

Universitat de Barcelona

TREBALL FINAL DEL MÀSTER D'ADVOCACIA

Dictamen Jurídic en matèria de Dret administratiu i, en concret, de Dret de la discapacitat

Curs acadèmic 2018/2019

Dirigit pel Dr. Joaquin Tornos Mas

Estudiant: Anna Grañana i Sancho (NIUB 16491963)

«L'escola inclusiva no és una nova forma d'educació especial destinada als alumnes amb necessitats educatives especials»

Josep M. Jarque i Jutglar

Agraïments

Vull sortir-me'n un moment dels criteris formals del treball final del màster d'advocacia per donar a conèixer què m'ha portat realment a realitzar aquest treball i, en definitiva, a voler dedicar-me a investigar i formar-me en la disciplina del Dret de la discapacitat, transversal a totes les branques jurídiques tradicionals del dret.

Sóc padrina de la **María**, una nena amb discapacitat intel·lectual que fa que s'incrementin les meves ganes de vetllar pels drets de les persones amb discapacitat, demostrant-me que no hi ha límits si una persona vol aconseguir una meta. La seva singularitat és la que construeix una societat diversa amb qui compartir i enriquir el nostre propi aprenentatge.

Tot això, lligat a altres circumstàncies personals, em va conduir a realitzar les pràctiques a l'Institut Municipal de Persones amb Discapacitat de l'Ajuntament de Barcelona, on m'he sentit una més des del primer dia i on he trobat moltes portes obertes per poder materialitzar la meva inquietud envers aquest col·lectiu. En especial, agrair a l'Antoni Galiano, haver-me apropiat encara més a estimar aquesta disciplina jurídica del Dret de la discapacitat i, en especial, per apropar-me al **Santi**, el seu fill, també amb discapacitat, qui em reafirma aquesta necessitat de lluitar per fer efectiu el principi d'igualtat.

D'altra banda, a una de les formacions, a la qual vaig assistir en el marc de les pràctiques sobre inclusió laboral de persones amb discapacitat, vaig conèixer la **Isabel**, mare de l'**Adrià**, nen amb discapacitat intel·lectual. Estic segura que l'acabareu coneixent de ben a prop i sensibilitzant-vos amb la seva situació, ja que és el protagonista d'aquest dictamen jurídic. La **Isabel**, el primer dia que la vaig conèixer, em va explicar el cas educatiu de l'**Adrià** i em va proposar que sigues aquest el supòsit de referència per desenvolupar el meu projecte final de màster.

Per tant, tot i que l'objecte del treball rau en analitzar les vies administratives i contencioses administratives que podem instar per impugnar un acte administratiu que vulnera un dret subjectiu, he intentat posar de manifest els reptes de l'educació inclusiva. Pretenc que, en aquestes pàgines que trobareu a continuació, poguéssiu veure les problemàtiques que, tot i els avanços, encara persisteixen en el nostre sistema educatiu.

I, sobretot, per últim, m'agradaria que la part processal pugui servir de guia per a altres famílies amb nens i nenes amb discapacitat que, com la **María**, el **Santi** o l'**Adrià**, volen lluitar per a que els drets dels seus fills estiguin al mateix nivell que els de tots els nens i nenes de la nostra societat.

Acabaré, per tant, agraint sobretot a la **María**, el **Santi** i l'**Adrià** la seva visió cap a la vida i tot el que em transmeten, però també a tots els que m'han ajudat a nodrir aquest treball amb arguments tant substantius com processals; arguments que espero millorar i ampliar amb el temps.

ÍNDIX

SUPÒSIT DE FET	4
1. Exposició dels antecedents de fet	4
2. Documentació	5
2.1 Documentació que disposem.....	5
2.2. Documentació que ens manca	6
3. Qüestions que se'ns plantegen	6
3.1 Qüestions substantives	6
3.2 Qüestions processals	6
ANÀLISI JURÍDIC	7
1. Fonts aplicables al cas	7
1.1. Normativa aplicable	7
1.2. Jurisprudència aplicable	10
2. Anàlisi del cas	11
2.1. Elements preliminars. Qüestions substantives	11
2.1.1. El dret a l'educació inclusiva: abast i configuració	11
2.1.2. Ajustos raonables per fer efectiu el dret a l'educació inclusiva.....	13
2.1.3. Què impliquen, <i>de facto</i> , les adaptacions curriculars significatives	14
2.2. Valoració de les qüestions plantejades	16
2.2.1. Estat de la qüestió	16
2.2.2 Denegació del graduat escolar havent superat els quatre cursos d'ESO. Impugnació en via administrativa.....	17
2.2.2.1 <i>Impugnació de les qualificacions acadèmiques (historial acadèmic)</i> <i>directament davant el Consorci d'Educació de Barcelona</i>	17
2.2.3 Possibilitat de recórrer a la via judicial davant la desestimació del recurs en via administrativa.....	24
2.2.4 Recurs extraordinari de cassació davant la desestimació del recurs ordinari o especial de protecció de drets fonamentals en via contenciosa administrativa. Especial atenció a l'interès cassacional objectiu	32
2.2.5 Altres vies d'actuació: (i) Recurs d'empara davant el Tribunal Constitucional. (ii) Queixa davant el Síndic de Greuges de Catalunya (iii) Iniciativa Legislativa Popular	34
CONCLUSIONS	37
DICTAMEN JURÍDIC	39
BIBLIOGRAFIA	41

SUPÒSIT DE FET

1. Exposició dels antecedents de fet

En l'exposició antecedents de fet es descriuen les etapes educatives de l'Adrià, les quals, analitzades des d'un punt de vista jurídic, ens porten a plantejar-nos diverses qüestions relatives al Dret administratiu. A més, cal prendre en consideració conceptes del Dret de la discapacitat com són: educació inclusiva, ajustos raonables, igualtat d'oportunitats, no discriminació o adaptació curricular significativa i també, cal atendre al Dret internacional, amb la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat.

PRIMER. – L'Adrià és un noi de 20 anys diagnosticat, al seu naixement, amb Síndrome de Down (amb grau del 65%). Viu al barri de Vallvidrera, a Barcelona, amb la seva mare (Isabel) i el seu germà petit (Joan). La Isabel i el seu marit es van divorciar quan els seus fills tenien 3 i 5 anys. Actualment, viuen tots tres al domicili familiar, en virtut del dret a l'habitatge familiar conferit a favor de la Isabel en la sentència de demanda de divorci contenciós.

Com és sabut, la persona que té Síndrome de Down es caracteritza per tenir un grau variable de discapacitat intel·lectual i uns trets físics diferenciadors; afegit a un risc superior de patir malalties de cor, sistema digestiu o endocrí. No obstant el diagnòstic, tot i la necessitat d'un aprenentatge i dedicació reforçada per part d'educadors i famílies, la visió de futur s'equipara a les de la població general, però cal, per a que sigui possible, un reconeixement i una garantia total dels seus drets subjectius.

SEGON. – La Isabel, des que l'Adrià és petit, fa tot el possible per a què sigui inclòs a la societat i pugui seguir els mateixos passos que la resta de nens de la seva edat. Quan l'Adrià compleix 3 anys, moment en què ha de començar l'educació infantil, l'inscriuen a l'escola pública «Nabí». Allà hi anirà als matins i dues tardes anirà a «l'escola d'educació especial Taiga». A l'escola pública ordinària («Nabí») rebrà el suport d'un professional de la fundació ASPASIM, amb el finançament del Departament d'Ensenyament de la Generalitat de Catalunya. La fundació és una entitat sense ànim de lucre que té per objectiu la integració, inclusió, assistència, rehabilitació i atenció integral personalitzada i de qualitat de les persones amb discapacitat intel·lectual greu en tots els àmbits vitals.

TERCER. – L'Adrià cursa els estudis d'educació infantil sense cap problema, però en el moment que ha de començar els estudis d'educació primària, l'Equip d'Assessorament Psicopedagògic (en endavant EAP) emet un dictamen considerant que s'hauria d'invertir l'ordre del sistema educatiu establert per l'Adrià. Així, als matins aniria a «l'escola d'educació especial Taiga» i a les tardes, a l'escola «Nabí».

La Isabel mai rep el dictamen de l'EAP per escrit. Aquesta decisió se li comunica en una reunió de l'escola.

La Isabel es nega a acceptar aquesta decisió i, immediatament, redacta una carta a la inspecció educativa (abans no hi havia el consorci d'educació) i temps després, li donen la raó. L'Adrià continuaria els seus estudis d'educació primària a l'escola «Nabí» de Vallvidrera, amb el suport de la Fundació ASPASIM i finançat pel Departament d'Ensenyament de la Generalitat de Catalunya.

QUART. – En el trànsit de l'educació primària a l'Educació Secundària Obligatòria (en endavant, ESO), l'EAP torna a pronunciar-se i insisteix amb la necessitat que l'Adrià cursi aquests estudis a l'escola d'educació especial, en concret, a una escola del barri de Lesseps de Barcelona. De nou, la Isabel, s'oposa i inscriu al seu fill a l'escola pública ordinària més propera al domicili familiar, l'escola «Costa i Llobera». Els tres primers cursos, seguirà rebent suport de la fundació ASPASIM. L'últim curs, li prestarà els suport «Sant Joan de la Creu».

CINQUÈ. – L'Adrià supera tots els cursos amb èxit. La directora de l'escola li diu a la Isabel que l'Adrià ha assolit els objectius d'acord amb les seves capacitats, però això no significa que puguin atorgar-li el graduat escolar, ja que el seu currículum educatiu ha estat «significativament adaptat» i, d'atorgar-li, li estarien tancant les portes a una formació professional bàsica; la qual creuen, des del centre, que és la millor opció. La Isabel accepta la decisió i l'Adrià comença a l'escola «Taiga» quatre cursos de formació prelaboral, sense haver obtingut prèviament la titulació de l'ESO.

SISÈ. – En acabar l'ESO a l'escola «Costa i Llobera» li confirmen que, un cop superats els quatre cursos a «l'escola d'educació especial Taiga», li atorgaran la titulació, però ara, un cop finalitzats els estudis, miren cap a un altre costat.

La Isabel té una gran preocupació amb el sistema d'educació inclusiva. Considera que queden molts problemes per resoldre, no només envers al seu fill, sinó per totes les famílies que venen al darrere. Les famílies es troben en situacions complicades i amb molta pressió. En nombroses situacions, les forces són escasses per arribar a instàncies judicials i que els drets dels seus fills queden totalment garantits. Assegura que els recursos són insuficients i l'operativitat educativa no és la correcta.

2. Documentació

Un cop plantejat el cas, per poder estudiar-lo amb detall i realitzar un anàlisi ajustat a dret, es procedeix a requerir a la clienta, en aquest cas, la Isabel, un seguit de documentació.

2.1 Documentació que disposem

Per part de la Isabel, disposem de la següent documentació:

- Resolució de reconeixement del grau de discapacitat.
- Certificat de l'escola «Nabí» conforme l'Adrià ha cursat els estudis d'educació infantil i primària al centre de Vallvidrera amb núm. de registre 1083/11.

- Historial acadèmic i butlletí de notes dels quatre cursos d'Educació Secundària que l'Adrià va cursar a l'escola «Costa i Llobera».
- Informe de suport de l'escola «Costa i Llobera» un cop cursats el quatre cursos d'Educació Secundària.
- Pla Individualitzat del curs 2012/2013 a l'escola «Costa i Llobera».
- Informe escolar del segon cicle d'Educació Secundària (curs 2017/2018) a «l'escola d'educació especial Taiga».

2.2. Documentació que ens manca

La majoria d'actes administratius de rellevància són verbals i la Isabel no disposa de quasi cap acte exprés que permeti iniciar un procediment en via administrativa o contenciosa administrativa.

En aquest cas concret, resultaria essencial obtenir els informes i dictàmens de l'EAP i del Departament d'Ensenyament que motiven el pas d'una escola ordinària a una escola d'educació especial. Així podríem comprovar quins arguments utilitza l'Administració i si s'ajusten a l'exigència de procurar una educació inclusiva. Tanmateix, l'informe final d'avaluació i de valoració psicopedagògica de l'ESO, per veure quins coneixements ha adquirit d'Adrià i quins ajustos li han estat prestant per assolir les màximes competències durant l'etapa de l'Educació Secundària.

Per últim, seria interessant tenir tots els plans individualitzats de l'Adrià signats per la seva mare i no només el del curs 2012/2013. Això ens ajudaria a discernir quins tipus d'adaptacions s'han realitzat i si han estat, vertaderament, significatives.

3. Qüestions que se'ns plantegen

3.1 Qüestions substantives

Les qüestions substantives són de gran rellevància per entendre l'estat de la qüestió. Entendre els conceptes claus per l'estudi del cas i saber traslladar-li al client de la forma més entenedora possible, fan que, posteriorment, abordem la part processal de forma més exacta i professional. A més, el client entendreà, des del primer moment, quins drets li són reconeguts i fins on podem arribar.

- El dret a l'educació inclusiva i el seu abast.
- L'obligació de fer efectius els ajustos raonables per part de les Administracions públiques.
- Què impliquen les adaptacions curriculars significatives.

3.2 Qüestions processals

Plantejades les qüestions substantives és hora d'abordar les possibilitats processals. En definitiva, conèixer quins procediments podem instar per l'efectiu reconeixement del dret de l'Adrià a obtenir la titulació d'ESO en igualtat de condicions als seus

companys. Analitzar com es pot fer efectiu el dret a l'educació inclusiva i tot el que aquest dret porta inherent.

- Procediments de Dret administratiu que es poden iniciar pel compliment del dret que té l'Adrià a obtenir el graduat escolar. Possibles actuacions en via administrativa i contenciosa administrativa.
- Possibilitat d'interposar un recurs de cassació havent esgotat totes les actuacions prèvies.
- Altres possibles actuacions jurídiques pel reconeixement del dret: iniciativa legislativa popular i qüestió d'inconstitucionalitat.

