

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

**Ficciones y realidades sobre  
los derechos de la niñez**

**El niño con discapacidad y el derecho a la educación**

por Aída Kemelmajer de Carlucci

Anticipo de “Anales” - Año LXIII  
Segunda Época - Número 56

Septiembre de 2018

Las ideas que se exponen en los ANALES son de exclusiva responsabilidad de los autores y no reflejan necesariamente la opinión de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO  
Y CIENCIAS SOCIALES DE BUENOS AIRES

Presidente

Académico *Dr. Jorge R. Vanossi*

Vicepresidente

Académico *Dr. Roberto E. Luqui*

Secretarios

Académico *Dr. Emilio P. Gnecco*

Académico *Dr. Rafael M. Manóvil*

Tesorero

Académico *Dr. Daniel Funes de Rioja*

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires  
Avenida Alvear 1711, primer piso. Teléfonos: 4812-9327 y 4815-6976  
(1014) Buenos Aires - Argentina  
[academiadederecho@fibertel.com.ar](mailto:academiadederecho@fibertel.com.ar)  
[www.academiadederecho.org](http://www.academiadederecho.org)

Se terminó de imprimir en el mes de septiembre de 2018.

# Ficciones y realidades sobre los derechos de la niñez

## El niño con discapacidad y el derecho a la educación

Aída Kemelmajer de Carlucci<sup>1</sup>

### 1. La situación fáctica

Se calcula que el 15% de la población mundial adolece de alguna discapacidad; una parte importante de ese porcentaje son niños, niñas o adolescentes (de ahora en adelante NNA)<sup>2</sup>. En 2017 se estimó que en todo el mundo hay más de 1.000 millones de personas que tienen alguna discapacidad; más del 80% vive en países en desarrollo; la mayoría no está escolarizada y es analfabeta, sobre todo, en el caso de las niñas<sup>3</sup>. Un gran número tiene impedimentos moderados,

---

<sup>1</sup> Comunicación de la Académica, en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, en la sesión privada del 14 de junio de 2018.

<sup>2</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 9 (2006), *Los derechos de los niños con discapacidad*.

<sup>3</sup> Informe de la Relatora especial Sra. Koumbou Boly Barry, 2017, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/303/27/PDF/N1730327.pdf> : “32. Las mujeres y las niñas están con frecuencia excluidas de la educación. A menudo las familias favorecen a los varones al invertir en educación. El matrimonio infantil, los embarazos precoces, el trabajo infantil, las obligaciones de

no detectables a simple vista, ni de fácil diagnóstico, incluyendo dificultades de aprendizaje, problemas de dicción, físicos, cognitivos, sensoriales y emocionales<sup>4</sup>. Además, se calcula que, en algún momento del itinerario educativo, entre un 15 y un 20% presenta necesidades especiales<sup>5</sup>.

Francia, país desarrollado donde las leyes de protección al niño con discapacidad existen desde 1975, reconocía, en 2006, que 15.000 niños con discapacidad grave no tenían ninguna solución escolar. Más aun, en 2007, el diario *Le Monde* publicó un artículo bajo el título “*Bélgica refugia a los autistas franceses*”<sup>6</sup>. Aunque la situación ha ido mejorando en esta década, todavía no se alcanza el nivel deseado.

---

las labores domésticas, las tasas escolares y vivir a gran distancia de las escuelas son todos factores que contribuyen a impedir que las niñas acudan a las aulas. Algunas escuelas no se ocupan de las necesidades de las niñas en materia de seguridad, agua e instalaciones sanitarias. Cuando el programa educativo no es sensible a su vida, o de buena calidad, es posible que los padres no hagan los esfuerzos necesarios para mantener a las niñas en la escuela. La violencia por razón de género también impide a las niñas completar su educación. 33. Como consecuencia de esos y otros obstáculos, las niñas tienen más probabilidades que los niños de no asistir nunca a la escuela. Se ha estimado que 15 millones de niñas en edad de cursar enseñanza primaria nunca tendrán la oportunidad de aprender a leer ni escribir en una escuela primaria, frente a aproximadamente 10 millones de niños. 4. De esos 15 millones de niñas, 9 millones viven en el África Subsahariana. 34. El mayor obstáculo para la educación de las niñas es la pobreza”.

La situación de la mujer está especialmente prevista en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. El art. 6 dice: *Mujeres con discapacidad. 1. Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención”.*

<sup>4</sup> MARTÍNEZ-SALANOVA SÁNCHEZ, Enrique, *Representaciones cinematográficas sobre el derecho a una educación obligatoria, sin exclusiones, digna y solidaria. El derecho a la educación como lo ha tratado el cine*, en BERNUZ BENEITEZ, María José (coordinadora), *El cine y los derechos de la infancia*, Valencia, ed. Tirant Lo Blanch, 2009, pág. pág. 124 y ss.

<sup>5</sup> COTINO HUESO, Lorenzo, *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*, Madrid, ed. Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2012, pág. 281, con estadísticas de Naciones Unidas.

<sup>6</sup> COLLOMP, Valérie, *Le droit à l’instruction des enfants handicapés*, en PAILLET, Elisabeth et autre (coordination), *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pág. 149.

Diversos documentos internacionales alertan sobre la situación:

La Observación General n° 9 del Comité de los Derechos del Niño, (2006), *Los derechos de los niños con discapacidad* afirma: “El estigma social, los temores, la sobreprotección, las actitudes negativas, las ideas equivocadas y los prejuicios imperantes contra los niños con discapacidad siguen siendo fuertes en muchas comunidades y conducen a su marginación y alienación”.

La Observación General n° 5 del Comité de los Derechos Económicos, sociales y culturales dice: “Los efectos de la discriminación basada en la discapacidad han sido particularmente graves en las esferas de la educación, el empleo, la vivienda, el transporte, la vida cultural, y el acceso a lugares y servicios públicos”. “Los niños con discapacidad son especialmente vulnerables a la explotación, los malos tratos y la falta de cuidado”.

Específicamente respecto al derecho a la educación, el Informe sobre “El derecho a la educación de las personas con discapacidades” de 19/2/2007, del Relator Especial de Naciones Unidas Vernor Muñoz, hace constar que “mientras la tasa de matrícula neta en la enseñanza primaria en el mundo en desarrollo ha aumentado para alcanzar en la actualidad el 86% en todas las regiones<sup>7</sup>, las estimaciones del número de niños con discapacidad escolarizados en los países en desarrollo varían entre menos del 1 y el 5%<sup>8</sup>. Además, la tasa de alfabetización de la mujer discapacitada es de un 1%, en comparación con un 3% aproximadamente del total estimado de personas discapacitadas”.

El Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de la ONU, en el informe de 2017, instó a España a garantizar la

---

<sup>7</sup> United Nations, The Millennium Goals Development Report 2006, p. 6. <http://mdgs.un.org/unsd/mdg/Resources/Static/Products/Progress2006/MDGReport2006.pdf>

<sup>8</sup> PETERS, S.J., *Inclusive Education: an EFA strategy for all children*, World Bank, November 2004 (available at: <http://www.worldbank.org>). Ver también UNESCO, *Guidelines for inclusion: Ensuring access to education for all*, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, France, 2005, p.11.

educación inclusiva para las personas con discapacidad; señaló que la segregación y exclusión de los estudiantes de la educación general supone graves y sistemáticas violaciones a sus derechos y que el sistema educativo paralelo establecido para los estudiantes con discapacidades genera falta de igualdad<sup>9</sup>.

En suma, si es cierto que “poner atención a la cuestión de la educación es atender al corazón de cómo se trata a los niños”<sup>10</sup>, entonces, la mayoría de las sociedades no salen bien calificadas.

Quizás por eso, en mayo de 2018, la Comisión interamericana de Derechos Humanos convocó a las organizaciones de la sociedad civil, Estados y demás usuarios del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a participar en la consulta pública de la Unidad sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (UDPD), realizada el 22 de junio del 2018 en Lima, Perú. El propósito fue promover la discusión entre los participantes en torno a diversos ejes temáticos y, entre ellos, el derecho a la educación inclusiva.

La educación (o su carencia) no es responsable de todo lo que pasa, pero ciertamente es uno de los motores de cambio más significativo. Esta verdad se muestra sin tapujos en diversas películas; por ej., respecto de las personas con discapacidad, el llamado “*derecho a la normalización educativa*” aparece en “*Gaby, una historia verdadera*”, de Luis Mandoki, México/EE. UU., 1987, que cuenta la historia de la poetisa mejicana Gabriela Brimmer, nacida con una parálisis cerebral tetrapléjica grave de origen perinatal, que le impedía cualquier movimiento o expresión, menos el de su pie izquierdo<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> <https://www.idhc.org/es/actualidad/la-onu-denuncia-la-falta-de-inclusion-de-las-personas-con-discapacidad-en-el-sistema-educativo.php?B2238>

<sup>10</sup> CAMPOY CERVERA, Ignacio, *La educación de los niños en el discurso de los derechos humanos*, en CAMPOY CERVERA, Ignacio, *Los derechos de los niños: perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, Madrid, Dykinson, 2007, pág. 150.

<sup>11</sup> BERNUZ BENEITEZ, María José (coordinadora) *El cine y los derechos de la infancia*, Valencia, ed. Tirant Lo Blanch, 2009, pág. 14.

## **2. La educación. Derecho *fundamental* y *humano* (i) en sí mismo y (ii) como instrumento de otros derechos**

La educación es un derecho *fundamental*. Su denegación a un niño o a un adolescente implica condenarlo a la exclusión social, el analfabetismo, la marginalidad<sup>12</sup>. La bibliografía que lo explica es muy extensa en la Argentina y en casi todos los países a los que está unida por una tradición jurídica común<sup>13</sup>.

Conforme la Observación General n°13 del Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales, 1999,

“1. La educación es un *derecho humano* intrínseco y un *medio indispensable de realizar otros derechos humanos*. Como derecho del ámbito de la autonomía de la persona, la educación es el principal medio que permite a adultos y menores marginados económica y socialmente salir de la pobreza y participar plenamente en sus comunidades. La educación desempeña un papel decisivo en la emancipación de la mujer, la protección de los niños contra la explotación laboral, el trabajo peligroso y la explotación sexual, la promoción de los derechos humanos y la democracia, la protección del medio ambiente y el control del crecimiento demográfico. La idea de que la educación es una de las mejores inversiones financieras que los Estados pueden hacer está cada vez más aceptada; su importancia no es únicamente práctica, pues disponer de una mente instruida, inteligente y activa, con libertad y amplitud de pensamiento, es uno de los placeres y recompensas de la existencia humana”.

En el mismo sentido, según la Observación General n° 11 del mismo Comité:

---

<sup>12</sup> ELÍAS MÉNDEZ, Cristina, *La protección del menor inmigrante desde la perspectiva constitucional*, Valencia, ed. Tirant lo Blanch, 2002, pág. 144.

<sup>13</sup> Entre los libros específicos, puede compulsarse, COTINO HUESO, Lorenzo, *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*, Madrid, ed. Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2012; MEIX CERECEDA, Pablo, *El derecho a la educación en el sistema internacional y europeo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014; SCIOSCIOLI, Sebastián, *La educación básica como derecho fundamental*, Bs. As., Eudeba, 2015.

“2. El derecho a la educación es de vital importancia. Se ha clasificado de distinta manera como derecho económico, derecho social y derecho cultural. Es *todos esos derechos al mismo tiempo*. También, de muchas formas, es un derecho civil y un derecho político, ya que se sitúa en el centro de la realización plena y eficaz de esos derechos. A este respecto, el derecho a la educación es *el epítome de la indivisibilidad y la interdependencia de todos los derechos humanos*”.

Por eso, reducir la educación a un derecho económico y social es empobrecer su sustancia y perder de vista varios de sus desafíos. Adviértase que el art. 28, 2 párrafo de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (de ahora en adelante CIDN) exige que la *educación respete la dignidad del niño en tanto ser humano*<sup>14</sup>.

Por su parte, desde la primera sentencia de 1968 (caso lingüístico belga), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (de ahora en adelante, TEDH), sobre la base del art. 2 del Primer Protocolo de 1952<sup>15</sup>, ha tratado de elaborar una jurisprudencia sólida que acuñe los principios más importantes del derecho a la educación<sup>16</sup>. La primera pauta fijada es que “la regla que prohíbe rechazar el derecho a la educación no tiene excepciones”; por eso, por ej., la educación no puede ser negada por el hecho de que el padre no reúna los requisitos administrativos de residencia legal; así lo decidió el 13/12/2005, en el caso *Timishev c/Rusia*, al analizar la situación de dos niños que, cuando tenían siete y nueve años de edad, fueron excluidos de la escuela a la que asistían desde hacía dos años porque su padre, checheno, no estaba empadronado en la ciudad y no tenía tarjeta de

<sup>14</sup> LARROSA, Valérie, *Le droit à l'éducation et à la scolarisation*, en NEIRINCK, Claire et autre (sous la direction de) *La convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, Paris, Dalloz, 2014, pág.197.

<sup>15</sup> “Art. 2. Derecho a la instrucción: *A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas*”.

<sup>16</sup> MEIX CERECEDA, Pablo, *El derecho a la educación en el sistema internacional y europeo*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pág.69.



emigrante al haber sido obligado a restituirla; el TEDH concluyó que hubo violación del artículo 2 del Protocolo n° 1.

Obviamente, esto no significa que un establecimiento escolar no puede imponer sanciones, incluida la exclusión. Así, en *Ali c. Reino Unido*, el 11 de enero de 2011, el TEDH analizó la situación de una persona que: (i) fue expulsada de su escuela después de una investigación policial, legalmente tramitada, por un incendio en el establecimiento; (ii) se le ofreció otro modo de enseñanza; (iii) concluida la instrucción penal, la directora de la escuela invitó a sus padres a participar en una reunión con el fin de facilitar su reintegración, pero ellos no se presentaron y, al dilatar su decisión en cuanto a la vuelta al colegio de su hijo, la plaza fue asignada a otro alumno. La decisión sostiene que el Reino Unido no violó la Convención y afirma que el derecho a la educación no comporta, necesariamente, el derecho de acceso a un establecimiento en particular, ni excluye medidas disciplinarias que, en el caso, incluso, fueron acompañada de otras alternativas que no fueron aprovechadas por los padres.

En la Argentina el derecho a la educación tiene base constitucional indiscutible. Así emana claramente de los siguientes artículos de la Constitución Nacional (de ahora en adelante CN), entre otros:

– 14: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber...de *enseñar y aprender*”.

– 5: Cada provincia debe dictar una Constitución que “asegure... la *educación primaria*”.

– 41: las autoridades deben proveer...*información y educación ambientales*.

– 42: las autoridades deben proporcionar medios para la *educación para el consumo*.

– 75 inc. 17: la Constitución garantiza el respeto a “su identidad y el derecho a una *educación bilingüe e intercultural*”.

– 75 inc. 19. Sancionar leyes de organización y de base de la *educación* que aseguren...la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de *gratuidad* y *equidad de la educación pública estatal* y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.

– 125: “Las provincias y la ciudad de Buenos Aires pueden...promover el progreso económico, el desarrollo humano, la generación de empleo, la *educación*, la ciencia, el conocimiento y la cultura<sup>17</sup>.”

Las menciones de la CN se ven reforzada en el ámbito internacional. Así por ej.

- Declaración Universal de los derechos humanos de 1948, arts. 26;
- Pacto internacional de derechos económicos sociales y culturales, arts. 13 y 14;
- Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, arts. 5 y 7;
- Convención Internacional sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, art. 5, 10 y 14;
- Convención sobre los derechos del niño, arts. 28 y 29<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Para otras normas, ver SCIOSCIOLI, Sebastián, *La educación básica como derecho fundamental*, Bs. As., Eudeba, 2015, capítulo III págs. 29 y ss.

