informes, evaluaciones y dictámenes emitidos por los organismos llamados por la Ley a efectuarlo⁹⁸.

4.1.1.- Del Tribunal Constitucional.

El TC, en su sentencia de 27 de enero de 2014⁹⁹, se pronunció por primera vez de manera expresa sobre este derecho fundamental. Esta sentencia se basó en un supuesto de acceso al sistema educativo de un menor con TEA que había sido excluido del sistema ordinario. El Alto Tribunal no concedió el amparo, aunque el Ministerio Fiscal solicitó la estimación del recurso y dos Magistrados efectuaron votos particulares, en razón a que en ese caso la escolarización del menor en un centro específico de Educación Especial resultaba idónea en base a los informes aportados.

En los fundamentos jurídicos, el TC sitúa el objeto de la sentencia en determinar si la Resolución recurrida vulneraba los arts. 14, 15 y 27 CE. Lo que se pretendía aclarar era si la decisión de escolarizar al niño en un centro de educación especial suponía la vulneración del principio de igualdad y no discriminación que proclama el art. 14 CE, el derecho a la integridad moral del alumno enunciado en el art. 15 CE y el derecho a la educación regulado en el art. 27 CE.

El Tribunal por su parte diseccionó uno a uno los motivos de impugnación descritos en la demanda, empezando por los tres en los que existía unanimidad, en cuanto a su desestimación, entre el letrado de la Comunidad de Castilla y León y el Ministerio Fiscal, para centrarse después en el objeto central del litigio. La

⁹⁸ En el mismo sentido, se pronunciaron sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 20 de marzo de 2009 (JUR 2009/234141) y de 13 de mayo de 2011 (JUR 2011/293990)

⁹⁹ STC 2014/10

lesión a la integridad moral del menor y a su dignidad personal se convirtió en el primer motivo de impugnación comentado y desestimado por el TC.

Se cree que no existe tal daño o trato degradante porque la decisión fue tomada por el órgano administrativo capacitado legalmente para ello, después de la instrucción durante cinco años del correspondiente expediente administrativo. Por si esto fuera poco, no se cumplían los requisitos descritos por la doctrina jurisprudencial¹⁰⁰ para que se pudiera producir un trato degradante, y por tanto, no cabía ninguna intención de humillar ni podía considerarse que revistiera gravedad la decisión del órgano administrativo.

En segundo lugar, el máximo intérprete de la Constitución desestima que la resolución recurrida pudiera atentar contra el derecho que se reconoce a los padres de elegir centro educativo y escoger la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, tal y como se reconoce en el art. 27 CE. Deja claro que esta libertad de elección de centro educativo no incluye el derecho a la elección de la escolarización en un centro ordinario o específico, ya que la escolarización en este último dependerá de si las necesidades del alumno pueden ser o no atendidas con los recursos de los que dispone un centro ordinario. Queda claro por otra parte que el presente caso no afecta al derecho a escoger formación religiosa o moral.

El tercer motivo de impugnación tratado y también desestimado por el TC se refirió a la posible indefensión de los padres en el procedimiento, aspecto que no reconoce al evidenciar que se cumplió con todas las reglas del procedimiento, que incluían su participación activa y el cumplimiento del trámite de audiencia entre otras.

¹⁰⁰ STC 116/2010, de 24 de noviembre (RTC 2010, 116)

Finalmente, el máximo intérprete de nuestro texto constitucional trata el verdadero centro neurálgico del problema que consiste en dirimir si la decisión administrativa ha sido discriminatoria y ha vulnerado su derecho a la educación, que constituyen los dos últimos motivos de impugnación tratados.

Tras establecer cuál es la normativa aplicable al caso, y en base a la misma, el TC reconoce el principio general de que la educación debe ser inclusiva para las personas con discapacidad, y que como consecuencia de este principio se debe escolarizar a estos alumnos en centros ordinarios con los apoyos y *ajustes razonables* necesarios para su integración en el sistema educativo.

A su vez, la misma normativa señala una excepción que se da cuando estos ajustes son desproporcionados o no razonables, y por tanto, la Administración puede decidir la escolarización en un centro de educación especial cuando las necesidades específicas del menor no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios.

Para el máximo intérprete de la Constitución, esta excepción se ajusta al caso, quedando justificada la resolución administrativa cuando cuatro informes psicopedagógicos diagnostican una discapacidad psíquica grave y proponen una atención específica y personalizada en un centro de educación especial, quedando acreditada de esta manera su adecuación y proporcionalidad, desestimando así el amparo solicitado por los recurrentes.

Los fundamentos de derecho en los que se basa la sentencia, comprenden los arts. 10.1, 14, 15, 27 y 49 CE, la CIDPD de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España y publicada en el BOE de 21 de abril de 2008, especialmente los arts. 2 y 24; y por último, la Ley Orgánica 2/2006 de Educación, sobre todo desde el art. 71 al 74.

Tanto la parte recurrente como el propio TC inciden en que la resolución recurrida afecta a los derechos y deberes fundamentales recogidos en el Título I de nuestro texto constitucional que merecen la solicitud de amparo por parte de los primeros y por parte del segundo su aceptación a trámite.

Los derechos fundamentales afectados son los referentes a la dignidad personal y derechos fundamentales del art. 10.1 CE, el principio de igualdad y no discriminación del art. 14 CE, referido en este caso concreto a las personas discapacitadas y que los recurrentes consideran vulnerado de forma directa porque la escolarización de su hijo en un centro de educación especial lo consideran un acto de segregación. También consideran de forma indirecta su vulneración en cuanto que entienden que ha habido una negativa manifiesta a dotar de recursos educativos específicos al centro ordinario para atender a su hijo por parte de la Administración.

Afecta igualmente al derecho a la integridad moral del art. 15 CE pues consideran los recurrentes que su hijo ha recibido un trato degradante al ser escolarizado en un centro de educación especial. Se relaciona con el art. 27 CE, párrafo 1º, que reconoce el derecho a la educación de todos, incluidas las personas con discapacidad, y el párrafo 3º, que reconoce el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones y que además, según la interpretación del TC¹⁰¹, comprende el derecho a la elección de centro y que la parte recurrente entiende vulnerado porque la Administración no ha permitido la escolarización en el centro de su elección.

Por último, el art. 49 CE se convierte dentro del texto constitucional en el referente de los derechos de las personas con discapacidad “y obliga a los poderes públicos a realizar políticas de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración

¹⁰¹ STC 133/2010, de 2 de diciembre (RTC 2010, 133)

hacia estas personas, a prestar la atención especializada que requieran y a ampararlos para que puedan disfrutar plenamente de sus derechos fundamentales” (Martínez-Carbonell, 2014, p. 527). Se observa fácilmente que el art. 49 CE habla de integración y no de inclusión, utilización lógica del término debido al año en el que se aprobó nuestra Carta Magna.

En virtud del art. 10.2 CE, analizado en el segundo capítulo de esta obra, exhorta a interpretar los derechos fundamentales a la luz de los tratados internacionales ratificados por España, aplicando la CIDPD de 13 de diciembre de 2006. El derecho a la educación de las personas discapacitadas se reconoce en su art. 24, sin que pueda producirse discriminación y en igualdad de oportunidades, estableciendo además en su primer párrafo que los Estados asegurarán para ellas un sistema de educación inclusivo en todas las etapas educativas.

En su segundo párrafo, regula los deberes de los Estados que asegurarán, como principio general, que las personas con discapacidad no sean excluidas del sistema educativo y que su acceso, es decir, su escolarización en la educación primaria y secundaria se haga de forma inclusiva, garantizando así la calidad de la enseñanza recibida en igualdad de condiciones.

Les obliga también a que se hagan los ajustes razonables necesarios en función de las necesidades individuales, y a tenor del art. 2, considera como ajustes razonables “aquellas modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan carga desproporcionada e indebidas para garantizar la igualdad de condiciones de las personas discapacitadas y el pleno ejercicio de sus derechos fundamentales” (p.2).

Asimismo, los Estados reciben el mandato de que presten el apoyo necesario y las medidas personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo su desarrollo académico y social de conformidad con el objetivo de la plena inclusión.

Por último, es de aplicación la Ley Orgánica de Educación (LOE), que en su art. 1.b), recoge como principio general del sistema educativo la equidad que garantiza la igualdad de oportunidades, la inclusión educativa y la no discriminación, con especial atención a las desigualdades que deriven de discapacidad. A partir del art. 71 LOE, se regula la educación de los alumnos con necesidades específicas de apoyo educativo.

El segundo párrafo de este artículo 71 establece que serán las Administraciones educativas las que asegurarán los recursos necesarios para los alumnos que requieran atención educativa diferente a la ordinaria. De la misma manera, les exhorta en su párrafo tercero a establecer procedimientos y a dotar al sistema de los recursos necesarios para la identificación de necesidades educativas específicas del alumnado, basando su atención en los principios de normalización e inclusión. El art. 72 LOE se refiere a los recursos educativos y establece que las Administraciones deberán dotar a los centros de los recursos necesarios, siendo estos los que deberán realizar las adaptaciones curriculares necesarias para atender a este alumnado, adecuando así la organización escolar a la diversidad.

Por su parte, el art. 74.1 recoge el principio general de normalización e inclusión en la escolarización de las personas discapacitadas, estableciendo que la escolarización en centros de educación especial sólo se llevará a cabo cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios.

En el apartado segundo establece la obligación de una identificación y valoración temprana de las necesidades por parte de personal cualificado, dejando el tercer apartado para regular la evaluación y valoración de los resultados obtenidos al finalizar el curso que supondrá el punto de partida para orientar el proceso de aprendizaje o incluso la modificación de la modalidad de enseñanza si fuera necesario.

En aplicación de esta normativa, el TC llegó a la conclusión de que la Administración actuó correctamente al decidir escolarizar al niño en un centro de educación especial, pues lo hizo después del diagnóstico temprano de sus necesidades específicas de apoyo educativo avaladas por informes elaborados por profesionales de la orientación donde se determinó que sus necesidades no podían ser correctamente atendidas en un centro ordinario lo que provocaba como consecuencia que en el correspondiente dictamen de escolarización se determinara la escolarización del menor en un centro específico.

Sin embargo, conviene analizar los temas básicos que están sobre la mesa, que consisten, en primer lugar, en si se respeta el derecho a una educación inclusiva recogido en los artículos 71 y 74 LOE enunciado como un principio general, y si es posible en el centro ordinario implantar los ajustes razonables que marca la CIDPD en el art. 24, el respeto al derecho de los padres a elegir centro educativo y si supone un trato degradante e inhumano para el menor escolarizarlo en un centro de educación especial. El propio TC, en base a la normativa aplicable, señala que el principio general debe consistir en que la educación de las personas discapacitadas debe ser inclusiva, promoviendo la escolarización de los menores en un centro de educación ordinaria.

A juicio del máximo intérprete de nuestro texto constitucional, el núcleo del problema consiste en determinar si se discrimina al menor y se vulnera su derecho a la educación inclusiva con la decisión administrativa. Ésta será discriminatoria si con ella la Administración incumple las obligaciones que tanto la LOE como la CIDPD le confieren, que son, entre otras, la promoción de la escolarización gratuita y obligatoria del menor regulada en la letra a) del apartado segundo del art. 24 de la Convención, haciendo los ajustes razonables que se requieran según sus necesidades individuales como se proclama en la letra c), y facilitando los apoyos necesarios personalizados en entornos que fomenten al máximo su desarrollo académico y social de conformidad con el principio de plena inclusión, tal y como se regula en la letra e) del mismo artículo.

También, a tenor de la regulación de la LOE, se desprenden otras obligaciones como son las de promover la igualdad en el acceso y permanencia en el sistema educativo, estableciendo en caso necesario las medidas de flexibilización necesarias, reguladas en el art 74.1, y el deber de evaluar y diagnosticar con carácter prematuro las necesidades educativas de este alumnado, regulado en los apartados 2 y 3 del art. 74 de la misma Ley.

El TC cree que la Administración no ha violado ninguna de estas obligaciones. No cabe duda que la Administración ha cumplido con el deber de garantizar la educación básica y obligatoria, y así lo ha evidenciado el Tribunal, porque ha hecho todo lo posible para que el acceso a la educación de todos los menores se lleve a cabo en un centro ordinario, los cuales deben contar con todos los recursos necesarios, y si con estos no se puede dar respuesta a todas las necesidades del alumnado con ciertas alteraciones graves y permanentes, entonces se buscarán alternativas en la escolarización después de la detección

temprana de las necesidades individuales mediante la evaluación psicopedagógica.

El TC está de acuerdo con la idea que emana de las resoluciones judiciales recurridas que consideran que no es un derecho absoluto el derecho a una educación inclusiva. El juzgado de primera instancia consideraba que la inclusión educativa se podía llevar a la práctica sólo en la medida de lo posible y reconocía también que la escolarización inclusiva sería insuficiente para alcanzar el máximo desarrollo de la personalidad del alumnado, según se desprendía de todos los informes periciales, dando certeza al argumento de que no es un derecho absoluto.

Asimismo, el TSJ considera que el principio de la educación inclusiva no es un derecho absoluto reconocido en nuestro ordenamiento jurídico cuando se establecen excepciones a su ejercicio, tal y como se ha analizado en apartados anteriores. Dejando claro que el término educación inclusiva no encierra un derecho con el carácter de absoluto, y considerando que la Administración no incumplió las obligaciones derivadas de tal principio, la atención del TC se centró en intentar determinar si tal decisión está dentro de las excepciones establecidas en la legislación y si se ha cumplido con el deber por parte de la Administración de motivar y justificar tal excepcionalidad.

El máximo intérprete de la Constitución evidencia que la letra a) del segundo apartado del art. 24 de la Convención considera que una de las obligaciones de la Administración para cumplir con el principio de inclusión educativa es hacer los ajustes razonables según las necesidades individuales del alumno. Del mismo modo, el art. 2 considera que se produce discriminación hacia estas personas cuando se deniegan estos ajustes razonables. Este mismo artículo define los ajustes razonables como:

“modificaciones y adaptaciones necesarias que no impongan una carga desproporcionada e indebida cuando se requieran en un caso particular para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (p. 2).

Por tanto, esos ajustes serán razonables cuando son proporcionados y no supongan una carga indebida para la Administración. De la misma forma, el art. 74 de la LOE, mencionado con anterioridad, establece que sólo será posible la escolarización en un centro de educación especial cuando las necesidades del alumno no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de un centro ordinario, y además, que esas medidas serán valoradas por personal cualificado y en los términos que determinen las Administraciones educativas.

En este sentido, el TC considera en el F.J. 4º, que sólo cuando los ajustes que deban realizarse para cumplir con el principio general de inclusión sean desproporcionados o no razonables, se podrá disponer la escolarización de estos alumnos en un centro de educación especial y establece que por respeto a los derechos fundamentales en juego y a los bienes jurídicos afectados, la Administración tiene el deber de motivar tal decisión.

Como se puede observar, el Tribunal no hace ninguna distinción a nivel terminológico de la diferencia existente entre las prácticas integradoras e inclusivas. Como se ha ido poniendo de manifiesto a lo largo de este trabajo de tesis doctoral, cuando la respuesta se centra en adaptar el sistema a las necesidades individuales de un alumno, hablamos de integración y no de inclusión. Baste como ejemplo lo dispuesto en otra normativa de carácter internacional que regula otra temática diferente a la tratada como son los derechos lingüísticos.

En la Declaración Universal de Derechos Lingüísticos (DUDL), que en el seno de la UNESCO (1996) se aprobó en Barcelona, estableció en su art.4 como una de sus líneas principales que la integración de las personas que se establecen en el territorio de una comunidad lingüística diferente de la propia se entiende como una socialización adicional de estas, de manera que puedan conservar sus características culturales de origen, compartiendo con la sociedad que las acoge las referencias, los valores y los comportamientos suficientes para permitir un funcionamiento social global sin más dificultades que las de los miembros de la comunidad receptora.

Aplicando esta reflexión al tema que nos ocupa, queda claro que la atención de las necesidades individuales de las personas con discapacidad en los centros ordinarios con el establecimiento de apoyos adaptados a los déficits que presentan son prácticas de integración. La inclusión va más allá de la visión del déficit y su atención a nivel individual, centrándose en la diversidad de capacidades que pueden aportar aspectos positivos a la convivencia dentro de una sociedad o de un aula.

Concluimos que al ser ésta una sentencia de 2014, y teniendo en cuenta el desarrollo del concepto de educación inclusiva a lo largo de estos últimos años, entendemos que ya no responde a los parámetros de realidad actuales, por lo que a mi juicio está obsoleta y no responde de manera adecuada a las necesidades del alumnado en general, y de manera particular, a los que presentan discapacidad.

Continuando con el análisis de la sentencia, lo que se dirimió posteriormente es la proporcionalidad y si son razonables los argumentos de la Administración para justificar la decisión en cuanto a la escolarización. El Ministerio Fiscal alegó en este caso que en base exclusivamente a la información derivada de los informes psicopedagógicos practicados al alumno no se puede

justificar la decisión. El TC consideró, no obstante, que no se vulneran los derechos fundamentales del menor porque la motivación sea insuficiente, ya que quedan suficientemente justificadas las medidas al considerar el expediente en su conjunto y ponderar que las necesidades educativas requeridas están por encima del juicio de proporcionalidad descrito por la propia jurisprudencia del Tribunal¹⁰².

En virtud de lo establecido en la STC 96/2012, de 7 de mayo, las restricciones y limitaciones a los derechos fundamentales, como en este caso, se pueden dar cuando están previstas en la ley, respetan el juicio de proporcionalidad, son debidamente justificadas con la pretensión de equilibrar el fin perseguido. En el caso que nos ocupa, el objetivo principal es el disfrute pleno del derecho a la educación del alumno discapacitado respetando el principio de inclusión y los medios empleados, añadiendo la implementación de una serie de medidas educativas, como pueden ser, entre otras, grupos de cuatro alumnos como máximo dentro del aula ordinaria supervisados por profesionales cualificados realizando trabajos de gran grupo basados en proyectos, atención individualizada al alumno en todo el proceso de aprendizaje durante su etapa de escolarización o permanencia, e intervención de especialistas en pedagogía terapéutica y audición y lenguaje.

Según la misma sentencia, existen tres requisitos para aplicar el principio de proporcionalidad. En primer lugar, el *juicio de idoneidad*, es decir, si la medida ha logrado el objetivo propuesto. En este caso, con el apoyo del informe psicopedagógico, la medida de escolarizar al niño en un centro de educación especial se hace atendiendo al bien del menor y buscando el pleno ejercicio de su

¹⁰² STC 173/1995, 21 de noviembre (RTC 1995, 173), y STC 96/2012, de 7 de mayo (RTC 2012, 96)

derecho a la educación. Esto está en consonancia con el objetivo que se pretende de satisfacer sus necesidades educativas.

En segundo lugar, el *juicio de necesidad*, por el que se deben tomar las medidas necesarias sin que quepan medidas más moderadas. De hecho, según los informes, es obvio que no pueden iniciar su escolarización en un centro ordinario porque las medidas no son posibles si los grupos de alumnos son muy numerosos, siendo imposible practicar una atención tan individualizada ante la ausencia también de la intervención de los especialistas para atender las necesidades que presentan.

En tercer lugar, el *juicio de proporcionalidad* en sentido estricto, que implica que se deben sopesar las ventajas para el interés general, que deben ser superiores a los perjuicios que se pudieran causar sobre otros bienes particulares. Bajo esta circunstancia,

“el bien particular que se derivaría al alumno discapacitado al escolarizarse en un centro ordinario es muy inferior al interés general del resto de alumnos que se verían afectados en su rendimiento por unas medidas propias de la educación especial y no del nivel educativo al que pertenecen el resto de alumnos, como pusieron de relieve el juzgado de primera instancia y el tribunal de apelación” (Martínez-Carbonell, 2014, p. 532).

Como se puede deducir de la última frase del párrafo anterior, expresar que el bien particular de un alumno discapacitado escolarizado en un centro ordinario es muy inferior al interés general del resto de alumnos que se verían afectados en su rendimiento por unas medidas propias de la educación especial, va en contra del principio de educación inclusiva, donde lo que se pretende es precisamente el interés general de todos los alumnos que les permita alcanzar el éxito escolar sin ningún tipo de distinción, y además es peligroso porque la conciencia del alumnado denominado ordinario de ese retraso en su proceso

educativo que indica el Tribunal puede llevar posteriormente a comportamientos discriminatorios dentro de las aulas en contra de las personas con discapacidad.

Resulta fundamental, por tanto, un cambio de mentalidad que se debe producir en primer lugar en la conciencia de todos los poderes públicos para poder garantizar que este principio jurídico se aplique correctamente, es decir, considerándolo como un derecho fundamental reconocido como un derecho humano previamente y que forma parte del propio derecho a la educación. Esta última mención de la sentencia comentada resulta inadmisibles en una sociedad democrática y moderna respetuosa con la diversidad como pretende ser la nuestra.

Continuando con el análisis de la sentencia, a juicio del propio TC, queda reconocido que la Administración cumplió con el deber de motivar y justificar su decisión, pues las decisiones se tomaron en base a los cuatro informes de evaluación y diagnóstico que se realizaron en los que se concluyó la existencia de un retraso madurativo importante, concretamente un trastorno grave del espectro autista, un retraso grave del lenguaje, un trastorno del déficit de atención con hiperactividad, acreditando que su nivel de competencia curricular se correspondía aproximadamente con el de un niño de un año de edad.

Por todo esto, en los informes se proponía la modalidad de escolarización en centro específico de educación especial, poniendo a su disposición todos los recursos materiales y humanos disponibles para recibir la atención adecuada, incluidas las adaptaciones curriculares significativas acordes a su nivel de competencia curricular, con una ratio por grupo de sólo 4 alumnos.

La sentencia concluye que el menor necesita mucho más que ajustes razonables en un centro ordinario y queda plenamente justificado que el menor no fue discriminado por parte de la Administración, ya que no le negó esos

ajustes pues lo derivó a un centro específico de educación especial. La sentencia pone de manifiesto que el derecho a la educación de las personas con discapacidad es un derecho fundamental, ya que cita expresamente los artículos 27 y 14 de la CE, concediendo especial relevancia a lo establecido en la CIDPD.

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

“De la normativa anterior se desprende, como principio general, que la educación debe ser inclusiva, es decir, se debe promover la escolarización de los menores en un centro de educación ordinaria, proporcionándoles los apoyos necesarios para su integración en el sistema educativo si padecen algún tipo de discapacidad. En definitiva, la Administración educativa debe tender a la escolarización inclusiva de las personas discapacitadas y tan sólo cuando los ajustes que deba realizar para dicha inclusión sean desproporcionados o no razonables, podrá disponer la escolarización de estos alumnos en centros de educación especial. En este último caso, por respeto a los derechos fundamentales y bienes jurídicos afectados, en los términos que hemos expuesto anteriormente, dicha Administración deberá exteriorizar los motivos por los que ha seguido esta opción, es decir por qué ha acordado la escolarización del alumno en un centro de educación especial por ser inviable la integración del menor discapacitado en un centro ordinario” (STC 10/2014).

El máximo intérprete de nuestro texto constitucional en esta sentencia se manifiesta de manera clara en favor de que la educación ha de ser inclusiva y que esta es la norma general, y justamente porque están en juego derechos fundamentales, la excepción deber se la escolarización en centros específicos para lo que se exige una especial motivación que acredite que sea inviable la integración del menor discapacitado en un centro ordinario.

Los pronunciamientos del TC sobre esta materia supusieron una gran influencia en los pronunciamientos jurisprudenciales posteriores a aquella sentencia, cuya consecuencia también fue la de producir un giro en los pronunciamientos de los Tribunales Superiores de Justicia y Juzgados de lo

Contencioso-Administrativo, que siguieron los principios de la doctrina constitucional, si bien hay que señalar que introdujeron en muchos casos otras consideraciones y exigencias de motivación de indudable trascendencia¹⁰³.

Poniendo como ejemplo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha de 1 de febrero de 2016, esta pone también el acento en que los centros ordinarios son un potente agente socializador, cuando, además, no había quedado demostrado que la escolarización del menor en un centro educativo ordinario supusiese para la Administración educativa competente una carga desproporcionada. Señala también la sentencia que será cuando se hayan agotado las posibilidades de aplicación de la educación inclusiva cuando se optará por la escolarización en un centro específico, siempre y cuando no suponga un perjuicio para el menor.

Asimismo, se pronunciaron las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja que destacaron la necesidad de que la Administración Educativa motive la decisión de escolarizar a un alumno con discapacidad en un centro de educación especial cuando esté acreditado el agotamiento de las posibilidades de inclusión de este en un centro ordinario. Téngase en cuenta que habla de acreditación, de que se han agotado no sólo las medidas adoptadas, sino también cualquier otra posibilidad de inclusión.

¹⁰³ El conjunto de esta doctrina se concreta en las sentencias siguientes: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 9 de noviembre de 2015 (JUR 2015\303775), sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla Mancha de 1 febrero de 2016 (JUR 2016\65981), sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 21 de julio de 2016 (recurso de derechos fundamentales 199/2015), sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 15 de noviembre de 2016; y sentencias del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 14 de junio de 2017 (JUR 2017\199323) y de 25 de enero de 2018 (sentencia nº 19/2018).

Como luego veremos, este contenido esencial ha sido asumido por el Tribunal Supremo en la importante sentencia de 14 de diciembre de 2017, que es objeto a continuación de un análisis más detallado. Se desprende de la reflexión que se ha efectuado sobre la evolución jurisprudencial en esta materia, que las primeras sentencias que se produjeron incluso ya con plena aplicación de la CIDPD mantuvieron una línea interpretativa ciertamente alejada de lo establecido en los postulados de dicha Convención, en la medida en que no se analizaba el derecho a la educación inclusiva desde una perspectiva de derecho fundamental.

Esto es así porque continuaban primando en las argumentaciones de las sentencias los informes de la Administración Educativa a los que se concedía presunción de veracidad, eliminando cualquier ponderación y enjuiciamiento acerca del contenido de los mismos, precisamente desde una óptica del derecho fundamental a la educación inclusiva. De ahí que fuesen en general desfavorables en cuanto a las reclamaciones de padres de alumnos que solicitaban que sus hijos se escolarizasen en centros ordinarios con los apoyos que requiriesen.

Sin miedo a equivocarnos, queda claro que el Tribunal Constitucional reconoce un derecho fundamental a la inclusión sólo en el ámbito de la escolarización y con limitaciones. Como se quiere poner de manifiesto en esta obra, las dimensiones de la educación inclusiva son la escolarización, la permanencia y la promoción en el sistema educativo, ya que su tratamiento debe ser el de un derecho fundamental aplicable a todos los hitos principales de cualquier alumno dentro del sistema educativo, incluidos los que tienen discapacidad.