ANÀLISI JURÍDIC

1. Fonts aplicables al cas

1.1. Normativa aplicable

- *Internacional*

Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat, Nova York, 13 de desembre de 2006, Sèrie de Tractats de les Nacions Unides, vol. 2515, Núm. 44910, pàg. 3. [Consulta: 16/11/2018]. Disponible a: <goo.gl/7BsQD2>.

Comitè sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat (CDPD). Observació general N° 2 (2014) Accessibilitat (article 9), 11 abril 2014, CRPD/C/GC/2 [Consulta: 18/10/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/rkdf4a>>

Comitè sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat (CDPD). Observació general N° 1 (2014) Igual reconeixement com a persona davant la llei (article 12), 19 maig 2014, CRPD/C/GC/1 [Consulta: 18/10/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/dCtkZ2>>.

Comitè sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat (CDPD). Observació general N° 4 (2016) Dret a l'educació inclusiva (article 24), 25 novembre 2016, CRPD /C/GC/4 [Consulta: 18/10/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/CyJtaV>>.

Comitè sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat (CDPD). Informe de la investigació relacionada amb Espanya sota l'article 6 del protocol facultatiu (2017), 4 juny 2017, CRPD/C/20/[Consulta: 18/10/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/eNSVyf>>.

- *Nacional*

Espanya. Constitució Espanyola, de 29 de desembre de 1978. (BOE [en línia], núm. 311, A-1978-31229, pàg. 249-259). [Consulta: 12/10/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/75hx76>>.

Espanya. Llei Orgànica 2/1979, de 3 d'octubre, del Tribunal Constitucional. (BOE [en línia], de 5 de octubre de 1979, núm. 239, A-1979-23709, pàg. 23186-23195). [Consulta: 12/10/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/u63HxV>>.

Espanya. Llei Orgànica 3/1984, de 26 de març, reguladora de la iniciativa legislativa popular. (BOE [en línia], de 27 de març de 1984, núm. 74, A-1984-7249, pàg. 8387-8389). [Consulta: 23/11/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/m9QGiY>>.

Espanya. Llei Orgànica 5/1985, de 19 de juny, del Règim Electoral General. (BOE [en línia], de 21 de juny de 1985, núm. 147, A-1985-11672, pàg. 19110-19134). [Consulta: 24/11/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/u63HxV>>.

Espanya. Llei Orgànica 2/2006, de 3 de maig, d'educació. (BOE [en línia], de 4 de maig de 2006, núm. 196, A-2006-7899, pàg. 17158-17207). [Consulta: 12/10/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/S6bkKu>>.

Espanya. Llei 62/1978, de 26 de desembre, de protecció jurisdiccional dels drets fonamentals de la persona. (BOE [en línia], núm. 3, A-1979-88, pàg. 76-78). [Consulta: 12/11/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/Z68a9g>>.

Espanya. Llei 1/2000, de 7 de gener, d'Enjudiciament Civil. (BOE [en línia], de 8 de gener de 2000, núm. 7, A-2000-323, pàg. 575-728). [Consulta: 17/11/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/gFozmy>>.

Espanya. Llei 25/2014, de 28 de novembre, de Tractats Internacionals i altres Acords Internacionals. (BOE [en línia], núm. 288, A-2014-12326, pàg. 96841-96859). [Consulta: 21/11/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/ER4RVW>>.

Espanya. Llei 15/2015, de 2 de juliol, de la Jurisdicció Voluntària. (BOE [en línia], núm. 158, A-2015-7391, pàg. 54068-54201). [Consulta: 12/10/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/ygVu4n>>.

Espanya. Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques. (BOE [en línia], núm. 236, A-2015-10565, pàg. 89343-89410). [Consulta: 12/10/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/FMGErd>>.

Espanya. Llei 40/2015, d'1 d'octubre, del règim jurídic del sector públic. (BOE [en línia], núm. 236, A-2015-10566, pàg. 89411-89530). [Consulta: 12/10/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/AWXCGd>>.

Espanya. Reial Decret de 24 de juliol de 1889 pel qual es publica el Codi Civil. BOE [en línia], de 25 de juliol de 1889, núm. 206). [Consulta 30/10/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/K7nuCX>>.

Espanya. Reial Decret Legislatiu 1/2013, de 29 de novembre, pel qual s'aprova el Text Refós de la Llei General de Drets de las Persones amb Discapacitat i de la seva inclusió

social. (BOE [en línia], de 3 de desembre de 2013, núm. 289). [Consulta 12/10/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/cqsZ8z>>.

Espanya. Reial Decret 1105/2014, de 26 de desembre, pel qual s'estableix el currículum bàsic de l'Educació Secundària Obligatòria i del batxillerat. (BOE [en línia], de 3 de gener de 2015, núm. 3). [Consulta 12/10/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/7Eb9ca>>.

Espanya. Reial Decret 310/2016, de 29 de juliol, pel qual es regulen les avaluacions finals d'Educació Secundària Obligatòria i batxillerat. (BOE [en línia], de 30 de juliol de 2016, núm. 183). [Consulta 30/10/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/BU1dv8>>.

- *Autonòmica*

Catalunya. Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa. (BOE [en línia], de 14 de juliol de 1998, núm. 167). [Consulta 2/11/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/bSo1J4>>.

Catalunya. Llei 1/2006, de 16 de febrer, de la iniciativa legislativa popular. (DOGC [en línia], de 23 de febrer de 2006, núm. 4579). [Consulta 23/11/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/SJpCjs>>.

Catalunya. Llei 24/2009, de 23 de desembre, del Síndic de Greuges. (DOGC [en línia], de 30 de desembre de 2009, núm. 5536). [Consulta 28/11/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/fD9pHB>>.

Catalunya. Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats de la infància i l'adolescència. (DOGC [en línia], de 2 de juliol de 2010, núm. 5641). [Consulta 29/10/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/YCrmGL>>.

Catalunya. Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi Civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família. (DOGC [en línia], de 5 d'agost de 2010, núm. 5686). [Consulta 29/10/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/SmQWJu>>.

Catalunya. Decret 60/1997, de 4 de març, de creació i regulació del Registre de títols acadèmics i professionals no universitaris de Catalunya. (DOGC [en línia], de 17 de març de 1997, núm. 2352). [Consulta 29/10/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/o6m3H4>>.

Catalunya. Decret 84/2002, de 5 de febrer, que aprova la Constitució del Consorci d'Educació de Barcelona, l'aprovació dels seus estatuts, la seva estructura bàsica de funcionament i l'organització. (DOGC [en línia], de 14 de març de 2002, núm. 3595). [Consulta 22/10/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/U6233H>>.

Catalunya. Decret 306/2006, de 20 de juliol, pel qual es dóna publicitat a la Llei Orgànica 6/2006, de 19 de juliol, de reforma de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya.

(DOGC [en línia], de 20 de juliol de 2006, núm. 4680). [Consulta 23/11/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/GSbuED>>.

Catalunya. Decret 150/2017, de 17 d'octubre, de l'atenció educativa a l'alumnat en el marc d'un sistema educatiu inclusiu. (DOGC [en línia], de 19 d'octubre de 2017, núm. 7477). [Consulta 12/10/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/4y5AuK>>.

Catalunya. ORDRE ENS/108/2018, de 4 de juliol, per la qual es determinen el procediment, els documents i els requisits formals del procés d'avaluació a l'educació secundària obligatòria. (DOGC [en línia], de 9 de juliol de 2018, núm. 7659). [Consulta 22/10/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/C6UmyC>>.

- **Local**

Barcelona. Llei 22/1998, de 30 de desembre, de la Carta Municipal de Barcelona. (BOE [en línia], de 2 de febrer de 1999, núm. 28). [Consulta 22/10/2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/RZCR87>>.

1.2. Jurisprudència aplicable

- **Sentències Tribunal Constitucional**

Espanya. Tribunal Constitucional (Sala 1^a). Sentència núm. 10/2014, de 27 de gener de 2014 (recurs 6868/2012).

Espanya. Tribunal Constitucional. Sentència núm. 52/2014, de 10 d'abril de 2014 (qüestió d'inconstitucionalitat 2918/2005).

Espanya. Tribunal Constitucional. Sentència núm. 2415/2016, de 28 de novembre de 2016 (recurs 1624/2015).

- **Sentències Tribunal Suprem**

Espanya. Tribunal Suprem (Sala 2^a, de penal). Sentència núm. 79/2017, de 10 de febrer de 2017 (recurs de cassació 1259/2016).

Espanya. Tribunal Suprem (Sala del contenciós administratiu, secció 7^a). Sentència núm. 5320/2008, de 23 de maig de 2008 (recurs de cassació 3016/2006).

Espanya. Tribunal Suprem (Sala 3^a del contenciós administratiu). Sentència núm. 1320/2007, de 21 de desembre de 2007 (recurs de cassació 7686/2005).

Espanya. Tribunal Suprem (Sala 3^a del contenciós administratiu). Sentència núm. 1976/2017, de 14 de desembre de 2017 (recurs de cassació 2965/2016).

- *Altres decisions judicials*

Aragó. Tribunal Superior de Justícia d'Aragón. Interlocutòria 13/2015, de 15 de setembre de 2015 (procediment especial de drets fonamentals 174/2015).

2. Anàlisi del cas

2.1. Elements preliminars. Qüestions substantives

2.1.1. El dret a l'educació inclusiva: abast i configuració

L'educació és un dret humà universal que ha d'enfortir el respecte pels drets humans i llibertats fonamentals i ha de garantir la igualtat d'oportunitats sobre la base del principi de no discriminació. Així se'n deriva de l'article 26 de la Declaració Universal de Drets Humans (en endavant DUDH), de l'article 13 del Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals (en endavant PIDESC) i de l'article 29 de la Convenció de Drets de l'Infant (en endavant CDI). No obstant, cobra una especial rellevància l'article 24 de la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat (en endavant CDPD), l'Observació General número 4 al mencionat article i l'informe de la investigació del Comitè de drets de les persones amb discapacitat (en endavant, Comitè) sota l'empara de l'article 6 del protocol facultatiu.

Atendre a aquestes disposicions és essencial per conèixer l'abast del dret a l'educació inclusiva que promulga la CDPD i, per tant, per saber quines obligacions es traslladen als poders públics pel compliment efectiu del dret.

A partir de la segona meitat del segle XX, sorgeix el model social i de drets de la discapacitat, deixant enrere el model mèdic rehabilitador. Aquest concep a la persona amb discapacitat com a subjecte de drets i obligacions i el valora per les seves capacitats i diversitat.

ALONSO PERREÑO subscriu que des del moment que un dret no arriba a tots, no es pot parlar d'inclusió, sinó que parlem d'integració. Afirmar que ha de ser l'escola qui s'adapti a l'alumne/a segons la seva diversitat i no aquest/a a l'escola¹. Per tant, l'educació, per a que sigui efectiva, ha de ser inclusiva. De no ser així, no estem garantint la igualtat de totes les persones i l'accessibilitat universal en tots els àmbits de la vida. A més, amb l'afegit que, en aquest cas, es tracta de menors i, per tant, de no garantir-la, ens podríem veure sotmesos a una doble discriminació: 1) menor i 2) amb discapacitat.

¹ Vid. ALONSO PERREÑO, María José. El derecho a la educación inclusiva en la legislación española. A: MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio (Dir.), HEREDIA SÁNCHEZ, Lerdys (Coord.). *Nuevos horizontes en el Derecho de la discapacidad: hacia un derecho inclusivo*. Pamplona: Aranzadi, 2018, pàg. 143. ISBN 978-84-9177-986-5.

El text internacional sobre el drets de les persones amb discapacitat concreta i desenvolupa les seves exigències envers l'educació inclusiva amb èxit, però l'aplicació de la mateixa per part dels estats i la posada a disposició dels mitjans necessaris, continua dèbil i insuficient. La falta de divulgació, la por a la diversitat i al canvi i els estereotips i imposicions socials, fan que el model d'integració persisteixi davant el d'inclusió. És necessària una voluntat política de canvi de paradigma, de lluita per les capacitats i pel desenvolupament de coneixements tècnics en la matèria. Per aquest motiu, s'ha de millorar i treballar cap a la creació de polítiques públiques de finançament i implementació d'ajustos raonables, els quals han de ser prioritaris i gratuïts.

En definitiva, els drets humans són indivisibles i interdependents i per aquest motiu, el dret a l'educació només es pot complir si existeixen altres drets i aquests altres només seran efectius si existeix l'educació. És innegable la connexió de l'educació amb altres drets com la igualtat i la millora de les condicions de vida, ja que aquests són els principis que l'inspiren i el configuren com un dret social i humà de tots i totes i per a tots i totes².

La CDPD va ser ratificada per Espanya i va entrar en vigor al maig de 2008. No obstant això, ni el Tribunal Suprem ni el Tribunal Constitucional s'havien pronunciat sobre el dret a l'educació inclusiva – com a dret fonamental – abans de la sentència del Tribunal Suprem, de 14 de desembre de 2017 (STS 1976/2017, recurs de cassació 2965/2016), la qual marca un abans i un després dintre l'educació inclusiva. La sentència parteix de la premissa que, davant un conflicte de normes, prevaldran les disposicions de la CDPD. Reconeix l'educació inclusiva com un dret fonamental i, per tant, com a un dret subjectiu de la persona en sí mateixa considerada. I això, jurídicament, comporta un ventall més gran de mecanismes de defensa.

El Tribunal Suprem afirma que, per garantir la igualtat efectiva i la no discriminació en l'exercici de l'educació inclusiva dels alumnes amb discapacitat o trastorns greus de conducta, han de regir els principis de normalització i inclusió i, molt important, matisa: «tant per l'accés com en la permanència al sistema educatiu». Amb això el que es pretén és que no s'acabi el dret un cop s'aconsegueix accedir a l'escola ordinària, sinó que s'ha de preservar al llarg de tota l'etapa educativa, realitzant un seguiment i fent els ajustos raonables i necessaris; amb la finalitat d'aconseguir un sistema educatiu inclusiu a tots els nivells. Tanmateix, exigeix motivació per part de l'Administració en les seves resolucions, cal que esgotin esforços i motiven el perquè de les seves decisions.

