

REPTES DE L'EDUCACIÓ INCLUSIVA: L'ASSISTÈNCIA SANITÀRIA A L'ESCOLA

Raiha Gull Arshad
NIUB: 16854876
Treball Fi de Màster
Tutor: Antonio Madrid
Tutora externa: Anna Grañana

ÍNDIX D'ABREVIATURES

Ap.	Apartat
Art./Arts.	Article/Articles
CAP	Centre d'Atenció Primària
CC	Codi Civil Espanyol
CCCat	Codi Civil Català
CE	Constitució Espanyola
CIDPD	Convenció Internacional sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat
CtèCIDPD	Comitè Convenció Internacional sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat
DUDH	Declaració Universal dels Drets Humans
IE	Institut Escola
LAJ	Lletrat/da de l'Administració de Justícia
LJCA	Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la Jurisdicció Contenciós Administrativa
LOE	Llei Orgànica 2/2006, de 3 de maig, d'Educació
LOMLOE	Llei Orgànica 3/2020, per la qual es Modifica la Llei Orgànica 2/2006 de 3 de maig, d'Educació
LPAC	Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques
LRRJSP	Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de Règim Jurídic del Sector Públic.
ODS	Objectius de Desenvolupament Sostenible
SIEI	Suport Intensiu a l'Escola Inclusiva
TEA	Trastorn d'Espectre Autista
TEDH	Tribunal Europeu dels Drets Humans
TFUE	Tractat de Funcionament de la Unió Europea
TIS	Tècnic d'Integració Social
TS	Tribunal Suprem

ÍNDIX DEL CONTINGUT

1. OBJECTE DEL DICTAMEN	1
2. INTRODUCCIÓ	2
2.1. Anàlisi del supòsit de fet.....	2
2.2. Documentació aportada	3
2.3. Documentació requerida	4
3. QÜESTIONS PLANTEJADES.....	4
3.1. Qüestions de caràcter substantiu.....	5
3.2. Qüestions de caràcter processal	5
3.3. Qüestions complementàries a les vies processals.....	6
4. FONS JURÍDIQUES APLICABLES	6
4.1. Normativa internacional	6
4.2. Normativa europea.....	7
4.3. Normativa estatal.....	7
4.4. Normativa autonòmica.....	8
4.5. Jurisprudència	9
5. ANÀLISI JURÍDIC DEL CAS.....	9
5.1. Qüestions substantives plantejades.....	9
5.1.1. Vinculació dels poders públics a les exigències de la CIDPD i altres instruments internacionals, amb especial referència als Objectius de Desenvolupament Sostenible	9
a) Naturalesa de la CIDPD	9
b) L'educació com un Dret universal.....	11
c) L'educació en el marc de la CIDPD.....	11
d) Els ajustos raonables	13
e) Els Objectius del Desenvolupament Sostenible	14
5.1.2. Paper de les instàncies europees en l'àmbit educatiu i la proposta de Directiva del Consell sobre l'ampliació de la no discriminació en matèria d'educació.....	15
a) Naturalesa de la Carta dels Drets Fonamentals de la UE	15
b) Aplicabilitat per analogia de la Directiva 2000/78.....	16
c) Conveni Europeu sobre els Drets Humans	17
d) Guia jurisprudencial del TEDH	18
e) Proposta de Directiva d'igualtat de tracte i no discriminació més enllà de l'esfera professional	20
5.1.3. L'educació com a Dret fonamental i la inclusió com a garantia del Dret a la igualtat i no discriminació.....	22

a)	Reconeixement constitucional de Dret a l'educació i la no discriminació....	22
b)	L'educació a la Llei General de Persones amb Discapacitat	23
c)	L'equitat com a base del sistema educatiu a la LOE	24
d)	El caràcter integral i equitatiu del Dret a la salut	27
5.1.4.	Eficàcia material del Decret d'educació inclusiva a Catalunya i la problemàtica de l'intrusisme laboral.....	28
a)	Previsions sobre l'alumnat amb necessitats específiques.....	29
b)	Igualtat educativa i cooperació interadministrativa	30
c)	La "capacitació" de les persones no professionals	31
d)	L'assistència sanitària com un deure de l'administració autonòmica.....	33
5.2.	Pronunciaments jurisprudencials.....	34
5.3.	Qüestions processals plantejades	36
5.3.1.	Recurs d'alçada contra l'acte inicial	37
a)	Objecte.....	38
b)	Parts legitimades	38
c)	Procediment	40
5.3.2.	Recurs de revisió d'actes nuls	40
5.3.3.	Nou procediment administratiu general per instar l'atenció sanitària en el marc de l'educació inclusiva	42
5.3.4.	Potencial acte de denegació del suport sanitari: procediment ordinari davant la jurisdicció contenciós administrativa	43
a)	Objecte.....	43
b)	Parts legitimades	44
c)	Procediment ordinari.....	44
5.3.5.	Obligacions de l'administració pública derivades d'una disposició general: demanda per inactivitat davant la jurisdicció contenciós administrativa.....	45
5.3.6.	Procediment administratiu especial per instar una igualtat d'oportunitats per raó de la discapacitat	46
5.4.	Qüestions processals complementàries plantejades	48
5.4.1.	Queixa davant el Síndic de greuges de Catalunya.....	48
5.4.2.	Comunicació al Comitè de la CIDPD	49
6.	CONCLUSIONS	50
7.	EMISSIÓ DEL DICTAMEN	52
8.	BIBLIOGRAFIA.....	54
9.	ANNEX 1: ESQUEMA DELS PROCEDIMENTS PROCESSALS	57
10.	ANNEX 2 i 3: PROPOSTA D'ESCRITS JURÍDICS	58

1. OBJECTE DEL DICTAMEN

El present treball fi de màster es desenvolupa a través d'un dictamen jurídic amb propostes per tal d'iniciar un procediment administratiu o judicial i, si escau, un procediment davant als òrgans garants de la protecció dels drets.

El treball s'ha desenvolupat amb una clínica jurídica del programa dret al Dret de la Universitat de Barcelona. Concretament amb la clínica de diversitat funcional que compta amb la col·laboració de l'Institut Municipal de Persones amb Discapacitat de l'Ajuntament de Barcelona.

Gràcies a les pràctiques realitzades a l'IMPD vaig tenir l'oportunitat de conèixer el dret de la discapacitat i la seva aplicabilitat pràctica en el marc de les polítiques socials i del dret públic. Aquest fet em va permetre conscienciar-me sobre els drets socials reconeguts a l'ordenament jurídic i, per tant, exigibles. Així com, els nous reptes que han d'abordar les institucions per tal d'aconseguir eficàcia i eficiència en el reconeixement dels drets de les persones amb discapacitat i situar-les en igualtat de condicions a la resta de les persones en els diferents àmbits socials, polítics, laborals, educatius i d'altres en què es desenvolupa la vida de les persones.

Cal tenir en compte que les iniciatives legislatives impulsades tant per les institucions estatals i autonòmiques com locals han d'ajustar-se al contingut i els drets que reconeix la Convenció Internacional sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat.

És menester subratllar que la Convenció reconeix al seu article 24 el dret a una educació i a una educació inclusiva per a les persones amb discapacitat. En aquest mateix sentit, la Constitució espanyola estipula el dret a l'educació com un dret fonamental de tota la ciutadania. Aquest reconeixement és fonamental, però sense una eficàcia material queda buit de contingut i, en conseqüència, no es garanteix una educació de qualitat.

D'aquesta forma, s'ha observat que les persones amb discapacitat han de fer front a diferents obstacles per tal d'aconseguir les eines necessàries per gaudir d'aquest dret i sovint, no s'arriben a aconseguir els mitjans requerits. El fonament rau principalment en que cada persona requereix un determinat suport en funció de les seves necessitats específiques. Per tant, les administracions públiques han de realitzar els ajustos raonables -sempre i quan no suposin una càrrega desproporcionada- per atendre aquestes necessitats que poden comportar una desigualtat en l'exercici dels seus drets en igualtat de condicions que la resta de les persones.

Ara bé, s'ha observat en els últims anys que l'alumnat amb discapacitat que requereix una actuació sanitària dins el recinte escolar i a l'horari lectiu, amb prescripció mèdica, ha de recórrer a l'assistència familiar o bé a la figura de

vetllador/a que és “capacitat/da” per als professionals pertinents o, en alguns casos, es prescindeix directament de l’actuació sanitària.

Com es pot comprovar, es tracte de solucions poc òptimes en l’àmbit educatiu sotmès a les directrius del dret públic i al règim de les administracions públiques.

Així, en el present treball es planteja un supòsit de fet verídic d’una nena d’onze anys que requereix assistència sanitària per la qual estan lluitant tant la seva família com l’escola, atès que ha estat denegada per part del CAP de referència.

A la vista dels fets i a través del supòsit plantejat, es busca concretar els drets en controvèrsia i estudiar els mitjans judicials i administratius per garantir el dret a l’educació inclusiva de tot l’alumnat amb necessitats específiques. A més, el cas que s’analitza en el present dictamen pot resultar paradigmàtic, ja que, es tracta d’una situació que està present en diversos centres educatius i, per tant, afecta a diferent alumnat en el marc educatiu.

2. INTRODUCCIÓ

A continuació, es farà un anàlisi del cas plantejat per tal d’identificar el contingut del dret a l’educació inclusiva que es vulnera i quines són les actuacions materials que comporten l’existència d’aquesta vulneració. Addicionalment, també es farà referència a la posició jurídica de la família i del Departament a fi d’obtenir una solució per part de l’Administració Pública.

2.1. Anàlisi del supòsit de fet

Antecedents de fets

PRIMER.- La Maria és una nena d’onze anys que té diagnosticada Paraparèsia Espàstica familiar, una malaltia hereditària i degenerativa que es caracteritza per afectar al sistema neuro-muscular de forma constant en el temps i dona com a resultat determinades dificultats a la mobilitat, l’autonomia personal i a les funcions fisiològiques bàsiques.

En conseqüència, disposa un certificat de discapacitat de 79% emès en data de 18 de juny de 2021 i el certificat de dependència que reconeix un grau III amb data d’efecte de 21 de gener de 2021.

SEGON.- Fins els set anys la Maria assistia a una escola de Badalona, però tenint en compte les seves necessitats específiques es va orientar a la seva família a realitzar un canvi de centre educatiu que comptés amb mesures de suport ajustades a les necessitats de la Maria. D’aquesta forma, la seva família va decidir traslladar-la a l’IE Rafael Albertí, atès que comptava amb el recurs SIEI.

El SIEI és un suport proporcionat per la Generalitat i dirigit als alumnes amb necessitats educatives especials que requereixen un suport intensiu per poder

relacionar-se i aprendre. A través d'aquest recurs es busca dotar de mesures necessàries als centres educatius per aconseguir la inclusió de tot l'alumnat.

TERCER.- La Maria estava tenint dificultats a la funció urinària. Per atendre aquesta necessitat, el servei d'urologia de l'hospital Vall d'Hebron li va prescriure la necessitat de realitzar sondatge intermitent. Aquest s'ha de realitzar cada tres hores, la qual cosa suposa fer-ho dos cops a l'horari escolar.

QUART.- A la vista dels fets, pel curs 2020-2021, la directora del centre es va posar en contacte amb la inspecció de l'IE Rafael Albertí per informar-li de la situació. Paral·lelament, des del Departament d'Educació, es va enviar un requeriment als centres perquè indiquessin en una graella els noms de l'alumnat que necessita una atenció específica i es va instar als centres a posar-se en contacte amb els CAP de referència.

CINQUÈ.- A l'inici del nou curs 2021-2022 no s'havia rebut cap resposta per part del Departament d'Educació ni dels serveis d'inspecció. Malgrat això, el CAP sí que va donar una resposta al correu electrònic del TIS, que es va enviar per les indicacions del Departament, on sol·licitava el trasllat d'una persona professional al centre educatiu per efectuar les actuacions sanitàries a la Maria, però la resposta va ser en sentit negatiu. El CAP va esgrimir que en el marc familiar havien capacitat a l'àvia per realitzar els sondatges i que no hi havia la possibilitat de satisfer la demanda d'assistir a l'escola per fer els sondatges cada tres hores.

SISÈ.- Davant aquesta situació, la directora del centre va tornar a posar-se en contacte amb la inspectora i li va informar sobre la decisió del CAP. Aquesta va entendre que si des del CAP afirmen que no poden traslladar-se i que l'àvia està capacitada, llavors haurà de ser l'àvia qui es traslladi al centre.

SETÈ.- Tant la família com l'escola es mostren disconformes amb la situació. D'una banda, la família de la Maria entén que l'àvia és una dona gran no professional i, per tant, no es pot garantir una atenció sanitària de qualitat mentre que a la mare li resulta impossible acudir al centre cada tres hores i el pare està en recerca activa d'una feina. Per la seva part, l'escola considera que els sondatges han de ser realitzats per una persona professional i que, en cap cas, és admissible que una persona externa es traslladi de forma habitual al centre.

2.2. Documentació aportada

La documentació aportada es concreta en primer lloc, a provar les necessitats específiques de la Maria, és a dir, disposem del certificat de discapacitat i del certificat de dependència, ambdós actualitzats a l'any 2021.

Pel que fa a l'atenció concreta en el marc educatiu, comptem amb el Pla Individualitzat, també actualitzat, on es concreten les mesures i les adaptacions efectuades en l'àmbit l'escolar.

En relació amb les necessitats de realitzar sondatges intermitents, des de l'hospital Vall d'Hebron ens han facilitat l'informe mèdic on es motiva dita necessitat.

Finalment, disposem del correu electrònic del Departament d'Educació en el qual demanava informació sobre els/les alumnes amb necessitats específiques i instava a comunicar qualsevol situació d'atenció sanitària al CAP de referència. En la mateixa línia, també tenim els correus intercanviats entre l'escola i el CAP, que deixen constància de la negativa de l'últim a satisfer la demanda del centre.

2.3. Documentació requerida

Com s'ha exposat en els antecedents del cas, es va informar a la inspectora sobre la negativa del CAP de traslladar-se al centre a la inspectora de referència de l'IE Rafael Albertí i aquesta va subscriure la decisió del CAP.

No obstant això, aquesta confirmació de la inspectora i conformitat amb la negativa del CAP, que no va motivar la seva resposta, resulta imprescindible en tant que conformaria un acte administratiu pel qual s'insta al centre a recórrer al suport familiar i donar entrada a una persona externa al centre. En altres paraules, la negativa de l'Administració Pública a satisfer la demanda.

Ara bé, aquest acte es va formalitzar en una conversa telefònica entre la directora de l'escola i la inspectora, per tant, no hi ha constància escrita. És per això que s'ha sol·licitat un escrit on es deixi constància d'aquest fet, però molt probablement no serà possible aconseguir-ne.

3. QÜESTIONS PLANTEJADES

En primer lloc, cal tenir en compte que el supòsit de fet s'emmarca en l'àmbit del dret a l'educació, però en el present treball s'estudiarà la dimensió de l'educació inclusiva. Aquest adjectiu situat darrere de "l'educació" té una importància transcendental en tant que es configura com el contingut essencial del dret a l'educació.

Per tant, el present cas té com a objectiu concretar el contingut del dret a l'educació que es veu afectat per no disposar del servei sanitari i establir les possibles vies jurídiques per aconseguir l'eficàcia material d'aquest contingut essencial de l'educació inclusiva. No obstant això, en primer lloc, s'analitzarà aquest contingut essencial i el contingut prestacional del dret, les obligacions que se'n deriven pels poders públics i, en particular, quina administració ha d'executar les actuacions necessàries per desenvolupar la dimensió inclusiva del

dret a l'educació i, posteriorment, s'estudiaran les vies administratives i judicials per l'execució material de l'educació inclusiva, és a dir, sol·licitud de la prestació sanitària en l'àmbit de l'educació inclusiva.

3.1. Qüestions de caràcter substantiu

La primera qüestió es concreta en analitzar el reconeixement del dret a l'educació inclusiva en els instruments internacionals que ha ratificat l'Estat espanyol i, per tant, el reconeixement del qual és exigible als poders públics. En el mateix sentit, per tal de delimitar el contingut i l'exigència del dret a l'educació inclusiva, es tindran en compte els informes generals del Comitè de la CIDPD.

Per tant, pot la Maria exigir als poder públics que facin efectiu el seu dret a l'educació inclusiva? Quin seria l'abast i els límits d'aquesta exigència de conformitat a la CIDPD i els informes generals del Comitè?

En un segon pla, es plantegen qüestions relacionades amb les comeses assumides per l'Estat espanyol a través dels instruments legals aprovats en l'àmbit de l'educació inclusiva respecte la seva materialització i la importància del reconeixement del dret a l'educació a la Constitució espanyola.

En aquest sentit, quina rellevància té per la Maria el reconeixement del dret a l'educació a la constitució? Quin és l'abast de les obligacions que assumeix l'Administració estatal respecte a l'educació inclusiva d'acord amb la concreta regulació de la Llei orgànica d'educació? Quin és el compromís del poder executiu en relació amb el present dret?

Finalment, resulta menester fer referència a l'àmbit autonòmic de Catalunya per d'una banda, disposar d'un instrument específic de la inclusió educativa amb previsions concretes sobre l'atenció sanitària i d'altra, comptar amb una Llei d'igualtat de tracte i la no discriminació.

Aquestes previsions, ens plantegen abordar quines actuacions estan obligades a dur a terme l'administració competent? Pot la Maria exigir l'assistència sanitària en relació amb l'exercici del seu dret a una educació inclusiva? Si és així, quin és l'òrgan administratiu competent per subministrar el servei sanitari? I, com afecta la Llei 19/2020 d'igualtat de tracte i la no discriminació al nostre cas?

3.2. Qüestions de caràcter processal

Un cop analitzat el contingut, els límits i l'abast del dret a l'educació inclusiva, cal considerar si la Maria ostenta legitimació per iniciar accions jurídiques i especificar quines accions podria realitzar a fi que es reconegui el seu dret i es faci efectiu, és a dir, que se li garanteixi l'atenció sanitària prescrita pels professionals sanitaris.

La primera qüestió que se'ns planteja és respecte a la via administrativa que s'ha de seguir per aconseguir l'eficàcia material del dret. En aquest sentit, es pot

interposar un recurs d'alçada contra la decisió del CAP? Si no resulta possible, es podria iniciar un nou procediment administratiu? Quines serien les parts legitimades i l'objecte del litigi? Davant quin òrgan administratiu?

Ara bé, en l'àmbit autonòmic s'ha previst un procediment administratiu especial respecte amb la igualtat de tracte i no discriminació. Així, es podria iniciar aquest procediment especial? Davant quin òrgan? Quines serien les parts legitimades?