<sup>18</sup> Artículo 28.1. 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: ...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”. Art. 29. 1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; d) Preparar al niño para

Frente a toda esta catarata de normas, es razonable que un Superior Tribunal de provincia afirme que “la escolarización es un derecho del niño que prevalece sobre la opinión que su progenitor pueda tener respecto del sistema de educación formal”; es que “la decisión de excluir a un niño de la escuela conlleva consecuencias dañosas para su presente y futuro, una persona diferente a la de sus padres, que no debe cargar con las consecuencias de decisiones que se fundan en opciones personales de vida”. “El derecho que asiste a los progenitores de brindar una educación de acuerdo con los valores familiares y/o religiosos debe ser satisfecho en el seno del hogar, en forma simultánea a la escolarización” aclarando, finalmente, que “la opinión del niño respecto a concurrir o no a la escuela no puede ser atendida porque no se encuentra en condiciones de evaluar el perjuicio actual y futuro que le ocasionaría la exclusión del sistema educativo”<sup>19</sup>.

De mismo modo, parecería imposible decir que una alumna embarazada no tiene el derecho de concurrir al establecimiento donde se educa. Sin embargo, la situación no sólo ha sido objeto de tratamiento en la jurisprudencia argentina en diversas ocasiones<sup>20</sup>, sino que ha llegado hasta la Comisión interamericana en un caso contra Chile<sup>21</sup>.

---

asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural”. Para un análisis del articulado ver LARROSA, Valérie, *Le droit à l'éducation et à la scolarisation*, en NEIRINCK, Claire et autre (sous la direction de) *La convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, Paris, Dalloz, 2014, pág. 185.

<sup>19</sup> Tribunal Superior de Neuquén, 03/03/2016, La Ley Patagonia 2016 (junio), pág. 7, Cita Online: AR/JUR/3780/2016; ED 267-237 y en Temas de Derecho civil, persona y patrimonio, ErreIus, agosto 2016, pág. 75, con nota de CASTRO, Sandra, *La tutela judicial del derecho a la educación*.

<sup>20</sup> Ver casos relatados por TAGLE DE FERREYRA, Graciela, *El interés superior del niño. Visión jurisprudencial y aportes doctrinarios*, Córdoba, ed. Nuevo enfoque, 2009 pág. 319 y por SCIOSCIOLI, Sebastián, *La educación básica como derecho fundamental*, Bs. As., Eudeba, 2015, pág. 93.

<sup>21</sup> El caso concluyó con un arreglo (entre otras prestaciones a cargo del Estado, una beca de estudios para la madre y otra para el niño) Ver CONTRERAS, Daniel, *Apuntes en torno a la discriminación en la escuela: el caso chileno de embarazadas madres y niños viviendo con HIV y el derecho de la educación*, en Justicia y Derechos del niño, n° 11, Unicef, 2009, pág.193.

### 3. Los derechos de las personas con discapacidad son derechos humanos. El modelo social de la discapacidad

Conforme la Convención internacional de los Derechos de las personas con discapacidad de 2006, entrada en vigor en 2008, indiscutiblemente los derechos de estas personas integran la categoría de derechos humanos<sup>22</sup>.

Las cosas no siempre fueron así, ni en lo formal ni en lo sustancial; uno de los primeros hitos lo marcó la Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas aprobada el 20/12/ 1971 bajo el nombre de “Declaración de los derechos del *retrasado* mental”<sup>23</sup>, y cuatro años más tarde, en 1975 la “Declaración de derechos de los *impedidos*”. Adviértase la terminología utilizada (que he marcado en cursivas); la denominación empezó a cambiar varios años después, en 1992, cuando Leandro Despouy, Relator especial de la subcomisión de prevención de las discriminaciones y protección a las minorías, presentó su informe “Los derechos humanos y las personas con discapacidad”, en el que, además de analizar las acciones que se habían tomado hasta ese momento, planteó expresamente el tema como una cuestión de derechos humanos.

La modificación en el lenguaje obedece a un cambio de paradigma. Se pasó del *modelo individual o médico*, al llamado *modelo social*, que puede ser descripto, de modo muy general, a través de los siguientes postulados<sup>24</sup>. La discapacidad:

<sup>22</sup> BIEL PORTERO, Israel, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

<sup>23</sup> En 1999 se publicó un libro bajo el título *Derecho y retraso mental. Hacia un estatuto jurídico de la persona con retraso mental* (Ver SEOANE, José A –coordinador- La Coruña).

<sup>24</sup> Sigo a DE ASÍS, Rafael y otros, *Sobre la accesibilidad universal en el derecho*, Madrid, ed. Dykinson, ps.17 y ss. Para las características de ambos sistemas ver MORENO MOLINA, José A., *La inclusión de las personas con discapacidad en un nuevo marco jurídico-administrativo internacional, europeo, estatal y autonómico*, Madrid, Thomson Reuters/Aranzadi, 2016, pág. 65/79; PALACIO, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, ed. Cinca, 2008; de la misma autora, *La ley 39/2006 a la luz del modelo social y de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, en BARRANCO AVILES (co-

- (i) Desde lo normativo, debe ser abordada como un derecho humano;
- (ii) Es una *situación* en la que se encuentra una persona y no un *rasgo individual* que la caracterice;
- (iii) En la mayoría de los casos, tiene un origen social, por lo que las medidas destinadas a satisfacer los derechos de estas personas deben tener como destinataria también a la sociedad en general;
- (iv) Las políticas deben tender a lograr la igualdad y la no discriminación;
- (v) Es un concepto evolutivo, no estático;
- (vi) Su existencia es un ejemplo de la diversidad humana<sup>25</sup>.

El modelo social de discapacidad ha sido expresamente reprobado por la Corte Interamericana de Derechos humanos en diversas decisiones:

“La discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. La discapacidad es un concepto que evoluciona”; “incluye a las que tienen deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”<sup>26</sup>.

---

ord.), *Situaciones de dependencia, discapacidad y derecho*, Madrid, ed. Dykinson, 2010, pág. 19 y ss; BIEL PORTERO, Israel, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Valencia, ed. Tirant Lo Blanch, 2011 (Las primeras páginas de estos dos últimos libros se destinan a distinguir el modelo médico o individual, del modelo social).

<sup>25</sup> El Informe del Relator Especial de Naciones Unidas Vernor Muñoz sobre “El derecho a la educación de las personas con discapacidades” de 19/2/2007 dice: “Los sistemas educativos deberían dejar de considerar a las personas con discapacidad como problemas que hay que solucionar, y actuar de manera positiva ante la diversidad del alumnado, considerando las diferencias individuales como otras tantas oportunidades para enriquecer la enseñanza para todos”.

<sup>26</sup> Entre otras, *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, 1/9/2015.

#### **4. El derecho humano a la educación del niño con discapacidad. La normativa constitucional y convencional que le presta apoyo**

- a) En la Argentina, las personas con discapacidad se visibilizaron normativamente, de modo definitivo, con la reforma constitucional de 1994. Así, el art. 75, inc. 23° asigna al Congreso de la Nación el deber de “Legislar y promover *medidas de acción positiva* que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los *niños*, las mujeres, los ancianos y las *personas con discapacidad*”.

Otras constituciones también tienen previsiones específicas, pero inicialmente, los tribunales sostuvieron que tenían carácter sólo programático. Así, por ej., en Italia, recién en 1987, la sentencia n° 215 del Tribunal Constitucional decidió que la inserción en la escuela de las personas con discapacidad debe ser “*asegurada*” (y no meramente “favorecida”)<sup>27</sup>.

- b) En el orden internacional, los tratados también son numerosos. Transcribo el articulado específico de la Convención internacional de los derechos del niño en la parte pertinente, entre otras, por las siguientes razones:
- (i) Se trata del primer tratado de derechos humanos que contiene una referencia específica a la discapacidad (artículo 2 sobre la no discriminación) y un artículo separado, el 23, dedicado exclusivamente a los derechos y a las necesidades de los niños con discapacidad;
  - (ii) Ningún Estado-Parte formuló reservas ni declaraciones en relación con ese artículo.

---

<sup>27</sup> Citada por GIRELLI, Federico, *L'assegnazione delle ore di sostegno agli studenti disabili nel seguito delle decisioni d'incostituzionalità*, en COLAPIETRO, Carlo, *Diritti dei disabili e costituzione*, Napoli, ed. Scientifica, 2011, p. 113.

El art. 23 dice:

“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 del niño en la comunidad...”

La asistencia que se preste...será gratuita siempre que sea posible, habida cuenta de la situación económica de los padres o de las otras personas que cuiden del niño, 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.

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...*”.

Por lo demás, el tema ha sido objeto de otras convenciones específicas, algunas de ellas con más de medio siglo de existencia, como la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Unesco el 14/12/1960, entrada en vigor el 22/5/1962; y alrededor de diez declaraciones internacionales (entre otras, la Declaración de la Conferencia Mundial sobre Educación para todos, Tailandia, 1990, etc.).

Concretamente, el art. 24 de la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2007, destinado al derecho a la educación dice:

“*Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este dere-*

*cho 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”.*

Durante las deliberaciones, se discutió si era necesario un artículo específico para la educación de la niñez con discapacidad. Se decidió incluirlo con fundamento en que, hasta entonces, los gobiernos centraban la respuesta casi exclusivamente en la salud, olvidando la educación, por lo que la norma serviría para visibilizar la cuestión<sup>28</sup>. Es que “el modelo social de discapacidad tiene escaso éxito *social*<sup>29</sup>, en tanto, en general, la discapacidad se trata especialmente bajo el enfoque médico-asistencial. Por eso, es imprescindible que el derecho mencione expresamente al rol esencial de la educación”<sup>30</sup>.

## 5. Educación, discapacidad y pobreza

Hace pocos años, en 2011, se escribía desde el Ministerio Público Tutelar de la ciudad de Bs. As.<sup>31</sup>: “La CABA ha devenido un escenario desigualitario en razón del trato discriminatorio que afecta a niños, niñas y adolescentes que habitan sus zonas más pobres. Esto se debe a la deficitaria calidad del servicio educativo que allí se brinda en relación con el resto de la ciudad. La situación muestra su gravedad al ser contrastada con la centralidad y el alcance que el derecho a la educación tiene en nuestra legislación vigente. El desacople entre el marco normativo vigente y las efectivas políticas públicas queda

<sup>28</sup> PALACIO, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, ed. Cinca, 2008, pág. 352/353.

<sup>29</sup> La prensa se hizo eco de un mail enviado por una madre a otra cuyo hijo padece de autismo. Ver <https://www.elsol.com.ar/tu-hijo-es-discapacitado-por-que-no-lo-mandas-a-otro-lado>

<sup>30</sup> DE ASÍS, Rafael y otros, *Sobre la accesibilidad universal en el derecho*, Madrid, ed. Dykinson, ps.31.

<sup>31</sup> A.V., *Niñez, adolescencia y salud mental en la ciudad de Bs As.*, Bs. As. Eudeba, Ministerio Público Tutelar, 2011, ps. 115 y 124.



de manifiesto en diversas situaciones de vulnerabilidad del derecho a la educación. La realidad muestra el carácter fragmentario de un sistema que brinda respuestas diferenciales según las condiciones socioeconómicas de los NNA vulnerando su derecho a la educación y el principio de igualdad”.

Indudablemente, hay una estrecha correlación entre discapacidad y pobreza<sup>32</sup>. “La exclusión de la educación intensifica los niveles de pobreza y limita las oportunidades en la vida. La exclusión del aula del alumnado con necesidades educativas especiales marca el principio de una vida destinada a la exclusión social. Las personas con algún tipo de discapacidad se encuentran entre las más pobres de la población empobrecida. La exclusión y la pobreza, además del impacto en la vida concreta de cada persona, tiene un impacto negativo en las comunidades. Abordar la exclusión de la educación supone reducir los niveles de pobreza y desarrollo”<sup>33</sup>.

Por eso, el Comité de la Convención de los derechos del niño ha dicho que “si los Estados Partes *no asignan fondos suficientes* para garantizar la enseñanza de calidad, obligatoria y gratuita para todos los niños, es improbable que asignen recursos para formar a maestros para los niños con discapacidad o para proporcionar el material didáctico y el transporte necesario para esos niños. Actualmente la descentralización y la privatización de los servicios son instrumentos de la reforma económica. Sin embargo, no se debe olvidar que, en última instancia, corresponde al Estado-Parte la responsabilidad de supervisar que se asignan fondos suficientes a los niños con discapacidad, junto con estrictas orientaciones para la prestación de los servicios. Los recursos asignados a los niños con discapacidad de-

---

<sup>32</sup> Las crisis económicas lo ponen aún más de manifiesto; los primeros excluidos del sistema de trabajo son las personas más vulnerables, entre ellas, las personas con discapacidad (Ver MORENO MOLINA, José A., *La inclusión de las personas con discapacidad en un nuevo marco jurídico-administrativo internacional, europeo, estatal y autonómico*, Madrid, Thomson Reuters/Aranzadi, 2016, pág. 44.

<sup>33</sup> <https://autismodiario.org/2013/12/03/en-el-dia-internacional-de-las-personas-con-discapacidad-feaps-reivindica-el-derecho-una-educacion-inclusiva/>

ben ser suficientes –y consignados de tal forma que no sean utilizados para otros fines– para cubrir todas sus necesidades, en particular los programas creados para formar a profesionales que trabajan con niños con discapacidad, tales como maestros, fisioterapeutas, los encargados de formular políticas; campañas de educación; apoyo financiero para las familias; mantenimiento de ingresos; seguridad social; dispositivos de apoyo y servicios conexos”<sup>34</sup>.

En este mismo sentido, la sentencia 2231/2010 del Tribunal Constitucional italiano afirmó que la discrecionalidad legislativa en la elección de las medidas educativas no es absoluta, sino que encuentra límite en el respeto al núcleo de la garantía del interesado, por lo que declaró inconstitucional la limitación de la reserva presupuestaria relativa al número de horas cubiertas para los alumnos con discapacidad, pues afectaba directamente uno de los instrumentos gracias a los cuales se hace efectivo el derecho fundamental a la instrucción de la persona, especialmente, si tiene una discapacidad grave<sup>35</sup>.

Por todo esto, el Comité de los derechos económicos, sociales y culturales insta “a) los Estados Partes a que conviertan en una cuestión de alta prioridad la atención y la asistencia especiales a los niños con discapacidad y *a que inviertan el máximo posible de recursos disponibles en la eliminación de la discriminación contra los niños con discapacidad para su máxima inclusión en la sociedad*”<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 9 (2006), *Los derechos de los niños con discapacidad*.

<sup>35</sup> Cit. por GIRELLI, Federico, *L’assegnazione delle ore di sostegno agli studenti disabili nel seguito delle decisioni d’incostituzionalità*, en COLAPIETRO, Carlo, *Diritti dei disabili e costituzione*, Napoli, ed. Scientifica, 2011, p. 121.

<sup>36</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 9 (2006), *Los derechos de los niños con discapacidad*.

## 6. Fines de la educación de los niños con discapacidad

La importancia de la educación se hace aún más manifiesta tratándose de NNA con discapacidad<sup>37</sup>. Su principal objetivo es “el desarrollo de la personalidad de cada niño, de sus dotes naturales y capacidad, reconociéndose el hecho de que cada niño tiene características, intereses y capacidades únicas y también necesidades de aprendizaje propias”<sup>38</sup>.

El Comité de los derechos económicos, sociales y culturales, en consonancia con el modelo social de la discapacidad, insiste en que los obstáculos no tienen causa en la discapacidad en sí misma, sino más bien en una combinación de vallas sociales, culturales, de actitud y físicos que los niños con discapacidad encuentran en sus vidas diarias. Por tanto, la estrategia para promover sus derechos consiste en adoptar las medidas necesarias para eliminar esos obstáculos. Por eso, el párrafo 1 del artículo 23 debe considerarse el *principio rector* para la aplicación de la Convención con respecto a los niños con discapacidad; la finalidad es entonces: (i) *el disfrute de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad*, (ii) *le permitan llegar a bastarse a sí mismo* y (iii) *faciliten la participación del niño en la comunidad*. El mensaje principal es, pues que “los niños con discapacidad deben ser *incluidos* en la sociedad”.

En la Argentina, el art. 11 de la ley 26.206<sup>39</sup> dispone que los fines

<sup>37</sup> MONÓPOLI, Valeria A., *La inclusión social de niñas y niños con discapacidad. Derecho y recurso para la autonomía*, en *Discapacidad, Justicia y Estado* N° 5. Vida independiente pág. 59, Infojus, Id SAIJ: DACF150105.