A l'Estat espanyol trobem dos lleis claus en matèria d'educació. D'un costat, el Reial Decret Legislatiu 1/2013, de 29 de novembre, *pel qual s'aprova el text refós de la Llei General de Drets de les persones amb Discapacitat* (en endavant, LGDPD) i de l'altre, la Llei Orgànica 2/2006, de 3 de maig, *d'educació* (en endavant, LOE). Ambdós

² Vid. APARICIO PÉREZ, Miguel A., BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè. *Manual de Dret constitucional*. Barcelona: Atelier, 2012, pàg. 787. ISBN 978-84-92788-92-7.

reconeixen l'educació inclusiva dels/de les alumnes amb discapacitat, però estableixen una excepció a la regla general als articles 18 i 74, respectivament; ja que consideren que l'escolarització en centres d'educació especial només es podrà dur a terme quan les necessitats no puguin ser ateses en el marc d'atenció a la diversitat dels centres ordinaris.

El més gran avenç normatiu inclusiu l'ha fet Catalunya amb l'aprovació del Decret 150/2017, de 17 d'octubre, *de l'atenció educativa a l'alumnat en el marc d'un sistema educatiu inclusiu* (en endavant, Decret 150/2017). El canvi que genera més interès és la designació que confereix als centres d'educació especial com a proveïdors de serveis i recursos. Arrel d'aquest nou model educatiu deixa enrere el concepte d'integració i s'endinsa en el concepte d'inclusió. Es pretén que els centres d'educació especial i els centres d'educació ordinaris treballin en xarxa i siguin ambdós els proveïdors de serveis i recursos. A més, no pretén que només ho siguin els agents educatius, sinó que tots els serveis de l'entorn educatiu – com socioculturals o sociosanitaris – treballin integrats en aquesta xarxa.

2.1.2. Ajustos raonables per fer efectiu el dret a l'educació inclusiva

L'article segon de la CDPD defineix els «ajustos raonables» com «les modificacions i adaptacions necessàries i adequades que es requereixen en un cas particular; amb la finalitat garantir a les persones amb discapacitat l'exercici en igualtat de condicions que la resta de tots els drets humans i llibertats fonamentals, però sense que imposin una càrrega desproporcionada o indeguda». A més, la CDPD també entén que la discriminació per motius de discapacitat inclou, entre d'altres, «la denegació d'ajustos raonables»³. En aquest sentit, la no cobertura dels mateixos suposaria una vulneració del dret a l'educació relacionat amb el dret a la no discriminació.

El Comitè ha tingut l'ocasió d'incidir i desenvolupar més detalladament el concepte d'ajust raonable. En aquest sentit, estableix que l'obligació de proporcionar ajustos raonables és *ex nunc*, a diferència de l'obligació de proporcionar accessibilitat que és *ex ante*⁴. Això significa que mentre l'obligació de proporcionar accessibilitat neix abans de rebre qualsevol petició individual, l'obligació de proporcionar ajustos vindrà condicionada a l'exigència d'un persona concreta en una situació determinada.

El concepte de «raonables» és ampli i interpretable. El Comitè considera que es requereix d'un «anàlisi de rellevància de l'eficàcia de l'ajust i de l'objectiu que s'espera per combatre la discriminació». Especialment important és el matís que incorpora sobre els ajustos en educació, ja que considera que el sistema educatiu no pot oferir una visió única, ja que cada alumne en qüestió necessita suports diferents.

³ Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat, Nova York, 13 de desembre de 2006, Sèrie de Tractats de les Nacions Unides, vol. 2515, Núm. 44910, pàg. 3.

⁴ Comitè sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat (CDPD). Observació general N° 2 (2014) Accessibilitat (article 9), 11 abril 2014, CRPD/C/GC/2 [Consulta: 18/10/2018]. Disponible a: <<https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crpd/pages/gc.aspx>>.

És necessari articular comunicacions amb els operadors del sistema educatiu, com són els pares, professors, directores d'escola, cuidadors i, especialment, amb els/les mateixos/es alumnes⁵.

S'ha de posar atenció en determinar com ponderar si un ajust raonable és proporcional o no. Com hem apuntat anteriorment, la sentència del Tribunal Suprem, de 14 de desembre de 2017, estableix que la regla general serà la educació inclusiva dels/de les alumnes amb discapacitat en un centre ordinari, a no ser que els ajustos que això impliqui siguin realment desproporcionats. En paraules de la CDPD, «que no impliqui una carrega indeguda».

El Comitè assenjala que els estats tenen l'obligació de proporcionar accés al recolzament per l'exercici efectiu del dret i aquest no es podrà limitar al·legant que constitueix una càrrega desproporcionada o indeguda. No obstant, els ajustos raonables que s'han d'impulsar per aconseguir aquest recolzament, en alguns casos, poden resultar desproporcionats o indeguts i podrien exceptuar la seva persecució. És fonamental entendre el concepte de proporcionalitat i atendre a la seva doctrina més específica sobre l'abast dels mateixos.

Per poder saber si un ajust resulta proporcionat o no, es requereix un ampli marge de valoració, les raons han d'estar fonamentades i l'argumentació s'ha de basar en una confluència de drets. RAFAEL DE ASÍS, afirma que la proporcionalitat suposa: «i) examinar si els bens que sacrifiquen l'ajust poden ser satisfets amb altres mesures o prohibint l'ajust, ii) avaluar si hi ha mesures (ajustos) millors, iii) comparar les avantatges i desavantatges d'una i altra»⁶. No podem oblidar que el que estem fent és ponderar drets i no tot pot jugar a favor d'una excepció per desproporcionalitat.

2.1.3. Què impliquen, *de facto*, les adaptacions curriculars significatives

Actualment, i d'acord amb les exigències legals, als/a les alumnes que tenen necessitats educatives especials, se'ls hi adapta el currículum amb la finalitat que puguin seguir els continguts d'acord amb els seves capacitats i amb els companys/es de la seva edat. També s'adapta el currículum en altres situacions com és el cas d'aquelles persones que requereixen d'una atenció educativa diferent a l'ordinària, per exemple, nouvinguts, alumnes amb trastorn i dèficit d'atenció, alumnes amb altes capacitats, entre d'altres⁷.

⁵ Comitè sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat (CDPD). Observació general N° 4 (2016) Dret a l'educació inclusiva (article 24), 25 novembre 2016, CRPD /C/GC/4 [Consulta: 18/10/2018]. Disponible a: < <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crpd/pages/gc.aspx>>.

⁶ Vid. DE ASÍS ROIG, Rafael. El contenido del derecho a la accesibilidad universal: diseño, medidas, ajustes, apoyos, asistencia y acciones positivas. A: Martínez Pujalte, Antonio (Dir.), Heredia Sánchez, Lerdy (Coord.). *Nuevos Horizontes en el Derecho de la Discapacidad: Hacia un Derecho Inclusivo*. Pamplona: Aranzadi, 2018, pàg. 129. ISBN 978-84-9177-986-5.

⁷ Dintre el llenguatge educatiu – i així és com ens referirem d'ara en endavant – és el que es coneix per alumnes amb necessitats educatives especials (ACNEE) front els alumnes amb necessitats específiques de recolzament educatiu (ACNEAE).

No obstant això, l'adaptació, en nombroses ocasions, és diferent per uns i altres i, tanmateix, comporta conseqüències diferents (hem de tenir en compte que les conseqüències d'aquestes adaptacions curriculars – ja siguin significatives o metodològiques – són situacions *de facto* que, en cap cas, es troben regulades específicament a la norma). Per explicar-ho d'una forma més gràfica, indicarem els trets diferenciadors en la taula següent⁸

Adaptació curricular significativa	Adaptació curricular no significativa o metodològica
<ol style="list-style-type: none"> 1) Mesura extraordinària d'atenció a la diversitat. 2) Modificació substancial dels objectius, continguts, criteris d'avaluació, estàndards d'aprenentatge, etc. Es proposen elements d'un curs diferent al que es troba escolaritzat (normalment, implica dos cursos de diferència). 3) Només és aplicable si hi ha una avaluació psicopedagògica prèvia i un dictamen d'escolarització de l'EAP. 4) Només pels ACNEE. 5) Es qualifica segons la seva adaptació curricular i s'assenyala amb un (*) a la qualificació⁹. 6) No s'obté el títol d'ESO si no es supera l'avaluació final ordinària. (Si no tens l'adaptació en totes les àrees cabria la possibilitat d'obtenir-lo). 	<ol style="list-style-type: none"> 1) Mesura ordinària d'atenció a la diversitat. 2) No afecta a objectius ni contingut, només a aspectes metodològics. 3) No requereix de dictamen ni informe. 4) Normalment, per alumnes ACNEAE (o alumnes ACNEE, però amb una discapacitat física o sensorial). 5) Es qualifica segons el currículum en curs. 6) S'obté el títol d'ESO.

Una de les qüestions substantives més importants del cas i que aglutina els conceptes anteriorment exposats és la situació pràctica i normativa de l'atorgament de la titulació d'ESO d'un alumne/a amb discapacitat i sobretot, amb discapacitat psíquica (no tant amb discapacitat física o sensorial), lligat a aquesta adaptació curricular significativa o no.

Ha quedat clar amb l'argument que hem sostingut fins ara que, en matèria d'educació, hi ha molts temes que generen debat i sobre els quals és necessari plantejar solucions. Les exigències que ens trasllada la CDPD no es compleixen unànimement

⁸ Vid. JARQUE GARCÍA, J. (21 de març de 2017). Diferencia entre adaptació curricular significativa y metodològica [post]. Recuperat de: <<https://goo.gl/7ixpz9>>.

⁹ Annex 3 de l'ORDRE ENS/108/2018, de 4 de juliol, per la qual es determinen el procediment, els documents i els requisits formals del procés d'avaluació a l'educació secundària obligatòria.

pels estats i això, sumat a l'enorme desplegament normatiu de la matèria com a conseqüència de la delegació de competències en educació, ens porta a enfrontar-nos a un marc normatiu confós i no cohesionat.

Sembla que, com hem dit anteriorment, Catalunya és qui més s'ha apropiat a l'hora de fer complir el mandat internacional amb el Decret 150/2017, però queda molt camí per recórrer. Si bé és cert que el text legislatiu deixa clar que la regla general sempre serà l'escola d'educació inclusiva – sens perjudici de la decisió dels pares, mares o tutors legals – i manifesta que l'oferta de la formació i els itineraris educatius dels/de les alumnes hauran de ser personalitzats i flexibles segons les seves necessitats, perd l'oportunitat i continua deixant un buit legal pel que fa a la titulació de l'ESO en alumnes amb discapacitat. Tampoc se'n parla a la LOE ni al Decret 187/2015, de 25 d'agost, *d'ordenació dels ensenyaments de l'Educació Secundària Obligatòria* (en endavant, Decret d'ordenació d'ESO).

2.2. Valoració de les qüestions plantejades

2.2.1. Estat de la qüestió

L'Adrià supera els quatre cursos d'ESO en la modalitat d'educació inclusiva, és a dir, va a una escola ordinària i assisteix a classe amb els/les alumnes de la seva promoció, tot i que té un pla individualitzat d'estudis en funció de la seva discapacitat.

Un cop finalitza els estudis, no li atorguen la titulació i simplement li donen un informe de suport on li recomanen seguir la seva formació en una escola especial de formació prelaboral. A més, a l'historial acadèmic de l'Adrià i al butlletí final de qualificacions trobem marcada la casella del «NO» darrere l'afirmació de «proposta d'expedició del títol de graduat en educació secundària obligatòria».

Si atenem a la normativa d'educació, efectivament, no es diu res sobre l'atorgament de la titulació d'ESO als/a les alumnes amb discapacitat que tenen una adaptació curricular significativa, però *de facto* no se'ls hi atorga i se'ls deriva/recomana una formació prelaboral bàsica especial (en definitiva, ens explica la Isabel, que es tracten d'uns tallers ocupacionals de jardineria, informàtica, hostaleria, etc.). Tampoc s'especifica en cap disposició fins on arriba el concepte de «significativa» ni hi ha jurisprudència al respecte, per tant, l'hem d'entendre com un concepte jurídic indeterminat.

En conclusió, val a dir que hi ha un buit legal sobre aquest tema que comporta una vulneració del dret a l'educació inclusiva i que va en contra dels principis d'igualtat i no discriminació.

Arribats a aquest punt, la mare de l'Adrià, s'adreça a nosaltres per a que l'informem de les actuacions que pot dur a terme per aconseguir el títol de graduat escolar que entén, després d'haver cursat els quatre cursos d'ESO i havent-los aprovat, es mereix el seu fill.

2.2.2 Denegació del graduat escolar havent superat els quatre cursos d'ESO. Impugnació en via administrativa

2.2.2.1 Impugnació de les qualificacions acadèmiques (historial acadèmic) directament davant el Consorci d'Educació de Barcelona

L'acte administratiu on s'indica que l'Adrià no obté el títol de l'ESO, tot i tenir totes les assignatures aprovades, és l'historial acadèmic que emet el Consorci d'educació de Barcelona en el sí de les seves facultats. Per tant, si nosaltres volguéssim recórrer l'acte en qüestió per la via administrativa, d'acord amb l'article 6 del Decret 84/2002, de 5 de febrer, *de constitució del Consorci d'Educació de Barcelona, hauríem de recórrer l'acte davant el Consell de direcció.*

Els recursos administratius són els procediments pels quals l'administrat legitimat sol·licita de la pròpia Administració l'anul·lació o modificació d'un acte administratiu que li afecta¹⁰. Per tant, aquesta definició ens obliga a estudiar:

(i) *les qualificacions acadèmiques com a actes administratius:*

Els actes administratius poden ser definitius o de tràmit. Els definitius són aquells que posen fi al fons de les qüestions plantejades; mentre que els actes de tràmit no són resolutoris, però causen indefensió, decideixen directa o indirectament sobre el fons o causen un perjudici irreparable a drets i interessos legítims¹¹. Davant aquest tipus d'actes es podrà interposar un recurs administratiu.