Finalment, si no resulta possible recavar la tutela de la via administrativa, com es podria abordar aquesta qüestió en la via judicial davant la jurisdicció contenciós administrativa? Quins serien els procediments a observar? Quin seria l'objecte del litigi i l'òrgan competent en cada cas?

3.3. Qüestions complementàries a les vies processals

El reconeixement dels drets i deures compta amb la garantia d'instar un procediment administratiu o judicial per tal d'exigir el compliment del contingut del dret en qüestió i garantir la seva eficàcia. Aquests són els procediments que es duen a terme o bé davant els jutjats o bé, davant l'administració pública¹.

No obstant això, existeixen altres alternatives que complementen els procediments judicials, com és el cas del defensor del poble, és a dir, de la Sindicatura de greuges que té com a missió última garantir els drets de tota la ciutadania.

I finalment, una última opció seria la presentació d'una comunicació davant les instàncies internacionals, això és, el Comitè de les Nacions Unides per l'habilitació del protocol facultatiu de la CIDPD.

4. FONS JURÍDIQUES APLICABLES

A continuació es farà referència a tota la normativa que s'ha considerat adient d'acord amb la matèria, parts intervinents i la territorialitat del supòsit plantejat.

4.1. Normativa internacional

Comitè sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat (CIDPD). Observació general N° 6 (2018) sobre la igualtat i no discriminació, 26 d'abril del 2016, CRPD /C/GC/6 [en línia].

Comitè sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat (CtèCIDPD). Observació general N° 4 (2016) sobre el dret a l'educació inclusiva, 25 novembre del 2016, CRPD /C/GC/4 [en línia].

¹ JUST, Rebecca. *Guía práctica de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas*. Primera edició, Barcelona; Editorial UOC, 2016. ISBN: 978-84-9116-613-9.

Convenció Internacional sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat, Nova York, 13 de desembre de 2006. (BOE [en línia], núm. 96, 21-4-2008, pàg. 20648 a 20659).

Convenció sobre els Drets de l'Infant, Nova York, 20 de novembre de 1989. (BOE [en línia], núm. 313, 31-12-1990, pàg. 38897 a 38904).

Declaració Universal dels Drets humans, París, 10 de desembre del 1948. (NU [en línia], resolució 217 A (III)).

Pacte Internacional sobre els Drets Econòmics, Socials i Culturals, Nova York, 19 de desembre de 1966. (BOE [en línia], núm. 103, 30-4-1977, pàg. 9343 a 9347).

Protocol facultatiu a la Convenció Internacional sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat, Nova York, 13 de desembre de 2006. (BOE [en línia], núm. 97, 22-4-2008, pàg. 20750 a 20752).

4.2. Normativa europea

Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea, Niça, 7 de desembre del 2000. (BOE [en línia], núm. 364, 18-12-2000, pàg. 1 a 22).

Conveni per la Protecció dels Drets Humans i de les Llibertats Fonamentals i protocols núm. 3 i 4, Roma, de 4 de novembre de 1950 i, 6 de maig de 1963 i 20 de gener de 1966, respectivament. (BOE [en línia], núm. 243, 19-10-1979, pàg. 23564 a 23570).

Directiva 2000/78/CE del Consell, de 27 de novembre de 2000, relativa a l'establiment d'un marc general per a la igualtat de tracte en l'ocupació i l'ocupació. (DOUE L [en línia], 303, 2-12-2000, pàg. 16 a 22).

Proposta de Directiva CNS 2008/0140 del Consell, de 2 de juliol de 2008, per la qual s'aplica el principi de igualtat de tracte entre les persones independentment de la seva religió o conviccions, discapacitat, edat o orientació sexual. (DOUE [en línia], 2-7-2008).

Tractat, 2012/C 326/01, 26 d'octubre de 2012, Tractat de Funcionament de la Unió Europea (DOUE C [en línia], núm. 326, 6-10-2012, pàg. 0001 a 0390).

4.3. Normativa estatal

Constitució Espanyola, de 29 de desembre de 1978. (BOE [en línia], núm. 311, 29-12-1978, pàg. 29313 a 29424).

Llei 14/1986, de 25 d'abril, General de Sanitat. (BOE [en línia], núm. 102, 19-5-1986).

Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la Jurisdicció Contenciós Administrativa. (BOE [en línia], núm. 167, 14-7-1997).

Llei 33/2011, de 4 d'octubre, General de Salut Pública. (BOE [en línia], núm. 240, 5-10-2011, pàg. 104593 a 104626).

Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques. (BOE [en línia], núm. 236, 2-10-2015, pàg. 89343 a 89410).

Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de Règim Jurídic del Sector Públic. (BOE [en línia], núm. 236, 2-10-2015).

Llei Orgànica 10/1995, de 23 de novembre, de Codi Penal. BOE [en línia], núm. 281, 24-11-1996).

Llei Orgànica 2/2006, de 3 de maig, d'Educació. (BOE [en línia], núm. 196, 4-5-2006, pàg. 17158-17207).

Llei Orgànica 3/2020, per la qual es modifica la Llei Orgànica 2/2006 de 3 de maig, d'educació. (BOE [en línia], núm. 340, 30-12-2020, pàg. 122868 a 122953).

Reial Decret de 24 de juliol de 1889 pel qual es publica el Codi Civil. BOE [en línia], núm. 206, 25-7-1989).

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 9 social. (BOE [en línia], núm. 289, 3-12-2013).

4.4. Normativa autonòmica

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], núm. 7477, 17-10-2017).

Decret 274/2018, de 20 de desembre, de reestructuració del Departament d'Educació. (DOGC [en línia], núm. 7774, 24-12-2018).

Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats de la infància i l'adolescència. (DOGC [en línia], núm. 5641, 2-6-2010).

Llei 18/2009, del 22 d'octubre, de salut pública. (DOGC [en línia], núm. 5495, 30-10-2009).

Llei 19/2020, del 30 de desembre, d'igualtat de tracte i no-discriminació. (DOGC [en línia], núm. 8307, 31-12-2020).

Llei 24/2009, de 23 de desembre, del Síndic de Greuges. (DOGC [en línia], núm. 5536, 30-12-2009).

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], núm. 5686, 5-8-2010).

4.5. Jurisprudència

Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (Sala Segona), de 21 d'octubre de 2021, assumpte C-824/19, Komisia za zashtita ot diskriminatsia.

Sentència del Tribunal Europeu dels Drets Humans (Secció 1^a), Assumpte G.L c. Itàlia, de 10 de setembre de 2020.

Sentència del Tribunal Constitucional 51/2021, de 15 de març de 2021.

Sentència del Tribunal Suprem 3257/2011 (Sala Contenciosa administrativa, secció 7a), de 09 de maig de 2011.

Sentència del Tribunal Suprem 1976/2017 (Sala Contenciosa administrativa, secció 4a), de 14 de desembre de 2017.

Sentència del Tribunal Suprem 1332/2021 (Sala Contenciosa administrativa, secció 4a), de 15 de novembre de 2021.

5. ANÀLISI JURÍDIC DEL CAS

5.1. Qüestions substantives plantejades

Un cop analitzats els antecedents de fet, cal concretar els drets potencialment vulnerats i la normativa en què es fa el reconeixement d'aquests drets.

5.1.1. Vinculació dels poders públics a les exigències de la CIDPD i altres instruments internacionals, amb especial referència als Objectius de Desenvolupament Sostenible

a) Naturalesa de la CIDPD

El principal instrument normatiu en matèria dels drets de les persones amb discapacitat és la Convenció Internacional sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat promulgada a Nova York en data de 13 de desembre de 2006.

Es tracta d'un instrument internacional i, per tant, la seva eficàcia depèn de la ratificació de l'Estat en qüestió. Amb la ratificació, l'Estat mostra la seva voluntat de vincular-se als drets i deures de la Convenció. En aquest sentit, l'Estat

espanyol va efectuar la ratificació en data de 3 de desembre de 2007 i va presentar l'instrument per a la ratificació el 9 d'abril de 2008².

D'aquesta manera, l'entrada en vigor es va produir el 3 de maig de 2008, transcorreguts els trenta dies des de la presentació de l'instrument de ratificació, de conformitat amb l'art. 45.2 de la CIDPD. Tanmateix i, d'acord amb l'art. 96.1 de la CE, els tractats internacionals, un cop publicats en el butlletí oficial de l'Estat, formen part de l'ordenament intern.

Aquesta norma va suposar una gran fita en el reconeixement dels drets de les persones amb discapacitat, considerant a aquesta última com un concepte que evoluciona en el temps i es troba subjecte tant a les barreres de l'entorn com a les derivades de l'actitud, que suposen un obstacle per a la seva participació en la societat en igualtat de condicions que la resta de les persones, d'acord amb el pronunciament establert al preàmbul de la CIDPD. A més, també emmarca la discapacitat com un component clau del desenvolupament sostenible.

Així mateix, reconeix que la discriminació per raó de la discapacitat constitueix una vulneració dels drets humans i del valor inherent de l'ésser humà i, és per això, que s'han de promoure i protegir els drets de les persones amb discapacitat.

Ara bé, cal tenir en compte que la Convenció no constitueix drets especials *ex novo* per a les persones amb discapacitat, sinó que els hi reconeix de forma general i en igualtat de condicions que la resta. De manera que els Estats parts han d'adoptar les mesures necessàries perquè aquests drets siguin també efectius per a les persones amb discapacitat³.

El cos normatiu de la Convenció es troba distribuït en principis generals -de l'art. 1 al 9-, els drets civils i polítics -del 10 fins a l'art. 30- i finalment, els drets econòmics i socials -de l'art 24 fins al 30-.

En relació amb els principis generals i en correlació al cas plantejat és destacable la configuració del concepte de la discriminació i els ajustos raonables. Aquests últims són el principal instrument per remoure i crear l'existència de condicions que permeten gaudir dels drets a les persones amb discapacitat en el mateix pla que la resta de les persones. El dret a la no discriminació previst a l'art. 5 en relació amb l'incís III de l'art. 2, es configura com un eix vertebrador de tot l'articulat i inspira el contingut de la Convenció.

² United Nations. *Treaty Collection* [en línia]. <https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=en>. [Consulta: 22 d'octubre de 2021].

³ SIMÓN, Cecilia. BARRIOS, Ángela, GUTIÉRREZ, Héctor. MUÑOZ, Yolanda. Equidad, Educación Inclusiva y Educación para la Justicia Social. ¿Llevan Todos los Caminos a la Misma Meta?. *Revista Internacional de Educación para la Justicia Social*, 2019, vol. 9, núm. 2, pàg. 18. ISSN: 2254-3139. Disponible a: <<https://revistas.uam.es/riejs/article/view/riejs2019.8.2.001>>.

Amb aquesta concepció de la igualtat, la discriminació és entesa com a qualsevol conducta de “distinció, exclusió o restricció” duta a terme amb motiu de la discapacitat dirigida a limitar o bé obstaculitzar el gaudi dels drets humans i fonamentals per part del col·lectiu en totes les esferes de la societat, i s’inclou també la denegació dels ajustos raonables, d’acord amb els arts. 2 i 5.3 de la CIDPD. Per tant, s’obliga els Estats a prohibir i adoptar les mesures necessàries per a garantir la protecció idònia en contra de la discriminació. Així mateix, amb la finalitat de promoure la igualtat, els Estats han de prendre les mesures pertinents per assegurar la realització dels ajustos raonables.

b) L’educació com un Dret universal

Pel cas que ens ocupa, hem de considerar el principal dret en controvèrsia, és a dir, el dret a l’educació. Es tracta d’un dret humà fonamental reconegut en la mateixa Declaració Universal dels Drets Humans, adoptada en data de 10 de desembre de 1948, per la qual es reconeix que tota persona té dret a l’educació i així, al desenvolupament de la personalitat i l’enfortiment del respecte dels drets humans. Aquesta estipulació, a més, ha de ser interpretada a la vista de l’art. 7 de la DUDH, que estipula el dret a igualtat davant la llei i a la protecció d’aquesta enfront de qualsevol discriminació que vulneri el contingut de la DUDH. En les bases de l’art. 26 de la DUDH, el Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals de 16 de desembre de 1966, també reconeix al seu art. 13, el dret a l’educació com un element essencial per al desenvolupament personal i potenciar el respecte dels drets humans i drets fonaments, però va més enllà en tant que obliga als Estats, pel compliment del present dret, a executar les actuacions necessàries per garantir l’accés a l’educació de totes les persones.

Un altre instrument clau en el reconeixement del dret a l’educació de la infància és la Convenció sobre els Drets de l’infant de 20 de novembre de 1989, concretament l’art. 28 estableix l’obligació dels Estats parts a reconèixer el dret i garantir-ne l’accés i la disposició de l’educació. Altrament, aquesta convenció també es refereix als infants amb discapacitat, als quals els hi reconeix el dret a una vida plena i decent que els hi permeti poder desenvolupar-se per si mateix/a i participar en l’esfera social. En aquesta línia, l’ap. 2 de l’art. 23, obliga als Estats parts a proporcionar l’assistència i cures necessàries, sobretot destinades a l’accés a l’educació i, en conseqüència, al desenvolupament individual i a la inclusió social.

c) L’educació en el marc de la CIDPD

Com es pot comprovar, el dret a l’educació gaudeix de la màxima protecció normativa pel que fa al seu reconeixement. Es prohibeix l’existència de qualsevol mena de discriminació i és inalienable per totes les persones. D’aquí que a través dels diferents instruments internacionals s’ha buscat reforçar el seu reconeixement, sobretot pels col·lectius en situació de vulnerabilitat. No obstant això, el transcurs en el temps i l’evolució de la societat fins als nostres dies ha

provat que el reconeixement del dret a l'educació per si mateix és insuficient, precisament quan ens trobem davant de grups de persones més vulnerables, que mostren els diferents reptes als quals ha de fer front l'educació per ser efectiva per a totes les persones en igualtat de condicions, per la qual cosa, resulta imprescindible *l'adjectivitzar* a fi d'obligar als Estats a remoure totes aquelles circumstàncies que impedeixen l'efectivitat del present dret⁴.

És per això que la CIDPD al seu art. 24 tracta sobre una educació inclusiva inspirada en els valors dels Tractats sobre els Drets humans i en mira de potenciar el desenvolupament de les aptituds mentals i físiques de les persones amb discapacitat i la seva participació en la societat sobre la base de l'educació, és a dir, a través de la garantia d'aquest dret, impulsar la inclusió del col·lectiu en la comunitat. En conseqüència, és un deure dels Estats parts assegurar-se que les persones amb discapacitat puguin accedir en les diferents etapes acadèmiques en igualtat de condicions. Així, realitzar tots els ajustos raonables pertinents i posar a disposició les mesures de suport necessàries i personalitzades que facilitin el desenvolupament acadèmic i social⁵.

Com a resultat, la CIDPD fa un reconeixement doble. L'eficàcia i l'eficiència del dret a l'educació i inclusiva va lligada a la inclusió i participació del col·lectiu en la societat. D'aquesta manera, també es busca intensificar l'autonomia i la independència de les persones amb discapacitat per dur a terme els seus respectius plans de vida a través de la conscienciació de la discapacitat i l'aprenentatge dels mitjans de comunicació alternatius, com és el llenguatge de Braille i/o signes.

Donada la importància del present dret, el CtèCIDPD en data de 25 de novembre de 2016 va emetre l'Observació general núm. 4 per l'avaluació i el desenvolupament del dret a l'educació inclusiva. L'Observació estipula que la garantia d'aquest dret comporta la transformació política, social i de totes les esferes de l'educació formal i informal per atendre les necessites i identitats de cada alumne i lluitar contra les discriminacions per així, reconèixer la diversitat de les persones amb discapacitat.

De nou, el Comitè indica que ens trobem davant un dret fonamental que s'entén com un mitjà per fer efectius altres drets fonamentals. Per tant, és imprescindible que els Estats inverteixin recursos en la promoció de l'educació inclusiva per

⁴ *op, cit.* SIMÓN, Cecilia. BARRIOS, Ángela. GUTIÉRREZ, Héctor. MUÑOZ, Yolanda. Equidad, Educación Inclusiva y Educación para la Justicia Social. ¿Llevan Todos los Caminos a la Misma Meta?.

⁵ MEDINA, Javier. Ajustes razonables y apoyos en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Retos y dificultades. *Studia Historica. Historia Contemporánea* [en línia]. Salamanca; ProQuest, 2018, vol. 36. ISSN: 0213-2087. . [Consulta: 26 de desembre de 2021]. Disponible a: <<https://www.proquest.com/publiccontent/docview/2188103480?pq-origsite=primo>>

aconseguir un entorn educatiu integral. Aquest model educatiu ha de comptar amb capdavant el compromís de les institucions a l'hora d'incorporar polítiques i pràctiques necessàries a fi de consolidar un model educatiu inclusiu amb pràctiques com l'assistència mèdica en l'entorn de l'ensenyament, entre altres. La idea principal rau en el fet de proporcionar a l'alumnat de forma individualitzada una resposta d'acord amb les seves necessitats, fent ús dels ajustos raonables enlloc de circumscriure a aquests en el sistema ja existent.

d) Els ajustos raonables

Els Estats han de prioritzar el reconeixement d'un suport específic i els ajustos raonables oportuns a tots els nivells de l'ensenyament. Aquesta premissa ha de ser interpretada amb el concepte d'accessibilitat que formula el Comitè en tant aquesta suposa que l'entorn de l'alumnat ha d'estar dissenyat pel foment de la inclusió, la qual cosa, suposa garantir, entre altres, el servei sanitari sense cap mena de cost per l'alumnat. Fins i tot, s'insta als Estats a prohibir i sancionar l'existència d'infraestructura inaccessible en els termes establerts. En la mateixa línia, l'Observació recull el principi d'acceptabilitat de les necessitats de les persones amb discapacitat amb la finalitat de dirigir els recursos a la satisfacció d'aquestes necessitats, atès que la inclusió i la utilitat són dues característiques que han de definir l'educació de forma recíproca.

En el cas plantejat, la Maria requereix una atenció sanitària individualitzada en l'àmbit de l'educació, però aquesta atenció és en realitat una concreció dels ajustos raonables que persegueixen evitar l'existència d'una discriminació per raó de la discapacitat i, pel seu impacte, una limitació del dret a l'educació.

Els ajustos raonables i el dret a la no discriminació proclamat a l'art. 5 de la CIDPD tenen una relació intrínseca, així ho especifica l'ap. 3, obligant als Estats a efectuar els ajustos raonables necessaris a fi de promoure la igualtat i eliminar la discriminació. En aquest sentit, l'Observació núm. 6 del CtèCIDPD emesa en data de 26 d'abril de 2018, recull els elements fonamentals pels quals s'ha de procedir a la realització de l'ajust raonable. Aquesta valoració s'ha de dur a terme considerant si l'ajust resulta, en primer lloc, jurídicament possible o en la pràctica és factible i, en segon lloc, si és necessari i adequat per l'exercici del dret en qüestió -és a dir, del dret a l'educació- valorant la càrrega derivada de l'adopció del ajust raonable.

