

Clínica Jurídica de Derechos Humanos Javier Romañach
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid

EDUCACIÓN INCLUSIVA Y MEDIDAS SANCIONADORAS EN EL ÁMBITO EDUCATIVO: LA SITUACIÓN DE NIÑOS Y NIÑAS CON TRASTORNOS DE APEGO.

Clínica Jurídica sobre Derechos Humanos Javier Romañach
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid

Getafe, abril de 2019

El presente informe se ha realizado dentro de la Clínica Jurídica de la Universidad Carlos III de Madrid, por parte de la Clínica sobre Discapacidad del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. El informe se elabora a petición de la Asociación Ayuda Mutua y Trastornos de Apego (PETALES España).

Este programa Clínico ha sido dirigido por Ignacio Campoy Cervera, en él ha participado Irene Vicente Echevarría como tutora. El trabajo ha sido desarrollado por los estudiantes Carmen Cabrera del Barrio, Consuelo Martín Bolaños, Daniel Chacón Fulgencio, J. Lorenzo Legua Anadón, Juan Marcos García Carvajal y María José Jara Leiva.

Resumen: En el presente informe se analizará la influencia que el reconocimiento del derecho a una educación inclusiva debe tener sobre los actuales regímenes sancionadores empleados en los centros escolares ordinarios. Si la educación inclusiva supone repensar el ámbito educativo para garantizar el derecho a la educación de todas las personas, incluidas aquellas con discapacidad, uno de los ámbitos que, en este proceso, debe someterse a crítica, es el de las medidas sancionadoras. Esto, puesto que aquellas pueden suponer barreras que limiten o impidan el derecho a la educación de niños y niñas con determinadas discapacidades. Es el caso de los niños y niñas con trastornos de apego, cuya situación constituye el motivo de este trabajo. En las siguientes páginas se argumentará que las medidas sancionadoras empleadas contra niños y niñas con trastorno de apego, por no tener en cuenta su particular situación, terminan por constituir barreras que limitan o merman su derecho a la educación.

Palabras clave: derechos de los niños y niñas; discapacidad; educación inclusiva; medidas sancionadoras; trastornos de apego.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	4
II. DERECHO A LA EDUCACIÓN Y MEDIDAS SANCIONADORAS EN EL ÁMBITO EDUCATIVO.	6
1. El derecho a la educación.	7
1.1. Marco jurídico internacional.	8
1.2. Marco jurídico estatal.	11
2. Las medidas sancionadoras en el ámbito educativo.	12
2.1. Marco jurídico internacional	13
2.2. Marco jurídico estatal.....	23
2.3. Marco jurídico autonómico	27
2.4. Jurisprudencia.....	31
III. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA.	34
1. El tránsito hacia una educación inclusiva.	34
1.1. La educación de niños y niñas con discapacidad del modelo médico-rehabilitador: la educación especial.	34
1.2. El derecho a la educación inclusiva y el modelo social de la discapacidad.	38
2. Marco jurídico.....	45
2.1. Internacional.....	45
2.2. Estatal.....	53

2.3. Autonómico	55
3. Observaciones efectuadas a España en 2018.	57
4. Jurisprudencia.....	58
IV. EL CASO DE LOS NIÑOS Y NIÑAS CON TRASTORNOS DE APEGO.....	61
1. Aproximación a los trastornos de apego.	61
2. Reconocimiento del trastorno de apego en España.	65
3. Medidas sancionadoras en el ámbito escolar y niños y niñas con trastorno de apego.67	
4. Análisis de casos.	70
V. CONCLUSIONES.....	74

I. INTRODUCCIÓN

En su artículo 24, la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CIDPD) reconoce el derecho a la educación inclusiva de todas las personas. Las obligaciones que este reconocimiento impone a los Estados Parte –entre los que se encuentra España desde 2006- consisten en la inclusión de los niños y niñas con discapacidad en el ámbito educativo ordinario, lo que conlleva el desarrollo de un sistema educativo capaz de incluir a todas las niñas y niños. . El objetivo es garantizar el derecho a la educación en igualdad de condiciones para todos los niños y niñas al margen de sus características individuales o contextuales.

De hecho, un reciente informe del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas confirma que en España se vulnera gravemente el derecho a la educación inclusiva de las personas con discapacidad. Ello ocurre principalmente porque se sigue optando por la educación en centros de educación

especial, pese a suponer una situación de segregación y marginación de las personas con discapacidad, y que por tanto vulnera su derecho a la educación. Sin embargo, no basta con la mera integración del alumnado con discapacidad en los centros escolares ordinarios, pues la plena inclusión de este en los mismos, así como el pleno aprovechamiento de la educación, requiere que los métodos de enseñanza, currículos escolares y formas de aprendizaje se adapten a la diversidad de capacidades del alumnado. Entre estos, tiene especial importancia las medidas sancionadoras que se emplean en el ámbito escolar, dado los efectos que estas pueden causar en los niños y niñas.

Si la educación inclusiva supone repensar el ámbito educativo para garantizar el derecho a la educación de todas las personas, incluidas aquellas con discapacidad, uno de los ámbitos que, en este proceso, debe someterse a crítica, es el de las medidas sancionadoras o disciplinarias que se emplean en el ámbito escolar, dado los efectos que estas pueden causar en los niños y niñas. La aplicación inadecuada de estas medidas puede suponer barreras que limiten o impidan el ejercicio de ciertos derechos, especialmente del derecho a la educación. Particular importancia tiene el caso de los niños y niñas con trastornos de apego, cuya situación constituye el motivo de este informe.

Los niños y niñas con trastornos de apego, debido a que comúnmente presentan comportamientos disruptivos, suelen ser frecuentes y severamente sancionados en las escuelas. La aplicación inadecuada de estas medidas disciplinarias puede suponer para ellos un aumento de sus inseguridades y de su sensación de no pertenencia, así como una acentuación del trastorno que padecen, afectando su integridad mental y, por tanto, el libre desarrollo de su personalidad. Además, la imposición de estas medidas, como la suspensión de su derecho de asistencia al aula o centro, o el cambio de este, puede resultar en la vulneración de su derecho a la educación. Como se abordará con mayor detalle, esto puede significar para el niño o niña una situación de discriminación por motivos de discapacidad en el ejercicio de su derecho a la educación, y en concreto, del derecho a la educación inclusiva de todos los niños y niñas.

Por lo anterior, las medidas de disciplina que se apliquen en las escuelas deben reflejar los principios de la educación inclusiva, especialmente ser suficientes para responder a las necesidades de todo el alumnado. Así, este informe se centrará en la influencia que el reconocimiento del derecho a una educación inclusiva debe tener sobre los actuales regímenes sancionadores existentes en los centros escolares ordinarios.

Para efectos del desarrollo del presente trabajo, primero, se describirá el marco jurídico del derecho a la educación y de las medidas sancionadoras en el ámbito escolar, analizándose los requisitos generales que estas deben cumplir de acuerdo con los estándares internacionales en derechos humanos, además de su normativa a nivel nacional y autonómico. Es importante aclarar que el análisis se centrará en la regulación jurídica de la comunidad autónoma de Andalucía, debido a la procedencia de los casos que se analizarán.

En segundo lugar, nos referiremos al derecho a la educación inclusiva, que pone en cuestión el tradicional modelo de educación especial; describiremos sus principios y su reconocimiento jurídico como derecho de todos los niños y niñas, y analizaremos el impacto que esta debe tener sobre las medidas sancionadoras habitualmente empleadas en los centros escolares.

En tercer lugar, nos centraremos en la situación concreta de niños y niñas con trastornos de apego, para quienes las medidas disciplinarias pueden suponer una vulneración de su derecho a la educación. Describiremos de forma general en qué consisten, para luego analizar sus implicaciones en el contexto del derecho a la educación inclusiva. Asimismo, se recomendarán algunas buenas prácticas en materia de medidas sancionadoras en el ámbito escolar, las que serán contrastadas con los casos sometidos a nuestro conocimiento por PETALES España. Finalmente, se presentarán algunas conclusiones.

II. DERECHO A LA EDUCACIÓN Y MEDIDAS SANCIONADORAS EN EL ÁMBITO EDUCATIVO.

El ámbito educativo es, junto al familiar, uno de los más importantes en el proceso de socialización de los niños y niñas. En este se relacionan por primera vez en un contexto de “iguales”, adquiriendo, a través de sus relaciones con los otros y con sus educadores, una cierta percepción de su identidad, así como de su propia dignidad y la de los otros. Cuando el niño o niña forma parte de la comunidad educativa, reafirma que existen otras personas en el mundo y comienza a convivir con ellas. A lo largo de los años de escolaridad, el desarrollo cognitivo y emocional de los niños se enmarca en esta

convivencia. De ahí la importancia de que el ambiente escolar se base en valores como el respeto, la confianza, y la inclusión.

En este entorno, es frecuente que se produzcan ciertos conflictos entre los miembros de una comunidad educativa (otros alumnos y alumnas, docentes, padres y madres, directiva, personal administrativo, etc.). Para preverlos o resolverlos, las escuelas suelen diseñar un plan de convivencia, que a menudo contempla medidas de disciplina o sancionadoras que pueden ser aplicadas a aquellos estudiantes infrinjan las normas internas que el plan contempla. No obstante, al ser aplicadas en el ámbito escolar donde se desarrolla el proceso de aprendizaje, deben respetar el derecho a la educación de todos los niños y niñas y hacerse con el fin de garantizar este derecho a la educación.

En este contexto, a continuación se describirá en qué consiste en términos generales el derecho a la educación, su importancia y reconocimiento normativo, para posteriormente analizar la regulación jurídica acerca de cómo deben ser las medidas sancionadoras en el ámbito educativo.

1. El derecho a la educación.

El derecho a la educación es un derecho de suma importancia. Este tiene como objetivo “el pleno desarrollo de la personalidad humana”¹ por lo que se conecta directamente con el fundamento último de los derechos humanos, que es precisamente la maximización de dicho desarrollo². A través de la educación desarrollamos las habilidades sociales, emocionales y cognitivas que hacen posible la inclusión y participación en sociedad, así como el ejercicio de todos los derechos en igualdad de

¹ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Adoptada y proclamada por la Resolución de la Asamblea General 217 A (iii) del 10 de diciembre de 1948, artículos 26.1 y 2. En términos similares: Convención UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, adoptada por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, en su undécima reunión, celebrada en París, del 14 de noviembre al 15 de diciembre de 1960, art. 26.

² Con Ignacio Campoy: “*el fundamento último de los derechos fundamentales reside en la vida humana digna, es decir, en el desarrollo de la vida conforme a lo que cada persona considere que constituye su dignidad como ser humano [...] o, dicho de una manera más clara, lo que se trataría es de reconocer, respetar y proteger que la persona pueda desarrollar sus propios planes de vida*” en CAMPOY, I., “Una revisión de la idea de dignidad humana y de los valores de libertad, igualdad y solidaridad en relación con la fundamentación de los derechos” p.147. Más recientemente se ha apuntado a que la educación ha de dirigirse al “*libre desarrollo de nuestra personalidad*”, en lo que podría considerarse contradictorio con la idea de pleno desarrollo, si bien dice Ignacio Aras que el pleno desarrollo de nuestra personalidad “*no puede admitir otro significado que el que delimitan las coordenadas inmanentes a la fórmula del libre desarrollo de la personalidad*”. ARAS, I., La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación.

condiciones. Por esta razón, y aunque su reconocimiento se generaliza junto al del resto de derechos sociales, económicos y culturales, no puede entenderse al derecho a la educación únicamente como un medio para lograr cierta igualdad de tipo material entre las personas (suele relacionarse, concretamente, con la igualdad de oportunidades), sino también como “puerta de entrada” al resto de los derechos.

Dada su importancia, ha sido reconocido por diversos tratados internacionales de derechos humanos, así como a nivel español. A continuación, se hará referencia a los instrumentos más importantes.

1.1. Marco jurídico internacional

En el contexto del Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos, son diversos los instrumentos que consagran el derecho a la educación. En términos generales, estos reconocen el derecho de todos los niños y niñas a la enseñanza primaria gratuita y obligatoria; la obligación de desarrollar la enseñanza secundaria, respaldada por medidas que la hagan accesible a todos los niños; y el acceso equitativo a la enseñanza superior.

En este sentido, se debe hacer referencia, en primer lugar, a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, piedra angular del Sistema Universal de Protección, que, en su artículo 26, delimita por primera vez con carácter universal el contenido del derecho a la educación. Esta tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; deberá ser gratuita y obligatoria en lo elemental, y generalizada en lo técnico; y deberá asegurar la igualdad en el acceso a los estudios superiores. Así, la Declaración le otorga un carácter particular al derecho a la educación, puesto que no se trata de un derecho a unas determinadas prestaciones, sino de un ámbito central en la vida y desarrollo de las personas, y en especial de todos los niños y niñas.

En un tenor similar, pero en un instrumento jurídicamente vinculante para los Estados Parte, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 reconoce el derecho de toda persona a recibir una educación y traza las líneas generales de este derecho. Refuerza lo ya sentado por la Declaración Universal, en el sentido de que la educación debe “orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad y del sentido de su dignidad” y “fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales”, agregando además que la educación “debe

capacitar a todas las personas a participar efectivamente en una sociedad libre”³. Se trata entonces de un derecho emancipador, de una *conditio sine qua non* del desarrollo personal.

Además, este instrumento aclara que su arco protector alcanza no sólo al alumnado sino también a padres y madres: suya es la libertad “de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza”⁴.

Cabe destacar también la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989⁵, que en su artículo 28 reconoce el derecho del niño a la educación, y establece ciertas medidas para que este derecho pueda ser ejercido progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades, tales como la implantación de la enseñanza primaria obligatoria y gratuita; el fomento del desarrollo de la enseñanza secundaria y la adopción de medidas para su gratuidad y concesión de asistencia financiera; la accesibilidad de la educación; información y orientación a los niños; y la adopción de medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir la tasa de deserción escolar.

El artículo 29 le añade una dimensión cualitativa, al establecer que la educación debe estar encaminada a “desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades”; “inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales”; y desarrollar su respeto por los valores culturales y nacionales propios y de civilizaciones distintas a la suya⁶. Así, apunta al desarrollo holístico del niño hasta el máximo de sus posibilidades, y su preparación para una vida adulta activa, lo que está en armonía con el valor supremo y objeto central de la Convención, que es el respeto de la dignidad humana y los derechos iguales de los niños.

En interpretación de esta disposición, el Comité de Derechos del Niño ha recalcado que la educación no es meramente la escolarización oficial, sino que, como se ha apuntado

³ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, artículo 13.1.

⁴ Ibid, art. 13.3.

⁵ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 31 de diciembre de 1990.

⁶ Ibid, art. 29.

anteriormente, abarca también “un amplio espectro de experiencias vitales y procesos de aprendizaje que permiten al niño, ya sea de manera individual o colectiva, desarrollar su personalidad, dotes y aptitudes y llevar una vida plena y satisfactoria en el seno de la sociedad”⁷.

El derecho a la educación ha sido desarrollado también en los Sistemas Regionales de Protección de los Derechos Humanos, de entre los cuales nos referiremos al europeo. Dentro de este ha de destacarse el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, que proclama el derecho a la educación en el art. 2 de su Protocolo Adicional, de 20 de marzo de 1952, en los siguientes términos: “A nadie se le puede negar el derecho a la educación. 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”⁸.

Posteriormente, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano encargado de velar porque los países se atengan a lo dispuesto en la Convención y de recibir los recursos a resoluciones judiciales nacionales relativas a casos de violaciones de Derechos Humanos contenidos en ella, ha ampliado su radio de aplicación hacia estándares más específicos.

Por ejemplo, en el caso *Çam c. Turquía*⁹, el Tribunal admite que la evolución propia del Derecho Internacional y de las prácticas europeas deben influir en sus exigencias al juzgar violaciones del derecho a la educación. Por su parte, en el caso *Leyla Şahin c. Turquía*¹⁰ establece que los límites que se deseen aplicar a este derecho deben perseguir propósitos legítimos en defensa de otros bienes jurídicos, ser proporcionales, y en ningún caso vaciarlo de contenido.

También se ha referido el Tribunal a situaciones discriminatorias en el ejercicio del derecho a la educación. Ha señalado que el no encaje de ajustes razonables debe imputarse clara e inequívocamente a una violación del derecho, porque en algunos supuestos hay

⁷ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 1. Párrafo 1 artículo 29: Propósitos de la educación, CRC/GC/2001/1, de 17 de abril de 2001, párr. 2.

⁸ Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Çam c. Turquía (23/02/2016) (párr. 53). Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161149>

¹⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Leyla Şahin c. Turquía (10/11/2005) (párr. 121). Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70956>

actuaciones indiciariamente discriminatorias que no se han reputado como tal (caso *McIntyre c. Reino Unido*¹¹). Asimismo, ha establecido que, si la parte denunciante construye, con su evidencia, una presunción suficiente de la discriminación alegada, la carga de la prueba se invierte, por lo que será la Administración quien debe probar que las medidas adoptadas (y posteriormente impugnadas) no suponen discriminación (caso *Sampanis y otros c. Grecia*¹²).

1.2. Marco jurídico estatal

La Constitución española, en el Capítulo II, sobre derechos y libertades, consagra, en su artículo 27, el derecho a la educación, que “tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”. Además, como parte de la libertad de enseñanza, reconoce la libertad a las personas físicas y jurídicas de “creación de centros docentes, dentro del respeto de los principios constitucionales”; y establece que “los profesores, padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca”.

Este derecho ha sido desarrollado en el ámbito legal estatal. En particular, la Ley Orgánica de Educación 2/2006, reconoce como principios del sistema educativo español, entre otros, la calidad de la educación, la equidad e igualdad de oportunidades, la “transmisión y puesta en práctica de valores que favorezcan la libertad personal, la responsabilidad, la ciudadanía democrática, la solidaridad, la tolerancia, la igualdad, el respeto y la justicia, así como que ayuden a superar cualquier tipo de discriminación”, y “la concepción de la educación como un aprendizaje permanente, que se desarrolla a lo

¹¹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *McIntyre c. Reino Unido* (21/10/1998). Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-4441>

¹² Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Sampanis y otros c. Grecia* (05/06/2008). Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-2378798-2552166&filename=003-2378798-2552166.pdf>

largo de toda la vida”¹³. Así también, otras leyes regulan el contenido y ejercicio de este derecho¹⁴, como la ley Orgánica 8/2013¹⁵ y el Real Decreto 732/1995¹⁶.

2. Las medidas sancionadoras en el ámbito educativo.

En un entorno escolar, con pluralidad de miembros e interacciones, sobre todo de niños y niñas cuya personalidad se encuentra en desarrollo, es casi inevitable que se produzcan conflictos entre los miembros de la comunidad educativa. Una de las soluciones que adoptan los establecimientos escolares para prevenirlos y resolverlos es mediante el diseño de plan y normas de convivencia, y la aplicación de medidas de disciplina en las escuelas. En general, la fijación de normas de convivencia y medidas de disciplina son coherentes con el paradigma de protección integral y el enfoque de derechos, que reconocen al niño o niña como sujeto de derechos y por tanto obligaciones, en separación del paradigma tutelar que imperaba hasta antes de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Estas medidas han de ser educativas, en el sentido de fomentar la capacidad de los niños y niñas de adoptar decisiones ponderadas, resolver conflictos de forma pacífica, llevar una vida sana, tener relaciones sociales satisfactorias, asumir responsabilidades, etc., a fin de lograr su desarrollo holístico y preparación para la vida adulta. Sin embargo, esto no implica la posibilidad de aplicar medidas disciplinarias o de corrección bajo el solo pretexto de la intención educativa o prescriptiva. Una interpretación en ese sentido se acercaría más al paradigma tutelar, por lo que sería contradictoria con la consideración del niño como sujeto de derechos.

Dados los efectos que estas tienen sobre los niños y niñas, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se ha referido a ellas. No obstante, no lo ha hecho directamente, sino indirectamente, como uno de los aspectos en los que han de aplicarse los principios y derechos de los niños y niñas. Por esta razón, a continuación, se ofrecerá una sistematización sobre los requisitos que estas han de cumplir para ser acorde con los

¹³ La Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo de Educación (LOE), art. 1.

¹⁴ Se hará mayor referencia a la normativa nacional más adelante en el presente informe, en relación con las medidas sancionadoras en el ámbito escolar y la educación inclusiva.

¹⁵ Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE).

¹⁶ Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que se establecen los derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia en los centros.

estándares internacionales de los derechos humanos. Posteriormente, se describirá su regulación jurídica a nivel español, y se analizará su adecuación con dichos estándares.