L'article 40.2 de la LPAC determina quina ha de ser la forma dels actes administratius: «tota notificació (...) ha de contenir el text íntegre de la resolució, amb indicació de si posa fi o no a la via administrativa, l'expressió dels recursos que siguin procedents, si s'escau, en via administrativa i judicial, l'òrgan davant el qual s'hagin de presentar i el termini per interposar-los, sense perjudici que els interessats puguin exercir, si s'escau, qualsevol altre que considerin procedent». Si ens fixem en l'historial acadèmic i ho comparem en la dicció literal d'aquest article, ens crida l'atenció i se'ns qüestiona l'eficàcia de les qualificacions acadèmiques.

No obstant això, si continuem llegint l'apartat tercer de l'article 40, estableix que «les notificacions que continguin el text íntegre de l'acte i ometin algun dels altres requisits que preveu l'apartat anterior, tenen efecte a partir de la data en què l'interessat dugui a terme actuacions que suposin el coneixement del contingut i l'abast de la resolució o

¹⁰ Vid. COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho administrativo* [en línia]. 28^a Ed. Madrid: Civitas, 2018. Capítol 17. Garantías del Ciudadano. IV. Los recursos administrativos [Consulta: 17 de novembre de 2018]. ISBN 978-84-9152-846-3. Disponible a: <<https://goo.gl/4Fu6p9>>. [Accés restringit amb permís].

¹¹ Vid. COSCULLUELA MONTANER, Luis., *op cit.* Capítol 17. Garantías del Ciudadano. IV. Los recursos administrativos [Consulta: 17 de novembre de 2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/4Fu6p9>>. [Accés restringit amb permís].

l'acte objecte de la notificació, o interposi qualsevol recurs que sigui procedent». En aquest sentit, l'acte administratiu seria eficaç tot i no incorporar el «peu de recurs», però s'entén que no hi hauria termini per interposar recurs, aquest començaria en el moment que l'interessat realitzi actuacions que suposin el coneixement del contingut, en aquest cas, la impugnació de l'historial acadèmic per estar en desacord amb el no atorgament del graduat escolar.

Per tant, s'entén que les qualificacions acadèmiques tenen el caràcter de resolució administrativa i, per tant, se'ls hi aplica el règim general de recursos administratius.

(ii) *la legitimació de la Isabel per interposar un recurs administratiu*¹²:

El recurs administratiu el pot interposar aquell que estigui legitimat, és a dir, el titular d'un dret subjectiu o d'un interès legítim en l'objecte de l'acte administratiu.

Les qualificacions acadèmiques atorguen una situació jurídica a l'administrat, en aquest cas, a l'alumne, en tant que els hi reconeixen un dret subjectiu que pot ser o no favorable. El suspens comporta una situació de gravamen, en tant que no millora la seva situació de dret i l'aprobat suposa la creació o ampliació d'una situació jurídica favorable¹³.

En aquest cas, la qüestió va molt més enllà d'una qualificació, ja que es nega la titulació d'educació secundària i, com a conseqüència, es tanquen les portes a una formació professional superior o a l'accés a la universitat. Davant aquesta situació és evident que estem davant la vulneració d'un interès legítim per raó de discapacitat.

El règim de capacitat dels menors per poder relacionar-se amb l'Administració és regula a la LPAC (article 3), però a aquest també se'n refereix la Llei 14/2010, de 27 de maig, *dels Drets i Oportunitats de la Infància i l'Adolescència* (en endavant, LDOIA). Estableix l'article 17.3 d'aquesta llei que els menors, ja siguin infants o adolescents, podran adreçar-se ells sols, inclús sense consentiment dels representants legals, per obtenir informació, assessorament, orientació o assistència per part de les administracions públiques que s'encarreguin d'atendre'ls i protegir-los.

No obstant això, queda clar que l'article 162 del Codi Civil Espanyol, en relació amb l'article 222, estableix que els pares que ostentin la pàtria potestat o els tutors legals, seran els que tindran la representació legal dels menors. L'article 162 enumera una sèrie d'excepcions, però cap d'elles té efectes cap al cas que ens ocupa. En el mateix sentit, ho entén el legislador català (article 224-47 del llibre segon del Codi Civil Català).

¹² Dintre d'aquest últim punt és interessant analitzar succintament – ja que si ens poguéssim estendre, requereix un estudi de fons – la capacitat del menor en les relacions amb les administracions públiques i a més, essent el menor discapacitat.

¹³ COIMBRA REBOLLEDO, Diego., Impugnación administrativa de las calificaciones académicas en la Universidad de Vigo (TFM). A: *Revista de la facultad de ciencias jurídicas*. Vigo: 2017., núm. 3. ISSN 2386-3056.

En definitiva, en aquest cas, seria la Isabel, mare de l'Adrià qui estaria legitimada, en nom del seu fill, per sol·licitar el graduat escolar davant l'administració que deriva del dret subjectiu a l'educació i, en concret, a l'educació inclusiva que té l'Adrià. Negat l'atorgament del graduat escolar, la Isabel serà també la legitimada per reclamar en via administrativa i, si escau, també davant la via judicial.

(iii) Recursos en via administrativa:

Un cop hem analitzat que les qualificacions acadèmiques i, per extensió, l'historial acadèmic, és un acte administratiu impugnabile en via administrativa i que la Isabel, mare de l'Adrià, està legitimada per iniciar un procediment administratiu; cal analitzar quin tipus de recurs podrà interposar davant el consell de direcció, tal i com hem apuntat a l'inici.

En via administrativa trobem diferents tipus de recursos, la classificació més habitual és: **(i)** recursos ordinaris, **(ii)** recursos especials i **(iii)** recursos extraordinaris¹⁴.

Pel cas concret, hem d'atendre als recursos ordinaris. Els recursos en via administrativa es diferencien dels recursos en via contenciosa administrativa, en tant que són resolts per les autoritats administratives i no pels tribunals. La regla general diu que l'interessat, a no ser que l'acte administratiu objecte de recurs posi fi a la via administrativa, no pot recórrer directament als tribunals, sinó que cal un recurs d'alçada previ.

En aquest cas, la resolució de l'administració educativa que determina que l'Adrià no pot obtenir el graduat escolar, posa fi a la via administrativa. Això és així atenent a l'article 10.2.II del Reial Decret 310/2016, de 29 de juliol, *pel qual es regulen les avaluacions finals d'Educació Secundària Obligatòria i batxillerat* i a la sentència del Tribunal Suprem 79/2017, de 10 de febrer, que al seu fonament jurídic primer estableix que «la configuració jurídica de la resolució per la qual es declara que un alumne ha superat una prova d'avaluació de coneixement és l'acte administratiu finalitzador del procediment; començant aquest en la matriculació de l'assignatura, i conclouent amb el seu reflex en l'acta»¹⁵.

Per tant, la Isabel podria anar directament a la jurisdicció contenciosa administrativa, però val a dir que pot intentar prèviament interposar un recurs potestatiu de reposició en via administrativa, ja que es gratuït, ràpid i obté una resposta fundada en dret. A més, aquesta actuació no li impedeix, posteriorment, iniciar un procediment judicial en via contenciosa administrativa, però haurà d'esperar a obtenir una resolució expressa o per silenci del recurs de reposició (article 123 LPAC).

¹⁴ Vid. COSCULLUELA MONTANER, Luis., *op cit.* Capítol 17. Garantías del Ciudadano. IV. Los recursos administrativos [Consulta: 17 de novembre de 2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/4Fu6p9>>. [Accés restringit amb permís].

¹⁵ Espanya. Tribunal Suprem (Sala 2ª, de penal). Sentència núm. 79/2017, de 10 de febrer de 2017 (recurs de cassació 1259/2016).

El recurs de reposició s'interposa davant del mateix òrgan que va dictar l'acte que es pretén impugnar i es resol pel mateix. El termini per interposar-lo és d'un mes si l'acte és exprés i si no ho és, el recurs es pot interposar en qualsevol moment des de que es va produir el silenci. El termini per resoldre també és d'un més i, si es produeix el silenci, té efectes desestimatoris. No es podrà interposar un altre recurs de reposició; si es vol recórrer, s'haurà d'anar directament davant la jurisdicció contenciosa a no ser que procedeixi el recurs extraordinari de revisió (article 124 LPAC).

En aquest cas, seria molt difícil que pogués prosperar un recurs extraordinari de revisió, ja que seria difícil subsumir el cas concret en algun dels supòsits que esmenta la LPAC en l'article 125.1. No obstant això, és important apuntar-los a continuació, per saber que existeix un recurs extraordinari pels següents supòsits:

- Que s'hagi incorregut en un error de fet, que resulti dels mateixos documents incorporats a l'expedient.
- Que apareguin documents de valor essencial per a la resolució, encara que siguin posteriors, però evidencin l'error de la resolució recorreguda.
- Que en la resolució hagin influït essencialment documents o testimonis declarats falsos per sentència ferma.
- Que la resolució s'hagi dictat com a conseqüència de prevaricació, suborn, violència, maquinació fraudulenta o altra conducta punible i s'hagi declarat així en sentència judicial ferma.

L'únic supòsit que ens podria fer plantejar-nos la interposició d'un recurs extraordinari de revisió seria el primer d'ells. L'Adrià té totes les avaluacions aprovades i així consta en el seu expedient acadèmic. Per tant, podríem al·legar que s'ha incorregut en un error de fet i que dels documents que consten en l'expedient es pot comprovar. No obstant això, seria difícil que prosperés, ja que l'Administració no posa en dubte que ho hagi aprovat tot, sinó que al estar vinculat a un pla educatiu individualitzat adaptat, els coneixements adquirits no estan al nivell de la resta de companys i, per tant, no pot obtenir el graduat escolar.

Sens perjudici del que acabem d'exposar, recórrer directament davant el Consorci d'educació de Barcelona l'historial acadèmic de l'Adrià, possiblement, no seria garantia d'aconseguir la titulació, ja que l'òrgan administratiu que atorga la titulació és el Departament d'Ensenyament i el Consorci, fàcilment, tornaria a resoldre en el mateix sentit.

Per aquest motiu, la Isabel podria recórrer a l'opció de sol·licitar davant el Departament d'Ensenyament el graduat escolar del seu fill, ja que és l'òrgan competent per atorgar titulacions d'ensenyaments obligatoris. Això és així d'acord amb l'article 13 en relació amb el 19, del Decret 60/1997, de 4 de març, *de creació i regulació del Registre de títols acadèmics i professionals no universitaris de Catalunya* (en endavant Decret 60/1997).

2.2.2.2 Sol·licitud del títol al Departament d'Ensenyament i davant la desestimació expressa o tàcita, impugnació en via administrativa

D'acord amb l'article 21 de la LPAC, l'Administració està obligada a dictar una resolució expressa i notificar-la en tots els procediments sigui quina sigui la seva forma d'iniciació. Així, davant la sol·licitud de la Isabel d'atorgament de la titulació de graduat escolar a l'Adrià, l'Administració té l'obligació de resoldre.

El termini per a fer-ho, diu la LPAC, serà el que fixi la normativa reguladora del procediment que, en cap cas, tret que una norma amb rang de llei o el dret de la Unió Europea diguin quelcom diferent, serà superior a sis mesos.

Pel cas concret, hem d'atendre al Decret 60/1997. A l'article 19 estableix que el termini màxim per resoldre el procediment d'expedició i lliurament d'un títol és de sis mesos a comptar des de la data d'entrada de l'expedient de sol·licitud degudament complimentat al registre de l'òrgan administratiu competent. Per tant, a partir del moment que la Isabel formalitzi la petició degudament complimentada davant el Departament d'Ensenyament, començarà a computar aquest termini de sis mesos.

Si en el termini de sis mesos, el Departament d'Ensenyament no li ha notificat cap resolució, s'entendria desestimat per silenci negatiu, atenent a l'article 25.1.a) de la LPAC i la Isabel podria interposar en qualsevol moment un recurs potestatiu de reposició davant el mateix òrgan administratiu, tal i com hem apuntat anteriorment.

Si l'acte del Departament fos exprés denegant l'atorgament de la titulació, la Isabel en el termini d'un mes podria interposar el recurs de reposició, però si opera el silenci que hem exposat, podrà interposar el recurs en qualsevol moment, d'acord amb l'article 124 LPAC).

(i) Procediment de recurs administratiu

En l'escrit d'interposició del recurs de reposició haurà de constar tot allò que indica l'article 66 de la LPAC. Abans de l'inici del procediment, que s'entendrà iniciat en el moment que l'interessat presenta la instància i sense perjudici de les esmenes que es puguin requerir, es podran adaptar les mesures provisionals oportunes – d'ofici o a instància de part – per protegir els interessos implicats, així ho estableix l'article 56 de la LPAC. No obstant això, no recomanàriem, en aquest cas concret, demanar mesures cautelars per aquesta via de recurs. Les tractarem de forma detallada pel cas de la via judicial i, concretament, amb les especificitats del recurs especial per la protecció dels drets fonamentals de la persona.

En l'escrit d'interposició del recurs la Isabel haurà d'indicar els fets i raons en les que funda la seva pretensió. En aquest cas, hauríem d'atendre als següents fonaments de

dret, que s'estructuraran, per fer-ho d'una forma més gràfica, de la mateixa manera que ho faríem en l'escrit administratiu per la interposició d'un recurs de reposició¹⁶.

PRIMER.- Incompliment de l'article 24 de la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat.

L'article 24 de la Convenció Internacional dels Drets de les Persones amb Discapacitat reconeix que totes les persones tenen dret a una educació inclusiva, sobre la base de la no discriminació i la igualtat d'oportunitats. Els estats que han ratificat aquesta Convenció, com és l'Estat espanyol, han d'assegurar un sistema educatiu inclusiu a tots els nivells, que permeti gaudir d'un ensenyament al llarg de la vida.

Assegurar aquest dret, d'acord amb el que estableix la Convenció i l'Observació General número 4 a l'article 4 de la Convenció – també la CDN i el PIDESC – comporta aconseguir el desenvolupament individual i potencial humà i el sentit de la dignitat i l'autoestima, així com reforçar el respecte pels drets humans i les llibertats fonamentals. A més, ha de permetre desenvolupar la personalitat, el talent, la creativitat i les aptituds mentals i físiques de les persones amb discapacitat. També, fer possible que les persones amb discapacitat participin d'una societat lliure.