El Tribunal estableció en esta sentencia, tal y como se argumentó anteriormente, que el interés general del alumnado ordinario se ve alterado por el interés general del alumnado con discapacidad en función de las medidas de

adaptación que éstos requieren, suponiendo una rémora en su rendimiento académico.

Con este análisis, el TC no contempla que exista un derecho fundamental a la educación inclusiva en su dimensión de permanencia en el sistema, y por supuesto en la promoción, aspecto del que ni se pronuncia por la naturaleza del procedimiento. Por tanto, se vuelve a reiterar la insuficiencia de esta sentencia y su aplicación en el contexto educativo actual, que se encuentra más centrado en el estudio de las posibilidades pedagógicas dentro del aula para todo el alumnado, incluido el que presenta discapacidad.

Las sentencias de los TSJ que se emitieron con posterioridad a dicha sentencia del TC, siguieron la doctrina constitucional en líneas generales y se puede decir que en precisaron y ampliaron en gran medida las exigencias y requisitos de motivación, dejando claro que compete a las propias Administraciones Educativas motivar y acreditar la imposibilidad de inclusión en un centro ordinario del alumno, cuando decidan escolarizar a alumnos con alteraciones graves y permanentes en centros de educación especial.

Estas sentencias se centran por tanto en el análisis y la evaluación de los contenidos de los informes psicopedagógicos, dictamen de escolarización y otros informes emitidos por los órganos competentes de las Administraciones Educativas, ponderando y tomando en consideración también como pruebas válidas los informes periciales y otra documentación que los padres de dichos alumnos aportaron a los correspondientes procedimientos judiciales. En esta situación, objeto de análisis en el presente apartado, se encontraba la doctrina jurisprudencial sobre la temática que nos ocupa a partir del año 2014, cuando se produjo un pronunciamiento importante del Tribunal Supremo en 2017 que

aparentemente supondría otra manera de entender la educación inclusiva en el sistema educativo.

4.1.2.- Del Tribunal Supremo.

El Tribunal Supremo (TS) entro a analizar con detalle y en profundidad en la sentencia de 14 de diciembre de 2017¹⁰⁴ el contenido esencial del derecho a la educación inclusiva, es decir, el derecho al acceso en el sistema educativo ordinario en condiciones de igualdad sin que se produzca ningún tipo de discriminación.

De forma resumida, el principal objeto de estudio de esta sentencia se refería a un niño con autismo escolarizado en un centro educativo ordinario desde hacía mucho tiempo, recibiendo los apoyos pertinentes en un aula TEA. La Administración Educativa, en este caso la Comunidad Autónoma de La Rioja, alteró la modalidad de escolarización, decidiendo que se escolarizase en un centro de educación especial. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja estimó el recurso de los padres, declarando el derecho del menor a su educación inclusiva y el Tribunal Supremo en esta sentencia desestimó el recurso de casación que había interpuesto la Comunidad Autónoma de La Rioja.

El análisis de esta sentencia debe involucrar tres aspectos básicos. El primero de ellos es la conceptualización del derecho a la educación inclusiva como derecho fundamental y su alcance. El segundo corresponde a las obligaciones que tienen los centros educativos y las Administraciones Públicas con competencias en materia de educación a actuar acorde al contenido esencial de este derecho, que el propio Tribunal Supremo denomina mandatos.

¹⁰⁴ Sentencia nº 1976/2017, recurso de casación 2965/2016

El tercero y último analiza “el aspecto trascendente de cuál es el juicio de razonabilidad y las exigencias de motivación que deben reunir las resoluciones acordando la escolarización de alumnos con discapacidad en centros de educación especial” (Rodríguez Zapatero, 2018, p. 10).

Con respecto a la primera cuestión planteada anteriormente, el Alto Tribunal menciona claramente los artículos 14 y 27 CE en estrecha conexión entre ambos para proclamar el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la educación. En el Fundamento Jurídico cuarto, precisa aún más este derecho, en el sentido de que para garantizar la igualdad efectiva y la no discriminación en el ejercicio del derecho a la educación de los alumnos con alteraciones graves y permanentes, rigen los *principios* de normalización e inclusión, tanto para el acceso como en la permanencia en el sistema educativo. Por tanto, la educación inclusiva tiene una dimensión netamente constitucional en la relación entre estos dos derechos fundamentales, siendo además un mandato constitucional el remover cualquier obstáculo que ponga en riesgo la efectividad de estos, tal y como establece el art.9.2 CE. Como se ha podido ir apreciando a lo largo de este apartado, el tratamiento del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo efectuado sobre la inclusión educativa se basa en la práctica en un principio jurídico.

Debe destacarse el concepto de permanencia en el sistema educativo. El derecho fundamental se concreta no sólo en el acceso a la educación, en régimen de inclusión, sino que las dimensiones de este derecho también incluyen la permanencia y la promoción en el sistema educativo ordinario en condiciones de igualdad y sin discriminación. Por ello, no se garantizará el derecho fundamental sólo con garantizar el acceso del alumno al sistema educativo, es decir, cuando se escolarice en un centro educativo ordinario, sino que la inclusión educativa es un

proceso continuo, que requiere un seguimiento y por tanto que las medidas y ajustes no sólo estén determinadas, sino que se hagan efectivas de manera plena, que se revisen cuando sea preciso y siempre con el objetivo de la inclusión.

La promoción en el sistema educativo basa su significado en la oferta de enseñanzas postobligatorias y ofertas de empleo bajo el paraguas de la inclusión, con el objetivo fundamental de conseguir como meta la educación permanente y la independencia social de las personas con discapacidad. Es en este momento donde las familias de las personas con discapacidad plantean de manera más enérgica sus quejas ante lo que consideran una condena al aislamiento social de estas personas, ya que esas ofertas educativas y profesionales son prácticamente inexistentes.

El Tribunal Supremo no tiene en cuenta en ningún momento la diferencia entre integración e inclusión, cayendo en un error conceptual en cuanto a la permanencia en el sistema educativo. Si las medidas son individuales y se produce una revisión periódica del funcionamiento de las mismas, como ya se ha apuntado a lo largo de esta obra, hablamos de prácticas de integración en el sistema.

La consideración del derecho fundamental al acceso a la educación en condiciones de igualdad tiene unas consecuencias jurídicas relevantes a partir de las disposiciones de esta sentencia. Los padres o tutores, en su condición de representantes legales de los hijos menores o en su caso los propios alumnos, cuando alcancen la mayoría de edad, pueden acudir al procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, que se recoge en el Capítulo I del Título V de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LJCA) de 13 de julio de 1998.

Así se da una garantía a la protección de tal derecho de manera amplia, además de la agilización en los plazos, ya que su impugnación se podría hacer mediante este procedimiento especial ante cualquier tipo de resolución o incluso actuación de las administraciones educativas en contra de la educación inclusiva, y no sólo las resoluciones denegatorias de la escolarización en centros educativos ordinarios. Por tanto, si un alumno se halla escolarizado en un centro educativo sin los apoyos necesarios y razonables, o estos no se prestan de manera efectiva, se podrá interponer el correspondiente recurso mediante el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales.

La sentencia del Tribunal Supremo, en su fundamento de derecho tercero, resalta que la normativa interna¹⁰⁵, aun cuando hay que entender que es toda la normativa aplicable, debe interpretarse conforme a los Tratados Internacionales. Para argumentar esta posición, menciona de nuevo el contenido del artículo 24 de la CIDPD. Esto tiene una especial trascendencia jurídica, en la medida en que tanto los órganos administrativos, como los Juzgados y Tribunales, deberán aplicar directamente la Convención, y en caso de existir discrepancias con normas internas de cualquier rango, habría entonces prevalencia normativa de esta última.

La pregunta que nos hacemos como consecuencia de esta última afirmación es si se aplica directamente la Convención, e incluso la ley, cuando lo que se realiza en la práctica es partir de un acto administrativo como es el informe psicopedagógico para escolarizar alumnos con discapacidad.

Si el informe psicopedagógico es determinante para la escolarización de un alumno con discapacidad en un centro ordinario o de educación especial, tal y como se reconoce en la normativa educativa derivada de la LOE, estamos

¹⁰⁵ Se refiere básicamente a la Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo (LOE).

reconociendo que existe discriminación y una vulneración del derecho que tienen los padres para elegir centro educativo que se reconoce en el artículo 27.3 CE.

Consideramos pues que la existencia de un derecho fundamental a la escolarización del alumnado en condiciones de igualdad debe ser total y no tener ningún tipo de límite, ya que una familia de un alumno discapacitado debe tener derecho a elegir en este caso un centro de educación especial si consideran que la propuesta de escolarización en centro ordinario no atiende las necesidades de su hijo e hija. Sólo podría estar justificado el límite en caso de buscar siempre el interés superior del menor, planteando el interrogante de quién tiene la última palabra para determinar ese interés, la familia o la administración. La respuesta claramente se decanta en favor de la Administración.

El segundo aspecto que posee un enorme calado en el ámbito del derecho a la educación inclusiva, lo trata la sentencia del Tribunal Supremo en referencia a lo que se podría denominar como contenido esencial del derecho, es decir, en resolver la cuestión de cuál es la concreción del derecho a la educación inclusiva. O para ser más precisos, cuáles son las obligaciones de las Administraciones educativas en este ámbito.

La sentencia parte de la premisa básica de que la regla general debe ser la integración en centros ordinarios con medidas de atención a la diversidad, que incluso se pueden flexibilizar en el transcurso de la escolarización, y que son consecuencia de la aplicación del derecho a la igualdad en el ámbito educativo. Esta flexibilidad consiste en la permanencia un año más, después de las repeticiones ordinarias, en las distintas etapas educativas de la educación básica, es decir, Educación Primaria y Secundaria.

Para la consecución de este principio o regla general, la normativa impone a las Administraciones que se realice una provisión de medios suficientes que procuren apoyos y atenciones educativas, individualizadas y específicas para estos alumnos con necesidades educativas especiales.

Los términos específicas y personalizadas se refieren a las medidas de apoyo a los alumnos con discapacidad, ya que ello implica y es de una importancia capital, que tales medidas tienen que estar siempre dirigidas en función de las características individuales y las necesidades concretas y determinadas que tenga cada alumno que presente una diversidad funcional basada en alteraciones graves y permanentes.

Carece de valor por tanto una medida genérica que resulte inconcreta o fuera del contexto de individualización necesaria. Por eso, los apoyos han de suponer una respuesta educativa personalizada en función de las capacidades y potencialidades de cada alumno. No ha de ser el alumnado el que se adapte al sistema, sino el sistema y la organización educativa la que se mueva en función de las necesidades educativas del alumno.

Además, las medidas han de ser efectivas, por lo que ha de realizarse una verificación mediante una evaluación práctica de tales medidas de apoyo. No basta con establecerlas formalmente y decir que ya se ha cumplido con la obligación de puesta de medios. Han de ser eficaces y dar resultados en orden a la inclusión. Es, por tanto, como dice Rodríguez Zapatero (2018), “una obligación de resultado, no únicamente una obligación de medios. En función de los resultados obtenidos se podrá determinar si tales medidas han sido efectivas o no, siempre desde el parámetro esencial de la educación inclusiva” (p. 13).

Como ya se ha apuntado anteriormente, el lenguaje utilizado por el Tribunal Supremo continúa sustentándose en prácticas de integración. En los informes psicopedagógicos se reflejan las medidas individualizadas que deben llevar a cabo los alumnos en clase, recibiendo además los apoyos necesarios por especialistas de Pedagogía Terapéutica (PT) y Audición y Lenguaje (AL), que se realizan dentro o fuera del aula.

Desde el punto de vista inclusivo, el informe psicopedagógico debería contener una serie de medidas para que el alumno pueda realizar actividades grupales en igualdad de condiciones con los compañeros de clase en función de sus potencialidades, utilizando el profesorado distintas metodologías existentes para incluir alumnado con discapacidad, como puede ser el aprendizaje basado en proyectos (ABP). Para ello, también está demostrado que son altamente inclusivos los entornos en los que existen muchos recursos TIC (Tecnologías de la Información y la Comunicación).

El concepto de medidas de apoyo personalizadas y efectivas lo encontramos en el artículo 24.2.e) de la CIDPD, por lo que la sentencia del Tribunal Supremo hace una adaptación no del todo adecuada de este precepto de la Convención, que ya de por sí es directamente aplicable al formar parte del ordenamiento jurídico interno por haber sido ratificada por el Estado español.

La sentencia del TS va más allá a la hora de concretar esta obligación de los poderes públicos de puesta de medios de apoyo y atención personalizada dirigidos a este alumnado. Así, en el Fundamento Jurídico cuarto, se destaca que estos apoyos se deben practicar dentro de los centros educativos ordinarios, es decir, dentro de la oferta general del sistema educativo, no en los centros de educación especial, que como se ha visto, aunque forman parte del sistema, no dejan de ser una excepción a la norma general de la inclusión.

El TS añade que además de hacerse dentro de esa oferta general del sistema educativo, también debe este facilitar la formación efectiva de este alumnado, es decir, se tienen que poner en práctica los apoyos y refuerzos educativos en función de sus necesidades individuales, creando un entorno que fomente al máximo un desarrollo académico y social para lograr el objetivo de la plena inclusión.

Añade poco después que todas estas prácticas deben estar orientadas a la integración, debiendo ser necesarias y adecuadas con el único límite que no supongan una carga desproporcionada para la correspondiente Administración educativa. En el Fundamento Jurídico sexto de la misma sentencia, se insiste de nuevo en el mandato constitucional y legal hacia los poderes públicos de la inclusión, y que la efectividad del derecho a la educación en condiciones de igualdad exige esa concreta puesta de medios que procure esa integración en el sistema educativo ordinario, con las debidas adaptaciones en función de las necesidades del interesado.

Como ya se ha precisado, existe una obligación primaria o esencial por parte de las administraciones con competencias en materia de educación de disponer todos los apoyos y refuerzos individualizados necesarios para la atención efectiva del alumnado con necesidades educativas especiales. Pero la obligación no consiste únicamente en la puesta de medios, ya que no se cumpliría con las disposiciones que menciona la sentencia del TS. Las medidas de apoyo a los alumnos con diversidad funcional, además de tener que ser individualizadas y específicas, han de ser efectivas, con el alcance que ya se indicó.

La adecuación de las medidas adoptadas ha de entenderse en el sentido de que además de estar en función de las necesidades educativas del alumno, han de orientarse al fomento del desarrollo académico y social del mismo, para lo cual el

Supremo apuesta por la creación de un contexto que favorezca ese desarrollo y evolución educativa.

Para expresarlo de forma clara, los ajustes razonables en el proceso de aprendizaje y las medidas de apoyo y refuerzo si no están orientadas hacia la plena inclusión educativa, vulneran el derecho fundamental del alumno con diversidad funcional debido a que no se están garantizando las condiciones básicas y necesarias para el ejercicio efectivo del derecho a la educación inclusiva.

Como se puede deducir fácilmente, esto trae consecuencias en los actos administrativos y otras disposiciones alumbradas por las administraciones con competencias en materia de educación en este ámbito, ya que si no se han agotado las posibilidades de inclusión, y no se han implementado las medidas de apoyo anteriormente mencionadas, y no se cumplen además el resto de exigencias de motivación señaladas en la sentencia, dichos actos administrativos devendrían en nulos de pleno derecho según lo dispuesto en el artículo 47.1.a) de la Ley 39/2015, por cuanto estarían vulnerando el derecho fundamental a la educación en igualdad de condiciones, y en concreto, se vulnerarían los artículos 14 y 27 de la CE.

La herramienta en poder de las administraciones con competencias en materia de educación para la detección las necesidades educativas de este alumnado y poder implementar así esos apoyos y refuerzos necesarios, son las evaluaciones psicopedagógicas efectuadas por los Equipo de Orientación Educativa y Psicopedagógica (EOEP) de los centros escolares y de los correspondientes órganos de las Administraciones Educativas.

El TS también entra a valorar esta cuestión y señala¹⁰⁶ que estas evaluaciones para la detección de las distintas necesidades deben efectuarse lo antes posible por personal especializado y en los términos que determinen estas. Concreta además que se debe practicar una evaluación al inicio y al final del curso, considerando básica la valoración de la consecución de los objetivos propuestos después de esa valoración inicial, siendo la principal consecuencia que la evaluación permita una orientación académica adecuada. En consecuencia, el Tribunal dice que cabe la modificación de las adaptaciones practicadas, cabiendo incluso la modificación de la modalidad de escolarización siempre con el objetivo, siempre que sea posible, de conseguir una mayor integración que es, como se ha apuntado anteriormente, el principio general.

En la práctica, muchas evaluaciones psicopedagógicas practicadas a estos alumnos se centran en manifestar de forma exclusiva sus déficits, sus limitaciones, a través de poner el acento en las barreras que presentan en las distintas áreas¹⁰⁷. Es decir, y siguiendo de nuevo a Rodríguez Zapatero (2018), continuamos dentro de un modelo clínico-sanitario,

“de tal manera que estas evaluaciones no están orientadas hacia la inclusión, sino más bien hacia la segregación, destacando factores de diferenciación y de exclusión de los alumnos, toda vez que se les está categorizando en función de diagnósticos en gran medida clínicos y a través de métodos y pruebas tipo test y estandarizadas que nada tienen que ver para fijar las necesidades educativas de los alumnos” (p.15).

¹⁰⁶ Fundamento de derecho cuarto número cinco

¹⁰⁷ Cognitiva, de autonomía, psicomotricidad, aprendizaje, comunicación y sociabilidad, entre otras

Si desde las evaluaciones psicopedagógicas se quiere contribuir a conseguir la inclusión, éstas deberían aportar los diagnósticos y qué son capaces de hacer estos alumnos diagnosticados dentro de un grupo ordinario, además de las atenciones individuales que precisen y las cargas horarias necesarias. Debe destacarse que es una de las prácticas más generalizadas que ponen de manifiesto que aún no se ha superado el modelo anteriormente mencionado, modelo que no es compatible de ninguna de las maneras con la visión actual de la discapacidad basada en los derechos fundamentales y su alcance social.

Así lo dejó claro el Comité de Naciones Unidas sobre la Convención, en el Comentario General N.º 4/2016, cuando señaló que la educación de las personas con discapacidad a menudo se centra en un enfoque basado en el déficit, en su deficiencia real o aparente, limitando sus oportunidades debido a asunciones predefinidas negativas sobre sus aptitudes.

Este argumento es fundamental a la hora de realizar un cambio en la realización de las evaluaciones psicopedagógicas. Éstas deben diagnosticar el déficit, pero para combatir el mismo se debe partir de lo que son capaces de realizar los alumnos con discapacidad con el resto de compañeros del grupo ordinario, utilizando para ello modelos que se utilizan en otros países europeos como se ha puesto de manifiesto en el segundo capítulo de la presente obra. Al igual que se ha reflexionado en base a la sentencia del Tribunal Constitucional, se puede llegar a la conclusión de que el Tribunal Supremo también utiliza una terminología y una argumentación obsoleta para interpretar el contenido del derecho a la educación inclusiva.

Por otra parte, si en el ámbito del ejercicio del derecho a la educación de las personas con discapacidad está en juego el ejercicio del derecho fundamental a la igualdad y a no sufrir discriminación por razón alguna proclamado en el art. 14

CE, como ha señalado el Tribunal Constitucional de manera reiterada en su doctrina, el análisis de la vulneración del principio de igualdad ante la Ley requiere efectuar un juicio de constitucionalidad que se concreta en que debe existir una justificación objetiva y razonable en caso de que no se dé un tratamiento igual a cualquier ciudadano, incluidos los que presentan discapacidad, a pesar de que toda desigualdad no supone una infracción del art. 14.

Como bien se indica en la sentencia del TC 41/2013 de 14 de febrero, para que sea constitucionalmente lícita la diferenciación en el trato, es necesario que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal situación sean proporcionadas a la finalidad perseguida, superando el juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida¹⁰⁸.

Para el Tribunal Supremo en esta sentencia de 14 de diciembre de 2017, ese juicio de proporcionalidad se concreta en unas exigencias ineludibles para las administraciones con competencias en materia de educación de que todos sus actos y resoluciones que decidan la escolarización de alumnado con diversidad funcional en un centro de educación especial debe estar perfectamente motivado, abrazando así la excepción y no la norma general que es la escolarización en centros educativos ordinarios con los apoyos necesarios de acuerdo a sus necesidades.

Estas exigencias de motivación se concretan en tres aspectos esenciales. En primer lugar, deben agotarse todos los esfuerzos para la inclusión educativa del alumno en el sistema educativo ordinario. Lo expresa la sentencia en su

¹⁰⁸ En el mismo sentido, sentencias del TC 23/194, 209/1987, 117/1998 y 200/2001, entre otras.

Fundamento Jurídico sexto, párrafo primero, cuando dice que son las administraciones con competencias en materia de educación las que deben poner todos los recursos y apoyos a este alumnado para lograr su integración educativa, en función de las necesidades individuales de los mismos, incluyendo la escolarización en centros de educación especial si se justifica que se han realizado todos los esfuerzos para esa integración, considerando procedente un trato distinto cuando se dan esas condiciones.

Ha de reseñarse, para ser precisos, que este concepto de agotamiento de las posibilidades de inclusión del alumno, lo asume el Tribunal Supremo y lo hace suyo, pero proviene de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja 252/2016 de 21 de julio, que precisamente es la que fue objeto de recurso de casación interpuesto por la Comunidad Autónoma de La Rioja en el procedimiento en el que se dicta la sentencia del Tribunal Supremo analizada.

El concepto adquiere entonces una relevancia absoluta, ya que, a partir de la doctrina derivada de la sentencia del Tribunal Supremo, las Administraciones educativas no podrán tomar decisiones de escolarización de alumnos con diversidad funcional en centros de educación especial si no han agotado previamente todas las posibilidades de inclusión en un centro educativo ordinario.

Debe subrayarse, además, que el TS emplea el término justificar, por lo que no tendrá validez una declaración superficial sin más, sino que se deberán aportar pruebas que acrediten sin ningún género de duda que se han realizado todos los esfuerzos y se han realizado todas las actuaciones necesarias para la integración tal y como se ha analizado anteriormente.

También se hace necesario por otra parte mencionar que el Alto Tribunal, cuando analiza la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, hace referencia a que deben ponerse todos los medios para conseguir la inclusión y que en el caso analizado en la sentencia se pusieron sin conseguir un resultado positivo, con lo que la prueba de que se han agotado todas las posibilidades de inclusión comprende no sólo las que se han puesto en práctica, sino otras posibles medidas adoptadas con finalidad inclusiva. Esto supone el reforzamiento de la prueba por parte de las administraciones de que se han realizado todas las actuaciones necesarias para la inclusión del alumno mencionado en la sentencia.

En segundo lugar, otro elemento esencial del contenido de las resoluciones administrativas para justificar la escolarización de alumnos con discapacidad en centros de educación especial se refiere al especial deber de motivación de por qué los apoyos requeridos por el alumno no pueden ser prestados con las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios¹⁰⁹.

En este sentido, en los informes psicopedagógicos y dictámenes de escolarización emitidos por las administraciones con competencias en materia de educación, deberán expresar con claridad que las medidas de apoyo y refuerzo, además de los recursos materiales y humanos que requiera el alumno con diversidad funcional no se encuentran disponibles en el sistema educativo ordinario. Tampoco aquí cabrían motivaciones superficiales ni tampoco excusas de carácter económico o de orden organizativo.

¹⁰⁹ Fundamento Jurídico quinto, número cuarto de la sentencia del TS de 14 de diciembre de 2017

Añadiendo además lo señalado en el Comentario General N.º 4/2016 del Comité de Naciones Unidas, la realización de las adaptaciones necesarias debe ser considerada la punta del iceberg con respecto a un amplio abanico de recursos educativos disponibles en el sistema educativo, y no de manera limitada a los recursos disponibles de una única institución educativa. Así, un recurso o profesor de apoyo del que no disponga un centro educativo ordinario no puede convertirse en el argumento principal para justificar una decisión tan importante como es la de escolarizar al alumno en un centro específico, lo que debería traer como consecuencia que todos los centros pertenecientes al sistema educativo sin excepción deben contar con los recursos suficientes.

Es destacable el tratamiento actual de las altas capacidades en los centros educativos. Estos alumnos han pasado de centros de atención preferente a recibir atención en los ordinarios debido a que estos están preparados para atender las necesidades de este alumnado, basándose en dos tipos de medidas fundamentales: unas de tipo metodológico que favorezcan su integración socioeducativa, y otras de enriquecimiento curricular que les permita su correcta permanencia en el sistema educativo.

Lo que se quiere poner de manifiesto con esta reflexión es que para los alumnos con discapacidad no existen de manera generalizada en los centros educativos los recursos necesarios para atenderlos correctamente, y mucho menos bajo el parámetro de la inclusión, lo que conlleva, en mi opinión, más que una gran inversión en nuevos recursos, una reestructuración de los existentes con la aparición de otros nuevos que no supondrían en ningún momento una carga desproporcionada para la Administración.

Por tanto, todos los centros educativos ordinarios deben poseer los recursos necesarios para atender a toda la diversidad del alumnado reconocida en las leyes, dejando los centros de educación especial sólo para los casos más graves en los que la única asistencia posible por parte del sistema es la médica.

Además de las dos exigencias de motivación analizadas, también exige esta sentencia del Supremo que los informes que sirven de referencia para tomar las decisiones administrativas deben aportar prueba de por qué supone una carga desproporcionada para la Administración la escolarización en un centro ordinario con los apoyos precisos, es decir, por qué no se opta por la regla general y sí por la excepcional.

Este aspecto de la proporcionalidad ciertamente no lo acaba de precisar el Tribunal Supremo. En todo caso, menciona la carga desproporcionada que supone para la Administración¹¹⁰. La proporcionalidad existe en función del contexto como ha señalado el Comité sobre la Convención de la ONU, donde la obligación consiste en el análisis de la disponibilidad de recursos en el sistema en función de las necesidades del alumno sin que exista un criterio general o unívoco. El acento en la desproporción ha de ponerse en el sistema de apoyos. Si estos son necesarios y adecuados, no se puede concluir que exista una carga desproporcionada. Así, resulta muy llamativo lo dispuesto en la sentencia del Tribunal Supremo analizada en su fundamento jurídico 5. 2º, que reza lo siguiente:

“La sentencia de esta Sala admite que no cabe hablar de un derecho subjetivo de los ciudadanos a exigencias prestacionales salvo previsión al efecto del legislador y que las limitaciones presupuestarias justifican que no pueda acogerse a un niño en un determinado centro escolar”.