2.1. Marco jurídico internacional

En el ámbito internacional, las medidas sancionadoras en el ámbito educativo son reconocidas principalmente por la Convención de Derechos del Niño, cuyos preceptos han de analizarse en conjunto con las interpretaciones que el Comité de Derechos del Niño ha hecho sobre estos en sus Observaciones Generales.

Según ha señalado el referido Comité, “las escuelas deben fomentar un clima humano y permitir a los niños que se desarrollen según la evolución de sus capacidades”¹⁷ y aptitudes, para lo cual deben procurar “la creación de entornos sanos, seguros, que tengan en cuenta la perspectiva de género, inclusivos y dotados de recursos necesarios y que, por ende, facilitan el aprendizaje”¹⁸. En este sentido, la convivencia escolar es un aspecto importante para generar un clima constructivo y de respeto, y constituye una garantía del respeto al derecho a la educación de todo niño o niña.

El establecimiento de medidas disciplinarias en el ámbito escolar está permitido en el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que las escuelas han de adoptar cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana y de conformidad con la Convención. En una interpretación sistemática de las disposiciones de la Convención sobre Derechos del Niño, se puede concluir que estas deben cumplir con los requisitos que se analizarán a continuación.

a) Las medidas disciplinarias deben respetar la dignidad humana:

Del tenor de lo dispuesto en el artículo 28.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, es posible desprender que solo son admisibles aquellas medidas disciplinarias en el ámbito escolar que respeten la dignidad del niño o niña en cuanto persona humana, la que “exige que cada niño sea reconocido, respetado y protegido como titular de derechos y como ser humano único y valioso con su personalidad propia, sus necesidades

¹⁷ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 1. Párrafo 1 artículo 29: propósitos de la educación, CRC/GC/2001/1, de 17 de abril de 2001, párr. 12.

¹⁸ UNESCO. Educación 2030. Declaración de Incheon. Hacia una educación inclusiva y equitativa de calidad y un aprendizaje a lo largo de la vida para todos, ED-2016/WS/28, párr. 14.

específicas, sus intereses y su privacidad”¹⁹. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ya se había pronunciado específicamente sobre la disciplina en las escuelas, al establecer que esta debe ser en todo caso compatible con la dignidad humana, la cual es uno de los objetivos que debe perseguir obligatoriamente la educación, según el párrafo 1 del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El referido Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala como ejemplo de las medidas disciplinarias incompatibles con la dignidad humana los castigos corporales²⁰. En un sentido similar, el Comité de Derechos del Niño manifiesta que “el *castigo corporal* es incompatible con el respeto a la dignidad intrínseca del niño y con los límites estrictos de la disciplina escolar”²¹, por lo que en ningún caso podría ser aplicados estos u otro trato cruel o degradante como medida sancionadora, ni aun bajo el pretexto del interés superior del niño²².

Así también, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que sería incompatible con la idea de dignidad humana, y por tanto un ejemplo de medida disciplinaria inadmisible, la humillación pública; y alienta a las escuelas a la introducción de “métodos ‘positivos’, no violentos, de disciplina escolar”²³. De manera más amplia, el Comité de Derechos del Niño declara que *cualquier tipo de violencia*, sea física o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, es inadmisible por ser contraria a la dignidad humana, y, por tanto, las medidas disciplinarias no pueden constituir una forma de violencia. Esta prohibición no tiene excepción, por lo que no se deben tener en cuenta como requisitos previos de la violencia consideraciones como la frecuencia, gravedad del daño y la intención²⁴. En consecuencia, de aplicarse medidas disciplinarias, ello debe hacerse de manera que no menoscabe la dignidad del

¹⁹ Comité de los Derechos del Niño. Observación general N° 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, de 18 de abril de 2071, CRC/C/GC/13, párr. 3 c).

²⁰ Ibid, párr. 41.

²¹ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 1. Párrafo 1 artículo 29: propósitos de la educación, CRC/GC/2001/1, de 17 de abril de 2001, párr. 8.

²² Comité de los Derechos del Niño. Observación general N° 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, de 18 de abril de 2071, CRC/C/GC/13, párr. 61.

²³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general N° 13: El derecho a la educación (Art. 13), E/C.12/1999/10, 8 de diciembre de 1999, párr. 41.

²⁴ Comité de los Derechos del Niño. Observación general N° 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, de 18 de abril de 2071, CRC/C/GC/13, párr. 17.

niño o niña y que sea compatible con su derecho a la protección frente a todas las formas de violencia, “sosteniendo con ello el respeto hacia el niño en el entorno educativo”²⁵.

Concretamente sobre la violencia mental, comprendida en la expresión “perjuicio o abuso (...) mental”, del artículo 19 párrafo 1 de la Convención, esta es entendida como “maltrato psicológico, abuso mental, agresión verbal y maltrato o descuido emocional”, que puede consistir, entre otras cosas, en: “a) toda forma de relación perjudicial persistente con el niño; b) asustar al niño, aterrorizarlo y amenazarlo; explotarlo y corromperlo; desdeñarlo y rechazarlo; aislarlo, ignorarlo y discriminarlo; c) desatender sus necesidades afectivas, su salud mental y sus necesidades médicas y educativas; d) insultarlo, injuriarlo, humillarlo, menospreciarlo, ridiculizarlo y herir sus sentimientos; e) exponerlo a violencia doméstica; f) someterlo a un régimen de incomunicación o aislamiento o a condiciones de detención humillantes o degradantes; y g) someterlo a la intimidación y novatadas”²⁶. Según el caso y en virtud de las circunstancias, una medida sancionadora demasiado severa, como podría ser, por ejemplo, el cambio de centro, la suspensión de su derecho a asistencia al mismo durante un período prolongado, o incluso el cambio de grupo en determinados casos, podría llegar a constituir un acto de violencia, si rechaza, discrimina o desatiende sus necesidades afectivas, médicas y educativas.

La violencia, además, afecta el desarrollo del niño o niña, entendido este como un “concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño”²⁷. En efecto, el Comité de Derechos del Niño ha vinculado el derecho al desarrollo con el de la protección integral contra la violencia, los que se deben interpretar “en consonancia con el objetivo global de protección del niño”²⁸. Una forma de proteger el desarrollo del niño es, justamente, la protección de este contra todo tipo de violencia, dado que esta dificulta su desarrollo²⁹.

Finalmente, dicho Comité presta especial atención a los niños que se encuentran en situaciones de vulnerabilidad potencial de exposición a la violencia, como son, entre

²⁵ UNICEF. Un enfoque de la educación para todos basado en los derechos humanos, 2008, p. 8.

²⁶ Comité de los Derechos del Niño. Observación general N° 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, de 18 de abril de 2071, CRC/C/GC/13, párr. 21.

²⁷ Comité de los Derechos del Niño. Observación general N° 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, de 18 de abril de 2071, CRC/C/GC/13, párr. 62.

²⁸ Comité de los Derechos del Niño. Observación general N° 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, de 18 de abril de 2071, CRC/C/GC/13, párr. 62.

²⁹ Comité de los Derechos del Niño. Observación general N° 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, de 18 de abril de 2071, CRC/C/GC/13, párr. 2.

otros, los niños que viven en diversas modalidades de cuidado alternativo; los que no están inscritos en el registro civil; los que viven en la calle; los que se encuentran en conflicto con la ley; y los que tienen discapacidades de diversos tipos (sea física, sensorial, cognitiva, psicosocial o congénita), padecen de enfermedades o presentan problemas serios de conducta³⁰.

b) Las medidas disciplinarias deben fortalecer los objetivos del derecho a la educación.

Como reflejo de la interconexión de las normas de la Convención, el Comité destaca que todas las decisiones sobre las medidas e iniciativas relacionadas con un niño o niña en particular o grupo de niños deben respetar su interés superior con respecto a la educación. A fin de promover una educación que sea acorde con el interés superior del niño, los Estados deben procurar un entorno, y métodos de enseñanza y de aprendizaje apropiados para los niños. Lo anterior se establece teniendo en cuenta que la educación es también una oportunidad de esparcimiento, de promover el respeto y la participación de los niños y niñas, de cumplir ambiciones, así como de “fomentar las responsabilidades del niño para superar las limitaciones que pueda acarrearle cualquier situación de vulnerabilidad”³¹.

La Convención sobre los Derechos del Niño amplía el concepto del derecho a la educación, estableciendo la obligación de tener en cuenta en su aplicación los cuatro principios fundamentales de la Convención, que son el principio de no discriminación; el interés superior; el derecho a la vida, supervivencia y desarrollo en el mayor grado posible; y el derecho a expresar sus opiniones y a que estas sean tomadas debidamente en cuenta. Esto refleja la idea de los niños y niñas como agentes activos de su aprendizaje, y la concepción de la educación como un medio que “fomente y respete sus derechos y necesidades”³².

En consecuencia, todos los valores que se inculcan en el proceso educativo en las escuelas deben estar encaminados a consolidar esos fines y promover el disfrute de los

³⁰ Comité de los Derechos del Niño. Observación general N° 13. Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, de 18 de abril de 2011, CRC/C/GC/13, párr. 72 (g).

³¹ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013, párr. 79.

³² UNICEF. Un enfoque de la educación para todos basado en los derechos humanos. 2008, p. 8.

derechos. Esto debería incluir los contenidos del plan de estudio, los procesos y métodos de enseñanza, y también las normas y medidas de disciplina escolar. De hecho, la participación de los niños en el diseño del plan de convivencia y en particular en la resolución de conflictos y los procedimientos disciplinarios en la escuela —aunque de manera acorde con los deberes de privacidad y protección de las personas afectadas o involucradas—, debe promoverse como parte del proceso de aprendizaje en sí y como experiencia en el ejercicio de los derechos³³, aunque siempre en proporción del desarrollo progresivo de sus facultades.

Además, de acuerdo con el artículo 28 y en consonancia con el interés superior del niño o niña, la enseñanza debe centrarse en estos, en desarrollar su personalidad, dotes, capacidad e intereses y en satisfacer sus necesidades, los que serán propios y únicos para cada niño y niña³⁴. Por tanto, el programa de estudios, los métodos pedagógicos³⁵ y también el procedimiento de medidas correctivas y disciplinarias deben adaptarse a las distintas necesidades presentes y futuras de cada niño y niña, a fin de preparar a cada uno para la vida activa en sociedad. En conclusión, es el aprendizaje el que “debe adaptarse a las necesidades de cada niño, más que cada niño adaptarse a los supuestos predeterminados en cuanto al ritmo y la naturaleza del proceso educativo”³⁶.

c) Las medidas disciplinarias no deben violar otros derechos humanos y deben ser acordes con los principios generales en materia de infancia

El valor supremo de la Convención sobre los Derechos del Niño es el respeto a la dignidad humana innata del niño y la igualdad e inalienabilidad de sus derechos, para lo cual se deben tener en cuenta sus necesidades especiales de desarrollo y sus diversas capacidades, las que se encuentran en evolución³⁷. El objetivo primordial de las políticas de protección del niño en los Estados Partes debe ser el respeto de la dignidad, la vida, la

³³ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 1. Párrafo 1 artículo 29: propósitos de la educación, CRC/GC/2001/1, de 17 de abril de 2001, párr. 8.

³⁴ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 1. Párrafo 1 artículo 29: propósitos de la educación, CRC/GC/2001/1, de 17 de abril de 2001, párr. 9.

³⁵ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 1. Párrafo 1 artículo 29: propósitos de la educación, CRC/GC/2001/1, de 17 de abril de 2001, párr. 9. Ver también: UNESCO. Declaración de Salamanca. Aprobada por la Conferencia mundial sobre necesidades educativas especiales: acceso y calidad. Salamanca, España, 7 a 10 de junio de 1994, artículo 2.

³⁶ UNESCO. Marco de acción para las necesidades educativas especiales. Aprobada por la Conferencia mundial sobre necesidades educativas especiales: acceso y calidad. Salamanca, España, 7 a 10 de junio de 1994, párr. 4.

³⁷ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 1. Párrafo 1 artículo 29: Propósitos de la educación, CRC/GC/2001/1, de 17 de abril de 2001, párr. 1.

supervivencia, el bienestar, la salud, el desarrollo, la participación y la no discriminación del niño o niña, como persona titular de derechos. La mejor forma de lograr lo anterior es respetar, proteger y hacer efectivos todos los derechos consagrados en la Convención y en sus protocolos facultativos³⁸.

En tanto derechos humanos, los derechos del niño y la niña son de carácter universal, indivisibles, interdependientes e interrelacionados. Por lo anterior, las disposiciones de la Convención son de naturaleza interconexa, ya que se basan en muchas otras disposiciones, “las refuerza, integra y complementa”³⁹, sin que se puedan entender de forma aislada. Además, existen artículos de la Convención sobre Derechos del Niño que son de tal importancia para la interpretación y aplicación de los derechos del niño que son considerados principios generales, y son necesarios para adoptar un enfoque basado en los derechos del niño y la niña como persona titular de derechos. Estos son: la obligación de los Estados de respetar los derechos enunciados en la Convención y asegurar su aplicación a cada niño y niña sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna (artículo 2); el interés superior del niño y niña como consideración primordial en todas las medidas que les son concernientes (artículo 3 párrafo 1); su derecho intrínseco a la vida y la obligación de los Estados Parte de garantizar en la máxima medida posible su supervivencia y su desarrollo (artículo 6); y su derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones (artículo 12)⁴⁰.

A continuación, se analizarán la procedencia y la adecuación de las medidas disciplinarias de conformidad con el interés superior del niño y niña, el derecho a ser oído y el principio de no discriminación, por ser considerados primordiales en la toma de decisiones que les afecten a los niños y niñas en el ámbito escolar; teniendo siempre en cuenta que es conforme a ellos que se alcanzará ese máximo desarrollo posible de todas las capacidades y potencialidades del niño y la niña.

³⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 13: El derecho a la educación (Art.13), 21º período de sesiones 15 de noviembre a 3 de diciembre de 1999, 08/12/99. E/C.12/1999/10, párr. 59.

³⁹ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 1. Párrafo 1 artículo 29: Propósitos de la educación, CRC/GC/2001/1, de 17 de abril de 2001, párr. 6.

⁴⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5: Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), CRC/GC/2003/5, 27 de noviembre de 2003, párr. 12.

i. Las medidas disciplinarias deben respetar el interés superior del niño

El artículo 3 de la Convención sobre Derechos del Niño introduce el interés superior del niño o niña como consideración primordial a la que se deberá atender en todas las medidas que les afecten, tanto por instituciones públicas como privadas de bienestar social, tribunales, autoridades administrativas u órganos legislativos, lo cual incluye por tanto las medidas de carácter correctivo o disciplinar que se adopten en las escuelas. Dada la importancia de esta consideración, el Comité de Derechos del Niño emitió su Observación General N° 14 para clarificar a los Estados en qué consiste el interés superior del niño o niña y cómo ha de aplicarse. Establece que su objetivo es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos en la Convención, así como el desarrollo holístico del niño o niña. Hace presente que la Convención no hace una jerarquización de derechos, y que todos los derechos reconocidos en ella responden a su interés superior, por lo que ninguno de estos debería verse perjudicado por una interpretación negativa de aquel principio⁴¹.

Se trata de un concepto complejo, flexible y adaptable, cuya definición debe adaptarse y definirse de forma individual, atendiendo a la situación concreta del niño o niña, así como al contexto, la situación y las necesidades personales⁴².

En la práctica, para determinar el interés superior del niño o niña se deben tener en consideración: a) la opinión del niño o niña; b) su identidad; c) la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones; d) el cuidado, la protección y la seguridad del niño o niña; e) la situación de vulnerabilidad, como, por ejemplo, tener alguna discapacidad; f) el derecho del niño o niña a la salud; g) el derecho del niño o niña a la educación⁴³.

Respecto de las situaciones de vulnerabilidad, entre las que se encuentra la discapacidad, la determinación del interés superior de un niño o niña en una situación concreta no será la misma que la de otro en la misma situación, ya que cada uno/a es

⁴¹ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013, párr. 1 y 4.

⁴² Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013, párr. 32.

⁴³ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013, párr. 52 a 79.

único/a⁴⁴. A lo anterior puede agregarse que lo que se determine en una situación concreta como acorde con el interés superior de un niño o niña en particular, puede variar también en el tiempo si varían las circunstancias y sus necesidades. Por ello, se deben tener en cuenta los distintos tipos y grado de vulnerabilidad de cada niño o niña, y realizar los ajustes razonables que se recomiendan durante todo su desarrollo⁴⁵. Esta consideración tiene especial importancia para los centros educativos que ofrecen servicios a niños y niñas con discapacidad, ya que las normas y reglamentos internos deberán ajustarse al interés superior y tener como consideración principal “la seguridad, la protección y la atención a los niños”⁴⁶ y niñas sobre cualquier otra circunstancia, por ejemplo, al asignar fondos.

Además, para la aplicación de medidas concretas se deben evaluar las necesidades físicas, emocionales, educativas y de otra índole en el momento de la decisión, pero también se deben tener en cuenta las posibles hipótesis de desarrollo del niño o niña, y analizar sus consecuencias a corto y largo plazo. Es importante destacar que al evaluar el interés superior se debe tener presente que las capacidades evolucionan, por lo que se debe preferir la adopción de medidas y sanciones que puedan revisarse o ajustarse, en lugar de decisiones que sean definitivas e irreversibles⁴⁷, como podría ser, por ejemplo, la expulsión del establecimiento educacional.

En el proceso de diseño del reglamento interno de convivencia y la adopción de medidas disciplinarias en el caso concreto, el interés superior de niño debe ser considerado como un derecho a que sea una consideración primordial al momento de sopesar los distintos intereses, como podría ser un conflicto de derechos entre niños o entre estos y el profesorado, para tomar una decisión. Así también, debe ser una norma fundamental en el procedimiento disciplinario de la escuela, siempre que afecte a un niño o niña concretos o a un grupo. Por consiguiente, toda decisión relativa a medidas

⁴⁴ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013, párr. 72.

⁴⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013, párr. 72.

⁴⁶ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 9: Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2003, párr. 30.

⁴⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013, párr. 84.

disciplinarias o sancionadoras deberá dejar patente explícitamente que se ha tenido en cuenta este derecho y de qué manera.

ii. Las medidas disciplinarias deben respetar el derecho a la participación del niño o de la niña

El artículo 12 de la Convención sobre Derechos del Niño reconoce a todo niño o niña que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, debiendo tenerse en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. Con tal fin, se dará al niño o niña oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado. Para que se garantice este derecho, el Comité alienta a los Estados Partes a que introduzcan medidas legislativas por las que se exija a los responsables de adoptar decisiones en los procedimientos judiciales o administrativos que expliquen en qué medida se han tomado en consideración las opiniones del niño o niña y las consecuencias para este.

Entre los procedimientos administrativos, a modo de ejemplo, el Comité destaca las decisiones sobre la educación, salud, entorno y condiciones de vida o protección del niño o niña⁴⁸. Así también, señala que este derecho es aplicable tanto a los procedimientos iniciados por aquél, como a los iniciados por otras personas que le afecten⁴⁹. Resalta además que en este tipo de procedimientos es donde más probablemente el niño o niña participe y se ejerza este derecho, al ser más informales, flexibles y relativamente fáciles de establecer mediante las leyes y normas. El Comité exemplifica los procedimientos administrativos en que ha de considerarse la opinión del niño explícitamente con los mecanismos para abordar cuestiones de disciplina en las escuelas, como suspensiones y expulsiones; las negativas a entregar certificados escolares; las cuestiones relativas al rendimiento; medidas disciplinarias; entre otras. En estos asuntos, por tanto, el niño tiene derecho de ser escuchado y disfrutar de los demás derechos "en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional"⁵⁰.

⁴⁸ Comité de los Derechos del Niño. Observación General N° 12: El derecho del niño a ser escuchado, CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009, párr. 32.

⁴⁹ Ibid, párr. 33.

⁵⁰ Ibid, párr. 67.

El Comité destaca la importancia del derecho a participar respecto de las medidas disciplinarias, y en la formulación y aplicación de las políticas y los códigos de conducta de la escuela, y plantea la necesidad de consagrar ese derecho en la legislación en lugar de depender de la buena voluntad de las autoridades escolares⁵¹. Por tanto, el ejercicio de este derecho debe darse por las vías adecuadas, tanto respecto del diseño del código de conducta o reglamento escolar, como respecto de la adopción de medidas disciplinarias específicas que le hayan de afectar y la impugnación de estas.