L'informe del Comitè sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat sobre la investigació relacionada amb Espanya sota l'article 6 del Protocol Facultatiu de 4 de juny de 2017, demostra que hi ha una vulneració sistemàtica d'aquest dret per part de l'Estat espanyol. Concretament, en atenció a l'atorgament de les titulacions, esmenta, al seixanta-dosè paràgraf, el següent:

«El Comitè va observar en reiterades ocasions que es garanteix l'educació inclusiva de forma aparent en centres ordinaris, però no es compleix amb el cicle que culmina amb la respectiva titulació. Són pocs els casos dels/de les alumnes amb discapacitat, psicossocial o múltiple que aconsegueixen finalitzar l'educació secundària obligatòria i passar a un nivell de batxillerat i no cal dir en relació al nivell universitària. Generalment, acaben el seu cicle en cursos de formació professional».

Una mostra més que la pràctica duta a terme per l'Administració, en aquest cas, el Departament d'Ensenyament, es sustenta en una actuació *de facto* que, en cap cas, s'adequa a la legalitat internacional.

SEGON.- Falta de concreció i desenvolupament per part de la normativa estatal i autonòmica.

¹⁶ A banda dels fonaments que sostenen la vulneració del dret, hauríem de fer menció a la competència de l'òrgan administratiu per conèixer del recurs, a perquè procedeix aquest recurs i no un altre i la legitimació per recórrer. Sobre això, em remeto a l'exposició feta fins al moment sobre aquest tipus de recurs i l'objecte del recurs.

L'article 18 de la LOE reconeix expressament que «1. Les persones amb discapacitat tenen dret a una educació inclusiva, de qualitat i gratuïta, en igualtat de condicions que la resta. 2. **Correspon a les administracions educatives assegurar un sistema educatiu inclusiu a tots els nivells educatius, així com l'ensenyança al llarg de la vida (...) prestant atenció a la diversitat de necessitats educatives de l'alumnat amb discapacitat, mitjançant la regulació de suports i ajustos raonables** per l'atenció d'aquells que requereixen d'una atenció especial d'ensenyament o inclusió». L'article 81, també de la LOE, exposa, en relació amb aquest esmentat que «els projectes educatius dels centres han de considerar els elements curriculars, metodològics i organitzatius per a la participació de tots els alumnes en els entorns escolars ordinaris, independentment de llurs condicions i capacitats».

Per tant, aquest article no nega que es pugui atorgar la titulació, sinó el contrari. Estableix que s'ha d'assegurar una continuïtat i que, en tot cas, les administracions hauran de vetllar per a que així sigui prestant els suports necessaris. Tampoc ho neguen els articles 18 i 21 del Decret d'Ordenació de l'ESO i el 19 del Decret 150/2017, que fan referència, també, a les adaptacions i a la necessitat de, en cas de no superar l'ESO, «**dissenyar i programar una oferta educativa continuada**».

De l'anàlisi normatiu, per tant, podem afirmar que hi ha un buit legal sobre l'atorgament o no de la titulació de l'ESO segons si s'ha adaptat el currículum de forma significativa o no. No és una exigència legal, sinó una pràctica usual del nostre sistema educatiu que fa que alumnes que hagin cursat els seus estudis d'ESO vegin frustrada la seva titulació.

En definitiva, és possible que un alumne/a per raó de la seva discapacitat, no pugui aprendre al mateix ritme que els seus companys o que els continguts li resulten, *a priori*, més complicats o més difícils d'entendre si s'argumenten/exposen d'una determinada manera, però això no ha de limitar la seva progressió i oportunitats. Que un currículum s'hagi d'adaptar per poder assolir certs objectius o, fins i tot, sense que s'hagi d'adaptar el currículum, es canviï la modalitat d'impartir les classes amb noves propostes educatives de desenvolupament dels coneixements (per exemple, el «Projecte Roma»¹⁷); no pot portar com a conseqüència, una situació diferent – en termes de titulació i progrés – diferent a la resta de l'alumnat.

De l'anàlisi normatiu, per tant, podem afirmar que hi ha un buit legal sobre l'atorgament o no de la titulació de l'ESO segons si s'ha adaptat el currículum de forma significativa o no. No és una exigència legal, sinó una pràctica usual

¹⁷ LÓPEZ MELERO, Miguel. *Fundamentos y prácticas inclusivas en el Proyecto Roma*. Madrid: Morata, 2018. ISBN 978-84-7112-868-23.

del nostre sistema educatiu que fa que alumnes que hagin cursat els seus estudis d'ESO vegin frustrada la seva titulació.

TERCER.- Vulneració del dret a l'educació inclusiva amb l'acte administratiu del Departament d'Ensenyament que denega l'atorgament del graduat escolar.

Per tant, l'acte administratiu del Departament d'Ensenyament que desestima l'atorgament del graduat escolar al reclamant, en cap cas s'ajusta a les exigències de la Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat.

Cal atendre al que diu la CE en tant als Tractats Internacionals (com la Convenció), ja que un cop publicats oficialment a l'Estat signant, pesen a formar part del nostre ordenament jurídic intern. A més, la Llei 25/2014, de 27 de novembre, de *Tractats i altres Acords internacionals*, reforcen aquesta obligatorietat. En tot cas, la Convenció assenyala que en cas de conflicte entre la norma interna i la mateixa, prevaldrà el contingut de la Convenció.

L'acte administratiu tampoc s'ajusta a la legislació estatal i autonòmica en matèria d'educació, en tant que cap dels articles abans referenciats neguen la possibilitat de poder atorgar el reconeixement acadèmic a l'alumne/a amb discapacitat que cursa i aprova satisfactòriament els cursos d'Educació Secundària Obligatòria. Per aquest motiu el nostre reclamant ostenta un dret subjectiu i en tant que això té el dret a poder exigir-lo davant els tribunals competents.

La terminació del procediment es produirà amb una nova resolució administrativa expressa estimant o desestimant les pretensions del demandant. També pot ser que finalitzi per silenci o que es produeixi la renúncia, caducitat del procediment o impossibilitat material de continuar per causes sobrevingudes.

En aquest cas concret, el més possible, i el que diríem a la nostra clienta, és que ens trobarem amb una resolució expressa desestimant el recurs de reposició (en el termini d'un mes) o bé operarà el silenci administratiu negatiu, atenent a l'article 24.1.III.

2.2.3 Possibilitat de recórrer a la via judicial davant la desestimació del recurs en via administrativa

Partint del supòsit que se'ns desestima el recurs de reposició – expressa o tàcitament – interposat davant el Departament d'Ensenyament en ares a aconseguir l'atorgament del graduat escolar en base als fonaments de dret exposats, ens plantejem seguir endavant i interposar recurs judicial contenciós administratiu contra la desestimació expressa o tàcita. És a dir, saltem de la via administrativa, on resolen els mateixos òrgans administratius que dicten els actes, a la via judicial, on resoldran els tribunals competents per conèixer dels recursos contenciosos.

Si la desestimació ha estat expressa, s'haurà d'interposar recurs ordinari en el termini de dos mesos a partir de la notificació de l'acte. En l'altre sentit, si la desestimació ha estat tàcita, és a dir, si opera el silenci, el termini serà de sis mesos a partir del dia següent a aquell en què la legislació preveu que es produeixi el silenci, d'aquesta manera ho estableix l'article 46.1 LRJCA. No obstant la disposició taxativa del legislador, el Tribunal Constitucional ha considerat que es pot recórrer sense termini al equiparar el silenci a una notificació defectuosa¹⁸.

El procediment del recurs davant la jurisdicció contenciosa administrativa ofereix una tipologia molt variada, en tant que són molts els procediments que es contemplen i regulen a la LRJCA. No obstant això, pel cas que ens ocupa, ens centrarem en els dos procediments possibles: **(i)** procediment ordinari i **(ii)** procediment especial per la protecció dels drets fonamentals.

(i) *Procediment ordinari*

En aquest cas, per saber quin òrgan coneixerà del recurs hem d'atendre a la Llei 29/1998, de 13 de juliol, *reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa* (en endavant, LRJCA). L'article 10.1.a) estableix que coneixeran en única instància les Sales contencioses dels Tribunals Superiors de Justícia dels actes de les entitats locals i de les administracions de les comunitats autònomes – aquest és el cas del Departament d'Ensenyament – coneixement de les quals no estigui atribuït als jutjats contenciosos administratius. Si anem a l'art. 8.3 de la LRJCA que regula la competència dels jutjats contenciosos administratius comprovem que el nostre cas concret no es subsumeix dintre cap supòsit reconeguts i, per tant, l'òrgan competent per conèixer del recurs en via judicial serà, en aquest cas, la Sala contenciosa administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

El procediment s'iniciarà amb l'escrit d'interposició (artículo 45 LRJCA) on s'haurà d'identificar l'objecte del recurs i sol·licitar que es tingui per interposat el recurs. Si l'acte objecte del recurs és exprés, és a dir, si l'administració ens ha resolt desestimant el recurs de reposició interposat en via administrativa, el termini per interposar recurs ordinari en via judicial serà de dos mesos des de el dia següent a la notificació de l'acte. Del contrari, si l'acte és presumpte, és a dir, s'ha produït silenci administratiu i l'administració no ha resolt de manera expressa, el termini per interposar el recurs en via contenciosa serà de sis mesos a partir del dia següent a la producció de l'acte presumpte mitjançant silenci segons la normativa que s'apliqui al respecte (article 46.1 LRJCA).

A més s'hauran d'incorporar tots aquells documents que estableix l'article 45.2 LRJCA. L'òrgan jurisdiccional requerirà a l'Administració demandada per tal que remeti l'expedient administratiu. L'Administració, en el moment que remet l'expedient,

¹⁸ Espanya. Tribunal Constitucional. Sentència núm. 52/2014, de 10 d'abril de 2014 (recurs d'inconstitucionalitat 2918/2005).

emplaçarà als interessats per tal que es personin en el procés en el termini de nou dies (art. 49 LRJCA).

Aquest moment és molt important, ja que de no fer-ho correctament es pot causar indefensió al no tenir constància de comparèixer al procés i, per tant, que es pugui vulnerar el dret a la tutela judicial efectiva que reconeix l'article 24 de la CE. Per aquest motiu, el jutge o tribunal, en el moment que arriba l'expedient, comprovaran que el tràmit de emplaçament s'ha fet correctament. A més, en aquest moment, abans d'entrar en el fons de la qüestió, el jutge o tribunal haurà de comprovar la competència, legitimació, acte susceptible de recurs, terminin i declarar l'admissió o no del recurs¹⁹.

L'expedient se li farà arribar al recurrent per tal que pugui fer ús de la informació que conté i pugui presentar demanda en el termini de vint dies des de que se li ha entregat l'expedient (article 52 LRJCA). Aquest escrit de demanda es traslladarà a la part/s demandada/es i, també en el termini de vint dies, hauran de presentar escrit de contestació a la demanda rebatent les pretensions del demandant (article 54 LRJCA).

Hem de tenir en compte que si volem practicar prova, aquesta només es podrà sol·licitar a l'escrit de demanda o de contestació o, si es dones el cas, en l'escrit d'al·legacions prèvies. Tanmateix, el jutge o tribunal les podrà acordar d'ofici si les considera pertinents. Per conèixer els mitjans de prova dels quals ens podem fer valdre, atendrem al que diu la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'Enjudiciament Civil (en endavant LEC) a l'article 299.

Per exemple, en aquest cas concret, el més pertinent seria fer-se valdre dels documents que acrediten la superació de les assignatures per part de l'Adrià i el pla individualitzat adaptat. També, seria interessant que poguessin assistir com a testimonis els professors que estaven presents a la sessió d'avaluació de l'Adrià.

Sens perjudici que les parts sol·liciten: **(i)** que el plet quedi vist per sentència, és a dir, que no es practica prova i no hi ha cap novetat respecte als escrits de demanda i contestació; **(ii)** que se celebri la vista oral o **(iii)** que es presentin els escrits de conclusions; la sentència es pronunciarà sobre l'admissibilitat del recurs i sobre la desestimació o estimació de les pretensions del demandant.

No podem tancar l'explicació sobre el procediment ordinari sense fer referència a la possibilitat de sol·licitar mesures cautelars.

En qualsevol procés contenciós administratiu i en qualsevol moment del procés – sens perjudici d'algunes excepcions, com la inactivitat administrativa – la llei permet articular diverses mesures cautelars per assegurar que la resolució que posi fi al procediment es pugui executar o que la sentència no esdevingui inexecutable. El límit: que no causin un greu perjudici als interessos generals o de tercers o donin lloc a situacions irreversibles.

¹⁹ ESTEVE PARDO, José. *Lecciones de Derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales, 2014., pàg. 266. ISBN 978-84-15948-98-8.

El fet que nosaltres demanem una mesura cautelar, no obstant, no suspèn el curs del procediment ni tampoc l'execució de l'acte que recorrem, però sí que podrà suspendre els efectes. La mesura cautelar es jutjarà en una peça separada.

Les mesures cautelars donen cobertura al deure constitucional de l'article 24 CE, la tutela judicial efectiva. Si no garantim que es puguin sol·licitar mesures cautelars, no estem compliment amb el dret a la tutela judicial efectiva.

Per a que es pugui atorgar una mesura cautelar hauran de concórrer dos pressupòsits que ja provenen de la LEC: **(i)** *fumus boni iuris* i **(ii)** *periculum in mora*. El primer d'ells té a veure amb la necessitat que el tribunal prengui consciència que el recurrent no té el deure de suportar les conseqüències d'una activitat – o inactivitat – administrativa. És a dir, la traducció de l'expressió llatina «aparença de bon dret». El segon pressupòsit respon a la necessitat que l'atorgament de la mesura cautelar no afecta directament als interessos públics en conjunt o a un dany directe o equivalent a un tercer. El jutge haurà de valorar cas per cas i posar en balança els interessos en conflicte (art. 130.2 LRJCA).