¹¹⁰ Fundamento Jurídico quinto, último párrafo

Aunque muchas asociaciones defensoras de los intereses de las personas con discapacidad celebraron esta sentencia como el reconocimiento a un derecho fundamental a la educación inclusiva, se comprueba que la realidad es bien diferente, ya que lo único que hace el tribunal es reconocer el derecho fundamental a la escolarización en condiciones de igualdad, es decir, reconoce sólo la fundamentalidad de una de las dimensiones de la educación inclusiva, el acceso.

Como se ha podido corroborar a lo largo del presente trabajo, gran parte de las problemáticas de las personas con discapacidad no se centran sólo en el acceso, sino también en la permanencia y la promoción del sistema, ya que una de las principales preocupaciones de las familias que defienden los intereses de estas personas es precisamente la condena al aislamiento que sufren cuando llegan a la edad adulta. Se trata, por tanto, de garantizar un derecho humano proclamado en una norma internacional en la que queda clara la proclamación del derecho a la inclusión sin ningún tipo de ambigüedad terminológica. En base a esto, y todavía en el análisis de la sentencia del TS, el FJ 11. 2º establece:

“Porque a los efectos de este motivo es secundario el distingo que hace la sentencia - y que denuncia la recurrente - sobre integración e inclusión y la posible confusión en que haya incurrido la sentencia a propósito de tales conceptos. Para entender el sentido del fallo la cuestión no hay que centrarse en si la sentencia acierta o yerra en el empleo de unas expresiones que, en sí, pueden ser equívocas, ni se trata de deducir de las mismas un contenido sustantivo que invalide el razonamiento de la sentencia impugnada”.

Como se puede apreciar, y sin miedo a caer en el error, la sentencia no tiene en cuenta la diferencia conceptual que existe entre integración e inclusión tal y como se ha analizado en el primer capítulo de esta obra. Este aspecto es de vital importancia en la garantía de este derecho, y se continuará analizando en los siguientes apartados, ya que una de las principales conclusiones de este trabajo es

que sí existe un derecho fundamental a la educación inclusiva en todas sus dimensiones: escolarización, permanencia y promoción. La importancia de la sentencia del Supremo analizada radica en que se convierte en doctrina jurisprudencial junto con la sentencia anterior que menciona, la sentencia del mismo Alto Tribunal de 9 de mayo de 2011¹¹¹ y la sentencia del TC 10/2014 de 27 de enero¹¹².

El contenido de esta sentencia supone el análisis pormenorizado y razonado de lo que se puede considerar como el contenido esencial del derecho a la educación en condiciones de igualdad y supone especialmente también los mandatos impuestos a las administraciones con competencias en materia de educación en cuanto a la necesidad de motivación de las resoluciones que deciden la escolarización de alumnos con discapacidad en centros de educación especial, de tal manera que el incumplimiento de tales obligaciones de motivación resultan un atentado contra el derecho fundamental al acceso a la educación en condiciones de igualdad.

4.2.- JUSTIFICACIÓN DOCTRINAL DE LA INCLUSIÓN EDUCATIVA COMO DERECHO FUNDAMENTAL.

De las constituciones más recientes de nuestro entorno geopolítico, la Constitución española es una de las más prolijas en lo que a derechos y libertades se refiere. Quizá sólo la Constitución portuguesa de 1976 pueda comparársele. Además del excesivo número de derechos recogidos en la CE, es criticable la falta de preocupación por parte de sus redactores a la hora de recurrir a la terminología adecuada.

¹¹¹ RJ 2011/4100

¹¹² RTC 2014/10

Es habitual, sí, recurrir a la expresión derechos y libertades como rúbrica de un capítulo, pero resulta insólito insertar otro bajo el rótulo de los principios rectores de la política social y económica, destinado a contener una amalgama de mandatos, recomendaciones y derechos irrealizables, entre los que se encuentra el art. 49 referido a los derechos de las personas con discapacidad, que quedaría dentro de estos principios rectores de la política social.

Se desconoce qué utilidad tienen esos principios, habida cuenta de que los ciudadanos no pueden reclamar ante los Tribunales y lograr en consecuencia una actuación de los poderes públicos acorde a los mismos. Su valor normativo es indudable, pues son preceptos constitucionales vinculantes en cuanto tales, y así lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, pero su vigencia es, si no un imposible, algo siempre *pendente conditione*.

Como se ha desarrollado en el apartado anterior, la inclusión educativa se considera un principio jurídico del que sólo se ha reconocido por los altos tribunales el derecho fundamental a la escolarización en términos de igualdad y sin que se produzca discriminación alguna, siendo este un aspecto de lo que se considera por los estudiosos de las Ciencias de la Educación la inclusión educativa, que como ha quedado reflejado en el presente trabajo, es un concepto mucho más amplio que va más allá de la escolarización del alumnado con discapacidad en los centros educativos.

Durante estas últimas décadas, se ha producido una generalizada proclamación formal *urbi et orbe* de decenas de derechos, con independencia de si se daban o no las condiciones mínimas para garantizarlos. Según Díez-Picazo (2003, p.30), “el fenómeno de la ampliación de las declaraciones de derechos no está exento de riesgos: existe ante todo, un peligro de banalización... pero aún más grave es el hecho de que la inflación de derechos pueda llevar a su

devaluación, y es que para que los derechos fundamentales sean efectivos, probablemente es menester que no sean demasiados...”.

El proceso de creación de múltiples derechos se ha producido de forma paralela al abandono implícito del concepto de derecho subjetivo, que es la forma jurídica trasladada desde el derecho privado al derecho público en la que cristalizó la libertad-autonomía de los ciudadanos, y a la correlativa, paulatina e incesante pérdida de los elementos definidores de los denominados derechos públicos subjetivos.

Como paradigma de dicha desnaturalización progresiva es la idea, generalmente aceptada, de que los derechos humanos concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales en los ordenamientos nacionales e internacionales deben ser reconocidas positivamente. Los derechos humanos así concebidos resultan ser un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan esas exigencias de la sociedad.

Esto provoca una gran indeterminación en la tarea de definir los derechos humanos, aunque hay que valorar que la definición de estos se puede considerar como algo transitorio y cambiante. La jurisprudencia española, como se ha analizado en el apartado anterior, reconoce la igualdad en el acceso a la educación como un derecho fundamental por la interpretación de los artículos 27 y 14 de nuestra norma fundamental.

Así, se produce la creación de un nuevo derecho fundamental sin tener las condiciones mínimas suficientes para poder garantizarlo y únicamente respecto a una dimensión que forma parte de un todo dentro de la educación inclusiva, el acceso, con un olvido flagrante de las otras dos dimensiones como son la permanencia y la promoción del sistema educativo.

Aunque se han ido dando pasos hacia delante en su puesta en práctica, todavía queda mucho para que se garantice completamente. Si es un derecho fundamental que surge por la positivación de un derecho humano, el interrogante surge en su no ampliación a las dimensiones de permanencia y promoción, para que la inclusión educativa sea una realidad, y en los límites impuestos a las personas con discapacidad para su disfrute.

Otro aspecto llamativo es la interpretación del artículo 49 de la CE, relativo a las personas con discapacidad, ya que se encuentra fuera de los derechos y libertades fundamentales que nuestra norma fundamental proclama. Este artículo, introduce el concepto de integración de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la vida social, por lo tanto también en el educativo. Para las personas con discapacidad, la cuestión sería cuál es el contenido del derecho fundamental a la educación inclusiva.

4.2.1.- Fundamentalidad interna del derecho a la educación inclusiva

La fundamentación antropocéntrica y iusracional de los derechos humanos es la posición en la que permanece anclada aun gran parte de la doctrina. En el fondo, el problema radica en que no se ha asimilado plenamente la idea de que la positivación constitucional priva de su supuesto carácter preestatal a los derechos, de su pretensión natural de convertirse en derechos inviolables, inalienables e imprescriptibles.

Como decía Jellinek (citado en Bastida, 2004), “no todos los que niegan el derecho natural están libres de sus cadenas” (p.45). Partir de forma errónea en la cuestión dificulta hallar respuestas que sean coherentes en todo lo relativo a la titularidad de los derechos fundamentales o a su eficacia, por no hablar de su estructura, objeto y contenido.

Cuando la Constitución se convierte en la fuente jurídica suprema y única que justifica la aplicabilidad de todas las demás normas que componen el ordenamiento jurídico, el sistema constitucional se convierte en autónomo, organizando así su validez interna. Así, si la Constitución reconoce derechos fundamentales no es debido al reconocimiento de la existencia de una legalidad iusracional previa, intangible y externa. Lo es por su ocupación en la cúspide del ordenamiento respecto del resto de normas, o sea por su carácter de norma fundamentadora de todas las demás.

Si consideramos el argumento como cierto, la explicación de por qué unos derechos son fundamentales podría resultar sencilla, ya que podríamos decir que lo son porque comparten la posición de supremacía de la Constitución en la que están inmersos. No son calificables como fundamentales por contra si carecen de ese rango o quedan desprovistos de él y entran en el terreno de la libre disposición por parte del legislador. El considerarse unos derechos inherentes a las personas no es la causa de su deber ser como normas iusfundamentales.

Podría ser este el motivo político que impulsa al poder constituyente a incluirlos dentro del texto constitucional, pero su validez como derechos fundamentales trae su causa directa en la citada posición normativa suprema de la Constitución, que los hace inviolables frente a cualquiera que no sea el órgano de reforma constitucional.

La doble dimensión de la Constitución como fuente jurídica, siendo fuente sobre las demás fuentes y fuente suprema de eficacia directa es la que tipifica los derechos fundamentales. De un lado, la Constitución regula la producción de normas fijando como destinatarios al legislador y a los demás poderes públicos, los cuales tienen terminantemente prohibido disponer libremente de los derechos reconocidos en la Constitución.

Por otro lado, la Constitución se convierte en fuente de creación directa de relaciones jurídicas dotadas de eficacia directa, donde su destinatario puede ser cualquiera y su objeto cualquier ámbito de la vida. La doble participación en la condición de la Constitución como fuente hace que los derechos fundamentales sean inatacables y de eficacia potencialmente inmediata.

La primera caracterización es quizá la más perceptible, sobre todo en los derechos que precisan para su ejercicio de una previa interposición del legislador. Sin embargo, un entendimiento más hondo de la fundamentalidad de los derechos permite concluir que ésta consiste primariamente en la eficacia directa de tales derechos, o sea, en su disponibilidad inmediata por sus titulares.

La posición del legislador queda predeterminada así por esta potencial eficacia inmediata de las normas iusfundamentales. Resulta lógica esta posición, porque si un sistema jurídico coloca en el centro de su arquitectura y funcionamiento la atribución de derechos a las personas, resulta lógico dotarlos de la mayor protección posible contra las injerencias de otros sujetos o poderes públicos, ya que de su protección y garantía dependerá el funcionamiento del sistema constitucional.

En consecuencia, el legislador no podrá negar el contenido de los derechos. Cabe la posibilidad de que algunos derechos fundamentales no se puedan ejercer sin una previa intermediación del legislador¹¹³, hecho que no impide el que se pueda afirmar que su disponibilidad por parte de los ciudadanos es inmediata, lo que trae como consecuencia una exigencia a los poderes públicos que para hacer efectivos esos derechos tendrán que arbitrar la organización y los procedimientos necesarios para lograrla. Hacer caso omiso a esta intervención

¹¹³ Por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva o el derecho de sufragio

obligatoria del legislador hará aparecer la eficacia directa de la norma iusfundamental, aunque únicamente sea en su contenido mínimo o esencial.

Por tanto, un derecho fundamental resulta ante todo un derecho subjetivo, es decir, un apoderamiento jurídico atribuido al sujeto que la Constitución reconoce para que pueda ejercer o defender determinadas expectativas. Dicho apoderamiento consistirá en que se pueda exigir a un tercero, sea este un particular o un poder público, la fuerza normativa de la Constitución para el cumplimiento de un deber.

Sólo pueden considerarse como fundamentales los derechos que participan de la fundamentalidad de la Constitución, lo cual significa que ésta, como fuente jurídica directamente aplicable y que se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico, establece cuáles son esos derechos y los dota de una disponibilidad directa por parte de su titular, y como fuente de las demás fuentes del ordenamiento, preserva a los derechos fundamentales de la libre disposición del legislador que los puede vulnerar o alterar mediante normas infraconstitucionales.

Desde este posicionamiento estrictamente jurídico-positivo, los derechos fundamentales adquieren este carácter con independencia de la identidad del titular y de cuál sea la estructura en la que se encuentren inmersos. Como ya se ha dicho, no cabe aquí una fundamentación centrada en el ser humano respecto a los derechos fundamentales.

Si la fundamentalidad de estos derechos no la reciben porque están destinados exclusivamente a la persona, no resulta entonces inherente a ellos que su titular sea exclusivamente el ser humano. Puede que no todas las personas físicas sean titulares de esos derechos, y puede incluso que el nasciturus, las personas fallecidas y las personas jurídicas, privadas e incluso públicas, y por

supuesto las personas con discapacidad, sí lo sean. Se podría atribuir en teoría capacidad iusfundamental también a los animales en base al argumento anterior.

Asimismo, los derechos fundamentales no se traducen en una estructura normativa determinada. Se pueden considerar derechos fundamentales tanto los derechos de libertad o de defensa, así como los derechos con un alto contenido prestacional como ocurre con el derecho a la educación. Otro tanto se podría decir sobre la eficacia de tales derechos, que no sólo son realizables frente al poder público, sino frente a todos, incluidos los particulares. Los derechos fundamentales no se pueden considerar de apropiación libre del individuo frente al poder público, sino un conjunto de facultades a disposición de sus titulares atribuidas por la Constitución para hacer frente desde su supremacía a cualquier acción u omisión ilegítima contra el disfrute del objeto del derecho, provenga de quien provenga.

Nuestra perspectiva constitucional se basa en una concepción democrática que asume como valores superiores “la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político” (art. 1.1 CE). Este norte constitucional tiene su origen en la propia redacción, ya que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social” (art. 10.1 CE).

Esto no significa que la CE establezca un sistema jurídico heterorreferencial que dependa de un derecho suprapositivo o de un sistema político preexistente, tal y como se reconoce en el art. 1.1 de la Ley Fundamental de Bonn, que establece una cláusula de intangibilidad a la dignidad humana. Es la dignidad humana la que al contrario fundamenta el orden político y la paz social.

Su configuración jurídica se convierte en la pieza clave del ordenamiento constitucional dentro de la arquitectura del orden político y la paz social.

El concepto constitucional de dignidad humana expresa el reconocimiento jurídico de la igualdad y libertad de todos los seres humanos simplemente por el hecho de serlo¹¹⁴ ,recogidas en aquellos valores superiores del ordenamiento jurídico tal cual los establece el art. 1.1 CE y que se materializan en los derechos fundamentales del Título I.

Reflejada en estos derechos individuales, la regla del art. 10.1 CE implica que, en cuanto valor espiritual y moral inherente a la persona¹¹⁵ , la dignidad ha de permanecer inmutable ante cualquier situación en la que la persona se encuentre, constituyendo así un principio mínimo que todo sistema jurídico debe asegurar, de tal manera que dependiendo de las limitaciones impuestas en el disfrute de los derechos individuales, no conlleven como consecuencia el menosprecio al respeto que en cuanto a ser humano merece cualquier persona. Si el texto constitucional no recogiera de manera explícita qué derechos o libertades son inherentes a la persona y cuáles forman parte de su dignidad, habría que deducirlos del art. 10.1 CE de manera general, lo cual podría crear no pocas incertidumbres.

No obstante, como el Título I concreta un catálogo de derechos, ha de entenderse que en él se encuentran definidos tales derechos, y como se establece en la STC 120/1990, “no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de ellos”. En consecuencia, se produce una conexión recíproca entre esos derechos y la dignidad humana reconocida en el art. 10.1 CE, que se extiende también a los derechos fundamentales reconocidos en el texto constitucional y que el TC estima

¹¹⁴ STC 181/2000, F.J. 9º

¹¹⁵ STC 53/1985, F.J. 8º

inherentes a la persona, pero a su vez el concepto de dignidad queda circunscrito en la propia Constitución a las prerrogativas con las que dichos derechos están establecidos en su Título I.

En el tema que nos ocupa, es importante resaltar que la inclusión educativa sería la más alta expresión de la dignidad de las personas con discapacidad, ya que deben poseer los mismos derechos y las mismas oportunidades que el resto de personas etiquetadas como normales.

Cuenca Gómez (2012b), aborda la problemática sobre la capacidad jurídica de las personas con discapacidad desde los presupuestos del denominado modelo social.

Este modelo entiende que la discapacidad está originada no tanto por las limitaciones personales ocasionadas por el padecimiento de una deficiencia, como sostiene el modelo médico, sino por las limitaciones de una sociedad que no tiene presente en su diseño la situación de las personas con discapacidad, generando barreras que las excluyen y discriminan (p. 71).

De esta manera, no corresponde a las personas con discapacidad adaptarse y rehabilitarse para poder participar de manera plena en la sociedad, sino que es esta la que debe volver a cimentarse sobre la garantía de la plena inclusión y la igualdad de oportunidades, es decir, la equidad.

La CIDPD obliga a un cambio radical en el enfoque asistencialista y iusprivatista, para que sea sustituido por la perspectiva de los derechos humanos. En el ámbito concreto de la capacidad jurídica de las personas con diversidad funcional, este cambio posee dos dimensiones interconectadas. En primer lugar, la cuestión de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad se debe abordar prioritariamente desde los valores y principios que centran el discurso de los derechos humanos que ha llegar también de una vez por todas al Derecho Privado.

En segundo lugar, y en conexión con lo anterior, se pone de manifiesto que reconocer la capacidad jurídica de las personas con discapacidad constituye un requisito indispensable para el ejercicio de los derechos humanos más allá de ser una condición necesaria para la intervención en el tráfico jurídico. Siguiendo este razonamiento, la discapacidad no puede ser un obstáculo para el disfrute pleno del derecho fundamental a la educación.

Como establece el art. 1.1 de la CE, uno de los valores principales de todo nuestro sistema democrático es el de la igualdad. Tal y como proclama el art. 10.1 CE, la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad son el fundamento del orden político y de la paz social.

La cuestión que siempre se plantea es porque las personas con discapacidad no pueden disfrutar de los mismos derechos y las mismas oportunidades, en igualdad de condiciones, tal y como la propia Constitución Española reconoce para todos los seres humanos, dejando su integración en la sociedad como un principio rector de la política social.

Para intentar responder parcialmente a la misma, volvemos a citar a la autora, Cuenca Gómez (2012c), que reflexionó sobre el reemplazo del modelo de sustitución en la toma de decisiones de las personas con discapacidad por un modelo de apoyo o de asistencia derivado de lo expresado en el texto de la CIDPD. El sistema de sustitución en la toma de decisiones, como antes se señaló, “parte de la configuración tradicional de la institución de la incapacitación basada en un enfoque propio del Derecho privado e inspirada en una concepción de la discapacidad anclada en el modelo médico y en la perspectiva asistencialista” (p. 64), como ocurre con las evaluaciones psicopedagógicas que se realizan en los centros educativos para detectar las necesidades específicas de apoyo educativo y

las prácticas de integración educativa presentes en el sistema para atender la permanencia en el mismo de las personas con discapacidad.

Por el contrario, el sistema de apoyo en la toma de decisiones está basado en el denominado modelo social¹¹⁶. Desde el enfoque propio de este modelo, el texto de la CIDPD parte de la consideración de que las dificultades de las personas con discapacidad son consecuencia del diseño del entorno intelectual y comunicacional que influyen negativamente a la hora de tomar sus propias decisiones. De acuerdo con esta visión, el art. 12 de la Convención se centra en la eliminación de barreras y en la adaptación a las necesidades de las personas con discapacidad de las condiciones para el ejercicio de la capacidad jurídica.

La capacidad jurídica en consecuencia, se define como una construcción social que debe ir introduciendo continuos cambios que permitan incluir a las personas con discapacidad. No se trata de detectar los déficits que impiden el ejercicio de la capacidad y justifican la sustitución por un tercero en la toma de decisiones. De lo que se trata es de analizar la situación de la persona y establecer las medidas necesarias, que podrían consistir en el apoyo de un tercero, para que pueda ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás (p. 11).

Siguiendo este argumento, la permanencia en el sistema educativo de las personas con discapacidad debería contar con profesionales que les ayuden en los centros educativos en los momentos de recibir la instrucción y a la hora de tomar decisiones que afecten a su día a día para fomentar en la mayor medida posible su autonomía. Se trataría de figuras que podríamos asimilar a acompañantes de la inclusión que ya existen en otros países europeos. Para ello, no es necesaria una

¹¹⁶ Vid. sobre este modelo Palacios, A. (2008): "El modelo social de la discapacidad. Orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad"

inversión astronómica en recursos humanos, sino modificar el perfil profesional de una figura ya existente en el sistema, los Auxiliares Técnicos Educativos.

En referencia a la autonomía, es decir, a la idea de que cada uno pueda libremente elegir sus objetivos y dar los pasos necesarios para conseguirlos, se convierte en piedra angular de todo el texto de la Convención. La autonomía y la libertad para tomar las propias decisiones, vinculadas de manera intrínseca a la proclamación de la dignidad inherente de las personas con discapacidad, aparecen mencionadas como principios generales en el artículo 3 de la CIDPD.

Estos principios requieren, en un sentido negativo, el respeto a esa autonomía para elegir planes vida que no se puede ver restringida por razón de discapacidad, y en un sentido positivo, reclaman que en aquellas situaciones en las que las diferencias que presentan algunas personas en sus capacidades cognitivas que puedan generar dificultades a la hora de tomar decisiones, se adopten todas las medidas que sean necesarias para eliminarlas, entre las que, de nuevo, las de apoyo adquieren un papel fundamental para promocionar la autonomía de las personas con discapacidad y no negarla, entorpecerla o impedirle poniendo como excusa el argumento de que es en la protección en lo primero que hay que pensar cuando hablamos de la intervención con estas personas. El artículo 12 impone así una nueva ponderación que se debe establecer entre el principio de protección y el de autonomía (Cuenca Gómez, 2014).

El principio de participación plena e inclusión en la vida social contenido también en el artículo 3 de la CIDPD y presente en todo su articulado, se encuentra también de forma expresa en el artículo 12, donde queda patente la importancia que en el tratamiento de las personas con diversidad funcional adquiere esta participación en las decisiones que afecten sensiblemente al desarrollo de sus vidas.

A diferencia del sistema de sustitución establecido hasta el momento, el sistema de apoyo garantiza esta participación. Dicha garantía, como establece el apartado 4 del art. 12 se concreta, además, en la exigencia de respetar en el funcionamiento de este sistema a las personas con discapacidad, su voluntad y preferencias.

En definitiva, la dimensión de la educación inclusiva en cuanto a la permanencia en el sistema, se debe basar en la autonomía de las personas con discapacidad dentro de los centros ordinarios, acompañados en su caso por personas que garanticen su participación en el entorno escolar más allá de lo que supondría el proceso de instrucción en las aulas.

Como se ha puesto de manifiesto en el presente trabajo, corresponde a los poderes públicos arbitrar la organización y los procedimientos necesarios para dar efectividad a esos derechos. La inclusión educativa permite el máximo desarrollo posible de la personalidad de las personas con discapacidad en un entorno normalizado que les hace merecedores de disfrutar de las mismas oportunidades de desarrollo vital que cualquier otra persona, aunque necesiten una serie de medios y adaptaciones que lo hagan posible.

Lo importante es la idea de que las personas con discapacidad tienen los mismos derechos, incluidos los fundamentales, que tienen que ser disfrutados plenamente con las limitaciones que los poderes públicos impongan al resto de personas. No hacerlo así supone hablar de discriminación. Citando a Von Humboldt (1792), a las personas con discapacidad sólo "se les puede privar del ejercicio temporal de sus derechos, nunca de estos mismos" (p. 177).

La propia definición de los derechos fundamentales como personalísimos provoca que tengan que ser disfrutados por todas las personas, tengan o no discapacidad. Desgraciadamente, se sigue viendo la discapacidad como un aspecto de lo que no pueden hacer estas personas y esa reflexión desde lo negativo es lo que limita el pleno disfrute de los mismos.

Así, los derechos fundamentales forman el núcleo de la CE, son “los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que, por decisión del constituyente ha de informar al conjunto de la organización jurídica y política” (STC 53/1985 F.J. 4º).

Los derechos fundamentales tienen un sentido propio expresado en su ámbito y contenido, pero también un sentido en su relación de conjunto con el sistema de derechos constitucionalmente establecido y que influye en la concreción de ese ámbito y contenido.

Esto puede reforzar el carácter fundamental de los derechos ya que se considera que su dimensión objetiva queda bajo el amparo de la superioridad jerárquica de la Constitución, pero puede llevar a la visión contraria si esa protección de la dimensión objetiva resulta una cláusula de inhabilitación al legislador para imponer límites al ejercicio de los derechos que en ocasiones los dejarían sin sentido, sin su dimensión subjetiva, y cuyas actuaciones también podrían servir para entorpecer su ejercicio y diferir su eficacia directa.

Los derechos fundamentales no tienen esa esencia porque así los califique el texto constitucional. El Título I de la CE se denomina “De los derechos y deberes fundamentales”, pero dentro de él conviven preceptos constitucionales muy diferentes y no todos contienen normas iusfundamentales. Este Título I no puede presumir de una organización muy afortunada y el deseo de proclamar un

amplio catálogo de derechos por parte del constituyente fue más atractivo que el necesario rigor jurídico.

Esta falta de rigor también se puede apreciar en otras partes del texto constitucional que hacen referencia a los derechos fundamentales. Un ejemplo de ello lo constituye la reserva de ley orgánica establecida en el art. 81.1 para el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas o la necesaria autorización de las Cortes para que el Estado se obligue por medio de tratados o convenios internacionales cuando éstos afecten a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I.

El TC ha intentado poner orden,

“pero acudiendo a un criterio nominalista que si bien da certeza a la hora de deslindar la reserva de ley orgánica, no permite una definición coherente de qué es un derecho fundamental. Para el TC los derechos fundamentales y libertades públicas reservados a la ley orgánica son los que aparecen bajo la rúbrica de la Secc. 1^a, del Cap. II, del Tít. I CE “De los derechos fundamentales y libertades públicas”, o sea, los reconocidos entre los arts. 15 y 29 CE¹¹⁷” (Presno Linera et al., 2013, p. 165).

La consideración de derechos fundamentales no tiene su razón de ser en la ubicación dentro del texto constitucional sino en la libre disposición de ellos por parte de los sujetos y en la indisponibilidad por parte del legislador, argumento que no puede servir como una interpretación restrictiva del ámbito de la ley orgánica que niega el carácter de fundamentales otros derechos ubicados en el Título I. En la CE no sólo se encontrarían en tal situación los derechos comprendidos entre los arts. 15 al 29, sino también todos los del Título I, Capítulos I y II.