El hecho de que el niño o niña sea muy pequeño o se encuentre en una condición de vulnerabilidad, como por ejemplo que tenga una discapacidad, no le priva de este derecho, ni reduce la importancia que debe darse a sus opiniones al determinar su interés superior, y, si fuese el caso, se deberían efectuar ajustes razonables a fin de garantizar el ejercicio en pie de igualdad de este derecho⁵². Así, la habilitación de estructuras de participación a fin de que el niño o niña pueda dar libremente su opinión y esta sea tenida debidamente en cuenta de acuerdo con su edad y madurez, debe ser parte de los elementos básicos de los programas de atención y protección del niño o niña en la escuela, por lo que deben pensarse las estrategias para que este pueda ser consultado, participando y cooperando teniendo en cuenta sus circunstancias.

iii. Las medidas disciplinarias deben respetar el principio de no discriminación: el caso de los niños y niñas con discapacidad.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que el derecho a la educación, así como los demás contenidos en el Pacto, se debe garantizar por los Estados Partes sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social⁵³. Este derecho abarca no solamente el acceso a la enseñanza, sino también “la obligación de eliminar la

⁵¹ Ibid, párr. 109 y 110.

⁵² Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013, párr. 54.

⁵³ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, artículo 2.

discriminación en todos los planos del sistema educativo, establecer normas mínimas y mejorar la calidad”⁵⁴.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño tiene entre sus principios rectores el de no discriminación en el respeto y aplicación de los derechos enunciados en la misma (incluyendo el derecho a la educación), de manera que debe asegurarse su aplicación a cada niño sujeto a la jurisdicción del Estado Parte, “sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”⁵⁵.

El principio de no discriminación y el de igualdad, implica, en principio, que el respeto y la aplicación de derechos (entre lo que se incluye, por ejemplo, el derecho a la educación y los procedimientos relativos a las normas de convivencia en la escuela), que todos los niños y niñas son iguales, y no se debe haber diferencia entre ellos por los motivos indicados, puesto que se intenta evitar arbitrariedades. No obstante, el principio de no discriminación, concordado con una igualdad material, puede llegar a implicar una modificación y flexibilidad relativa de la normativa y de los procedimientos internos, para atender adecuadamente al caso concreto, considerando al niño con sus capacidades y necesidades propias, eliminándose, así, las barreras que impidan u obstaculicen el ejercicio de los derechos en la práctica.

2.2. Marco jurídico estatal

En el marco estatal, debe destacarse, en materia de niños, niñas y adolescentes, la **Ley Orgánica 8/2015**⁵⁶, que incorpora en el Derecho nacional algunos estándares internacionales en materia de infancia. Así, reformula el concepto de interés superior del

⁵⁴ UNICEF. Un enfoque de la educación para todos basado en los derechos humanos. 2008, p. 7.

⁵⁵ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 31 de diciembre de 1990, artículo 2.1.

⁵⁶ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia.

niño o niña, que debe ser la consideración primordial que ha de tenerse en cuenta en todas las acciones y decisiones que tengan que ver con ellos⁵⁷.

Adicionalmente, la LO 8/2015 incluye el derecho del niño o niña a ser oído, sin discriminación alguna por edad, situación de discapacidad u otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación que le afecte. Su opinión debe ser tenida en cuenta debidamente en función de su edad y madurez⁵⁸.

Por su parte, la **Ley Orgánica 2/2006 de Educación (LOE)**⁵⁹ en su artículo 1 establece, entre los principios del sistema educativo español, “la calidad de educación para todo el alumnado”, con independencia de sus condiciones y circunstancias; “la equidad, que garantice igualdad de oportunidades para el pleno desarrollo de la personalidad a través de la educación, la inclusión educativa, la igualdad de derechos y oportunidades que ayuden a superar cualquier discriminación”, con especial atención a las desigualdades que tengan como causa la discapacidad; “la transmisión y puesta en práctica de valores que favorezcan la libertad personal, la responsabilidad, la ciudadanía democrática, la solidaridad, la tolerancia, la igualdad, el respeto y la justicia”; y “la flexibilidad para adecuar la educación a la diversidad de aptitudes, intereses, expectativas y necesidades del alumnado”⁶⁰. Esta Ley reconoce que el fin de la educación de calidad es conseguir que todos los ciudadanos alcancen el máximo desarrollo de todas sus capacidades (individuales y sociales, intelectuales, culturales y emocionales), para lo cual debe ser adaptada a sus necesidades, así como garantizar la igualdad de oportunidades efectiva prestando los apoyos que sean necesarios⁶¹.

Por su parte, consecuentemente con la libertad de enseñanza, esta normativa establece la autonomía de los centros docentes para elaborar sus normas de organización y funcionamiento, incluyendo las que garanticen el plan de convivencia⁶². De acuerdo

⁵⁷ Lo hace en su art. Dos, por medio del cual se modifica el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁵⁸ Lo hace en su art. Cuatro, por medio del cual se modifica el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁵⁹ Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo de Educación (LOE).

⁶⁰ Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo de Educación (LOE), art. 1.

⁶¹ Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo de Educación (LOE), preámbulo.

⁶² Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo de Educación (LOE), art. 124.

con lo señalado en el preámbulo, si bien las Administraciones deben establecer un marco general de desenvolvimiento, la autonomía de los centros educativos es necesaria para permitir adecuar su actuación a sus circunstancias y características del alumnado, para conseguir el éxito escolar de todos los estudiantes.

Por otro lado, la **Ley Orgánica 8/2013 (LOMCE)**⁶³ -que modifica algunos artículos de la LOE y es la regulación vigente en el ámbito nacional-, en su artículo 124 refuerza lo ya establecido en el mismo artículo de la LOE, al disponer que los centros elaborarán un plan de convivencia que recogerá todas las actividades que se programen con el fin de fomentar el buen clima dentro del centro escolar, la concreción de los derechos y deberes de los alumnos y alumnas, y el establecimiento de medidas correctoras en caso de incumplimiento. En ellas, se debe tomar “en consideración la situación y condiciones personales de los alumnos y alumnas, y la realización de actuaciones para la resolución pacífica de conflictos con especial atención a las actuaciones de prevención de la violencia de género, igualdad y la no discriminación”⁶⁴. Las normas de conductas serán obligatorias; tendrán un carácter educativo y recuperador; deberán garantizar el respeto a los derechos del resto del alumnado; procurarán la mejora de las relaciones entre los miembros de la comunidad educativa; y deben ser proporcionales a las faltas cometidas.

Dispone además que “aquellas conductas que atenten contra la dignidad personal de otros miembros de la comunidad educativa, que tengan como origen o consecuencia una discriminación o acoso (...), o que se realice contra el alumnado más vulnerable (...) tendrán la calificación de falta muy grave y llevarán asociada como medida correctora la expulsión, temporal o definitiva, del centro”⁶⁵. También se establecen normas probatorias en materia de medidas correctoras, al indicar que los hechos constatados por el profesorado y directivos de los centros docentes gozarán de presunción de veracidad, salvo prueba en contrario que puedan presentar los alumnos o alumnas⁶⁶.

Por último, ha de destacarse el **Real Decreto 732/1995**⁶⁷. En este se conciben las normas de convivencia como parte del proceso educativo, ya que permitirían transmitir y

⁶³ Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE).

⁶⁴ Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), art. 124.1 y 2.

⁶⁵ Ibid, art. 124.2

⁶⁶ Ibid, art. 124.3.

⁶⁷ Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que se establecen los derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia en los centros.

ejercitar “los valores que hacen posible la vida en sociedad”, y mediante ellas “se adquieren los hábitos de convivencia y de respeto mutuo”⁶⁸. Para lograr lo anterior, es necesario que el alumno o la alumna no las perciba como ajena al centro, “sino que han sido elaboradas y adaptadas por el conjunto de la comunidad educativa”⁶⁹; y que divise su incidencia en la vida cotidiana. El objetivo último de las normas de convivencia debe ser lograr, con la colaboración de toda la comunidad educativa, “un marco de convivencia y autorresponsabilidad que haga prácticamente innecesaria la adopción de medidas disciplinarias”⁷⁰. Cuando estas sean inevitables, deben ser educativas y “contribuir al proceso general de formación y recuperación del alumno”⁷¹.

El párrafo 2 de su artículo 12 establece que la igualdad de oportunidades en la educación se promoverá mediante la no discriminación; establecimiento de medidas compensatorias que garanticen la igualdad real y efectiva de oportunidades; y la realización de políticas educativas de integración y educación especial, para lo cual se pondrá especial atención en el respeto de las normas de convivencia.

Estas normas serán recogidas en el Reglamento del régimen interior del centro, que, a su vez, será aprobado por el Consejo Escolar, en el cual participará la Comisión de Convivencia, compuesta por profesores, padres y alumnos, y presidida por el director del centro, que será la encargada de resolver y mediar en conflictos⁷². Estas normas están reguladas en el Título IV del Real Decreto. El artículo 42 prescribe que los incumplimientos de las normas de convivencia habrán de ser valorados considerando la situación y condiciones personales del alumno. Además, según el artículo 43, las correcciones deberán tener carácter educativo y reparador, garantizar el respeto de los derechos del resto de los alumnos y procurar la mejora de las relaciones de todos los miembros de la comunidad educativa. Estas en ningún caso pueden privar al niño de su derecho a la educación ni ser contrarias a la integridad física y dignidad personal del alumno. Deberán además ser proporcionales a la conducta, y contribuir a la mejora del proceso educativo, junto a tener en cuenta la edad del alumno y sus circunstancias.

⁶⁸ Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que se establecen los derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia en los centros, preámbulo.

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ Ibid.

⁷² Ibid, artículos 5, 6, 7 y 9.

El artículo 48 establece un catálogo de medidas correccionales por conductas contrarias a las normas de convivencia, entre las que se encuentran la amonestación (privada o por escrito), la comparecencia inmediata ante el Jefe de estudios, la realización de trabajos específicos, la realización de tareas que contribuya a la mejora del centro, la suspensión del derecho a participar en actividades extracurriculares o complementarias, el cambio de grupo por máximo una semana, y la suspensión del derecho de asistencia a clases o al centro por el máximo de tres días. En la determinación de todas las medidas se considera el derecho del alumno a ser oído.

Las conductas gravemente perjudiciales para la conducta del centro requieren de la instrucción previa de un expediente, y son descritas en el artículo 52. Tales son: los actos de indisciplina, injurias u ofensas graves contra miembros de la comunidad educativa; reiteración dentro del año escolar de conductas contrarias a las normas de convivencia; la agresión grave, física o moral, contra otros miembros de la comunidad educativa o la discriminación grave; o los actos injustificados que perturben gravemente el normal desarrollo del centro; entre otras. Entre las medidas de corrección, el artículo 53 considera las medidas más gravosas del artículo 52, como la medida de cambio de grupo, respecto a la que no se indica plazo; la medida de la suspensión del derecho de asistencia a la clase, que puede ser por un período de cinco días hasta por dos semanas; y la suspensión del derecho de asistencia al centro, que puede ser por un período de entre tres días hasta un mes. Así mismo, agrega la medida de cambio de centro educativo. En la instrucción y sustanciación del expediente disciplinario (levantado a instancias del director del centro y sustanciado por un profesor a su elección) no se contempla la posibilidad de oír a los alumnos, sino solo la comunicación acerca de su tramitación y la posibilidad de recusar al instructor cuando se infiera una falta de objetividad en la instrucción del expediente. Además, se prevén en el artículo 54 medidas provisionales excepcionales en estos casos, que pueden consistir en el cambio temporal de grupo, en la suspensión del derecho de asistencia al centro o a determinadas clases o actividades por un período no superior a cinco días.

2.3. Marco jurídico autonómico

La Ley 17/2007 de Educación de Andalucía reconoce, entre los derechos del alumnado, el de recibir una “educación de calidad que contribuya al pleno desarrollo de su personalidad y de sus capacidades”; así como “la igualdad de oportunidades y de trato,

mediante el desarrollo de políticas educativas de integración y compensación”⁷³. Entre sus deberes establece el del estudio, para lo cual deben asistir regularmente a clases y participar en actividades, siguiendo las directrices del profesorado, respetar horarios y el ejercicio del derecho al estudio de otros compañeros; el respeto a las normas de organización, convivencia y disciplina del centro docente; y su participación y colaboración en la mejora de la convivencia escolar y en la consecución de un clima de estudio adecuado⁷⁴.

Por otra parte, el **Decreto 327/2010, que aprueba el Reglamento Orgánico de los Institutos de Educación Secundaria**, actualiza, entre otras materias, las normas de convivencia. Las concibe como “necesarias para el buen desarrollo del trabajo del alumnado y profesorado”⁷⁵, y ordena garantizar que no se produzca segregación de alumnos por razón de sus creencias, sexo, orientación sexual, etnia o situación económica o social⁷⁶. Estas normas deben tener un carácter educativo y reparador, garantizar el respeto a los derechos del resto de los alumnos y procurar la mejora de las relaciones de todos los miembros de la comunidad educativa⁷⁷.

Entre las conductas contrarias a la convivencia, contempla los actos que perturben el normal desarrollo de las actividades de la clase; la falta de colaboración sistemática en la realización de actividades orientadas al desarrollo del currículo, así como el seguimiento de orientaciones del profesorado respecto de su aprendizaje; las conductas que puedan impedir o dificultar el ejercicio o cumplimiento del deber de estudiar por sus compañeros; las faltas injustificadas de puntualidad o de asistencia a clase; la incorrección y desconsideración hacia otros miembros de la comunidad educativa; y causar pequeños daños en las instalaciones, recursos, documentos del centro o pertenencias de los demás miembros. Respecto de la primera de las conductas (perturbación del normal desarrollo de la clase), se podrá imponer la suspensión del derecho de asistencia a esa clase. Respecto de las restantes, se podrá imponer, entre otras: la amonestación oral o el apercibimiento por escrito; la realización de tareas que contribuyan a la mejoría del centro o reparación del daño; y la suspensión del derecho de asistencia a determinadas clases o

⁷³ Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía, art. 7.

⁷⁴ Ibid, art. 8.

⁷⁵ Decreto 327/2010, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Institutos de Educación Secundaria, preámbulo.

⁷⁶ Decreto 327/2010, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Institutos de Educación Secundaria, preámbulo y artículo 30.

⁷⁷ Ibid, artículo 31.

al centro por un máximo de tres días⁷⁸. Y si bien se señalan las autoridades encargadas de decidir las sanciones, no consta en esta ley el deber de oír y tener en consideración la opinión del niño o niña.

Por otro lado, entre las conductas gravemente perjudiciales para la convivencia, contempla la agresión física, las injurias u ofensas contra cualquier miembro de la comunidad educativa; el acoso escolar; las actuaciones perjudiciales para la salud y la integridad personal de los miembros de la comunidad educativa del centro, o la incitación de las mismas; las vejaciones o humillaciones contra cualquier miembro de la comunidad educativa, particularmente si tienen una componente sexual, racial, religiosa, xenófoba o homófoba, o se realizan contra alumnos o alumnas con necesidades educativas especiales; las amenazas o coacciones contra cualquier miembro de la comunidad; la suplantación de la personalidad en actos docentes y la falsificación o sustracción de documentos académicos; el deterioro grave de instalaciones, recursos materiales o documentos; la reiteración de conductas contrarias a la convivencia escolar dentro del mismo curso escolar; cualquier acto dirigido a impedir directamente el normal desarrollo de las actividades del centro; y el incumplimiento de las correcciones impuestas, salvo que se considere que se ha debido a causas justificadas⁷⁹. Respecto todo este tipo de conductas, se pueden imponer las siguientes medidas correctivas: la realización de tareas fuera de horario lectivo que contribuyan a la mejora y desarrollo de las actividades del centro o a la reparación del daño; la suspensión del derecho a participar en actividades extraescolares por un período máximo de un mes; el cambio de grupo; la suspensión del derecho de asistencia a determinadas clases durante un período de entre tres días y dos semanas, o al centro durante un período de entre tres días y un mes; y el cambio del centro docente⁸⁰. EL órgano competente para imponer dichas sanciones es el director del centro⁸¹.

Para la tramitación de las medidas correctivas y disciplinarias será preceptiva la audiencia del alumno o alumna, y este/a solo tendrá derecho a reclamarlas dentro de los dos días siguientes desde que se impuso⁸². En el caso de que se trate de la medida de cambio de centro, deberá abrirse un expediente, cuya sustanciación se llevará a cabo por

⁷⁸ Ibid, artículos 34 y 35.

⁷⁹ Ibid, artículo 37.

⁸⁰ Ibid, artículo 38.

⁸¹ Ibid, artículo 39.

⁸² Ibid, artículo 40 y 41.

un/a profesor/a a elección del director, respecto de lo cual se dará información al alumno/a y su padre, madre o representantes legales, quienes pueden recusar al instructor. Excepcionalmente se pueden dictar también medidas provisionales para garantizar el normal desarrollo de las tareas del centro, consistente en la suspensión del derecho de asistencia al centro por un período de entre tres días y un mes⁸³. De acuerdo con el artículo 46, la resolución contemplará los hechos probados, las circunstancias atenuantes y agravantes en su caso, la medida disciplinaria y la fecha de sus efectos.

Una novedad de esta disposición es que incorpora la posibilidad para las familias de acordar compromisos de convivencia con el centro docente, con el objeto de establecer mecanismos de coordinación con el profesorado y otros profesionales que atiendan al alumno o alumna con problemas de conducta o de aceptación de normas escolares, y de colaborar con las medidas que se dispongan⁸⁴.

En los mismos términos, también regula los actos contra la convivencia escolar y las medidas aplicables **el Decreto 328/2010**, de 13 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de las escuelas infantiles de segundo grado, de los colegios de educación primaria, de los colegios de educación infantil y primaria, y de los centros públicos específicos de educación especial.

Finalmente, encontramos la **Orden de 20 de junio de 2011**, por la que se adoptan medidas para la promoción de la convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos y se regula el derecho de las familias a participar en el proceso educativo de sus hijos e hijas. Esta Orden regula la participación de las familias en la elaboración del plan de convivencia e introduce protocolos de actuación en casos de acoso escolar, maltrato infantil y de violencia de género en el ámbito educativo. La misma establece un protocolo de actuación ante tales casos de incumplimiento de las normas que, sin mencionar al tipo de estudiante o la situación individualizada del infractor, señala al director del centro como el encargado de adoptar las correcciones necesarias para las conductas contrarias a la convivencia, en función de lo establecido en el plan de

⁸³ Ibid, artículos 43, 44, 45.

⁸⁴ Ibid, artículo 10 k).

convivencia del centro y en lo establecido en los Decretos 327/2010 y 328/2010 arriba descritos⁸⁵.

2.4. Jurisprudencia

En este apartado nos referiremos a algunas Sentencias de nuestro tribunales de justicia que nos parecen de especial relevancia para el tema que en este informe nos ocupa.

i. STSJ de Aragón. Sala de lo Contencioso- Administrativo, de 9 de diciembre de 2015 (EDJ 2015/267800). Protección de las facultades disciplinarias del centro educativo.

En este caso se interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Decreto 73/2011, de 22 de marzo, de la Consejera de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón⁸⁶, que limitaba la medida disciplinaria de cambio de centro⁸⁷. El Tribunal en su fundamento Tercero consideró que la regulación del Decreto impugnado irrumpió en la facultad del Director o del Consejo Escolar de los centros concertados, limitando las facultades contenidas en los artículos 54 y 57 de la Ley Orgánica 8/1985 del 3 de julio, puesto que “la intervención de la Administración supone la eliminación de la medida de cambio de centro impuesta por el órgano competente una vez concluido el procedimiento correspondiente, por razones al margen del mismo, limitando la competencia de la Dirección del centro”.

El tribunal concluye estableciendo que “entre las legítimas limitaciones y condicionamientos que se pueden establecer respecto a los centros concertados no pueden

⁸⁵ Orden de 20 de junio de 2011, por la que se adoptan medidas para la promoción de la convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos y se regula el derecho de las familias a participar en el proceso educativo de sus hijos e hijas, Protocolo, paso 7º.

⁸⁶ Decreto 73/2011, de 22 de marzo, de la Consejera de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón, por el que se establece la Carta de derechos y deberes de los miembros de la comunidad educativa y las bases de las normas de convivencia en los centros educativos no universitarios de la Comunidad Autónoma de Aragón. Fueron impugnados específicamente sus artículos 77.1 y 77.6, por cuanto vulnerarían los artículos 27.6 de la Constitución y los artículos 54.2.f), 57.d) y 61.7 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE).

⁸⁷ La disposición impugnada disponía que: "1. La medida correctora de cambio de centro tiene un carácter excepcional y sólo podrá proponerse después de que las anteriores conductas del alumno gravemente perjudicables para la convivencia del centro hayan sido corregidas sin éxito mediante las demás medidas correctoras previstas en este decreto": y "6. La Dirección del Servicio Provincial, tras analizar el caso y teniendo en cuenta el informe de la Inspección educativa, autorizará o no la aplicación de la medida correctora de cambio de centro. En caso de no ser autorizada la propuesta, la dirección del centro deberá modificarla y aplicar otras medidas correctoras".

ser incluidas las que ahora se combaten, referidas a la facultad disciplinaria que corresponde a los directores y Consejo Escolar y no a la Administración educativa”⁸⁸, razón por la cual decide acoger el recurso y anular el apartado 6 del artículo 77 del referido Decreto.