Per tot l'exposat, i de conformitat amb la normativa internacional analitzada, els poders públics sí tenen l'obligació d'atendre la necessitat sanitària de la Maria en tant que aquesta es tradueix en un ajust raonable en l'àmbit educatiu per tal de garantir l'accés a l'educació en consideració de la diversitat que suposa la discapacitat. A més, el dret a una educació de qualitat donant resposta a les necessitats de l'alumnat a través dels ajustos raonables, és la que consagra una educació inclusiva, que visibilitza els col·lectius en situació de vulnerabilitat i les

situa en igualtat de condicions que la resta de les persones. En conseqüència, es promou la participació i inclusió de les persones amb discapacitat i alhora es consagra la igualtat inclusiva per la qual les imitacions d'una persona no han d'esdevenir la base per la denegació o restricció del gaudi dels seus drets, atès que la discapacitat és un element identitari de les persones que suma a la diversitat de les societats.

Per tant, la no realització d'aquest ajust raonable per a la representada constitueix, a més, una discriminació per raó de la discapacitat. Tal com preveu l'Observació núm. 6, els ajustos raonables estan intrínsecament lligats amb el dret a la no discriminació, que no tenen cap relació amb l'accessibilitat o mesures específiques, donat que la denegació d'un ajust raonable suposa un detriment del gaudi i l'exercici d'altres drets fonaments, com és l'educació.

e) Els Objectius del Desenvolupament Sostenible

Finalment, cal ressaltar la importància dels disset objectius de desenvolupament sostenible establerts de forma consensuada per les Nacions Unides per aconseguir la pau social a través de les mesures transformatives dirigides a la sostenibilitat i a la resiliència. Així, el 25 de setembre de 2015, l'ONU va aprovar aquests disset ODS a partir dels Objectius del Mil·lenni i va configurar una Agenda 2030 per a la implementació de les accions per parts dels Estats membres, i aquells que van signar una aliança, a fi de culminar amb els disset objectius⁶. És per això que l'actual govern estatal compta amb un Ministeri de Drets Socials i Agenda Social, que s'encarrega d'elaborar propostes i executar les polítiques del Govern per a la implementació dels ODS⁷.

Entre els diferents objectius de caràcter integrat i indivisible que comprenen les esferes socials, ambientals i econòmiques es troba l'objectiu 4 sobre la consecució d'una educació de qualitat, equitativa i de qualitat per a totes les persones garantint l'accés igualitari, inclòs el de les persones amb discapacitat⁸. L'educació es conforma com un objectiu base per a la consecució de la resta dels objectius.

⁶ Assemblée General. *Resolució aprovada per l'Assemblée General el 25 de setembre de 2015* [en línia]. Nacions Unides, 21 d'octubre de 2015. [Consulta: 08 de novembre de 2021]. Disponible a <https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S>.

⁷ Ministeri del Govern. *Conoce la Agenda* [en línia]. Ministeri de Drets Socials i Agenda 2030. Madrid, 2021. [Consulta: 08 de novembre de 2021]. Disponible a <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/agenda2030/conoce_la_agenda.htm>.

⁸ *op. cit.* Assemblée General. *Resolució aprovada per l'Assemblée General el 25 de setembre de 2015* [en línia]...

5.1.2. Paper de les instàncies europees en l'àmbit educatiu i la proposta de Directiva del Consell sobre l'ampliació de la no discriminació en matèria d'educació

Pel que fa a la competència legislativa europea en matèria de l'educació, convé ressaltar que és exclusiva dels Estats membres, sense perjudici del suport o col·laboració que poden aportar les institucions europees, però es tracta d'una matèria sobre la qual la UE no intervé amb normes imperatives. Per tant, aquesta matèria és abordada pels Estats en l'àmbit del territori europeu majoritàriament a través de les previsions de la Convenció Europea sobre els Drets Humans i el corresponent Tribunal⁹.

a) Naturalesa de la Carta dels Drets Fonamentals de la UE

Des de l'any 2000 la UE compta amb una norma fonamental en matèria de drets i llibertats fonamentals. Es tracta de la Carta sobre el Drets Fonamentals de la UE que posteriorment, va ser reconegut en el Tractat de Lisboa. Aquesta Carta respon a la voluntat de la UE d'establir un instrument únic de reconeixement exprés dels drets humans i llibertats fonamentals¹⁰. Per tant, ens trobem davant del primer text europeu sobre el reconeixement dels drets civils, polítics, econòmics i socials per a tota la ciutadania europea i les persones residents al territori de la Unió¹¹.

La Carta en l'àmbit de l'educació preveu a l'art. 14, integrat al capítol II relatiu a la llibertat, el dret de totes les persones a l'educació i l'accés a ella en igualtat de condicions. En relació al dret a l'educació, també és destacable l'art. 21, previst al capítol III sobre la igualtat, que estipula la no discriminació entre altres motius, per raó de la discapacitat en tant que, tal com s'ha exposat anteriorment, els ajustos raonables es constitueixen com punt d'unió entre un determinat dret i la no discriminació de les persones amb discapacitat en l'exercici d'aquest.

Ara bé, convé tenir present que la Carta no es configura com un mecanisme reactiu davant qualsevol vulneració dels drets continguts en ella, sinó que per tal d'al·legar una infracció de la Carta resulta menester disposar d'un acte de les institucions de la UE o dels Estats membres respecte al desenvolupament o

⁹ EUR-Lex. El acceso al Derecho de la Unión Europea. *Reparto de competencias en la Unión Europea* [en línia]. <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Aai0020>>. [Consulta: 30 de novembre de 2021.]

¹⁰ ABELLÁN, Victoria; VILÀ, Blanca; OLESTI, Andreu. *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*. Sisena edició actualitzada. Barcelona: Planeta, 2011. pàg. 288. ISBN: 978-84-344-6965-5.

¹¹ European Parliament. *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea* [en línia]. <https://www.europarl.europa.eu/charter/default_es.htm>. [Consulta: 30 de novembre de 2021.]

aplicabilitat de la legislació comunitària¹². En conseqüència, no resulta viable acudir al Tribunal de Justícia de la UE per la vulneració del dret a l'educació contingut a la Carta. No obstant això, mitjançant una interpretació extensiva, sí que es podria al·legar la vulneració de l'art. 21 per no atendre els pronunciaments continguts en la Directiva 2000/78/CE del Consell, de 27 de novembre de 2000, relativa a l'establiment d'un marc general per a la igualtat de tracte en el treball i l'ocupació.

Així mateix, l'art. 26 de la Carta reconeix a les persones amb discapacitat beneficiar-se de mesures que garanteixin la seva autonomia, integració social i participació en la vida comunitària. No obstant això, en l'actualitat no existeix cap instrument normatiu europeu específic de reconeixement dels drets de les persones amb discapacitat, com pot ser la Llei General sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat a nivell estatal. Per tant, l'existència del present article és fonamental, atès que ens trobem davant un instrument de drets fonamentals, però de moment no disposem la concreta legislació que ens permeti al·legar la vulneració del present art. 26.

b) Aplicabilitat per analogia de la Directiva 2000/78

Com hem vist anteriorment, en matèria de l'educació no existeix normativa europea. Ara bé, des de l'àmbit europeu sí que s'ha realitzat un desenvolupament legal sobre els ajustos raonables en relació al dret a la no discriminació a l'esfera professional. Aquesta previsió es troba regulada a la Directiva 2000/78 que tracta sobre la igualtat en l'esfera de treball i ocupació. Per tant, és interessant valorar l'aplicabilitat dels ajustos raonables que estableix la Directiva en l'àmbit educatiu mitjançant la tècnica de l'analogia. Dita tècnica ens permet traslladar una regulació preexistent a una situació de naturalesa anàloga o similar que no està regulada.

Així, el que ens interessa d'aquesta Directiva és l'art. 5 sobre els ajustos raonables per a les persones amb discapacitat. Es tracta d'un article de contingut independent que compta amb un objectiu propi per a la consecució del qual, estableix una sèrie d'obligacions per a les persones empresàries -en el nostre cas, es tractaria del Departament d'Educació com proveïdora del servei educatiu-. Reconeix que per a la garantia d'igualtat de tracte de les persones amb discapacitat s'efectuaran ajustos raonables, que impliquen l'adopció de les mesures oportunes en funció de les necessitats concretes d'una situació particular a fi de permetre a les persones amb discapacitat accedir al treball -en el nostre cas, a l'educació-, llevat que suposi una càrrega desproporcionada.

¹² *op. cit.* ABELLÁN, Victoria; VILÀ, Blanca; OLESTI, Andreu. *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo...* pàg. 290.

D'aquesta manera, el TJUE va reconèixer que els ajustos raonables han d'interpretar-se de forma àmplia en tant que es tracta de remoure les barreres que dificulten la participació plena i efectiva de les persones amb discapacitat en la vida professional -educativa- en igualtat de condicions que la resta de les persones. Aquest imperatiu implica realitzar les comprovacions necessàries per tal de proveir una ajuda material, personal o organitzativa¹³.

c) Conveni Europeu sobre els Drets Humans

A part de la Unió Europea, hi ha Estats d'Europa que també formen part del Consell d'Europa -cura amb no confondre amb el Consell Europeu o Consell de la Unió Europea que són institucions que formen part d'aquesta-. El Consell d'Europa és una organització internacional aliena a la UE constituïda amb la finalitat de defensar, protegir i promoure els drets humans i, entre les seves tasques més significatives des de la seva constitució el 1949, destaca l'elaboració del Conveni Europeu sobre els Drets Humans a l'any 1950¹⁴.

La característica més important d'aquesta norma és la creació d'una Comissió Europea dels Drets Humans i el Tribunal Europeu dels Drets Humans. La primera s'encarrega de propiciar acords entre les parts confrontades i, la segona, decideix sobre un litigi que planteja una vulneració del dret humà del Conveni. Aquesta vulneració pot ser plantejada tant per les persones particulars dels Estats com pels mateixos Estats, que han signat el conveni i reconeixen la competència dels dos òrgans per conèixer els assumptes¹⁵.

El contingut del Conveni no només està conformat pel text inicial que es va aprovar el 1950, sinó que més endavant s'han anat aprovant protocols addicionals a aquest text inicial. D'aquesta forma, el dret que ens interessa en relació al nostre cas sobre l'educació, està configurat a l'art. 2 del protocol primer del Conveni aprovat a París a l'any 1951 i, estableix que a cap persona se li podrà denegar el dret a l'educació en tant que dret individual i subjectiu.

¹³ Sentència del Tribunal de Justícia (Sala Segona), de 21 d'octubre de 2021, assumpte C-824/19, Komisia za zashtita ot diskriminatsia,

¹⁴ Govern d'Espanya. *Consell d'Europa* [en línia]. Ministeri d'Assumptes Exteriors, Unió Europea i Cooperació. Madrid, 2021. [Consulta: 06 de desembre de 2021]. Disponible a <<http://www.exteriores.gob.es/portal/es/politicaexteriorcooperacion/consejodeeuropa/paginas/inicio.aspx>>.

¹⁵ FERNÁNDEZ, Francisco José. El Consejo de Europa. *Anuario jurídico y Económico Escorialense* [en línia]. Madrid: 2014, núm. 47. pàg. 57-91. [Consulta: 28 de novembre de 2021]. Disponible a <<https://www.proquest.com/docview/1528550573/fulltextPDF/57DD75CDF35649B1PQ/1?accountid=15293>>. [Accés restringit].

d) Guia jurisprudencial del TEDH

Aquest dret ha sigut objecte d'interpretació per part del TEDH, que ha anat determinant i desenvolupant el seu contingut amb ocasió de les controvèrsies que se li han plantejat respecte al dret a l'educació. En aquest sentit, en data de 31 d'agost de 2021 des del TEDH es va publicar una guia jurisprudencial amb els casos més rellevants que s'han plantejat davant el Tribunal i els dictàmens i/o decisions de la Comissió. Es tracta d'una guia que determina els diferents extrems del dret a l'educació, però en el nostre cas només es farà referència a l'exclusió del present dret respecte a les persones amb discapacitat¹⁶.

Així, sobre les consideracions pel que fa a la discriminació en l'accés a l'educació es fa referència concreta a les persones amb discapacitat. En primer lloc, s'estipula que són escassos els supòsits que s'han plantejat davant els òrgans del Consell sobre l'accés a l'educació de les persones amb discapacitat. No obstant això, tenint present els que sí que han conegut, la Comissió afirma que l'alumnat amb discapacitat ha de rebre l'educació en *inclusió* amb altres nens i nenes de la seva edat, és a dir, es recomana no segregar a l'alumnat amb discapacitat, tot i que s'haurà de valorar el supòsit concret i els mitjans disponibles per part de l'Estat. Per la seva part, el Tribunal estableix que la seva tasca no és concretar les mesures que han de desplegar els Estats respecte a les necessitats de les persones amb discapacitat, atès que són un òrgan internacional i, per tant, no es troben en una posició adient per realitzar valoracions de caire intern d'un Estat.

Altrament, el punt dos de l'art. 2 del protocol primer estableix que els Estats han de garantir els drets del progenitors d'escollir l'ensenyament que considerin oportú en base a les seves conviccions religioses i filosòfiques. En aquest sentit, la Comissió assenyala que aquest dret no implica que l'alumnat amb discapacitat mental o amb sordesa severa hagi d'acudir als centres ordinaris perquè així ho considerin els progenitors. De la mateixa manera, la denegació de la instal·lació d'un ascensor a un centre o la negativa d'aquest a admetre un/a alumnat amb discapacitat no infringeix l'art. 2. Ara bé, si durant una etapa escolar la legislació nacional estipula el dret de subministrar el suport necessari, llavors la denegació d'aquest suport sí que constituiria una vulneració de l'art. 2.

A més, el TEDH va establir en una de les sentències de la guia que l'educació inclusiva és l'instrument primordial per la garantia dels principis a la no discriminació i gaudi universal del dret a l'educació. Així les modificacions necessàries i apropiades i ajustos que no imposin una càrrega desproporcionada o excessiva en el cas concret, han de ser necessàriament proveïdes, doncs són

¹⁶ European Court of Human Rights, *Guide on Article 2 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*. Case-law analysis [en línia]. Estrasburg, 31 d'agost de 2021. <<https://n9.ci/dx2u5>>. [Consulta: 06 de novembre de 2021]

un dret de les persones amb discapacitat a fi d'exercir els drets humans i les llibertats fonamentals en igualtat de condicions que la resta de les persones.

Finalment, cal destacar el recent pronunciament del TEDH sobre els suports específics per l'alumnat amb necessitats específiques¹⁷.

Es tracta d'una alumna que tenia autisme i dificultats en la comunicació verbal. En l'etapa de l'educació infantil va comptar amb el suport d'una persona especialitzada que tenia una dotació de vint-i-quatre hores distribuïdes a la setmana. Aquest suport es basava en el reconeixement que fa l'ordenament jurídic italià amb l'objectiu de promoure la inclusió, socialització i autonomia de l'alumnat amb necessitats específiques, és a dir, es reconeix un sistema educatiu inclusiu i es garanteix el dret de les persones amb discapacitat a assistir als centres d'educació ordinària. És per això que s'estableix també l'existència de serveis pedagògics que assisteixen a l'alumnat amb necessitats específiques juntament amb el professorat titular de la classe.

Ara bé, quan l'alumna accedeix a l'educació primària l'administració deixa de proveir el servei, la qual cosa comporta que l'alumna repeteixi el curs. Davant aquesta situació, els pares demanen a l'administració municipal que s'atorgui el servei assistencial. No obstant això, l'administració no respon fins transcorreguts sis mesos i resol la petició dient que no disposen de recursos financers suficients per sufragar el suport assistencial. Per tant, en el transcurs del curs acadèmic els pares decideixen contractar el suport pel seus mitjans privats.

Tenint en compte els fets i, sobretot el reconeixement del dret italià, el Tribunal entén que hi ha hagut una discriminació en l'àmbit educatiu envers l'alumna. Aquesta discriminació té lloc per la infracció del dret a l'assistència "especialitzada" de l'alumna per gaudir del sistema educatiu en igualtat de condicions que la resta de les persones i, per tant, existeix una discriminació per raó de la discapacitat.

Així mateix, el Tribunal esgrimeix que les autoritats van prescindir de realitzar un balanç just entre les necessitats de l'alumna i la capacitat financera de l'administració a l'hora de retallar l'assistència. A més, tampoc es van valorar les conseqüències de prescindir d'aquest servei sobre l'alumnat amb i sense necessitats específiques. Tanmateix, el Tribunal considera que la mancança dels recursos financers també es podia haver superat a través de la reducció del pressupost en general i d'aquesta manera, les conseqüències d'aquesta falta de recursos afectaria a tot l'alumnat en igualtat de condicions sense recórrer a la supressió dels ajustos raonables per l'alumnat que requereix d'especial protecció per exercir els seus drets en igualtat de condicions.

¹⁷ Sentència del Tribunal Europeu dels Drets Humans (Secció 1^a), Assumpte G.L c. Itàlia, de 10 de setembre de 2020.

Es tracta d'una sentència molt interessant pel nostre cas en tant que també busquem una atenció "especialitzada", és a dir, sanitària. És cert que l'administració autonòmica no ha denegat el suport de forma expressa per la mancança de recursos econòmics, però tampoc ha dut a terme les actuacions oportunes a fi que aquest suport sanitari estigui present pel tot l'alumnat que així ho requereix.

Finalment, és essencial remarcar la rellevància que atorga el reconeixement d'un suport a les normatives, atès que obliga directament a les administracions públiques i és l'element principal sobre el qual versen les seves decisions els Tribunals. En altres paraules, si en l'assumpte analitzat no existís una norma que reconeix el dret al suport a l'escola, molt probablement el pronunciament del TEDH hauria estat un altra tenint en compte les dificultats econòmiques de l'administració

- e) Proposta de Directiva d'igualtat de tracte i no discriminació més enllà de l'esfera professional

En el dret comunitari existeixen tres directives que regulen la discriminació per raó de gènere, origen o ètnia i en el treball i ocupació, respectivament. Així, l'any 2008 la Comissió de la Unió Europea, amb la finalitat d'ampliar la protecció contra la discriminació i complementar les directives ja existents, va adoptar una proposta de Directiva per la qual s'aplica el principi d'igualtat de tracte entre les persones independentment de la seva religió o conviccions, discapacitat, edat o orientació sexual¹⁸.