¹¹⁷ STC 76/1983, F.J. 2

Por la misma razón, no se consideran derechos fundamentales los derechos recogidos en el Capítulo III del Título I, a pesar de establecerse como derechos. Proclamar por parte de la CE un derecho fundamental a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47) habría resultado un contrasentido, ya que el mandato hacia el legislador recogido en este artículo es que defina el contenido y los límites de este derecho.

Por tanto, esto no significa que el derecho a la vivienda digna y adecuada no sea importante para la CE, pero su posición dentro del texto constitucional se reduce a ser un principio rector de la política social y económica de los poderes públicos. Su dimensión constitucional no es la de un derecho fundamental. Este razonamiento se puede hacer extensible a lo que dispone el art. 49 CE sobre las personas con discapacidad, cuyo valor de integración en la sociedad queda fuera del reconocimiento de los derechos fundamentales de los arts. 15 a 29.

Al principio de este apartado nos planteábamos la existencia derechos constitucionales no fundamentales.

“Para la teoría liberal sí, porque establece una clara diferencia entre éstos últimos que son los derechos que la Constitución reconoce, pero cuyo fundamento jurídico es metapositivo, se considera que existen al margen y con anterioridad a la Constitución, y los derechos simplemente constitucionales, que son los que emanan de la Constitución y sin ella no tendrían existencia propia” (Bastida et al., 2004, p. 33).

Desde esta perspectiva exclusivamente positivista, se puede afirmar en base a la posición de la Constitución como norma jurídica suprema, que todos los derechos en ella reconocidos o son fundamentales o como se acaba de ver en relación con el Capítulo III del Título I, sólo son principios rectores, aunque algunos estén enunciados como derechos.

Los derechos fundamentales son por tanto los que se pueden apreciar en los Capítulos I y II en cuanto a que disponen de los dos elementos básicos del carácter fundamental de los derechos anteriormente mencionados, esto es la disponibilidad del derecho por su titular y la indisponibilidad de su existencia por el legislador.

En este sentido, el carácter de fundamental expresado en algunos derechos es una cuestión de rango, ya que unos derechos son más fundamentales que otros a nivel jurídico en función de la mayor o menor preservación normativa frente al legislador y a favor de su titular.

La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales cobra un sentido pleno sólo en la consideración del texto constitucional como norma jurídica suprema, es decir, como máxima fuente directa que transfiere “a las normas iusfundamentales la fuerza jurídica irresistible que es capaz de desplegar en el tiempo, en el espacio y en relación con cualquier materia y sujeto, y por tanto los articula con pretensión de eficacia inmediata y universal” (Bastida, 2005, pp. 54-55).

Sólo teniendo esto presente se puede entender de forma cabal la posición del legislador en relación con los derechos fundamentales y en qué sentido no puede disponer de ellos. Si el rango de fundamentales de los derechos radica en que son indisponibles por el legislador, en el desarrollo de los mismos no se podría entender el papel que juega el legislador democrático, tampoco en el desarrollo de los derechos fundamentales de configuración legal ni en la definición de inconstitucionalidad por omisión.

Los derechos fundamentales preexisten al legislador y no al ordenamiento constitucional, lo que no significa que el legislador no pueda regularlos. No obstante, la fuerza normativa de los derechos fundamentales condiciona la actuación del legislador debido a su eficacia inmediata. Esto significa que el legislador no puede desconocer ni los límites que el texto constitucional contiene ni ignorar que el desarrollo de estos derechos tiene un marcado carácter imperativo para hacer efectivas las normas iusfundamentales.

El contenido esencial de los derechos aparece cuando se relaciona la fundamentalidad de los derechos con la de la Constitución. Cuando en ausencia de ley que proporcione efectividad a un derecho fundamental y cuando su contenido esencial se hace presente, este no funciona como límite al legislador ya que no ha actuado. Su función principal es la de constituirse como fuente constitucional directa para que el titular del derecho pueda actuar preservando el ámbito de libertad garantizado.

Otra consecuencia de ese carácter fundamental proclamado en ciertos derechos del texto constitucional es la presunción de ilegitimidad de los límites impuestos por el legislador a estos derechos. Como dice Bastida et al. (2004), “la ley no sólo debe mostrar su habilitación para interponerse entre la Constitución y los titulares de los derechos. También ha de justificar, como sostiene reiterada jurisprudencia, que esos límites sean idóneos, necesarios y proporcionados” (p. 36).

Desde esta perspectiva sobre los derechos fundamentales cobra sentido jurídico-constitucional la calificación liberal de estos como inviolables e inalienables. Estos derechos poseen una fuerza irresistible como norma fundamental del ordenamiento que los dota de eficacia directa y los sitúa en una posición tal que atentar contra ellos o su mero desconocimiento se considera

como antijurídico, y venga ese atentado de un poder público, incluido el legislador, o de sujetos privados. La fundamentalidad así entendida de los derechos nos puede llevar a concluir que existe una fotografía fija de los derechos fundamentales debido a que unos derechos son más fundamentales que otros.

“La mayor o menor fundamentalidad dependerá de su mayor o menor grado de participación en la condición de la Constitución como norma fundamental del ordenamiento y fuente directa de relaciones jurídicas. Se supone que aquellos derechos que el sistema constitucional considere más esenciales para su identidad y funcionamiento los dotará de mayor fundamentalidad, o sea, les garantizará una efectividad más inmediata ya permitiendo un ejercicio directo de los mismos, ya vinculando estrechamente al legislador, obligándole a dictar la legislación que permita el ejercicio ordenado de los derechos y predeterminando su contenido” (Bastida et al., 2004, p. 36).

En el ámbito de la teoría de los derechos fundamentales, la diferenciación entre principios y reglas fue propuesta por Ronald Dworkin y, con posterioridad, ha sido desarrollada dogmáticamente por otros autores, en especial por Robert Alexy. En principio, y siguiendo a Alexy (1994), se puede afirmar que el aspecto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que estos últimos son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes (pp. 159-177).

Así pues, la inclusión educativa está formulada como un principio jurídico que se encuentra en la LOE, por lo que su garantía por parte de los poderes públicos se hace en la mayor medida posible. La inclusión educativa, tal y como se ha conceptualado en este trabajo, supone dotar de las mismas oportunidades en el sistema educativo a las personas con discapacidad, equiparando así el derecho a la educación de todos.

Por tanto, cuando hablamos de educación, lo hacemos de un derecho fundamental y cuando lo hacemos de inclusión educativa lo hacemos del derecho fundamental a la educación de las personas con discapacidad en particular y del alumnado en general.

Se afirma, por tanto, que los principios son mandatos de optimización, cuya característica principal es que pueden ser cumplidos en diferente grado y que este cumplimiento no depende exclusivamente de las posibilidades de facto sino también de las jurídicas. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser, o no, cumplidas. Si consideramos una regla como válida, se ha de cumplir lo que en ella se exige, ni más ni menos.

Esta diferenciación teórica tan rotunda se suele matizar posteriormente en los concretos sistemas de derechos fundamentales, lo que resulta especialmente llamativo en el caso español, ya que el ordenamiento se cimenta a partir del principio del Estado social, que, como es sabido, en su desarrollo posterior se distingue por la conversión de las reglas en mandatos de optimización. Teniendo en cuenta la configuración de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y que esta les confiere, se puede concluir que no pertenece a un modelo puro de principios ni a un modelo puro de reglas.

La asunción de un modelo puro de principios implicaría que todas las normas de derecho fundamental simplemente se convertirían en normas de principio, es decir, normas que de una manera genérica imponen una protección preferente a los comportamientos descritos en ellas y abstracta en los enunciados jurídicos constitucionales frente a otros comportamientos con los que entran en conflicto en el seno de las relaciones sociales.

Por tanto, se puede concluir que la Constitución ha asumido un modelo mixto de principios y reglas, si bien en ella, con carácter general, las normas de los derechos fundamentales se basan en un modelo de normas de principio, pues en la mayoría de los casos se presentan como enunciados que no contienen las reglas jurídicas exactas que describen la conducta o conductas protegidas y los instrumentos para ejercer su protección.

Lo que contienen es un mandato a los poderes públicos en general, y al legislador en particular, para que proteja una determinada libertad en la mayor medida posible, fijando las reglas precisas que concreten todos los aspectos que el derecho fundamental ha previsto para regular la conducta de la persona, de los poderes públicos y de otros particulares afectados. Esta configuración como normas de principio de los derechos fundamentales se observa de una manera especial cuando nos encontramos ante una situación de la vida cotidiana en la que, con la pretensión de ampararse en un derecho fundamental, se intenta resolver un conflicto entre diversos comportamientos.

4.2.2.- El derecho fundamental a la escolarización en igualdad de condiciones como interpretación del artículo 14 y 27 de la Constitución Española y su extensión a las dimensiones de permanencia y promoción de la educación inclusiva.

Comenzamos el desarrollo de este subapartado analizando en profundidad lo dispuesto en el art. 14 CE y su relación con la educación inclusiva. Del mismo modo que los clásicos derechos de libertad frente al Estado, la igualdad ante la ley se sitúa también en el origen del constitucionalismo europeo.

El reconocimiento de esta igualdad fue una de las principales reivindicaciones de los revolucionarios liberales y así se incorporó a las primeras declaraciones de derechos y constituciones del continente europeo. Desde entonces, esa igualdad ha sufrido una evolución sustancial, adquiriendo significados diferentes y manifestándose jurídicamente de formas distintas.

Esta evolución ha ido pareja a la del propio Estado constitucional, del que se ha convertido en pieza clave no sólo de su actividad sino también de su estructura. Los textos constitucionales anteriores a 1978 reconocieron sólo una manifestación del principio de igualdad, el acceso a empleos y cargos públicos según el mérito y la capacidad. Por eso, durante el proceso constituyente, se tomó como referencia el texto de la Constitución republicana para la redacción del artículo 14, en el que se recoge la cláusula general de igualdad.

La aprobación de este artículo no dio lugar a ningún debate de especial importancia, únicamente se discutió la oportunidad de añadir o suprimir alguna de las causas de discriminación que en el mismo se enumeran. Así pues, nuestra Constitución abre el Capítulo II del Título I que contiene el catálogo de derechos fundamentales, con el artículo 14, de acuerdo con el cual:

“los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (p.5).

La ubicación de este artículo, como cabecera del catálogo de derechos y libertades y, por tanto, de lo que es considerado como el núcleo duro de la parte dogmática de nuestra Constitución, aporta una idea del relevante papel que juega en la determinación de la actividad de los poderes públicos y en la garantía de los restantes derechos fundamentales.

Pero la igualdad no se recoge sólo en el artículo 14 CE. En el art. 1.1 CE se establece que la igualdad es uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico y el art. 9.2 CE establece que:

“corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud...” (p. 4).

A mi juicio, el camino trazado por el artículo 9.2 CE es muy importante si lo aplicamos a la educación inclusiva partiendo de su reconocimiento como derecho. Los poderes públicos son los que deben promover las condiciones necesarias para que sus dimensiones de escolarización, permanencia y promoción¹¹⁸ sean efectivas para las personas con discapacidad.

Este grupo social sigue luchando, a través de sus familias, por la efectividad de lo que consideran un derecho fundamental, declarado por la jurisprudencia sólo en una de sus dimensiones, encontrando demasiados obstáculos a nivel económico y administrativo que dificulta su puesta en práctica. Como se puede deducir del contenido del artículo constitucional mencionado, le corresponde a los poderes públicos remover todos los obstáculos que impidan o

¹¹⁸ La promoción consiste en la consecución del objetivo de la educación permanente, proclamado ya por la Unión Europea en su estrategia ET2010

dificulten la escolaridad de las personas con discapacidad, sin excusarse en razones económicas o de oportunidad para que la inclusión educativa no sea una realidad. Este argumento es extensible a la permanencia y la promoción en el sistema.

Así, el precepto constitucional obliga a los poderes públicos a dar pasos hacia delante en la consecución de la inclusión educativa para que las personas con discapacidad puedan tener las mismas oportunidades dentro del sistema educativo que el resto de personas, ya que se trata de la garantía del propio derecho a la educación.

De la interpretación sistemática de estos tres artículos se deduce que, en el plano estrictamente jurídico, constitucionalmente la igualdad tiene dos formas de manifestarse, es decir, existen dos tipos de normas en nuestra Constitución que tienen como contenido la igualdad.

En primer lugar, se trata de una norma que reconoce un derecho fundamental a la igualdad y otra que consagra el principio de igualdad. Por tanto, son normas de naturaleza diferente que definen posiciones jurídicas distintas y contienen mandatos y obligaciones diversas para los poderes públicos. A pesar de ello, su contenido es parcialmente coincidente. Por eso, y dado el carácter especial del derecho a la igualdad, para comprender el significado del mismo, debemos analizar tanto el principio de igualdad como el derecho a la igualdad.

En segundo lugar, conforme al art. 10.2 CE, las normas de la misma relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de acuerdo con los Tratados internacionales sobre derechos y libertades ratificados por España. En este sentido, de cara a la interpretación del artículo 14 CE se debe tener en cuenta, por un lado, los tratados internacionales que contienen declaraciones de derechos en las que se reconoce la igualdad, como la Declaración Universal de Derechos

Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

De otro lado, son numerosos los tratados internacionales específicos que se han firmado en materia de igualdad y que se refieren a ámbitos o colectivos concretos. En opinión de Salvador Martínez, M. (2006), la igualdad es un derecho especial, diferente a todos los demás, y ello se debe a diversas razones. Es un derecho que no se concreta en una actividad determinada, ni en un ámbito de la realidad concreto, sino que tiene un contenido mucho más abstracto que se proyecta sobre cualquier actividad o ámbito material.

Además de esto, la interpretación de este derecho presenta una particular complejidad, porque a la igualdad se le han atribuido, y se le atribuyen, múltiples significados, que traen como consecuencia diferentes concepciones de la relación entre libertad e igualdad, y diferentes formas de entender cómo debe ordenarse la vida del hombre en sociedad. Esa multiplicidad de significados se ha traducido en una diversidad de manifestaciones jurídicas de la igualdad cuya interpretación sistemática y aplicación entraña considerables dificultades (p. 98).

Como principio, la igualdad tiene, en primer lugar, un valor informador e interpretativo, informa la actividad de los poderes públicos y sirve como elemento para la interpretación de otras normas jurídicas. Pero, además, siendo un principio reconocido en la Constitución, tiene un indudable valor normativo, es decir, establece un conjunto de mandatos objetivos dirigidos a los poderes públicos, impone exigencias en orden a la organización y funcionamiento de los poderes del Estado, a la creación y aplicación del ordenamiento jurídico en su conjunto, y en orden a la actuación de todos los poderes públicos en todas las esferas y respecto de todas las personas y grupos.

Respecto a los poderes públicos, el principio de igualdad se traduce básicamente en dos mandatos diferenciados: el mandato de la igualdad formal y el mandato de la igualdad material. El principio de igualdad contiene, de acuerdo con su formulación clásica, un mandato de igualdad de trato, igualdad jurídica o igualdad formal. Este mandato se refiere a los factores jurídicos que determinan la posición de los sujetos y que dependen de la actividad de los poderes públicos, y su contenido coincide con el que históricamente se ha atribuido a la denominada igualdad ante la ley, esto es, a la igualdad en la aplicación de la ley y a la igualdad en la ley.

El mandato de la igualdad formal obliga, en primer lugar, a tratar igual a todos, y si existen diferentes situaciones que así lo exijan, dar un trato distinto a esas diferentes situaciones. Para determinar si dos situaciones son iguales es preciso el establecimiento de una comparación, pues dependiendo del rasgo, característica o circunstancia concreta que comparemos podremos afirmar que dos situaciones son, en relación a ese rasgo, característica o circunstancia, iguales o diferentes.

La incorporación del trato diferente justificado tuvo lugar con la generalización del moderno sistema tributario, en el que se admite el principio de progresividad, según el cual las cargas tributarias se establecen de acuerdo con el patrimonio de cada uno. Desde entonces, el mandato de la igualdad de trato se concreta en la obligación de dar un trato igual, o un trato diferente siempre que esté justificado, esto es, en no dar un trato discriminatorio, entendiendo por tal el trato diferente injustificado. Esta obligación está conectada con la prohibición de interdicción de la arbitrariedad recogida en el art. 9.3 CE, ya que ésta permite controlar si existe justificación para un trato diferente.

El mandato de la igualdad material se refiere a los factores de hecho que determinan la posición de los sujetos, ya que su posición en la sociedad y en el Estado depende tanto de factores jurídicos como de factores de hecho, ambos íntimamente relacionados. El mandato de la igualdad material obliga a los poderes públicos, en primer lugar, a tener en cuenta la realidad y las diferencias de hecho que caracterizan a cada colectivo, es decir, a tener en cuenta las desigualdades reales existentes, y en segundo lugar, a intervenir para corregir las desigualdades que no se corrijan dando cumplimiento al mandato de la igualdad formal.

En este sentido, el mandato de la igualdad material tiene una naturaleza diferente, complementaria, a la del mandato de la igualdad formal. No exige a los poderes públicos que den un trato igual o distinto cumpliendo ciertos requisitos, sino que fija un objetivo que deben intentar alcanzar, el de la igualdad real y efectiva, ya sea dando un trato igual o un trato diferente. Se trata de un mandato de optimización que obliga a los poderes públicos a que, en la mayor medida de lo fáctica y jurídicamente posible, su actuación tienda a alcanzar el objetivo fijado. Así pues, este mandato no obliga a los poderes públicos a que actúen de una determinada manera, sino a que, actuando como éstos consideren más adecuado, logren la igualdad real y efectiva.

Para alcanzar dicho objetivo los poderes públicos aprobarán determinadas medidas que, con carácter general, se pueden denominar medidas de acción positiva, medidas adoptadas para conseguir una mayor igualdad entre grupos o colectivos entre los cuales existe una desigualdad real debido a que cierto colectivo se encuentra en una posición más ventajosa que otro.

La intervención de los poderes públicos va dirigida, por tanto, a superar esa situación, concediendo, si es necesario, un trato favorable al colectivo que está en desventaja. Si aplicamos esta reflexión al tema que nos ocupa, los poderes públicos deben realizar todas las acciones que sean necesarias para compensar la situación de desventaja de la que partía históricamente el colectivo de discapacitados en lo que a educación se refiere, pero debe dar pasos firmes hacia la máxima expresión de la igualdad en la educación que es la inclusión educativa.

Los poderes públicos han dotado de los medios necesarios al sistema educativo para que el alumnado con necesidad específica de apoyo educativo pudiera desarrollar al máximo su capacidad y personalidad desde el punto de vista de las necesidades individuales. Se ha insistido a lo largo de esta obra que este punto de vista tiene que ver con la integración en el sistema y no la inclusión.

La inclusión supone la superación del modelo centrado en el déficit del alumnado para llegar a otro basado en el que todos somos capaces de aportar algo a la consecución de un objetivo común, en este caso la educación, de acuerdo a nuestras aptitudes, aun presentando discapacidad. Por tanto, le toca al legislador y a la sociedad en general dar pasos decididos para conseguir de forma paulatina que el valor inclusión se convierta en una realidad dentro de nuestro Estado social y democrático de derecho.

En España y en nuestro entorno geopolítico, se han adoptado medidas de acción positiva dirigidas a grupos o colectivos definidos, entre otros, por la discapacidad física o psíquica. Esas medidas son de aplicación en los ámbitos en los que se han hecho más patentes las diferentes posibilidades de dichos grupos para acceder a un determinado bien, como en el ámbito de acceso a la educación.

Se trata de medidas de muy diferente tipo, que plantean también una problemática constitucional muy diferente. Existen medidas de concienciación o sensibilización que pretenden crear un estado de opinión o sensibilizar del problema, que no plantean problemáticas a nivel constitucional.

También están las llamadas medidas de discriminación positiva, discriminación inversa o desempate, que se aplican cuando existe un bien indivisible al que aspiran varias personas, pero que sólo va a ser concedido a una de ellas. Presuponen que las opciones de determinadas personas para alcanzar ese bien son en la práctica menores que las de otro debido al hecho de pertenecer a un concreto grupo o colectivo y, por eso, introducen un trato diferente favoreciendo a quienes tienen menor posibilidades reales de lograr el bien. Este tipo de medidas son las que presentan mayores problemas de constitucionalidad. No obstante, se consideran constitucionales siempre que cumplan ciertos requisitos.

En la ya extensa jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la igualdad en la ley, el Alto Tribunal ha fijado una serie de requisitos para determinar si estamos ante un trato en la ley diferente, pero justificado¹¹⁹. En palabras del Tribunal:

“el art. 14 contiene...un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas” (STC 200/2001, FJ 4).

¹¹⁹ STC 39/2002, FJ 4. a

La primera condición para que un trato diferente en la ley esté justificado es que los sujetos a los que se vaya a dar ese trato diferente no estén en la misma situación, es decir, que exista una desigualdad de supuestos de hecho. Esto exige que el sujeto que alegue una violación del derecho a la igualdad aporte lo que se denomina *tertium comparationis*¹²⁰, que especifique qué característica define tanto su situación como la del otro sujeto, de modo que puedan compararse y se pueda concluir si ambas situaciones son iguales o diferentes. En palabras del Tribunal Constitucional, “puede decirse que dos ciudadanos son iguales, esto es, pertenecen a la misma clase, cuando en ellos concurre una cualidad común, un *tertium comparationis* que opera como elemento definitorio de la clase, y son desiguales cuando tal circunstancia no se produce” (STC 125/2003, FJ 4).

La segunda condición consiste en que la medida introducida por la ley, y que constituye un trato diferente de supuestos de hecho distintos, tenga una finalidad constitucionalmente legítima. Debe tener, pues, una finalidad determinada, no puede tener ningún coste, siendo además esa finalidad constitucionalmente legítima. En este sentido hay quien ha distinguido dos casos diferentes en los que el margen de maniobra del legislador es distinto.

En el primer caso, tal y como señala García Morillo (2016), si la finalidad está constitucionalmente recogida o consagrada, si se refiere a un bien o valor constitucional, de todos los tratos diferentes posibles habría que exigirle al legislador aquel que conduzca a la mejor realización del bien constitucional. En el segundo caso, si se trata de sólo de una finalidad constitucionalmente admisible, porque no colisiona con el sistema de valores constitucionalmente consagrado, la posibilidad de dar tratos diferentes se ampliaría notablemente porque serían

¹²⁰ Término de comparación

aceptables todos los tratos diferentes posibles que no resultasen contrarios a los principios constitucionales (pp. 159-177).

En tercer lugar, se exige que exista congruencia entre el trato desigual y la finalidad perseguida, es decir, que el medio sea adecuado para alcanzar los fines perseguidos. Debe existir, por tanto, una conexión efectiva y coherente entre el trato desigual, los supuestos de hecho que lo justifican y la finalidad que se persigue. Así, por ejemplo, como ha reconocido el Tribunal Constitucional, no existe congruencia si se condiciona el derecho a recibir una pensión a la buena conducta, pues el trato diferente debe guardar una directa y razonable relación con la finalidad perseguida.

Finalmente, el trato diferente debe ser proporcionado, es decir, debe existir proporcionalidad entre el fin que se persigue y los efectos de la medida que introduce un trato diferente. En palabras del Tribunal Constitucional, es necesario “para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos” (STC 117/98, FJ 8). Aquí entra en juego el elemento más valorativo, abierto a las convicciones sociales del momento. Ese juicio de proporcionalidad en sentido estricto debe corresponderse con lo razonable, con criterios y juicios de valor generalmente aceptados.

Si se dan estos cuatro requisitos en la medida concreta adoptada por el legislador y que introduce un trato diferente, no estaremos ante un trato discriminatorio, contrario al derecho a la igualdad, sino ante un trato diferente justificado. En otro caso, el legislador habría vulnerado el derecho a la igualdad en la ley.

El derecho a la igualdad en la aplicación de la ley vincula a la administración pública y a los jueces y tribunales. Con carácter general, este derecho impone a ambos poderes públicos, en principio, la obligación de interpretar y aplicar la ley de forma igual en supuestos iguales. Pero no se exige que la ley reciba siempre la misma interpretación a efectos de que los sujetos a los que se aplique resulten siempre idénticamente afectados, sino que no se emitan pronunciamientos arbitrarios por incurrir en desigualdad no justificada en un cambio de criterio.

Esto significa que, en el caso de la aplicación de la ley, el respeto a la igualdad se identifica con la vinculación al precedente. A partir de aquí, sin embargo, los requisitos que determinan si un trato diferente en la aplicación de la ley está o no justificado son diferentes según se trate de la aplicación administrativa de la ley o de la aplicación judicial de la ley, debido a que las funciones que desempeñan esos dos poderes suponen dos formas distintas de aplicación de la ley¹²¹.

En el caso de la Administración pública, ésta actúa sujeta a la ley y comete una infracción de la igualdad en la aplicación de la ley cuando no aplica de forma arbitraria un precedente administrativo. Pero en caso de que esto ocurra, hay que acudir a la vía contencioso-administrativa, al poder judicial, para exigir que se respete el precedente y, con ello, el derecho a la igualdad, tal y como se ha analizado en los recursos que se presentaron ante el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo a causa de haberse producido discriminación en la escolarización de menores discapacitados referenciados en el primer apartado del presente capítulo.

¹²¹ STC 144/88

Esto significa que, en la práctica, la garantía de la igualdad en la aplicación administrativa de la ley se residencia en sede judicial. De ahí deriva una importante consecuencia. Puesto que es el poder judicial a quien corresponde analizar si la Administración ha seguido el precedente de forma arbitraria o no, en las sentencias judiciales es donde encontramos los criterios para determinar cuándo se ha producido una separación arbitraria del precedente.

Por ello, el Tribunal Constitucional exige que, para recurrir en amparo por la violación de la igualdad en la aplicación administrativa de la ley, se aporte como término de comparación un precedente que haya sido ratificado judicialmente, porque “el precedente administrativo no sancionado por resolución judicial no puede prevalecer frente al que ha obtenido la fuerza que genera la sanción judicial” (STC 73/88.FJ 4).

No obstante, en algún caso reciente el TC ha admitido un recurso de amparo sin que hubiera precedente administrativo judicialmente confirmado¹²². En la vía contenciosa, sin embargo, no es necesario aportar dicho precedente judicial (Díez-Picazo, 2003, p. 212).

En la práctica, esto hace muy difícil corregir desigualdades que tengan su origen en el trato privilegiado dispensado por la Administración a determinados ciudadanos, especialmente en el caso de la actividad prestacional, aunque no sólo en ella. Ese también es el motivo por el que muy pocos casos de desigualdad en la aplicación administrativa de la ley llegan al Tribunal Constitucional.