Esta sentencia es una expresión de la importancia que se le da a la libertad de enseñanza, en este caso, aun a costa de la limitación de la facultad de imponer la medida disciplinaria más gravosa contemplada, lo que, en principio, sería beneficioso para el alumno.

ii. STSJ Andalucía (Málaga). Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 junio de 2002 (EDJ 2002/7400). Adecuación de la medida disciplinaria.

En este caso se interpuso un recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 2 de abril de 1997 de la Conserjería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, en la que se impuso una medida correctora de suspensión del derecho a asistir al centro⁸⁹. La recurrente expresa que el castigo impuesto no corresponde a la falta cometida, por ser “excesivo, antitidáctico, antipedagógico, antieducativo y anticonstitucional”, y no considerar la intachable trayectoria escolar del niño. En su fundamento Quinto, el Tribunal dio razón a la recurrente “en el sentido de que la falta cometida por su hijo no tiene la entidad suficiente para ser calificada de gravemente perjudicial para la convivencia en el centro, pues el daño que se ha causado ha sido de carácter leve y no intencionado y además el menor, a su manera, -que quizás podía haber sido más correcta pero que dada su edad es perfectamente comprensible- ha tratado de reparar el daño causado y de hacerse cargo del coste económico de la reparación”. Considera que “la sanción impuesta carece de proporcionalidad en relación con los hechos y con la personalidad, conducta y circunstancias del menor y, desde luego, en

⁸⁸ STSJ de Aragón. Sala de lo Contencioso- Administrativo, de 9 de diciembre de 2015 (EDJ 2015/267800), fundamento 3º.

⁸⁹ En los hechos, un alumno de 1º de Bachillerato del Instituto “Miraya del Mar” de Málaga junto con otro compañero entraron en un aula y se llevaron el ratón de un ordenador a casa de uno de ellos para probarlo allí. Este se estropeó, por lo que los niños lo restituyeron comprando uno de la misma marca y dejándolo en la puerta del Instituto con una carta anónima dirigida a la directora del Centro. Una vez descubierta la autoría del hecho, el Centro instruyó un expediente en contra del niño en el que se acordó imponerle la sanción de suspensión del derecho de asistencia al Centro durante un periodo de 15 días lectivos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 52.1 apartado e) del Real Decreto 723/95 como autor de una falta gravemente perjudicial para la convivencia del centro concretada en sustracción de material del Instituto, lo anterior, pese a que el niño en cuestión observaba un buen y correcto comportamiento, siendo un “alumno aventajado”.

ningún caso puede decirse que haya contribuido a la mejora de su proceso educativo”, e incluso “pudo provocar el efecto contrario y contribuir a que el sentimiento del menor acerca de la Justicia pueda verse empañado en un momento y en una edad tan complicada”.

En este fallo, el Tribunal establece el deber de considerar las circunstancias concretas del niño al momento de aplicar la medida, en particular su intento de remediar la situación, acorde a su edad, y su intachable conducta escolar, puesto que no se trataba de un niño problemático o conflictivo. Además, el Tribunal determina que las medidas disciplinarias que se impongan deben contribuir a la mejora del proceso educativo del niño, lo que se puede entender como una extensión del derecho a la educación en el ámbito de la convivencia.

iii. STSJ Andalucía (Sevilla). Sala de lo Contencioso-administrativo, de 30 de octubre de 2014. El cumplimiento de las medidas disciplinarias debe evitar la interrupción del proceso formativo del niño.

En el presente caso, la Asociación de Profesores de Instituto de Andalucía impugna la Orden de 20 de junio de 2011, por la que se adoptan medidas para la promoción de la convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos y se regula el derecho de las familias a participar en el proceso educativo de sus hijos e hijas. Entre otras alegaciones, impugnan el artículo 8.4 en el sentido de que la corrección disciplinaria que implique la suspensión del derecho de asistencia se cumpla en el aula de convivencia, dentro del propio centro, puesto que implicaría dejar sin efecto lo previsto en los artículos 35.2 e) y 38 del Decreto 327/2010 por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de los Institutos de Educación Secundaria.

El Tribunal rechaza este argumento, por tratarse de una contradicción más aparente que real, y señala que, tanto la corrección de la conducta contraria a las normas de convivencia como la medida disciplinaria por las conductas gravemente perjudiciales para la convivencia contemplan el deber del alumno de “realizar las actividades formativas que se determinen para evitar la interrupción del proceso formativo”, lo cual “parece lógico que las realice, para su provecho y de la comunidad educativa, en el aula de convivencia”. En este caso el Tribunal destaca la importancia de que, aun en la medida disciplinaria de suspensión del centro por determinada cantidad de días, no se suspenda el proceso educativo del niño o niña.

III. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA.

Los niños y niñas con discapacidad forman uno de los grupos que más ha sufrido obstáculos en el ejercicio de su derecho a la educación. Aunque desde principios del siglo XX se vienen ideando fórmulas para lograr el desarrollo de sus aptitudes y capacidades en base a sus necesidades, lo cierto es que las mismas han estado basadas en el modelo médico de la discapacidad. Son las que podríamos incluir bajo la rúbrica de “educación especial”.

La educación inclusiva viene a superar dichos enfoques, y es la alternativa más adecuada desde un enfoque de derechos humanos, que, además, beneficia a todos los niños y niñas.

1. El tránsito hacia una educación inclusiva.

A continuación, se hará un recorrido por los modelos segregador e integrador, a fin de contextualizar el surgimiento del modelo de educación inclusiva, cuyas características serán expuestas posteriormente.

1.1. La educación de niños y niñas con discapacidad del modelo médico-rehabilitador: la educación especial.

Hasta muy recientemente, la discapacidad ha sido abordada desde el llamado modelo médico-rehabilitador, que podríamos definir como una concepción de la discapacidad que la entiende fruto de limitaciones o carencias de origen natural o biológico, y por tanto como una condición estrictamente individual. La respuesta social exigida a través de este modelo será la de rehabilitar o “curar” a quienes padecen cualquier tipo de anomalía con el fin de lograr su “normalización”⁹⁰, entendida esta como asimilación al estándar de capacidades -especialmente mentales- que se entienden necesarias para el goce y ejercicio de los derechos fundamentales. De tener éxito tal proceso, la persona podrá integrarse en la sociedad y resultar tan útil o productiva como cualquier otra, así como ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con las demás. De lo contrario, se asume que la persona no puede ser autónoma debido a su condición de “discapacitada”, lo que se

⁹⁰ DE ASÍS, R., Sobre discapacidad y derechos, Madrid, Dykinson, 2015, p.16.

traduce en la limitación de su capacidad de obrar, y por tanto de su voluntad, que será determinada por terceros considerados “capaces”. En la práctica, esto ha supuesto que muchas personas con discapacidad hayan vivido apartadas de la sociedad, confinadas en instituciones “especializadas”, sin posibilidad por tanto de desarrollar su personalidad y planes de vida, al ser consideradas incapaces.

Junto a este modelo, la educación de niñas y niños con discapacidad se ha dado cita con el modelo protecciónista tradicional⁹¹, referido a los derechos de los niños y niñas y que, partiendo también de su natural incapacidad, ha significado asimismo la total desconsideración de su voluntad, en un paternalismo injustificado que obstaculiza el desarrollo de su personalidad.

En el caso de las niñas, estas dinámicas paternalistas se han visto históricamente, y aún hoy, acentuadas por un discurso que, nuevamente, las ha considerado *menos* capaces y que, de hecho, ha resultado también en la limitación de su capacidad de ejercer sus derechos -capacidad de obrar-, en el condicionamiento de sus expectativas de desarrollo, y en la creación de instituciones educativas segregadoras por motivos de sexo, que todavía existen. Si el modelo protecciónista tradicional ha promovido un “paternalismo constante, injustificado, ilegítimo y dañino para los niños, con o sin discapacidad”⁹², su combinación con el modelo médico-rehabilitador ha supuesto que, en el caso de las niñas y niños con discapacidad,

“debido a la mayor subestimación de sus capacidades y a que se entendía que adolecían de una mayor imperfección (...) estaban más indefensos y necesitaban una especial protección; lo que se traducía en que debían recibir una especial asistencia médica, una educación especial o un trato especial en una institución habilitada al efecto; y así, se producía una mayor limitación de sus derechos y su mayor discriminación y marginación social, con la ausencia de una igualdad real de condiciones, respecto del resto de niños, en la consecución de sus propios planes de vida, del libre desarrollo de sus propias personalidades”⁹³.

⁹¹ La idea del modelo protecciónista “tradicional”, su construcción y fundamentación, la desarrolló por primera vez Ignacio Campoy en el Capítulo III de su libro CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 421 y ss.

⁹² CAMPOY, I., La construcción de un modelo de derechos humanos para los niños con o sin discapacidad, en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº37, 2017, pp.131-165, pp.136-137.

⁹³ Ibidem.

En lo referente a su derecho a la educación, esto se tradujo inicialmente -con la generalización de la escolarización obligatoria a principios del siglo XX- en el nacimiento de la llamada educación especial, conforme al modelo de educación segregador. Este se materializa en la creación de escuelas especiales -en oposición a las ‘ordinarias’- diseñadas para proporcionar una atención especializada a quienes se considera que no pueden, por razón de sus limitaciones, ser insertados en la educación ordinaria.

Estas escuelas se convertirán en medios para la rehabilitación o normalización de las niñas y niños con discapacidad, a través de metodologías pedagógicas específicas muy ligadas al tratamiento médico -*pedagogía terapéutica*- . Se pondrá el acento en la clasificación, a través de pruebas psicométricas, de las niñas y niños en función de sus distintas capacidades, para determinar quiénes precisan de esta educación especial, que les será impartida en grupos homogéneos de niñas y niños con ‘trastornos’ similares. Esto último nos da una idea del arraigo que tiene la noción de que la homogeneidad del alumnado es deseable, y que la diversidad, por el contrario, resulta problemática.

La crítica principal a este modelo se basa en su carácter segregador: las niñas y niños con discapacidad son excluidos de la educación ‘ordinaria’, produciéndose una drástica separación de estos respecto al resto de la sociedad -de sus iguales-. Lo cual refuerza los estigmas asociados a la discapacidad e impide la superación de los mismos por el resto de niñas y niños, perpetuando así una exclusión social que se extenderá más allá del ámbito educativo, a lo largo de su vida adulta.

Además, en tanto la educación especial pone el acento en la rehabilitación, estos/as niños/as vienen accediendo a un currículo de segunda, que olvida el auténtico propósito de la educación: el pleno desarrollo de la personalidad. En definitiva, la educación ‘ordinaria’ expulsa a quienes se considera no tienen las capacidades necesarias para ‘superarla’ con éxito, que serán atendidos en centros especializados, por profesores especializados, consolidándose así un auténtico sistema educativo ‘de segunda’ que aparta a niñas y niños con discapacidad de su derecho a la educación.

La constatación del carácter discriminatorio de esta fórmula, así como de su fracaso práctico -no conseguía su objetivo de formar adultos ‘funcionales’⁹⁴-, llevará, a

⁹⁴ GARCÍA, SOTELO, G.M., *El camino hacia la educación inclusiva de las niñas y niños con discapacidad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p.53

través de las reclamas de distintos grupos de personas con discapacidad y de sus familiares, a un replanteamiento de la educación especial, cuestionada “*en la medida en que las instituciones recibían todos los alumnos que el sistema corriente rechazaba*”⁹⁵. Los elementos definitorios de la educación especial seguirán en pie, pero esta será repensada, con el fin de evitar el carácter claramente discriminatorio y perjudicial del modelo segregador, en lo que se denominará modelo de educación integrador, que comenzará a implantarse a lo largo de la segunda mitad del siglo XX.

El modelo integrador consistiría, en la práctica, en el traslado de algunas niñas y niños con discapacidad a las escuelas ‘ordinarias’, siempre y cuando pudieran adaptarse a la educación estandarizada, como mucho con ciertas adaptaciones curriculares o metodológicas. Se pasa de ‘centros especiales’ a ‘aulas especiales’, en una integración del alumnado con discapacidad en los centros escolares ordinarios, y con ellos de la educación especial en los mismos. Estos alumnos seguirán recibiendo una educación específica, por parte de profesores especializados, para lo que habrán de dejar el aula ‘ordinaria’. Por tanto, la integración será meramente física, y en absoluto supondrá una transformación del sistema educativo.

Bien es verdad que este modelo trae ciertos avances respecto a su antecesor, más concretamente dos. En primer lugar, permite la presencia de niñas y niños con discapacidad en la escuela ordinaria, por lo que podríamos decir es un discurso *tolerante* con ellas. En segundo lugar, y fundamentalmente a través del concepto de necesidades educativas especiales (en adelante “NEE”), tratará de desestigmatizar al alumnado con discapacidad, en tanto dichas NEE se predicarán de cualquier niña o niño que precise apoyos o adaptaciones, no solo por motivo de discapacidad, sino también por razón de su origen cultural, situación económica o familiar. Las mismas implican “la dotación de medios especiales de acceso al currículo mediante un equipamiento, unas instalaciones o unos recursos especiales, la modificación del medio físico o unas técnicas de enseñanza especializada, la dotación de un currículum especial o modificado, y una particular atención a la estructura social y el clima emocional en los que tiene lugar la educación”⁹⁶. Con el concepto de NEE, el cual, como vemos, atiende a ciertas circunstancias externas

⁹⁵ PARRA DUSSAN, C., “Educación inclusiva: un modelo de diversidad humana” en Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad, vol.5 (2), 2010, p.76

⁹⁶ GARCÍA, SOTELO, G.M., *El camino hacia la educación inclusiva de las niñas y niños con discapacidad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, op cit., pp.49-50.

o sociales⁹⁷, se produce un tímido acercamiento al modelo social de la discapacidad, si bien la estrechez de la visión médica de la discapacidad no permite todavía ir más allá.

En cualquier caso, este modelo se mostrará insuficiente al seguir exigiendo -y quizás de forma más visible- la asimilación de las niñas y niños con discapacidad al estándar de un sistema educativo preestablecido -y que no atiende a la diversidad del alumnado- que no es cuestionado, si acaso con algunos apoyos o adaptaciones. A su vez, el carácter excluyente de la educación especial seguirá vigente, ilustrado en esa salida de los alumnos del aula ordinaria para recibir una atención especializada -lo que repercute negativamente en su autoestima y resulta un obstáculo para la cohesión del grupo. Además, esa educación seguirá siendo delegada a profesores especialistas -y por tanto no asumida como responsabilidad por el resto de docentes- y frecuentemente consistirá en un currículo paralelo y empobrecido. Por otro lado, la clasificación del alumnado en niños/as con o sin NEE constituirá un nuevo estigma, por lo que la nueva terminología tendrá una función eufemística y no supondrá realmente un cambio significativo en términos del derecho a la educación de las personas con discapacidad.

1.2. El derecho a la educación inclusiva y el modelo social de la discapacidad.

La educación inclusiva se irá fraguando por distintos factores. Por una parte, por la constatación de las ya citadas insuficiencias del modelo integrador. Por otra, por la renovación del modelo protecciónista de derechos de los niños, que demandará un mayor protagonismo de su voluntad en su propio desarrollo⁹⁸. Finalmente, y de forma especial, por las demandas de diversos grupos tradicionalmente excluidos de la educación (y, más ampliamente, de la comunidad social), los que, a finales del siglo XX, se reconocen excluidos por un sistema educativo rígido, estandarizado y homogéneo que no tiene en cuenta sus particularidades o los discrimina por razón de estas.

⁹⁷ De hecho, las NEE son definidas por Cynthia Duk como, entre otras cosas, interactivas: surgen de la relación entre condiciones del alumno y características del contexto familiar y escolar. Con la autora: “se desplaza el foco de atención del problema del alumno individual al contexto educativo, y se pone de relieve que las decisiones curriculares que los docentes toman, las actividades de aprendizaje que proponen, los métodos que utilizan, las relaciones que establecen con sus alumnos y alumnas, tienen una poderosa influencia en el aprendizaje de los niños”. DUK, C., El enfoque de educación inclusiva. (págs. no numeradas), disponible en: <https://docplayer.es/77114728-El-enfoque-de-educacion-inclusiva-cynthia-duk-h-1.html> (consultado por última vez el 17/03/2019).

⁹⁸ CAMPOY, I., La construcción de un modelo de derechos humanos para los niños con o sin discapacidad, op cit., pp.138-140.

En el caso de las personas con discapacidad, esto dará lugar al llamado modelo social de la discapacidad, que superará la visión médica antes dominante y será el reflejado por la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad. Este modelo será el que permitirá por fin abordar la discapacidad desde un modelo de derechos humanos.

En síntesis, desde este modelo, la discapacidad deja de ser una condición individual, para pasar a ser considerada como una *situación* fruto de la interacción entre las capacidades individuales y las diversas barreras (ya sean físicas, culturales, actitudinales...) que existen en la sociedad como consecuencia de que esta no haya sido construida teniendo en cuenta la diversidad de capacidades de sus miembros. El énfasis de esta nueva concepción en los condicionamientos sociales de la discapacidad permite finalmente afrontarla desde un enfoque de derechos humanos, al entender que la existencia de tales barreras constituye una realidad opresiva y discriminatoria para las personas con discapacidad. Hemos de derribar toda barrera que impida la plena inclusión de las personas con discapacidad, y para ello es necesario ‘repensar’ la sociedad. Como señala Rafael De Asís, no se trata ya de normalizar a la persona con discapacidad, sino a la sociedad, para hacerla incluyente⁹⁹. La CDPD nos proporciona, con miras a tal fin, los principios de accesibilidad universal, diseño universal y ajustes razonables.

Volviendo al derecho a la educación de niñas y niños con discapacidad, la adopción del modelo social tiene como consecuencia que el modelo de educación especial sea concebido como discriminatorio por motivos de discapacidad, lo que llama a un nuevo modelo que permita la detección y eliminación de las barreras que producen tal discriminación, y, por tanto, la transformación de un sistema educativo inflexible que repele la diferencia. Es en este marco en el que ha de entenderse el derecho a la educación inclusiva establecido en el artículo 24 de la CDPD para todas las personas con discapacidad, junto al correlativo deber de los Estados Partes de hacerla posible. No obstante, si bien el concepto de educación inclusiva se ha desarrollado fundamentalmente en relación con las personas con discapacidad, por ser quizás su manifestación más relevante, es primordial desvincular conceptualmente educación inclusiva y discapacidad.

Si intentamos buscar una definición del derecho a la educación inclusiva, podemos decir que se trata del derecho de todos los niños y niñas, con independencia de cualquier

⁹⁹ DE ASÍS, R., Sobre discapacidad y derechos, op cit., p.17

circunstancia o condición social o personal, a educarse, en igualdad de condiciones que los demás, en el mismo sistema de educación general, garantizando la adaptación del sistema educativo a las diversas necesidades educativas que presentan (para lo cual se deberán proporcionar los ajustes y apoyos necesarios para dar una adecuada atención a todas las necesidades educativas), de manera que cada niño y niña pueda desarrollar sus aptitudes, capacidades y su personalidad¹⁰⁰.

A partir de aquella definición, se sintetizarán sus principales elementos, atendiendo a la CDPD, a las posteriores interpretaciones de esta contenidas en la jurisprudencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de las Naciones Unidas, y a las propuestas teóricas de distintos autores.

En primer lugar, y en línea con las exigencias transformadoras que impone el modelo social, existe acuerdo en que la educación inclusiva no debe concebirse como un estado de cosas sino como un *proceso*, el cual tiene por meta la progresiva transformación del sistema educativo para hacerlo verdaderamente inclusivo. Este proceso, como es lógico, se habrá de producir a través de la detección y eliminación de toda barrera que impida o dificulte, en este caso a las niñas y niños con discapacidad, el acceso y aprovechamiento plenos de la educación, y con ello el pleno desarrollo de su personalidad. Esto conlleva entender que la inclusión y la exclusión se relacionan de forma recíproca, y que el énfasis en la primera es la única forma de acabar con la segunda. En la práctica, se trata de llevar a cabo una “constante reevaluación de la política y de la práctica educativas”¹⁰¹ para acabar con barreras entre las que pueden estar, por ejemplo, un currículo demasiado rígido, la falta de recursos económicos o personales, de formación y concienciación o unos métodos de enseñanza ineficaces por su carácter meramente transmisor¹⁰². En tanto la inclusión y la exclusión se relacionan recíprocamente¹⁰³, este proceso, de ir avanzando con éxito, irá haciendo disminuir la exclusión social del

¹⁰⁰ Vid. en este sentido, CAMPOY CERVERA, I., *La recepción y aplicación en España de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Laborum, Murcia, 2017, pp. 174-175.