Pel seu costat, el Parlament Europeu va emetre un dictamen d'acord amb el procediment previst en el Tractat de Niça aprovant així la proposta. Malgrat això, a l'any 2009 també va entrar en vigor el Tractat de Lisboa i, per tant, els procediments per a l'aprovació de la Directiva han d'observar els pronunciaments de l'art. 19 del TFUE¹⁹. Dita circumstància, suposa que tota acció dirigida a lluitar contra la discriminació amb motiu de religió o conviccions, discapacitat, edat o orientació sexual requereixi un acord per unanimitat adoptat en un procediment especial i, amb prèvia aprovació del Parlament Europeu. En conseqüència, a causa del requisit d'unanimitat i de procediment especial, la tramitació de la proposta va quedar paralitzada.

¹⁸ Proposta de Directiva del Consell, de 2 de juliol de 2008, per la qual s'aplica el principi de igualtat de tracte entre les persones independentment de la seva religió o conviccions, discapacitat, edat o orientació sexual

¹⁹ MARTÍNEZ, Inmaculada. Una primera aproximación a la propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. *Revista Aranzadi Unión Europea* [en línia]. 2020, núm. 5. <<https://n9.cl/p1reg>>. [Consulta: 06 de desembre de 2021.]

L'any 2019, l'Agència Europea de Drets Fonamentals va instar a la UE a prosseguir amb l'aprovació de la proposta a la vista de les nombroses discriminacions detectades, sobretot en l'àmbit de l'educació, protecció social i accés a l'habitatge, i plasma en el seu informe que aquesta realitat continua existint en els països europeus. En aquest sentit, la Comissió va aprovar una comunicació per tal d'alterar les majories i fixar una majoria qualificada seguint el procediment legislatiu ordinari i no l'especial²⁰.

Pel que fa al contingut de la proposta, aquesta pretén abordar les discriminacions que poden produir-se en l'àmbit de l'accés a la protecció social, a l'educació i accés i subministrament de béns i serveis, inclòs el d'habitatge. Respecte a l'educació, que és un dels més controvertits en tant que la seva regulació per part de la UE pot suposar la invasió de les competències estatals, la proposta reconeix que dita competència està reservada als Estats És per això que s'efectua una regulació genèrica relacionada amb l'obligació d'aquests de proveir un sistema educatiu inclusió en tots els nivells de conformitat amb la CIDPD²¹.

Finalment, cal destacar la concreta previsió a l'art. 4 de la proposta respecte de la discriminació per raó de la discapacitat, que es produeix majoritàriament per la denegació dels ajustos raonables. Ara bé, es concreta que l'exigència dels ajustos raonables no és absolut, és a dir, es podrà denegar dita exigència si suposa una càrrega desproporcionada. Per tal de valorar si ens trobem davant una càrrega excessiva a l'hora de realitzar els ajustos raonables, caldrà considerar les característiques dels actors obligats a proveir aquests ajustos, ja que els recursos que pot disposar una administració estatal no són els mateixos que els disposats per una PYME i en el mateix sentit, també convé analitzar si hi ha alternatives als ajustos raonables demandats, en cas que suposin una càrrega²². D'aquesta forma, la proposta impulsa l'elaboració d'una llista no exhaustiva que serveixi per valorar si ens trobem davant d'una càrrega excessiva.

En tot cas, l'art. 4 estableix un accés efectiu de les persones amb discapacitat a la protecció social, assistència sanitària, a l'educació i a l'accés als béns i serveis i el seu subministrament, inclòs l'habitatge.

Per tot l'exposat, ens trobem d'una proposta fonamental per a la regulació dels drets socials de la ciutadania europea mitjançant la qual la UE es disposa a

²⁰ *op. cit.* MARTÍNEZ, Inmaculada. Una primera aproximación a la propuesta de Directiva del Consejo... pàg. 2.

²¹ *op. cit.* MARTÍNEZ, Inmaculada... pàg. 8.

²² *op. cit.* Proposta de Directiva del Consell, de 2 de juliol de 2008, per la qual s'aplica el principi de igualtat de tracte entre les persones independentment de la seva religió o conviccions, discapacitat, edat o orientació sexual

convertir-se en un espai lliure de discriminacions i garant dels drets fonamentals i internacionals en tot el territori europeu. Es tracta d'una iniciativa que pot servir per instaurar un model legislatiu comú per tots els Estats membres, com ja succeeix amb el lliure desplaçament de persones, mercaderies i capital. És evident que aquesta futura Directiva no comptarà amb la mateixa força jurídica, però és un pas més per a l'establiment de bases comú sobre l'exercici dels drets socials i subjectius de la persona.

Pel que fa al cas que ens ocupa, l'aprovació d'aquesta Directiva suposaria poder accedir al TJUE per l'existència d'una discriminació basada en la denegació dels ajustos raonables a una persona amb discapacitat -denegació de l'assistència sanitària- i obstaculització en el seu accés a l'educació. En el mateix sentit, també seria possible invocar la vulneració de l'art. 14, 21 i 26 de la Carta. Per tant, es tractaria d'un instrument clau pels casos com el que estem treballant.

5.1.3. L'educació com a Dret fonamental i la inclusió com a garantia del Dret a la igualtat i no discriminació

a) Reconeixement constitucional de Dret a l'educació i la no discriminació

Els instruments normatius internacional defineixen el dret a l'educació no només com un dret de caire individual, sinó que la qualitat i la inclusió d'aquest dret a l'educació transcendeix a la col·lectivitat i en l'assentament del respecte dels Drets humans i fonamentals. Aquest és, precisament, el model que s'ha configurat també en el marc estatal mitjançant el reconeixement del dret a l'educació com un dret fonamental²³.

La CE al seu art. 27 estableix el dret a l'educació de tota la ciutadania, sense cap mena de matisació. La concreta ubicació del present dret en la secció primera del capítol II sobre els drets i llibertats fonamentals, té una gran rellevància en tant que gaudeix de màximes garanties constitucionals.

El contingut del dret a l'educació es concreta en el lliure desenvolupament de la personalitat humana basada en el respecte dels valors democràtics i dels drets fonamentals. Aquest fet, suposa una relació directa amb l'art. 10 de la CE que estableix com a element essencial de l'ordre públic i la pau social, el lliure desenvolupament de la personalitat. En aquest sentit, l'educació és la impulsora

²³ CARO, María Dolores. Educación, Gobierno Abierto y progreso: los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) en el ámbito educativo. Una visión crítica de la LOMLOE. *UB Revista de Educación y Derecho*, 2021, vol. 23, pàg 6. [Consulta: 27 d'octubre de 2021] ISSN 2386-4885. Disponible a: <<https://doi.org/10.1344/REYD2021.23.34443>>.

de la pau social a través del desenvolupament de l'individu, en el pla personal, i les bases democràtiques, en el pla col·lectiu²⁴.

Es tracta d'un dret subjectiu amb projecció objectiva de caràcter social conformat amb un contingut prestacional, que pot anar més enllà d'una educació de qualitat, això és, contemplar també al seu contingut prestacional, l'assistència a alumat amb necessitats específiques. Aquesta última previsió és transcendental, perquè sense una educació inclusiva per a totes les persones en igualtat de condicions, tampoc podríem parlar d'una igualtat real i efectiva que reconeix l'art. 14 en relació amb l'art. 9.2 i 49 de la CE, sobre la integració de les persones amb discapacitat i la garantia de l'exercici dels seus drets fonamentals previstos a la Constitució²⁵.

És a dir, el dret a la igualtat constitucional té una triple dimensió en tant que es configura com un valor social i democràtic -art. 1.1-, la realitat i efectivitat del qual ha de ser promogut pels poders públics -art. 9.2- en relació amb el dret fonamental a la igualtat de totes les persones sense que pugui prevaldre cap mena de discriminació -art. 14-, inclosa la produïda per raó de la discapacitat com un supòsit especial, ja que, l'art. 14 es configura com un *numerus apertus* susceptible d'emparar qualsevol discriminació de diferent índole a l'especificat a la literalitat de l'art.14²⁶.

És per això que la discriminació per raó de la discapacitat no únicament versa en conductes materials que impliquen una discriminació, sinó que tractar jurídicament igual a les persones amb discapacitat i persones sense discapacitat obviant les dificultats a les quals han de fer front les primeres, implica una discriminació per igualació, això és, de tipus indirecte per part dels poders polítics i legislatius²⁷.

b) L'educació a la Llei General de Persones amb Discapacitat

Pel que fa a la legislació, ens trobem davant de veritables normes imperatives, la vulneració de les quals pot ser directament al·legada davant els Tribunals per instar als poders públics a fer o deixar de fer una determinada actuació.

²⁴ *op.cit.* CARO, María Dolores. Educación, Gobierno Abierto y progreso: los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) en el ámbito educativo...

²⁵ MARTÍNEZ, Fernando. El ideario educativo constitucional... inclusivo. UNED, *Revista de derecho político* [en línia]. Madrid: ProQuest, maig-agost 2021, núm. 111, pàg. 10. [Consulta: 30 d'octubre de 2021]. ISSN 0211979X. Disponible a: <<https://n9.cl/0lcuc>>. [Accés restringit].

²⁶ MARTÍNEZ, Fernando. *Derecho antidiscriminatorio*. 1ª edició. Navarra: Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2019, pàg 25. ISBN: 978-84-1308-707-8.

²⁷ *op. cit.* MARTÍNEZ, Fernando. *Derecho antidiscriminatorio*... pàg. 279.

En l'àmbit de les persones amb discapacitat, la norma més important és 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 i de la seva inclusió social. Es tracta d'una Llei bàsica sobre els drets de les persones amb discapacitat, que busca garantir de forma real i efectiva l'exercici dels seus drets en consonància amb la CE i la CIDPD.

És la primera Llei estatal que configura el model de la Convenció, donat que considera a les persones amb discapacitat com subjectes titulars de drets i imposa als poders públics vetllar perquè es doni l'exercici d'aquests drets. D'aquesta forma, es tracta de proporcionar eines a fi que, com la resta de les persones, les persones amb discapacitat també puguin dur a terme els seus projectes de vida sobre la base de la igualtat de tracte i oportunitats. Per això, se n'ocupa de regular la promoció de l'autonomia personal, l'accés al treball i inclusió social, entre altres.

Així, també s'encarrega de la regulació concreta del dret a l'educació. És cert, que el desenvolupament integral de l'educació inclusiva és remès a la LOE, però s'estipulen els principis bàsics respecte a les persones amb discapacitat que ha d'observar l'educació.

D'aquesta manera, conforma el contingut del dret a l'educació la igualtat, gratuïtat i la qualitat d'aquesta en el mateix pla que la resta de la ciutadania, d'acord amb l'art. 18. Per la seva part, les administracions educatives han de vetllar per la garantia de l'assistència de l'alumnat amb discapacitat als centres educatius proporcionant mesures en atenció a les necessitats educatives individuals i, a través de suports i ajustos raonables per l'alumnat, que requereixi una atenció particular respecte del seu aprenentatge o inclusió. Altrament, conforme l'art. 21, aquestes funcions han de ser dutes a terme amb la col·laboració dels serveis de suport educatiu per realment fer efectiva la inclusió.

c) L'equitat com a base del sistema educatiu a la LOE

Un cop analitzades les previsions específiques de la normativa especial sobre els drets de les persones amb discapacitat, convé ressaltar la regulació general del dret de l'educació, és a dir, per raó de la matèria.

Aquest seria el cas de la LOE, que recentment ha estat modificada per la LOMLOE. Dita modificació, que paral·lelament va estipular la derogació de la LOMCE a través de la disposició derogatòria única, va entrar en vigor en data de 19 de gener de 2021.

Per tant, considerant integrades les modificacions de la LOMLOE, la LOE fa referència a una educació inspirada en els valors de la inclusió com l'eix vertebrador, en particular reconeix l'eficàcia de l'educació inclusiva com un dret humà de totes les persones atenent els principis de la CIDPD i promou la inclusió

dels col·lectius més vulnerables. Així mateix, també proclama l'educació inclusiva com un principi i no com una mesura específica dirigida a les necessitats d'una persona o grup de persones i d'aquesta forma, contribuir en el desenvolupament de totes les persones, afavorir l'equitat i contribuir en la cohesió social.

Un cop analitzats els objectius de la Llei respecte a la inclusió, cal considerar la regulació concreta sobre aquest element de l'educació inclusiva. En aquest cas, es farà referència concreta a la inclusió de les persones amb discapacitat com un element més, que conforma l'educació inclusiva.

D'aquesta forma, un dels principis generals de la Llei és l'equitat, entesa com un factor que garanteix la igualtat d'oportunitats en l'àmbit de l'educació inclusiva, la igualtat d'oportunitats i drets per fer front a qualsevol mena de discriminació i accessibilitat universal. Així, es configura l'educació com un element que actua envers les desigualtats, especialment a les derivades d'una situació de discapacitat d'acord amb el que estableix la CIDPD. És per això que el títol II de la Llei s'ocupa de regular el règim de l'educació en equitat com propulsora d'una educació inclusiva, concretament el capítol I, que fa referència a l'alumnat amb necessitats especials de suport educatiu.

Ens diu l'art. 73.1, que per l'alumnat amb necessitats especials de suport educatiu, s'ha d'entendre tot aquell que ha de fer front a les barreres d'accés, presència, participació o aprenentatge derivades de la seva discapacitat i, per la qual cosa, requereixen de suports o atenció específica. S'obliga a les administracions públiques a guiar-se pels principis de normalització i inclusió per la consecució de la no discriminació i igualtat a l'hora de donar accés o permanència en el sistema educatiu a les persones amb discapacitat.

En conseqüència, i conforme l'art. 71, és un deure de les administracions públiques destinar els recursos necessaris a l'alumnat, que;

“requereixi una atenció diferent a l'ordinària, per presentar necessitats educatives especials [...]”.

El sentit del present art. 71 pot comportar a confusió en tant que es pot considerar que fa referència als centres d'educació especial, però tenint en compte l'esperit del títol, es tracta d'una atenció no diferent de l'ordinària, sinó complementària concretada en una atenció específica a fi de compensar les dificultats derivades d'unes determinades condicions. Amb aquesta disposició dels recursos al servei de l'alumnat es busca garantir el lliure desenvolupament personal d'aquest.

El present deure de les administracions també es veu reforçat pel mandat directe de l'art. 112.3 respecte als centres que reben un volum major de l'alumnat amb necessitats específiques, que reconeix la recepció de recursos humans i/o materials complementaris necessaris per a l'atenció adequada de l'alumnat. En

tot cas, pel mandat de l'art. 72, les administracions públiques han de disposar de personal especialitzat i qualificat sent un deure de l'administració educativa, el proporcionar els mitjans necessaris per atendre adequadament les necessitats de l'alumnat.

Finalment, convé ressaltar que la Llei també contempla les dificultats en l'accés a l'educació derivada de les desigualtats dels grups més vulnerables i, aquí també quedaria comprés el col·lectiu de l'alumnat amb discapacitat. D'aquesta forma, s'imposa a les administracions públiques desenvolupar certes accions per eliminar les barreres que obstaculitzin el seu accés, presència i participació en l'àmbit d'educació. És per aquesta circumstància, que l'art. 80 preveu la realització dels ajustos raonables, en funció de les necessitats individuals, per corregir aquestes dificultats i garantir l'eficàcia de l'educació inclusiva. A més a més, l'art. 81.2 reconeix que existeixen zones geogràfiques on s'arriba a concentrar un volum més elevat de persones en situació de vulnerabilitat i per aquestes zones en concret, s'insta a les administracions públiques a desenvolupar iniciatives amb la finalitat de compensar aquesta situació.

Malgrat que el cas ens ocupa es centra en una situació particular, és important tenir en compte que la Maria té una discapacitat física, la qual cosa comporta que el seu exercici dels drets parteixi d'unes condicions de desigualtat respecte la resta de les persones i, per tant, formi part d'un grup susceptible de vulnerabilitat²⁸. Tanmateix, l'IE Rafael Albertí compta amb més alumnat amb necessitats específiques a part de la Maria, i s'ubica en una zona geogràfica de Badalona que compta amb diversos grups en risc d'exclusió social per raones culturals, socials o econòmiques. Per tant, per si mateix és deure del Departament d'Educació vetllar per remoure aquestes desigualtats.

És menester subratllar que la LOE, a través de la modificació operada per la LOMLOE, ha assumit un compromís real de comptar amb els recursos necessaris per atendre en millors condicions els suports de l'alumnat amb discapacitat. S'emmarca aquest objectiu per donar compliment a les previsions de l'art 24.2 de la CIDPD -realitzar ajustos raonables o donar suports necessaris a les persones amb discapacitat, entre altres- i els ODS, concretament el núm. 4 i per aquest motiu, s'ha establert un termini de deu anys per a les administracions i el Govern a fi d'elaborar aquest pla i transicionar cap a un model basat, en la majoria dels casos, en l'educació inclusiva als centres d'educació ordinària.

²⁸ Cal tenir present, que en el present cas s'està fent referència a la "vulnerabilitat" com una situació o característica que ve determinada pel context i les condicions socials, econòmiques o polítiques en què es troba una persona o grup de persones i, no com una condició inherent de la pròpia persona o grup de persones. Per ampliar aquesta idea de "vulnerabilitat" i "vulnerabilitat", podeu consultar la següent obra: MADRID, Antonio; *Vulneración y vulnerabilidad: dos términos para pensar hoy la gestión socio-política del sufrimiento*. A: SOLÉ, Jordi; PIÉ, Asun; GIL, Silvia; JORDANA, Ester; RAMÓN, José. *Políticas del Sufrimiento y la Vulnerabilidad*. Primera edició, Barcelona; Icaria Editorial, 2018, pàg. 55 a 73. ISBN: 978-94- 9888-846-1.

Aquesta mesura podria semblar tot un avanç en els drets de les persones amb discapacitat, però la realitat mostra que no suposa cap progrés ni canvi en el paradigma del dret a l'educació inclusiva. Certament, el contingut de la CIDPD va entrar en vigor per l'Estat espanyol a partir de l'any 2008, des de llavors s'ha produït l'aprovació de dues lleis educatives -LOMCE i LOMLOE- sense comptar que la pròpia LOE, aprovada el 2006, podia haver ajustat el seu contingut a les previsions de la Convenció. Per tant, el nou pla que estableix la LOMLOE en la seva disposició addicional quarta reflecteix l'endarreriment en la provisió de l'educació inclusiva en la legislació estatal²⁹.

d) El caràcter integral i equitatiu del Dret a la salut

Com s'ha vist anteriorment, l'exercici del dret a l'educació en igualtat de condicions que la resta de les persones requereix la realització dels ajustos raonables. L'assistència sanitària esdevé un ajust raonable per la Maria en pla educatiu. No obstant això, la protecció de la salut és un dret de tota la ciutadania, previst a l'art. 43 de la CE com un principi rector de la política social i econòmica, que obliga als poders públics a tutelar i organitzar la sanitat a través de les prestacions i els serveis necessaris.