El artículo 14 reconoce el derecho fundamental a la igualdad, y como tal derecho fundamental, define una posición jurídica subjetiva, un *derecho subjetivo* que atribuye al titular del mismo un conjunto de facultades que se ejercen principalmente frente a los poderes públicos y que les permite acudir a los

¹²² STC 13/2004

tribunales, incluso al Tribunal Constitucional, en el caso de que dicho derecho subjetivo no sea respetado.

El derecho a la igualdad puede considerarse el derecho general a la igualdad, puesto que en otros artículos de la Constitución se consagran y protegen otros derechos específicos a la igualdad referidos a situaciones concretas, como el derecho a la igualdad de los hijos con independencia de su filiación que establece el artículo 39.1 CE.

El derecho fundamental a la igualdad es un derecho de una naturaleza especial, diferente de los restantes derechos fundamentales. Estamos en presencia de un derecho relacional, es decir, un derecho que no es autónomo, que se ejerce siempre respecto a una relación jurídica concreta, respecto a un campo material determinado, y sólo puede invocarse en el contexto de esa relación o campo material. Una persona no puede ver lesionado su derecho a la igualdad en abstracto, sino sólo en una situación concreta, como puede ser, por ejemplo, el acceso al sistema educativo.

Sólo así habrá un término de comparación y se podrá determinar si el trato al que se somete a esa persona es igual o discriminatorio respecto al que se somete a otros que estén en la misma situación. El derecho a la igualdad se concreta así en el derecho a disfrutar de cualquier derecho subjetivo o a satisfacer cualquier interés legítimo en condiciones de igualdad respecto a otro sujeto situado en una posición equiparable.

Si estando en la misma situación que otras personas la actividad de los poderes públicos disminuye las posibilidades de expresión libre respecto de las de aquéllas, o de lograr un puesto de trabajo, entonces puede existir una vulneración del derecho a la igualdad. Así lo ha reconocido el TC al afirmar que la igualdad reconocida en el artículo 14 no constituye un derecho subjetivo

autónomo, existente por sí mismo, pues su contenido viene establecido siempre respecto de relaciones jurídicas concretas. De ahí que se afirme en el caso que nos ocupa que en el momento concreto del acceso al sistema educativo se pueda vulnerar el derecho a la igualdad si esta no se realiza bajo los principios de la educación inclusiva, concluyendo que la vulneración producida sería la del derecho fundamental del art. 14 CE y no de un posible derecho a la inclusión educativa.

Desde sus primeras sentencias, el TC ha interpretado que “el derecho a la igualdad constituye, por imperativo constitucional, un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación alguna, esto es, a ser tratada jurídicamente de manera diferente a quienes se encuentren en su misma situación, sin que exista una justificación objetiva y razonable de esa desigualdad de trato” (SSTC 86/85, 8/86 y 166/96).

Es importante señalar que este derecho no atribuye la facultad de exigir un trato diferente, ni la facultad de exigir una determinada situación tendente a lograr la igualdad real y efectiva. Faculta a sus titulares, única y exclusivamente, a reaccionar ante un trato diferente injustificado.

Siguiendo el anterior razonamiento, la inclusión educativa supone el pleno ejercicio del derecho a la educación por parte de las personas con discapacidad, por lo que no hacerlo supone atentar contra el derecho a la igualdad, ya que se produce discriminación respecto al resto del alumnado. Los poderes públicos, por tanto, disminuyen la capacidad del pleno desarrollo de la personalidad de los individuos discapacitados, fundamento del orden político y de la paz social, tal y como dispone el art. 10.2 CE.

Más que en otros derechos fundamentales, los límites del derecho a la igualdad forman parte de la propia delimitación del ámbito protegido por el derecho. No se trata de un derecho que otorgue a los sujetos ninguna facultad incondicionada, sino sólo la facultad de reaccionar ante un trato diferente cuando se dé el caso de que éste no tiene justificación y, por tanto, es discriminatorio.

La protección de cualquier otro derecho o bien jurídico protegido puede justificar un trato diferente, siempre que se den los requisitos que hemos analizado, así que, en este sentido, cualquier derecho o bien jurídico protegido puede constituir un límite al derecho a la igualdad.

No obstante, nos debemos referir a uno de los límites más controvertidos que pueden actuar frente al derecho a la igualdad. Se trata de la propia igualdad, en otra de sus manifestaciones, el mandato de la igualdad real y efectiva. En cumplimiento de este mandato, los poderes públicos pueden adoptar medidas de acción positiva que introduzcan un trato diferente, más favorable, para aquellos grupos o colectivos que se encuentran en una situación de hecho desventajosa, con objeto precisamente de compensar esa situación y alcanzar una mayor igualdad real. Si dichas medidas superan los requisitos exigidos para entender que un trato diferente está justificado, no habrá discriminación, no estaremos ante una lesión del derecho a la igualdad.

La adopción de este tipo de medidas, cuando introducen un trato diferente, es siempre objeto de polémica y no existe una opinión doctrinal unánime al respecto. Ni siquiera cuando se trata de medidas que van dirigidas a favorecer a los grupos definidos por las características enumeradas en el art. 14 CE y respecto a los cuales existe este reconocimiento expreso de que ocupan una posición más desfavorable o desventajosa.

Así, el TC ha afirmado que no puede considerarse discriminatoria y constitucionalmente prohibida, antes, al contrario, la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente marginados y preteridos, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o corregida su situación de desigualdad sustancial” (STC 216/91). Cada concreta medida de acción positiva que introduzca un trato diferente deberá superar el correspondiente juicio para determinar si lesiona o no el derecho a la igualdad del grupo al que no beneficia dicha medida.

Como quedó reflejado al principio de este trabajo, la inclusión educativa supone dar las mismas oportunidades a todo el alumnado, incluido aquél que presenta discapacidad. Todas las medidas adoptadas por los poderes públicos en favor de la plena inclusión no suponen ningún tipo de perjuicio del alumnado ordinario, aunque hemos visto la opinión contraria del TC en el anterior apartado. Es importante resaltar que la discapacidad no debe ser entendida desde el punto de vista de lo que el alumno no es capaz de hacer, sino de lo que es capaz para ponerlo en común con el resto de compañeros, cumpliendo así el derecho a la educación de una manera plena y sin límites derivados de cualquier circunstancia personal, familiar o social.

Para justificar el derecho fundamental de acceso al sistema educativo en condiciones de igualdad, los Altos Tribunales pusieron en relación los derechos fundamentales de los artículos 14 y 27 del texto constitucional. Analizado en profundidad lo que el derecho a la igualdad supone para el reconocimiento del derecho a la educación inclusiva, la reflexión se centrará ahora en el artículo que proclama el derecho fundamental a la educación.

El artículo 27 CE es un artículo extenso, en comparación con el resto de preceptos constitucionales dedicados a los derechos y libertades, pues consta de diez apartados. Es también un artículo de estructura compleja, ya que contiene numerosos principios, derechos de prestación, libertades y mandatos al legislador, y sobre todo, reconoce tanto el derecho a la educación como la libertad de enseñanza, dos derechos fundamentales que representan modelos educativos diferentes y que, sin embargo, deben hacerse compatibles a través del establecimiento de un determinado sistema educativo que los haga a ambos reales y efectivos.

De acuerdo con el art.10.2 de nuestra Constitución, las normas de la misma relativas a los derechos fundamentales, se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales sobre derechos y libertades ratificados por España. Se debe señalar aquí que precisamente la redacción del art. 10.2 CE fue una de las causas de que resultase difícil alcanzar un acuerdo en las Cortes Constituyentes, ya que determinados grupos políticos consideraban que estos Tratados Internacionales reflejan una concepción excesivamente conservadora de los derechos y libertades de la educación.

En relación a los derechos y libertades de la educación al legislador le corresponde una especial responsabilidad, ya que el desarrollo y la regulación del ejercicio de estos derechos revisten una complejidad que no presentan otros derechos fundamentales. Los motivos, según Salvador Martínez, M. (2006), son los siguientes: en primer lugar, y a consecuencia de alcanzar un acuerdo en el proceso constituyente para aprobar el art.27 CE, éste no constitucionaliza un modelo educativo determinado, sino que con una fórmula relativamente abierta concede al legislador poder conocer el contenido de los derechos y libertades

reconocidos en el art.27 CE, por lo que es determinante analizar el desarrollo que el legislador ha hecho de los mismos.

En segundo lugar, una parte de los derechos reconocidos en el art. 27 tiene la estructura propia de los derechos de prestación, es decir, definen una posición jurídica subjetiva en la que el titular está facultado para exigir una acción positiva, una prestación del Estado. Históricamente, estos derechos se reconocen con posterioridad a los derechos de defensa y su aparición está vinculada a la aparición del Estado social.

La posición jurídica subjetiva definida por el derecho de prestación es una posición de derecho a algo en la que el titular tiene frente al Estado derecho a una acción positiva de éste, tiene derecho a una prestación, entendida, bien como acción positiva fáctica, o bien como acción positiva normativa.

Pues bien, a diferencia de los derechos de libertad, el contenido de este tipo de derechos exige una concreción que corresponde al legislador. Serán las correspondientes leyes de desarrollo las que determinen la prestación que los poderes públicos deben ofrecer a los titulares del derecho para la satisfacción del mismo.

Las leyes que desarrollan el derecho a la educación son en la actualidad la Ley Orgánica 8/1985 de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación, y la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación, modificada por la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, para la mejora de la LOE (LOMLOE). La inclusión educativa aparece como uno de los principios del sistema educativo, tal y como aparece reflejado en el art. 1.1 de la mencionada ley.

En tercer lugar, algunos de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 27 CE son derechos de características especiales, derechos de configuración legal. Se trata de una categoría de contornos difusos en la que se hace referencia a

derechos fundamentales en relación a los cuales el legislador tiene un margen de maniobra más amplio que en relación con otros derechos. Se dice entonces que la Constitución prefigura el derecho, mientras que el legislador lo configura, definiendo las facultades básicas integrantes del mismo.

En cuarto lugar, el art.27 reconoce los derechos fundamentales del que imparte la enseñanza, del que la recibe, y, en algunos casos, también de los padres y de ciertas instituciones. Entre todos esos derechos existe una aparente contraposición y, en la práctica, unos actúan como límite a los otros, de tal modo que el legislador viene obligado a realizar un desarrollo normativo que haga posible y garantice el ejercicio de todos esos derechos, buscando el equilibrio necesario para ello (pp. 391-392).

Como ha reconocido también el Tribunal Constitucional, estamos ante un derecho que tiene una dimensión claramente prestacional, es decir, un derecho que define una posición jurídica subjetiva en la que el titular está facultado para exigir una acción positiva, una prestación del Estado.

En este caso, los titulares del derecho a la educación están facultados para exigir del Estado un servicio, el de la enseñanza básica gratuita. Este derecho faculta a acceder a las enseñanzas que en cada momento el legislador establezca como básicas. Se trata, por tanto, de enseñanzas regladas, es decir, las que integran la programación general del sistema educativo realizada por los poderes públicos y que se somete a su inspección y homologación.

Actualmente, el sistema educativo se organiza en diferentes etapas y ciclos. Así pues, el derecho a la educación permite acceder a la enseñanza básica, que será obligatoria y gratuita.

Respecto a las facultades que integran este derecho fundamental, el Alto Tribunal ha tenido oportunidad de señalar que el derecho a la educación, como derecho de acceso a la educación, permite exigir una plaza de escolaridad en un centro público, pero no implica el derecho a acceder a un centro determinado, ya que esto dependerá de la disponibilidad de plazas de los propios centros educativos. Así, en principio, los padres pueden elegir el centro educativo que se ajuste en mayor medida a sus preferencias, aunque este derecho no es absoluto, ya que existe un número limitado de plazas en cada uno de los centros docentes. En todo caso, los criterios fijados para la concesión de una plaza escolar en un centro docente han de ser objetivos, razonables y no discriminatorios¹²³.

Por lo que se refiere a la gratuidad de la enseñanza básica, ésta consiste en la exención del pago de tasas académicas en los centros públicos, pero no incluye, por ejemplo, libros de texto, transporte, servicio de comedor... En los centros privados, sin embargo, la enseñanza básica no es gratuita, aunque en algunos de ellos parte de los costes son asumidos por los poderes públicos.

A juicio del TC, “el derecho a la educación gratuita en la enseñanza básica no comprende el derecho a la gratuidad educativa en cualesquiera centros privados, porque los recursos no han de acudir, incondicionalmente, allá donde vayan las preferencias individuales” (STC 86/85, FJ4).

En cuanto a las enseñanzas que quedan fuera del ámbito del derecho fundamental, la ley ha extendido la gratuidad de la enseñanza al segundo ciclo de educación infantil, que se extiende de los tres a los seis años de edad, y ha establecido diferentes programas de ayudas y becas para facilitar así el acceso a todas aquellas personas que no puedan asumir los costes por razones económicas,

¹²³ STC 77/85 F.J. 5

sociales o por encontrarse el lugar de su residencia alejado de un centro educativo que imparta las enseñanzas obligatorias.

Por último, y para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la educación, los poderes públicos están obligados a cumplir los mandatos contenidos en el art. 27 CE, esto es, la creación de centros docentes públicos y el establecimiento de ayudas públicas a los centros docentes privados que reúnan los requisitos que la ley establezca, concretado en el desarrollo de un sistema de conciertos entre las Administraciones públicas y determinados centros privados.

No extendiéndose más en la configuración del art. 27 CE, que ha sido analizado con profundidad a lo largo del presente trabajo, centraremos la atención en los límites que se imponen a las personas con discapacidad para disfrutar plenamente de estos derechos fundamentales y la legitimidad que poseen los poderes públicos para imponer dichos límites.

Pasando la argumentación a la interpretación constitucional de los art. 14 y 27 CE, base de la argumentación de las sentencias del TS y el TC, el art.1 de la LOTC establece que el intérprete supremo de la Constitución es el Tribunal Constitucional y el art. 40.2 recuerda que la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan recursos y cuestiones de inconstitucionalidad, lo que exige incluir tanto el *decisum* como la *ratio decidendi*.

Por tanto, hay un intérprete supremo cuya jurisprudencia vincula a los demás tribunales. Por eso las STC imponen un máximo en las posibilidades de interpretación a fin de adecuarlas al marco constitucional. Así lo declara la STC 11/81 en su F.J. 7º cuando advierte que “la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la

Constitución no consiste necesariamente cerrar el paso a las opciones o variantes, imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos”.

Según Pérez Luño (1984), la interpretación de la Constitución debe seguir los principios de unidad y coherencia constitucionales de concordancia práctica y ponderación de bienes, además de los de integración y efectividad de los bienes constitucionalmente protegidos. La Constitución actúa así como orientación general para la interpretación de todas las normas que integran el ordenamiento.

Recuerda Bobbio (1991) que en la actualidad la principal tarea con respecto a los Derechos Humanos no consiste tanto en la fundamentación cuanto en la protección y en la provisión de un sistema eficaz de garantías jurisdiccionales que posibilite una real tutela judicial (p. 68).

El voto particular de la STC 5/81, en su F.J. 19, redactado por D. Francisco Tomás y Valiente (citado en Vidal Gil, 2001), proclama que los derechos y libertades son elementos del Ordenamiento, lo que conlleva la nulidad e irrenunciabilidad de las disposiciones que la contengan. La interpretación jurídica siempre ha ocupado un lugar clave en la teoría general del Derecho. Hallar el sentido propio de las palabras del enunciado de una norma y el sentido de esta en su relación con las demás y con la realidad social en la que se inserta, ha dado lugar a numerosos estudios sobre el método o los métodos más adecuados para alcanzar esa meta.

El problema no sólo hay que buscarlo en la interpretación de la norma, también hay que buscarlo cuando se quiere esclarecer esta, es decir, el deber ser que se encuentra bajo el enunciado de un precepto, además de la determinación de a quién y con qué alcance corresponde realizar esa actividad. La interpretación

es pues un tema que tiene mucho que ver también con la organización de los poderes estatales y la relación entre ellos, es decir, su posición constitucional.

Si existe veracidad en lo argumentado con respecto a la interpretación jurídica en general, lo es mucho más en relación con la interpretación de la Constitución, y dentro de ésta, con la interpretación de las normas iusfundamentales. La razón fundamental en la que se apoya este argumento es que estas normas no responden al esquema teóricamente cerrado de los enunciados jurídicos clásicos: se deben aplicar consecuencias legales específicas en función de los hechos ocurridos.

Más bien se trata de normas con una estructura abierta, de programación finalista, que las convierte en un marco jurídico susceptible de que se produzcan diversas concreciones. También en el sistema normativo puede darse una cierta apertura y una necesidad imperiosa de concreción, pero la apertura es mucho menor, ya que la concreción está circunscrita a los resquicios que deja el texto legislativo, de por sí más concreto y explícito. Como la educación inclusiva está enunciada en nuestro ordenamiento jurídico como un *principio*, quizá el reconocimiento como un derecho pasa por la aprobación de una ley específica que regule esta materia para garantizarlo si seguimos el argumento anterior.

El propio marco constitucional se convierte en el elemento fundamental de actuación de la interpretación constitucional no los resquicios legales. La apertura constitucional, además, supone una apertura hacia la formación del sistema jurídico, lo cual en materia de derechos fundamentales es particularmente relevante. Existe una constante relación de conocimiento la sociedad y el sistema jurídico, porque deviene esencial para su eficacia poder concretar cuáles son las expectativas sociales que posteriormente se garantizan en los enunciados iusfundamentales.

El contexto social forma parte de la teoría de la Constitución y de los derechos fundamentales que se encierra en el texto constitucional. El intérprete tiene la labor de interiorizar esa teoría para poder hacer así una interpretación adecuada al texto constitucional, no sólo de los enunciados iusfundamentales, sino también de la realidad abstracta regulada en ellos.

Saber si la quema de una bandera española en una manifestación de nacionalistas vascos es ejercicio de la libertad de expresión o no, depende en gran medida de cómo se interprete la Constitución respecto la libertad de expresión. La hermenéutica clásica no sirve de ayuda para esta reflexión. No es, pues, un problema de interpretación literal de la norma. La interpretación constitucional consiste en gran medida en una labor creadora, de determinación de lo implícitamente enunciado en el texto constitucional.

Según Böckenförde (1993), y en referencia a las disposiciones iusfundamentales, son fórmulas lapidarias y preceptos de principio que carecen en sí mismos de un único sentido material. Deben operar como derecho directamente aplicable y para ser efectivos requieren de una interpretación no sólo explicativa estableciendo así una diferencia con la interpretación de los preceptos legales normales, sino también se hace necesario completar su contenido mediante un ejercicio de concreción por parte del intérprete.

Intentar averiguar el sentido normativo de esos enunciados supone una tarea abocada al fracaso si se recurre de manera exclusiva a los instrumentos clásicos de interpretación¹²⁴. Estos sirven cuando se trata de descubrir algo ya previamente definido en alto grado, pero no cuando no hay objeto que descubrir,

¹²⁴ Interpretación literal, auténtica, histórica, lógica, teleológica, sistemática, etc.

porque la propia interpretación es la que contribuye a modelar, concretar o rellenar el objeto que sólo aparece abstractamente establecido en la Constitución. Si los derechos fundamentales fuesen normas constitucionales en las que el legislador es el único que fija su contenido en los parámetros por él definidos, el problema de su interpretación y exigencia no sería muy diferente del de la interpretación jurídica en general.

Los derechos dejarían en ese caso de ser fundamentales, ya que su contenido y objeto no sería el establecido en el texto constitucional, sino el legalmente fijado por la libre decisión del legislador. La concreción de los derechos sería en consecuencia constitucionalmente incuestionable, como si hubiese realizado una interpretación auténtica de los mismos. Sin embargo, los derechos enunciados de manera muy abstracta, con frecuencia abiertos a la diversidad de la mayoría parlamentaria de manera deliberada, encuentran la posibilidad del desarrollo de los derechos fundamentales por estar inmersos en el texto constitucional, considerada esta norma jurídica suprema y de aplicación inmediata.

Los derechos fundamentales poseen una pretensión de eficacia directa y de hacerse valer frente a todos, incluido el legislador, que no puede disponer de ellos libremente ni realizar interpretaciones auténticas de la Constitución, pues se estaría situando en el mismo plano del poder constituyente, algo que le está totalmente prohibido¹²⁵.

Afirmar la diferencia estructural entre Constitución y ley y aceptar la insuficiencia de los métodos de interpretación clásicos de la ley para interpretar la Constitución es un paso importante para reconocer que en la interpretación constitucional se ponen en juego otros métodos hermenéuticos.

¹²⁵ STC 76/1983, F.J.6

Sostener que únicamente con la utilización de aquellos métodos se llega a una solución correcta supone encubrir la realidad, ya que, al no estar bajo ningún medio de fiscalización, son propicios para la arbitrariedad y subjetividad. Se hace imprescindible en consecuencia averiguar en qué consisten esos criterios específicos de interpretación constitucional, esas reglas de argumentación y razonamiento, y si sirven para dar una respuesta adecuada al problema de cómo completar el contenido de las normas iusfundamentales enunciadas de forma abierta y abstracta.

El primer principio es el de unidad de la Constitución. Las normas constitucionales se deben interpretar poniéndolas en relación con el conjunto del texto constitucional como un todo coherente, en el que no se pueden dar contradicciones entre sus distintas partes, de ahí la importancia de extraer de la propia Constitución una teoría sobre sí misma que sirva como guía vinculante para el intérprete¹²⁶.

El segundo de ellos es el principio de concordancia práctica, donde los bienes e intereses protegidos por la Constitución han de ser armonizados en la decisión del caso práctico, sin que la protección de unos entrañe el desconocimiento o sacrificio de otros¹²⁷. La concordancia se ha de buscar entre bienes amparados por la Constitución, no entre bienes calificados como *superiores* o *básicos* sin aval constitucional¹²⁸. Esto tiene especial relevancia en el caso de una jurisprudencia basada en los valores, porque existe el peligro de que se instale una racionalidad moral o política sustitutiva de la jurídico-constitucional.

¹²⁶ STC 16/2003, F.J.5

¹²⁷ STC 154/2002, F.J.12

¹²⁸ STC 215/1994, F.J.2

Eso es lo que sucede con la llamada *cláusula de comunidad*, que pone en relación con un derecho fundamental un supuesto e indeterminado interés colectivo no expresamente previsto, al objeto de justificar una limitación de aquél constitucionalmente no establecido¹²⁹.

El tercero de los principios es el de proporcionalidad, donde ningún derecho es ilimitado. Sus límites han de estar sometidos a un control de proporcionalidad que consta de un triple juicio sobre la legitimidad del fin perseguido, la necesidad de la medida limitativa y la proporcionalidad en sentido estricto de la misma¹³⁰. Pese a las apariencias, no cabe incluir bajo este principio la llamada ponderación de bienes.

Esta operación no tiene por objeto atribuir un significado jurídico a una norma para que, fundada en ella, se dicte sentencia. Tan sólo busca sopesar cuáles son los bienes juego en un determinado caso, para determinar luego si el supuesto concreto examinado entra o no dentro del ámbito normativo de la norma a aplicar. En la medida en que a la ponderación de bienes se le atribuya una función de directriz normativa, la normatividad y unidad de la Constitución se relativizan, pues dependen en cada caso del resultado de la ponderación.

El principio de efectividad de los derechos obliga a los poderes públicos a interpretar la normativa aplicable en el sentido más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales¹³¹. El principio de interpretación conforme a la Constitución establece la obligación de interpretar todo el ordenamiento jurídico conforme a la Constitución, lo cual entraña dar la máxima efectividad a la pretensión de vigencia de la norma constitucional. De ello se deriva que, de entre las distintas interpretaciones posibles de las normas cuestionadas, ha de

¹²⁹ STC 37/1989, F.J.7

¹³⁰ STC 70/2002, F.J. 3

¹³¹ STC 17/1985, F.J.4

prevalecer la que permita en más alto grado aquella efectividad, sobre todo cuando se trata de derechos fundamentales.

Por último, se destaca el principio de interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con los Tratados internacionales ratificados por España, que impone la propia CE en su art. 10.2. Dentro de él habría que incluir el principio de interpretación del derecho interno de conformidad con el derecho comunitario en la medida en que éste afecte a tales derechos. Este es un principio reforzado por el efecto de primacía que los Tratados constitutivos de la Unión Europea dan al derecho comunitario y en cuya aplicación el juez español actúa como juez comunitario¹³².

Según la STC 4/81, F.J. 1º, el TC advierte que el rango superior de la Constitución exige interpretar todo el ordenamiento jurídico de conformidad con ella y acarrea la inconstitucionalidad sobrevenida de aquellas normas incompatibles con ella. Los principios generales del Derecho incluidos en la Constitución, tienen carácter informador de todo el ordenamiento jurídico, que debe ser interpretado de acuerdo con ellos. La STC 9/81 declara que la Constitución es una norma cualitativamente distinta por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política e informar todo el ordenamiento jurídico.

Siguiendo a Pérez Luño (1984) con su tesis de la fuerza normativa de la Constitución, ésta consiste en “el equilibrio capaz de evitar el sacrificio de la dimensión normativa de la Constitución ante las condiciones de la realidad, así como la consideración formalista de la normativa constitucional ajena a la realidad y carente de contenido” (p. 88).

¹³² STC 130/1995, F.J. 4

Como se ha ido desarrollando a lo largo del presente capítulo, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo reconocen un derecho fundamental a la igualdad en la escolarización de los alumnos con discapacidad, siendo éste el único aspecto de la inclusión educativa analizado en sus sentencias, dejando de lado las otras dos dimensiones de permanencia y promoción. Se plantea de forma muy simplista pensar que el reconocimiento de la educación inclusiva pasa por la incorporación de las personas con discapacidad a los centros educativos sin tener en cuenta cómo se van a desarrollar sus capacidades en todos sus años de escolarización obligatoria y qué va a ser de ellos cuando finalicen las etapas educativas básicas.

Si la existencia del derecho fundamental a la igualdad en la escolarización del alumnado con discapacidad se proclama por el TC, que es el máximo intérprete de la Constitución, por interpretación principalmente de los artículos 27 y 14 de la CE, se podría plantear si la inclusión educativa se puede interpretar como un aspecto más dentro del derecho a la educación.

El Tribunal Constitucional en ninguna sentencia entra a definir la cuestión de la inclusión educativa y el Tribunal Supremo declaró en su F.J. 5.2º:

“Porque a los efectos de este motivo es secundario el distingo que hace la sentencia - y que denuncia la recurrente - sobre integración e inclusión y la posible confusión en que haya incurrido la sentencia a propósito de tales conceptos. Para entender el sentido del fallo la cuestión no hay que centrarse en si la sentencia acierta o yerra en el empleo de unas expresiones que, en sí, pueden ser equívocas, ni se trata de deducir de las mismas un contenido sustantivo que invalide el razonamiento de la sentencia impugnada”.