<sup>38</sup> RODRÍGUEZ ITURBURU, Mariana, *Cuando los padres no pueden o no quieren, es el operador del derecho quien debe resguardar los derechos de la infancia*, en *Rev. Derecho de Familia* 2009-II- 167.

<sup>39</sup> El Capítulo VIII de la ley de Educación n° 26206 se refiere a la educación especial en estos términos: ART. 42. La Educación Especial es la modalidad del sistema educativo destinada a asegurar el derecho a la educación de las personas con discapacidades, temporales o permanentes, en todos los niveles y modalidades del Sistema Educativo. La Educación Especial se rige por el principio de *inclusión educativa*, de acuerdo con el inciso n) del artículo 11 de esta ley. La Educación Especial brinda atención educativa en todas aquellas problemáticas específica que no puedan ser abordadas por la educación común. El Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, en acuerdo con el Consejo Federal de Educación, garantizará la integración de los/as alumnos/as con discapacidades

y objetivos de la política educativa nacional son:

*“inc. e) Garantizar la inclusión educativa a través de políticas universales y de estrategias pedagógicas y de asignación de recursos que otorguen prioridad a los sectores más desfavorecidos de la sociedad;...*

*inc. n) Brindar a las personas con discapacidades, temporales o permanentes, una propuesta pedagógica que les permita el máximo desarrollo de sus posibilidades, la integración y el pleno ejercicio de sus derechos”.*

## **7. El entorno familiar**

El Comité de la Convención de los derechos del niño señala que “La mejor forma de cuidar y atender a los niños con discapacidad es dentro de su propio entorno familiar, siempre y cuando la familia tenga medios suficientes en todos los sentidos. Este apoyo de las

---

en todos los niveles y modalidades según las posibilidades de cada persona. ART. 43. Las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el marco de la articulación de niveles de gestión y funciones de los organismos competentes para la aplicación de la Ley N° 26.061, establecerán los procedimientos y recursos correspondientes para identificar tempranamente las necesidades educativas derivadas de la discapacidad o de trastornos en el desarrollo, con el objeto de darles la atención interdisciplinaria y educativa para lograr su inclusión desde el Nivel Inicial. ART 44. Con el propósito de asegurar el derecho a la educación, la integración escolar y favorecer la inserción social de las personas con discapacidades, temporales o permanentes, las autoridades jurisdiccionales dispondrán las medidas necesarias para: a) Posibilitar una trayectoria educativa integral que permita el acceso a los saberes tecnológicos, artísticos y culturales. b) Contar con el personal especializado suficiente que trabaje en equipo con los/as docentes de la escuela común. c) Asegurar la cobertura de los servicios educativos especiales, el transporte, los recursos técnicos y materiales necesarios para el desarrollo del currículo escolar. d) Propiciar alternativas de continuidad para su formación a lo largo de toda la vida. e) Garantizar la accesibilidad física de todos los edificios escolares. ART 45.- El Ministerio de Educación, Ciencia y Tecnología, en acuerdo con el Consejo Federal de Educación, creará las instancias institucionales y técnicas necesarias para la orientación de la trayectoria escolar más adecuada de los/as alumnos/as con discapacidades, temporales o permanentes, en todos los niveles de la enseñanza obligatoria, así como también las normas que regirán los procesos de evaluación y certificación escolar. Asimismo, participarán en mecanismos de articulación entre ministerios y otros organismos del Estado que atienden a personas con discapacidades, temporales o permanentes, para garantizar un servicio eficiente y de mayor calidad”.

familias incluye la *educación de los padres y los hermanos*, no solamente en lo que respecta a la discapacidad y sus causas, sino también las necesidades físicas y mentales únicas de cada niño; el apoyo psicológico receptivo a la presión y a las dificultades que significan para las familias los niños con discapacidad; *la educación en cuando el lenguaje común de la familia*<sup>40</sup>. En otras palabras, la escolarización incluye la orientación a los padres para la necesaria cooperación entre la escuela y la familia<sup>41</sup>.

Más aún, incluso para los países de economías emergentes, se ha sostenido que “la familia tiene que desempeñar un papel más activo y responsable en la atención y protección de las personas”, dado que el Estado no puede hacerse cargo<sup>42</sup>.

## **8. El concepto amplio de discapacidad y su impacto en el derecho a la educación**

La noción de discapacidad es muy amplia; en efecto, la expresión “personas con discapacidad” incluye a quienes tienen impedimentos físicos, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás”.

Dada esa amplitud, está claro que no todas las minusvalías son iguales respecto a la autodeterminación que se busca alcanzar a través de la educación.

---

<sup>40</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 9 (2006), *Los derechos de los niños con discapacidad*.

<sup>41</sup> TORRES LÓPEZ, María A., *Derecho administrativo. Régimen jurídico administrativo de las personas con discapacidad*, en ALCAIN MARTÍNEZ y otros (coord.), *Régimen jurídico de las personas con discapacidad en España y en la Unión Europea*, Granada, ed. Comares, 2006, pág. 221.

<sup>42</sup> GONZÁLEZ FERRER, Yamila, *En acercamiento a los derechos a la salud y la educación de las personas con discapacidad en Cuba*, en PÉREZ GALLARDO (coord.) *Discapacidad y Derecho civil*, Madrid, ed. Dykinson, 2014, pág.161.

En otras palabras, como afirma el Tribunal Constitucional italiano, las personas con discapacidad no constituyen un grupo homogéneo (o como dicen los franceses, se trata de una población heterogénea<sup>43</sup>); por lo tanto, es necesario individualizar mecanismos de remoción de los obstáculos que tengan en cuenta la tipología de la discapacidad que afecta *in concreto* a la persona<sup>44</sup>.

Todas las discapacidades presentan alguna especialidad que debe ser atendida; quizás, el colectivo de las personas afectadas mentalmente sea uno de los más desfavorecidos<sup>45</sup>; cada una requerirá tratamientos específicos; así, por ej., el derecho a la educación de un niño con discapacidad auditiva, menos visible pero tan frecuente, tendrá en miras la forma de comunicación<sup>46</sup>, etc.

En Francia, al igual que en la Argentina, se verifica una cierta *fragmentación* de las movilizaciones en favor de los niños con discapacidad mediante acciones colectivas con reivindicaciones específicas. Por ej., la asociación “*Vencer el autismo*” interpuso una acción colectiva en 2009, para reclamar contra las disposiciones de una ley de 11/2/2005<sup>47</sup>; la educación del niño que adolece del trastorno de espectro autista (TEA) ha sido objeto de diversos estudios<sup>48</sup>; otro

<sup>43</sup> MALLET, Eric, *Enfant handicapé et protection juridique*, Paris, ed. Litec, 2005, ps. 4.

<sup>44</sup> Citado por GIRELLI, Federico, *L'assegnazione delle ore di sostegno agli studenti disabili nel seguito delle decisioni d'incostituzionalità*, en COLAPIETRO, Carlo, *Diritti dei disabili e costituzione*, Napoli, ed. Scientifica, 2011, p. 117.

<sup>45</sup> SALAS LABAYEN, María R. *Educación y discapacidad. La autodeterminación en la persona con discapacidad*, en ADROHER BIOSCA, Salomé (coordinadora) *Discapacidad e integración: familia, trabajo y sociedad*, Madrid, ed. Universidad de Comillas, 2004, pág. 93.

<sup>46</sup> ABADÍA BELTRAN, Ángeles, *Cuestiones en torno a la educación*, en ADROHER BIOSCA, Salomé (coordinadora) *Discapacidad e integración: familia, trabajo y sociedad*, Madrid, ed. Universidad de Comillas, 2004, ps.139; DIAZ RUBIDO, Claudia, *La sordomudez como discapacidad sensorial: su enfoque jurídico y tratamiento en la legislación cubana*, en PÉREZ GALLARDO (coord.) *Discapacidad y Derecho civil*, Madrid, ed. Dykinson, 2014, pág. 81.

<sup>47</sup> LARROSA, Valérie, *Le droit à l'éducation et à la scolarisation*, en NEIRINCK, Claire et autre (sous la direction de) *La convention internationale des droits de l'enfant, une convention particulière*, Paris, Dalloz, 2014, p. 195.

<sup>48</sup> MASEDA MORENO, Pilar, *Reflexión en torno a la educación inclusiva de las personas con trastorno de espectro autista*, en ADROHER BIOSCA, Salomé (coordinadora) *Discapacidad e integración: familia, trabajo y sociedad*, Madrid, ed. Universidad de Comillas, 2004, p. 129. El 10-

tanto con las personas con discapacidades auditivas<sup>49</sup> etc.

Una alteración frecuente en la escuela primaria es la *dislexia*. En la Argentina, la ley 27.306/2016<sup>50</sup>, declara de interés nacional el abordaje integral e interdisciplinario de las personas que presentan “Dificultades Específicas del Aprendizaje (DEA)”. “Las DEA son alteraciones de base neurobiológica, que afectan a los procesos cognitivos relacionados con el lenguaje, la lectura, la escritura y/o el cálculo matemático, con implicaciones significativas, leves, moderadas o graves en el ámbito escolar”. Los impulsores de la ley aclaran que las DEA no son el resultado de una discapacidad sensorial, física, psíquica, motora o intelectual; no se deben a causas externas (como diferencias socioeconómicas o culturales); la dificultad –según explican– es intrínseca a la persona, debido a la base neurobiológica del padecimiento.

## **9. El derecho del niño con discapacidad a la educación *inclusiva***

La dicotomía existente entre educación *especial* y educación *inclusiva* ha sido trabajosamente debatida.

Desde lo normativo, se ha pasado de un sistema basado en la educación *especial*, que segrega, a un sistema de educación *inclusiva*,

---

3-2004, durante la reunión de los delegados de los ministros, el Consejo de Europa suscribió una resolución que respondió a la reclamación colectiva 13-2000 interpuesta por la asociación “Autismo Europa c/ Francia” exhortando a Francia a cumplir con el plan de mejoramiento de la situación de los autistas en Francia, conforme el plan que el propio país había presentado.

<sup>49</sup> CUENCA GÓMEZ, Patricia (editora), *Estudios sobre los derechos de las personas sordas*, Madrid, ed. Dykinson, 2011. El libro contiene cuatro artículos; uno de ellos trata la cuestión de la educación (BARRANCO AVILÉS, María del Carmen, *Significado y alcance de las medidas de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas. Especial atención al ámbito educativo*, pág. 135).

<sup>50</sup> ALFONSO, Horacio C. y WIGUTOW, Emiliano J. *La sanción de la Ley de Dislexia: una verdadera medida de acción positiva por parte del Congreso de la Nación*, en Rev. DFyP 2017 (abril), 06/04/2017, 224, Cita Online: AR/DOC/608/2017. La provincia de Tucumán dictó la ley 8938 de Atención integral de niñas, niños y adolescentes con dificultades específicas del aprendizaje (DEA) promulgada el 17/11/2016, Cita Online: AR/LEGI/8Z23.

que integra al niño en la educación llamada “ordinaria”, con otros niños. No obstante, hay que señalar que la educación *especial* fue el primer enfoque desde el cual los sistemas educativos trataron de dar respuesta a las necesidades de las personas con discapacidad; antes, ellas no tenían derecho a la educación y, por lo tanto, en la mayoría de los casos estaban excluidas del sistema educativo. En consecuencia, la aparición del modelo de la educación especial fue un progreso. Además, en muchos casos, particularmente en la discapacidad mental o intelectual más profunda, la educación especial continúa siendo el modelo posible o, a veces, único<sup>51</sup>.

La idea de la inclusión se manifestó en forma expresa en 1981, con motivo de la Conferencia Mundial sobre Estrategias de acción para la educación, prevención y rehabilitación, celebrada en Torremolinos<sup>52</sup>. Pero los pilares se consolidaron varios años más tarde, en 1994, en la Conferencia Mundial sobre Necesidades Educativas especiales, que emitió la Declaración de Salamanca, firmada por los delegados de 92 gobiernos y 25 organizaciones internacionales participantes, que expresa: “*Las personas con necesidades educativas especiales deben tener acceso a las escuelas ordinarias, que deberán integrarlos 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 en todo el sistema educativo”<sup>53</sup>.

<sup>51</sup> ROSALES, Pablo, *Reflexiones sobre la escolaridad común de las personas con discapacidad y la obligación de cobertura de obras sociales y prepagas*, El Dial 16/9/2009.

<sup>52</sup> BIEL PORTERO, Israel, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, págs. 410.

<sup>53</sup> ALONSO PARREÑO, María J., *Los derechos de los niños con discapacidad en España*, en PEREZ BUENO, Luis C (dirección), *Hacia un derecho de la discapacidad. Estudios en homenaje al profesor Rafael de Lorenzo*, Madrid, ed. Aranzadi, 2009, pág.908.



El informe de 2005 de la Unesco definió los cuatro elementos característicos de la *inclusión* en la educación:

- La inclusión como *proceso*, como búsqueda constante de las fórmulas más adecuadas para responder a la diversidad.
- Identificación y eliminación de las barreras que limitan el acceso a la educación.
- No basta con la presencia; es necesario asegurar la *participación* y éxito académico en el sistema.
- Énfasis especial sobre los grupos de estudiantes en riesgo de exclusión, marginalización o fracaso educativo.

Las dificultades de este proceso se hacen evidentes porque, como dice Agustina Palacio<sup>54</sup>, “desafía la noción de *normalidad* en la educación; la normalidad es una construcción impuesta sobre una realidad donde solo existe la diferencia. Desde esta premisa, las necesidades especiales son una característica de todos los alumnos y alumnas y no solo de quienes tienen una diversidad funcional. No obstante, el problema es que sus necesidades no han sido tenidas en cuenta a la hora del diseño de la currícula, de la formación de los maestros, etc. sino que han sido ignoradas en todos los ámbitos del sistema educativo ordinario”.

El Informe del Relator Especial de Naciones Unidas Vernor Muñoz sobre “El derecho a la educación de las personas con discapacidades” de 19/2/2007 marca las dificultades de pasar de un sistema a otro: La transición de una educación segregada y especial a una educación inclusiva no es sencilla, por lo que hay que tener presente las complejas cuestiones que plantea y hacerles frente con decisión. Y es que no se puede hacer las cosas a medias... Así, por ejemplo, la “integración” educativa que a menudo se presenta como una verdadera “inclusión”, o un sustituto, ha creado sus propias dificultades. Los intentos de una mera integración en las escuelas regulares sin los correspondientes cambios

---

<sup>54</sup> PALACIO, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Madrid, ed. Cinca, 2008, p. 382.

estructurales (por ejemplo, organización, planes de estudios y estrategias didácticas y de aprendizaje) han resultado, y seguirán resultando inútiles, por varios motivos, para observar los derechos educativos de las personas con discapacidad. En efecto, puede ocurrir que la “integración” implique una exclusión en las escuelas regulares antes que en las escuelas especiales. Por ello, es indudable que la política educativa actual y la del futuro debe determinar y eliminar todos los sesgos estructurales que entrañen una posible exclusión del sistema educativo ordinario. Las políticas y los recursos encaminados a formular prácticas genuinamente “inclusivas” deben primar sobre las antiguas prácticas.

En el mismo sentido, el Informe de la Relatora especial sobre el derecho a la educación, Sra. Koumbou Boly Barry, dice: *Para que la educación sea inclusiva es necesario que las escuelas se adapten y acepten a todos los niños, con independencia de sus condiciones físicas, intelectuales, sociales, emocionales, lingüísticas o circunstancias personales de otro tipo. Los Estados deben velar por que todos los niños reciban la asistencia especial que necesitan para atender sus necesidades particulares; no puede añadirseles simplemente a las clases sin hacer ninguna adaptación. La inclusión efectiva debe llevarse a cabo mediante leyes y políticas educativas, y también debe incorporarse en la cultura y las prácticas dentro de las escuelas*<sup>55</sup>. La educación inclusiva ha demostrado ser eficaz en función de los costos y ayudar a lograr los mejores resultados de aprendizaje. *Por lo general deberían evitarse, como solución menos deseable, las instituciones especiales, incluidas las escuelas especializadas, pues, como mínimo, dificultan a los alumnos con capacidades diferentes el socializar e interactuar, actividades que pueden mejorar la tolerancia y el respeto mutuo. Se ha demostrado que las escuelas inclusivas que brindan un entorno de apoyo y condiciones de aprendizaje apropiadas al contexto son mejores para los alumnos*<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> Informe presentado a la Asamblea de Naciones Unidas por la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Sra. Koumbou Boly Barry, en 2017, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/303/27/PDF/N1730327.pdf?OpenElement>.