Per tant, l'assistència sanitària és un dret independent de l'educació que ostenta la Maria.

En aquest sentit, la Llei 14/1986, de 25 d'abril, General de Sanitat ve a donar eficàcia material a l'art. 43 de la CE i reconeix la titularitat del dret a la sanitat a totes les persones residents a Espanya. Els mitjans i les actuacions del sistema sanitari, que instaura la present llei, tenen com a finalitat promoure la salut i prevenir les malalties. L'art. 3 estipula que tant les administracions estatals com les autonòmiques han de desenvolupar les actuacions sanitàries en base a una concepció integral de la sanitat. D'aquesta forma, es pot entendre que aquestes actuacions no només es circumscriuen dins l'àmbit sanitari, sinó que el seu caràcter integral comporta que dita assistència es pugui realitzar també en altres àmbits, com és l'educatiu.

Ahora, les administracions públiques, en el desenvolupament de les seves funcions sanitàries, han d'elaborar programes dirigits a la població amb major risc i programes específics a la vista dels factors de risc. També, han de vetllar per a la millora de qualitat de l'assistència sanitària a tots els nivells -es podria incloure també l'educatiu-. Aquestes dos comeses establertes a l'ap. 5 i 16 de l'art. 18 s'han de interpretar tenint en compte l'ap. 19 sobre la intensificació dels serveis dirigits a les malalties que impliquen l'existència d'una discapacitat.

²⁹ ALMENDROS, Ignacio. *La LOMLOE y el derecho a la educación inclusiva*. Un blog de El Diario de la Educación [en línia]. Madrid, Foro de Sevilla. Por Otra Política Educativa, 2021. [Consulta: 31 d'octubre de 2021]. Disponible a: <<https://n9.cl/sam4f>>.

D'altra banda, la Llei 33/2011, de 4 d'octubre, General de Salut Pública estableix al seu art. 3 com un principi general d'acció en salut pública, l'equitat. Aquesta implica elaborar polítiques, plans i programes en mira de potenciar la disminució de les desigualtats en la salut conforme els factors socials. A més, reconeix de forma expressa que les actuacions dels poders públics hauran d'atendre de forma específica les necessitats de les persones amb discapacitat. Així mateix, l'art. 19 obliga a les administracions a dur a terme la prevenció de problemes de salut amb l'objectiu de reduir la incidència de certes malalties que comporten una discapacitat o bé atenuar i reduir, sempre que sigui possible, les conseqüències negatives d'aquestes malalties³⁰.

Finalment, en aquesta dimensió sanitària com un dret de les persones amb discapacitat, convé ressaltar les previsions de la Llei General sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat. D'aquesta manera, els arts. 10 i 11 reconeixen el dret de les persones amb discapacitat a la protecció de la salut, inclosa també la prevenció, promoció i recuperació, com també l'obligació de les administracions públiques de proveir una atenció específica al col·lectiu. Tanmateix, l'art. 11, estipula que els poders públics han de dirigir les seves actuacions a la prevenció de les deficiències de la discapacitat atenent a la diversitat de cada persona amb discapacitat, és a dir, s'ha de proporcionar una atenció adequada segons les necessitats de cada persona.

En conclusió, la Maria té diagnosticada una malaltia greu, les conseqüències de la qual suposen l'existència d'una discapacitat a més de la necessitat d'una atenció intensificada donada la naturalesa de dita malaltia. Per tant, la manca del suport sanitari suposa també una afectació al dret a la salut. És a dir, una persona professional de la salut, això és, una persona habilitada per exercir les funcions mèdiques dins el marc sanitari català, va prescriure la necessitat de realitzar els sondatges i per tal atenuar les implicacions negatives que pot comportar la malaltia, és obligació de l'administració sanitària el proveir aquest suport fora de l'àmbit hospitalari i familiar.

5.1.4. Eficàcia material del Decret d'educació inclusiva a Catalunya i la problemàtica de l'intrusisme laboral

Des de l'àmbit autonòmic, la competència en matèria d'educació està compartida entre l'Estat i les comunitats autònomes d'acord amb l'art. 149.1.30 i 149.3 de la CE. En aquest sentit, Catalunya compta amb la Llei 12/2009, del 10 de juliol, d'educació i pel desplegament d'aquest, sobretot per garantir una educació inclusiva basada en l'equitat, es va aprovar el Decret 150/2017, de 17 d'octubre, de l'atenció educativa a l'alumnat en el marc d'un sistema educatiu inclusiu.

³⁰ Cal tenir en compte, que el present epígraf desenvolupa les previsions realitzades per les normatives en matèria de la salut. Per tant, la terminologia utilitzada respon a un model mèdic i, no al model social de la discapacitat configurat a la CIDPD.

No obstant això, abans d'analitzar els concrets drets que estarien en conflicte a la vista del present Decret, també cal tenir present un instrument normatiu addicional per raó del subjecte. Així, el primer seria la Llei 14/2010, del 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència, concretament l'art. 50.2 estipula el dret de la infància i l'adolescència amb discapacitat a gaudir d'un sistema educatiu inclusiu amb els ajustaments i suports necessaris per potenciar el desenvolupament acadèmic, personal i social. També, de conformitat amb l'art. 40.3, tenen dret a gaudir d'una assistència sanitària adequada a les seves necessitats, per la qual cosa, els poders públics han de prestar una atenció especial i remoure conductes discriminatòries envers l'adolescència i infància amb discapacitat³¹.

a) Previsions sobre l'alumnat amb necessitats específiques

L'objecte del present Decret és la inclusió de tots els centres sostinguts amb fons públics a través de l'establiment de mesures de suports per atendre les necessitats de tot l'alumnat.

Així, tot alumnat se subscriu en l'àmbit subjectiu del Decret i, en particular, aquell que requereix mesures de suport específiques degut a les seves necessitats específiques o de l'entorn en què resideix. La finalitat d'aquestes mesures és garantir el lliure desenvolupament de la personalitat i avançar en les consegüents etapes educatives.

Per tant, el Decret preveu tot un seguit de situacions que poden ser susceptibles de demandar o necessitar mesures de suport. És per això que en funció de la necessitat de cada alumnat, se li destinaran o bé mesures universals o bé mesures universals i addicionals o ambdues últimes més mesures intensives. Ara bé, cal efectuar una diferenciació entre les mesures i els suports per a l'atenció. Així, les primeres van dirigides a facilitar l'aprenentatge i la participació de l'alumnat, que en el cas de les persones amb discapacitat es tradueix en la seva inclusió en la societat, i els segons, són els recursos humans, materials i de la metodologia. En el nostre cas, la situació de necessitat específica és derivada d'una discapacitat física a conseqüència d'una malaltia degenerativa, segons estableix l'art. 3.4 a), la qual suposa el requeriment d'un suport, concretament d'un suport personal professional.

Davant aquestes situacions, entre les funcions que ha de dur a terme l'administració educativa, és a dir, el Departament d'Educació, conforme l'art. 5 del Decret, es troben:

“h) Garantir la sectorització i la coordinació dels serveis educatius i els sociosanitaris per assegurar una atenció educativa de proximitat a l'alumnat.

³¹ MONZÓN, Eva. *El nou Decret d'educació inclusiva: una norma positiva que deixa obertes algunes qüestions*. Un blog d'El Diari de la l'Educación [en línia]. El blog de l'educació social. 4 de maig de 2018. [Consulta: 06 de novembre de 2021]. Disponible a: <<https://n9.cl/nfedaf1>>.

l) Vetllar perquè en els centres quedin cobertes les necessitats d'assistència sanitària i parasanitària dels alumnes que ho requereixin, especialment els que tenen estats de salut clínicament complexos. Amb aquesta finalitat el Departament ha d'establir convenis de col·laboració amb altres departaments amb competències en la matèria”.

A la vista d'aquests dos preceptes, podem concloure que efectivament és un dret de l'alumnat en el marc de l'educació inclusiva, percebre dels centres educatius l'atenció sanitària per cobrir les necessitats mèdiques derivades dels estats de salut clínicament complexos, com pot ser la Paraparesia espàstica familiar. De la literalitat dels preceptes, podem extreure que la lletra h) impulsa a l'administració educativa a donar resposta a les necessitats sanitàries de l'alumnat a través de la col·laboració amb els CAP, però si aquestes necessitats són més “complexes”, llavors serà la persona professional de la salut qui s'hauria de dirigir al centre, és a dir, que la lletra i) inverteix la càrrega d'execució cap als mateixos CAP.

Per tot l'exposat, es pot comprovar que les administracions públiques estan obligades a actuar de forma coordinada i en base al principi de cooperació interadministrativa per tal de garantir el dret a l'educació inclusiva de les persones amb discapacitat. Per tant, existeix una obligació del Departament d'Educació de col·laborar amb el Departament de Salut, o altres departaments, i atorgar l'assistència mèdica necessària davant casos clínicament complexos. A més, l'eficàcia del present dret està directament vinculada amb l'eficiència del dret a la igualtat de tracte i no discriminació, que es veu encara més reforçat a través de l'aprovació de la Llei 19/2020, del 30 de desembre, d'igualtat de tracte i no-discriminació.

b) Igualtat educativa i cooperació interadministrativa

Aquesta nova Llei té per objecte l'estipulació d'una regulació integral de les garanties pel reconeixement del lliure desenvolupament de la personalitat i configurar el dret a una mirada d'igual a igual sense que pugui prevaldre cap tipus d'acte de discriminació o intolerància mitjançant una protecció real i efectiva. En conseqüència, la Llei pretén garantir el dret a la igualtat de tracte i no discriminació i erradicar qualsevol actuació o comportament que pugui atemptar contra la dignitat de les persones tant en l'àmbit privat com públic, compreses totes les esferes d'actuació de les administracions públiques.

Així, en l'àmbit de l'educació, l'art. 10.2 de la Llei 19/2020 obliga al Departament competent -d'Educació- garantir el dret a una educació inclusiva independentment de les qualitats o limitacions i, sobretot, s'haurà de garantir l'atenció pertinent pel que fa a l'alumnat amb necessitats específiques de protecció, ajuda i suport. D'aquesta forma, el Departament haurà de posar a disposició els recursos humans i materials per fer efectiva la igualtat i la no discriminació.

Altrament, també cal destacar l'art. 3 de la Llei 40/2015, de l'1 d'octubre del Règim Jurídic del Sector Públic, de les administracions públiques han d'actuar guiades pel principi de l'interès general de la ciutadania i a l'hora de desenvolupar les seves funcions públiques han de respectar la cooperació, col·laboració i coordinació entre les mateixes administracions públiques.

En conseqüència, el Departament d'Educació conjuntament amb altres administracions públiques, com pot ser el Departament de Salut, té el deure de proveir els suports de caràcter personal professional que requereix la Maria degut a les dificultats que comporta una malaltia complexa. A més, formaria part dels col·lectius d'especial protecció a causa de les necessitats específiques derivades de la discapacitat física, que la situen en una posició creditora de les mesures necessàries per gaudir d'una educació inclusiva i la seva integració social.

Paral·lelament, el no atorgament per part de l'administració d'aquests ajustos raonables suposa una vulneració d'igualtat de tracte respecte amb la resta de les persones que no requeririen un suport específic i, per tant, suposa una discriminació envers l'alumnat amb necessitats específiques en l'àmbit de l'educació. Aquesta no disposició dels suports necessaris, pot suposar també una vulneració dels principis de cooperació interadministrativa al servei de l'interès general, atès que la situació de la Maria és una realitat present en diversos centres educatius que no disposen de recursos necessaris per realitzar aquests ajustos.

c) La "capacitació" de les persones no professionals

En els últims anys, com a conseqüència de l'aprovació del Decret d'inclusió el 2017, es va iniciar un progressiu trasllat i escolarització als centres d'educació ordinària de l'alumnat amb necessitats específiques. No obstant això, en els casos d'alumnes amb necessitats més severes, es va començar a detectar una carència de recursos personals pel que fa a l'atenció sanitària. Així, a la vista de la lluita i reclamació de les famílies i les escoles per aconseguir el servei d'assistència sanitària, el Departament d'Educació va impulsar la "capacitació" de les persones vetlladores amb l'objectiu que siguin aquestes les que executin les actuacions enlloc d'una persona professional. D'aquesta forma, la "capacitació" de les funcions sanitàries es continua realitzant per atendre les necessitats sanitàries de l'alumnat que ho requereix. Ara bé, aquestes "capacitacions" no operen com una resposta automàtica davant tot l'alumnat amb necessitats específiques, atès que hi ha casos en què sí s'ha atorgat el suport sanitari, però són l'excepció.

Tanmateix, resulta problemàtica la tendència de "capacitar" a persones que no disposen de coneixements específics en la matèria d'infermeria. En el cas de Catalunya, regeix el III Conveni col·lectiu del sector del lleure educatiu

sociocultural de Catalunya pels anys 2011 a 2016, que es prorroga d'any en any, fins que no s'aprovi un de nou. Aquest conveni, preveu sis categories professionals, concretament el grup tres es circumscriu en l'àmbit educatiu referent al personal de intervenció. Dintre d'aquesta categoria, la concreta tasca de "vetllar" a l'alumnat amb necessitats específiques és realitzada pel personal de monitor/a d'educació en el lleure, que té com a funció:

"exercir la seva activitat educativa en el desenvolupament de programes, dins del marc pedagògic establert per l'activitat d'acord amb la legislació vigent, i desenvolupa la seva funció educativa en la formació integral dels infants i joves, i té cura de l'ordre, seguretat, alimentació i neteja personal i esbarjos dels infants. Aquesta categoria és d'aplicació al personal comprès en les activitats dels serveis d'acollida, transport escolar, reforç a l'aula, menjadors escolars, programes i projectes en el medi natural, activitats extraescolars, esplais, tallers no socioculturals, colònies, aules d'estudi i d'altres assimilables dins i fora del marc escolar".

Per poder dur a terme aquestes tasques, s'exigeix estar, preferentment, en disposició del Títol de monitor/a d'activitats d'educació en el lleure infantil i juvenil o d'un certificat equivalent de professionalitat i/o experiència acreditada. Com es pot comprovar de les funcions que són pròpies all/a la monitor/a d'educació en el lleure, que no requereix, necessàriament una titulació, doncs pot ser suficient amb un certificat d'experiència acreditada i, per tant, en cap cas disposen de coneixements sanitaris. És a dir, la "capacitació" dels/les monitors/es implica la realització per part d'una persona d'activitat per l'exercici del qual no disposa la titulació necessària. Això és, intrusisme, perquè l'assistència sanitària ha estat classificada com un coneixement propi i, en conseqüència, esdevé un encàrrec professional. Per tant, els coneixements per desenvolupar dita assistència no poden ser adquirits amb cursos de certes hores.

Ara bé, es tracta d'un problema a nivell estatal, tot i que la solució ha de ser proporcionada per les comunitats autònomes, si han desenvolupat una legislació pròpia i han assumit el compromís de garantir l'educació inclusiva, com és el cas de Catalunya. En tot cas, des de l'àmbit estatal es va crear la Plataforma Estatal de Infermeria Escolar, que ha agafat força en les respectives comunitats autònomes³².

Així, el passat 26 de novembre de 2021 la Plataforma per la infermera Escolar va fer un comunicat exposant la seva preocupació envers el Departament d'Educació, atès que a petició de la Plataforma, des de la Salut Pública van convocar una reunió en data de 24 de novembre de 2021, en què van assistir set professionals de CatSalut, però cap del Departament d'Educació. Dita situació,

³² Nace la Plataforma Estatal de Enfermera Escolar para acabar con la gran "asignatura pendiente" de nuestro país. A: *Sindicato de Enfermería* [en línia]. 2 d'abril de 2019. <<https://n9.cl/pbaw5>>. [Consulta: 28 de novembre de 2021.]

va suposar un important descontent per part de la Plataforma i en la comunicació, van plasmar la seva inquietud en relació amb la materialització de la proposta de la diputada Esther Niubó, realitzada en data de 28 de novembre de 2019, sobre la incorporació de la figura de la Infermera a tots els centres educatius i sobre la tendència de “capacitar” a la figura de vetllador/a per efectuar funcions sanitàries³³.

d) L'assistència sanitària com un deure de l'administració autonòmica

Pel que fa al dret a la sanitat, l'Estatut d'autonomia de Catalunya també reconeix el dret de totes les persones -incloses les persones amb discapacitat- a l'assistència sanitària de responsabilitat pública sota les condicions d'igualtat i gratuïtat.

A més, tal com succeeix amb el dret a l'educació, que està desenvolupat per les comunitats autònomes, l'organització i gestió de la salut també és realitzada per les comunitats autònomes de conformitat amb l'art. 41 de la Llei 14/1986.

Així, la Llei 18/2009, del 22 d'octubre, de salut pública estableix en l'art. 3 k) que l'execució de les prestacions i serveis sanitaris han d'ajustar-se, entre altres principis informadors, al principi del respecte del dret a l'educació en matèria de salut pública. S'entén per salut pública, la mobilització dels recursos personals i materials dirigits a protegir i promoure la salut de les persones en l'àmbit individual i col·lectiu. A més, segons l'art. 6 u), les prestacions sanitàries han de prevenir i protegir la salut de la població davant qualsevol factor de risc, en particular, la salut de les persones amb una discapacitat derivada de les malalties minoritàries.

Per tant, el Departament de Salut ha de proporcionar els serveis sanitaris amb l'objectiu de millorar la salut de les persones a través de les accions dirigides a la protecció i promoció de la salut. En particular, ha d'observar qualsevol factor que pugui comportar un risc per una determinada persona, com pot l'existència d'una malaltia greu i, en tot cas, respectar el dret a l'educació de tota persona que està en un procés d'aprenentatge acadèmic.

Finalment, convé fer referència a la Carta de Drets i Deures de la Ciutadania en relació amb la Salut i l'Atenció Sanitària. És important tenir present que aquesta Carta no és un text legal, però serveix de base per establir els principis i valors bàsics en l'actuació de les administracions públiques i la ciutadania, en el marc sanitari, que deriven de les normatives específiques. En aquest sentit, la Carta estipula el dret de tota persona a rebre els serveis i prestacions de la salut de forma equitativa i individual o col·lectiva. Tanmateix, es fa una previsió específica

³³ Volem un/a infermer/a escolar. A: *PÚBLICA.CAT Informació educació pública*. [en línia]. 26 de novembre de 2021. <<https://publica.cat/volem-una-infermera-escolar/>>. [Consulta: 28 de novembre de 2021.]

respecte els col·lectius vulnerables que estaria conformat, en altres, per les persones que pateixen una malaltia crònica i invalidant.