Por tanto, la diferencia conceptual entre integración e inclusión es secundaria para el Alto Tribunal, declarando que esa diferencia puede llevar a la confusión.

No estoy de acuerdo con dicha afirmación, ya que en algún momento el Tribunal Constitucional debería entrar a analizar jurídicamente este asunto por las grandes diferencias que existen entre un concepto y otro. Reconocer la inclusión educativa como un derecho fundamental supone interpretarlo como un aspecto más del derecho a la educación, ya que lo que se pretende es aplicar el valor superior de la igualdad en el acceso, permanencia y promoción de las personas con discapacidad en un entorno totalmente normalizado e inclusivo. Su interpretación como derecho fundamental cumpliría con los principios de interpretación que se han expuesto anteriormente.

Si pensamos en la escolarización del alumnado denominado ordinario, de inmediato se puede llegar a la conclusión de la discriminación que sufren las personas con discapacidad simplemente por el hecho que supone tener que elegir su escolarización entre un centro ordinario y uno de educación especial, porque es evidente que no es una decisión que tengan que tomar el resto de familias.

Durante la permanencia en el sistema, las prácticas se centran en dotar de apoyos individualizados a estos alumnos en otras aulas separados de sus compañeros en la mayoría de las ocasiones, provocadas sobre todo por la falta de formación del profesorado en atención a la diversidad y la visión que aún se tiene de la práctica docente más enfocada en la integración.

Pero si se quiere poner el acento en la discriminación de las personas con discapacidad, sólo habría que repasar de cualquier Administración educativa las ofertas formativas de educación permanente que existen para estas personas, que son prácticamente inexistentes.

El sistema educativo en general debe estar preparado para dar respuesta a las necesidades individuales para compensar el déficit que pudieran presentar, pero sin perder de vista que su derecho a la educación es pleno, por lo que la

regla general debe ser que se mantengan en el aula con el resto de compañeros para conseguir el máximo desarrollo de sus potencialidades y de la personalidad.

Por ello, como ya se ha insistido con anterioridad, deben considerarse personas en sentido positivo, es decir, centrándonos en lo que son capaces de hacer y no en el déficit. Se trata de saber qué somos capaces de hacer juntos educativamente hablando para que ese sea el marco esencial y el punto de partida que debe regular la legislación ordinaria en esta materia.

En definitiva, el Tribunal Constitucional podría en sus argumentaciones futuras extender el derecho fundamental de acceso a la educación en condiciones de igualdad a todas las dimensiones de la educación inclusiva como un aspecto más del derecho a la educación, es decir, como una cara de la misma moneda, lo que incluiría también la permanencia y promoción en el sistema.

Los criterios de interpretación analizados anteriormente llevan a la conclusión de que no se vulnerarían los derechos de terceros interesados y que existiría proporcionalidad en la reivindicación, ya que lo que se pide de los poderes públicos es la realización de acciones positivas de cara a garantizar en un futuro la educación inclusiva.

Como ya estableció la sentencia analizada del Tribunal Supremo, los poderes públicos no se pueden excusar en razones económicas para dotar a los centros educativos de los medios necesarios para compensar las desigualdades que se producen en el acceso de las personas con discapacidad.

Como se ha puesto de manifiesto a lo largo del presente trabajo, estas dotaciones económicas invertidas para el acceso al sistema educativo con la finalidad de compensar la desigualdad de inicio de las personas con discapacidad, no suponen como consecuencia la garantía de la inclusión sino de integración, concepto este último que debería estar superado en el ordenamiento

jurídico educativo español, ya que lo que se reclama desde hace más de dos décadas es la plena inclusión.

Por tanto, y para finalizar la presente reflexión, indicar que la educación inclusiva no supone un gasto económico desproporcionado por parte de las administraciones, sino que hablamos de una manera diferente e innovadora de entender la educación, donde las personas con discapacidad, con los apoyos necesarios, tienen que disfrutar plenamente del derecho a la educación, que para hacerlo efectivo, requiere de un marco normativo que lo ampare y de unas prácticas educativas basadas en diseños universales que incluyan al máximo a estas personas.

4.2.3.- Límites al derecho fundamental a la igualdad en el acceso a la educación.

En las sentencias analizadas anteriormente del TC y del TS, se acepta como límite al derecho fundamental a la igualdad en la escolarización de las personas con discapacidad que ésta no suponga una carga desproporcionada para las Administraciones educativas. El art. 24 de la CIDPD establece el derecho a la educación de las mismas, proclamando que los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación.

Con la perspectiva de hacer efectivo este derecho sin discriminación, y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles, así como la enseñanza a lo largo de la vida. Para ello, establecerán como objetivos prioritarios desarrollar el potencial humano y la personalidad de las personas con discapacidad, haciendo posible la plena participación de éstas en una sociedad libre.

Al hacer efectivo este derecho, los Estados Parte asegurarán que las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación, en concreto de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria. Estas enseñanzas se organizarán bajo parámetros de calidad a pesar de la gratuidad, donde se harán ajustes razonables en función de las necesidades individuales. Además, se deben facilitar 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.

También los poderes públicos brindarán a las personas con discapacidad la posibilidad de aprender habilidades para la vida y desarrollo social, a fin de propiciar su participación plena y en igualdad de condiciones en la educación y como miembros de la comunidad. A este fin, los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes, entre ellas, facilitar el aprendizaje del Braille, la escritura alternativa, medios y formatos de comunicación aumentativos o alternativos y habilidades de orientación y de movilidad, así como la tutoría y el apoyo entre pares.

Unidas a estas medidas se debe favorecer el aprendizaje de la lengua de signos y la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas, además de asegurar que la educación de las personas, y en particular los niños y las niñas ciegos, sordos o sordociegos se imparta en los lenguajes y los modos y medios de comunicación más apropiados para cada persona y en entornos que permitan alcanzar su máximo desarrollo académico y social.

A fin de contribuir a hacer efectivo este derecho, los Estados adoptarán las medidas pertinentes para emplear a maestros, incluidos maestros con discapacidad, que estén cualificados en lengua de señas o Braille y para formar a profesionales y personal que trabajen en todos los niveles educativos. Esa

formación incluirá la toma de conciencia sobre la discapacidad y el uso de modos, medios y formatos de comunicación aumentativos y alternativos apropiados, y de técnicas y materiales educativos para apoyar a las personas con discapacidad.

Asimismo, asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso general a la educación superior, la formación profesional, la educación para adultos y el aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás, proclamando así la dimensión de la promoción del sistema educativo bajo el significado que posee la educación inclusiva. A tal fin, asegurarán que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad.

En resumen, analizado el art. 24 de la CIDPD, se observan una serie de medidas que no van solamente dirigidas al acceso a la educación como han sentenciado nuestros Altos Tribunales reconociendo sólo esta dimensión como derecho fundamental, sino que lo que se busca es la plena inclusión en el acceso, la permanencia y la promoción del sistema educativo, lo que haría extensible como derecho fundamental a estas dos últimas dimensiones de la educación inclusiva.

En palabras de Peces-Barba (1986, p. 161), “la llamada igualdad de oportunidades...supone afirmar que no se encuentren obstáculos en el recorrido para alcanzar un determinado objetivo. Se trata de igualdad de acceso, pero sin incidir en la distribución de los objetivos”. El autor pone de manifiesto que esta igualdad de oportunidades se aleja de la igualdad material y del criterio de denominar a una norma como igualitaria. La Ley principal del sistema educativo, la LOE, modificada actualmente por la LOMLOE, como uno de sus principales principios establece la equidad que se traduce en lo que se denomina la igualdad de oportunidades.

Si seguimos el argumento de Peces-Barba y toda la información aportada en este trabajo, se puede concluir que lo que se garantiza con este principio es el acceso al sistema educativo en condiciones de igualdad, produciéndose la permanencia en el mismo de las personas con discapacidad en condiciones de competitividad, ya que “sólo se favorece la igualdad del punto de partida” (p. 161). Para cumplir con el principio de igualdad material, el autor lo que propone es la tendencia por parte de los poderes públicos a conseguir en condiciones de igualdad la satisfacción de las necesidades básicas, y ahí es donde se puede volver a utilizar la argumentación de que la educación inclusiva se debe definir en sus tres dimensiones jurídicas de acceso, permanencia y promoción para garantizar la igualdad de las personas con discapacidad.

Los ajustes razonables para que la educación inclusiva sea una realidad en el sentido que se proclama en la CIDPD, se deben llevar a cabo en el momento del ingreso al centro educativo del alumno discapacitado y también en su estancia a lo largo de su escolarización y en la salida del sistema con la búsqueda del máximo grado de independencia social, siempre y cuando no supongan una *carga desproporcionada* para la Administración educativa, por lo que resulta preceptivo analizar este término que aparece enunciado en el art. 2 de la misma norma:

“Por «ajustes razonables» se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

Esto supone en la práctica, tal y como señaló la sentencia del TS, que las administraciones educativas deberán motivar la decisión de escolarización de un alumno discapacitado en un centro de educación especial, justificando que no ha sido posible en un caso particular aplicar todas las medidas de carácter inclusivo

en un centro ordinario. Según el propio tribunal, las razones económicas no suponen una justificación para realizar los ajustes razonables basados en los recursos materiales y humanos necesarios para la escolarización en un centro ordinario del alumnado con discapacidad.

Desgraciadamente, la realidad dicta que esa *carga desproporcionada* se va a justificar por las Administraciones educativas desde el punto de vista económico, ya que, en los procesos de escolarización, al alumnado con discapacidad se le escolariza en aquel centro educativo que cuenta con los medios necesarios para atender a los mismos. Son centros educativos donde se han realizado inversiones en recursos humanos y materiales que permiten realizar esos ajustes razonables a nivel individual y que garantizan la atención de este alumnado de acuerdo a sus necesidades.

Todos estos ajustes se realizan para dar respuesta a la escolarización de este alumnado, siendo la educación inclusiva un concepto mucho más amplio, una manera diferente de entender la escuela, donde todos desarrollan plenamente sus potencialidades disponiendo de las mismas oportunidades. Pero como ha ido quedando claro a lo largo del presente trabajo, el actual contexto educativo que se desarrolla en nuestro país sólo daría respuesta a lo que se conoce como integración.

Para lograr la inclusión educativa no se ha tenido en cuenta por parte de los Altos Tribunales lo que también se establece en el mismo art.2 de la CIDPD:

“Por «diseño universal» se entenderá el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado. El «diseño universal» no excluirá las ayudas técnicas para grupos particulares de personas con discapacidad, cuando se necesiten”.

Este aspecto es importantísimo, ya que desde el punto de vista del tema que estamos tratando, la Convención establece que es necesario un diseño universal, en este caso de los procesos de aprendizaje, donde todos, incluidas las personas con discapacidad, sean capaces de actuar en la medida de lo posible sin necesidad de realizar ninguna adaptación individual ni diseño especializado.

El diseño de esos procesos de aprendizaje le corresponde a las Administraciones Educativas y al profesorado. Si se atiende a lo dispuesto en el artículo 6 bis de la LOE, se establece que corresponde al Gobierno la regulación de los elementos curriculares, esto es, los contenidos, criterios de evaluación y estándares de aprendizaje evaluables. Cuando hablamos de metodología didáctica, es decir, la manera en la que se lleva a cabo el proceso de enseñanza-aprendizaje por los docentes, no se diseña bajo parámetros obligatorios impuestos por los poderes públicos, sino que se deja libertad a los docentes para dicha práctica.

Esto trae como consecuencia, en primer lugar, la falta de formación inicial y continua del profesorado para atender correctamente a la diversidad del alumnado; y en segundo lugar, esa falta de formación da lugar a que no se desarrollen diseños universales de las programaciones docentes para hacer realidad la educación inclusiva.

Pensamos de todas formas que son los poderes públicos los que tienen que iniciar el camino de estos diseños universales a través de normativa específica que desarrolle la educación inclusiva, dejando a los docentes la obligación de concreción en sus programaciones docentes.

Así, se garantizaría la dimensión de la permanencia en el sistema educativo bajo los parámetros de la educación inclusiva. Si se produce un cambio de mentalidad a la hora de entender la escuela por parte de todos los que

participan en este proceso, y se trasladan los modelos mencionados a la última dimensión de la educación inclusiva que sería la promoción, estamos convencidos que se podría llegar a cumplir el objetivo del aprendizaje permanente de las personas con discapacidad y evitar la posibilidad de que se produzca su aislamiento social.

Por tanto, y sin miedo a equivocarnos, puedo expresar que la intención de la norma recogida en la CIDPD es recoger dos aspectos que se deben añadir a la configuración del derecho fundamental a la educación de las personas con discapacidad: uno tiene que ver con la escolarización, es decir el acceso, y otro con la permanencia y promoción dentro del mismo, todas ellas dimensiones de la educación inclusiva. Los Tribunales parece que han resuelto sobre el primer aspecto, pero no el segundo, ya que no ha entrado a analizar el fondo de la cuestión debido a que los planteamientos de los recursos judiciales anteriormente analizados tenían que ver con las actuaciones de las administraciones educativas relativas a la escolarización de las personas con discapacidad.

En mi opinión, el TC o los poderes públicos, deberían entrar en la cuestión de la educación inclusiva, reconociéndola como un aspecto más del derecho fundamental a la educación, ya que no hacerlo, supone la discriminación de las personas con discapacidad, tal y como indica el mismo art. 2 de la CIDPD:

“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. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.

La cláusula de la carga desproporcionada mal interpretada, o interpretada de manera restrictiva, va a suponer un límite para el ejercicio pleno del derecho fundamental a la igualdad en la escolarización de las personas con discapacidad. La cuestión que podría plantearse es si el legislador posee la potestad de establecer límites a la educación inclusiva si se considera como un derecho fundamental, planteamiento que se analizará a continuación.

Para establecer un límite a un derecho fundamental se precisa de una autorización en favor del legislador para que pueda disponer de tal derecho. Todo límite a un derecho fundamental comporta que una norma situada por debajo del orden constitucional puede disponer de la vigencia de la norma iusfundamental, ya que dicho poder público puede decidir si reduce o no el ámbito normativo del derecho fundamental.

Sólo puede ocurrir esto si así expresamente lo autoriza el propio texto constitucional en el que un poder público puede decidir en qué casos se aplica o no una norma constitucional que tiene como objetivo amparar ciertas expectativas frente al ejercicio del poder público, esto es, frente a la imposición unilateral de deberes jurídicos por los órganos del Estado.

Para que dicha autorización no suponga la pérdida por el derecho fundamental de su condición natural por resultar disponible, estas habilitaciones responden a un canon constitucional. Este canon derivado de la indisponibilidad de los derechos exige que toda norma que imponga límites a los derechos fundamentales y a todo acto de concreción y aplicación de ese límite se cumpla con ciertos requisitos que varían en un caso u otro (Bastida et al., 2004, p. 110).

En el sistema constitucional español, en virtud de lo dispuesto en los arts. 53.1 y 81.1 CE, sólo las normas con rango de ley pueden crear límites a los derechos. Dejando a un lado las exigencias de forma y procedimiento, existen una variedad de exigencias que la Constitución impone a la creación de límites: deben imponerse mediante una ley que debe enunciar de manera expresa y precisa el límite en cuestión, no pudiendo suponer este límite la restricción del derecho fundamental hasta el punto privarlo de su contenido esencial.

El canon será diferente cuando estamos ante un acto de aplicación de los límites previamente creados por el legislador. En el sistema constitucional español no pueden crear límites a los derechos fundamentales ni los Tribunales ni la administración pública, ya que su función exclusiva consiste en aplicar en un ámbito espacio-temporal determinado los límites concretos que previamente ha establecido el legislador en los estrictos términos que la norma con rango de ley ha determinado.

Por tanto, en el tema que nos ocupa, no es el TS competente para establecer los límites del derecho fundamental a la igualdad en la escolarización de las personas con discapacidad proclamado por el Tribunal Constitucional. Ese límite se debe establecer en una ley proclamada por el legislador. Entendemos que lo hace por la aplicación directa de los Tratados Internacionales válidamente celebrados por el Estado Español, como el caso de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que como se ha indicado anteriormente, en el artículo 2 proclama la cláusula de la *carga desproporcionada* como límite al derecho fundamental a la igualdad en la escolarización de las personas con discapacidad.

Creemos que con la proclamación de dicho derecho fundamental, su limitación se debería realizar con una norma con rango de ley, concretamente en la Ley Orgánica de Educación (LOE), hecho que demuestra que a pesar de lo dispuesto en la CIDPD el tratamiento de la educación inclusiva sigue siendo el de un principio jurídico, y seguirá siendo así mientras que no se desarrolle por parte del legislador una ley específica que regule y ponga en práctica las dimensiones de la educación inclusiva: acceso, permanencia y promoción.

En el desempeño de esa función, jueces y tribunales y administración pública están sujetos a una estricta y rigurosa vinculación positiva a la norma con rango de ley restrictiva de derechos fundamentales. Por este motivo, ese acto limitador requiere una expresa y precisa habilitación legal, que en nuestro caso no se produce y, además, ese acto debe estar debidamente motivado y sometido al principio de proporcionalidad.

Dicho con las palabras del TC, “cualquier restricción en el ejercicio de un derecho fundamental necesita encontrar una causa específica prevista por la ley y que el hecho o la razón que la justifique debe explicitarse para hacer cognoscibles los motivos que la legitiman” (STC 177/1998, FJ 3).

El acto restrictivo del derecho debe expresar, en primer lugar, su fundamento, esto es, su previa habilitación legal y el bien constitucional que persigue amparar dentro únicamente de los enumerados por la ley habilitante. En segundo lugar, debe expresar las razones por las cuales se ha justificado que el comportamiento individual o colectivo de la sociedad es merecedor de la restricción legal del derecho fundamental, en cuyo objeto encontrarían acomodo de manera inicial. En tercer y último lugar, debe exteriorizarse el juicio de proporcionalidad con el que el juez y tribunal o la administración pública

realizan, de ser ese el caso, el debido juicio de optimización de la libertad impuesto por el derecho fundamental en su condición de norma de principio.

El deber de motivación de las administraciones educativas respecto a si se han utilizado todos los medios posibles para escolarizar a un alumno con discapacidad utilizando todas las medidas de apoyo en un centro ordinario, basándose en la realización de ajustes razonables, que no supongan una carga desproporcionada para la Administración, suponen un límite a la educación inclusiva que no emana de ninguna ley sino de un acto administrativo, por lo que no se puede imponer legítimamente ese límite si no lo hace una norma con rango de Ley.

Se podría argumentar que la ley habilitante es en este caso la CIDPD, pero éste pierde fuerza cuando lo que se ha hecho por parte de los Tribunales es una interpretación de esta norma, y como se ha puesto de manifiesto a lo largo del presente trabajo, no ajustada a los parámetros fundamentales de la educación inclusiva.

El deber reforzado de motivación que el TC ha exigido a los actos de aplicación de límites a los derechos será controlable jurídicamente con el fin de comprobar si lo que se está produciendo en realidad es la aplicación de un límite constitucionalmente reconocido conforme a un derecho o si simplemente lo está vulnerando. Pero, además, se sabrá si el acto de aplicación es arbitrario o no si se ha cumplido debidamente el deber de motivación, o si en la interpretación de la legalidad que impone los límites a los derechos fundamentales se ha optado por una interpretación conforme al texto constitucional, cierta y previsible, sin provocar en los sujetos de derecho una dejadez en su ejercicio provocado por el miedo a que sus conductas sean sancionadas por el ordenamiento pese a que se realicen siguiendo el contenido esencial del derecho fundamental.

Un derecho fundamental se encuentra en la Constitución conviviendo con otras normas de igual rango, lo que impone bajo el punto de vista del principio de unidad constitucional ajustar el contenido de una y otras de forma que ninguna de ellas se vea preterida en su vigencia. La igualdad de jerarquía jurídica y el principio de unidad del sistema excluyen toda contradicción posible entre esas normas, “con lo que la autodeterminación de la conducta objeto de cierto derecho fundamental no puede negar otras autodeterminaciones objeto de otros derechos fundamentales ni la protección constitucional de otros bienes e intereses constitucionales” (Bastida et al., 2004, p. 113).

Como consecuencia de lo expuesto, el amparo normativo de un derecho fundamental no puede llegar al extremo de que su aplicación suponga el desconocimiento de otras normas que también son aplicables al caso y poseen igualmente rango constitucional. Es de esta situación de la que derivan sus principales límites.

Un derecho fundamental no se puede permitir amparar la vulneración de otras normas constitucionales. Estos límites son los denominados *límites lógicos* o *límites inmanentes*. Los límites internos de cada derecho fundamental, sean los lógicos o los positivos, en rigor constituyen la esencia del objeto del derecho fundamental porque expresan expectativas que posee el individuo no garantizadas por el derecho fundamental. El legislador no puede disponer de ellos como se ha ido indicando en el presente apartado, así como tampoco lo pueden hacer los jueces y tribunales o la administración pública, ya que su existencia es necesaria y no depende de una decisión legislativos. Los poderes públicos en sus actuaciones no pueden obviar su existencia.

Si este argumento se aplica a la educación inclusiva se observa la disposición por parte de los jueces y tribunales de estos límites internos para imponer limitaciones a este derecho que se imponen por el tratamiento jurídico de principio que tiene la educación inclusiva en nuestro ordenamiento jurídico. Este concepto no aparece en la norma constitucional y los poderes públicos pueden imponer límites a su ejercicio, aunque supongan la vulneración de un supuesto derecho que se proclama por parte de la jurisprudencia por la aplicación conjunta de dos derechos fundamentales regulados en los arts. 14 y 27 CE.

Por otra parte, los límites en sentido propio de los derechos fundamentales son los considerados como límites externos, los cuales presentan un carácter externo, contingente y constitutivo. Su característica principal es que son restricciones a su establecimiento consistente en que la Constitución habilita a un Poder público, normalmente el legislador.

Es por ello que hablamos de límites externos, los cuales no derivan de la convivencia del derecho fundamental con otras normas constitucionales o que se encuentran de manera expresa en el propio enunciado iusfundamental. La Constitución, para la creación de esos límites, los encarga a un poder constituido, por lo que los límites existen sólo si el poder constituido los crea. Mientras el poder habilitado por la Constitución no haga uso del apoderamiento para crear límites a los derechos fundamentales, no se puede decir que esos límites existan.

“El límite externo es contingente, y, además, su creación es constitutiva. El acto de creación del límite no es una simple concreción de lo que ya está en la Constitución. El Poder público apoderado a tal fin no se limita a declarar las restricciones inmanentes a la norma constitucional iusfundamental sin perjuicio de que en ocasiones el texto constitucional establezca en qué términos el habilitado puede crear esos límites. El Poder público constituye el límite, no se limita a concretarlo” (Bastida et al., 2004, p. 115).

La proyección del límite externo sobre el objeto del derecho fundamental también es distinta. Los límites externos, al contrario que los internos, no contribuyen de manera directa a la delimitación del derecho fundamental, de tal forma que la conducta esperada que puede quedar excluida del ámbito de garantía iusfundamental es, en principio, uno de los posibles objetos de ese derecho fundamental.

En consecuencia, en el caso de que el sujeto habilitado por la Constitución, habitualmente el legislador, para fijar ese límite no haga uso de la potestad otorgada, tal límite no existe y la conducta esperada que pudiera verse afectada por el mismo sigue gozando de la protección del derecho fundamental. Por otro lado, la habilitación constitucional, como anteriormente se apuntó, no sólo puede exigir una forma, como la reserva de ley orgánica del art. 81.1 CE, o un rango, representado por normas con rango de ley como establece el art. 17.1 CE para la norma que crea el límite, o habilitar sólo a uno de los Poderes públicos para ejercer esa potestad. Lo normal es que la habilitación se sirva de la técnica de la reserva de ley para lograr su objetivo.

Lo que interesa destacar ahora es que en ocasiones la propia Constitución, como se apuntó anteriormente, establece las reglas que sirven para la creación de dicho límite, ya que permite su creación por parte de un Poder público bajo ciertos parámetros. De este modo, se fija un criterio objetivo por parte de la propia Constitución para fiscalizar la constitucionalidad de la creación de ese límite externo. El Poder público a la hora de concretar los límites internos se encuentra íntimamente vinculado a la definición abstracta del derecho fundamental hecha por su enunciado normativo porque la Constitución no le otorga potestad para decir lo que no se encuentra de manera explícita en el texto constitucional.

No obstante, cuando para crear límites externos a un derecho fundamental se hace uso de una habilitación constitucional, la propia habilitación atribuye al Poder público la potestad de decidir aquello que no se encuentra en el texto constitucional. La Constitución, en el caso de los límites externos, pretende que el Poder público sea el que defina los bienes o intereses jurídicos que se convertirán en el límite del derecho fundamental.

Esto debe producirse sin perjuicio de que ese Poder público siga vinculado positivamente a esa definición abstracta del derecho fundamental que se encuentra en su redacción constitucional. Así lo impone su carácter de norma indisponible, siempre a salvo de lo que el texto constitucional disponga, pues ella misma de antemano puede fijar los términos en los que el legislador puede crear dichos límites externos. Si se respetan las reglas fijadas por la Constitución, el legislador podrá crear con libertad los límites externos al derecho fundamental siempre que respete su contenido esencial, expresión última de su indisponibilidad. Reitera la sentencia del TC de 11 de junio de 1984 que:

“la normativa vigente ha de interpretarse en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental (art. 24.1 CE) , pues aunque las formas y requisitos del proceso cumplen un papel de capital importancia para su ordenación, no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su prosecución, con repudio por lo tanto de formalismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma, más teniendo en cuenta que no se puede dejar al arbitrio de cada parte el cumplimiento de los requisitos procesales ni la disposición del tiempo en que han de cumplirse”.

Se trata de tener en cuenta, siguiendo a Pérez Luño (1984), la tesis de la fuerza normativa de la Constitución que consiste en “el equilibrio capaz de evitar el sacrificio de la dimensión normativa de la Constitución ante las condiciones de la realidad, así como la consideración formalista de la normativa constitucional ajena a la realidad y carente de contenido” (p. 88).

La STC 119/90 en su F.J. 5 in fine, recuerda que “las leyes deben ser interpretadas de manera que se maximalice, en lo posible, la eficacia de los derechos fundamentales en un criterio hermenéutico derivado del mayor valor de aquéllos que ha sido aplicado reiteradamente por este tribunal”.