Les mesures cautelars les podem classificar en: **(i)** positives i **(ii)** negatives. Les mesures cautelars negatives són aquelles que tenen a veure amb la suspensió dels efectes o l'aplicació de la norma impugnada. D'altra banda, les positives, a l'empara de l'article 129.1 LRJCA, permeten adaptar qualsevol altra mesura que asseguri l'efectivitat de la sentència. Aquest tipus de mesures són les que hauríem de sol·licitar en el nostre cas concret.

La Isabel, com a mesura, podria sol·licitar que se li atorgues el graduat escolar al seu fill, mentre es discuteix el fons de l'assumpte. De no fer-ho, se li estarien tancant les portes a poder-se matricular en una formació professional superior o, fins i tot, cursar els dos cursos de batxillerat per una futura formació universitària. No estem demanant una suspensió o l'aplicació de una disposició, sinó una mesura positiva, l'atorgament d'una titulació que per un acte administratiu ha estat denegada. En paraules de

Per tant, tenint en compte els requisits, la mesura cautelar que podria sol·licitar la Isabel seria viable. No obstant això, el fet que sigui una mesura cautelar positiva fa més difícil el seu atorgament. Que el jutge atorgui la titulació que ha estat denegada pel Departament d'Ensenyament, potser és un fet que el recurrent no té el deure de suportar, ja que té el dret a seguir la seva formació; però sí que és cert que les conseqüències que podria comportar l'atorgament si després resultes una sentència desestimatòria serien complexes. A més, no seria sorprenent, que el jutge resolgués per interlocutòria la denegació de la mesura entenent que suposarien un perjudici cap a tercers que es trobessin en la mateixa situació. *De facto*, els jutges són més reticents a adoptar-les en general, doncs en lloc de mantenir el dret preexistent, es modifica la situació en benefici del titular.

És interessant, però, fixar-nos en una interlocutòria dictada per la Sala contenciosa del TSJ d'Aragó, el 15 de setembre de 2015, sobre l'apertura i funcionament d'un col·legi

privat com a centre concertat. Interlocutòria, fonament de la qual, ens pot servir per defensar la nostra posició²⁰.

Els recurrents (l'AMPA de «l'escola internacional Ànfora» de Saragossa) impugnen un Ordre de la Conselleria d'Educació, Universitat, Cultura i Deport que denega l'accés al consorci educatiu del centre docent privat mencionat. En l'escrit d'interposició del recurs, sol·liciten com a mesura cautelar positiva l'apertura del centre com a centre concertat per estar plenament en vigor en l'actualitat aquest concert. A banda de sol·licitar també la suspensió de la l'Ordre dictada per la Conselleria.

Per interlocutòria de la Sala del Tribunal Superior de Justícia d'Aragó s'acorda la mesura entenent que del transcurs del termini per desenvolupar el procediment es podria produir situacions irreversibles o de difícil reparació. Considera el Tribunal que si no s'atorga la mesura, seria impossible atendre a les necessitats educatives del curs escolar 2015-2016. Considerant que no és necessari prestar caució.

Per últim, cal dir que les mesures cautelars estan en vigor fins que el procés conclougui, però podran ser modificades o revocades al llarg del mateix si canvien les circumstàncies de fet que les van motivar.

(ii) *Procediment especial per la protecció dels drets fonamentals*

El procediment per la protecció dels drets fonamentals es regula als articles 114 i 122 de la LRJCA. L'article 53.2 de la CE estableix la naturalesa del procediment i d'aquest deriven els elements característics: **(i)** tutela judicial de llibertats i drets delimitats a l'article 53.2, **(ii)** tramitació preferent i sumaria i **(iii)** caràcter perceptiu per la interposició del recurs d'empara (article 43 i DT2^a de la Llei Orgànica 2/1979, de 3 d'octubre, del Tribunal Constitucional)²¹.

Seguint el mateix argument que al judici ordinari, l'òrgan jurisdiccional que coneixerà del recurs serà el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, ja que el cas concret no es subsumeix en cap dels supòsits als que fa referència l'article 8.3 de la LRJCA per a que coneguin els jutjats contenciosos administratius. Així, tant si iniciem la via del procediment ordinari com la del procediment especial per la protecció dels drets fonamentals, l'òrgan competent per conèixer del recurs serà el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, perquè l'acte emana d'un òrgan administratiu de la Generalitat de Catalunya, concretament, el Departament d'Ensenyament.

El recurs especial de protecció de drets fonamentals, abans es regulava en una llei *ad hoc* degut a la transcendència dels drets fonamentals, en concret, a la Llei 62/1978, de 26 de desembre de 1978, *de protecció jurisdiccional dels drets fonamentals de la persona* (vigent fins 28 d'abril de 2003) (en endavant, LPJDFP). L'article 7.1 de la mateixa disposava que per interposar aquest tipus de recurs no era necessària la

²⁰ Aragó. Tribunal Superior de Justícia d'Aragó. Interlocutòria 13/2015, de 15 de setembre de 2015 (procediment especial de drets fonamentals 174/2015).

²¹ Vid. PALOMAR, Alberto., FUERTES, Javier., *Naturaleza para la protección de los derechos fundamentales* [en línia]. Vlex. [Consulta: 16 de novembre de 2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/f5Afc3>>.

interposició d'un recurs administratiu previ. Amb l'aprovació de la LRJCA la regulació literal no resulta tan clara. Diu l'article 115.1 LRJCA que es podrà interposar el recurs especial quan concorri algun d'aquests supòsits²².

«La lesió del dret fonamental tingués el seu origen en la inactivitat administrativa, o **s'hagués interposat potestativament un recurs administratiu**, o, tractant-se d'una actuació en via de fet, no s'hagués formulat requeriment en el termini de deu dies s'iniciarà transcorreguts vint dies des de la reclamació, la presentació del recurs o l'inici de l'actuació administrativa en via de fet, respectivament».

Clarament, la dicció no és clara, però el Tribunal Suprem ha fallat en el sentit, en nombroses sentències, a favor de la posició de que no sigui necessari esgotar la via administrativa prèvia per interposar aquest recurs especial²³.

Una de les coses més importants a tenir en compte és la necessitat que s'invoqui la vulneració d'un dret fonamental (articles 14 a 29 CE y article 30 sobre l'objecció de consciència), però no només això, sinó que s'han d'expressar, diu l'article 115.2 LRJCA, els arguments substancials que donin fonament al recurs; de no ser així, el tribunal inadmetrà directament el recurs. És a dir, cal que es faci una fonamentació coherent i raonable i no merament retòrica de la vulneració d'un dret fonamental²⁴.

Com hem dit abans, aquest procediment és preferent i sumari i això implica que el terminis són més breus que els del judici ordinari. El procediment s'iniciarà amb l'escrit d'interposició on s'exposaran els arguments amb els que fonamentem el recurs i molt clarament quins són els drets sobre els quals pretenem obtenir la tutela (article 115.2 LRJCA). De la mateixa manera que passava amb el judici ordinari, l'Administració haurà de remetre expedient, però, en aquest cas, en el termini de cinc dies. Estableix l'article 116.4 LRJCA que la no remissió de l'expedient, no suspèn el curs del procediment.

Segons si l'expedient es remet a temps o no l'admissió/inadmissió serà en un moment o un altre diferent. L'admissió o inadmissió es materialitzarà mitjançant interlocutòria del Lletrat de l'Administració de Justícia²⁵. En tot cas, un cop s'ha admès a tràmit el procediment, el lletrat de l'Administració de justícia sol·licitarà a la part recurrent que formalitzi demanda en el termini màxim i improrrogable de vuit dies (art. 118 LRJCA).

Pel que fa a la possibilitat d'adoptar mesures cautelars, haurem d'atendre a l'exposat pel procediment ordinari, ja que, lluny de la regulació de la LPJDFP que suspenia el procediment fins la resolució de la peça separada de mesures cautelars, «si la suspensió

²² Vid. PASCUA MATEO, Fabio., El procedimiento para la protección de los derechos fundamentales. Evolución y disfunciones bajo la Ley 29/1998. A: *Revista de Administración Pública.*, maig-agost 2011., núm. 185, pàg. 133. ISSN 0034-7639.

²³ Tribunal Suprem (Sala del contenciós administratiu, Secció 7^a). Sentència núm. 5320/2008 de 23 de maig de 2008 (recurs de cassació 3016/2006).

²⁴ Espanya. Tribunal Suprem (Sala 3^a del contenciós administratiu). Sentència núm. 1320/2007 de 21 de desembre de 2007 (recurs de cassació 7686/2005).

²⁵ Tot i que no és l'objecte de l'estudi, cal fer menció a la possibilitat de recórrer la interlocutòria de referència en recurs de cassació davant el Tribunal Suprem (article 87.1.a) LRJCA).

s'hagués sol·licitat en el procediment especial per a la protecció dels drets fonamentals de la persona, a no ser que concorri el supòsit de pertorbació greu dels interessos generals o de tercers»; la LRJCA obliga a seguir la tramitació de mesures cautelars que segueixen tots els procediments per regla general.

D'aquesta manera, amb la LRJCA, haurem d'atendre a l'article 130.1 i, per tant, a la valoració circumstanciada de tots els interessos en conflicte, sens perjudici que la presència d'un dret fonamental en joc ajudi a concedir favorablement la mesura cautelar si s'acredita el *periculum in mora*.

Aquesta regulació de la LRJCA respecte a les mesures cautelars que es poden sol·licitar en el sí d'un procediment especial per la vulneració dels drets fonamentals de la persona, en certa manera, a alleugerat els casos en què les persones recorrien a aquest recurs per guanyar temps en el procediment fins que es resolgués la peça separada de mesures cautelars²⁶.

La demanda haurà de complir els mateixos requisits que hem apuntat anteriorment pel procediment ordinari. Un cop s'ha formalitzat demanda se li donarà trasllat a la part/s demandada/es i al Ministeri Fiscal per a que, amb el termini màxim de vuit dies, formulen les al·legacions que consideren (art. 119 LRJCA). Aquesta és una característica diferenciadora respecte al judici ordinari. PASCUA MATEO, considera que aquesta intervenció del Ministeri Fiscal no és més que la de donar compliment a l'exigència constitucional de l'art. 121.1 en relació amb l'article 162.1.b), però és discutible l'aportació beneficiosa que aquesta actuació generà al ciutadà que ha vist vulnerat un dret fonamental²⁷.

L'article 120 LRJCA, determina que, d'acord amb el procediment sumari, la decisió sobre l'apercebiment a prova es farà el dia després en que finalitzi el tràmit d'al·legacions o el termini per efectuar-les i, la proposició i pràctica de la prova, no podrà ser superior a vint dies.

Un cop finalitzen les actuacions, el procés finalitzarà per sentència, la qual serà dictada en el termini de cinc dies, d'acord amb el que dicta l'article 121.1 LRJCA.

(iii) Avantatges i desavantatges d'un i altre procediment

Hem de partir de la idea que res ens impedeix poder al·legar la vulneració d'un dret fonamental en un procediment contenciós ordinari. No obstant això, cal fer referència a dos idees sobre la base d'aquesta afirmació. En primer lloc, quin sentit té, aleshores, anar per la via del procediment especial de drets fonamentals i, en segon lloc, la possible doble interposició d'un recurs ordinari i un recurs preferent i sumari com és el que ens ocupa.

²⁶ Vid. PASCUA MATEO, Fabio., *op cit.*, pàg. 148.

²⁷ Vid. PASCUA MATEO, Fabio., *op cit.*, pàg. 123.

Pel que fa a les avantatges del procediment especial de drets fonamentals, val a dir, com hem apuntat anteriorment en l'explicació del procediment en concret, que són bàsicament: la celeritat del procediment (tramitació preferent i sumària), l'especificitat del mateix (per la vulneració de drets fonamentals) i, sota el meu punt de vista, la més important seria: el caràcter preceptiu per la interposició d'un posterior recurs d'empara.

Sobre aquesta última qüestió, l'article 43.1 Llei Orgànica 2/1979, de 3 d'octubre, *del Tribunal Constitucional*, estableix la necessitat d'esgotar la via judicial abans d'anar al recurs d'empara davant el Tribunal Constitucional. Dintre l'àmbit contenciós administratiu, aquest requisit es compleix esgotant la interposició del recurs especial per a la protecció dels drets fonamentals.

Més dubtós resulta el plantejament de interposar simultàniament o successivament un recurs ordinari i un recurs especial per la protecció dels drets fonamentals sobre el mateix objecte i pretensió.

El Tribunal suprem, ha deixat clar en nombroses sentències que la interposició d'un recurs preferent i sumari no suspèn el còmput dels terminis per interposar un ordinari, de manera que no cabria interposar successivament aquests procediments.

La millor solució seria la de reformar la LRJCA per permetre que, en el cas que s'inadmeti el recurs preferent i sumari, es remeti de forma automàtica el litigi a l'òrgan competent i continuï allà la seva tramitació²⁸. Això és així perquè el que normalment succeeix és que els recurrents d'aquest procediment especial es troben amb una inadmissió per inadequació del procediment i, en el moment que es dicta aquesta interlocutòria d'inadmissió, els terminis per interposar el recurs ordinari pertinent ja han transcorregut, donada la fugacitat dels mateixos i la dilació dels òrgans judicials en resoldre.

Tampoc seria possible interposar els dos recursos simultàniament, ja que el règim en relació a l'esgotament de les cues administratives prèvies i el termini per interposar els recursos és diferent²⁹.

En tot cas, la interposició conjunta d'ambdós procediments seria possible, però només pel cas que es fonamentés en motius diferents. Si repetim els mateixos arguments a la via ordinària, després d'haver estat refusats a la via especial, l'òrgan judicial refusarà el seu anàlisi i només entrarà en les qüestions de mera legalitat. En suma, és un tema que genera confusió i debat i, depenent del cas i les circumstàncies concretes, podria, fins i tot, causar indefensió. No obstant, aquesta afirmació comportaria un anàlisi en profunditat.