En aquest sentit, la Maria pateix una malaltia minoritària i crònica que comporta l'existència d'efectes limitatius i requereix d'un suport sanitària particular per pal·liar els efectes derivats de la malaltia. Així mateix, el no proveir l'atenció sanitària pertinent pot tenir conseqüències negatives per a la seva integritat física o comportar l'existència de noves patologies. Per tant, l'Administració Pública ha de subministrar dita assistència per tal de prevenir de noves patologies i reduir els efectes de la ja existent.

5.2. Pronunciaments jurisprudencials

El reconeixement dels drets en les corresponents normes és imprescindible per a la seva exigència. Un reconeixement per si mateix, és a dir, sense un contingut essencial que permeti el seu exercici en la realitat i, sobretot, unes vies de garantia pel desplegament dels seus efectes materials, es redueix en una mera declaració o suposa el buit d'aquell dret. Per això, és necessari comptar amb els pronunciaments judicials que delimiten i acoten el contingut dels drets. És així, com el dret a l'educació inclusiva de les persones amb discapacitat, també ha comptat amb els pronunciaments jurisprudencials que han emmarcat l'eficàcia del dret a l'educació inclusiva.

D'aquesta forma, una de les sentències més rellevants és la sentència 3257/2010 de 9 de maig de 2011 en què l'alt Tribunal que va determinar els drets de l'alumnat amb TEA³⁴. La seva importància rau en què va ser un dels primers pronunciaments judicials sobre el dret a l'educació inclusiva de les persones amb discapacitat.

La sentència considera particularment els articles de la LOE respecte a l'actuació de les administracions en relació amb l'alumnat amb necessitats educatives especials. Aquestes actuacions continuen estant vigents en la nova modificació de la LOE i es concreten en la dotació dels recursos materials i humans necessaris per atendre les necessitats de l'alumnat amb necessitats educatives específiques i realitzar els ajustos raonables, perquè aquests/es puguin gaudir del ser dret a l'educació en igualtat de condicions i en mira de la seva inclusió social³⁵.

³⁴ Sentència del Tribunal Suprem 3257/2011 (Sala Contenciosa administrativa, secció 7a), de 09 de maig de 2011.

³⁵ Es tracta d'un grup de mares i pares que van interposar una demanda contra l'Administració de la Generalitat de València, atès que els seus fills i filles assistien a una aula ordinària de Comunicació i Llenguatge que no comptava amb personal educatiu especialitzat. L'alumnat d'aquesta aula tenien TEA i, la manca del personal va comportar un empitjorament de les seves capacitats. Tanmateix, dels nou infants escolaritzats només hi anaven cinc, degut al malestar de les famílies.

És aquesta la sentència que precisament reconeix la desigualtat entre l'alumnat amb discapacitat i la resta de la ciutadania, davant la qual sí procediria l'al·legació d'una limitació a les seves pretensions, però en els supòsits de l'alumnat amb necessitat específiques l'administració és deutora d'una resposta per a la dotació dels suports i mitjans que els permetran situar-se en igualtat de condicions que la resta de persones.

Una altra sentència rellevant és la 1976/2017 de 14 de desembre de 2017 del Tribunal Suprem³⁶. En aquesta, el Tribunal va entendre que l'alumnat que pateix el TEA -que és extensible a qualsevol discapacitat- parteix d'una situació de desigualtat i aquesta circumstància, a la vista dels mandats legals analitzats, el situa en la posició creditora envers les administracions públiques per rebre una resposta adequada a les seves necessitats, atès que tenint en compte el punt de partida i l'especial exigència qualificada de la CE, no se'ls pot interposar limitacions que si procedirien al trobar-nos davant la resta de les persones.

Per tant, les administracions públiques, com deutores de la resposta pertinent -és a dir, realitzar els ajustos raonables- han de motivar la raó per la qual no les és possible proporcionar els mitjans de suports requerits respecte la necessitat individual detectada o declarada³⁷.

En conseqüència, les administracions públiques estan subjectes a un mandat legal i constitucional en tant que han de dirigir la seva actuació per a la consecució d'un doble objectiu: la integració social i educativa de les persones amb discapacitat, doncs ens trobem davant d'una prestació social supeditada amb l'exercici d'un dret fonamental que exigeix a les administracions públiques posar a disposició els mitjans que permetin la integració i responguin a les necessitats individuals de cada alumne/a. Per tant, el TS va desestimar el recurs de cassació interposat per la Comunitat Autònoma contra la sentència del TSJ de La Rioja que va reconèixer el dret a l'escolarització en modalitat ordinària amb el suport de l'aula TEA.

Pel que fa als ajustos raonables, dirigits a crear una situació material d'igualtat per totes aquelles persones que per motius de diferent naturalesa requereixen suports necessaris per exercir els seus drets en igualtat de condicions, resulta menester considerar la sentència 51/2021 de 15 de març de 2021, en què el TC

³⁶ Sentència del Tribunal Suprem 1976/2017 (Sala Contenciosa administrativa, secció 4a), de 14 de desembre de 2017.

³⁷ La controvèrsia versava sobre el canvi del model d'escolarització ordinària d'un alumna cap a un model d'educació especial. L'Administració de La Rioja motivava la seva decisió establint que l'alumna, amb TEA, tenia un comportament inestable i dificultats. No obstant això, la família entenia que dita decisió s'havia pres sense valorar la realització dels possible ajustos raonables d'acord amb el cas concret.

reconeix una vulneració del dret a la igualtat derivada d'una denegació a realitzar ajustos raonables³⁸.

El TC entén que els ajustos raonables tenen un paper fonamental a l'hora de remoure la discriminació per raó de la discapacitat i garantir la igualtat de l'art. 14 de la CE. En aquest sentit, es fa una clara referència a la CIDPD que reconeix la denegació dels ajustos raonables com una mesura de discriminació envers les persones amb discapacitat, doncs són aquests la principal eina per garantir l'exercici i gaudi dels drets per part del col·lectiu. Per tant, la constatació d'una situació de discapacitat comporta l'adopció de les mesures de suport necessàries per realitzar els ajustos raonables. Tal circumstància implica que la realització dels ajustos no ha de ser sol·licitada per la persona afectada mitjançant una petició formal, sinó que s'han d'establir des del moment en què té coneixement la persona o institució garant del dret a la no discriminació, sense que sigui requisit previ la presentació d'un escrit.

Tanmateix, quan ens trobem davant de les administracions públiques, la realització dels ajustos raonables té una triple naturalesa en tant que aquestes estan vinculades per una actuació negativa i positiva respecte del dret consagrat a l'art. 14, 9.2 i 49 de la CE, és a dir, no únicament han de respectar el contingut del dret, sinó que també han de vetllar per donar eficàcia als drets fonamentals.

Certament, aquesta sentència s'emmarca en l'àmbit laboral, però es fa referència en el present context de l'educació inclusiva pel caràcter essencial dels ajustos raonables, que ha configurat el TC a la vista de la normativa internacional i constitucional. En conseqüència, independentment de l'àmbit d'actuació d'una administració, aquesta en el moment en què té constància de la discapacitat d'una persona ha d'efectuar els ajustos raonables. Dit en altres paraules, el Departament d'Educació des del moment en què va ser informat pel centre de les necessitats de Maria, quedava obligat a proporcionar el suport requerit per la garantia del seu dret a l'educació i la no discriminació.

5.3. Qüestions processals plantejades

Analitzats els diferents instruments que estableixen el reconeixement de l'educació inclusiva, el següent pas és valorar les diferents alternatives que ens ofereix l'ordenament per recavar una resposta de les instàncies administratives i judicials en relació amb el dret que considerem que s'està vulnerant. Aquesta vulneració estaria constituïda pel no atorgament del suport sanitari i, en conseqüència, l'adopció d'una posició de inactivitat per l'administració pública respecte les seves obligacions i la diligència deguda en aquesta matèria.

³⁸ Sentència del Tribunal Constitucional 51/2021, de 15 de març de 2021.

5.3.1. Recurs d'alçada contra l'acte inicial

L'educació com a prestació social de caràcter públic, es circumscriu en les competències de les administracions públiques, que han de garantir i executar les accions necessàries pel compliment del dret a l'educació i a l'educació inclusiva de totes les persones.

En aquest sentit, la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del Procediment Administratiu Comú de les Administracions Públiques regula la validesa i eficàcia dels actes administratius. Així mateix, preveu les vies de recurs envers les resolucions i actes, que es configuren com un mecanisme d'impugnació i permeten a la ciutadania instar a l'administració pública reconsiderar la seva decisió emesa en un determinat acte i/o resolució i, per tant, serveix de fonament per la interposició del recurs³⁹.

Per consegüent, en tant que ens trobem davant d'una relació jurídica i administrativa entre la Maria i el Departament d'Educació, resulta idònia recórrer contra la denegació del suport sanitari en via administrativa. Aquesta es caracteritza per l'habilitació de recursos extraordinaris -extraordinari de revisió- i ordinaris -alçada i potestatiu de reposició- a través dels quals, tota persona afectada per un acte pot sol·licitar la seva anul·lació o revocació.

La LPAC en el seu art. 121.1 preveu, que les resolucions i actes que no finalitzin la via administrativa podran ser impugnades per les persones interessades a través del recurs d'alçada. D'aquesta forma, cal considerar la naturalesa dels actes que posen fi a la via administrativa recollits a l'art 114. Aquests actes són;

- Les resolucions dels recursos d'alçada.
- La resolucions d'altres recursos establerts per normativa sectorial en substitució dels recursos estipulats per la LPAC.
- Les resolucions dels òrgans administratius que no compten amb superior jeràrquic.
- Les resolucions dels procediments patrimonials.
- Les resolucions dels procediments sancionadors.
- Les demes resolucions dels òrgans administratius quan així ho estableixi una disposició legal.
- Els diferents actes provinents del poder executiu.

Per tant, cap dels supòsits previstos per aquest article es circumscriu en el cas que ens ocupa i, en conseqüència, no esgotem la via administrativa.

³⁹ PALOMAR, Alberto; FUERTES, Francisco Javier. *Recursos administrativos*. Práctico Contencioso Administrativo [en línia]. Espanya: Vlex Premium, octubre de 2021. <<https://app-vlex-com.sire.ub.edu/#>>, [Accés restringit]. [Consulta: 20 de novembre de 2021].

Altrament, resulta procedent la interposició del recurs d'alçada, atès que és susceptible de motivació conforme els supòsits de nul·litat i anul·labilitat reconeguts a l'art 47 i 48 respectivament. Concretament, el fonament de la petició versaria sobre l'ap. a) de l'art. 47 en tant que l'acte lesiona el dret fonamental a l'educació de la CE i alhora, vulnera l'ordenament jurídic en els termes que estipula l'art. 48, és a dir, el contingut de l'acte infringeix la LOE i extensivament el Reial Decret 1/2013 i el Decret 150/2017.

a) Objecte

Constitueix objecte del recurs les resolucions i actes de tràmit que decideixin, directament o indirecta, sobre el fons de l'assumpte. S'entén que són actes de les administracions públiques aquells que manifesten la voluntat d'aquesta i mitjançant els quals, executen la gran part de la seva activitat pública. És per això que també serveixen de base per garantir la legalitat de les seves actuacions i compliment de les seves cometes⁴⁰.

En aquest sentit, tota mesura de suport ha de ser sol·licitada a l'administració competent en matèria d'educació, és a dir, al Departament d'Educació. Com s'ha exposat anteriorment, aquesta petició es va presentar davant el CAP de referència del centre educatiu, a instància de les indicacions realitzades per part del Departament respecte als centres que comptaven amb l'escolarització de l'alumnat amb necessitats específiques, i aquest va denegar la petició en el següent sentit:

“Informar-vos que desde el CAP no hi ha la possibilitat de satisfer la demanda d'acudir a l'escola per fer els sondatges cada 3h [...].

Mentrestant, s'insisteix en que l'àvia pugui realitzar els sondatges [...].”

Per tant, esdevindria acte administratiu a impugnar la resposta del CAP davant la petició realitzada per l'escola en què sol·licitava l'assistència sanitària.

b) Parts legitimades

En primer lloc, la persona afectada pel contingut de l'acte administratiu és la Maria amb plena capacitat jurídica per ser titular dels drets i deures en virtut de l'art. 30 i 31 del CC, però en tant que és menor d'edat, la seva capacitat d'obrar està limitada i requereix la intervenció dels seus representants legals.

La LPAC, d'acord amb l'art. 3.1 b), reconeix la capacitat de les persones menors d'edat de comparèixer davant les administracions públiques per si mateixes, sempre i quan estigui permessa tal actuació sense l'assistència de la persona que exerceix la potestat parental.

⁴⁰ GAMERO, Eduardo; FERNÁNDEZ, Serveriano. *Manual básico de derecho administrativo*. Disetena edició. Madrid: Tecnos, 2020. pàg 525. ISBN: 9788430979905

Així doncs, cal considerar les previsions legals sobre la representació dels menors establertes pel dret privat. En aquest sentit, l'art. 153 del CC estableix que els menors no emancipats romanen sota la potestat parental dels seus progenitors i correspon a aquests la representació legal dels menors, llevat d'actes relatius als drets de la personalitat, conflicte d'interès entre progenitors i menors o actes relatius als béns exclosos de l'administració parental, de conformitat amb l'art. 162 del CC.

Altrament, també s'han de considerar les previsions del CCCat com norma d'aplicabilitat preferent. En concret, l'art. 236-22 del llibre segon relatiu a la persona i la família, estipula que la potestat parental comporta la representació legal dels menors, excepte els supòsits descrits anteriorment⁴¹.

Nogensmenys, per iniciar qualsevol procediment davant les administracions públiques és menester comptar amb la condició de l'interessat, regulat a l'art. 4 de la LPAC i en el present cas, aquesta vindria configurada per l'impuls d'un procediment administratiu -sol·licitud de l'assistència sanitària a l'administració pública- la resolució del qual ha afectat els drets de la representada.

En conseqüència, la Maria té la legitimació activa i la condició de interessada per la interposició del recurs d'alçada en via administrativa mitjançant la representació legal dels seus progenitors, degut que és menor d'edat.

D'altra banda, ostenten la legitimació passiva el Departament d'Educació com a administració pública que ha de proveir els mitjans necessaris per l'execució del dret a l'educació inclusiva.

El Departament d'Educació és un organisme de l'administració de la Generalitat, extensiu a tot el territori de la comunitat autònoma, que s'encarrega de la política educativa en l'àmbit d'ensenyament no universitari i està dirigit per el/la conseller o consellera corresponent. El Departament compta amb dos òrgans principals per exercir les seves funcions: la secretaria General i la Secretaria General de les Polítiques Educatives. El primer executa les seves funcions a través de diferents òrgans i entre ells es troben els Serveis Territorials. Aquests estan dividits en franges territorials de tot Catalunya i tenen al capdavant a un/a director/a amb rang de sub-direcció general.

En conseqüència, cada escola està sota la direcció d'un determinat Servei Territorial depenent de la zona en què està ubicada i en el cas de l'IE Rafael Albertí, situat en el municipi de Badalona, és el Servei Territorial de Barcelona Comarques.

⁴¹ GRAÑANA, Anna. *Dictamen Jurídic en matèria de Dret administratiu i, en concret, de Dret de la discapacitat* [en línia]. Barcelona: Dipòsit Digital de la Universitat de Barcelona, 2019. [Treball fi de màster (Facultat de Dret)].
<http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/137739/1/GRA%c3%91ANA%20ANNA_TFM.pdf>
[Consulta:21 de novembre de 2021.]

Per tant i, a la vista de les previsions de l'art. 178 del Decret 274/2018, de 20 de desembre, de reestructuració del Departament d'Educació, el recurs d'alçada contra els/les directors/res dels serveis territorials, ha de ser resolt per la secretaria general, atès que aquells executen les funcions de la secretaria general.

c) Procediment

D'acord amb el que estableix l'art. 122, la interposició del recurs ha de ser realitzada davant l'òrgan immediatament superior jeràrquic o bé, davant el mateix òrgan que va dictar la resolució, que l'haurà de traslladar al superior jeràrquic corresponent. D'aquesta manera, l'escrit d'interposició del recurs podrà ser presentat davant la secretaria general del Departament d'Educació o al CAP que va emetre la resolució denegatòria, que l'haurà de traslladar a la secretaria general.

Pel que fa al termini per a la interposició, donat que es tracta d'un acte exprés, haurem d'observar el termini d'un mes des de la recepció de la resposta via correu electrònic. Llavors, la resposta es va donar en data de 14 de setembre de 2021, la qual cosa implica que el termini per a la interposició del recurs havia finit el 14 d'octubre de 2021, atès que era un dia hàbil i, per tant, el còmput ha de realitzar-se de data en data des de la notificació, d'acord amb el que estableix l'art. 30.4 i 5 de la LPAC⁴².

Si entenem que la presentació del recurs es va dur a terme en termini, la secretaria general, com òrgan competent per a la resolució, disposava de tres mesos per dictar i notificar la resolució, transcorreguts els quals sense que es produeixi la notificació, s'entendrà desestimat el recurs per silenci negatiu.

En conclusió, el present recurs és la via més recomanable per recórrer els actes administratius, donada la rapidesa i la gratuïtat que suposa per a les persones interessades Ara bé, com es pot comprovar de l'anàlisi fàctic dels terminis, no procedeix la interposició del recurs d'alçada, atès que en data d'avui s'han exhaurit els terminis per a la seva presentació. Dita situació implica la valoració de vies administratives alternatives al recurs d'alçada. Això és: el recurs de revisió de disposicions i actes nuls de l'art. 106 de la LPAC.

5.3.2. Recurs de revisió d'actes nuls

La no interposició dels recursos administratius ordinaris en termini, comporta la fermesa dels actes i les resolucions, que ja no són susceptibles de ser impugnades en la via administrativa. No obstant això, l'art. 106 permet tant d'ofici

⁴² L'elaboració del present treball s'ha dut a terme durant el primer semestre acadèmic de l'any 2021.

com a instància de part i en qualsevol moment, la revisió dels actes que incorren en els supòsits de l'art. 47.1 i 2 de LPAC.

Així, resulta imprescindible valorar si el nostre cas es pot circumscriure en algun d'aquests supòsits. De les set situacions que recull la Llei sobre la nul·litat dels actes, és destacable el supòsit a) de l'art. 47.1, és a dir;

“els que lesionin els drets i llibertats susceptibles d'empara constitucional”.

Prèviament, ja s'ha establert en quina mesura es poden veure vulnerats el dret a l'educació i a la igualtat de tracte a causa del no reconeixement a l'assistència sanitària en l'àmbit educatiu⁴³.

A més, ambdós drets es troben ubicats en el capítol II del títol I de la CE i, en conseqüència, gaudeixen de la màxima protecció legal a través del recurs d'empara. D'aquesta forma, es dona el requisit de la potencial vulneració d'un dret constitucional susceptible d'empara constitucional.