De acuerdo con el profesor Peces-Barba, la sentencia 25/81 del TC en su F.J. 5º, conjuga la dimensión funcional de los derechos fundamentales ya que si desde el punto de vista subjetivo recogen en normas positivas pretensiones morales justificadas de los individuos y de los grupos en forma de derechos subjetivos, libertades, potestades e inmunidades, funcionalmente, representan los elementos esenciales de un Ordenamiento objetivo de la Comunidad nacional en cuanto esta se configura como marco de una convivencia justa y pacífica. (p. 417)

Siguiendo el argumento del profesor, el colectivo formado por las personas con discapacidad tiene una pretensión moral más que justificada, que no es ni más ni menos que la de formar parte de un sistema educativo sin discriminaciones y donde se ofrezcan las mismas oportunidades que al resto de personas.

Los derechos fundamentales son, como señala Peces-Barba (1995), pretensiones morales justificadas necesarias para llevar una vida digna que exigen su realización inmediata. Pueden comprender tanto los presupuestos éticos como los componentes jurídicos significando la relevancia moral de una idea que comprende la dignidad humana y sus objetivos de autonomía moral, y también la relevancia jurídica que convierte a los derechos en la norma básica material del ordenamiento y es instrumento para que el individuo desarrolle en la sociedad todas sus potencialidades. Los derechos fundamentales expresan tanto una moralidad básica como una juridicidad básica (p. 222).

La STC 62/82, en sus FFJJ 3º Y 4º, recuerda que de acuerdo con el art. 20.4 en relación con el art. 53.1 CE, la ley puede establecer los límites oportunos siempre y cuando respete el contenido esencial del derecho fundamental. El concepto de moral pública puede ser utilizado por el legislador y aplicado por los tribunales como límite del ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas, si bien tal utilización ha de rodearse de las garantías necesarias para evitar que se produzca una limitación injustificada de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Por ello habrá que ponderar los límites¹³³ en cada caso en cuanto a que la restricción de un derecho fundamental ha de ser interpretado de manera restrictiva. Entre éstos, dice el TC¹³⁴ que existen ciertamente fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismos valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución.

Esta doctrina se repite de nuevo en la STC 181/90, en su F.J. 3º, pues los derechos fundamentales no son derechos absolutos e ilimitados. Por el contrario, su ejercicio está sujeto a límites enunciados en el propio texto constitucional como a otros que se pudieran establecer para proteger o preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos.

La inclusión educativa como parte integrante y fundamental del derecho a la educación tiene un fin social como lo es la plena inclusión de las personas con discapacidad en la sociedad. La STC 159/86, F.J. 6º, reconoce que los derechos fundamentales no son absolutos y advierte que tampoco puede atribuirse tal

¹³³ STC 81/83 FJ 3º in fine

¹³⁴ STC 22/84, FJ 3º

carácter a los límites a los que ha de someterse el ejercicio de tales derechos y libertades.

Tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento inspirado por los mismos principios en el que, en última instancia, resulta una ficción contraponer el interés particular resultante con el interés público, que aconseja su restricción bajo ciertos supuestos.

La praxis del TC muestra que los derechos no se encuentran en el cielo de los conceptos jurídicos, sino que responden a las aspiraciones sociales de su tiempo en cualquier momento histórico. Si la libertad supuso el fundamento de los derechos de la primera generación, como fue la igualdad para los derechos de signo económico, social y cultural, los derechos de la tercera generación tienen como principal valor de referencia la solidaridad. Siguiendo con esta praxis, la inclusión educativa en su triple aspecto de acceso, permanencia y promoción en el sistema educativo, formaría parte de esa nueva generación de derechos fundamentales basados en la solidaridad de la sociedad.

Con buen criterio señala Nino (citado en Pérez Luño, 1991), que la aceptación política del valor solidaridad supone una concepción de los derechos humanos como acciones positivas de los poderes públicos que justifican la adscripción de deberes positivos, es decir, de obligaciones de hacer que convierten en relevante el concepto de omisión (pp. 203-207).

Según el profesor Pérez Luño (1987),

“el planteamiento abstracto y racional, ajeno a la experiencia y a la historia que se traduce en una concepción de los derechos humanos configurados como categorías universales, absolutas e inalienables, que evoca las coordenadas mentales de las corrientes iusnaturalistas menos sensibles a la historia no constituye la mejor plataforma para un enfoque de los derechos humanos abierto a las exigencias de nuestro tiempo” (pp. 53 y 54).

El profesor Pérez Luño describe el proceso de evolución de las sucesivas generaciones de derechos humanos. Se advierte en primer lugar una superación de la categoría de los derechos públicos subjetivos, de inequívoca inspiración individualista a través de los derechos fundamentales. En ella se integran, junto a las libertades personales tradicionales personales, civiles y políticas, los derechos económicos, sociales y culturales.

El reconocimiento de los derechos sociales como derechos fundamentales ha comportado a su vez un cambio en la fundamentación de los derechos constitucionales, que ya no se circunscriben a la protección de intereses individuales, sino que se extienden a la protección de intereses sociales y colectivos, cuya titularidad se ampliará también a sujetos colectivos y la naturaleza jurídica al dejar de ser meros derechos de defensa.

Es lo que la doctrina germana denomina *Abwehrrechte* frente a la opresión estatal, para devenir en derechos de participación, *Teilhaberechte*, y prestaciones para cuya realización no basta la abstención del Estado, sino que se hace indispensable la movilización de los poderes públicos.

Esta peculiar naturaleza jurídica de los derechos fundamentales exige superar la rígida distinción entre la parte dogmática y la parte orgánica de los textos constitucionales, ya que la participación y las prestaciones no pueden interpretarse al margen de las reglas que encauzan la organización y el funcionamiento de los poderes públicos.

Por último, junto a la técnica de positivación casuística predominante en las constitucionales liberales para fijar el estatuto de las libertades, los derechos fundamentales aparecen reconocidos en la actualidad también como valores o principios básicos del sistema jurídico-político, lo que condiciona el método de su interpretación (p. 252).

De la obligación del sometimiento de todos los poderes a la CE no solamente se deduce la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales sino también, la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos y de los valores que representan aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano.

V - CONCLUSIONES

PRIMERA

El concepto de educación inclusiva es un término que adquiere diversos significados a nivel social, no centrándose exclusivamente en las necesidades educativas de las personas con discapacidad. Como se puede deducir de los trabajos de los expertos en el campo de la Educación y lo dispuesto en la normativa nacional e internacional, se pretende que la educación inclusiva se convierta en una manera nueva de entender la escuela sobre todo dirigida a las personas que se consideran con necesidades específicas de apoyo educativo con la intención de normalizar en la medida de lo posible su estancia formativa en los centros ordinarios, llegando incluso a la aplicación de este término en la educación informal y no formal.

Según el art. 71.2 de la LOE con la nueva redacción dada por la última reforma de la principal ley educativa operada por la recién publicada LOMLOE, se considera alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo a los que presentan necesidades educativas especiales, retraso madurativo, trastorno del desarrollo del lenguaje y la comunicación, trastorno de atención o de aprendizaje, desconocimiento grave de la lengua de aprendizaje, por encontrarse en situación de vulnerabilidad socioeducativa, presentar altas capacidades intelectuales, incorporación tardía en el sistema educativo y por condiciones personales o de historia escolar.

Respecto a la normativa anterior especifica las dificultades de aprendizaje, pero introduce confusión en cuanto a la situación de la vulnerabilidad socioeducativa que ya se estaba tratando dentro de la tipología de las condiciones personales o de historia escolar, por lo que a mi juicio la redacción es desacertada.

Aunque la educación inclusiva supone una nueva manera de entender la escuela para todo el alumnado, va a ser con aquellos que presentan necesidades educativas especiales por presentar discapacidad intelectual, trastornos graves de la conducta, trastornos del espectro autista y multidiscapacidades asociadas donde se van a manifestar las principales dificultades en el sistema educativo para aplicar las dimensiones de la educación inclusiva, produciéndose a día de hoy situaciones discriminatorias por la inaplicación por parte del Estado español de los preceptos contenidos en la CIDPD.

SEGUNDA

A lo largo del presente trabajo ha quedado patente la diferenciación entre los términos de integración e inclusión educativas. La educación inclusiva supone la superación de las prácticas de integración donde se atienden las necesidades educativas especiales, no sólo desde el punto de vista individual en base al déficit detectado mediante una evaluación psicopedagógica que aún se basa en el modelo médico-asistencial, sino desde el fomento de la autonomía y de la participación de este alumnado en los centros

educativos ordinarios para conseguir el máximo desarrollo de su personalidad sin olvidar sus necesidades individuales y los apoyos que necesitan. La innovación a nivel educativo se debe materializar en hacer realidad la educación inclusiva dentro de las aulas superando la mera declaración de buenas intenciones que se lleva produciendo durante muchos años.

La importancia de la distinción entre estos dos términos debe trasladarse también a las sentencias de los tribunales, poniendo como ejemplo la sentencia del TS de 14 de diciembre de 2017 que en su F.J. 11. 2ª reniega de esta distinción, ya que no hacerla supone que no se reconozca el derecho a la educación inclusiva en su triple dimensión de acceso, permanencia y promoción. Lo que se ha reconocido por parte de los Altos Tribunales nacionales es el derecho fundamental a la igualdad en el acceso al sistema educativo, olvidando la importancia de las otras dos dimensiones que configuran este derecho.

TERCERA

La educación inclusiva recibe el tratamiento de principio jurídico en la normativa nacional cuya ley principal es la LOE modificada en estas últimas fechas por la LOMLOE, comúnmente conocida por la sociedad española como ley Celaa, no supera el tratamiento de principio jurídico establecido en la regulación anterior.

Por el contrario, en la normativa internacional, la educación inclusiva recibe el tratamiento de derecho humano proclamado en el

art. 24 de la CIDPD, ratificada por el Estado español el 21 de abril de 2008. Como ha quedado patente en el presente trabajo, la Unión Europea también recoge este derecho de las personas con discapacidad ampliándolo a todas las personas con desventaja sociocultural y económica, proponiendo una estrategia que fomente la cohesión social y el conocimiento de los valores principales de la Unión a través de la Recomendación del Consejo de 2018 relativa a la promoción de los valores comunes, la educación inclusiva y la dimensión europea de la enseñanza.

Lo que queda patente con esta Recomendación es que desde la Unión se entiende la educación inclusiva como una nueva manera de entender la escuela que va más allá de la escolarización en los centros educativos de las personas con discapacidad, entendiéndola como la garantía del ejercicio del derecho a la educación de todas las personas sin que se produzca ningún tipo de discriminación y que a su vez se pone al servicio de la identificación de los ciudadanos europeos con los valores principales de la Unión.

Mientras que no se produzca en nuestro ordenamiento jurídico la regulación de la inclusión educativa mediante una ley de desarrollo, su tratamiento seguirá siendo el de un principio jurídico alejado de lo dispuesto en la normativa internacional, de obligado cumplimiento por el Estado español en base a los Tratados internacionales que ratifica, y que recogen este término como un derecho entre otros de las personas con discapacidad.

CUARTA

La consecución del derecho a la educación inclusiva implica en primer lugar el reconocimiento de las tres dimensiones en las que se puede manifestar el mismo, basado en los tres hitos fundamentales por los que tiene que pasar cualquier alumno dentro del sistema educativo. Estos hitos son el acceso, la permanencia en el sistema y la promoción del mismo. Las asociaciones que defienden los derechos e intereses de las personas con discapacidad defienden que la falta de ofertas formativas postobligatorias y laborales condena a estas personas al aislamiento social.

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo reconocen en sendas sentencias el derecho fundamental a la igualdad en el acceso al sistema educativo, dejando de lado las dos dimensiones restantes debido a que no suponían objeto de litigio, y a las que la LOE en su redacción menciona pero no traduce en acciones concretas debido a la ausencia de una ley de desarrollo.

El derecho a la educación inclusiva tal y como se proclama en el art. 24 de la CIDPD implica su desarrollo integral no sólo en el acceso sino también en la estancia y el cumplimiento del objetivo del aprendizaje permanente de las personas con discapacidad, sobre todo las que presentan alteraciones graves y permanentes. No es admisible uno de los argumentos dados por el TC en la sentencia de 2014 donde exponía que la escolarización en centros ordinarios de personas con estas alteraciones iba a suponer una rémora en el

desarrollo del alumnado denominado ordinario que pudiera asistir a clase con ellos. Este argumento es claramente discriminatorio.

Por tanto, aunque los Tribunales sigan anclados en el concepto de integración escolar y la importancia se la den al acto administrativo de la escolarización del alumnado con discapacidad, es decir el acceso, es a los poderes públicos a los que corresponde la garantía del derecho a la educación inclusiva mediante una ley de desarrollo que bajo los parámetros de lo dispuesto en la Convención se garantice el derecho a la educación inclusiva en su triple dimensión de acceso, permanencia y promoción.

Es a los profesionales de la educación a los que corresponde la investigación de las mejores prácticas inclusivas dentro del aula para la atención de este alumnado, pero es a los poderes públicos a los que corresponde garantizar que esas prácticas se realicen en verdad en las aulas y que las administraciones garanticen ofertas educativas y laborales para las personas con discapacidades graves y permanentes que fomenten su autonomía y la vida lo más independiente posible en la sociedad, quedado esta labor en manos del legislador, es decir, dentro de la competencia del Derecho.

QUINTA

El límite al derecho fundamental al acceso al sistema educativo en condiciones de igualdad lo fijan los Tribunales amparados en el concepto de *carga desproporcionada* derivado del art. 2 de la CIDPD. Según la jurisprudencia, corresponde a las Administraciones

educativas el deber de justificación de la escolarización del alumnado con discapacidades graves y permanentes en un centro de educación especial y no en un centro ordinario con los apoyos individuales necesarios bajo los parámetros de la educación inclusiva.

Este argumento ha resultado claramente ineficaz para garantizar este derecho, ya que numerosas Administraciones Educativas se han escudado en esta cláusula para argumentar que, por motivos económicos, es decir, por la falta de recursos materiales y humanos, ha sido imposible realizar el acceso al sistema en un centro educativo ordinario, por lo que se deriva la escolarización a un centro de educación especial que sí cuenta con estos medios.

Progresivamente, los poderes públicos han dotado a los centros educativos ordinarios de los medios necesarios para atender todas las necesidades específicas de apoyo educativo, dejando la inversión para los que presentan necesidades graves y permanentes anclada en recursos humanos capaces de hacer adaptaciones del programa educativo y atender sus necesidades individuales fuera del entorno ordinario, cayendo de nuevo en la práctica en los parámetros del concepto de integración.

Por tanto, el establecimiento del límite del ejercicio de un derecho fundamental no le corresponde a los Tribunales, sino a los poderes públicos, especialmente al legislativo, como hemos indicado en las conclusiones previas. La fijación de este límite en base a la cláusula

de la *carga desproporcionada*, además de la incompetencia señalada anteriormente, supone ahondar aún más en las prácticas de integración dejando al margen las dimensiones de la educación inclusiva reconocida como derecho humano de las personas con discapacidad en la CIDPD.

La interpretación parcial de la Convención y la negación de la diferencia terminológica entre integración e inclusión provoca que en los últimos años no se haya producido ningún avance significativo en cuanto a la puesta en práctica de este derecho en nuestro sistema educativo, ni siquiera tras la última reforma legislativa impulsada por la LOMLOE.

La supresión de los centros educativos de educación especial no supone una medida que garantice la materialización de este derecho, ya que no se puede prescindir de los recursos que ya existen en el sistema, y porque en mi opinión es lo más importante, no se trata de los edificios sino de lo que ocurre dentro de ellos, teniendo claro que ciertas alteraciones que se consideran muy graves y permanentes van a requerir más tratamiento médico-asistencial que educativo y que éste sólo se podrá impartir en un centro de educación especial que cuenta con recursos muy especializados.

SEXTA

El reconocimiento jurídico del derecho a la educación inclusiva debe apoyarse en la fundamentación axiológica y la protección del núcleo

esencial de los derechos fundamentales vinculados a la dignidad de la persona, en nuestro caso en el plano educativo. Para ello, en primer lugar, debemos contestar a los valores que la sociedad demanda para asegurar derechos que dan forma a tales pretensiones. A través de la dinamogénesis de los valores obtenemos la justificación social valorativa y jurídica de los nuevos derechos que la actualidad demanda. Nos encontramos con un proceso de generación de estos nuevos derechos en cuyo momento inicial, aunque el valor existe, no se conoce por la comunidad. La mano del desarrollo social descubre el rostro de los valores nuevos. Es en ese instante cuando la comunidad, sintiéndose reconocida en ellos, acepta que sean de inspiración de su convivir y devenir. Tal es el caso del valor inclusivo, que como se ha indicado, hace referencia a la relación directa entre el hombre y el hecho educativo.

Este valor concede un significado distinto a la dignidad de la persona como sentido por la sociedad y reconocido por el Derecho. La dignidad toma un perfil, una orientación y un contenido nuevo como consecuencia de la conexión con el parámetro inclusivo. Se puede decir que la dignidad de la persona no se concibe sin la inclusión de las personas con discapacidad en la sociedad.

En este punto, se debe tener en cuenta que esta dignidad de la persona inclusiva se conecta de forma inmediata con el desarrollo de la persona y su integridad. De forma inmediata, la dignidad del

hombre se manifiesta a través del valor inclusivo en la salvaguarda de la dignidad de las generaciones futuras.

Con ello se cumple la siguiente secuencia. En primer lugar, dentro del mundo de los valores, el valor inclusivo es una entidad abstracta y desconocida por la generalidad. En segundo lugar, el sentimiento axiológico de la sociedad se adhiere al valor inclusivo y hace que este se sienta valioso. El valor *es* en la realidad social. Surge así el interés y la problemática inclusiva.

En tercer lugar, con la juridificación del valor, es decir, su inclusión en el ordenamiento jurídico, el valor se garantiza y protege a través del Derecho. La Constitución lo regula en el art. 49 aunque con el nombre de integración.

Admitir que el derecho enunciado posee únicamente un valor declarativo y no un poder vinculante hasta que no haya una ley que lo desarrolle, supone renunciar al carácter vinculante de un precepto constitucional, aunque la Constitución lo recoge como un valor vinculante de dudoso valor. Es un *deber ser declarativo*.

El desarrollo del mandato constitucional a través de una Ley de Desarrollo que reconozca la existencia de un derecho a la educación inclusiva hace que el valor inclusivo se convierta en un *deber ser eficaz*.

SÉPTIMA

Con la teoría de la dinamogénesis de los valores se puede concebir el derecho a la educación inclusiva como un derecho subjetivo,

extremo que niega el Tribunal Supremo en su sentencia de 2017, F.J. 5.2^a. Sin embargo, se reconoce el derecho fundamental al acceso al sistema educativo por parte del TC y el TS en base a la interpretación de los artículos 14 y 27 de nuestro texto constitucional.

La educación inclusiva supone el ejercicio del derecho a la educación de todos los seres humanos, incluidos aquéllos que presentan alteraciones graves y permanentes por motivos de discapacidad. Según la propia CE, la interpretación de todo lo que tiene que ver con los derechos humanos y las libertades fundamentales se debe realizar en base a la DUDH y a los Tratados Internacionales válidamente ratificados por el Estado español, y la educación inclusiva aparece como un derecho humano proclamado en la CIDPD. Además, también se tiene que hacer referencia a la dignidad humana como uno de los pilares básicos por los que se tiene que regular la convivencia y que supone el respeto a las diferencias de todos y cada uno de nosotros.

Por tanto, y en base a toda la normativa reguladora de los derechos humanos y nuestro propio texto constitucional, la interpretación de la educación inclusiva como un derecho fundamental debe extenderse más allá de la escolarización del alumnado con discapacidades graves y permanentes, abarcando también las otras dos dimensiones de permanencia en el sistema y promoción.

No le corresponde a los Tribunales la determinación del desarrollo de este derecho en todas sus dimensiones debido a que el objeto litigioso sólo se centra en una de ellas porque deriva de un acto administrativo, pero sí su garantía como fundamental a través de sus sentencias. El desarrollo de todas las claves que llevan a su aplicación práctica le corresponde al legislador mediante una ley de desarrollo. Posteriormente, le corresponde a las administraciones educativas la ejecución y control de su implementación en el sistema educativo para que la educación inclusiva no quede como una mera declaración programática pudiendo hablar por fin de la aplicación total en nuestro país de lo dispuesto en el art. 24 de la CIDPD.

OCTAVA

El sistema educativo español se basa en la equidad como uno de sus valores principales, garantizando así la igualdad de oportunidades para todos los que acceden a él sin que se produzca ninguna discriminación por razón alguna incluida la discapacidad. De ahí que la principal ley educativa, la LOE modificada por la LOMLOE, dedica su título II a la “equidad en la educación”.

Basar el sistema educativo en la equidad provoca que la igualdad de oportunidades se garantice sólo en el acceso al sistema educativo, dejando de lado las dimensiones de permanencia y promoción del sistema, lo que provoca que el individuo no tenga ningún obstáculo para alcanzar un objetivo concreto, pero dentro de un sistema

competitivo que perjudica con claridad a las personas con discapacidad, sobre todo a las que presentan alteraciones graves y permanentes. El sistema educativo así planificado provoca que no exista ninguna reflexión sobre la distribución de los objetivos a conseguir por parte del alumnado de manera individual.

La igualdad material sólo será posible si lo que se atienden son las necesidades básicas de los individuos, lo que refuerza la argumentación de que la educación inclusiva se debe garantizar en sus tres dimensiones de acceso, permanencia y promoción para poder considerar que la ley educativa es igualitaria.

Tal y como se concibe a nivel legislativo el sistema educativo, la educación inclusiva requiere de una ley de desarrollo que garantice la igualdad de las personas con discapacidad no sólo en el acceso, sino también en la permanencia y promoción sin que se tengan que enfrentar a un entorno competitivo en el que obviamente parten en una posición de desventaja. Esta ley de desarrollo debe fijar cuáles son los objetivos educativos que deben alcanzar las personas con discapacidad para la consecución de una vida lo más autónoma e independiente posible, además de un sistema de participación en el aula que les permita normalizar su situación al máximo posible.

NOVENA

El establecimiento del límite por parte de los Tribunales al derecho fundamental para el acceso al sistema educativo en condiciones de igualdad proclamando la cláusula de la *carga desproporcionada* para

la Administración, tal y como establece el art. 2 de la CIDPD, supone la existencia de una visión limitada del concepto de inclusión en general y de la educación inclusiva en particular.

Es de suma importancia otro de los conceptos que aparece en ese mismo artículo que es el de los *diseños universales*. Su importancia radica en que todos los programas y servicios diseñados para las personas con discapacidad se deben realizar con el pensamiento puesto en el colectivo en general, ya que se deben incluir en la mayor medida posible la menor cantidad de adaptaciones individuales basadas precisamente en las alteraciones que presentan.

El currículo educativo, o lo que es lo mismo, el programa general de enseñanza, que contiene lo que el alumnado debe aprender en los distintos cursos de las distintas etapas educativas, debería establecer como piedra angular en su diseño este término fijado en el art. 2 de la Convención. Esto supone en primer lugar una visión positiva de la discapacidad, ya que se establecería el currículum en base a lo que son capaces de hacer todas las personas y no de acuerdo al desarrollo de cada una de las disciplinas que lo componen, cambiando también como consecuencia la visión médico-asistencialista de la discapacidad imperante dentro del sistema educativo en la actualidad y las prácticas de integración basadas en un sistema de apoyos individuales de acuerdo al déficit que presentan.

No se puede olvidar en este sentido que el actual sistema educativo reconoce como un elemento curricular de primer orden las denominadas competencias básicas que son aplicaciones prácticas de los conocimientos que adquieren las personas a lo largo de su vida, sea en entornos de educación formal como en entornos de educación no formal e informal.

Por tanto, el establecimiento de los programas escolares confeccionados bajo la perspectiva de los *diseños universales* implica la garantía del derecho fundamental a la educación inclusiva en su dimensión de permanencia dentro del sistema educativo de las personas con alteraciones graves y permanentes. Para que esto sea una realidad en el futuro se necesita una apuesta valiente y decidida por la educación inclusiva, ya que supone un cambio radical en cuanto al establecimiento del diseño curricular, siendo los reales decretos que desarrollan las enseñanzas mínimas de las distintas etapas educativas reguladas en la ley general los que tienen que redactarse en base a estos *diseños universales*, dando cumplimiento así de manera definitiva a lo establecido en la Convención.

DÉCIMA

La garantía del derecho fundamental a la educación inclusiva en su triple dimensión de acceso, permanencia y promoción no supondría ni mucho menos una *carga desproporcionada* para las Administraciones educativas ya que se trata más de una nueva distribución de los recursos que de una inversión faraónica en el

sistema educativo, sin rechazar obviamente que las inversiones son necesarias.

Como se ha ido proponiendo a lo largo del presente trabajo, la educación inclusiva requiere una ley de desarrollo que garantice las tres dimensiones que forman parte de este derecho y reestructure el sistema de recursos empleados en el sistema educativo. Ante la dificultad del cambio en el art. 49 de la Constitución para el reconocimiento de la inclusión en la sociedad de las personas con discapacidad, lo que supondría acercarse al modelo italiano que la constitucionaliza, con una ley de desarrollo nos acercaríamos a lo que se establece en países de la Unión Europea con sistemas educativos altamente inclusivos.

En cuanto a los recursos, es cierto que desde las Administraciones educativas se está apostando por las aulas abiertas especializadas, es decir, unidades de Educación Especial dentro de un centro educativo ordinario para el tratamiento de alteraciones graves y permanentes, inversión que considero acertada y que va resolviendo la garantía del acceso al sistema educativo en condiciones de igualdad, pero creo también que se debe ir dotando a los centros educativos de espacios donde también puedan aprender habilidades de vida autónoma.

En cuanto a la permanencia, el diseño curricular se debe hacer bajo los parámetros de los diseños universales cambiando las funciones de unos profesionales que ya existen en el sistema, que son los ATE

(Auxiliares Técnicos Educativos), sustituyendo sus atribuciones por las de *acompañantes de la inclusión* para evolucionar de manera definitiva de un sistema basado en la sustitución de las decisiones de las personas con discapacidad por uno de apoyo. Como ocurre en otros países, estos profesionales acompañarían al alumnado a cada una de las aulas para desarrollar las partes de un proyecto adecuadas a sus capacidades.

En último lugar, no se puede olvidar la dimensión de la educación inclusiva consistente en la promoción, considerada por las asociaciones y las familias de las personas con discapacidad como una de las debilidades, no sólo del sistema educativo, sino de la sociedad en general y que condena a sus hijos e hijas al aislamiento social. Este parámetro sí que implica una mayor inversión y un mayor acuerdo entre el mundo educativo y el laboral. Lo que queda patente es que se debe plantear una certificación o titulación para los que presentan alteraciones graves y permanentes basadas en sus capacidades, promoviendo desde el mundo laboral un catálogo de cualificaciones profesionales adaptado a esas distintas capacidades.