²⁸ Vid. PASCUA MATEO, Fabio., *op cit.*, pàg. 134.

²⁹ Vid. PASCUA MATEO, Fabio., *op cit.*

2.2.4 Recurs extraordinari de cassació davant la desestimació del recurs ordinari o especial de protecció de drets fonamentals en via contenciosa administrativa. Especial atenció a l'interès cassacional objectiu

La possibilitat de recórrer en cassació davant la Sala contenciosa administrativa del Tribunal Suprem per aquelles sentències dictades per les Sales contencioses administratives dels Tribunals Superiors de Justícia, la trobem a l'article 86 de la LRJCA³⁰.

Es importar parar-nos a analitzar què diu la norma sobre el recurs especial de protecció de drets fonamentals ja que, *a priori*, podria causar confusió. L'article 121.3 LRJCA senyala que el recurs d'apel·lació sempre procedirà davant les sentències en procediment especial de protecció de drets fonamentals, però s'ha de tenir en compte que això només fa referència a les sentències que emanen dels Jutjats Contenciosos Administratius. Com hem apuntat anteriorment, en aquest cas concret, no coneixeria del recurs el Jutjat sinó el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya i, per tant, atenent al que estableix l'article 86 de la LRJCA, seria possible formular cassació directament sense necessitat de complir cap requisit de quantia. També d'acord amb l'apartat segon de l'article 86 LRJCA, ja que el dret fonamental que entenem vulnerat no és el de reunió ni ens trobem en un supòsit de matèria electoral.

Per últim, respecte a la competència i en relació al nostre cas en concret, hauríem de posar atenció amb l'apartat tercer de l'article 86 LJCA. Aquest estableix el següent:

«3. Les sentències que, essent susceptibles de recurs de cassació, hagin estat dictades per les Sales contencioses dels Tribunals Superiors de Justícia només seran recurribles davant la Sala contenciosa del Tribunal Suprem si el recurs pretén fundar-se en la infracció de normes de Dret estatal o de la Unió Europea que sigui rellevant i dominant de la resolució impugnada, sempre que hagin estat invocades degudament al procés o considerades per la Sala sentenciadora.

Quan el recurs sigui fundat en infracció de nomes que emanen de la Comunitat Autònoma serà competent una secció de la Sala contenciosa administrativa que tingui la seva seu al Tribunal Superior de Justícia composta pel President de la Sala, que la presidirà, pel President o Presidents de les altres Sales contencioses administratives i, en el seu cas, de les seccions de les mateixes, en número no superior a dos, i pels Magistrats de la referida Sala o Sales que fossin necessàries per completar un total de cinc membres».

Als fonaments jurídics hem fet referència a normes estatals i autonòmiques, ja que les comunitats autònomes tenen competències delegades en matèria d'educació. No obstant això, el dret que considerem vulnera és un dret fonamental que emana de la constitució i, a escala internacional, de la CDPD. Per aquesta raó, hauríem d'atendre al que diu el primer paràgraf de l'article mencionat i coneixeria la Sala contenciosa Administrativa del Tribunal Suprem.

³⁰ També podríem interposar recurs de cassació si la Sala del Tribunal Superior de Justícia ens declares la indamissió del recurs contenciós per interlocutòria, però prèviament hauríem d'interposar el recurs de súplica exigint per aquests casos.

Per tant, l'explicació que realitzarem sobre el recurs de cassació operarà tant pel cas del recurs ordinari, com pel recurs especial preferent i sumari.

El recurs de cassació és un recurs extraordinari i, per tant, només procedeix pels casos que indica taxativament la llei. En aquest cas, ha de concórrer un interès cassacional objectiu per la seva admissió³¹, pressupòsit que determina el Tribunal Suprem, però no de manera discrecional, ja que l'article 83.3 de la LRJCA estableix aquells supòsits sobre els quals pot existir un interès cassacional.

D'acord amb l'apartat segon de l'article 88 LRJCA en relació amb l'apartat tercer i pel cas que ens ocupa, la circumstància que faria que el Tribunal de cassació apreciï que existeix interès cassacional, radicaria en el fet que la decisió pot afectar a un gran nombre de situacions ja que transcendeix del cas objecte del procés (lletra c). També podríem entendre que, segons quina decisió es prengui, pogués establir una doctrina sobre les normes d'educació que sigui greument perjudicial pels interessos generals (lletra b).

A més, la sentència que es dicti en el procediment especial de protecció dels drets fonamentals, si finalment anéssim per aquesta via, implicarà que existeix interès cassacional des d'un primer moment (lletra i). És a dir, només pel fet que s'hagi dictat una resolució en el marc d'un procediment especial de drets fonamentals ja tenim dret a que aquesta sentència es pugui recórrer en cassació.

S'ha de tenir en compte que el Tribunal Suprem només jutjarà la sentència d'instància i no els actes administratius impugnats en ella i sempre dintre els límits dels motius cassacionals.

La tramitació d'aquest recurs és bastant complexa i s'allunya dels criteris poc formals d'altres procediments. La forma en què s'ha de presentar l'escrit guarda uns criteris tancats i taxats i, de no complir-se, serà inadmissible a tràmit immediatament. Concretament, la tramitació del procediment té dos fases diferenciades. Una primera fase de preparació del recurs davant del mateix òrgan que va dictar la sentència o interlocutòria objecte de recurs de cassació, en el termini de trenta dies (de no ser així, la sentència esdevindrà ferma). Una segona fase, un cop admès l'escrit de preparació, de interposició del recurs de cassació davant la Sala contenciosa administrativa del Tribunal Suprem, també dintre el termini de trenta dies. Contra les resolucions d'admissió o no del recurs, no cabrà cap recurs (article 90.5 LJCA).

La sentència que estimi el recurs de cassació anul·larà la sentència o interlocutòria que hem recorregut.

³¹ Aquesta és una novetat que va introduir la disposició final tercera de la Llei 7/2015 de reforma de la Llei Orgànica del Poder Judicial.

2.2.5 Altres vies d'actuació: (i) Recurs d'empara davant el Tribunal Constitucional. (ii) Queixa davant el Síndic de Greuges de Catalunya (iii) Iniciativa Legislativa Popular

Per últim, cal fer esment a altres possibles vies d'actuació – podríem dir que més utòpiques – per l'efectiu reconeixement del dret.

D'una banda, partint de la base que hauríem d'haver interposat el recurs especial per la protecció dels drets fonamentals, ens quedaria parlar de la via d'interposar un recurs d'empara davant el Tribunal Constitucional per la vulneració del dret fonamental a l'educació inclusiva. Fins i tot, també ens podríem plantejar presentar una queixa davant el Síndic de Greuges (defensor del poble de Catalunya), en base a l'article 54 de la CE.

D'altra banda, i paral·lelament als plantejaments inicials, cabria un altra possibilitat: la Iniciativa Legislativa Popular (en endavant ILP). Mecanisme de democràcia ciutadana que emana de la CE i que es troba regulat tant a nivell estatal com autonòmic.

(i) *Recurs d'empara davant el Tribunal Constitucional*

En primer lloc, a pesar de que el recurs d'empara davant el Tribunal Constitucional és propi de l'estudi del Dret constitucional, resulta interessant exposar breument en què consisteix. Com he apuntat, el fet d'haver d'interposat un recurs especial per la protecció dels drets fonamentals de la persona, ens dona la possibilitat d'anar en recurs d'empara davant el Tribunal Constitucional si el primer és desestimat.

Els articles 53.2 i 161.1 de la CE són els que ens habiliten a poder recórrer en recurs d'empara per aconseguir la protecció dels drets fonamentals i llibertats públiques reconeguts als articles 15 a 29 de la CE i 30.2 sobre l'objecció de consciència.

Aquest recurs el que fa és protegir a tots els ciutadans davant la violació de drets i llibertats, originades per disposicions, actes jurídics, omissions o per simple via de fet dels poders públics. Una de les coses més importants d'aquest recurs és que atorga la potestat al TC d'interpretar una norma i crear doctrina al respecte per la posterior aplicació dels preceptes.

L'article 55 de la LOTC estableix que la sentència que resolgui el recurs d'empara, haurà de contenir, obligatòriament, algun dels següents pronunciaments: **(i)** declaració de nul·litat; **(ii)** reconeixement del dret o llibertat; **(iii)** restabliment al recurrent del dret o llibertat pública vulnerada, amb les mesures pertinents per la seva conservació.

A més, interposar aquest recurs, obre les portes a nivell internacional, ja que amb la interposició d'aquest podríem anar davant el Tribunal Europeu de Drets Humans, qui actua com a garantia col·lectiva suplementària i com a via especial de protecció jurisdiccional. Procediment que ara no comentarem donada l'exhaustivitat del mateix, però que és interessant deixar apuntat.

(ii) *Queixa davant el Síndic de Greuges de Catalunya*

En segon lloc, l'article 54 de la CE regula la figura del Defensor del Poble. L'Alt comissionat de les Corts Generals designat per aquestes per la defensa dels drets fonamentals³². El Defensor del Poble, en l'àmbit de Catalunya, és el Síndic de Greuges; regulat a la Llei 24/2009, de 23 de desembre, *del Síndic de Greuges* i creat per l'article 78 i ss. de l'EAC.

El Síndic s'encarrega de supervisar l'activitat de l'Administració Pública i donar compte al Parlament del correcte funcionament de la mateixa. En definitiva, es tracta d'un òrgan auxiliar que exerceix control sobre l'executiu i que té independència orgànica i funcional³³. El Síndic és elegit per majoria absoluta del Parlament.

Té la funció d'atendre les queixes de les persones que es troben desprotegides per l'Administració³⁴, vetlla pel compliment efectiu dels drets i llibertats fonamentals dels ciutadans, supervisa i col·labora amb el bon funcionament de tots els organismes.

(iii) *Iniciativa Legislativa Popular*

En tercer lloc, la ILP es troba regulada a la Llei 3/1984, de 26 de març, *reguladora de la iniciativa legislativa popular*. Aquesta és la norma estatal, no obstant això, a Catalunya, per habilitació de l'art. 87.3 de la CE i l'article 62 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, també tenim la Llei 1/2006, de 16 de febrer, *de la iniciativa legislativa popular (en endavant, LILPC)*. El procediment és similar en ambdues lleis, la diferència més substancial rau en el nombre mínim de signatures que es requereixen per poder-la dur a terme. Per presentar una ILP al Parlament de Catalunya es requereixen 50.000 signatures i per presentar-la al Congrés dels Diputats, 500.000. Nosaltres, pel cas que ens ocupa, atendrem a la Llei 1/2006.

La possibilitat que tenen els ciutadans de proposar lleis per a que siguin debatudes al Parlament de Catalunya, qui decidirà sobre l'aprovació o no, està prevista a l'article 62.1 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya.

Em centraré a exposar les avantatges pel cas concret si ens decidíssim a interposar una ILP i, sobretot, quin tipus d'ILP podríem impulsar. Pel que fa al procediment, em remeto al que estableix la Llei 1/2006 abans mencionada i a la Guia publicada pel Departament de Relacions Institucionals i Participació de la Generalitat de Catalunya sobre l'ús de la Iniciativa Legislativa Popular³⁵.

³² Vid. APARICIO PÉREZ, Miguel A., *op cit.*, pàgs. 625-626.

³³ Vid. APARICIO PÉREZ, Miguel A., *op cit.*

³⁴ Al web del Síndic de Greuges podem trobar el formulari tipus per adreçar-nos al Síndic a través d'una queixa. Disponible a: <<https://goo.gl/tyz9Cn>>.

³⁵ Departament de Relacions Institucionals i Participació de la Generalitat de Catalunya. *Guia d'ús de la Iniciativa Legislativa Popular* [recurs en línia]. Setembre de 2016. Barcelona, 2006. [Consultat 26/11/18]. Disponible a: <<https://goo.gl/9Uv5dB>>.

No obstant això, cal tenir present que només es podran proposar lleis sobre les matèries en què la Generalitat té competència i, per tant, el Parlament pot legislar. A més, la CE, l'Estatut d'Autonomia i la mateixa LILPC, exclouen tres grups de matèries: **(i)** aquelles que l'Estatut reserva a la iniciativa exclusiva de diputats i diputades, **(ii)** dels grups parlamentaris o del Govern o **(iii)** pressupostos de la Generalitat i matèria tributaria³⁶.

M'agradaria fer referència als avantatges d'interposar una ILP amb un cas particular, per deixar constància que, molts cops, després de realitzar nombroses actuacions a la via judicial; et plantejes què acaba francament beneficiant més si aquesta via judicial o la via institucional.

El passat 21 de novembre es va aprovar al Senat de l'Estat la modificació de la Llei Orgànica 5/1985, de 19 de juny, *del Règim Electoral General*. L'article tercer de la mateixa eliminava l'apartat b) i c) i, per tant, reconeixent el dret de vot de les persones amb discapacitat declarades incapaces per sentència judicial ferma o internats en un hospital psiquiàtric amb autorització judicial, que estaven privades d'aquest.

Aquest és un exemple de com, molts cops, la via institucional va més ràpida que la via judicial. Cal assenyalar la Sentència del TC 2730/16, de 28 de novembre de 2016, la qual ara mateix es troba pendent al TEDH, en matèria de dret de vot. El procediment va començar al 2015 sobre la sentència de la Sala Civil del Tribunal Suprem en recurs de cassació 1624/15.

En aquesta sentència, portada fins al TEDH, s'argumentava la vulneració del dret de vot de les persones amb discapacitat abans esmentades. Finalment, el moviment associatiu, ha aconseguit portar la proposta al Congrés dels Diputats i després al Senat on ha estat aprovada per unanimitat.

Per tant, si tenim una via d'actuació legislativa com és la ILP, pot ser útil engegar-la, tenint en compte que estem reclamant el reconeixement d'un dret fonamental i que, a més, no afecta a un sol individu, sinó al conjunt d'alumnes amb discapacitat. No obstant això, pel cas concret, ens hauríem de plantejar si és viable que la Isabel pugui recollir tot el nombre de firmes per sí mateixa o seria més factible que s'adreci a una associació o fundació que treballin aquests temes i li puguin donar recolzament. En aquest cas, aquesta segona opció seria la més preferible.