És molt important tenir en compte que és un procediment que inicia, per si mateixa, una administració pública, és a dir, les persones interessades poden sol·licitar l'inici d'un procediment de revisió, però en última instància és l'administració pública -secretaria general del servei territorial de Barcelona comarques- qui decideix procedir o no amb l'inici del procediment de revisió.

Així, en cas que l'Administració Pública observés la petició de la representada d'iniciar el present procediment, hauria de recavar, pel mandat del art. 106 de la LPAC, un dictamen favorable del Consell d'Estat o òrgan consultiu equivalent de la comunitat autònoma, això és, la Comissió Assessora Jurídica de Catalunya, que ens haurà d'emetre un dictamen apreciant la potencial vulneració constitucional⁴⁴.

Nogensmenys, es tracta d'un recurs rígid que requereix provar una vulneració manifesta dels drets constitucionals a l'òrgan de l'administració pública, que realitzarà la seva pròpia valoració sobre aquesta vulneració i si resulta pertinent o no, iniciar el procediment. Si ho considera pertinent, s'haurà de dirigir a l'òrgan consultiu per sol·licitar el dictamen favorable i, si resulta desfavorable, hi hauria una pèrdua de l'objecte i, per tant, es posarà fi al procediment. Tot i la rigidesa del procediment, no es pot obviar l'avantatge que suposa el fet que no romangui subjecte a termini el tràmit del present procediment.

⁴³ *Supra*. pàg. 22 a 33.

⁴⁴ Generalitat de Catalunya. Comissió Assessora Jurídica [en línia]. <<https://cja.gencat.cat/ca/inici>>. [Consulta: 21 de novembre de 2021.]

5.3.3. Nou procediment administratiu general per instar l'atenció sanitària en el marc de l'educació inclusiva

Com hem pogut contrastar, encara existint una vulneració del dret, no resulta possible recórrer la resolució en via administrativa i tampoc en via judicial, perquè processalment el termini per l'inici d'ambdós procediments ha exhaurit. Per tant, a fi d'atorgar una solució jurídica a la Maria, cal valorar de quina manera podem recuperar aquests terminis vinculats directament amb l'emissió de l'acte administratiu. En altres paraules, per tal d'iniciar els corresponents procediments, caldrà instar de nou a l'administració pública perquè ens emeti un acte formal manifestant la seva decisió d'atorgar o no l'assistència sanitària.

És per això que haurem d'observar la regulació de la LPAC en relació amb l'inici d'un procediment a instància de l'interessat. En aquest sentit, l'art. 66 ens diu que el procediment s'inicia a través de la presentació d'un escrit que ha de comptar amb una sèrie de requisits, que integrats en el cas objecte del procediment, disposaríem de l'escrit establert a l'annex 2⁴⁵.

La resolució que atorgui el Servei Territorial de Barcelona Comarques, serà un acte administratiu, que podrà ser favorable o desfavorable. En aquest últim cas, ens servirà per recuperar els terminis i procedir amb els procediments administratius exposats anteriorment i el judicial, en el seu cas, que no podien versar sobre la resolució del CAP doncs en data d'avui, s'han exhaurit els terminis.

En conseqüència, a través del procediment a instància de part previst a l'art 66, instem a l'administració pública a la producció d'un nou acte administratiu, que a més haurà d'observar els requisits de l'art. 88 sobre el contingut de les resolucions i l'art. 40 respecte a les notificacions.

D'altra banda, el present procediment també pot ser emparat per sol·licitar el suport sanitari directament al Departament de Salut en tant que és l'administració pública encarregada de vetllar l'assistència sanitària de tota la ciutadania. Per tant, les dues autoritats tenen competències en el marc educatiu i sanitari, respectivament. És per això que també pot resultar oportú presentar un escrit al Departament de Salut davant la negativa del primer per subministrar el suport sanitari en l'exercici de les competències educatives i com pas previ al procediment judicial⁴⁶.

⁴⁵ PALOMAR, Alberto; FUERTES, Francisco Javier. *Solicitud de parte interesada para que se inicie el procedimiento administrativo y solicitud reconocimiento de un derecho* [en línia]. Espanya: Vlex Premium, juny de 2018. <<https://app-vlex-com.sire.ub.edu/#vid/244713329>>. [Accés restringit]. [Consulta: 22 de novembre de 2021].

⁴⁶ Podeu consultar l'escrit a formular davant al Departament de Salut a l'annex 3.

5.3.4. Potencial acte de denegació del suport sanitari: procediment ordinari davant la jurisdicció contenciós administrativa

Un cop analitzades les possibilitats d'obtenir una resolució favorable als nostres interessos, resulta essencial també valorar les probabilitats d'èxit en un procés judicial. Aquesta via, tot i que comporta una inversió de recursos econòmics i pot ser dilatada en el temps, té una gran rellevància en tant que els òrgans coneixedors són totalment independents de l'administració pública i estan conformats per jutges i jutgesses expertes en la jurisdicció administrativa. A més, la seva decisió és fonamental per obligar a l'administració pública a realitzar la concreta actuació demandada, sempre i quin sigui ajustada a dret, i permet escalar a les instàncies judicials superiors a fi d'acudir als recursos extraordinaris o a les instàncies europees i/o internacionals.

Altrament, la mateixa CE a l'art 106.1 plasma el control de la potestat reglamentària i la legalitat de l'actuació administrativa per part dels tribunals, que es configura com una garantia envers la ciutadania que es relaciona constantment amb les administracions públiques⁴⁷.

a) Objecte

En aquell sentit, la jurisdicció contenciós administrativa té potestat i competència pel coneixement de les disposicions i actes que es dedueixin respecte amb l'activitat de les administracions públiques, segons estableix l'art. 1 de la LJCA. Així, el procediment judicial davant la jurisdicció contenciós administrativa s'inicia a través de la presentació d'un escrit d'interposició de la demanda en què la part demandant ha de concretar l'acte de l'administració pública que es disposa a impugnar en el termini de dos mesos des de la notificació de l'acte, si es tracta d'un acte exprés.

Aquest escrit s'ha de presentar davant el tribunal que resulti competent de l'aplicabilitat dels preceptes de la LJCA. En el present cas, ens trobaríem davant d'una resolució emesa pel Departament d'Educació de Serveis Territorials a Barcelona Comarques -davant el qual es va iniciar el procediment administratiu-, és a dir, Generalitat de Catalunya com administració de la comunitat autònoma, sent l'òrgan jurisdiccional competent per conèixer la causa, d'acord amb el que estableix l'art. 8.2, els jutjats contenciós administratius de Barcelona⁴⁸.

⁴⁷ EZQUERRA, Antonio; OLIVÁN DEL CACHO, Javier. *Estudio de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa* [en línia]. València; Tirant lo Blanch, 2014. <<https://biblioteca-nubedelectura-com.sire.ub.edu/cloudLibrary/ebook/show/9788490530597>>. ISBN: 978-84-9053-059-7 [Accés restringit]. [Consulta: 23 de novembre de 2021].

⁴⁸ Poder Judicial España. *Directorio de Órganos Judiciales* [en línia]. <<https://n9.cl/byppsp>>. [Consulta: 23 de novembre de 2021].

b) Parts legitimades

Com hem vist en el procediment administratiu, no qualsevol persona pot presentar-se davant les instàncies administratives i/o judicials. En el cas de la LJCA, l'art. 18 primerament fa referència a l'existència d'una capacitat processal per iniciar el procediment judicial, que es concretada per l'art. 6 de CC en les persones físiques, entre altres, que poden ser menors d'edat, però la seva compareixença s'equipara a les previsions de la LPAC.

Després, cal considerar la legitimació d'aquestes parts processals per iniciar el procés, regulat en l'art. 19.1 a) de la LJCA. El present precepte legitima acudir a la jurisdicció contenciós administrativa, a les persones físiques que ostentin un dret o interès legítim real i directe. Els representants legals de la Maria, ostenten un interès real en tant que existeix una relació material entre l'acte que es disposa a impugnar i la part que l'impugna, de manera que el reconeixement del *petitum* o anul·lació de l'acte implicarà un reconeixement de l'assistència sanitària a la Maria de forma directa⁴⁹.

Atès que ens trobem davant la via judicial, l'art. 23 preveu que les parts han de comparèixer representades per un/a procurador/a i professional de l'advocacia, però la primera representació és potestativa davant els òrgans unipersonals. Per tant, com s'ha determinat prèviament, la competència per esgrimir la present causa correspondria al jutjat contenciós administratiu, és a dir, a un òrgan unipersonal. En aquest cas els representants de la Maria hauran de ser assistits preceptivament per un/a professional d'advocacia, però podran prescindir del/la procurador/a.

c) Procediment ordinari

Un cop s'hagi presentat l'escrit d'interposició, acompanyat del document que acrediti la representació judicial i el document de l'acte a impugnar de conformitat amb l'art. 45, el/la LAJ analitzarà la validesa de la compareixença de la part i decidirà sobre l'admissió del recurs. Si admet la interposició del recurs, requerirà mitjançant diligència, a l'administració pública perquè en el termini de vint dies remeti l'expedient administratiu.

La resolució que declari la remissió de l'expedient administratiu, iniciarà el termini de cinc dies per notificar a les parts que constin com interessades a fi que compareguin en posició demandada en el termini de nou dies. No obstant això, en el cas de les administracions públiques, aquestes es donen per comparegudes a través de la remissió de l'expedient administratiu d'acord amb l'art. 50.1. Fetes aquestes actuacions prèvies, els jutjats o tribunal competent, si

⁴⁹ PALOMAR, Alberto; FUERTES, Francisco Javier. *Legitimación activa en un proceso contencioso - administrativo*. Práctico Contencioso Administrativo [en línia]. Espanya: Vlex Premium, octubre de 2021. <<https://app-vlex-com.sire.ub.edu/#WW/vid/427618146>>. [Accés restringit]. [Consulta: 23 de novembre de 2021].

escau, examinarà l'expedient i decidirà sobre qüestions processals prèvies -falta de jurisdicció o incompetència de l'òrgan o altres supòsits de l'art. 51 LJCA-. Despatxat aquest tràmit, s'atorgarà un termini de vint dies a fi que la part demandant formuli la seva demanda i, successivament, es donarà el mateix termini per tal que la demandada contesti aquesta.

A partir d'aquí, les successives actuacions dependran de la voluntat de les parts. Això és, l'òrgan jurisdiccional, a la vista de la demanda i la contestació, pot emetre la seva decisió en forma de sentència, però les parts tenen la potestat de sol·licitar la pràctica de la prova, la celebració de la vista i/o la formulació d'unes conclusions escrites o orals. Aquestes tres possibilitats, hauran de ser fixades en els escrits de la demanda i contestació mitjançant *altressí*.

Convé ressaltar la transcendència de la via administrativa, donat que la jurisdicció contenciós administrativa habilita la interposició del recurs davant aquesta un cop s'ha exhaurit la via administrativa, conforme amb l'art. 25.1 de la LJCA.

Per tant, un cop es notifiqui la resolució del procediment de l'art. 66 en sentit negatiu⁵⁰, haurem d'interposar un recurs d'alçada i després, amb la resolució denegatòria del recurs d'alçada -si la resolució és desestimativa-, podrem procedir a la interposició del recurs contenciós administratiu.

5.3.5. Obligacions de l'administració pública derivades d'una disposició general: demanda per inactivitat davant la jurisdicció contenciós administrativa

Com hem descrit anteriorment, el Departament d'Educació té el deure de subministrar els recursos personals i materials necessaris a fi de garantir la inclusió de l'alumnat amb necessitats específiques. Aquest deure ve plasmat en el Decret d'inclusió i, com a conseqüència, el Departament d'Educació, està obligat en virtut d'una disposició general a atorgar aquests recursos sanitaris.

El procediment es configura com una segona estratègia processal per requerir a l'administració per tal que compleixi amb els seus deures. A més, a diferència de l'anterior recurs contra el concret i particular acte de denegació del suport, la resolució d'aquest procediment es projecta a la totalitat de l'àmbit subjectiu del decret, doncs estem impugnant una disposició de caràcter general.

Per tant, la situació que ens habilita interposar un recurs contra la inactivitat de l'administració, segons l'art. 29 de la LJCA, és la no actuació, és a dir, la passivitat de l'administració davant el seu deure de realitzar una prestació a favor d'un número indeterminat de persones. En els pronunciaments del Tribunal

⁵⁰ *Supra*. pàg. 41.

Suprem, aquest ens concreta que per parlar d'una inactivitat de l'administració en el sentit de l'art. 29, és precís que l'administració estigui obligada a realitzar una determinada actuació a favor d'una o diverses persones sense que existeixi un marge de discrecionalitat⁵¹.

La impugnació de la inactivitat requereix haver instat amb caràcter previ a l'administració competent a realitzar la concreta actuació que està obligada a realitzar i, per la qual, se li atorga un termini de tres mesos de conformitat amb l'art. 29 de la LJCA i art. 21.3 de la LPAC. En el nostre cas, implica obtenir una resposta de la Directora dels Serveis Territorials d'Educació a Barcelona Comarques a través del procediment de l'art. 66 que hem exposat prèviament, atès que aquest implicaria haver instat a l'administració a actuar. Si no rebem una resposta, podem procedir amb aquest procediment judicial.

Un cop transcorregut el termini de tres mesos, sense que ens doni una resolució favorable o un acord entre les parts, disposarem de dos mesos per presentar l'escrit d'interposició del recurs. Aquest escrit, haurà de ser presentat davant la Sala contenciosa administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, d'acord amb la literalitat de l'art. 10.1 b) de la LJCA.

Finalment, cal tenir en compte que aquesta estratègia processal s'ubica en la seu executiva i no declarativa d'una situació o reconeixement d'un dret, perquè aquest reconeixement ja està definit per la disposició general. És per això que en el present procediment no s'aplica la figura del silenci positiu o negatiu, ja que, no ens trobem davant una activitat formal -resolució d'una sol·licitud- sinó material, concretada en la realització d'una actuació o activitat prestacional⁵².

5.3.6. Procediment administratiu especial per instar una igualtat d'oportunitats per raó de la discapacitat

Una altra alternativa, en la via administrativa, vindria conformada per la recent Llei 19/2020, del 30 de desembre, d'igualtat de tracte i no-discriminació aprovada el 30 de desembre 2020 pel Parlament català.

L'objectiu de la present Llei, d'acord amb l'art. 1, és erradicar qualsevol actuació que pugui atemptar contra la dignitat humana, lliure desenvolupament i lliure expressió, sense que pugui prevaldre cap mena de discriminació respecte a la pròpia personalitat i de les capacitats personals. Es tracta d'adoptar mesures i actuacions materials tendents a eliminar conductes o expressions dirigides a la

⁵¹ Sentència del Tribunal Suprem 1332/2021 (Sala Contenciosa administrativa, secció 4a), de 15 de novembre de 2021.

⁵² PALOMAR, Alberto; FUERTES, Francisco Javier. *Inactividad de la Administración Pública*. Práctico Contencioso Administrativo [en línia]. Espanya: Vlex Premium, octubre de 2021. <<https://app-vlex-com.sire.ub.edu/#search/jurisdiction:ES/inactividad+de+la+administracion/WW/vid/427618370>>. [Accés restringit]. [Consulta: 23 de novembre de 2021].

identitat o característiques de la persona. Per tant, no es pretén realitzar un simple reconeixement, sinó que es tracta de garantir i donar eficàcia material al dret a la igualtat ja reconegut en altres instruments, com és la CE.

Així mateix, l'ap. 3 recull tot un seguit de situacions que poden motivar o motiven conductes discriminatòries cap a les persones que es circumscriuen en aquestes concretes situacions. Així, en l'àmbit de la discapacitat resulta de gran rellevància la previsió específica, com a situació per una possible discriminació, establerta a la lletra i);

“discapacitat física, sensorial, intel·lectual o mental o altres tipus de diversitat funcional”.

Quant a l'aplicabilitat de la Llei, aquesta es projecta a les persones físiques i jurídiques del sector públic de Catalunya, és a dir, tots els àmbits en què l'administració de la Generalitat desenvolupi les seves funcions públiques queden sotmeses als mandats de la present Llei, d'acord amb l'art. 2. En conseqüència, els serveis educatius públics que són proveïts pel Departament d'Educació de la Generalitat de Catalunya suposen la subjecció d'aquesta a la Llei.

Altrament, l'art. 10 estipula que el Departament competent ha de vetllar, tant en els centres educatius com a les universitats, la igualtat d'oportunitats, equitat i absència de qualsevol forma de discriminació. En especial, ha de garantir el dret a una educació inclusiva i de qualitat evitant segregacions escolars, independentment de les capacitats o incapacitats, entre altres circumstàncies. Aquesta obligació implica posar a disposició dels centres educatius els recursos personals i materials pertinents per atendre les necessitats específiques i també proporcionar formació adequada al professorat i personal no docent a fi de garantir la igualtat real i efectiva i la no discriminació.

En conseqüència, la infracció d'aquests preceptes comporta la nul·litat de les actuacions i fa néixer un dret de reparació del dany causat i una sanció de conformitat amb l'art. 43. En el supòsit de la Maria, es podria circumscriure la seva situació a la lletra a) de l'ap. 5, és a dir:

“els actes o les omissions que constitueixen una discriminació, directa o indirecta, per associació o per error, i els que constitueixen inducció, ordre o instrucció de discriminar una persona amb relació a una altra que es trobi en una situació anàloga o comparable”.

Això és, la denegació del suport sanitari constituïria una discriminació indirecta en tant que s'estaria privant a la Maria d'una atenció que és necessària per garantir el seu exercici del dret a l'educació i la integritat de la seva salut respecte de l'alumnat que no es troba en situació de discapacitat. D'aquesta forma, la no provisió del suport sanitari suposa una denegació dels ajustos raonables per tal

que ella pugui gaudir d'una escola en igualtat de condicions que la resta d'alumnat.

Tanmateix, també constituiria una omisió del Departament d'Educació si atenem els mandats del Decret d'inclusió⁵³, la qual cosa comporta restar l'exercici del dret a l'educació de la Maria i formar part d'una escola inclusiva. Així, ens trobem davant d'una discriminació indirecta derivada d'una omisió del Departament d'Educació i a més, hi ha casos anàlegs i comparables on s'ha observat el subministrament del suport sanitari proveït per personal professional de la salut⁵⁴.

Per tant, el supòsit de la lletra a) de l'art. 43, constituiria una infracció greu que pot comptar amb una sanció d'entre 10.001 i 40.000 euros en tant que es tracta d'una infracció greu, de conformitat amb l'art. 45.

En relació amb el procediment, d'acord amb l'art. 49.1, ens trobem davant un procediment administratiu sancionador que s'ha de instar davant l'Organisme de Protecció i Promoció de la Igualtat de Tracte i la No-discriminació per part de la persona afectada, o en aquest cas, per part de les persones representants de l'afectada.