VI – REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

VI – REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ahuja, A. (2005). *EFA National Action Plans Review Study: Key Findings*. UNESCO.
- Ainscow, M. (1999). Tendiéndole la mano a todos los alumnos: algunos retos y oportunidades. *Siglo Cero*, 30 (1), 37-48.
- Ainscow, M. (2003). Desarrollo de sistemas educativos inclusivos. *Las respuestas a las necesidades educativas especiales en una escuela vasca inclusiva*. Gobierno Vasco, 19-36
- Ainscow, M., Farrell, P. and Tweddle, D. (2000). Developing policies for inclusive education: a study of the role of local education authorities. *International Journal of Inclusive Education*, 4(3), 211-229.
- Ainscow, M. y Miles, S. (2009). Desarrollando sistemas de educación inclusiva. ¿Cómo podemos hacer progresar las políticas? En C. Giné (coord), *La educación inclusiva. De la exclusión a la plena participación de todo el alumnado*, 161-170. Horsor.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de estudios Ramón Areces
- Alexy, R. (1994). *El concepto y la validez del derecho*. Gedisa
- Alonso García, E. (1991). Derechos fundamentales y jurisdicción ordinaria. *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*. Director Antonio Lopez Pina. Civitas y Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho U.C.M.
- Alonso, M. J. y Araoz, I. (2011). *El impacto de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en la legislación educativa española*. Cinca.
- Álvarez Conde, E. (1999). *Curso de Derecho Constitucional. Vol.I*. Tecnos.
- Arce y Flórez-Valdés, J. (1990). *Los principios generales del Derecho y su formulación constitucional*. Cuadernos de Civitas.
- Arenas, A. (2016). De la integración a la inclusión: una escuela para todos. *Revista de postgrado FaCE-UC*, 10 (19), 245-247
- Arnaiz Sánchez, P. (2003). *Educación Inclusiva: una escuela para todos*. Ed. Aljibe.

- Arreaza, F. (2009). Inclusión y competencias básicas. *En: Actas I Congreso Nacional de buenas prácticas de educación, diversidad y empleo*. Murcia.
- Balabastro Reguera, D. (1958). *Los valores jurídicos*. Conferencia dictada con motivo de la iniciación del año lectivo 1958. Publicaciones Corrientes.
- Barr, N. (1993): Alternative funding resources for higher education. *Economic Journal* 103 (418), 718-728.
- Barrio de la Puente, J. L. (2009). Hacia una Educación Inclusiva para todos. *Revista Complutense De Educación*, 20(1), 13 - 31.
- Bassols Coma, M. (1985). *Constitución y sistema económico*. Tecnos.
- Bastida, F.J., Villaverde, I., Requejo, P., Presno, M.A., Aláez, B. y Sarasola, I.F. (2004). *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*. Tecnos.
- Bastida, F. J. (2005). El fundamento de los derechos fundamentales. *Redur*, 3, 41-56.
- Beladiez Rojo, M. (1994). *Los principios jurídicos*. Tecnos
- Bidart Campos, G.J. (1993). Dogmática constitucional de los derechos humanos. *Boletín Informativo de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, 9 (88).
- Bidart Campos, G.J. (1993). *Tratado elemental de derecho constitucional argentino. Tomo I*. Ediar.
- Biel Portero, I. (2009). *Los derechos de las personas con discapacidad en el marco jurídico internacional universal y europeo*. Servicio de Publicaciones Universidad Jaume I.
- Binder, J. (1925). *Philosophie des Rechts*. Verlag von George Stilthe.
- Blanco, R. (2006). La equidad y la inclusión social: uno de los desafíos de la educación y la escuela hoy. *Revista Electrónica Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, 4(3), 1-15.
- Blanco, R. (2010). El derecho de todos a una educación de calidad. *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva*, 4(2), 25-153.
- Bobbio, N. (1980). *Norma*. Enciclopedia de Einaudi.
- Bobbio, N. (1981). Presente y porvenir de los Derechos Humanos. En Asís Roig, R. (1991), *El tiempo de los Derechos*. Sistema

- Bockenforde, E.W. (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*, 1ª edición, traducción de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez, 1ª edición. Nomos Verlagsgesellschaft.
- Booth, T. y Ainscow, M. (2005). *Guía para la evaluación y mejora de la educación inclusiva: Desarrollando el aprendizaje y la participación*. Gobierno Vasco.
- Brantlinger, E. (1997). Using ideology: Cases of non recognition of the politics of research and practice in special education. *Review of Educational Research*, 67(4), 425- 459.
- Cabra de Luna, M. A., Vera Rendón, I., Bonino Covas, C., Casanova Rodríguez, M. A., Greve, J., Lema Añón, C., Echeita, G., Verdugo, M. A., Simón Rueda, C., González Gil, F., Sandoval Mena, M., Calvo, I., López Cruz, M., Vega Fuente, A., López Torrijo, M., Rozalén Culebras, F., Gimeno Gurpegui, C., Sanz Escudero, M.L., Calero Martínez, J. y Fernández Gutiérrez, M. (2003). *Educación y personas con discapacidad: presente y futuro*. Fundación ONCE
- Calvo Álvarez, M^a. I. y Verdugo Alonso, M.A. (2012). *Educación inclusiva, ¿una realidad o un ideal?* Instituto Universitario de Integración en la Comunidad. Universidad de Salamanca.
- Casanova, M.A. (2011). De la Educación especial a la inclusión educativa. *Revista del Consejo Escolar del Estado*, (18), 8-24.
- Castaño, A. M. (2009). *La atención a la diversidad en el marco de una escuela inclusiva*. En El largo camino hacia una educación inclusiva: la educación especial y social del siglo XIX a nuestros días. XV Coloquio de Historia de la Educación. Pamplona.
- Connolley, S. & Sarromaa Hausstätter, R. (2009). Tocqueville on democracy and inclusive education: a more ardent and enduring love for equality than for liberty. *European Journal Of Special Needs Education*, 24, (3), 231-243.
- Cossío Díaz, J.R. (1989). *Estado social y derechos de prestación*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Cotino, L. (2012). *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Crisafulli, V. (1952). *La costituzione e le sue disposizioni di principio*. Giuffré

- Cuenca Gómez, P. (2012a). La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española. *Revista de Estudios Jurídicos*, (12). Universidad de Jaén.
- Cuenca Gómez, P. (2012b). El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española". *Redur* 10, 61-94.
- Cuenca Gómez, P. (2012c). *Los derechos de las personas con discapacidad*. Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá y el Defensor del Pueblo.
- Cuenca Gómez, P. (2014). *La configuración de los apoyos*. Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas". Universidad Carlos III de Madrid. Ponencia presentada en la Conferencia ALFA: Discriminación y grupos en situación de vulnerabilidad: género y discapacidad (2, 3 y 4 de septiembre de 2014, Lima, Perú).
- Darling Hammond, L. (2001). *El deseo de aprender. Cómo crear buenas escuelas para todos*. Ariel.
- De Castro, F. (1984). *Derecho civil de España*. Civitas.
- De Esteban, J. y González-Trevijano, P. J. (1993). *Curso de Derecho Constitucional Español. Volumen II*. Servicio de publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid-Facultad de Derecho.
- Dettori, F. (2011). La integración de alumnos con necesidades educativas especiales en Europa: el caso de España e Italia. *Revista Educación Inclusiva*, 4 (3), 67-77
- Díaz, E. (1966). *Estado de Derecho y sociedad democrática avanzada*. Taurus.
- Díaz, E. (1982). *Sociología y filosofía del Derecho*. Taurus.
- Díez-Picazo, L.M. (1973). *Experiencia jurídica y teoría general del Derecho*. Ariel.
- Díez-Picazo, L.M. (2003). *Sistema de derechos fundamentales*. Civitas.
- Díez-Picazo, L.M. y Gullón, A. (1982). *Sistema de Derecho civil, 7ª Edición*. Tecnos.
- Duque Quintero, S. P., Duque Quintero, M. y González Sánchez, P. (2019). Sobre el derecho fundamental al mínimo vital o a la subsistencia: análisis jurisprudencial. *Revista Encuentros, Universidad Autónoma del Caribe*, (17)
- Dworkin, R. (1993). *Los derechos en serio*. Ariel.

- Dyson, A. (2001). Dilemas, contradicciones y variedades de la inclusión. En Verdugo, M. A. y Jordán de Urríes, F., *Apoyos, autodeterminación y calidad de vida* (pp. 145-160). Amarú.
- Dyson, A. & Millward, A. (2000). *School and special needs: Issues of Innovation and Inclusion*. Paul Chapman.
- Echeita, G. (2008). Inclusión y exclusión educativa. Voz y quebranto. *REICE - Revista Electrónica Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, 6 (2), 9- 18.
- Echeita, G. (2010). Alejandra L. S. o el dilema de la inclusión educativa en España. En Arnaiz, P., Hurtado, M.^a D. y Soto, F.J. (Coords.), *Integración Escolar en España. Tecnologías e inclusión en el ámbito educativo, laboral y comunitario*. pp. 1- 13. Murcia: Consejería de Educación, Formación y Empleo.
- Echeita, G., Duk, C. y Blanco, R. (1995). *Necesidades especiales en el aula. Formación docente en el ámbito de la Integración escolar*. Publicaciones OREALC, UNESCO
- Echeita, G. & Ainscow, M. (2011). La educación inclusiva como derecho. Marco de referencia y pautas de acción para el desarrollo de una revolución pendiente. *Tejuelo, Revista de Didáctica de la Lengua y la Literatura*, 12, 26- 46.
- Escobar, N. (2011). La mediación del aprendizaje en la escuela. *Acción Pedagógica*, 20 (1), 58-73.
- Escobar Roca, G. (1995). *La ordenación constitucional del medio ambiente*. Dykinson
- Escudero, J.M. y Martínez, B. (2011). Educación inclusiva y cambio escolar. *Revista Iberoamericana de Educación*, 55,85-105.
- Esser, H. (1961). *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Trad. Valentí Fiol. Bosch.
- European Agency for Special Needs and Inclusive Education (2014). Organización de la prestación para apoyar la educación inclusiva-Informe resumen. Odense: Dinamarca.
- European Disability Forum (EDF) (2009). *Educación inclusiva. De las palabras a los hechos*. Bruselas.
- Farias, D. (1981). *Idealità e indeterminatezza dei princii costituzionali*. Giuffré.
- Fernández Segado, F. (1993). La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional. *REDC*, (29)

- Fernández Segado, F. (1994). *La dogmática de los derechos humanos (A propósito de la Constitución Española de 1978)*. Ediciones jurídicas.
- Ferrajoli, L. (1990). *Diritto e Ragione. Teoria generale del garantismo penale*. Laterza.
- Fortes, M.C., Ferrer, A. M. y Gil, M. D. (coord.) (2000). *Bases psicológicas de la educación especial. Aspectos teóricos y prácticos*. Promolibro.
- Freire, S., & César, M. (2002). Evolution of the Portuguese education system. A deaf child's life in a regular school: Is it possible to have hope? *Educational and Child Psychology*, 19(2), 76-96.
- Fuchs, D., & Fuchs, L.S. (1994). Inclusive schools movement and the radicalisation of special education reform. *Exceptional children*, 60(4), 294-309.
- Galán, M.L. y Echeita, G. (2011). *Orientación educativa. Atención a la diversidad y educación inclusiva*. Graó
- García Alonso, J.V. (Coord.) (2003). *El movimiento de Vida Independiente: experiencias internacionales*. Fundación Luis Vives
- García Canales, M. (1989). Principios Generales y Principios Constitucionales, *Revista de Estudios Políticos* (64).
- García Herrera, M.A. (1991): *Intereses difusos, intereses colectivos y función mediadora*. Jueces para la Democracia.
- García Morillo, J. (2016). *Derecho Constitucional. Vol. 1, El ordenamiento constitucional: derechos y deberes de los ciudadanos*. Tirant lo Blanch.
- García Pelayo, M. (1977). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Alianza.
- García Rubio, J. (2017). Evolución legislativa de la educación inclusiva en España. *Revista Nacional e Internacional de Educación Inclusiva*, 10 (1), 251-264
- Geny, F. (1925). *Las fuentes del derecho privado positivo*. Reus.
- Gobierno Vasco (2009): Plan de acción para el desarrollo de una escuela vasca inclusiva. Documento de consulta.
- Gomes Canotilho, J.J. (1982). *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais*. Editora Limitada
- González Campos, J.D. (2002). La interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho interno en materia de Derechos Humanos en Mariño Menéndez, F., *El Derecho Internacional en los albores del siglo XX*. Homenaje al profesor Juan Manuel Castro-Rial Canosa. Trotta, pp. 333-351.
- González Pérez, J. (1998). *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Vol.1, 3ª Edición*. Civitas.

- Gordillo Cañas, A. (1990). *Ley, Principios Generales y Constitución: apuntes para una relectura, desde la Constitución, de la teoría de las fuentes del derecho*. Centro de estudios Ramón Areces.
- Graham, L. J. & Slee, R. (2008). An Illusory Interiority. Interrogating the discourse/s of Inclusion, *Educational Philosophy and Theory*, 40 (2), 277 – 293.
- Häberle, P. (1991). El legislador de los derechos fundamentales en López Pina, A., *La garantía constitucional de los derechos fundamentales. Alemania, España, Francia e Italia*. Civitas y el Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho U.C.M.
- Heller, H. (1942). *Teoría del Estado*. Traducción al español de Luis Tobío. Fondo de Cultura Económica
- Heward, W. (1997). *Niños excepcionales: una introducción a la Educación Especial*. Prentice Hall.
- Ihering, R.V. (1978). *El fin en el derecho*. Heliasta
- Jellineck, G. (1912). *Sistema de derechos públicos subjetivo*. Società Editrice Libreria
- Jiménez Campo, J. (1997). Artículo 53. Protección de los Derechos Fundamentales, en Alzaga Villaamil, O., *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*. Revista de Derecho Privado.
- Kelsen, H. (1960). *Reine Rechtslehre*. Wien: Frans Deuticke, en Vernengo, R. (1979), *Teoría Pura del Derecho (2ª edición)*. UNAM.
- Laorden C., Prado, C. y Royo, P. (2006). Hacia una educación inclusiva. El papel del educador social en los centros educativos, en *Puls*, 29, 77-93.
- Larenz, K. (1966). *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Tradc. Gimbernat. Ariel.
- Larenz, K. (1985). *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. Civitas.
- Lavagna, C. (1977). *Constituzione e socialismo*. Mulino
- Legaz y Lacambra, L. (1979). *Filosofía del Derecho*, 5ª Edición. Bosch.
- León, M. (2001). *De la integración escolar a la escuela inclusiva o escuelas para todos*. Ediciones Aljibe.
- Loperena Rota, D. (1998). *El derecho al medio ambiente adecuado*. Prólogo de Manuel Castells Arteché. Civitas.
- López-Torrijo, M. (2009). La inclusión educativa de los alumnos con discapacidades graves y permanentes en la Unión Europea". *Relieve*, 15 (1), 1-20

- Lorenzo, J. A. (2009). Perspectiva legal de la Educación Especial en España (1970-2007). Hacia la plena integración educativa y social de las personas con discapacidad. En *El largo camino hacia una educación inclusiva: XV coloquio de Historia de Educación*. Pamplona, v.1; pp. 495- 509.
- Lou, M. y López, N. (2000). *Bases psicopedagógicas de la Educación Especial*. Ediciones Pirámide.
- Lucas Verdú, P. (1977). Socialismo y derecho constitucional. *Revista Sistema*, (17-18), 25-49.
- Lucas Verdú, P. (1984a). *Curso de derecho político, vol. IV. Constitución de 1978 y transformación político-social española*. Tecnos.
- Lucas Verdú, P. (1984b). *Estimativa y Política constitucionales*. Sección de publicaciones de la Facultad de Derecho. Universidad Complutense.
- Lucas Verdú, P. (1992). *Curso de Derecho Político. Vol.1: Introducción: Concepto, método, escuelas. Vertiente histórica del derecho político. El derecho constitucional en el marco del derecho político, 2ª edición*. Tecnos.
- Lucas Verdú, P. (1998). *Teoría general de las articulaciones constitucionales*. Dykinson.
- Lucas Verdú, P. (2001). *Manual de derecho político, 3ª Edición*. Tecnos.
- Luhmann, N. (1972). *Rechtssoziologie*, Tomo 1. Reinbeck.
- Martín Retortillo, L. y Otto Pardo, I. (1992): *Derechos fundamentales y Constitución*. Civitas
- Martínez-Carbonell, A. (2014). La escolarización de un menor en un colegio de Educación Especial y la supuesta vulneración de los derechos a la igualdad y a la educación. Comentario a la STC 10/2014, de 27 de enero (RTC 2014, 10). *Revista bolivariana de derecho*, (19), 522-535
- Méndez Rocasolano, M. (2013). Retos constitucionales sobre derechos humanos: los derechos de los niños desde perspectivas axiológico normativas. *Revista Thesis Juris*, (2), 1-20.
- Méndez Rocasolano, M. (2014). La Teoría de la dinamogénesis de los valores y el Derecho a un Estado Social, en Bonavides, P. "Del Estado liberal al Estado Social". Astrea
- Méndez Rocasolano, M., Martínez Rivas, F. y Manzanares Jiménez, D. P. (2011). Dignidad de la infancia y derechos fundamentales de los niños a la luz de la teoría de la dinamogénesis de los valores. *Revista Derecho y Criminología* (1), 136-163.

- Müller, J.B. (1981). *Soziale Grundrechte in der Verfassung*, 2º Edición. Basel.
- Nicolás Muñoz, J. (1983). Los derechos fundamentales en materia educativa en la Constitución Española. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 3 (7).
- OFSTED (2006). *Inclusion: does it matter where pupils are taught? Provision and outcomes in different settings for pupils with learning difficulties and disabilities*. London. <http://www.ofsted.gov.uk>
- Opertti, R. (2008). *Inclusión Educativa: El Camino del Futuro. Un desafío para compartir*. Taller Internacional sobre Inclusión Educativa América Latina – Regiones Cono Sur y Andina 12-14 septiembre 2007. Montevideo.
- Ortega y Gasset, J. (1950). *Obras completas*, Tomo III. Revista de Occidente.
- Ortiz, M. C. (2000). Pedagogía de la Pedagogía Hospitalaria. En Grau, C. y Ortiz, M. C., *La Pedagogía hospitalaria en el marco de la escuela inclusiva*. Aljibe.
- Palacios, A. (2008). *El modelo Social de Discapacidad: Orígenes, Caracterización y Plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ediciones Cinca.
- Palacios, A. y Bariffi, F. (2012). *Capacidad jurídica, discapacidad y derechos humanos. Una revisión desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Ediar.
- Peces-Barba Martínez, G. (1986). *Los valores superiores*. Tecnos.
- Peces-Barba Martínez, G. (1995). *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*. Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado.
- Pérez Llorca, J.P. (1998). *La dinámica de una constitución abierta. Veinte años después, la Constitución cara al siglo XXI*. Taurus
- Pérez Luño, A.E. (1984). La interpretación de la Constitución. *Revista de las Cortes Generales*, (1), 83-132.
- Pérez Luño, A.E. (1985). *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Tecnos
- Pérez Luño, A.E. (1991). Las generaciones de derechos humanos, en *revista del CEC*, (10).
- Pérez Luño, A.E. (1987). Concepto y concepción de los derechos humanos. *Doxa*, (4), 47-66.
- Pinargote, M., García-Sempere, P., Véliz, V., Herrán, A., Aveiga, V. y Villavicencio, I. (coords.) (2016). *Investigaciones, experiencias y propuestas para la educación inclusiva en la universidad*. Universidad Técnica de Manabí

- Presno, M.A. (Coord.), Requejo, P., Gutiérrez, R., Villaverde, I., García Rubio, P., Beltrán, M., Paniagua, J.L., Sarlet, I., Veronessi, P., Carbonell, M., Azpitarte, M., Tomás-Valiente, C., Vírgala, E. y Escobar, G. (2013). *Protección jurídica de las personas y grupos vulnerables*. Institución de la Procuradora General del Principado de Asturias.
- Prieto Sanchís, L. (1992). *Sobre principios y normas: problemas del razonamiento jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Puchta, G.F. (1858). *Corso delle Istituzioni I*. Traducción italiana de Carlo Poli. Stabilimenti Civelli Giuseppe.
- Real Academia Española. (2018). Diccionario de la lengua española (edición del tricentenario). <https://bit.ly/333ASh8>
- Recasens Siches, L. (1971). *Experiencia jurídica, naturaleza de la cosa y lógica razonable*. Publicaciones Diánoia. Fondo de cultura económica U.N.A.M.
- Recasens Siches, L. (1981). *Introducción al estudio del Derecho*, 6ª edición. Editorial Porrúa.
- Rioux, L. Les dimensions spatiale et culturelle de la marginalité. Une approche psychosociologique. (pp.635-640) en Dominique Guillaud, Seysset, Maorie & Walter, Annie. LE VOYAGE INACHEVE...À JOËL BONNEMAISON Paris. ORSTOM / PRODIG, 1998 http://horizon.documentation.ird.fr/exl-doc/pleins_textes/divers4/010017379.pdf.
- Roemer, J.E. (1998). Igualdad de oportunidades. *Isegoría*, 18, 71-78
- Rodríguez Zapatero, J. (2018). La doctrina jurisprudencial sobre el derecho a la educación inclusiva: evolución. *Anales de Derecho y Discapacidad*, (3),
- Sáiz Arnáiz, A. (1999). *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de Derechos Humanos*. Consejo General del Poder Judicial
- Salvador Martínez, M. (2006). *Dogmática y práctica de los derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch.
- Sapon-Shevin, M. (2007). *Celebrar la diversidad, crear comunidad. Un currículo que ensalza las diferencias y construye sobre ellas*. Ediciones Narcea.
- Sotelo, I. (1972). *Sociología de América Latina. Estructuras y problemas*. Tecnos.
- Soto Calderón, R. (2003). La inclusión educativa: una tarea que le compete a toda la sociedad. *Actualidades investigativas en educación*, 3 (1). Universidad de Costa Rica.

- Soto Calderón, R. (2008). *Procesos de integración de las personas con necesidades educativas especiales en el sistema educativo regular en Costa Rica: una aproximación evaluativa*. (Tesis). Universidad de Granada
- Stainback, S. y Stainback, W. (2007). *Aulas inclusivas. Un nuevo modo de enfocar y vivir el currículo*. Ediciones Narcea.
- Suay Rincón, J. (1993). La doctrina de los principios generales del derecho en *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional)*. Estudios en homenaje al Profesor Jesús González Pérez, vol.I. Civitas.
- UNESCO (1994). *Informe Final. Conferencia mundial sobre necesidades educativas especiales: acceso y calidad*. UNESCO/Ministerio de Educación y Ciencia.
- UNESCO (2005). *Guidelines for inclusión: Ensuring Access to Education for All*. UNESCO (Accesible on line en: <http://unesco.org/educacion/inclusive>).
- UNESCO/OREALC (2007). El derecho a una educación de calidad para todos en América latina y el Caribe. *REICE - Revista Electrónica Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, 5 (3), 1-21.
- UNESCO (2003). Overcoming exclusion through inclusive approaches in education. A challenge & a vision. Conceptual paper. ED.2003/WS/63 UNESCO document 134785, 2003.
- United Nations (2005). *Violence against Disabled Children*. United Nations.
- Veccio, G. (1979). *Los principios generales del derecho*. Trad. F. Clemente de Diego. Bosch.
- Vega García, P. (1988). La crisis de los derechos fundamentales en el Estado social, en *Derecho y economía en el Estado social*. Tecnos.
- Verdugo, M. A. (2009). El cambio educativo desde una perspectiva de calidad de vida. *Revista de educación*, 349, 23-43.
- Verdugo, M. A. y Parrilla, A. (2009). Presentación. Aportaciones actuales a la educación inclusiva, en *Revista de Educación*, 349, 15-22.
- Verdugo, M. A. y Rodríguez-Aguilella, A. (2008). Valoración de la inclusión educativa desde diferentes perspectivas, en *Siglo Cero*, 39(4), 5-25.
- Vidal Gil, E. J. (2001). La interpretación de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional, en *Corts: anuario de derecho parlamentario*, 73-112.
- Villaverde Menéndez, I. (1997). *La inconstitucionalidad por omisión*. Mc Graw Hill.
- Von Hippel, E. (1984). Grundfragen der Rechtspolitik, *Juristen Zeitung* nº21.

- Von Humboldt, W. (1792). *Los límites de la acción del Estado*. Estudio preliminar, traducción y notas de Joaquín Abellán. Tecnos
- Warnock, M. (1987). Encuentro sobre Necesidades de Educación Especial. En *Revista de Educación*, Número Extraordinario, 45-73.
- Windelband, G. (1911). *Präludien*, 4^o Edición.
- Wroblewski, J. (1895). *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Traducción de Aratxa Arzua. Civitas.
- Wroblewski, J. (1983). Change of law and Social Change, en *Rivista internazionale di filosofia del diritto*.
- Yadora, M.^a E. (2006). *Una mirada desde y hacia la educación inclusiva*. Boletín Electrónico de IntegraRED". <http://integrared.org.ar/links_internoss/06/notas/o4/index.asp>.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.
- Carta Social Europea
- Constitución Española de 1978, BOE núm. 311 de 29 de diciembre de 1978.
- Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad, BOE núm. 96 de 21 de abril de 2008.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza. Adoptada el 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ginebra, Suiza. Copyright 1996-2002
- Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos
- Declaración de los Derechos del Retrasado Mental
- Declaración Universal de los Derechos del Niño
- Declaración Universal de Derechos Humanos
- Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social del Minusválido.
- Ley 26/2011, de adaptación normativa de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, BOE núm. 184 de 2 de agosto de 2011.

- Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo.
- Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.
- Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.
- Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Real Decreto 126/2014, de 28 de febrero, por el que se establecen las enseñanzas mínimas de Educación Primaria.
- Real Decreto 696/1995, de 28 de abril, de Ordenación de la Educación de los Alumnos con Necesidades Educativas Especiales.
- Real Decreto 1105/2014, de 26 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas de la Educación Secundaria Obligatoria y el Bachillerato.
- 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 su inclusión social.
- Recomendación 2018/0007 del Consejo Europeo, relativa a la promoción de los valores comunes, la educación inclusiva y la dimensión europea de la enseñanza.
- STC 10/2014 de 27 de enero.
- STC 96/2012, de 7 de mayo.
- STC 41/2013, de 14 de febrero.
- STS 1976/2017, de 14 de diciembre.
- Tratado de la Comunidad Europea
- Tratado de la Unión Europea
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