³⁶ Departament de Relacions Institucionals i Participació de la Generalitat de Catalunya. *Guia d'ús de la Iniciativa Legislativa Popular* [recurs en línia]., *op cit*.

CONCLUSIONS

- I. La Convenció sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat ha de ser tinguda en compte per la totalitat pels Estats que l'han ratificat, ja que és d'aplicació directa a l'ordenament jurídic intern. No obstant això, tot i els avenços, les obligacions que deriven de l'article 24 sobre l'educació inclusiva, no s'ha arribat a garantir en la seva totalitat. Una educació inclusiva efectiva i de qualitat implica que l'Estat ha d'assegurar un sistema inclusiu a tots els nivells, és a dir, que es pugui gaudir d'un ensenyament al llarg de la vida; una formació continuada.
- II. Resulta innegable de la lectura de la normativa bàsica d'educació – estatal i comunitària – que l'escola ordinària és la regla general, i que s'obliga als poders públics a posar a la disposició dels nens i nenes amb discapacitat els mitjans de suport necessaris per la consecució dels objectius acadèmics. No obstant això, hi ha un buit legal pel que fa a l'atorgament de l'ESO (i altres titulacions).

La practica usual és que els/les alumnes amb discapacitat que han cursat els estudis d'ESO veuen frustrada la seva titulació, segons si l'adaptació del seu currículum ha estat o no significativa. No obstant això, com s'ha dit, és una actuació pràctica en cap cas emparada per la llei. Tot i així, les resolucions dels òrgans administratius davant la reclamació del títol, es dicten en aquest sentit.

- III. El procediment especial de drets fonamentals, ens atorga avantatges com són la celebritat (tramitació preferent i sumaria), l'especificitat (vulneració de drets fonamentals) i el caràcter preceptiu per poder recórrer a la interposició d'un recurs d'empara davant el Tribunal Constitucional. No obstant això, cal plantejar-se la gran desavantatge que suposa la interposició d'aquest recurs, ja que si, un cop interposat, aquest resulta desestimat, el termini per poder recórrer en recurs contenciós administratiu ordinari, hauria finalitzat.

Una bona solució seria reformar la LRJCA per permetre que, en cas que s'inadmeti el recurs especial, es remeti directament a l'òrgan competent. De no ser així, el recurrent es troba en una situació – podríem qualificar com «desempara legal» – que podria plantejar, fins i tot, la vulneració a la tutela judicial efectiva. No obstant això, aquesta afirmació ve acompanyada de matisos i d'un estudi posterior de fons.

- IV. La potestat que tenen els interessats de sol·licitar mesures cautelars – ja siguin positives o negatives – en el sí del procediment, no vol dir que aquestes sempre es concedeixin. De fet, pel cas concret, l'atorgament d'una mesura positiva – com pot ser el reconeixement d'una titulació prèviament denegada – és difícil i ha d'estar molt ben justificada. El jutge valora de forma molt restrictiva els requisits que han de recórrer per atorgar la mesura, ja que una mesura cautela positiva modifica una situació preexistent en benefici d'un titular que, si afecta a un conjunt gran de la població, pot tenir conseqüències complexes.

- V. Altres vies d'actuació ens poden ajudar en la persecució de l'efectiu exercici d'un dret determinat. Queda clar que tenim procediments, primer, en via administrativa i, després, en via judicial per manifestar la nostra pretensió davant els òrgans administratius i els Tribunals, respectivament. Però de vegades aquestes actuacions han d'anar de la mà d'altres, per aconseguir-ho, cal un teixit associatiu fort amb implicació.

El col·lectiu de les persones amb discapacitat han de tenir en compte que tenen la capacitat per poder defensar els seus drets, han de conèixer quina és la normativa d'aplicació i que el dret els empara per poder fer visible la vulneració (cal destacar el dret a l'assistència jurídica gratuïta). Tot i així, de vegades, no cal anar directament a la impugnació davant els òrgans administratius o els Tribunals, tenim altres recursos com pot ser interposar una queixa davant el síndic de greuges i/o impulsar una ILP.

DICTAMEN JURÍDIC

Abans d'entrar a realitzar l'epíleg de recomanacions que considero adients al cas, és interessant posar de relleu que, tot i que he exposat en els epígrafs anteriors moltes vies d'actuació, aquestes no són úniques. Per tant, seria interessant seguir amb un estudi de fons i analitzar totes les especificitats que he anat apuntant en cada apartat anterior. El Dret de la discapacitat, com apuntava a l'inici, és transversal a moltes disciplines jurídiques i hi ha moltes opcions pel reconeixement efectiu dels drets.

Sense més preàmbuls, a continuació efectuaré un seguit de recomanacions dirigides a la Isabel, representant de l'Adrià.

En primer lloc, recomanaria sol·licitar la titulació directament davant el Departament d'Ensenyament, sense passar per la impugnació directa de l'acte administratiu del graduat escolar davant el Consorci d'Educació, ja que, tot i que és possible com s'ha comentat, no és garantia d'atorgament i comportaria una major dilació del procediment.

El més probable és que el Departament d'Ensenyament, continuï amb la pràctica habitual, i denegui l'atorgament de la titulació. Davant d'aquest acte administratiu del Departament – sigui exprés o tàcit – recomanaria la Isabel interposar un recurs potestatiu de reposició i posteriorment, si aquest fos desestimat, interposar un recurs contenciós ordinari.

Crec que tot i les avantatges que ofereix el procediment especial de drets fonamentals (sobretot pel que fa a la celeritat i l'especificitat) hem saber que si després ens desestimen el aquest recurs, se'ns hauria passat el termini per poder interposar un recurs ordinari. Interposar un recurs especial fa que haguéssim de renunciar a al·legar qualsevol altre vici de legalitat o motiu de nul·litat de les quals sí que podríem fer ús en un recurs ordinari. Tanmateix, sol·licitaria, en el sí del procediment contenciós ordinari la mesura cautelar positiva, per intentar que l'Adrià pogués disposar de la titulació en tant que no es resol el cas.

No obstant això, hauríem de deixar clar que si després la Isabel volgués recórrer davant el TC, el recurs especial és preceptiu. I si, posteriorment, volgués arribar fins esgotar totes les vies i presentar un recurs davant el Tribunal Europeu de Drets Humans perquè, efectivament, estem davant un cas d'aquestes característiques, seria necessari esgotar totes les vies internes prèvies i, per tant, hauria d'interposar aquest recurs especial. Per tant, la decisió depèn molt de fins a quin punt voldria arribar l'interessat.

En tot cas, fonamentaria bé la causa al·legant la vulneració de l'article 24 de la Convenció sobre Drets de les Persones amb Discapacitat i també l'article 14 de la Constitució Espanyola, és a dir, una educació en condicions d'igualtat. Tanmateix, atendria a la falta de concreció i desenvolupament de la normativa tant estatal com autonòmica i la discrecionalitat de l'Administració, en cap cas ajustada a la normativa i fent una lectura extensiva i no ajustada a la Convenció de la mateixa.

El exemple més clar, si a un noi o noia amb altes capacitats se li adapta el seu currículum per obtenir la titulació d'acord amb les seves capacitats i continuar amb la formació; o a un esportista d'elit i estudiant també se li adapta per tal que pugui dedicar-se a l'esport, però també pugui triar en continuar formant-se després d'obtenir el graduat escolar; un noi o noia amb discapacitat a qui se li adapta el currículum d'acord amb les seves capacitats, no pot veure privat el seu dret a l'educació i continuïtat en la formació.

Per tant, recomanaria seguir aquest curs d'actuacions tant per la via administrativa com judicial, però tanmateix l'animaria a intentar altres vies paral·leles com interposar una queixa davant el Síndic de Greuges, actuació que pot fer de forma individual. També, pel cas que estigues vinculada a alguna entitat de protecció de nens i nenes amb discapacitat o formés part del moviment associatiu de pares i mares amb nens i nenes amb discapacitat; seria positiu poder impulsar una ILP. És un procés llarg i costós que, cal advertir, no sempre es garanteix de reconeixement d'un dret, però que pot arribar a ser una via més «institucional» efectiva per modificar la situació educativa actual.

A Barcelona, a 23 de novembre de 2018



Anna Grañana i Sancho

Col. Núm. 82201600

BIBLIOGRAFIA

ALCAÍN MARTÍNEZ, Esperanza; MEDINA GARCÍA, Marta. Hacia una educación inclusiva: realidad y retos. A: *Revista Digital de Investigación en Docencia Universitaria (RIDU)* [en línia]. Perú: 2017. Gener-juny 2017, núm. 1, pàg. 4-19. [Consulta: 2 de novembre de 2018]. ISSN 2223-2516. Disponible a: <<https://goo.gl/ixChMR>>.

ALONSO PARREÑO, María José. El derecho a la educación inclusiva en la legislación española. A: MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio (Dir.), HEREDIA SÁNCHEZ, Lerdys (Coord.). *Nuevos Horizontes en el Derecho de la Discapacidad: Hacia un Derecho Inclusivo*. Pamplona: Aranzadi, 2018. ISBN 978-84-9177-986-5.

APARICIO PÉREZ, Miguel A., BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè. *Manual de Derecho constitucional*. Barcelona: Atelier, 2012. ISBN 978-84-92788-92-7.

COIMBRA REBOLLEDO, Diego., Impugnación administrativa de las calificaciones académicas en la Universidad de Vigo (TFM). A: *Revista de la facultad de ciencias jurídicas*. Vigo: 2017. Núm. 3. ISSN 2386-3056.

COSCULLUELA MONTANER, Luis. *Manual de Derecho administrativo* [en línia]. 28ª Ed. Madrid: Civitas, 2018. [Consulta: 17 de noviembre de 2018]. ISBN 978-84-9152-846-3. Disponible a: <<https://goo.gl/xfKHZp>>. [Accés restringit amb permís].

DE ASÍS ROIG, Rafael., De nuevo sobre los ajustes razonables. A: *Revista Anales de Derecho y Discapacidad*. Madrid: Fundación Derecho y Discapacidad y CERMI, 2018. Septiembre 2018., núm. 3., vol. III., pàg. 101-119. ISSN 9.

DE ASÍS ROIG, Rafael. El contenido del derecho a la accesibilidad universal: diseño, medidas, ajustes, apoyos, asistencia y acciones positivas. A: MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio (Dir.), HEREDIA SÁNCHEZ, Lerdys (Coord.). *Nuevos Horizontes en el Derecho de la Discapacidad: Hacia un Derecho Inclusivo*. Pamplona: Aranzadi, 2018. ISBN 978-84-9177-986-5.

DE LORENZO GARCÍA, Rafael. Hacia un Nuevo Derecho de la Discapacidad: delimitación, configuración y contenidos. A: MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio (Dir.), HEREDIA SÁNCHEZ, Lerdys (Coord.). *Nuevos Horizontes en el Derecho de la Discapacidad: Hacia un Derecho Inclusivo*. Pamplona: Aranzadi, 2018. ISBN 978-84-9177-986-5.

Departament de Relacions Institucionals i Participació de la Generalitat de Catalunya. *Guia d'ús de la Iniciativa Legislativa Popular* [recurs en línia]. Setembre de 2016. Barcelona, 2006. [Consultat 26/11/18]. Disponible a: <<https://goo.gl/9Uv5dB>>

ESTEVE PARDO, José. *Lecciones de Derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons. Ediciones jurídicas y sociales, 2014. ISBN 978-84-15948-98-8.

JARQUE GARCÍA, J. (21 de març de 2017). Diferencia entre adaptación curricular significativa y metodológica [post]. Recuperat de: <<https://goo.gl/7ixpz9>>.

JARQUE I JUTGLAR, Josep M. *Escrits per una escola inclusiva*. Barcelona: Octaedro, 2018. ISBN 978-84-17219-21-5.

LÓPEZ MELERO, Miguel. *Fundamentos y prácticas inclusivas en el Proyecto Roma*. Madrid: Morata, 2018. ISBN 978-84-7112-868-23.

MACARULLA, Isabel; SAIZ LLORET, Margarida (Coord.). *Bones practiques d'escola inclusiva. La inclusió d'alumnat amb discapacitat: un repte, una necessitat*. Barcelona: Graó, 2009. ISBN 978-84-7827-685-1.

MEDINA GARCÍA, Marta., *La educación inclusiva como mecanismo de garantías de la igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad. Una propuesta de estrategias pedagógicas inclusivas*. Director: Luis Cayo Pérez Bueno, Ana Peláez Narváez y Jesús Martín Blanco. Madrid: CINCA, 2017. ISBN 978-84-1666-841-0.

RODRÍGUEZ ZAPATERO, Juan., La doctrina jurisprudencial sobre el derecho a la educación inclusiva: evolución. La sentencia del Tribunal Supremo de 14 de diciembre de 2017. A: *Revista Anales de Derecho y Discapacidad*. Madrid: Fundación Derecho y Discapacidad y CERMI, 2018. Septiembre 2018., núm. 3., vol. III., pàg. 121-137. ISSN 9.

PASCUA MATEO, Fabio., El procedimiento para la protección de los derechos fundamentales. Evolución y disfunciones bajo la Ley 29/1998. A: *Revista de Administración Pública*., maig-agost 2011., núm. 185, pàgs. 113-162. ISSN 0034-7639.

PALOMAR, Alberto., FUERTES, Javier., *Interposición y admisión o inadmisión del recurso por el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona* [en línia]. Vlex. [Consulta: 16 de novembre de 2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/gDpDNB>>.

PALOMAR, Alberto., FUERTES, Javier., *Objeto para la protección de los derechos fundamentales de la persona* [en línia]. Vlex. [Consulta: 16 de novembre de 2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/mf8H6o>>.

PALOMAR, Alberto., FUERTES, Javier., *Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona* [en línia]. Vlex. [Consulta: 16 de novembre de 2018]. Disponible a: <<https://goo.gl/jtVfaa>>.