<sup>56</sup> <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N17/303/27/PDF/N1730327.pdf?OpenElement>, 2017.

Ese mismo informe recomienda:

*“118. La legislación nacional sobre educación nunca debe impedir a los niños con discapacidad realizar su derecho a la educación. Debe modificarse la legislación que considere determinadas categorías de niños como ineducables o que asigne la responsabilidad de la educación de los niños con discapacidad a ministerios que no sean el de educación”.*

De cualquier modo, lograr que todas las personas con discapacidad participen efectivamente en los sistemas generales de educación no siempre es posible, por lo que debe preverse la posibilidad de proporcionar los medios y la asistencia especiales para aquellas personas que lo requieran.

Por eso, los artículos 15, 17 y E de la Carta Social Europea (revisada) de 1996, que regulan la discriminación, la educación y, específicamente, la educación de personas con discapacidad dispone que las Partes se comprometen, en particular “a tomar las medidas necesarias para proporcionar a las personas con discapacidad orientación, educación y formación profesional dentro del marco de los programas generales siempre que sea posible o, cuando no sea posible, a través de instituciones especializadas, públicas o privadas”.

O sea, “la inserción de los estudiantes con discapacidad en las escuelas representa un índice significativo del desarrollo de una sociedad”<sup>57</sup>, pero la alternativa de la educación especializada debe estar presente, aunque de modo subsidiario y excepcional, para aquellos supuestos de discapacidad tan grave que la inclusión no sea la vía adecuada<sup>58</sup>.

---

<sup>57</sup> GIRELLI, Federico, *L'assegnazione delle ore di sostegno agli studenti disabili nel seguito delle decisioni d'incostituzionalità*, en COLAPIETRO, Carlo, *Diritti dei disabili e costituzione*, Napoli, ed. Scientifica, 2011, p. 111.

<sup>58</sup> Ver todos los antecedentes en BIEL PORTERO, Israel, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, págs. 252 y ss.

Mientras se elaboraba la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, las distintas delegaciones mostraron diversos puntos de vista. La más radical a favor de la educación inclusiva sostenía: “La educación general debe cambiar, y ello significa adaptarse a las necesidades de todos y todas. El desafío es inmenso: se requiere que el sistema de educación se adapte a cada niño o niña en particular, en contra de la tradición histórica de excluir a aquellos niños o niñas que se consideran incapaces de adaptarse al sistema de educación, tal cual se encuentra diseñado”. Otros, en cambio, reclamaban que el texto permitiese elegir entre la educación general y las escuelas especiales.

Finalmente, el artículo 24, antes citado, previó la obligación de los Estados Partes de asegurar un sistema de *educación inclusivo* a todos los niveles; y para hacer efectivo ese derecho, los Estados partes aseguran 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”.*

Ahora bien, la Observación General N.º 9 (2006), *Los derechos de los niños con discapacidad* del Comité de los Derechos del Niño advierte que “el término *inclusivo* puede tener significados diferentes. Básicamente, la educación inclusiva es un conjunto de valores, principios y prácticas que tratan de lograr una educación cabal, eficaz y de calidad para todos los alumnos, que hace justicia a la diversidad de las condiciones de aprendizaje y a las necesidades no solamente de los niños con discapacidad, sino de todos los alumnos. Este objetivo se puede lograr por diversos medios organizativos que respeten la diversidad de los niños. La inclusión puede ir desde la colocación a tiempo completo de todos los alumnos con discapacidad en un aula general o la colocación en una clase general con diversos grados de inclusión, en particular una determinada parte de educación especial. Es importante comprender que la inclusión no debe entenderse y practicarse simplemente como la integración de los niños con discapacidad en el sistema general independientemente de sus problemas y necesidades. Es fundamental la estrecha cooperación entre los educadores especiales y los de enseñanza general. Es preciso volver a evaluar y desarrollar los programas escolares para atender las necesidades de los niños sin y con discapacidad. Para poner en práctica plenamente la idea de la educación inclusiva es necesario lograr la modificación de los programas de formación para maestros y otro tipo de personal involucrado en el sistema educativo”.

Por su parte, el párrafo 35 de la Observación n° 5 del Comité de Derechos Económicos Sociales y culturales dice: “En la actualidad, los programas escolares de muchos países reconocen que la mejor manera de educar a las personas con discapacidad consiste en educarlas *dentro del sistema general de educación*. Las Normas Uniformes estipulan que “los Estados deben reconocer el principio de la igualdad de oportunidades de educación en los niveles primario, secundario y superior para los niños, los jóvenes y los adultos con discapacidad en entornos integrados”. Para llevar a la práctica ese principio, los Estados deben velar por que los profesores estén adiestrados para educar a niños con discapacidad *en escuelas ordinarias* y

*se disponga del equipo y el apoyo necesarios para que las personas con discapacidad puedan alcanzar el mismo nivel de educación que las demás personas”.*

Una importante cantidad de leyes provinciales de la Argentina intentan seguir ese derrotero. Por ej., el Ministerio de Educación de la Provincia de Córdoba dictó la Resolución 667/2011 cuyo ámbito de aplicación es “el conjunto de los servicios educativos orientados a los procesos de integración de los alumnos que presentan necesidades educativas derivadas de la discapacidad en el ámbito de la escuela común, tanto de gestión estatal como privada”. Establece que el Estado Provincial garantizará el proceso de integración en el ámbito de la escuela común, de los alumnos que presenten necesidades educativas derivadas de la discapacidad, sea con carácter permanente o temporal, y agrega “a cuyos fines disminuirá y/o eliminará toda barrera física, ambiental y de organización institucional que impida o entorpezca el mismo”.

No obstante, aquí también, “la exigencia de un modelo de educación inclusiva, coherente con el discurso de los derechos humanos, es discutida socialmente y no ha tenido reflejo generalizado en las estructuras educativas. En ocasiones, esto se ha debido a un problema del propio discurso de los derechos, que se traduce, todavía hoy, en la discusión sobre su alcance en el ámbito de las relaciones privadas. Si nos cuesta asumir el principio de la educación inclusiva en el campo de la educación pública, cuando se plantea en el de la educación privada, surge un nuevo principio (el de la autonomía privada) que se sigue queriendo situar por encima de los derechos”<sup>59</sup>.

Específicamente, para el ámbito del territorio argentino, en 2012, el Comité de los Derechos de las personas con discapacidad dijo en sus observaciones finales respecto a los informes presentados por los países: “el marco legislativo que regula la educación en el Estado parte contiene de manera expresa el principio de la educación

---

<sup>59</sup> DE ASÍS, Rafael y otros, *Sobre la accesibilidad universal en el derecho*, Madrid, ed. Dykinson, ps.31.

inclusiva (artículo 11 de la Ley No. 26.206). Sin embargo, observa con preocupación que la implementación de este principio se ve limitado, en la práctica, por la falta de adecuación de los programas y planes de estudio a las características de los educandos con discapacidad, así como por la prevalencia de barreras de todo tipo que impiden que las personas con discapacidad accedan al sistema educativo en condiciones de igualdad y no discriminación con el resto de los estudiantes. El Comité expresa su gran preocupación por el elevado número de niños y niñas con discapacidad atendidos en escuelas especiales y por la ausencia de centros de recursos educativos que apoyen la inclusión efectiva de los estudiantes con discapacidad”. En consecuencia, recomendó “intensificar los esfuerzos para asegurar la escolarización de todos los niños y niñas con discapacidad en la edad obligatoria establecida por el Estado parte, prestando atención a las comunidades de los pueblos indígenas y a otras comunidades rurales”. Asimismo, urgió a “tomar las medidas necesarias para que los estudiantes con discapacidad inscritos en escuelas especiales se incorporen a las escuelas inclusivas y a ofrecer ajustes razonables a los estudiantes con discapacidad en el sistema educativo general”.

Será cuestión, pues, de tomar en serio aquello que “la inserción de los estudiantes con discapacidad en las escuelas representa un índice significativo del desarrollo de una sociedad”<sup>60</sup>.

## **10. El carácter no absoluto del derecho a la educación inclusiva en el Tribunal Constitucional español**

¿Qué sucede si la autoridad educativa decide que la única posibilidad del alumno es una escuela de educación especial y los padres insisten en el modelo inclusivo?

---

<sup>60</sup> GIRELLI, Federico, *L'assegnazione delle ore di sostegno agli studenti disabili nel seguito delle decisioni d'incostituzionalità*, en COLAPIETRO, Carlo, *Diritti dei disabili e costituzione*, Napoli, ed. Scientifica, 2011, p. 111.

El Tribunal Constitucional español<sup>61</sup> debió resolver el conflicto planteado por los padres de un niño con autismo, que había sido sometido, por decisión de las autoridades educativas, a varios cambios de colegio, en poco tiempo. Los padres insistían en que volviese a la escuela ordinaria en la que había cursado inicialmente, en contra de la opinión de la autoridad administrativa que entendía que la única posibilidad para el niño era ingresar en una escuela especial que trabajaba con grupos no superiores a cuatro niños. El Constitucional rechazó la petición de los padres con los siguientes argumentos, sintéticamente expuestos: (1) la decisión de escolarización en un centro de educación especial no configura una lesión del derecho a la integridad moral del menor y a su dignidad personal en tanto no puede calificarse como “trato degradante”, al haber sido tomada, con independencia de su acierto o no, por los órganos legalmente habilitados y en el marco de un amplio expediente reglado dirigido a evaluar sus necesidades educativas, en el que han intervenido profesionales cualificados e incluso los padres del alumno afectado; (2) el derecho de los padres a determinar el tipo de educación de sus hijos no incluye, como elemento del derecho constitucionalmente garantizado, el derecho de los padres a escolarizar a su hijo en un centro ordinario de educación, en lugar de hacerlo en un centro de educación especial, pues ello vendrá condicionado a la acreditación por parte de las autoridades competentes de las necesidades educativas específicas del menor; (3) el debate constitucional del caso debe centrarse en determinar si, como sostiene la parte recurrente y el Fiscal, la Administración educativa al ordenar la escolarización del niño en un centro de educación especial en lugar de incluirle en un centro ordinario con los apoyos necesarios para su integración, le ha discriminado y vulnerado su derecho a la educación; (4) Según el art. 74 de la Ley Orgánica 2/2006 de educación, la escolarización de estas personas en unidades o centros de educación especial “sólo se llevará a cabo cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las

<sup>61</sup> 27/1/2014, <http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/23770>.



medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios”. La valoración de las necesidades educativas de este alumnado se realiza “por personal con la debida cualificación y en los términos que determinen las Administraciones educativas”, correspondiendo a éstas últimas “promover la escolarización en la educación infantil del alumnado que presente necesidades educativas especiales”. En este último caso, por respeto a los derechos fundamentales y bienes jurídicos afectados, la 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; (5) en el caso, no puede sostenerse que el déficit de motivación del acto administrativo haya vulnerado los derechos fundamentales a la educación e igualdad pues, de la consideración del expediente educativo del alumno en su conjunto se puede deducir sin dificultad que esa resolución justifica la decisión de que el alumno continúe escolarizado en un centro de educación especial, ponderando sus especiales necesidades educativas, y lo hace mediante un razonamiento que supera el juicio de proporcionalidad exigido por nuestra doctrina en aquellos casos en los que la actuación cuestionada de los poderes públicos afecta a un derecho fundamental sustantivo”.

### ***11. El derecho a la educación inclusiva en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos***

El derecho a la *educación inclusiva* de los niños con discapacidad no ha sido tratado específicamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH). No obstante, varias decisiones han abordado dos cuestiones estrechamente vinculadas: por un lado, la existencia de establecimientos educacionales especiales para algunas minorías étnicas (la de los niños gitanos<sup>62</sup>), práctica

---

<sup>62</sup> Compulsar REY MARTÍNEZ, Fernando, *La discriminación racial en la jurisprudencia del tri-*

lamentablemente común, hasta tiempos recientes, en diversos países europeos; por el otro, la discriminación fáctica generada a personas con discapacidad en su acceso a la educación (sin analizar si esa educación debe ser inclusiva o en establecimientos especiales).

Los analizaré en ese orden:

***(1) Precedentes relativos a niños pertenecientes al colectivo gitano (o romaní)***

a) La condena contra la República Checa en el caso *D.H. y otros contra República Checa* requirió llegar hasta la Gran Sala, el 13-11-2007 (*Application no. 57325/00*).

En efecto, una de las salas, por seis votos contra uno, había considerado que no había violación de los arts. 14 de la Convención y 2 del Primer protocolo; reconocía que la solución de la autoridad checa no era la ideal, que la prueba rendida mostraba que la educación concerniente a los niños gitanos no era perfecta, pero la elección de un sistema educativo que concilie todos los intereses no es fácil y no cabía concluir que la ubicación de los niños en las escuelas especiales obedeciera a un prejuicio racial. En definitiva, los denunciantes no habían podido refutar la prueba pericial según la cual las dificultades de aprendizaje impedían a esos niños seguir el currículum de las escuelas primarias ordinarias.

La revocación de la Gran Sala comienza relatando el origen y la situación de los gitanos en Europa: provienen del noroeste de la India y de la raza iraní; llegaron al continente en el siglo XIV y en algunos países de Europa oriental, en la actualidad, representan hasta el 5 % de la población. En su mayoría, además de la suya, hablan la lengua del país en donde viven. A pesar de un origen tan antiguo, siguen siendo discriminados; el nazismo quiso eliminarlos

---

*bunal europeo de derechos humanos*, <https://asistenciavictimasdiscriminacion.org/wp-content/uploads/2013/11/Jurisprudencia-de-Tribunal-Europeo.pdf>, y en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79, enero-abril (2007), pp. 279-307.

por considerarlos una raza inferior. La República checa los considera una minoría a la que ha otorgado un estatus especial. Existen en ese país, aproximadamente, entre 150.000 y 300.000 gitanos. Después de la Primera Guerra Mundial, ese Estado comenzó a instalar escuelas para niños con necesidades especiales, incluidos aquellos que tienen discapacidades *mentales* o *sociales*. El número de alumnos de esas escuelas especiales ha ido creciendo, desde 23.000 en 1960 hasta casi 60.000 en 1988 y a ellas asisten muchos niños gitanos. Según el reglamento, a esos establecimientos van los niños con deficiencias mentales que no pueden concurrir a las escuelas primarias ordinarias. A los niños se los ubica en estos colegios después de un test que mide su capacidad intelectual, la certificación de la maestra y el consentimiento de quien tiene la guarda de la persona menor de edad. En 1995 la República checa produjo importantes cambios en el sistema educativo. En 1998 aprobó un reglamento curricular alternativo para chicos gitanos que hubiesen sido colocados en escuelas especiales; también designó asistentes para facilitar la comunicación con las familias. En 2000 la reforma permitió a los alumnos que hubiesen completado la educación obligatoria en las escuelas especiales el ingreso a las escuelas secundarias ordinarias, siempre que cumplieran los requerimientos ordinarios fijados. Los dieciocho denunciantes de esta causa estuvieron en escuelas especiales entre 1996 y 1999 en la región de Ostrava; los padres prestaron consentimiento a través de un formulario; habían realizado los test cuyos resultados se habían comunicado con la aclaración que podían apelar, pero ningún padre lo hizo; en 1999 se les comunicó la posibilidad de pasar a escuelas ordinarias; cuatro rindieron el nuevo test e ingresaron en esos establecimientos. Los padres de los que quedaron en las escuelas especiales recurrieron, pero no por las vías que formalmente correspondían; la autoridad rechazó esos recursos. Llegaron hasta el tribunal constitucional; invocaban discriminación porque había estatutos escolares especiales para niños de la comunidad gitana.