¹⁰¹ PÉREZ, BELLO, J.I., “El derecho a la educación inclusiva. Análisis de la jurisprudencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas”, *Revista Derecho Privado*. Año III, nº 10, Editorial Infojus, 2015, pp.227-252, p.229.

¹⁰² ECHEITA, G., AINSCOW, M., “La educación inclusiva como derecho. Marco de referencia y pautas de acción para una revolución pendiente”, II Congreso Iberoamericano de Síndrome de Down, organizado por Down España, celebrado en Granada en mayo de 2010, pp. No numeradas

¹⁰³ ESCUDERO, J., MARTÍNEZ B., “Educación inclusiva y cambio escolar”, en *Revista Iberoamericana de Educación*, nº 55, 2011, pp. 85-105, p.88.

alumnado con discapacidad, tanto en la escuela (marginación, fracaso escolar...) como fuera de esta.

Pues bien, una de las nociones en que la educación inclusiva debe profundizar (pues ya estaba presente en el modelo integrador) es en la presencia del alumnado con discapacidad en los centros educativos. Debe garantizarse no solo la posibilidad de acceder a los centros ordinarios, sino también que puedan hacerlo en el lugar donde viven¹⁰⁴, cosa que no venía ocurriendo en muchos casos bajo el régimen de educación especial. Se entiende que esto posibilita y promueve la cohesión social, así como la inclusión de las personas con discapacidad en sus comunidades. Esto implica también que la educación ha de impartirse en el aula ordinaria, evitando la segregación -y con ella la salida de los alumnos del aula- y promoviendo, tanto la coordinación entre profesores ordinarios y de apoyo, como el sentido de pertenencia y de cohesión del alumnado con o sin discapacidad¹⁰⁵. Otros aspectos, como la frecuencia o puntualidad con que los/las alumnos/as asisten a clase, resultan también relevantes en este sentido¹⁰⁶. Por supuesto, esto es aplicable a todos los niveles educativos, si bien la CDPD hace especial énfasis en la educación primaria y secundaria¹⁰⁷.

Muy vinculada a la presencia en la clase, encontramos la participación de los/las alumnos/as, que tiene que ver con el desarrollo de la autonomía personal, pero también con el ‘aprendizaje’ del ejercicio de los derechos fundamentales, y de la participación democrática, así como nuevamente con la cohesión social dentro y fuera de las aulas¹⁰⁸. Esto debe aplicarse tanto a las actividades escolares como extraescolares (juegos, actividades culturales, deportes...), que en ningún caso pueden impedir la participación de parte del alumnado. Ello implica, por ejemplo, dotar a las alumnas y alumnos de los medios necesarios para expresarse y aprender en sus diversos lenguajes¹⁰⁹.

¹⁰⁴ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 24.2.b)

¹⁰⁵ PÉREZ, BELLO, J.I., “El derecho a la educación inclusiva. Análisis de la jurisprudencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas”, op. cit., p.230.

¹⁰⁶ ECHEITA, G., AINSCOW, M., “La educación inclusiva como derecho. Marco de referencia y pautas de acción para una revolución pendiente”, op.cit. pp. no numeradas

¹⁰⁷ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 24.2b)

¹⁰⁸ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículos 24.1.c) y 24.3.

¹⁰⁹ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículos 24.3. a) “Facilitar el aprendizaje del Braille, la escritura alternativa, otros modos, medios y formatos de comunicación...” o 24.3 b) “aprendizaje de la lengua de señas”, o 24.3.c) en atención a los lenguajes y formas de comunicación de las personas ciegas, sordas, o sordociegas.

Hacer esto posible requiere, a su vez, un cambio en nuestra perspectiva sobre la diversidad. Esta ha sido concebida tradicionalmente como un obstáculo para la educación, como un problema a resolver frente a la deseable homogeneidad del alumnado. Sin embargo, un sistema educativo inclusivo requiere que seamos sensibles a la heterogeneidad de necesidades, capacidades o circunstancias del alumnado, entendiendo, con Agustina Palacios, que no se trata de aceptar o tolerar la diversidad, sino de comprender que la normalidad es “una construcción social impuesta sobre una realidad donde solo existe la diferencia”¹¹⁰. De hecho, se insiste en que dicha diversidad no debe ser simplemente atendida o reconocida, sino valorada e incluso ‘celebrada’, en tanto constituye un estímulo al aprendizaje de educadores y educandos¹¹¹, que enriquece la experiencia educativa, y cuya valoración y entendimiento es una oportunidad precisamente para detectar barreras e implementar estrategias que consigan eliminarlas.

La atención a la diversidad requiere, por supuesto, una individualización de la atención al alumnado, que sin embargo no debe suponer ningún tipo de exclusión o discriminación. Ha de partirse de la base de que todos y cada uno de los niños y niñas tienen necesidades educativas específicas, y por tanto han de ponerse todos los medios para reconocer sus diferencias o particularidades, facilitando así su participación, aprendizaje y rendimiento, sin que ello suponga la estigmatización de los niños y niñas con discapacidad, ni de ningunos/as otros/as, como ocurría bajo el modelo de educación especial:

“El reto escolar no se reduce a adaptar la escuela para dar cabida a un determinado grupo de alumnos, sino que demanda un proceso de reestructuración global de la escuela para responder desde la unidad (lejos de posturas fragmentarias) a la diversidad de necesidades de todos y cada uno de los alumnos”¹¹².

Esta atención a la diversidad desde la unidad se logra repensando nuestra perspectiva sobre los apoyos que reciben los/as alumnos/as. Estos han de verse no como algo excepcional sino como presente en cualquier grupo o sector educativo, entendiendo que el apoyo es parte inherente del desarrollo de la educación y del funcionamiento de la

¹¹⁰ PALACIOS, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, 2008, p. 129.

¹¹¹ PARRA DUSSAN, C., “Educación inclusiva: un modelo de diversidad humana”, op.cit. p.76

¹¹² PARRILLA LATAS, A., “Acerca del origen y sentido de la educación inclusiva”, *Revista de Educación*, nº 327, 2002, pp. 11-29, p.18.

escuela. Por ello, los apoyos no deben limitarse a determinados profesionales, colectivos o contextos concretos, como las personas con discapacidad, sino formar parte del día a día cotidiano de la enseñanza, pues de otra manera resultan excluyentes o estigmatizantes, tal y como demuestra la práctica del modelo integrador¹¹³. Ejemplos de esto serían las redes de apoyo en el aula –los/as propios/as alumnos/as como apoyo-, los modelos de aprendizaje cooperativo o las tutorías entre compañeros/as¹¹⁴. Por supuesto, esta atención individualizada a todos/as los/as alumnos/as ha de hacer hincapié en aquellos colectivos más vulnerables o tradicionalmente excluidos, que encuentran mayores barreras (tanto por discapacidad como por sexo, etnidad, circunstancias económicas y familiares...). En todo caso, se ha de huir del esencialismo ante estas necesidades o dificultades individuales, entendiendo, en consonancia con el modelo social, que el/la alumno/a no ‘tiene’ dificultades, sino que se encuentra en una situación de dificultad¹¹⁵.

En línea con todo lo anterior, resulta claro que las formas de aprendizaje, los contenidos y el rendimiento académico también deben ser repensados. En primer lugar, se exige necesariamente una mayor flexibilidad curricular -entendida esta como distintas opciones o métodos según los intereses, capacidades o dificultades de cada alumno-, sin que esta conlleve currículos paralelos o ‘rebajados’ (como venía siendo común), sino variedad de formas y contenidos todos ellos bajo los mismos ‘referentes’ del currículo ordinario. Así, en ningún caso esta flexibilidad puede suponer que se rebajen las expectativas sobre algunos alumnos: todas y todos deben estar en disposición de lograr el máximo aprovechamiento -o éxito- posible en todas las etapas educativas, a fin de alcanzar el máximo desarrollo de su personalidad. Ha de flexibilizarse el sistema educativo potenciándose siempre el éxito en los resultados¹¹⁶. Estos resultados, en consecuencia, no deben asociarse a exámenes estandarizados -a la capacidad de adaptación al estándar-, sino al progreso individual del alumno, reconociéndose las capacidades de cada uno de forma justa, equitativa y honesta, y dejando en un segundo plano la tradicional obsesión por la competitividad.

Además, para que la educación pueda ser verdaderamente inclusiva, se apunta a concebir el aprendizaje desde una perspectiva amplia, que incluya, por ejemplo, el

¹¹³ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículos 24.2.d) y e).

¹¹⁴ PARRILLA LATAS, A., “Acerca del origen y sentido de la educación inclusiva”, op.cit pp. 22-23.

¹¹⁵ ESCUDERO, J., MARTÍNEZ B., “Educación inclusiva y cambio escolar”, op.cit. pp.90-91.

¹¹⁶ ECHEITA, G., AINSCOW, M., “La educación inclusiva como derecho. Marco de referencia y pautas de acción para una revolución pendiente”, op.cit. pp. no numeradas.

desarrollo de una imagen positiva de sí mismo, el sentido de capacidad o de autonomía, la gestión de las emociones, etc. A este respecto, establece la CDPD que las personas con discapacidad tienen derecho al máximo desarrollo de sus talentos, su creatividad, y sus aptitudes mentales y físicas¹¹⁷.

Implantar estos cambios requiere también poner en valor el papel de la comunidad educativa en sentido amplio (familias, otros centros, orientadores, profesionales, alumnado, gabinetes psicopedagógicos, centros de educación especial o incluso servicios sociales, sanitarios...), ya que es a través de todos ellos como puede producirse el cambio de conciencia que demanda la educación inclusiva. Por lo anterior, resultan de vital importancia la formación -la que, según la CDPD “incluirá la toma de conciencia sobre la discapacidad y el uso de modos, medios y formatos de comunicación (...) y de técnicas y materiales educativos para apoyar a las personas con discapacidad”¹¹⁸-, la colaboración y la participación de los distintos agentes implicados (a través de redes de colaboración escolares, familiares, comunitarias y sociales). Con estas acciones se podrá alcanzar la puesta en práctica de nuevas estrategias, así como para aprender mutuamente y vehicular el proceso de inclusión educativa.

Uno de los puntos clave en este sentido es la transformación del rol de los centros o profesionales de educación especial, cuya experiencia situada puede ser de gran utilidad y ha de concebirse, inicialmente, como apoyo a los centros ordinarios en este proceso, y tender progresivamente a su eventual eliminación.

Esta implicación de la sociedad civil no debe en ningún caso restar importancia al papel de los poderes públicos, que, tanto en lo referente a la distribución de recursos económicos y personales como en la administración de la educación, deben hacer suyos los propósitos de la educación inclusiva. En este sentido se demanda que los recursos no sean distribuidos en función del número de niños con NEE por centro (ahora entendemos que todos los alumnos las tienen), que se revisen los modelos de relación demasiado burocratizados entre las administraciones o centros, y por supuesto que se apliquen todas las medidas necesarias para impulsar la educación inclusiva y se vigilen las posibles vulneraciones de esta.

¹¹⁷ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 24 b)

¹¹⁸ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 24.4

Claramente, todas estas reformas o adaptaciones no pueden esperarse de forma inmediata, pues requieren una transformación sistémica que ha de luchar contra barreras muy instaladas en nuestros sistemas educativos y sociedades. Precisamente por eso, establece la CDPD el derecho a “ajustes razonables en función de las necesidades individuales”¹¹⁹, que ha de entenderse como la exigencia de que los centros se adapten en la medida de lo posible a las necesidades concretas e inmediatas del alumnado con discapacidad sobre la base del caso concreto, cuando no sea posible, o no lo sea por ahora, una transformación más amplia.

En conclusión, no puede ni debe entenderse la educación inclusiva simplemente como la posibilidad de acceso a la educación ordinaria de colectivos históricamente excluidos (lo cual no es óbice a que esto sea una prioridad), sino como una reforma sistémica destinada a atender a las necesidades individuales de cada alumno y a romper las barreras que los priven de una educación que permita el pleno desarrollo de su personalidad. Esto conlleva cuestionar la rigidez y homogeneidad de la educación tradicional y entender que es responsabilidad del sistema educativo ordinario -y por tanto público- educar a todas las niñas y niños sin ningún tipo de exclusión. “Se trata de una escuela que no exige requisitos de entrada ni mecanismos de selección o discriminación de ningún tipo para hacer realmente efectivos los derechos a la educación, a la igualdad de oportunidades y a la participación”¹²⁰.

2. Marco jurídico.

2.1. Internacional

Si bien, como hemos señalado, el derecho a la educación inclusiva es un derecho para todos los niños y niñas, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos la ha tratado fundamentalmente en relación con los niños y niñas con discapacidad, que es una de sus manifestaciones quizás más relevantes.

En específico sobre personas con discapacidad, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha observado que, si bien es cierto que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no se refiere explícitamente a ellas, de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos, que reconoce a

¹¹⁹ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 24.2

¹²⁰ PARRA DUSSAN, C., “Educación inclusiva: un modelo de diversidad humana”, op.cit. p.77.

todos los seres humanos como libres e iguales en dignidad y derechos, no puede sino entenderse a estas personas como titulares de todos los derechos reconocidos en el Pacto, así como que la prohibición de discriminación por “cualquier otra condición social” del artículo 2 ha de comprender también la discriminación basada en motivos de discapacidad¹²¹.

Además, el mismo Comité reconoce que la discriminación hacia las personas con discapacidad, tanto de *jure* como de *facto*, reviste diversas formas “que van desde la discriminación directa, como por ejemplo la negativa a conceder oportunidades educativas, a formas ‘más sutiles’ de discriminación, como por ejemplo la segregación y el aislamiento conseguidos mediante la imposición de impedimentos físicos y sociales”¹²². Define “discriminación fundada en discapacidad” como aquella que “incluye toda distinción, exclusión, restricción o preferencia, o negativa (...) razonable sobre la base de la discapacidad, cuyo efecto es anular u obstaculizar el reconocimiento, el disfrute o el ejercicio de derechos económicos, sociales y culturales”¹²³. Las medidas contra la discriminación que se han de adoptar deberán basarse en el principio de igualdad de derechos¹²⁴, y no serán consideradas discriminatorias, puesto que tienen por objeto eliminar la discriminación existente y establecer oportunidades equitativas, mientras se basen en aquel principio y “se utilicen únicamente en la medida necesaria para conseguir dicho objetivo”¹²⁵.

Por su parte, la CIDPD sienta las bases de todo un modelo interpretativo de tipo social en materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, puesto que se abre a “la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso”¹²⁶. En consecuencia, se aplican las diversas garantías consolidadas en materia de derechos humanos a personas que, por motivos de marginalización sistemática por diversas causas socioeconómicas, no quedaban enteramente salvaguardadas por ellas. Justamente, el grupo que contaba con el caso más flagrante de dicha desprotección era el de las personas

¹²¹ Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 5: las personas con discapacidad, 9 de diciembre de 1994, párr. 5.

¹²² Ibid, párr. 15.

¹²³ Ibid, párr. 15.

¹²⁴ Ibid, párr. 17.

¹²⁵ Ibid, párr. 18.

¹²⁶ Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (preámbulo j). Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

con discapacidad, la que la CIDPD define como la *interacción* entre las “deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo” que puede tener una persona, y las barreras sociales que dificultan o impiden su participación plena en igualdad de condiciones¹²⁷.

Su art. 7 establece el principio general en materia de niños y niñas con discapacidad, al poner sobre los Estados Partes la obligación de tomar todas las medidas que sean necesarias a fin de asegurar que “todos los niños y niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas”.

Previamente, la CDN ya nos adelantaba este principio, al establecer en su art. 23, respecto de niños y niñas con discapacidad física o mental, el derecho a “disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad, le permitan llegar a bastarse a sí mismos y faciliten la participación activa del niño en la comunidad”¹²⁸. Este instrumento refuerza la necesidad de facilitar su acceso a todos los derechos que se venían reconociendo para el resto de las personas, lo que deja entrever el compromiso que posteriormente se contrajo en aras de reconocerles como personas iguales a quienes las sociedades imponen barreras.

El CDN se ha pronunciado sobre ello, recalando que se trata del principio rector para la aplicación de los derechos contenidos en la Convención con respecto a niños y niñas con discapacidad, por lo que las medidas que adopten los Estados Partes de la Convención en aras de la realización de los derechos de los niños y niñas con discapacidad deben estar siempre dirigidas a este objetivo. Su punto central y objetivo último es la inclusión máxima de estos niños y niñas en la sociedad, por lo que todas las medidas adoptadas, en ámbitos como la educación y salud, deben dirigirse explícitamente a este objetivo¹²⁹.

Asimismo, aquel Comité, en su Observación General N° 9, conmina a los Estados a asegurar que cada niño sujeto a su jurisdicción disfrute de todos los derechos enunciados en la Convención sobre los Derechos del Niño sin discriminación alguna, lo que exige a

¹²⁷ Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (art. 1). Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

¹²⁸ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, op. cit., art. 23.1.

¹²⁹ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 9: Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2003, párr. 11.

los Estados Partes adoptar las medidas apropiadas para impedir todas las formas de discriminación por motivo de discapacidad. Describe algunas situaciones de discriminación de los niños y niñas con discapacidad, como la discriminación social y el estigma; los prejuicios; la discriminación en la prestación de servicios; etc.¹³⁰.

Así, de una lectura conjunta de las disposiciones enunciadas, resulta claro que los niños y niñas con discapacidad tienen los mismos derechos que los demás, y deben gozarlos en igualdad de condiciones. Uno de estos es el derecho a la educación, que se encuentra reconocido en los arts. 28 y 29 de la CDN, la que debe estar encaminada, de manera principal, a desarrollar la personalidad, aptitudes y capacidades de todos los niños y niñas hasta el máximo de sus posibilidades (según fue desarrollado previamente en este informe). Al tener en cuenta la urgencia que supone el acceso a una educación capaz de incluir a todas las alumnas y alumnos sin importar sus características, especialmente para quienes sufren discriminación por motivo de discapacidad, subyace el concepto de educación inclusiva que se acuñará años después. Sobre este derecho, la CDN ya establecía el deber de los Estados de asegurar la asistencia necesaria, la que estará destinada a asegurar que el niño o niña con discapacidad “tenga un acceso efectivo a la educación (...) 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”¹³¹.

Posteriormente, el derecho a la educación inclusiva apareció más claramente definido en el art. 24 de la CIDPD, aclarándose que “con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo”.

A fin de asegurar el derecho a la educación de todos los niños y niñas, los Estados Partes deben asegurar que estos no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria; que se hagan ajustes razonables en función de sus necesidades individuales, y se les preste el apoyo necesario para facilitar su formación efectiva; y “se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que

¹³⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 9: Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2003, párr. 8.

¹³¹ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, hecha en Nueva York el 20 de noviembre de 1989 (art. 23.3). Disponible en: www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf

fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión”¹³².

Esto implica un cambio en la concepción de la educación, ya que se asumen las severas deficiencias de los sistemas educativos hasta el momento y su enfoque con vistas a incluir a las personas con discapacidad. La educación inclusiva es, pues, la meta a perseguir, aunando el crecimiento personal de los individuos con su no discriminación por ningún motivo, así con la aplicación, cuando haga falta, de los apoyos necesarios y los “ajustes razonables” en la medida necesaria para incluir a cada alumno y alumna según sus capacidades Y es que, más allá del currículo que libremente proponga cada Estado, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se interesa también por el aprendizaje de “habilidades para la vida y el desarrollo social”.

Es tal la importancia de este derecho, que el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad, dedica su Observación General Número 4 al derecho a la educación inclusiva. En el párrafo 10, no deja duda de que

“la educación inclusiva se debe entender como un derecho humano fundamental de todo alumnos; como un principio que valora el bienestar de todos los alumnos, respeta su dignidad y autonomía inherentes y reconoce las necesidades de las personas y su capacidad efectiva de ser incluidas en la sociedad y contribuir a ella; como un medio para hacer efectivos otros derechos humanos, al igual que es el principal medio para lograr sociedades inclusivas; el derecho a la educación inclusiva de calidad es el resultado de un proceso de compromiso continuo y dinámico para eliminar las barreras que impiden el derecho a la educación, así como de cambios en la cultura, las políticas y las prácticas de las escuelas de educación general para acoger y hacer efectiva la inclusión de todos los alumnos”.

En la citada Observación general del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se afirma que “solo la educación inclusiva puede ofrecer educación de calidad y desarrollo social a las personas con discapacidad”. Prefiriendo la inclusión a la mera integración, se explica que la educación inclusiva supone transformación multisistémica en los órdenes social, político, jurídico y económico; implicación coordinada de profesorado y asociaciones; planes de estudio flexibles y adaptables; apoyo

¹³² Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (art. 24.2.e). Disponible en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

formativo técnico al profesorado; espacios seguros y diversos; y el cumplimiento de requisitos de disponibilidad (de conocimientos y de plazas para las personas con discapacidad), accesibilidad (a materiales y estructuras, siguiendo un diseño universal), aceptabilidad (admitiéndose la discriminación positiva para garantizar que se tienen en cuenta todas las condiciones sociales) y adaptabilidad (de recursos a las necesidades mostradas)¹³³.

Por otro lado, como se ha adelantado, el referido Comité introduce la figura de los ajustes razonables, entendidos como las “modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

Destaca la interpretación de la Convención, pasados diez años desde su adopción, en el sentido de su exhorto a rechazar exclusiones tanto directas (por ejemplo, llamar a una persona “ineducable” por ser una persona con discapacidad) e indirectas (tales como hacer un examen de acceso a la educación para personas con discapacidad)¹³⁴. Además, se identifican los principales problemas mundiales con su implementación como modelo (a saber, la no asunción del concepto social de la discapacidad; el mantenimiento de los prejuicios que llevan a aislar a las personas con discapacidad en centros especiales; la falta de financiación y medios de investigación o la falta de mecanismos legales y jurídicos suficientes para detectar violaciones de los derechos)¹³⁵.

Del contenido de esta Observación General se desprende que, en la práctica, los Estados fallan notablemente en la adopción de medidas para apoyar a las personas con determinadas discapacidades, como, por ejemplo, las personas con trastornos del espectro autista y a las que tienen determinadas condiciones individuales que dificultan su comunicación, entre otras. Esto es relevante porque refleja la falta de comprensión, aun

¹³³ Observación general núm. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (párr. 2). Disponible en: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPPRiCAqhKb7yhsnbHatvuFKZ%2Bt93Y3D%2Baa2r7WiHwAXZ%2FG9E0uHt5DxBGH2LdMykrEdF5KQmVzHudkkifedPF1%2Fk2Jj5UehW%2BHhcOU0xxQTsErEG1VIB15EZn>

¹³⁴ Observación general núm. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (párr. 18).

¹³⁵ Observación general núm. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (párrs. 59 en adelante).

dentro del conocimiento teórico y del compromiso en relación con la discapacidad, de las discapacidades intelectuales y psicosociales en contraste con las físicas¹³⁶.

Por último, conviene hacer referencia a la Agenda 2030, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 2015, que, destinada a la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, incluye el ODS número 4: “Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos”. Este se concreta, entre otros aspectos, en “construir y adecuar instalaciones educativas que tengan en cuenta las necesidades de los niños y las personas con discapacidad y las diferencias de género (...) entornos de aprendizaje seguros, no violentos, inclusivos y eficaces para todos”. Aunque este instrumento tenga eficacia simplemente declarativa, resulta de utilidad para comprender la interpretación que el Derecho Internacional da al derecho en cuestión.

Finalmente, haremos especial mención a las implicaciones que tiene el derecho a la educación inclusiva sobre las medidas sancionadoras que se aplican en las escuelas, materia objeto de nuestro informe.

Con el objetivo de que las niñas y niños con discapacidad gocen del derecho a la educación y los demás derechos contemplados en la Convención sobre Derechos del Niño en igualdad de condiciones que los demás niños y niñas, la educación primaria, secundaria y superior debe serles accesibles. Para ello, muchos niños y niñas pueden requerir asistencia personal, como maestros debidamente formados, materiales docentes adecuados, etc. Esto debería incluir, además, una adecuación del procedimiento sancionador en el ámbito escolar, aplicando además de disciplina que sean apropiadas a sus circunstancias, capacidades y necesidades educativas, médicas y emocionales. Todo ello, además de ser acorde con el interés superior del niño y con las finalidades de la educación, es una concreción del derecho a gozar del derecho a la educación en igualdad de condiciones que los otros niños. Esto, en todo caso, no implica el establecimiento de procedimientos vagos, que den pie a arbitrariedades, sino dar atención a circunstancias concretas que permitan cierta flexibilización en la toma de decisiones que afecten a los

¹³⁶ Ejemplos en Observación general núm. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (párr. 71).

niños y niñas, de manera de establecer su foco desde el niño o niña como sujeto de derechos y maximizar la potencialidad de su desarrollo.

En el caso de que se decida aplicar una medida sancionadora escolar —luego de haber evaluado su respeto a la dignidad humana y su concordancia con los objetivos de la educación y de los demás derechos del niño; sopesado el interés superior del niño; y respetado el derecho a participación (según se desarrolló previamente)—, la elección de esta debe ser teniendo en cuenta las particularidades educativas, médicas y emocionales del niño o niña de modo que pueda tener el mayor desarrollo holístico, de todas sus capacidades y potencialidades al máximo nivel posible, a través del ejercicio de su derecho a la educación, en sentido amplio, estableciendo, de ser necesario, ajustes razonables respecto de los reglamentos y procedimientos disciplinarios generales. En caso contrario, de no tenerse en consideración lo anterior y aplicársele el procedimiento general, sin consideración alguna, ni adaptación al niño o niña y sus particularidades, las correspondientes medidas disciplinarias pueden resultar discriminatorias por motivos de discapacidad, o de otra consideración persona y/o social, puesto que obstaculizarían el derecho a la educación del niño o niña en igualdad de condiciones que el resto.

Según la Observación General N° 9 del Comité de Derechos del Niño, la CDN reconoce la necesidad de modificar prácticas en las escuelas y preparar a maestros para impartir educación a estos niños y niñas y garantizar resultados positivos¹³⁷. Atendiendo siempre a la singularidad de cada niña y niño y por tanto buscando una comunicación, lenguaje, interacción y solución de conflicto “que se ajusten mejor a las posibilidades de ese niño”¹³⁸.

Es importante para la educación inclusiva evaluar, desarrollar y modificar los programas escolares de manera que atiendan a las necesidades de todos niños y niñas, con o sin discapacidad.

En consecuencia, en un sistema de educación inclusiva, la aplicación de medidas que afecten a las niñas y niños, entre las que se encuentran las medidas disciplinarias en las escuelas, deben tener especialmente en consideración las necesidades concretas de cada niño y niña, puesto que, como parte de la experiencia educativa, deben tener por

¹³⁷ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 9: Los derechos de los niños con discapacidad, CRC/C/GC/9, 27 de febrero de 2003, párr. 62.

¹³⁸ Ibid, párr. 63.

objetivo desarrollar plenamente el potencial humano, la personalidad, aptitudes y talentos de todos los niños, incluyendo los niños con discapacidad, a fin de lograr una verdadera inclusión. Asimismo, y para efectos de atender mejor a las necesidades educativas y emocionales del niño o niña, se debe evaluar con especial atención los efectos que estas medidas tienen sobre el alumno o alumna.

Teniendo en cuenta la diversidad existente en las aulas, sobre todo si en ella participan niños con discapacidad, la aplicación de medidas de forma estandarizada, abstracta, rígida y unívoca, sin atención al niño o niña concreto/a, va en contra de la educación inclusiva.

2.2. Estatal

Como se ha señalado previamente en este informe, la Constitución Española de 1978 reconoce en su art. 27 (perteneciente al capítulo segundo Derechos y Libertades, sección 1^a, de los derechos fundamentales y las libertades públicas), el derecho a la educación¹³⁹. Así también, establece en su art. 14 la igualdad ante la ley de todos los españoles, “sin discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier condición o circunstancia personal o social”¹⁴⁰. De la lectura de estas dos normas constitucionales, queda claro que todos, sin discriminación alguna por cualquier causa o circunstancia personal o social, tenemos derecho a la educación.

A su vez, la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), en sus artículos 71 a 79 bis, regula todo lo relacionado al alumnado con Necesidades Específicas de Apoyo Educativo (NEAE) y al alumnado que presenta Necesidades Educativas Especiales (NEE). Estos artículos han sido modificados en parte por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE).

¹³⁹ “1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza. 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. (...) 4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita. 5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes. 6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales. 7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca. 8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes. 9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca. (...).” Constitución Española, 1978, art. 27.

¹⁴⁰ Constitución Española, 1978, art. 14.

La LOMCE, señala que “el alumnado es el centro y la razón de ser de la educación”¹⁴¹. La educación en las escuelas debe tener como finalidad la formación de personas autónomas, críticas y con pensamiento propio. Para conseguir dicho objetivo, cada alumno tendrá una atención que haga de la educación un instrumento de movilidad social, que ayude a superar las barreras sociales y económicas y genere aspiraciones¹⁴².

La reforma de la LOE pretende lograr un sistema educativo que consiga “encauzar a los estudiantes hacia trayectorias más adecuadas a sus capacidades”¹⁴³. Esta misma ley manifiesta que los estudiantes con dificultades de rendimiento han de tener programas específicos que les permitan continuar en el sistema¹⁴⁴.

El reto de una sociedad democrática es el compromiso con una educación de calidad como soporte de la igualdad y la justicia social. Solo un sistema educativo de calidad, inclusivo e integrador, garantiza la igualdad de oportunidades y hace efectiva la posibilidad de que cada alumno y alumna pueda desarrollar sus potencialidades. La efectividad de lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Constitución Española dependerá, en definitiva, de calidad educativa.

Para lograr los objetivos de la educación, además de los medios necesarios para la atención correcta del alumnado, las Administraciones Educativas han de poder contar con profesionales cualificados, para lo que se ha de promover la formación del profesorado y de los profesionales relacionada con el tratamiento del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo (NEAE)¹⁴⁵.

Por su parte, los principios de normalización e inclusión, al igual que la no discriminación y la igualdad en el acceso y la permanencia en el sistema educativo, son los que guiarán la escolarización del alumnado con necesidades educativas especiales.

De acuerdo con dicha ley, el alumnado que presenta necesidades especiales de educación (NEE), es aquel que necesita apoyo y atenciones educativas específicas, que derivan de discapacidad o de trastornos graves de conducta, por un periodo de

¹⁴¹ Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), preámbulo, p.3.

¹⁴² Idem.

¹⁴³ Idem.

¹⁴⁴ Idem.

¹⁴⁵ Ibid, art 72.4.

escolarización o a lo largo de toda ella¹⁴⁶. La LOE, en su artículo 74, afirma que la escolarización de este alumnado en centros de educación especial será cuando esas necesidades especiales de educación no se puedan atender en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios. Aunque a la incompatibilidad última de la existencia de esos centros de educación especial y la efectiva implementación del derecho a la educación inclusiva, ya nos hemos referido supra.

Nuevamente, es tarea de las Administraciones Educativas promover la escolarización de los alumnos con Necesidades Educativas Especiales tanto en educación infantil como en los centros de educación primaria y secundaria, así como la continuidad de la escolarización en las enseñanzas postobligatorias y adoptar las condiciones de realización de las pruebas reguladas en la Ley para las personas con discapacidad que lo precisen¹⁴⁷.

De estas normativas, es posible concluir que su objeto es que los alumnos y alumnas con ciertas necesidades educativas especiales o necesidad de apoyo educativo especial reciban una educación de calidad guiada por los principios de inclusión, normalización, no discriminación e igualdad.

Es competencia de las Comunidades Autónomas todo lo relacionado al desarrollo de la educación. Por lo anterior, a continuación, desarrollaremos la regulación a nivel autonómico en Andalucía.

2.3. Comunidad Autónoma de Andalucía

La Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, y la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía constituirán nuestra base para analizar cómo se articula el derecho a la educación inclusiva en Andalucía.

La Ley Orgánica 2/2007, en su artículo 10, establece los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma, entre los cuales se encuentra “el acceso de todos los andaluces a una educación permanente y de calidad que les permita su realización personal y social”¹⁴⁸. Asimismo, en el artículo 14 dispone que todo lo relacionado con el ejercicio

¹⁴⁶ Ibid, art 73.

¹⁴⁷ Ibid, art 74.4 y 74.5.

¹⁴⁸ Ley Orgánica 2/2007, de 19 de Marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía, Art. 10

de los derechos y el cumplimiento de los deberes, así como con la prestación de los servicios, se regirá por el principio de no discriminación por cualquier causa o circunstancia, ya sea de carácter personal o social, por razón de sexo, etnia, discapacidad, etc.

El derecho de todos los niños y niñas a una educación pública permanente se asegura, en última instancia, a través del sistema educativo público. El acceso a los centros educativos se ha de realizar de manera igualitaria, garantizándose que la admisión a dichos centros se realizará en condiciones de igualdad y no discriminación. En lo referente a las personas con necesidades educativas especiales, el artículo 21 dispone que “tendrán derecho a una efectiva integración en el sistema educativo general de acuerdo con lo que dispongan las leyes”.

Por su parte, en la Ley 17/2007 se dispone que corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía prestar un sistema educativo de calidad para toda la ciudadanía¹⁴⁹. El derecho a la educación será garantizado por los poderes públicos con la participación efectiva de los sectores afectados¹⁵⁰. Principios como el de la equidad del sistema educativo, la formación integral del alumnado en sus dimensiones individual y social que posibilite el ejercicio de la ciudadanía, el de respeto en el trato al alumnado, a su idiosincrasia y a la diversidad de sus capacidades e intereses, fundamentan el sistema educativo andaluz¹⁵¹.

Por lo tanto, el objetivo que pretende alcanzar esta ley es garantizar el derecho a una educación permanente y de carácter compensatorio, conseguir un sistema educativo de calidad en el que se garantice la igualdad de oportunidades, al igual que la inclusión educativa de aquellos que puedan tener dificultades en el acceso y permanencia en el sistema educativo. También tiene como objetivo la potenciación de la orientación educativa para el desarrollo personal y como garantía de una respuesta educativa ajustada a las necesidades del alumnado.

¹⁴⁹ Ley 17/2017, de 10 de diciembre, de Educación en Andalucía, Art. 2

¹⁵⁰ Ibid, Art. 1.4 .

¹⁵¹ Ibid, Exposición de motivos, IV.

3. Observaciones efectuadas a España en 2018 por el Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

España ratificó en 2007 la CIDPD, por lo que ha aceptado un compromiso de garantizar que no se excluya del sistema general de educación a las personas con discapacidad, así como que en los casos de niños con discapacidad tampoco sean excluidos del sistema de educación primaria y secundaria obligatoria y gratuita.

Sin embargo, España ha sido reprendida por no cumplir tal mandato. El CDPD llevó a cabo una investigación acerca del tratamiento recibido por las personas con discapacidad en relación con el derecho a la educación, que derivó en un informe de Ginebra de 2018, que consideraba investigaciones realizadas en 2017, en las que se concluye que en España, “la exclusión discriminatoria, la segregación y/o la falta de ajustes razonables afecta principalmente a personas con discapacidad intelectual o psicosocial”¹⁵². Esto supone claramente violaciones graves de su derecho a la educación.

Según dicho informe, parece evidente que España está lejos de proporcionar un sistema educativo libre de discriminación. En virtud de lo que establece el Comité, en el país, las previsiones vigentes permiten tener dos sistemas diferentes, uno general y otro al que se desvían a estudiantes con discapacidad, de forma que una vez que el alumno o alumna sale de aquel sistema general, va a permanecer fuera de él¹⁵³.

Algunos/as alumnos y alumnas con discapacidad son “apartados”, pues, a un sistema paralelo, bien trasladándolos a centros especiales en lugar de los ordinarios, o bien en aulas apartadas dentro del propio centro. A este respecto, el Comité asegura que, en aras de evitar la discriminación en el ámbito educativo, se requiere “la abolición del sistema separado de educación para estudiantes con discapacidad”¹⁵⁴.

El vicepresidente del Comité, Coomaravel Pyaneandee, y Carlos Parra Dussan, miembro de aquél, viajaron a diferentes provincias españolas para revisar las vulneraciones alegadas, en el marco de las investigaciones realizadas en 2017, y se reunieron con las Administraciones y Gobiernos correspondientes, así como organizaciones y grupos de académicos. Parra afirma que “dos modalidades separadas de

¹⁵² Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Informe de la investigación relacionada con España bajo el artículo 6 del Protocolo Facultativo, CRPD/C/20/3, 4 de junio de 2017, párr. 46.

¹⁵³ Ibid, párr. 76 y 77

¹⁵⁴ Ibid, párr. 82

educación no pueden coexistir en un sistema de educación inclusiva basado en el derecho a la no discriminación y la igualdad de oportunidades. El sistema debe consistir en una modalidad para todos los estudiantes y debe basarse en la calidad de la educación, proporcionando a cada alumno el apoyo que él o ella requiera”¹⁵⁵.

Así, desde un punto de vista legal, se estarían vulnerando derechos que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, con la ratificación de los instrumentos internacionales de derechos humanos previamente descritos.

Tras lo expuesto por el informe, podría esperarse que España decidiera emprender las acciones necesarias y a su vez ya propuestas por el Comité, pero la realidad es que, si bien el Gobierno agradeció las observaciones y conclusiones ofrecidas por aquel, niega totalmente la idea de que en España se niegue de forma deliberada la igualdad de derechos a las personas con discapacidad, añadiendo que se “ha apostado por la educación inclusiva para todo el alumnado”¹⁵⁶. Sin embargo, si ya se ha comprobado que alcanzar una educación inclusiva es prácticamente imposible contando con modalidades segregadas y diferentes tratos, ¿cómo puede afirmar España que se está cumpliendo lo exigido?

4. Jurisprudencia.

En nuestra jurisprudencia, así como en la doctrina constitucional, no es difícil encontrar ejemplos en los que se vea la idea de que la educación segregada puede ser compatible con una educación inclusiva, basada en que, en ocasiones y de forma razonada y proporcionada, la educación segregada no tiene por qué suponer discriminación. Sin embargo, como acabamos de ver en el informe sobre la situación en España, los expertos del Comité han afirmado que tales actitudes comportan, indudablemente, una discriminación. De este modo, no podemos considerar de ninguna forma que el cumplimiento de tales previsiones a favor de las personas con discapacidad quede supeditado a si la medida es o no proporcionada. Directamente no se contempla como opción de sistema educativo si lo que pretende favorecerse es la inclusión.

En lo que respecta a la jurisprudencia constitucional, destaca la Sentencia del Tribunal Constitucional 10/2014¹⁵⁷, que trató sobre la decisión de la Comisión de

¹⁵⁵ Lafuente, A. Noticias ONU. España viola el derecho a la educación de los niños con discapacidad. 29 de mayo de 2018. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2018/05/1434611>

¹⁵⁶ Ibid.

¹⁵⁷ Tribunal Constitucional, STC 10/2014, de 27 de enero de 2014, Sala Primera (Recurso de Amparo núm. 6868/2012).

Escolarización de la Dirección Provincial de Educación en Palencia de la Conserjería de la Junta de Castilla y León, consistente en mantener a un alumno (cuyos padres son los recurrentes en el caso) en un colegio público de “educación especial”, en lugar de en uno ordinario.

Los recurrentes sostenían que tal resolución conculcaba el derecho fundamental a la educación y a la igualdad ante la ley. Así también, el Ministerio Fiscal en sus alegaciones afirmó que es obligación de la Administración procurar la educación inclusiva mediante los “ajustes razonables”. El Ministerio Fiscal insistió, además, en que no hay análisis ni razones específicas expresadas en la resolución administrativa para afirmar que “los apoyos que precisa (el alumno) no puedan ser prestados en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios”¹⁵⁸.

Sin embargo, es la Sala la que finalmente desestima el recurso. Sorprendentemente, tiene en cuenta para tal fallo la CIDPD, extrae de forma clara de la misma que como principio general la educación ha de ser inclusiva, y continúa señalando que “se debe promover la escolarización de los menores en un centro de educación ordinaria, proporcionándoseles los apoyos necesarios (...)"¹⁵⁹. A esto añade que es la Administración educativa la que ha de proporcionar la escolarización inclusiva de las personas con discapacidad y, sin embargo, da un giro al razonamiento que venía siguiendo favorecedor al principio de educación inclusiva, confirmando ahora la legitimidad del “sistema doble”, y afirma que “tan sólo cuando los ajustes que deba realizar para dicha inclusión sean desproporcionados o no razonables, podrá disponer la escolarización de estos alumnos en centros de educación especial”¹⁶⁰.

Así, tras añadir algunos razonamientos, finalmente el Tribunal Constitucional desestima el amparo del alumno, teniendo que acudir este a un centro de educación especial, cuando, realmente, de la lectura completa de la sentencia, no se extrae la idea de que el informe o resolución elaborado por la Administración sea concluyente o completamente probatorio, y así lo expresa el Ministerio Fiscal.

Sin embargo, entendemos que ésa Sentencia, así como las que siguen razonamientos similares a la ella utilizados, entran en conflicto claro con los principios y

¹⁵⁸ Ibid, Antecedente 6º.