La Gran Sala analiza todos estos antecedentes a la luz de su jurisprudencia en torno a la igualdad, la discriminación y los medios

y carga de la prueba para acreditar las violaciones a tales garantías. Aunque en el pasado, dijo, algunos precedentes rechazaron las estadísticas como prueba para calificar una determinada práctica como discriminatoria, en casos más recientes se apoyó en esos datos para identificar diferencias de trato a determinados grupos. Así, por ej., en *Hoogendijk contra Holanda*, el 6 de enero de 2.005, decidió: “Cuando el demandante, sobre la base de estadísticas oficiales incontestables, es capaz de mostrar que la existencia de una regla específica (aún formulada de una manera neutral) afecta *de hecho* a un porcentaje claramente mayor de mujeres que de hombres, corresponde al Gobierno demandado demostrar que esto es el resultado de factores objetivos sin relación con cualquier tipo de discriminación por sexo”. La prueba de tales datos genera una inversión de la carga de la prueba, de modo que no es quien alega la discriminación sino el Gobierno demandado el que tiene la carga de demostrar que la diferenciación de trato es objetiva y no tiene que ver de ninguna manera con una discriminación fundada en un dato sensible. En el caso, los denunciantes se quejaban de que, sin datos objetivos, los niños eran tratados o situados en peor condición que el resto. En efecto, conforme prueba estadística, el 56 % de los niños de las escuelas especiales de la región de Ostrava son gitanos; por el contrario, representan solo el 2.6% de los niños de las escuelas primarias ordinarias.

El tribunal también valoró que los test usados para detectar las habilidades de aprendizaje habían dado lugar a un debate científico importante. Aunque reconoce que el rol de los jueces no es juzgar esos test psicológicos, muchos factores lo llevaron a concluir que esos exámenes contienen material que no constituyen una razonable justificación a la luz del art. 14. En primer lugar, porque están hechos para la población en general, sin tener en consideración especiales características de otros niños. Por lo demás, muchos organismos independientes han puesto en duda su valor; uno de ellos informó que ubicar a los niños gitanos con los que tienen retardos mentales, en algunos casos, había sido casi automático, sin que se tengan pruebas que se evaluaban de modo justo.

El decisorio recuerda que el problema de los niños gitanos discriminados ha sido objeto de diversos documentos. Así el informe final del comisionado de derechos humanos de 2006 señala que “estar sujeto a escuelas especiales o clases, generalmente, significa seguir un currículum inferior a los que tienen el resto de los niños y, de este modo, se disminuyen las oportunidades de una posterior educación, o encontrar puestos de trabajo. La ubicación automática de estos niños con los que tienen necesidades especiales aumenta el estigma relativo a que los gitanos son menos inteligentes y menos capaces. Al mismo tiempo, la educación segregada priva tanto a los niños gitanos como a los no gitanos de la oportunidad de conocer, aprender y vivir como ciudadanos iguales generando un círculo vicioso de marginación”. El tema ha alcanzado tal gravedad que ha sido objeto de resoluciones de los ministros de educación de los países europeos.

En definitiva, el pleno revocó la decisión de la Sala y condenó a la República checa por violación del art. 14 de la Convención.

b) En *Sampanis y otros c. Grecia*, de 5/6/2008, se acreditó que durante todo un curso escolar, las autoridades rehusaron inscribir en la escuela a un grupo de niños griegos de origen gitano que, por lo tanto, no fueron escolarizados. Posteriormente, con el pretexto de preparar su integración en las clases normales, acomodaron a más de cincuenta niños en clases especiales en un anexo de la escuela. El TEDH verificó que las Autoridades no evaluaron, por medio de pruebas adecuadas, si los niños tenían aptitudes para concurrir a los colegios ordinarios; tampoco organizó clases de integración, ni controles para ver si habían progresado lo suficiente para incorporarse a ellas. Concluyó, entonces, que el procedimiento de inscripción y de distribución de los niños en clases especiales conllevó la violación del artículo 2 del Protocolo n° 1, y del artículo 14 del Convenio, y que los demandantes no tuvieron acceso a un recurso efectivo, violándose el artículo 13 (derecho a un recurso efectivo).

El caso *Sampani y otros c. Grecia* dio lugar a una nueva decisión el 11 de diciembre de 2012. El asunto se refería a la escolarización de

niños gitanos en una escuela primaria de Aspropyrgos. Advirtiendo la falta de cambio notable desde la primera sentencia, el TEDH estimó que Grecia no tuvo en cuenta las necesidades particulares de los niños gitanos como miembros de un grupo desfavorecido, y consideró que el funcionamiento de esa escuela, a la que entre 2008 y 2010 concurrían sólo niños gitanos, constituyó una discriminación repudiada por la Convención. Preocupado por la eficacia de la decisión, ordenó que los demandantes que todavía estaban en edad de ser escolarizados fuesen inscritos en otra escuela pública, y los que ya habían alcanzado la mayoría de edad, en las “escuelas de la segunda oportunidad” o en las escuelas para adultos, implementadas por el Ministerio de Educación en el marco del Programa de educación permanente.

c) *Orsus contra Croacia* tuvo un derrotero similar al primer caso relatado: la sentencia de Sala, de 17/7/2008 fue revocada por la Gran Sala el 16/3/2010 por una ajustada mayoría (9 contra 8). Recordó, una vez más, que los gitanos son una minoría en desventaja y vulnerable, que requiere especial protección, sobre todo en el ámbito de la educación y particularmente en relación con los niños. A diferencia de los dos casos anteriores, en éste, los datos estadísticos no permitían determinar, *prima facie*, la discriminación racial. El Tribunal dijo, entonces, que la discriminación indirecta puede ser probada sin datos estadísticos. A ese fin, observó que la medida de separar a los niños en el colegio basándose en el insuficiente dominio del idioma, en diversas escuelas de una región, era aplicada sólo a los niños gitanos; que no había exámenes para evaluar objetivamente el nivel de idioma, ni monitorización o control de la medida; que la currícula escolar se reducía sensiblemente en las clases exclusivas de niños gitanos, etc. por lo que la mayoría entendió que se había violado el principio de no discriminación. La minoría, en cambio, consideró que no había discriminación racial porque la diferenciación se fundaba en un criterio neutro impecable: el dominio del idioma.

d) *Horvath y Vadazi c. Hungría*, de 9/11/2010 no ingresó al fondo del asunto. Los demandantes eran de origen gitano. Cuando eran

niños, se les diagnosticó una discapacidad mental menor y fueron acomodados en una clase de adaptación en la que el profesor no detentaba ningún diploma en pedagogía para niños con necesidades especiales. Denunciaron que la decisión de colocarlos en una clase especial estaba basada en su origen étnico y, por lo tanto, era discriminatoria. El Tribunal declaró la demanda inadmisibles por razones formales (no haber agotado las vías internas).

En cambio, el caso *Horváth et Kiss c. Hungría* dio lugar a la sentencia de fondo de 29/1/2013. Dos personas jóvenes de origen gitano se quejaban de haber sido llevados de manera discriminatoria e infundada a una escuela para personas con discapacidad mental. El TEDH recordó que en Hungría existían muchos precedentes de este tipo y concluyó que las Autoridades no habían tomado debida cuenta de las necesidades particulares de estos niños como miembros de un grupo desfavorecido, al haber sido aislados, dificultándose su integración en la sociedad mayoritaria.

e) El 30/5/2013, en el *affaire Lavidia et autres c. Grèce (Requête n° 7973/10)*<sup>63</sup>, decidió nuevamente sobre una denuncia de un grupo de 84 familias de origen gitano que vivía en Sofades. En esa ciudad griega, funcionaban cuatro escuelas públicas; los denunciantes se quejaban porque las vacantes no eran suficientes, por lo que debían transportar los niños hasta la cuarta escuela, situada muy lejos de su vivienda. La situación podía ser calificada de segregación étnica dada la existencia de “escuelas para gitanos”, con un nivel desvalorizado o inexistente de enseñanza. Algunos padres de esa comunidad que inscribieron a sus hijos en las otras escuelas fueron rechazados por los padres de los otros niños. El gobierno decidió: (i) mantener los niños en la cuarta escuela y proveerla de más equipamiento y personal; (ii) construir una nueva escuela para niños gitanos; (iii) que niños gitanos comenzaran a inscribirse en las escuelas ya existentes

---

<sup>63</sup> Ver resumen de ROSENBLAT, Katia, *Derecho a la educación. Igualdad y no discriminación*, en Rev. Derechos Humanos, año III, n° 5, Infojus, 2014, pág. 295.

no debiendo superar el 20% del alumnado en cada una; (iv) que no deberían existir escuelas en las cuales más del 50% del alumnado fuese gitano. Los denunciante se quejaron de que los hijos habían sido ubicados en una escuela reservada exclusivamente a gitanos, privándolos de una verdadera escolaridad, siendo violatorio del art. 14 de la Convención.

El TEDH recordó, como en otras decisiones, que la comunidad gitana es una minoría vulnerable que merece protección especial. Estimó que, aunque el Estado no tenga *intenciones* discriminatorias, una posición que perpetúa la escolarización de los niños gitanos en escuelas exclusivas para esa comunidad y renuncia a las medidas antisegregacionistas efectivas debido a la oposición manifestada por los padres de alumnos no gitanos, no puede considerarse justificada por un objetivo legítimo. Dado que esta situación perduró hasta el período 2012/2013, hubo violación del art. 14, combinado con el art. 2 del protocolo.

***(2) Persona con discapacidad a quien se le ha impedido el derecho a la educación musical***

Un caso relativo al derecho a la educación de una adolescente no vidente fue decidido el 23/5/2016 en la sentencia recaída en *Çam c. Turquie (Requête n° 51500/08)*. La denuncia contra Turquía implicó a una institución educativa musical dependiente de la Universidad de Estambul que negó el ingreso a una persona que quería perfeccionar los estudios con un instrumento turco, similar a un laúd, porque no obtuvo el certificado de salud requerido por la reglamentación al presentar una seria enfermedad visual. Los hechos probados al tribunal fueron: al comienzo, la comisión médica libró un certificado en el que decía que esta niña podía recibir educación musical en aquellas secciones que no requerían aptitud visual; visto este certificado, el instituto notificó a los médicos que lo habían expedido que no había ninguna sección que no requiriese el sentido de la vista. En defini-



tiva, la inscripción fue rechazada por carencia de el certificado. Los padres, en su propio nombre y en el de la hija, recurrieron la decisión administrativa. Alegaron que la adolescente cumplía todos los requisitos para ser inscripta: no había cumplido aún 15 años; tenía título de la escuela primaria; disponía de las especificaciones físicas requeridas para tocar el instrumento elegido; no tenía ninguna discapacidad que le impidiese aprender; había pasado el examen de ingreso con las felicitaciones de una comisión integrada por veinte profesores; también invocaron que, en el pasado, en ese instituto, se habían diplomado otras personas no videntes. La universidad se defendió diciendo que, al inscribirla, los padres habían omitido mencionar la falta de visión de la hija ocultando de tal modo esa discapacidad; que de cualquier modo, el instituto no tenía ni personal ni infraestructura para poder enseñar a una persona con una discapacidad visual del tipo de la que sufría la peticionante. El tribunal en lo administrativo rechazó el recurso sosteniendo que la decisión no causaba un perjuicio definitivo. Durante la tramitación, se agregó un nuevo certificado emitido por el mismo médico dos meses después en el que decía que *no* podía recibir enseñanza. Los padres denunciaron la situación a la Procuración general, indicando que sin haber visto nuevamente a la hija, los médicos habían modificado el sentido del certificado. Diversos recursos deducidos fueron también rechazados, hasta que el asunto llegó al Consejo de Estado, que negó la revisión de las decisiones por razones formales. Al momento en el que el TEDH se pronunció, la denunciante continuaba su escolaridad en una escuela ordinaria del departamento de música de la facultad de Bellas Artes de la Universidad de Mármara.

Después de relatar todos estos antecedentes, el TEDH, como es habitual, analizó la legislación interna, la normativa internacional (en especial, el art. 24 de la Convención de Naciones Unidas relativas a las personas con discapacidad, ratificada por Turquía en 2009) y concluyó que el país denunciado había violado el art. 2 del Protocolo n° 1, en combinación con el art. 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Para llegar a esa conclusión, afirmó que:

- (i) La exclusión de la adolescente se fundó en un reglamento.
- (ii) La reglamentación no excluye a los no videntes, pero exige un certificado de aptitud física y, en el caso, no hay duda de que la causa por la cual no se expidió ese certificado fue la ceguera de la peticionante y que, según surge de los antecedentes, está claro que no podría obtener ese certificado.
- (iii) El gobierno afirma que en esa época la universidad no tenía infraestructura para recibir a personas con discapacidad de este tipo; sin embargo, los derechos no son ilusiones, sino derechos concretos y efectivos, especialmente, tratándose de derecho a la educación, señalado como uno de alta importancia en todos los tratados internacionales.
- (iv) No se ignora que cada niño tiene necesidades pedagógicas propias, especialmente tratándose de niños con discapacidad; en el ámbito de la educación, los ajustes razonables pueden tomar diferentes formas, materiales, inmateriales, pedagógicos u organizativos, sea en términos de accesibilidad, de formación de los profesores, de adaptación de programas de equipamiento adecuados. Por eso, no le corresponde al TEDH sino a los gobiernos locales adaptar los programas o los equipamientos, por encontrarse en mejor situación para resolver estas cuestiones. No obstante, dada la situación de especial vulnerabilidad en la que se encuentran los niños con discapacidad, el Estado debe estar particularmente atento a esas necesidades. En el caso, ninguna prueba muestra que las autoridades locales tomaran medidas para satisfacerlas; simplemente, dijeron que no tenía un certificado justificado en el hecho de que la universidad elige los mejores talentos. Más aún, desde 1976 ese conservatorio no tomó ninguna medida para hacerlo accesible a personas no videntes.

En definitiva, otorgó € 10.000 en concepto de daños y €580 en compensación de gastos.

**(3) *Persona con discapacidad a quien no se le proveen los elementos para poder acceder al edificio educativo***

Otra cuestión vinculada a la educación inclusiva, pero totalmente diferente a la planteada, ha sido decidida por una sala del TEDH el 10/1/2018, en el caso *Enver Şahin c. Turquie (Requête nº 23065/12)*, resolución que se encuentra recurrida ante la Gran Sala<sup>64</sup>. Un estudiante universitario de primer año sufrió en 2005 un accidente que le dejó parapléjico, razón por la que debió suspender sus estudios hasta que su estado le permitiese reintegrarse a la universidad. En marzo de 2007 solicitó a las autoridades académicas que se hicieran las adaptaciones materiales necesarias en las instalaciones para poder reanudar sus estudios el año siguiente en igualdad de condiciones que el resto de los estudiantes. En mayo de 2007 la Facultad respondió indicándole que el edificio había sido proyectado y construido con varios pisos para recibir a 3.000 estudiantes y que su arquitectura no podría ser modificada en poco tiempo; precisó que se había pedido al Rectorado autorización para proceder a realizar ciertos cambios en las entradas y salidas del edificio; también indicó que si el interesado quería continuar con sus estudios, buscarían darle una ayuda dentro de sus posibilidades. En agosto de ese año, por vía notarial, el estudiante emplazó al rector de la universidad y al decano de la facultad a realizar los acondicionamientos solicitados. El Rectorado reiteró que las adaptaciones solicitadas no podían finalizarse a corto plazo por razones presupuestarias y le ofreció la ayuda de un asistente personal para asegurar sus desplazamientos dentro de las instalaciones de la facultad. Precisó, además, que los talleres se en-

---

<sup>64</sup> La síntesis del texto modifica brevemente el resumen traducido al español por HERRERO LÓPEZ, Juan Manuel, *Discriminación por razón de discapacidad (sobre la STEDH de 30 de enero de 2018, Enver Şahin c. Turquía)* <http://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2018/06/13/discriminacion-por-razon-de-discapacidad-sobre-la-stedh-de-30-de-enero-de-2018-enver-sahin-c-turquia-juan-manuel-hereros-lopez/>

contraban en planta baja, por lo que no tendría dificultad de acceso. El estudiante rechazó la oferta y en noviembre interpuso demanda judicial; reclamó 55.000 libras turcas de indemnización; alegó violación discriminatoria de su derecho a la educación; sostuvo que: (i) la alternativa propuesta por la Universidad lesionaba su privacidad y autonomía; (ii) el hecho de que una persona lo subiese por las escaleras del edificio presentaba un riesgo serio de caída; (iii) los acondicionamientos que exigía constituían una obligación legal para la universidad de acuerdo con la normativa sobre urbanismo, reformada en el año 1997. En abril de 2010, el Tribunal administrativo rechazó la petición; sostuvo que los edificios se habían construido de conformidad con la normativa vigente en 1988, por lo que no se podía culpar a las autoridades universitarias por no haber aplicado al edificio las directrices técnicas en materia de accesibilidad establecidas en una legislación adoptada posteriormente para las personas con discapacidad; además, la administración había informado al demandante que se adoptarían medidas arquitectónicas de acuerdo con las posibilidades presupuestarias y que se designaría a una persona para que lo llevara a las clases. El demandante recurrió ante el Consejo de Estado, que desestimó el recurso.

El perjudicado accedió, entonces, al sistema europeo de derechos humanos; denunció violación discriminatoria de su derecho a la educación. Sostuvo que la continuación de sus estudios universitarios en la Facultad dependía de la realización de trabajos de adaptación y que la negativa de la autoridad le obligó a renunciar a sus estudios. Fundó su queja en que el Estado no tomó las medidas positivas que le incumbían y que podrían haberle permitido continuar sus estudios. La Sala interviniente acogió la petición. Recordó que, conforme su jurisprudencia, en una sociedad democrática, el derecho a la educación es esencial para la realización de los derechos humanos y ocupa un lugar fundamental. El artículo 2 del Protocolo núm. 1 del Convenio se aplica a la educación universitaria y, en este contexto, exige que cualquier Estado que haya establecido instituciones de educación superior debe asegurarse de que esas instituciones sean efecti-

vamente accesibles. De acuerdo con la jurisprudencia del tribunal, el principio de no discriminación consagrado en el artículo 14 incluye a las personas con discapacidad como grupo “particularmente vulnerables”. Conforme a la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, ellas tienen derecho a esperar “modificaciones” o “ajustes” necesarios y apropiados que no impongan una carga desproporcionada o excesiva de acuerdo con las necesidades en una situación dada, con el fin de garantizar “el disfrute o el ejercicio, sobre la base de la igualdad con los demás, de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales” (Artículo 2 de la CDPD). Siendo así, cabe rechazar los argumentos esgrimidos por la Administración en el sentido que los edificios públicos universitarios cumplían con la normativa en materia de accesibilidad de las personas con discapacidad pues, ciertamente, esos acondicionamientos, que se llevaron a cabo en 2010, no sirvieron para dar satisfacción a una situación planteada con anterioridad. El Tribunal reconoce que para cumplir con el deber de proporcionar un acceso adecuado a las instituciones educativas, las autoridades nacionales disfrutaban de un margen de apreciación y están en mejor posición para evaluar la situación de acuerdo con los fondos disponibles; sin embargo, no puede aceptarse que la cuestión de las condiciones de accesibilidad pueda permanecer suspendida hasta que se hayan obtenido todos los fondos necesarios para completar todos los proyectos de adaptación impuestos por la ley. Recuerda que, conforme su jurisprudencia, cuando el cumplimiento de una Convención exige medidas positivas por parte del Estado, éste no puede limitarse a permanecer pasivo. La función de definir en qué consisten los “ajustes razonables” no corresponde al TEDH, ya que en el ámbito de la educación caben diversas alternativas, materiales e inmateriales, a fin de satisfacer las necesidades educativas de las personas en una situación de desventaja, estando las autoridades nacionales mucho mejor situadas para hacerlo. No obstante, cabe controlar si éstas pusieron especial atención a la hora de elegir las medidas más adecuadas, dado el impacto de estas elecciones en las personas con discapacidades, cuya vulnerabilidad particular no

puede ser ignorada. En el caso concreto analizado, y a diferencia del asunto *Çam contra Turquía*, la Facultad no se opuso frontalmente a la petición del solicitante, pero se limitó a ofrecer la ayuda de una tercera persona. El Tribunal estima que esa propuesta se hizo sin antes realizar una evaluación real de sus necesidades y, sobre todo, sin tener en cuenta que lesionaba su dignidad al afectar su privacidad y autonomía (art. 8 CEDH), ignorando la necesidad de vivir, en la medida de lo posible, de forma independiente y en pleno desarrollo del sentimiento de dignidad y estima. Por su parte, los tribunales nacionales fueron demasiado indulgentes, ya que se limitaron a reconocer vagamente que las autoridades estaban obligadas a hacer cumplir las pautas técnicas adoptadas para las personas con discapacidad, pero dispensaron a la Universidad de este deber, simplemente porque el edificio se había erigido en 1988, antes de la entrada en vigor de estas directivas. En definitiva, no realizó una ponderación equilibrada entre los intereses concurrentes del interesado, por un lado, y los de la sociedad en general, por otro. En consecuencia, condenó a pagar, además de las costas (€ 2952) una indemnización de € 10.000.

El juez Lemmens votó en disidencia. En su opinión, la cuestión debería haberse abordado desde el punto de vista del derecho a la educación y, en concreto, del derecho al acceso a la educación. Fundado en la Convención de personas con discapacidad y la Observación general n° 2 (2014) del Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad, distingue entre “*accesibilidad*” y “*ajustes razonables*”. La accesibilidad beneficia a todas las personas con discapacidades, mientras que los ajustes razonables conciernen a un individuo en particular en una situación particular<sup>65</sup>. El Estado debe cumplir, en

---

<sup>65</sup> El art. 9 de la Convención Internacional de los derechos de las personas con discapacidad dice: *Accesibilidad*. • A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a:

primer lugar, con su obligación general de garantizar el acceso; además, aún puede estar obligado a hacer ajustes razonables en un caso individual. Recuerda que, en el primer caso, la falta de presupuesto no es excusa para no implementar medidas de accesibilidad universal. Sin embargo, los “ajustes razonables” sólo son exigibles si no se impone una carga desproporcionada y su no concesión no justificada supone una discriminación. Aun así, la Convención no puede interpretarse como la imposición de una obligación “incondicional” para garantizar la accesibilidad, sin tener en cuenta el equilibrio entre los derechos individuales y los intereses públicos que caracteriza a esta totalidad acuerdo. En el caso concreto, la petición inicial se habría referido a las modificaciones arquitectónicas que harían que el edificio en cuestión fuera accesible a todos los estudiantes con discapacidades locomotor, y no sólo a la necesidad de acomodaciones en atención de

- 
- a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo;
  - b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia.
  - Los Estados Partes también adoptarán las medidas pertinentes para:
    - a) Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público;
    - b) Asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad;
    - c) Ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad a que se enfrentan las personas con discapacidad;
    - d) Dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en Braille y en formatos de fácil lectura y comprensión;
    - e) Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público;
    - f) Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información;
    - g) Promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet;
    - h) Promover el diseño, el desarrollo, la producción y la distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles en una etapa temprana, a fin de que estos sistemas y tecnologías sean accesibles al menor costo.

su situación específica. En realidad, fue el demandante el único “culpable” de no haber continuado sus estudios ya que actuó de mala fe, pues tras la primera contestación del rectorado, acudió directamente a los tribunales en cuya sede, y no antes, explicó los motivos que le llevaban a rechazar el apoyo personal.

Cabe destacar que la ley turca relativa a las personas con discapacidad, de 1 de julio de 2015, estableció un plazo de siete años (prorrogado un año más) para efectivizar la accesibilidad en varias categorías de edificios ya existentes (entre ellos, las Universidades).

## ***12. El derecho a la progresión en el sistema educativo***

El derecho a la educación existe, pero el éxito académico no puede asegurarse en todos los casos.

El derecho a *progresar* dentro del sistema educativo, entonces, puede quedar condicionado por la falta de rendimiento del alumno, pese a todos los esfuerzos, apoyos y otras medidas llevadas adelante por el establecimiento escolar. Por eso, el derecho a la permanencia no es absoluto, sino que debe sujetarse a un ejercicio racional y razonable. Más aún, a veces esa continuidad no es posible en el mismo centro por lo que el Estado debe generar las condiciones necesarias para el cambio <sup>66</sup>.

Ahora bien, la evaluación del niño, base para el progreso, debe ser atendida y complementada por acciones pedagógicas, psicológicas, educativas, sociales, médicas y paramédicas coordinadas en el marco de un proyecto personalizado de escolarización<sup>67</sup>. Dicho de otro modo, la evaluación también debe ser diferenciada.

---

<sup>66</sup> COTINO HUESO, Lorenzo, *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*, Madrid, ed. Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2012, pág. 155.

<sup>67</sup> COLLOMP, Valérie, *Le droit à l’instruction des enfants handicapés*, en PAILLET, Elisabeth et autre (coordination), *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pág. 155.



Un caso resuelto en Montevideo, Uruguay, el 20/2/2018, por un tribunal de Familia, mueve a la reflexión. En el caso, una niña de 4° grado con trastorno de coordinación motriz que acarrea dificultades en la escritura, ritmo de adquisición lento y presunción de déficit atencional, no fue promovida a 5° grado por no haber pasado satisfactoriamente los exámenes. Por lo tanto, debía repetir el curso. Los padres interpusieron un recurso de amparo contra el colegio privado al que concurría. La jueza de primera instancia hizo lugar a lo peticionado y ordenó que el colegio la promoviera. La escuela apeló y la Cámara, aun reconociendo la revisibilidad jurisdiccional de las decisiones administrativas en materia educativa y la posibilidad de esa revisión a través del amparo, revocó la decisión, sobre la base de esta línea argumental:

- (a) La acción interpuesta se sustenta en la protección del derecho a la trayectoria educativa.
- (b) La actora no cumplió con la carga de demostrar que existió ilegitimidad manifiesta en el proceder de la institución demandada desde que:
  - (i) La decisión de la maestra relativa a la no promoción de la niña a 5° año fue adoptada dentro del marco de atribuciones que le confiere la normativa incidente.
  - (ii) Según el art. 12 de la ley de educación uruguaya la “política educativa nacional tiene como objetivo fundamental que todos los habitantes del país logren aprendizajes de calidad a lo largo de toda la vida y en todo el territorio nacional, a través de acciones educativas desarrolladas y promovidas por el Estado, tanto de carácter formal como no formal”. Conforme el art. 73 de la misma ley “Los educandos de cualquier centro educativo tendrán el deber de: A) Cumplir con los requisitos para el cumplimiento de los planes y programas de estudio aprobados y para la *aprobación de los cursos respectivos*”.

- (iii) De conformidad con las normas administrativas, la decisión de una promoción es competencia del maestro de clase quien, para adoptarla, utilizará información proveniente de diferentes ámbitos, entre los que se incluye a la Dirección Escolar, Maestro de Apoyo, Maestro Comunitario, Psicólogos y Asistentes Sociales, según el caso, así como el asesoramiento y orientación correspondiente al ámbito de la supervisión.
- (iv) El art. 29 de la Convención internacional de los derechos del niño deja a los países firmantes la mayor libertad de enseñanza, dentro del respeto a principios básicos y los de la ley. Tiene parangón con el de la independencia de los tribunales y el poder deber de estos de ejercer su jurisdicción, cuando existan actos manifiestamente ilegítimos.
- (v) Según la Observación General Nro. 9 del Comité de Derechos del Niño, párrafos 62 a 65, los niños con distrofia tienen el mismo derecho a la educación que todos los demás niños y disfrutarán de ese derecho sin discriminación alguna y sobre la base de la igualdad de oportunidades. Con este fin, su acceso efectivo a la enseñanza debe garantizarse para promover el desarrollo de “la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades”.
- (vi) Ningún documento internacional hace referencia a limitantes en cuanto a la evaluación del docente, ni norma que contradiga la decisión política del Estado uruguayo dispuesta por las autoridades competentes. Por lo tanto, el acto no tiene ninguna ilegitimidad ni arbitrariedad manifiesta
- (vii) En el caso, la institución educativa hizo todo lo posible para alcanzar los fines; “actuó con respeto de las particularidades de la edad de la niña, su personalidad y las

dificultades que inciden en su aprendizaje, para tratar de compensar dichas dificultades con el objetivo de lograr un resultado satisfactorio de su proceso de aprendizaje. Pese a lo cual, la alumna, aun habiéndose superado dentro de su propio proceso de aprendizaje en forma remarcable, no alcanzó la meta de la adquisición de ciertos conceptos básicos correspondientes al grado que cursaba a juicio de la institución educativa, de lo que tomaron nota, sin observaciones y las autoridades de la Enseñanza Primaria en Uruguay”. Pese a todos los medios instrumentados, la niña no alcanzó los objetivos requeridos para el pasaje de grado, como lo entendió quien está llamado por el orden jurídico a resolverlo, es decir la Maestra del Curso. Al punto que la Inspectora firmante del documento tomó nota de ello, sin que le mereciera otra observación que la forma de comunicación de una decisión de ese tenor a los padres.

- (viii) La promoción de un alumno dentro del ciclo escolar es una situación compleja, que exige analizar cuál es su mejor destino en el próximo período.
- (ix) No hay ilegitimidad manifiesta porque es discutible que, con la promoción de la niña a 5° año, se cumplan los objetivos previstos por la ley de educación.
- (x) Difícilmente pueda admitirse que “todos los habitantes del país logren aprendizajes de calidad” si no se cumplen los objetivos perseguidos en cada año lectivo.
- (xi) Se viola el derecho del educando – que en definitiva viene a ser una aplicación del interés superior del niño – si se decide un paso de grado para la niña si no está preparada. El citado interés debe ser visualizado al futuro más que al presente, y ello es particularmente así en materia de educación.

### 13. Eficacia del derecho. El control jurisdiccional

En el plano jurídico, la mayor o menor efectividad de un derecho depende, entre otros elementos, de su: (i) reconocimiento constitucional, (ii) puesta en vigencia legislativa o reglamentaria y (iii) protección jurisdiccional.

En Francia, en los primeros tiempos de la creación del Tribunal constitucional, se sostenía que este órgano cuida que el legislador no viole los principios, pero no puede imponerle los ponga en marcha, y que un derecho económico, social y cultural se hace justiciable sólo si el legislador así lo quiere. Con este criterio, se entendió que el Estado solo tiene una obligación de medios respecto las dificultades particulares que pueden comportar la escolarización de ciertos niños con discapacidad; por lo tanto, se liberaba diciendo que había hecho todo lo posible por escolarizarlo, pero había resultado imposible.

No obstante, a partir de 8/4/2009, en el caso M. et Mme. *Laruelle*, el Consejo de Estado francés sostuvo que *la educación integrada implica una obligación de resultados*, y que el Estado no se libera de responsabilidad por carencias presupuestarias. El dictamen informante redactado por P. Keller señala que la responsabilidad del Estado desaparece cuando la discapacidad es de tal entidad que ninguna solución educativa puede proponerse. “Si la educación es imposible, el daño desaparece”. Desde entonces, son muchos los casos en los que el Consejo de Estado ha condenado al Estado francés por no haber proporcionado educación a los niños con discapacidad. La autora que comenta estas decisiones lamenta que los jueces no condenen a pagar astreintes cuando las sentencias no se cumplen<sup>68</sup>.