¹⁵⁹ Ibid, Fundamento Jurídico 4º.

¹⁶⁰ Ibid, Fundamento Jurídico 4º.

objetivos con los que el Estado español se ha comprometido. Primero, por ser en general poco exigentes en lo que se refiere a estimar que los argumentos esgrimidos por la Administración sí son lo suficientemente férreos, cuando, en muchas ocasiones y de manera obvia, no lo parecen. Y en segundo lugar y más importante, por entender que, en vez de tener que proporcionar más recursos a los centros ordinarios para que los alumnos con discapacidad y los apoyos a aportar no supongan una “carga desproporcionada” al centro, cuando se pueda justificar tal carga desproporcionada, pueda acudirse a aquel sistema paralelo que el Comité considera incompatible con la efectiva educación inclusiva.

Por el lado contrario, no obstante, hay sentencias que se han convertido en emblemáticas en este campo de estudio, como es la Sentencia del Tribunal Supremo 1976/2017¹⁶¹. En este caso, el supuesto resulta similar: la Consejería de Educación de La Rioja estimó conveniente la separación del sistema ordinario de un menor escolarizado, trasladándolo a un centro especial. Los padres del alumno recurrieron, y el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja falló estimando el recurso interpuesto en base al derecho a la educación inclusiva que propugnan, tanto nuestra Constitución en el artículo 27 en relación con el 14 en materia de igualdad, como la ya mencionada Convención. La Administración presentó recurso de casación y el Tribunal Supremo falla en esta Sentencia mencionada sobre el asunto. En esta ocasión, sin embargo, resolvió a favor del menor, estimando que no era pertinente su separación del centro ordinario en el que estaba escolarizado hasta tal momento.

En este fallo, que se ha mostrado más exigente con la Administración, se mencionan cuestiones muy relevantes, como son el recalcar que la regla general será buscar la inclusión en los mismos centros ordinarios con “medidas de atención a la diversidad” (si bien de nuevo confirman la excepción que se comentaba por el Tribunal Constitucional en la circunstancia de cargas indebidamente soportadas o desproporcionadas) o, también, poner el foco de atención en la Administración, como responsable obligada por normativa a llevar a cabo una puesta de medios efectiva (ajustes razonables), de forma que se logre la plena inclusión, tanto en el desarrollo académico como en el social.

¹⁶¹ Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4ª), de 14 de diciembre de 2017 (1976/2017, Recurso de Casación núm. 2965/2016).

Si bien esta Sentencia se muestra más exigente con las razones que ha de aportar la Administración y recuerda que la cuestión del traslado a centros de educación especial debe aplicarse como ultima ratio, es sin duda reprochable que no deje de mencionarla aún como vía posible, aunque sea de forma subsidiaria. Además, es sabido que la Administración no la aplica como excepción, sino que parece que se ha convertido bajo su criterio en la propia regla general. Estas consideraciones dejan patente el camino que aún queda por recorrer para ajustar nuestra concepción del sistema educativo al propugnado por la comunidad internacional.

Puede verse, así, que España no puede estar cumpliendo de manera alguna el principio de inclusión inherente al derecho a la educación, pues desde el punto de vista legislativo y de las decisiones administrativas, podemos encontrar disposiciones y resoluciones que contravienen el sistema único propuesto y aceptado por el Comité, y desde la jurisprudencia más consolidada y relevante, de forma general, se gestan y asientan, a partir de tales disposiciones, interpretaciones contradictorias con la Convención.

IV. EL CASO DE LOS NIÑOS Y NIÑAS CON TRASTORNOS DE APEGO.

1. Aproximación a los trastornos de apego.

El trastorno de apego o vínculo es un trastorno que se crea en la primera fase de la infancia (antes de los 4-5 años) provocando “disfunciones cognitivas, emocionales y sociales, bajo o nulo control del estrés o incapacidad de formar relaciones de confianza con otros”¹⁶² y que puede aparecer en niños y niñas que no han logrado establecer el vínculo afectivo necesario para su desarrollo en todos los ámbitos de su personalidad.

La ausencia de vínculo se puede producir en la relación con la madre y con el padre, aunque puede darse también por un suceso traumático, que el niño vive como tal, durante la primera infancia o durante la vida intrauterina. Como consecuencia de este trastorno del vínculo afectivo o de apego, los niños que lo padecen tienden a poner a prueba el cariño de sus padres con mecanismos como la exigencia de la atención, además,

¹⁶² PETALES (Asociación Ayuda Mutua Trastornos de Apego) España, *¿Qué son los trastornos de vínculo afectivo o Apego?* Disponible en <http://petales.es/acerca-de-los-trastornos-del-vinculo-afectivo-o-apego/>

siendo también comunes los intentos de manipulación, comportamientos agresivos hacia los padres y las mentiras¹⁶³.

Como se ha mencionado anteriormente, los trastornos de vínculo afectivo (apego) podrían deberse a la falta de presencia de una persona que satisfaga las necesidades del bebé a la hora de establecer un vínculo afectivo al que adherirse. Alguna de las situaciones que pueden provocar este tipo de trastornos son: 1) el caso de un niño abandonado que carezca de referencia afectiva; 2) un niño que haya experimentado alguna experiencia de ruptura con referentes afectivos; 3) el caso de que una figura de referencia afectiva no responda a las necesidades del niño; 4) la sobreprotección o exceso de cuidados o, por el contrario, la desatención que puede afectar un niño; 5) el sufrimiento por malos tratos, ya sea abuso psicológico, físico o sexual; o, en general, 6) la carencia de afectividad que el niño puede percibir en las épocas más cruciales de su desarrollo.

Un aspecto fundamental a la hora de dialogar sobre este tipo de trastorno es entender que el vínculo afectivo o apego es una “construcción afectiva basada en la necesidad que tiene el niño de seguridad y de protección”¹⁶⁴, con el objetivo de asegurar la relación con las personas con las que ese vínculo afectivo se establece de tal manera que permita asegurar su supervivencia y desarrollo. En otras palabras, el vínculo se refiere al lazo efectivo que surge entre dos personas dando lugar a una confianza en el otro, en un ambiente de comunicación y desarrollo. En cuanto al apego, se entiende como un “mecanismo pre-programado que activa toda una gama de comportamientos que permite la vinculación bebé-madre”¹⁶⁵ y padre con el fin biológico de proporcionar la proximidad, protección y seguridad del cuidador, favoreciendo la exploración de lo desconocido. Se puede afirmar que en el desarrollo psico-evolutivo se encuentra, primero el apego, y luego el vínculo.

Una vez definido el trastorno de vínculo afectivo o apego, con la finalidad de ver qué situaciones pueden causarlo, debemos hablar de la teoría del vínculo afectivo o apego, la cual se empieza a desarrollar en 1948 con John Bowlby (psiquiatra inglés). Esta teoría defiende la idea de que el nacimiento de los primeros lazos entre la madre/padre o

¹⁶³ Idem.

¹⁶⁴ Información extraída de PETALES (Asociación Ayuda Mutua Trastornos de Apego) España, *¿Qué es el apego?* Disponible en <http://petales.es/acerca-del-vinculo-afectivo-o-apego/>

¹⁶⁵ ¹⁶⁵ Urizar, Maite. *Vínculo afectivo y sus trastornos*. Bilbao (10 de mayo de 2012). pág.1. Disponible en <http://www.avpap.org/documentos/bilbao2012/DesarrolloAfectivoAVPap.pdf>

cuidador principal y el niño es una necesidad biológica esencial, tratándose, pues, de una necesidad sin procedencia. Bowlby asegura que el bienestar psicológico depende esencialmente del sentimiento de sentirse seguro en las relaciones de apego y esto ocurre en todas las culturas¹⁶⁶.

Por esta razón, resulta de vital importancia la atención temprana de este colectivo, en tanto que los primeros signos de apego inseguro se manifiestan incluso antes de los 2 años. Habría de hacerse hincapié, por tanto, en la formación de los profesionales educativos ya desde la educación infantil, para asegurar la inclusión de estos alumnos, así como prevenir problemas en los posteriores niveles educativos.

Por otra parte, no existe un único perfil de apego, sino que son varios los que se pueden diferenciar. Así, podemos encontrar los perfiles de apego seguro e inseguro. El perfil de apego seguro responde a una relación basada sobre la confianza mutua y la proximidad que favorece al desarrollo global del niño, quien no la concibe como una amenaza. Y dentro de los perfiles inseguros de apego se encuentran: el rehuyente organizado, el ambivalente-resistente-organizado y el desorganizado-desorientado. El perfil rehuyente organizado supone que el niño, con la intención de huir de una relación de afectividad, la evita. Las características propias de este tipo de perfil son la negación de afecto para impedir ser herido o rechazado, estado deprimido o ansioso, el rechazo de los cuidados maternales y/o paternales y la huida del contacto físico. El perfil ambivalente- resistente- organizado, supone que el niño entra en un proceso de aproximación y de resistencia ante una proximidad afectiva que califica como amenazante. Algunos síntomas de este tipo de perfil es el hecho de búsquedas de la proximidad antes de haberse producido la separación, y cuando tiene el contacto, buscado previamente, entra en cólera. El perfil desorganizado- desorientado, supone que ante la cercanía afectiva, que es considerada como peligrosa, el niño, con miedo y ansiedad, desarrolla métodos de ataque y huida. Algunas de las características son: confusión, miedo, contradicción, desesperación, rabietas incontrolables, etc.

Tras analizar el trastorno de vínculo afectivo o apego, es fundamental destacar la importancia que tiene dicho vínculo afectivo o apego, ya que es esencial para el desarrollo de una personalidad sana, para poder gestionar el estrés y las frustraciones, para poder encargarse de sus miedos e inquietudes, tener suficiente capacidad para pensar de manera

¹⁶⁶ Ibid, pág.2

lógica y desarrollar relaciones, así como para poder alcanzar un cierto grado de autonomía y desarrollo intelectual.

Finalmente, es preciso añadir que es un tipo de trastorno que se encasilla dentro de los trastornos de conductas, considerándose, en el ámbito educativo, a los niños que lo padecen, como alumnos con Necesidades Especiales Educativas (NEE). Así pues, se han obtenido unos datos por parte del Ministerio de Educación y Formación Profesional, correspondiente al curso 2016-2017, que anuncian el porcentaje de alumnos con NEE o NEAE que han sido inscritos en centros de enseñanza ordinarios. Estos datos indican que una parte importante del alumnado con necesidades educativas especiales, en concreto el 83'5%, está integrado en centros ordinarios, a pesar de la variación que se da entre el porcentaje de integración en las diferentes comunidades autónomas; y teniendo en cuenta el tipo de discapacidad, los de trastornos graves de conducta/personalidad tienen los porcentajes más altos de integración, con un 96'9%¹⁶⁷.

Los niños y niñas que sufren de ese trastorno, debido a la interacción entre sus particularidades y dificultades de aprendizaje y las barreras que han de enfrentar en la sociedad, deben ser entendidos bajo lo dispuesto en la CDPD como personas con discapacidad. Así pues, para garantizar los derechos que les corresponden a estos niños y niñas, la escuela debe concebirse como un entorno sin requisitos de entrada, sin mecanismos de selección o segregación, de tal manera que se hagan efectivos los derechos a la educación e igualdad de oportunidades de niños y niñas con trastorno de apego.

De manera similar, es necesario indicar la relación de estos niños y niñas con trastorno de apego o alguna discapacidad similar con la protección del derecho a la salud, pues este derecho no es solo entendido como la falta de enfermedad, sino también como un estado completo de bienestar físico, mental y social, según el Preámbulo de la Organización Mundial de la Salud¹⁶⁸. En lo que respecta a los niños y niñas con discapacidad, aunque esta es muy diversa, se puede afirmar que, en general, las personas con discapacidad tienen una mayor demanda de asistencia sanitaria que las personas sin

¹⁶⁷ Ministerio de educación y formación profesional. *Estadística de las enseñanzas no universitarias: alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo. Curso 2016-2017*. Disponible en <http://www.educacionyfp.gob.es/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/estadisticas/educacion/no-universitaria/alumnado/necesidades-apoyo/2016-17/Nota-resumen.pdf>.

¹⁶⁸ Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Nueva York, 22 de julio de 1946, disponible en https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

discapacidad, pero, obviamente, su derecho a la salud debe ser garantizado en la misma medida. Así se reconoce en el artículo 25 de la CIDPD, que dispone que “las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad”, añadiendo que “los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud”.

2. Reconocimiento del trastorno de apego en España.

El trastorno de apego, ha sido objeto de estudio en estos últimos tiempos, dando explicación a aquellas dudas que a numerosas familias suscitaba el comportamiento de sus hijos e hijas. Tanto tiempo ha llevado diagnosticar tal trastorno, que dicha dificultad queda reflejada en el plano legal o jurisprudencial en el Estado español.

Resulta complicado, sin duda, conseguir, aunque sean meras referencias a este trastorno, pues aún parece desconocido a ojos de los jueces y el legislador, así como, en muchos casos, de la Administración. En todo caso hay que entender, conforme a lo que antes se ha explicado, que el derecho a la educación de niños y niñas con trastorno de apego se configura dentro del derecho a la educación inclusiva de todos y todas. Sin embargo, de las pocas alusiones encontradas, se extrae que, en varias ocasiones, no se considera al mismo vinculado a la discapacidad, lo que se traduce en que los centros no consideran la posibilidad de realizar ajustes razonables y garantizar los apoyos necesarios a los que estarían obligados, recordemos, conforme a las exigencias del derecho a la educación inclusiva.

En todo caso, una de las pocas referencias al trastorno de apego la encontramos en relación con la situación de acogimiento. Lo que parece lógico, en tanto que, conforme a lo que antes se señaló, este trastorno proviene, en numerosas ocasiones, de situaciones traumáticas asociadas a procesos de adopción o acogimiento.

Así, desde la Fiscalía General del Estado, podemos encontrar el Dictamen 2/2011¹⁶⁹, donde, aunque sin hacerlo de forma expresa, se puede observar que se contempla la existencia de dicho trastorno:

¹⁶⁹ Fiscalía General del Estado, Dictamen 2/2011 de 1 de enero, por la Fiscal de Sala-Coordinadora de Menores de la Fiscalía General del Estado (“Justicia juvenil. Sobre determinadas cuestiones en relación con la constitución judicial de acogimiento”).

“Debe tenerse presente la necesidad, siempre que sea posible, de evitar sucesivos cambios en la persona del acogedor, pues según sólidos estudios psicológicos, la conducta de apego se desarrolla tempranamente y se mantiene generalmente durante toda la vida, resultando importante la figura del cuidador, por lo que sucesivos cambios pueden ser potencialmente dañinos para el menor que los sufre, que incluso pueden derivar en trastornos conductuales o afectivos”¹⁷⁰.

En todo caso, como antes se apuntaba, en numerosas ocasiones no se considera el trastorno como discapacidad; lo que, como se mencionaba, dificulta que la Administración ponga los medios oportunos para atender adecuadamente a los correspondientes niños y niñas, por no verlos necesarios, pues “no se presenta discapacidad” o “no encaje” en las categorías listadas de situaciones en necesidad de apoyo.

En esta línea, puede destacarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba 21/2014.¹⁷¹ La situación del caso puede resumirse en un recurso de apelación planteado por los padres adoptivos de una menor, en el que reclaman incumplimiento de contrato por parte de ECAI, una intermediadora de servicios de adopción, debido a determinadas cuestiones, entre ellas, al existir una “discapacidad de la que antes no habían sido informados”.

Sin embargo, de los informes ya presentados, la juez de la anterior instancia y este Tribunal extraen que “no puede afirmarse que el llamado Trastorno de Vínculo afectivo que presenta Turquesa (la menor) sea una discapacidad psíquica”¹⁷². En este sentido, puede verse la negación de los jueces y tribunales a reconocer el trastorno como discapacidad, así como el rechazo de parte de la comunidad médica, pues la conclusión se obtiene de unos informes (entendemos) periciales, donde también niegan que la menor pueda padecer una discapacidad a través de su valoración.

Por otro lado, también es un aspecto relevante de esta Sentencia el que, aunque valorando los informes no se aprecie discapacidad, sí que se admite la existencia del trastorno, conclusión a la que se llega tras la lectura del siguiente fragmento:

¹⁷⁰ Ibid, págs. 4 y 5.

¹⁷¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2ª), de 13 de febrero de 2014 (21/2014, Recurso de Apelación núm. 340/2013).

¹⁷² Ibid, Fundamento Jurídico 5º

“Es cierto que no todos los menores adoptados, de países con conflictos o menos desarrollados tengan necesariamente ese trastorno, pero lo cierto es que las carencias sobre todo afectivas de esos menores deben ser reparadas en la nueva familia; y es aquí donde puede no sólo superarse ese trastorno, sino agravarse de forma inmediata y grave, cuando la incapacidad de los adoptantes provoca una rápida pérdida de afectividad al decaer las ilusiones, en muchas ocasiones ficticias, derivadas de la adopción”.¹⁷³

En esta situación, no procede entrar a valorar la afirmación que realiza el Tribunal, entendiendo que el trastorno de la menor se desarrolló en el momento en el que la situación de apego falló, esto es, cuando fue adoptada y recibida finalmente por los padres recurrentes, de forma que la demandada, ECAI, no incurrió en modo alguno en falta de información previa a este respecto. Lo que sí nos interesa resaltar del anterior fragmento de la Sentencia es el propio reconocimiento del trastorno del vínculo o de apego, pues apenas hay resoluciones en las que se hable de ello, sobre todo en lo que se refiere a menores.

En todo caso, no queda claro si esa falta de reconocimiento del trastorno de apego por los jueces se debe a la falta de concienciación de estos con el mismo o si también la falta de mención al trastorno de apego en el ámbito jurisprudencial se debe a que las reclamaciones de las familias han quedado, por lo general, en el ámbito administrativo. Así las cosas, parece que el trastorno de apego y del vínculo aún no queda encajado de forma precisa en el derecho a la educación inclusiva para menores con discapacidad, ni resultará tarea fácil garantizar la efectiva protección de los mismos, pues no hay aún sustrato suficiente a nivel institucional.

3. Medidas sancionadoras en el ámbito escolar y niños y niñas con trastorno de apego.

No creemos que sea una sorpresa para el lector de este informe, dados los análisis antes realizados, que el trastorno de apego no se reconozca como tal y ni siquiera este mencionado bajo otras categorías a la hora de regularse las medidas sancionadoras en ámbito escolar. De esta manera, un estudiante con trastorno de apego bien podrá ser catalogado como estudiante con trastornos graves de conducta, tales como el trastorno disocial, TDAH severo, trastorno negativista desafiante o el de comportamiento

¹⁷³ Ibid, Fundamento Jurídico 5º.

perturbador, que en ocasiones pueden deberse a manifestaciones relacionadas con el trastorno de apego como las explosiones puntuales de violencia y agresión.

Es cierto que existen protocolos, como el analizado anteriormente, que regulan la respuesta del sistema educativo ante los alumnos con necesidades específicas de aprendizaje, adaptando la materia y el desarrollo de las materias a lo largo de su escolarización. Así como es necesario destacar, como lo han señalado el Tribunal Supremo y algunos Tribunales Superiores de Justicia¹⁷⁴, que el procedimiento sancionador en el ámbito escolar simula el esquema básico del procedimiento general y, por tanto, mantiene sus garantías, tales como la legalidad, la tipicidad, la proporcionalidad y la presunción de inocencia. No obstante, la regulación de las medidas sancionadoras alcanza, en general, a todos los alumnos por igual, apenas existiendo diferencias en relación con sus circunstancias y condiciones físicas, mentales, emocionales y educativas, para determinar la actuación del centro educativo ante el incumplimiento de una norma de convivencia. Con lo que, finalmente, el procedimiento sancionador en la educación falla en su tratamiento hacia el alumno infractor y la atención a sus posibles trastornos y condiciones personales y/o médicas; aspectos que sí se tienen en cuenta en el procedimiento general como atenuante en determinadas ocasiones de la sanción que acompaña a un acto de incumplimiento¹⁷⁵.

Así, tenemos que, en lo que respecta a las normas de convivencia y a su incumplimiento, el sistema no hace distinciones. Tanto para el alumno ordinario que conscientemente agrede a otro por una broma, pero luego se arrepiente, como para ese estudiante que sufre de trastorno de apego y no confía en un profesor que no es consciente de la necesidad de un ambiente seguro para él y como respuesta estalla en una explosión de violencia como única respuesta a lo que considera un ataque; las sanciones y las medidas de aplicación de estas van a ser iguales para ambos. Es probablemente en esto donde falla el procedimiento sancionador y el sistema en general, que da una misma solución para todo el alumnado, y no atiende a la diversidad del mismo. Y ya no solo a los niños con trastorno de apego, que ni siquiera el sistema reconoce, como hemos visto en el protocolo anterior, sino a cualquier alumno, independientemente de cuáles sean sus condiciones personales o sociales.