Los jueces de la República argentina han intervenido en numerosos casos en los que está en juego la actividad educativa; los supues-

<sup>68</sup> COLLOMP, Valérie, *Le droit à l’instruction des enfants handicapés*, en PAILLET, Elisabeth et autre (coordination), *Effectivité des droits et vulnérabilité de la personne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pág. 159. LARROSA, Valérie, *Le droit à l’éducation et à la scolarisation*, en NEIRINCK, Claire et autre (sous la direction de) *La convention internationale des droits de l’enfant, une convention particulière*, Paris, Dalloz, 2014, p. 185.

tos de educación a niños con discapacidad también están presentes. Me referiré primero al control judicial de los casos generales y luego a los específicos referidos a los niños con discapacidad:

(1) Una posición extremadamente *restrictiva* de la facultad judicial de control de los actos de la administración educativa asumió la sentencia<sup>69</sup> que rechazó la acción de amparo promovida por un particular, en representación de sus hijos menores, contra un instituto educacional privado que no los inscribió para el año lectivo, “toda vez que de la lectura de la causa no se advierte que la institución haya ejercido la facultad de no admisión en forma arbitraria, irregular o abusiva, por cuanto ha ejercido regularmente un derecho que le es propio, cual es el de admisión y permanencia de los alumnos conforme a las disposiciones legales y contractuales vigentes. La negativa no supone impedir que los menores continúen su educación, dada la existencia de una gran cantidad de institutos educacionales de igual orientación y características, por lo que no se menoscaba de modo alguno el derecho constitucional de aprender”. El tribunal entendió que “el derecho de admisión a los institutos de enseñanza privada reconocido en los arts. 137 y 138 de la res. 641 del Ministerio de Educación, que implica el de no admisión y el de no inscripción en un curso siguiente de alumnos que hubieran cursado uno anterior en el mismo establecimiento es de aquellos que la doctrina considera *discrecionales*. No puede exigirse que esa potestad se encuentre fundada, indicándose las razones por las cuales no se va a re-matricular al alumno. De entenderse así, no sólo se posibilitaría la discusión de la existencia y veracidad de las razones alegadas y la apreciación también opinable sobre cuáles eran las razones que lo justificaban y cuáles no, sino que se impondría la obligación enseñar aun cuando esto no fuera deseado por la parte educadora. La resolución de no reinscribir es un acto lícito por aparecer reconocido por la norma dictada por la autoridad de aplicación, por lo que no cabe, en princi-

---

<sup>69</sup> C1°Civ. y Com. San Isidro, Sala II, 03/03/2005, LLBA 2005 (junio), 581 - LLBA 2005 (julio), 651, con nota de CAPPARELLI, Facundo L., *La acción de amparo: Eficacia y celeridad*, AR/DOC/2299/2005; cita on line de la sentencia AR/JUR/517/2005.

pio, la reparación de los perjuicios eventuales pudiera provocar este acto. Los colegios no tienen obligación de aceptar *a nadie* en la matrícula, pues el vínculo que une al alumno con el establecimiento es de derecho privado y de naturaleza comercial, donde debe imperar la libre elección de los contratantes dentro de los límites impuestos por el orden público; la actora alude a un trato discriminatorio que no fundamenta ni tan siquiera describe. La actora refiere “una serie de persecuciones, malos tratos... cambio de grupos académicos”. Los primeros no se describen de modo alguno. Lo segundo no aparece sin más discriminatorio.

No puede olvidarse que la demandada es una institución privada. En ese marco *cabe admitir que un particular otorgue trato preferente a una persona frente a otras incluso cuando esa preferencia sea irrazonable*. Ella está reconocida porque pertenece al ámbito de la libertad de cada persona. Si negáramos esto, se violentaría el espacio reservado que reconoce el art. 19...”. “Pero esto no implica tampoco aceptar la discrecionalidad absoluta... La actora debió en todo caso haber alegado y probado discriminación por sexo, raza, religión, nacionalidad, lengua, ideología, opinión, enfermedades de riesgo o cualquier otra condición amparada por normas constitucionales (art. 11 Const. Prov.). Lo que no puede aceptarse es que la posibilidad de seleccionar sus alumnos obedezca a una clasificación estigmatizante”.

En mi opinión, independientemente de la falta de prueba invocada por el tribunal, el excesivo rigorismo lingüístico y sustancial de la sentencia olvida que el servicio educativo de las escuelas privadas ingresa en la ley de protección de los consumidores. Por eso, puede ser controlado si, bajo la excusa del carácter discrecional del acto administrativo, se esconde una gran arbitrariedad. No es cierto, entonces, que por tratarse de un instituto privado “*no tiene obligación de aceptar a nadie en la matrícula*” y que puede otorgar situaciones de privilegio a algunos aún cuando la preferencia sea irrazonable”.

En una línea similar, pero con mejores argumentos, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala G, el 18/05/2005<sup>70</sup> revocó la resolución que había admitido el amparo promovido con el fin de que se condenara al establecimiento educativo privado que negó la reinscripción a sus hijos para el año siguiente, con fundamento en las actitudes irrespetuosas de los menores y de sus padres ante las sanciones disciplinarias que los directivos le impusieron, “pues resulta imperioso restaurar la autoridad de la escuela y del maestro, sobre la base del respeto al otro, a las autoridades legalmente constituidas y a las instituciones que se insertan en el marco legal republicano”.

En cambio, se ha declarado *formalmente admisible* la acción de amparo deducida contra la resolución de la Dirección General de Enseñanza Superior que imposibilita retomar el cursado a aquellos alumnos que se retrasan en el plan de estudios, pues debe tenerse en cuenta la grave afectación de intereses comunitarios y la aparente falta de justificación de la medida, *sin que ello importe prejuzgamiento*<sup>71</sup>.

Cualquiera sea la posición, evidentemente, la validez de las sanciones impuestas presupone que se haya respetado el derecho de defensa. Por eso, un tribunal declaró nula la decisión de un colegio privado que impuso a una alumna el máximo de amonestaciones, tras acusarla de sustraer mercadería de un comercio durante un viaje de estudios y le comunicó la decisión de no admitir su inscripción para el nuevo ciclo lectivo, en razón de que “al no permitirle defenderse con la presencia de sus padres se violó el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, reconocido en el artículo 12.1 de la Convención de los Derechos del Niño”<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> LL 2005-F, 371 Cita Online: AR/JUR/4181/2005 y en ED 213-534, con nota aprobatoria de QUINTANA, Eduardo Martín, *El derecho de admisión de los institutos de enseñanza privada*

<sup>71</sup> Cám. Civ. Neuquén, Sala I, 19/10/2010, La Ley Patagonia 2011 (junio), pág. 261, con nota de MÁRQUEZ, Armando Mario, *La operatividad del sistema constitucional de resguardo de derechos y garantías*, Cita Online: AR/JUR/100147/2010.

<sup>72</sup> Cám.Civ.Com.Trab.y Familia Cruz del Eje Sala Unipersonal, 06/06/2012, La Ley Córdoba 2012-1165 y en Doc. Jud. Boletín del 03/01/2012, pág. 19, con nota de CARREIRA, Braulio y otra, *Un*

(2) La situación de los niños con discapacidad ha corrido mejor suerte. Los numerosos casos se han planteado contra escuelas públicas y privadas y también contra las obras sociales, buscando la cobertura de los gastos.

Así, se ha decidido que<sup>73</sup>:

(a) Un establecimiento educativo privado “está obligado a matricular en el nivel secundario a un joven con discapacidad que fue alumno de la institución desde que tenía cuatro años y a implementar las medidas necesarias para superar las barreras que puedan impedirle el acceso a la educación dentro de esa comunidad, a fin de que se respete el pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural y su centro de vida, donde transcurrió en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia, todo lo cual conforma el superior interés del niño por el que impone velar la Convención sobre los Derechos del Niño”.

La procedencia formal de la vía intentada (un amparo) y el carácter manifiesto de la ilegalidad del acto se fundaron en que “estando comprometido el interés de un niño, involucrando derechos fundamentales como es el acceso a la educación y a la elección del ámbito en el cual se está desarrollando, máxime en circunstancias en que su salud psico-física se halla disminuida sufriendo la consecuente discapacidad que su dolencia le produce, se impone la consideración primordial del interés del menor en razón de lo ordenado por el art. 3.1. de la Convención sobre los Derechos del Niño”.

Sobre el fondo del asunto afirmó: “Considerando la carencia de condición vinculante del informe en el cual la accionada sustenta el acto lesivo, la prioritaria directriz de la integración en la escolaridad común –modalidad del servicio que presta la institución educativa

---

*fallo ejemplar, motivado por la sanción de una alumna, a la luz de la convención sobre los derechos del niño*, Cita Online: AR/JUR/50812/2012.

<sup>73</sup> Además de los referidos en el texto, compulsar otros casos en SCIOSCIOLI, Sebastián, *La educación básica como derecho fundamental*, Bs. As., Eudeba, 2015, capítulo III págs. 93 y ss.



Galileo Galilei– pauta de política educativa que deben cumplir las instituciones educativas de gestión privada, el derecho reconocido a los padres a elegir para sus hijos la institución educativa cuyo ideario responda a sus convicciones filosóficas, éticas o religiosas y a que sus hijos reciban una educación ...con la posibilidad de optar por la modalidad y orientación según sus convicciones, se advierte que la negativa de la accionada a la matriculación de G. en el nivel medio de enseñanza de modalidad común, constituye un acto cuya ilegalidad emerge de manera manifiesta porque en modo alguno se adecua a la que rige el sistema educativo nacional y provincial y, puntualmente contrasta con las pautas que conforman el proceso de integración escolar en el ámbito de la escuela común de los alumnos con necesidades educativas derivadas de la discapacidad. El acto denunciado luce también arbitrario porque su fundamentación deriva de una descontextualizada, parcializada y antojadiza interpretación de la resolución ordenatoria de la integración como estrategia de inclusión para los alumnos que presenten las características aludidas”. “Gravita también fuertemente que el magistrado ha escuchado al menor cuyo interés está en juego en este proceso y que éste le manifestó *que quiere seguir el secundario en el Colegio Galileo Galilei porque allí tiene sus amigos y a ese mismo Colegio concurren su hermano y hermana, quien lo haría a la tarde igual que él ...que le gusta ese Colegio, que es al que ha asistido desde jardín de infantes ... que conoce el Colegio Santo Tomás porque fue ... para ver si le correspondía pasar al mismo y que no le gustaría ir a ese Colegio ni a ningún otro que no sea el Galileo Galilei, que para él es su Colegio*. La demandada entiende que el niño no podrá responder a las exigencias del ciclo secundario en la modalidad común. Pero no menos cierto es que el derecho del niño a opinar y que sus opiniones sean tenidas en cuenta se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo, no surgiendo de las actuaciones que en el ámbito educativo haya sido oído respetándose aquella garantía supraconstitucional”.

Obviamente, “el proceso de integración en la modalidad común exige mayores esfuerzos al niño, a su familia, a los educadores y a la Institución educativa, pero la decisión de afrontar ese desafío debe valorarse e incentivarse con una visión integradora desentendida de etiquetas y prejuicios que no hacen sino sumar obstáculos a los impuestos por la propia realidad”<sup>74</sup>.

(b) En el mismo sentido, y “teniendo en cuenta que se encuentra en cabeza del Estado Provincial procurar la satisfacción de los derechos de las personas con discapacidades, contando con los organismos técnicos de aplicación de la ley 6.830, y que el área pertinente entiende que la Escuela Especial ALPI es la idónea para atender la problemática del menor, la que además cuenta con convenios con escuelas de educación común vecinas, resulta ajustado a derecho ordenar *cautelaramente* que el referido establecimiento (ALPI) inscriba al menor en el 5° año EGB II y le preste todos los servicios necesarios para su adaptación y superación educativa. Igualmente, se ordena cautelaramente a la Sub Directora de Educación Especial de la Secretaría de Educación a efectuar los controles y seguimientos pertinentes para lograr el objetivo expresado en el párrafo precedente y permitir así la integración del menor a una escuela común, con la asistencia permanente de una Maestra Integradora”. En el caso, se trataba de inscribir en el curso de 5° año, a una persona que padece parálisis cerebral hipotónica, cuya consecuencia es un retardo gnóstico y de lenguaje; la demandada invocó que ya había completado el cupo de los niños en condiciones de ser integrados en las escuelas.<sup>75</sup>

c) Otro caso paradigmático fue resuelto por el Juzgado civil n° 99 de la ciudad de Buenos Aires el 6/4/2017 contra un escuela religiosa

<sup>74</sup> C.Civ.Com. y Contencioso administrativo Rio Cuarto, 1aNom, 06/08/2014, DJ 22/10/2014, 95 - DJ 11/02/2015, 9, con nota de MIDÓN, Mario A. R. *La discapacidad de un niño tutelada por la jurisdicción* y en DFyP 2015 (abril), 197, con la misma nota Cita Online: AR/JUR/47071/2014. Para el tema ver, también SACCON, Estefanía, *El derecho a la educación inclusiva, un título en igualdad de condiciones*, en Rev. Derechos en acción, año 3, n° 7 pág. 60.

<sup>75</sup> Cám. Contencioso administrativo de Tucumán, sala I, 25/03/2005, elDial.com - AA2ABB, publicado el 16/06/2005.

privada que se negó seguir prestando los apoyos a una adolescente de 16 años nacida con una condición genética muy poco conocida, denominada “Síndrome de Williams”; la institución sostenía que la remuneración de la maestra apoyo debía ser pagada por los padres, por lo que, sin esa ayuda, la niña dejó de asistir al colegio; ante un número determinado de inasistencias, la escuela la dejó afuera e invocó ese motivo para no reincorporarla.

El juez recordó: (i) el art. 42 de la Constitución de la Ciudad de Bs As. que *garantiza a las personas con necesidades especiales el derecho a su plena integración, a la información y a la equiparación de oportunidades*; (ii) La modificación de la normativa específica en términos educativos. Si bien con anterioridad las escuelas de gestión privada debían contar, a nivel ministerial, con un proyecto institucional de integración formal, presentado y aprobado por la Dirección General de Escuelas de Gestión Privada (DGE GP), ese “requisito” fue suprimido por la autoridad estatal porque la falta de presentación formal de ese proyecto por parte de muchas escuelas de gestión privada solía constituir una barrera burocrático-administrativa para la matriculación de alumnos con discapacidad. Así las cosas, más allá del antiguo “listado de instituciones integradoras”, actualmente por imperativo legal todas las escuelas están obligadas a matricular y a re-matricular a los niños con discapacidad; (iii) El Diseño Universal del Aprendizaje posibilita que la educación cumpla con las cuatro características propuestas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ONU (1999) (observación general n° 13, párr. 6) para la educación: (A) *disponibilidad* (instituciones educativas en cantidad suficiente), (B) *accesibilidad* (accesibles física, comunicacional y económicamente a todos); (C) *aceptación* (con forma y fondo relevantes, adecuados culturalmente y de buena calidad y valorados por alumnos y familias); (D) *adaptabilidad* (educación flexible a las necesidades de las sociedades y de los alumnos en diferentes contextos). (iv) Al aprobar la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad mediante ley 26378, la Argentina se comprometió a garantizar el acceso de las personas

con discapacidad a la escuela común; (v) En el caso, las inasistencias de la menor fueron causadas por la propia institución demandada por no haberle provisto la correspondiente maestra integradora, con el inconfesable pero inocultable propósito de obtener la renuncia de su derecho a una verdadera educación inclusiva. Ello es inadmisibles en un estado de derecho, por lo que no puede ser considerada una alumna libre por inasistencias.

d) En oportunidades, las escuelas públicas enfrentan el problema de que la autoridad escolar no proporciona el recurso humano necesario. Así, en un caso decidido en la provincia de Río Negro se acreditó que “el Ministerio de Educación y Derechos Humanos no había autorizado la creación del cargo de intérprete de señas para el adolescente y no hay certeza a que lo autoricen, inclusive el del turno tarde, que es el horario donde funcionan los talleres deportivos; que los intérpretes de señas eran compartidos por diferentes escuelas, lo que implicaba que los estudiantes no contarán con el recurso durante toda la jornada escolar”; en el caso, esto significaba que el adolescente era asistido solo dos veces a la semana en el turno mañana. Sobre la base de estos hechos, el 29/4/2016, la jueza de prima instancia de General Roca hizo lugar al amparo y ordenó al Ministerio de Educación que disponga lo necesario para que en el término de CINCO días se brinde el apoyo y asistencia de Maestro de Apoyo a la Inclusión (MAI), intérprete de señas, con la mayor carga horaria posible y de acuerdo a las necesidades de desarrollo e integración del hijo de la amparista, bajo apercibimiento de aplicar astreintes diarias de \$1.000 en caso de verificarse el incumplimiento”<sup>76</sup>.

e) Un caso de singulares características se presentó en un tribunal de Río Negro. Los padres de una niña con síndrome de Down sostenían que el colegio no había realizado todos los actos necesarios para la integración de su hija. Acusaban al establecimiento de discriminación, desinterés y exclusión. Lo extraño era la pretensión deducida:

<sup>76</sup> Cita on line SAIJ: NV14495.

el cese de todos los subsidios que recibe el colegio, una asociación privada.