¹⁷⁴ Vi., así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 15 de junio de 2004

¹⁷⁵ Código Penal, Art. 21

Se observa, pues, que existe un desconocimiento abrumador y asombroso del trastorno de apego, de sus causas y sus manifestaciones y de la respuesta que necesita el alumno que sufre de esta condición. Todo ello se termina traduciendo, en realidad, en un sistema que vulnera los derechos de estos niños, que necesitan adaptaciones en su educación y que se les garantice una relación de seguridad en su entorno, que les son negadas. En tanto que los trastornos de apego pueden dar lugar a comportamientos disruptivos, los niños y niñas que los experimentan son sancionados de forma frecuente en las escuelas. De esta manera, no es infrecuente que, tras las respuestas sistemáticas e ineficaces de colegios e institutos, el alumno con trastorno de apego acabe expulsado del centro.

La aplicación inadecuada de las medidas disciplinarias puede suponer para los niños y niñas con trastornos de apego un aumento de sus inseguridades y de su sensación de no pertenencia, junto con una acentuación del propio trastorno, afectando su integridad mental y el libre desarrollo de su personalidad. La imposición de esas medidas sancionadoras puede significar para el niño o niña una situación de discriminación por motivos de discapacidad en el ejercicio de su derecho a la educación, y en concreto, en la debida comprensión de ese derecho como derecho a la educación inclusiva de todos los niños y niñas.

Dadas las particulares características que las medidas disciplinarias suelen tener, al ser aplicadas generalmente con fines sancionadores o represivos, y tener efectos muchas veces estigmatizantes para los niños y las niñas; en realidad, las medidas sancionadoras que se tuviesen que aplicar, cuando fuese estrictamente necesario, a los niños y niñas con trastorno de apego, sobre todo las más severas, deberían de cumplir con todas las exigencias internacionales, ser excepcionales y atender siempre a sus necesidades particulares. En esa línea, se considera que la medida de expulsión de los alumnos y alumnas con trastornos del apego de los centros escolares, obligándolos a asistir a otros centros y delegando toda responsabilidad sobre su educación sobre las familias, no resulta acorde a los estándares descritos; en tanto que supone una omisión de la responsabilidad que los centros ordinarios han de tener en relación con la educación de todo el alumnado, al suponer que esos alumnos en muchos casos no puedan asistir a los centros de su comunidad o vecindario, y se vean privados de su derecho a la educación inclusiva. La expulsión es una de las barreras que, de forma clara, han de superarse, pues

constituye un canal a través del cual el sistema educativo repele las diferencias, e impide la inclusión no solo escolar sino también social de los niños y las niñas. Lo que en el caso particular de los niños y las niñas con trastorno de apego se agrava, pues les hace revivir el sentimiento de abandono que en un primer momento origina su ‘trastorno’.

4. Análisis de casos.

A lo largo del presente trabajo hemos identificado lo que se entiende por trastorno de apego o del vínculo en relación con el derecho a la educación inclusiva, tanto en un contexto científico, como en el plano legal, en el marco internacional y su trasposición y aplicación en España. Un análisis que permite acercarse adecuadamente a la documentación que nos proporcionó la asociación PETALES España sobre cuatro casos que están en el origen de la Clínica jurídica a la que da conclusión el presente informe. En todos esos casos se alegaba una posible vulneración del derecho a la educación, al haberse aplicado medidas sancionadoras inadecuadas a niños y niñas con trastorno de apego. Y efectivamente, en vista de las actuaciones tanto de los centros educativos como de las Administraciones Públicas responsables, así como de las explicaciones aportadas por las familias, podemos concluir que en todos ellos hay indicios claros de que se ha producido una vulneración del derecho a la educación inclusiva, al haberse aplicado inadecuadamente medidas sancionadoras previstas en los centros educativos.

En primer lugar, cabe apreciar que todos los casos constituyen situaciones de discriminación por motivos de discapacidad, en las cuales los menores son sancionados, llegándose en algunos a la expulsión del centro, sin haberse realizado el esfuerzo previo requerido para aplicar las adaptaciones necesarias que resultaban preceptivas en cada situación. En las situaciones analizadas se observa que los profesionales de la educación en muchos casos se niegan a realizar adaptaciones o a brindar una atención personalizada a esta parte del alumnado, exigiéndose que sean los alumnos los que se adapten a las normas de la escuela, que no está dispuesta a hacer excepciones. Esto resulta una vulneración clara del derecho a la educación inclusiva que establece la CDPD, que supone la atención individualizada a las necesidades individuales del alumnado y el posible establecimiento de los ajustes necesarios cuando estos fuesen necesarios. Además, es una manifestación de la falta de concienciación, y compromiso con su situación por parte del sistema educativo, en unos casos, o de recursos y formación apropiados, en otros.

Los centros educativos no interpretan el trastorno de apego como una discapacidad en ninguno de los casos, sin perjuicio de que en las explicaciones requeridas por las familias se afirme que han tenido en cuenta tal situación del menor para imponer la sanción. Este es, por ejemplo, el caso de A. (I), en el que a pesar de la dureza de las sanciones impuestas (incluyendo no solo la exclusión temporal sino también el traslado de centro) y de la necesidad de elaborar un nuevo informe psicopedagógico por la Inspección y el centro, requerido por la Administración, el centro insistía en que habían tenido en cuenta los nuevos datos aportados, cuando, a la luz de los hechos, se ve que se le aplicó la sanción que se le habría aplicado a cualquier otro alumno sin sus mismas necesidades educativas.

Asimismo, si bien los informes psicopedagógicos de los casos estudiados apuntan a la efectiva existencia de un trastorno (en ocasiones sin concretar), sin embargo, contrariamente a lo que podría esperarse, los centros manifiestan no disponer de los medios suficientes para tratar con ese tipo de necesidades, eludiendo responsabilidades; pues, como ya se ha visto, las medidas como el cambio de centro sólo pueden darse cuando la imposibilidad de llevar a cabo las adaptaciones e incluso los ajustes necesarios supongan una carga desproporcionada para el centro. Sin embargo, vistos los hechos, no parece que los centros carezcan tanto de los recursos requeridos como sí de la voluntad de cumplir con sus responsabilidad educativas. Esta es la situación de A. (II), la cual también nos permite comprobar la habitual desproporcionalidad en la aplicación del régimen sancionador con respecto a las conductas de los menores, como es en este caso el traslado de centro. Estas sanciones, se consideran desproporcionadas, pues, además de que el traslado ha de ser el último recurso, se toman sin tener en cuenta las necesidades de estos alumnos; y, sin embargo, no son aisladas, sino que son continuas, llegando a poder no solo minar al menor, que se ve abrumado por la cantidad de reproches del centro, sino a las familias, a las que en varias ocasiones se las ha responsabilizado de la conducta del menor, como si esta fuera producto de la convivencia o el trabajo en el hogar y no del trastorno, que en realidad se está ignorando.

El castigo constante de los niños y las niñas con trastornos del apego resulta también una barrera que no sólo acentúa su sentimiento de desconfianza o inseguridad frente al resto, sino que, además, no parece claro que pueda ofrecer una solución a sus comportamientos, en tanto que estos provienen de la situación o trastorno que el niño está experimentando, que implica un control limitado de sus impulsos o acciones. Esas

medidas sancionadoras aplicadas de una manera continuada pueden también constituir una estigmatización para estos niños y niñas, que reflejan una visión esencialista de la situación que viven (“el niño es malo”) y que, por tanto, además de contribuir a su sentimiento de inferioridad, culpa o aislamiento social, constituye un enfoque incorrecto en el entendimiento de sus vivencias.

Aún más, en virtud de las circunstancias, una medida sancionadora demasiado severa, como podría ser el cambio de centro, la suspensión de su derecho a asistencia al mismo durante un período prolongado, o incluso el cambio de grupo en determinados casos, puede constituir un acto de violencia, si con ella se rechaza, discrimina o desatiende sus necesidades afectivas, médicas y educativas. Esta insistencia del centro en que el menor acumule sanciones por la más mínima falta puede incluso considerarse una forma de abuso mental, así como trato descuidado o negligente, contemplados en el artículo 19.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. También se aprecia ese rechazo en el caso de C, a quien, aparte de imponerle sanciones en una coyuntura similar a la recientemente expuesta, se le priva de realizar actividades curriculares junto a sus compañeros, sin que conste ningún tipo de justificación suficiente.

Tomando especialmente en cuenta las necesidades médicas, educacionales y afectivas de estos niños y niñas, resulta necesario buscar soluciones ‘en positivo’. En relación con esto, el trabajo de las emociones (y con ello el rol de los profesores, orientadores, psicólogos o psicopedagogos) debe ocupar un papel fundamental en la situación de niñas y niños con trastorno de apego.

Otro ejemplo diferente de los examinados hasta ahora de discriminación hacia los menores con discapacidad lo representa la vulneración del derecho a la imagen (contemplado en el artículo 18 de la Constitución Española), así como del derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad (propugnado por el artículo 19 de la CIDPD) que se produce, por ejemplo, en el caso de D. En este, el agente que propicia la vulneración no es el centro educativo, ni una Administración Pública, se trata de un medio de comunicación, que, en un lenguaje agresivo, menoscaba la estima propia del menor, dando sus datos personales y señalándolo como “un peligro” para su comunidad educativa. No sólo eso, sino que el texto periodístico se refiere a testimonios de otras familias, que no dudan en contribuir a su rechazo social, imposibilitando que pueda ser integrado por sus compañeros y docentes.

Por otra parte, es muy importante resaltar que en ninguno de los casos estudiados se constató que se diese la debida participación de los niños y las niñas en la aplicación de las correspondientes medidas sancionadoras, ni menos aún en el diseño del plan de convivencia. Sin embargo, la participación de las niñas y los niños con trastorno del apego es absolutamente clave. Tal y como se ha visto, los centros deben acoger la diferencia y permitir un clima de confianza y seguridad tanto en el aula como fuera de ella. Incrementar las posibilidades de participación de los niños y niñas con trastornos del apego, además de constituir uno de los principios generales en materia de infancia y uno de sus derechos básicos, resulta crucial para aumentar su autoestima, su sentido de pertenencia a un grupo, su seguridad y su confianza en los adultos y los/las compañeros/as como figuras de apoyo.

Por todo lo expuesto, debemos concluir que negar sistemáticamente la existencia del trastorno de apego o del vínculo, así como la no adaptación por parte de los centros de sus medios disponibles a estos alumnos, para garantizar su inclusión en la comunidad educativa y su igualdad de oportunidades, constituye una violación al derecho fundamental a la educación. Pero también es importante señalar que igualmente se estaría vulnerando el derecho a la salud que propugna la CDPD, pues, por lo ya visto, en muchos de los casos no parece que los menores gocen de ese máximo nivel posible de salud en el momento en el que se les excluye y aparta del sistema, conducta que no puede entenderse favorecedora del bienestar mental y social del menor, sin atender a sus trastornos de apego y vínculo.

Sin duda, estamos ante una contravención de numerosos textos legales en favor de las personas con discapacidad, y más concretamente de menores, tanto a nivel internacional como nacional. La jurisprudencia existente hasta el momento es dubitativa y poco precisa a la hora de determinar la existencia del trastorno de apego, derivando de ello el deficiente encaje del mismo en el derecho a la educación. No obstante, puede pensarse que es posible que la tendencia general vaya a ser cada vez más favorable a la interpretación que se ha hecho de los textos mencionados en este trabajo, pues conductas contrarias no irían sino en detrimento de los más esenciales principios de los Derechos Humanos.

V. CONCLUSIONES.

A lo largo del presente informe se ha analizado el marco teórico y jurídico del derecho a la educación inclusiva de todos los niños y niñas, y más concretamente la incidencia que sobre el mismo pueden tener, y de hecho tienen, las medidas sancionadoras empleadas en el ámbito educativo. Primero, se han presentado los elementos definitorios del derecho a la educación, a través de su reflejo en instrumentos jurídicos nacionales e internacionales. Posteriormente, y partiendo de dicho contexto, se han analizado los requisitos que deben cumplir las medidas sancionadoras empleadas en los centros escolares a fin de respetar los derechos humanos de todos los niños y niñas. Luego, se ha definido el derecho a la educación inclusiva, que, como cabe reiterar, requiere que todos los niños y niñas puedan acceder, en igualdad de condiciones que los demás, al mismo sistema de educación general, adaptándose este a las diversas necesidades educativas que presenten, de forma que cada niño y niña pueda desarrollar sus aptitudes, capacidades y personalidad. Finalmente, se ha analizado la incidencia concreta que las medidas sancionadoras habitualmente empleadas contra niños y niñas con trastornos de apego tienen sobre ellos en virtud de su particular situación.

Se ha insistido a lo largo del informe en que ciertas medidas sancionadoras empleadas en el ámbito escolar constituyen una situación de discriminación por motivos de discapacidad para niños y niñas con trastornos de apego, lo que se ha corroborado a través del análisis realizado de los casos propuestos por PETALES España. Esta situación de discriminación perjudicial para los niños y las niñas se da porque dada la naturaleza de dichas medidas –tales como la expulsión del aula o del centro-, así como el carácter reiterado con el que habitualmente se aplican, termina por reforzar el trastorno que tienen esos niños y niñas y, además, los aparta de la posibilidad de recibir una educación de calidad, y por tanto de desarrollar libremente su personalidad. Esta situación, por tanto, resulta en una vulneración clara del derecho a la educación de todos los niños y niñas, y más concretamente del derecho a una educación inclusiva, capaz de adaptarse a la diversidad de necesidades y circunstancias del alumnado. El Estado estaría, así, desprendiéndose de su obligación de garantizar el derecho a la educación de todos los niños y niñas, funcionando las medidas sancionadoras mencionadas como una ‘excusa válida’ para tal omisión de responsabilidades.

En esta línea, es importante recordar que el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad ha concluido que España vulnera gravemente el derecho a la educación inclusiva de todos los niños y niñas por el mantenimiento de un sistema educativo general, y otro residual –educación especial- para los niños y niñas rechazados por el primero. En este informe se ha puesto el acento en el problema que, desde una perspectiva de derechos humanos, supone segregar al alumnado con discapacidad, si bien debe hacerse hincapié también en que toda posibilidad de satisfacer el derecho a la educación inclusiva de todos los niños y niñas comienza con la adaptación de los centros ordinarios a la diversidad del alumnado. Los casos que aquí se nos han presentado reflejan tal falta de adaptación, y esta hace que muchos padres y madres prefieran la atención brindada en centros de educación especial frente a la situación de total indefensión a la que se ven abocados al tratar, sin éxito, que los centros ordinarios entiendan y se adapten a la situación de sus hijos e hijas. Desde un enfoque de derechos humanos, la meta a perseguir es la de una educación verdaderamente inclusiva, si bien resulta para ello urgente que España adopte medidas legislativas y políticas públicas que garanticen que el sistema educativo general se amolde a las necesidades de todos y todas.

Como se apunta en el informe, el empleo de las medidas sancionadoras estudiadas se da en una situación de total desconocimiento de los trastornos de apego, en particular, y de las discapacidades psicosociales, en general. Esta falta de información y concienciación denota, también, que España infringe la obligación impuesta por la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a los Estados Parte de “sensibilizar a la sociedad [...] para que tome mayor conciencia respecto de las personas con discapacidad y fomentar el respeto de los derechos y la dignidad de estas personas”¹⁷⁶. Este tipo de barreras culturales y actitudinales produce, en muchos casos, situaciones de marginación y estigmatización de niños y niñas con algún tipo de discapacidad en los centros escolares; y consideramos que en el caso de niños y niñas con trastornos de apego esas situaciones de marginación y estigmatización se ven acentuadas por el tipo de medidas sancionadoras empleadas contra ellos.

En definitiva, los niños y las niñas con trastorno de apego vienen siendo víctimas de una vulneración sistemática de su derecho a una educación inclusiva, causada en parte por su expulsión de los espacios educativos –aulas y centros-, o por su marginación y

¹⁷⁶ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 8.

estigmatización dentro de estos. Las medidas sancionadoras en el ámbito educativo deben siempre respetar la dignidad de todos los niños y niñas y fortalecer los objetivos del derecho a la educación, de forma que, si determinadas medidas sancionadoras terminan por limitar este derecho, las mismas no han de resultar admisibles y deberán ser repensadas desde las coordenadas que ofrece el derecho a una educación inclusiva, según, por consiguiente, las necesidades y situaciones que viva cada niño y niña, con el objeto de maximizar el libre desarrollo de su personalidad.

BIBLIOGRAFÍA.

CAMPOY CERVERA, I., *La fundamentación de los derechos de los niños. Modelos de reconocimiento y protección*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 421 y ss.

CAMPOY, I., La construcción de un modelo de derechos humanos para los niños con o sin discapacidad, en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, nº37, 2017, pp.131-165, pp.136-137.

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 13 de diciembre de 2006

Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Observación general núm. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva

Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Informe de la investigación relacionada con España bajo el artículo 6 del Protocolo Facultativo, CRPD/C/20/3, 4 de junio de 2017

Constitución Española de 1978

Constitución de la Organización Mundial de la Salud, Nueva York, 22 de julio de 1946, disponible en https://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf

Código Penal, Art 21

DE ASÍS, R., Sobre discapacidad y derechos, Madrid, Dykinson, 2015, p.16.

DUK, C. El enfoque de educación inclusiva, disponible en:
<https://docplayer.es/77114728-El-enfoque-de-educacion-inclusiva-cynthia-duk-h-1.html>
(consultado por última vez el 17/03/2019).

ECHEITA, G., AINSCOW, M., “La educación inclusiva como derecho. Marco de referencia y pautas de acción para una revolución pendiente”, II Congreso Iberoamericano de Síndrome de Down, organizado por Down España, celebrado en Granada en mayo de 2010, pp. No numeradas

ESCUDERO, J., MARTÍNEZ B., “Educación inclusiva y cambio escolar”, en Revista Iberoamericana de Educación, nº 55, 2011, pp. 85-105.

Fiscalía General del Estado, Dictamen 2/2011, de 1 de enero, por la Fiscal de Sala-Coordinadora de Menores de la Fiscalía General del Estado (“Justicia juvenil. Sobre determinadas cuestiones en relación con la constitución judicial de acogimiento”).

GARCÍA, SOTELO, G.M., *El camino hacia la educación inclusiva de las niñas y niños con discapacidad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, p.53

Lafuente, A. Noticias ONU. España viola el derecho a la educación de los niños con discapacidad. 29 de mayo de 2018. Disponible en:
<https://news.un.org/es/story/2018/05/1434611>

Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE)

Ley Orgánica 2/2007, de 19 de Marzo, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Andalucía, Art. 10

Ley 17/2017, de 10 de diciembre, de Educación en Andalucía, Art. 2

Ministerio de Educación y Formación Profesional. *Estadística de las enseñanzas no universitarias: alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo. Curso 2016-2017*

- PALACIOS, A., *El modelo social de la discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, 2008.

- PARRA DUSSAN, C., “Educación inclusiva: un modelo de diversidad humana” en Revista de Relaciones Internacionales, Estrategia y Seguridad, vol.5 (2), 2010.

PARRILLA LATAS, A., “Acerca del origen y sentido de la educación inclusiva”, *Revista de Educación*, nº 327, 2002, pp. 11-29.

PÉREZ, BELLO, J.I., “El derecho a la educación inclusiva. Análisis de la jurisprudencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas”, *Revista Derecho Privado*. Año III, nº 10, Editorial Infojus, 2015, pp.227-252, p.229.

PETALES (Asociación Ayuda Mutua Trastornos de Apego) España, *¿Qué son los trastornos de vínculo afectivo o Apego?*

PETALES (Asociación Ayuda Mutua Trastornos de Apego) España, *¿Qué es el apego?*

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 2ª), de 13 de febrero de 2014 (21/2014, Recurso de Apelación núm. 340/2013).

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja de 15 de junio de 2004.

Tribunal Constitucional, STC 10/2014, de 27 de enero de 2014, Sala Primera (Recurso de Amparo núm. 6868/2012)

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Çam c. Turquía (23/02/2016) (párr. 53). Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161149>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Leyla Şahin c. Turquía (10/11/2005) (párr. 121). Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70956>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. McIntyre c. Reino Unido (21/10/1998). Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-4441>

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sampanis y otros c. Grecia (05/06/2008). Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=003-2378798-2552166&filename=003-2378798-2552166.pdf>

Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 4ª), de 14 de diciembre de 2017 (1976/2017, Recurso de Casación núm. 2965/2016).

Urizar, Maite. *Vínculo afectivo y sus trastornos*. Bilbao (10 de mayo de 2012).