El tribunal decidió que “aun admitiendo que los actores tengan acción para interponer la demanda a fin de que se disponga la cesación de todo subsidio estatal a una institución educativa por presuntas discriminaciones hacia su hija discapacitada, la demanda debe ser rechazada pues los accionantes no han probado que en ese instituto exista una política de discriminación que lleve a la cancelación del subsidio que el Estado otorga con fines generales y que, como tal, expande beneficios a un colectivo que se vería privado de los mismos<sup>77</sup>.”

d) No faltan supuestos en los que, incluso a través de medidas cautelares, se ha condenado a una obra social a cubrir los costos del ciclo lectivo, incluidas matrícula y cuotas, a favor de un niño con discapacidad<sup>78</sup>.

e) A veces, el pase a otra escuela enfrenta problemas burocráticos, como es el certificado de escolaridad, o estudios para determinar en qué escuela puede ser recibido el niño, etc... Normalmente, la decisión judicial llega tarde, porque durante la tramitación, la administración “soluciona” el problema que ella misma ha creado<sup>79</sup>.

---

<sup>77</sup> Cám. Apel. CC Minería de Cipolletti, 27/10/2010, La Ley Patagonia 2010-636 y ED 239-431 c/nota de BULIT GOÑI, *Derechos de incidencia colectiva, discriminación, derechos humanos y discapacidad. Cuando los jueces tomar el toro por la cola*.

<sup>78</sup> Cám. Nac. Fed. Civ. y Com. Sala I, 24/05/2016, LL 2016-D-330, Cita Online: AR/JUR/30847/2016; idem. Cám. Fed. de Mendoza, sala B, 6/4/2016, cita Online: RC J 2149/16). Para el tema de la cobertura de las obras sociales, ver ROSALES, Pablo Oscar: *La Discapacidad en el sistema de salud argentino: Obras Sociales, prepagas y Estado Nacional: Ley 24.901 y normas complementarias*”, 2º ed., Lexis Nexis, 2005; y más específicamente, del mismo autor, *Reflexiones sobre la escolaridad común de las personas con discapacidad y la obligación de cobertura de obras sociales y prepagas*, El Dial 16/9/2009. La solución ha sido ratificada en decisiones posteriores de 2008 y 2009 (ver SCIOSCIOLI, Sebastián, *La educación básica como derecho fundamental*, Bs. As., Eudeba, 2015, pág. 106 y ss).

<sup>79</sup> Ver sentencia del juez Pedro Hoof, J. Correccional n° 4, 28/4/2017, JA, XX Número especial de Bioética. Numero Aniversario, pág. 128, con nota de JORGE, Carina S., *La educación integradora de niños con discapacidad a través de un sistema de apoyos administrativo. Un caso decidido en clave convencional*.

f) Respecto al sujeto obligado a cubrir los gastos y la carga de la prueba de los presupuestos, quizás, el *leading case* sea el resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 15/06/2004, en el caso *Lifschitz, Graciela B. y otros c. Estado nacional*. La Corte hizo suyo el dictamen del Procurador general y dejó sin efecto la sentencia de la cámara de apelaciones que no había hecho lugar a la cobertura de asistencia educativa y transporte especial otorgada a una persona menor de edad con discapacidad con fundamento en que los padres no habían probado la falta de cupo en entidades educativas estatales, ni la imposibilidad de utilizar el servicio gratuito de transporte. La Corte recoge el principio de las cargas probatorias dinámicas y afirma que resulta más sencillo que sea el Estado quien demuestre que tales cupos existen, y la imposibilidad de transportar en vehículos de transporte público a una persona en silla de ruedas que no se vale por sí mismo es evidente; por eso “Ante la claridad de las leyes 24.431 y 24.901 y del decreto 762/97, que ponen a cargo del Estado el sistema de prestaciones básicas para los discapacitados en la medida en que éstos, las personas de quienes dependan o las obras sociales no puedan afrontarlos, y atento a la jerarquía de los intereses en juego, cabe concluir que no existen elementos de juicio para invalidar los beneficios -costo de educación escolar y transporte especial- otorgados a un menor por el juez de primera instancia, sin perjuicio de que el Estado Nacional demandado pueda demostrar la aptitud económica de los padres y repetir contra ellos o contra la obra social, si así correspondiere, las erogaciones realizadas<sup>80</sup>.”

Más recientemente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por mayoría, dejó sin efecto, por arbitraria, la sentencia de la Cámara Federal de Mendoza que había ordenado a una obra social dar cobertura de escolaridad a una niña con discapacidad —síndrome de Down— en el instituto educativo privado, uno de los más costosos del ámbito educativo provincial, donde la niña concurría hacía cinco años. La Corte fundó esa revocación en que el tribunal de grado : (i)

<sup>80</sup> Doc. Jud. 2004-2-1270, LL 2004-E-95, Fallos 324:122, Cita Online: AR/JUR/1377/2004.

relativizó los testimonios de expertas en psicopedagogía y de la Dirección General de Educación Especial provincial, que daban cuenta de la posibilidad de que la niña asista a escuelas públicas provinciales; (ii) no evaluó que la demandada se había hecho cargo de las prestaciones de apoyo escolar e integración a través de tratamientos psicopedagógicos, neurolingüística, terapia ocupacional; (iii) los padres pidieron intempestivamente la cobertura, después de cinco años de haber afrontado esos gastos<sup>81</sup>.

g) En algún caso, el amparo que solicitaba la incorporación a un instituto privado se rechazó por carencia total de prueba. Así, por ej. se decidió<sup>82</sup> que “no corresponde acceder a la pretensión de la madre de un niño de cinco años con discapacidad –trastornos generalizados del desarrollo, espectro autista– a fin de obtener de la obra social demandada el pago de la cuota mensual al colegio elegido por la amparista, por no haberse acreditado que el médico pediatra tratante o el equipo interdisciplinario de la institución educativa hayan indicado la necesidad ineludible de concurrir a la escuela peticionada. Asimismo, tampoco se acreditó que se haya negado a su hijo el acceso a la educación en el ámbito público acorde a las particularidades de la discapacidad que presenta, o bien la existencia de negativa o conducta arbitraria atribuible al Ministerio de Educación y Derechos Humanos; no se desconoce el derecho a la salud, ni a la cobertura integral de prestaciones para personas con discapacidad, sino que al declararse inadmisibles la acción de amparo, se trata de respetar un encaminamiento lógico que es natural en cualquier organización que atiende a la administración de los intereses colectivos de sus afiliados, que se deben solidarizar entre sí”.

---

<sup>81</sup> CSN, 29/05/2018, LA LEY 02/07/2018, pag. 11, Cita Online: AR/JUR/19501/2018.

<sup>82</sup> Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, 04/10/2017, Rubinzal OnlineCita: RC J 9792/17. En la misma línea, se rechazó el pedido de cobertura en un colegio privado al que el niño concurre como medida cautelar porque “la prescripción médica se limita a sugerir en forma general la “escolaridad común integradora, de poca población por sala, con gabinete psicopedagógico” sin hacer referencia a un colegio específico, ni brindar detalle alguno en cuanto a las características en relación con las especiales necesidades y no se corrobora, *prima facie*, la inexistencia de oferta educacional estatal adecuada” (Cám. Nació de Apel, CC Federal, sala I, 26/6/2018, Cita on line MJ-JU-M-113152-AR | MJJ113152)

h) Concluir los estudios secundarios no implica el final de las vicisitudes.

El 24/10/2016, un tribunal en lo contencioso administrativo de la Ciudad de Bs. As<sup>83</sup> resolvió el conflicto planteado por un alumno con síndrome de Down, que cursó sus estudios con un proyecto pedagógico individual (PPI), diseñado con ajustes razonables, metas personalizadas y una propuesta pedagógica-didáctica que atiende a las necesidades, intereses y desarrollo del máximo potencial de cada alumno/a; también contó con la asistencia de una maestra integradora; al terminar de cursar, se le otorgó un diploma no oficial de graduado, de modo que no contaba con un certificado que acreditase válidamente que finalizó el colegio secundario. La reglamentación invocada por el colegio decía: “En caso en que la normativa vigente referida al régimen de evaluación, promoción y acreditación no permita acreditar el aprendizaje de los contenidos mínimos previstos para cada grado, año, o nivel en los que se encuentran matriculados alumnos con discapacidad (...) la institución con acuerdo de los padres y del equipo profesional que asiste al menor, podrá determinar la continuidad del alumnos con su grupo de pertenencia, su PPI y los ajustes que sean necesarios a los fines de facilitar la adquisición de competencias socio educativas y aprendizajes significativos. Dicho PPI lo habilitará para continuar con su grupo de pares en el siguiente grado, año o nivel y no acreditarán por sí la terminalidad del nivel correspondiente...”

Para hacer lugar a la pretensión, que incluyó la declaración de inconstitucionalidad de la reglamentación, la jueza argumentó; (i) “Las características principales de la educación inclusiva son: (A) El enfoque total de la persona: Se reconoce a toda persona la capacidad de aprender y se establecen altos niveles de expectativas para todos los estudiantes, incluso aquellos con discapacidad. (B) Currículas flexibles, métodos de enseñanza y aprendizaje adaptados a diferentes intensidades, necesidades y estilos de aprendizaje. (C) Ajustes razo-

---

<sup>83</sup> <http://public.diariojudicial.com/documentos/000/071/280/000071280.pdf>



nables e intervenciones tempranas de manera tal de que sean capaces de alcanzar su máximo potencia. *Los planes de enseñanza y los procedimientos de evaluación deben hacer foco en las capacidades y metas de los estudiantes más que en el contenido.* (ii) La expresión “en igualdad de condiciones con los demás” no es equivalente a *idénticas condiciones de evaluación en el sentido de los mismos contenidos para unos y otros*; sino que lo que “condiciones de igualdad” requiere es que se evalúe a los alumnos con y sin discapacidad conforme los mismos parámetros de relevancia en la selección de los aspectos por los que son evaluados. Y en tal sentido, dependiendo de cuáles fueran los ajustes realizados, tomar en consideración los contenidos diseñados para los alumnos sin discapacidad a fin de certificar la escolaridad de los alumnos con discapacidad podría quebrar tal equidad; (iii) Colocar estudiantes con discapacidad en clases comunes sin que ello sea acompañado de cambios estructurales, por ejemplo, en la organización, currícula y en las estrategias de enseñanza y aprendizaje, no constituye inclusión. Por lo tanto, la integración no garantiza automáticamente la transición de segregación a inclusión”; (iv) La falta de emisión del título acarrea para el actor perjuicios concretos. Lo margina de condiciones igualitarias de acceso al empleo en aquellos casos en los que se lo exige como condición de admisibilidad; podría privarlo de los adicionales salariales que en ocasiones se contemplan, etc. En consecuencia, ordenó al colegio privado demandado extender el correspondiente título oficial de finalización de los estudios secundarios y ordenar al gobierno de la Ciudad de Bs As. que –una vez extendido el certificado referido– lo legalice en los términos establecidos<sup>84</sup>.

---

<sup>84</sup> La sentencia fue comentada favorablemente por YANKIELEWICZ, Daniela L. *Derecho a la educación inclusiva. Importancia de la implementación de ajustes razonables en toda la trayectoria educativa de las personas con discapacidad*, DFyP 2017 (abril), 06/04/2017, pág. 232, Cita Online: AR/DOC/327/2017.

#### **14. Conclusiones provisionales. La tecnología, nueva forjadora de esperanzas**

El sistema educativo de un estado constitucional y convencional de derecho debe procurar: (i) *incluir* a todas las personas, por el solo hecho de ser tales; (ii) que ellas reciban una educación de *calidad*, que les permita desarrollar plenamente su personalidad en sociedad; (iii) transmitir e inculcar el respeto por la diversidad, la solidaridad, la responsabilidad y el esfuerzo<sup>85</sup>.

Alcanzar estas metas no depende sólo del orden normativo; exige un cambio social y cultural; mucho se ha hecho, pero aún queda mucho por hacer.

La esperanza puede depositarse en las nuevas tecnologías. En este sentido, el Comité de los derechos del niño afirma que “El acceso a la información y a los medios de comunicación, en particular las tecnologías y los sistemas de la información y de las comunicaciones, permite a los niños con discapacidad vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida... Estos conocimientos son sumamente valiosos, ya que no solamente les permiten ajustarse y vivir mejor con su discapacidad, sino que también les dan la posibilidad de participar más en sus propios cuidados y adoptar decisiones sobre la base de la información recibida”.

En esta línea, téngase en cuenta el programa eLearning<sup>86</sup>, receptado por la Decisión 2318/2003/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5/12/ 2003, por la que se adoptó un programa plurianual (2004-2006) para la integración efectiva de las tecnologías de la información y la comunicación en los sistemas de educación y formación en Europa, uno de cuyos propósitos fue la aportación de las TIC

---

<sup>85</sup> ZANINO, Bárbara *El derecho humano a una educación inclusiva y de calidad: ¿Desde dónde partimos y hacia dónde vamos con el Sistema Educativo Nacional?*, en Rev. Derecho de familia n° 80, noviembre 2017, pág. 139.

<sup>86</sup> LABAT, Jean Marc, *Apports de l'intelligence artificielle aux environnements informatiques d'apprentissage humain*, en Université Panthéon-Assas/Paris II, Clés pour le siècle, Paris, Dalloz, 2000, pág. 969

(Tecnologías de la Información y de la Comunicación) al aprendizaje, en particular, para quienes no se pueden beneficiar de la oferta educativa y de formación tradicional, debido a su situación geográfica o social o a *necesidades especiales*. En este sentido, por ej., Irlanda tiene una línea de trabajo especial dentro del programa NCTE<sup>87</sup>, y la Agencia Europea para el Desarrollo de la Educación Especial, con sede en Dinamarca, ha implementado una base de datos de Políticas, Prácticas, Temas, Perspectivas y Contactos de los países miembros que elabora documentos orientadores para la incorporación efectiva de estas herramientas<sup>88</sup>.

Recuérdese también el “*Report on the public consultation on European e-Inclusion Policy*”, de 2009 <sup>89</sup> que dice: “El acceso a la sociedad de la información es un derecho fundamental para que las personas mayores y las personas con discapacidad puedan vivir de forma independiente y participar plenamente en la sociedad de la información, de igual forma que el resto de sus conciudadanos. Las TIC representan una oportunidad real para combatir el aislamiento y la exclusión social y juegan un papel crucial en la vida diaria de estas personas”.

Por eso, mantienen vigencia, también para este tema, las palabras del gran José Ingenieros: *La meta importa menos que el rumbo. Quien pone bien la proa no necesita saber hasta dónde va, sino hacia dónde. Los pueblos, como los hombres, navegan sin llegar nunca; cuando cierran el velamen, es la quietud, la muerte. Los sen-*

---

<sup>87</sup> <http://www.ncte.ie/SpecialNeedsICT/>

<sup>88</sup> <http://www.tecnoneet.org/docs/2002/12002.pdf>. En 2002, la dirección de proyectos de este organismo elaboró un estado del arte de la cuestión, en el que se insiste en la determinación de objetivos pedagógicos para la inclusión de TIC y en aplicación de criterios de accesibilidad según discapacidad para diseñar Software ad hoc, más que adecuar los existentes en el

mercado.

<sup>89</sup> Ver CHARDÍ TORTAJADA, Pablo, *Las nuevas tecnologías contribuyen a una mayor autonomía de las personas con discapacidad y por tanto a una mayor adaptación e integración en nuestra sociedad*. <http://idibe.org/tribuna/derecho-las-nuevas-tecnologias-discapacidad-notas-propuestas-la-inclusion-no-discriminacion-personas-discapacidad>.

*deros de perfección no tienen fin. Belleza, Verdad, Justicia, quien sienta avidez de perseguirlas no se detenga ante fórmulas que se dicen inhallables. En todo arte, en toda doctrina, en todo código, existen gérmenes que son evidentes anticipaciones, posibilidades de infinitos perfeccionamientos. Frente a los viejos que recitan credos retrospectivos, los jóvenes entonan himnos constructivos. Es de pueblos cansados contemplar el ayer en vez de preparar el mañana”<sup>90</sup>.*

---

<sup>90</sup> INGENIEROS, José, *Las Fuerzas Morales*, Bs. As., ed. Gradifco, 1º reimpresión, 2007, pág.22.