Ara bé, cal fer esment a la prescripció de la infracció, que serà al cap dels tres anys i la sanció, al cap de quatre, tal com estableix l'art. 48. A més, tot i que ens trobem davant la via administrativa, caldrà observar els requisits específics de la LPAC i LRRJSP sobre la tramitació dels expedients sancionadors, atès que la present Llei – d'igualtat i no discriminació – no regula el procediment sancionador per aplicar les sancions davant les conductes que tipifica en el seu cos normatiu.

5.4. Qüestions processals complementàries plantejades

Paral·lelament amb les possibilitats jurisdiccionals i administratives en les quals ens dirigim envers l'administració pública i sol·licitem d'aquesta una resposta, també existeixen mitjans extrajudicials, que en la seva funció de garantia, s'encarreguen de vetllar i demanar comptes a les institucions competents.

5.4.1. Queixa davant el Síndic de greuges de Catalunya

El Síndic de greuges o defensor del poble és una institució prevista a l'art. 54 de la CE i es tracta d'un alt comissionat/da de les Corts Generals, que té com a objectiu supervisar l'activitat de les administracions públiques a fi de vetllar pels

⁵³ És a dir, vetllar per la cobertura de les necessitats sanitàries o parasanitàries de l'alumnat que ho requereixi.

⁵⁴ Font, Noemí (@ratolinaemma). "Notícia del dia! 📣 Ens acaben de comunicar que a partir de dilluns vindrà una infermera a fer l'assistència sanitària en horari escolar que necessita la nostra filla 🌸🌸🌸🌸 Estem molt contents! 😊 Gràcies a tothom per suport 🙏 @salutcat @educaciat". 15 d'octubre de 2021, 12:42 pm. Tuit.

drets i llibertats fonamentals. Així mateix, l'art. 78 de l'Estatut de Catalunya estableix com una de les institucions de la Generalitat, el Síndic de Greuges de Catalunya.

Aquest, també té atribuïda la funció de supervisió de les actuacions administratives, ens públics dependents i entitats privades dedicades al sector públic. En general, tot òrgan que desenvolupi funcions d'interès general queda sotmès a la supervisió del Síndic respecte als drets i les llibertats previstes en la CE i l'Estatut de Catalunya.

D'aquesta manera, qualsevol persona ostenta la legitimació per adreçar-se davant el Síndic a través de formulació d'una petició de supervisió d'ofici o queixa sobre l'activitat o inactivitat de l'administració pública en relació amb un dret o interès legítim. Així, podríem formular una queixa al Síndic exposant la vulneració de les normatives abans analitzades com a conseqüència d'una passivitat del Departament d'Educació o denegació del suport sanitari. Ara bé, convé subratllar que les resolucions o recomanacions del Síndic no tenen força vinculant i, per tant, no poden ser executables. Altra cosa és la vinculació institucional que pot exercir per la importància que li atorga la CE i l'Estat, situant a les administracions públiques en una situació de subjecció.

El procediment, que pot iniciar-se a través del formulari via internet o presencialment o a través de la videotrucada⁵⁵, no està subjecte a limitacions temporals, com és el cas dels recursos en via administrativa i judicial, i tampoc requereix representació legal.

5.4.2. Comunicació al Comitè de la CIDPD

L'última via destacable, vindria conformada per la denuncia o comunicació de les persones particulars davant el CtèCIDPD.

Aquesta possibilitat es basa en el protocol facultatiu de la CIDPD, que habilita al Comitè rebre les instàncies de la ciutadania dels Estats parts de la Convenció i a més, del protocol facultatiu. En el cas de l'Estat espanyol, la signatura del protocol es va produir en data de 30 març de 2007 i la ratificació, en data de 3 de desembre de 2007⁵⁶. En aquest sentit, a partir del trentè dia des de la presentació de l'instrument de ratificació, la ciutadania podia posar en coneixement del comitè les presumptes vulneracions dels preceptes de la Convenció.

⁵⁵ SÍNDIC. El defensor de les persones. *Vull presentar una queixa* [en línia]. <<https://www.sindic.cat/ca/page.asp?id=65>>. [Consulta: 01 de desembre de 2021.]

⁵⁶ United Nations. *Treaty Collection* [en línia]. <https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-15-a&chapter=4&clang=en>. [Consulta: 28 de novembre de 2021].

Ara bé, cal tenir present que l'accés a les comunicacions no és automàtic, és a dir, abans de recórrer a l'auxili de les instàncies internacionals, la ciutadania ha de donar la possibilitat al mateix Estat per tal que cessi les conductes infractores o bé realitzi les actuacions que emanen de l'articulat de la Convenció. En cas contrari, és a dir, el no esgotar les instàncies judicials ordinàries que disposem a l'Estat, la comunicació serà inadmesa.

La presentació de la comunicació individual ha de ser realitzada mitjançant un formulari habilitat a tal efecte. Un cop sigui admesa, el Comitè valorarà sobre el fons de la comunicació i emetrà un dictamen que tindrà efectes vinculants per l'Estat -i la resta dels Estats signants-.

6. CONCLUSIONS

- I. L'educació obligatòria és un dret universal de totes les persones sense que pugui prevaldre limitació o distinció de cap mena. Es tracta d'un dret imprescindible per al desenvolupament de la pròpia personalitat i participar en la societat en les seves diverses vessants a través del coneixement i l'apoderament que proporciona el saber a les persones. És aquesta gran rellevància que comporta el reconeixement específic de l'educació en gairebé tots els textos internacionals sobre drets i llibertats fonamentals, en especial en matèria d'infància i, també com un instrument clau en el desenvolupament dels drets de caràcter socials, polítics i econòmics.
- II. En particular, aquest dret pren més força quan ens trobem davant de col·lectius en situació de "vulnerabilització", com poden ser les persones amb discapacitat. En aquest cas, l'educació comporta la inclusió de les persones amb discapacitat, la seva autonomia, participació en la comunitat, potenciar l'eventual incorporació al mercat laboral i incentivar la creació dels seus respectius projectes de vida. No obstant això, donades les necessitats específiques, concretes i individuals de cada persona amb discapacitat, resulta imprescindible facilitar els instruments pertinents a fi que aquestes necessitats no es converteixin en un factor que menyscaba el gaudi dels seus drets en igualtat de condicions que la resta de les persones.
- III. És per això que la figura dels ajustos raonables és reconegut, tant per la Convenció com per l'única Directiva en matèria dels drets de les persones amb discapacitat, com un dret habilitant per l'exercici d'altres drets en qüestió. Dita circumstància implica que la no realització dels ajustos raonables comporti com a conseqüència una discriminació cap a les persones amb discapacitat. La idea principal rau en el fet que aquest col·lectiu no es troba en igualtat de condicions que la resta de les persones per l'exercici dels drets que li són propis. Així, el mecanisme per

contrarestar les limitacions a les quals poden fer front les persones amb discapacitat són els ajustos raonables. D'aquesta forma, aquests ajustos esdevenen la cúspide del triangle que estaria conformat per l'exercici d'un determinat dret i la igualtat de tracte.

- IV. Per tant, l'educació "inclusiva" és el resultat d'aplicar els ajustos raonables en l'àmbit educatiu. L'Estat espanyol en la regulació de la Llei General de les Persones amb Discapacitat preveu que les administracions educatives han de vetllar per la garantia de l'assistència de l'alumnat amb discapacitat als centres educatius, proporcionant mesures en atenció a les necessitats educatives individuals. En la mateixa línia, la LOE configura un model educatiu basat en l'equitat, entesa com un principi impulsor de la garantia de igualtat d'oportunitats per a totes les persones. Així mateix, es fa una previsió específica respecte a l'alumnat amb necessitats específiques i l'obligació de l'administració de proporcionar els recursos materials i personals pertinents.
- V. En atenció a la garantia de igualtat i no discriminació i la integració de les persones amb discapacitat, a l'àmbit català és aplicable el Decret de inclusió amb la previsió de totes aquelles circumstàncies que obstrueixen l'eficàcia del dret a l'educació dels col·lectius més vulnerables. Malgrat això, es tracta d'una norma recent i, per tant, és aviat per valorar l'eficiència del present instrument per lluitar contra les discriminacions cap a les persones amb discapacitat i, en concret, en l'àmbit educatiu
- VI. A la vista de la normativa analitzada, podem afirmar que el dret a l'educació inclusiva existeix i està present en els textos legals. Nogensmenys, la seva eficàcia material és limitada respecte a l'actuació de l'administració pública, que no compta amb una resposta concreta per atendre les necessitats de l'alumnat. És evident que la resposta de l'administració ha de ser d'acord amb la situació de cada alumnat i, per tant, no es poden preveure mesures genèriques i/o automàtiques a més, es tracta d'un canvi de paradigma relativament nou -sobretot si atenem a la incorporació de l'educació inclusiva i d'equitat a les recents normatives-. Ara bé, el reconeixement d'un dret esdevé una mera declaració de voluntat si no té eficàcia en la pràctica, és a dir, establir el dret a disposar del suport necessari d'acord amb les necessitats específiques de l'alumnat en el marc de l'educació inclusiva, però sense proveir aquest a l'alumnat i de forma indirecta, als centres educatius i a les famílies, no remou les dificultats a les quals ha de fer front aquesta persona amb discapacitat i, en conseqüència, no podem parlar d'una igualtat d'oportunitats.

- VII. D'altra banda, també és palpable, a banda de la inactivitat de l'administració, la desharmonitzada resposta que ofereix aquesta en uns casos i altres d'idèntica naturalesa, donant com a resultat un tracte diferenciat entre dos persones que es troben en un mateix pla. Tampoc es pot obviar la "capacitació" que realitza el Departament d'Educació respecte als/les monitors/es de lleure pel que fa a la seguretat i al servei de qualitat que s'ha de proveir en els centres educatius. Altrament, aquesta tendència també implica intrusisme en la professió de les persones professionals de la salut i, per tant, resulta inevitable plantejar-se la responsabilitat davant una mala praxis realitzada per una persona no professional, però que compta amb l'autorització de l'administració pública. Aquest és un tema que per l'extensió i esperit del present treball no s'ha plantejat, però no es pot obviar els problemes que implica.
- VIII. Per tot l'exposat, podem afirmar que s'ha realitzat una tasca fonamental en el reconeixement dels drets de les persones amb discapacitat i, en concret, la previsió d'aquest col·lectiu en un àmbit tant important com és l'educació. Es tracta d'una tasca essencial en la defensa i garantia dels drets de les persones amb discapacitat que comporta una evolució en positiu en l'exercici dels seus drets en igualtat de condicions que la resta de les persones. No obstant això, és imprescindible continuar treballant i uniformitzar la resposta de les administracions públiques per tal que el reconeixement de l'educació inclusiva es pugui percebre en la realitat dels centres educatius a través de l'activitat projectada a la inclusió sense recórrer a la previsió de les normatives per transicionar cap a la simple educació.

7. EMISSIÓ DEL DICTAMEN

Finalment, pel que fa a l'estratègia processal recomanable a la meua representada, hem d'atendre a la concreta sol·licitud d'aquesta.

Així, convé subratllar que ens trobem en la via administrativa. Per tal d'impugnar la denegació per part l'administració pública de la sol·licitud per proveir el suport sanitari, cal disposar de l'acte en concret on s'estipula aquesta denegació. En el nostre cas, hem entès que tal acte vindria conformat per la resposta del CAP de referència. No obstant això, si atenem a la data en què es va enviar aquella resposta, no resulta factible recórrer en via administrativa en tant que s'han exhaurit els terminis i tampoc es pot recórrer en la via judicial, atès que no esgotem dita via administrativa.

Per tant, hem de forçar a l'administració pública a la producció d'un nou acte en què ens denegui el suport sol·licitat, també ens el podria concedir, però és poc probable donada la naturalesa dels fets. Paral·lelament, aquest procediment

també ens serviria per instar al Departament d'Educació a realitzar les funcions que li són pròpies en virtut de la normativa analitzada.

D'aquesta forma, un cop disposem l'acte en sentit desestimatori, la meva recomanació tenint en compte l'interès i els drets a garantir, és:

En primer lloc, iniciar un procediment judicial davant el TSJ amb motiu de la inactivitat de l'administració pública. Com hem comprovat anteriorment, el Departament d'Educació està obligat a vetllar la garantia dels serveis sanitaris i parasanitaris en el marc educatiu. Nogensmenys, aquest suport no s'ha proveït per part del Departament i, per tant, existiria una inactivitat respecte els deures i la diligència deguda del Departament en virtut del Decret d'Inclusió.

A més, es tracta d'un procediment que requereix necessàriament iniciar un procediment administratiu per instar a l'administració pública a actuar. A partir de l'inici del present procediment administratiu, la LJCA atorga un termini de tres mesos per tal que l'administració actuï o bé, arribi a un acord amb les parts implicades. Per tant, existeix una alta probabilitat que no s'hagi de procedir amb el procediment judicial, si les parts arriben a un acord.

En segon lloc, si la representada no desitja assistir a la via judicial, li recomano interposar un recurs d'alçada contra la resolució desestimatòria del procediment iniciat per sol·licitar el suport sanitari. En aquest cas, ens trobaríem davant la via administrativa que no requereix de representació legal. Així mateix, contra la resolució del recurs d'alçada, també existeix la possibilitat d'interposar un recurs contenciós administratiu i iniciar un procediment judicial.

Ara bé, convé subratllar que en el primer cas el procediment judicial versa sobre una disposició de caràcter general i és aquesta que ens permet interposar directament un recurs contenciós administratiu contra la inactivitat del Departament d'Educació. És a dir, que les parts han instat, a través del procediment administratiu, a l'administració a actuar i aquesta adopta una posició de passivitat. No obstant això, en el segon cas estaríem impugnant un acte desestimatori -no una disposició general- i és per això que en virtut dels mandats legals analitzats, hem d'interposar un recurs d'alçada abans de dirigir-nos a la via judicial.

Paral·lelament, també li proposo iniciar un procediment sancionador per entendre que la Maria està sent discriminada en relació amb l'alumnat sense necessitats específiques i aquell que, tenint aquestes necessitats, ha obtingut el suport sol·licitat. És cert, que aquest procediment es centre en valorar l'existència o no d'una discriminació i si hi ha, imposar una sanció als subjectes infractors. És per això que un reconeixement de subministrament del suport sanitari no el rebriem, però és interessant contemplar l'ús d'aquest instrument que ens facilita

l'ordenament per lluitar contra les discriminacions i instaurar un model basat en la igualtat d'oportunitats.

Altrament, també es podria valorar la via extrajudicial a través de la presentació d'una queixa al Síndic de greuges de Catalunya, atès que dita possibilitat és independent de qualsevol altre procediment i no requereix de cap formalitat.

En conclusió, considero oportú interposar un recurs contenciós administratiu contra la inactivitat del Departament d'Educació, alhora iniciar un procediment sancionador per l'existència d'una desigualtat de condicions de la Maria i posar en coneixement d'ambdues circumstàncies al Síndic de greuges de Catalunya.

Barcelona, data de signatura

Raiha Gull Arshad

Alumna del màster d'Advocacia a la UB

8. BIBLIOGRAFIA

Llibres

ABELLÁN, Victoria; VILÀ, Blanca; OLESTI, Andreu. *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*. Sisena edició actualitzada. Barcelona: Planeta, 2011. pàg. 288. ISBN: 978-84-344-6965-5.

GAMERO, Eduardo; FERNÁNDEZ, Serveriano. *Manual básico de derecho administrativo*. Disetena edició. Madrid: Tecnos, 2020. pàg 525. ISBN: 978-84-3097-990-5

MARTÍNEZ, Fernando. *Derecho antidiscriminatorio*. 1^a edició. Navarra: Cizur Menor, Aranzadi Thomson Reuters, 2019, pàg 25. ISBN: 978-84-1308-707-8.

JUST, Rebecca. *Guía práctica de la Ley 39/2015, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas*. Primera edició, Barcelona; Editorial UOC, 2016. ISBN: 978-84-9116-613-9.

Revistes

CARO, María Dolores. Educación, Gobierno Abierto y progreso: los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) en el ámbito educativo. Una visión crítica de la LOMLOE. *UB Revista de Educación y Derecho*, 2021, vol. 23, pàg 6. ISSN 2386-4885. Disponible a: <<https://doi.org/10.1344/REYD2021.23.34443>>.

MARTÍNEZ, Fernando. El ideario educativo constitucional... inclusivo. UNED, *Revista de derecho político* [en línia]. Madrid: ProQuest, maig-agost 2021, núm. 111, pàg. 10. ISSN 0211979X. Disponible a: <<https://n9.cl/0lcuc>>. [Accés restringit].

MARTÍNEZ, Inmaculada. Una primera aproximación a la propuesta de Directiva del Consejo por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual. *Revista Aranzadi Unión Europea* [en línia]. 2020, núm. 5. Disponible a: <<https://n9.cl/p1reg>> .

MEDINA, Javier. Ajustes razonables y apoyos en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. Retos y dificultades. *Studia Historica. Historia Contemporánea* [en línia]. Salamanca; ProQuest, 2018, vol. 36. ISSN: 0213-2087. Disponible a: <<https://www.proquest.com/publiccontent/docview/2188103480?pq-origsite=primo>>

Recursos electrònics

ALMENDROS, Ignacio. *La LOMLOE y el derecho a la educación inclusiva*. Un blog de El Diario de la Educación [en línia]. Madrid, Foro de Sevilla. Por Otra Política Educativa, 2021. Disponible a: <<https://n9.cl/sam4f>>.

European Court of Human Rights, *Guide on Article 2 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights*. Case-law analysis [en línia]. Estrasburg, 31 d'agost de 2021. <<https://n9.cl/dx2u5>>.

EZQUERRA, Antonio; OLIVÁN DEL CACHO, Javier. *Estudio de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa* [en línia]. València; Tirant lo Blanch, 2014. <<https://biblioteca-nubedelectura-com.sire.ub.edu/cloudLibrary/ebook/show/9788490530597>>. ISBN: 978-84-9053-059-7 [Accés restringit].

GRAÑANA, Anna. *Dictamen Jurídic en matèria de Dret administratiu i, en concret, de Dret de la discapacitat* [en línia]. Barcelona: Dipòsit Digital de la Universitat de Barcelona, 2019. [Treball fi de màster (Facultat de Dret)]. <http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/137739/1/GRA%c3%91ANA%20A_NNA_TFM.pdf>.

MONZÓN, Eva. *El nou Decret d'educació inclusiva: una norma positiva que deixa obertes algunes qüestions*. Un blog d'El Diari de la l'Educación [en línia]. El blog de l'educació social. 4 de maig de 2018. Disponible a: <<https://n9.cl/nfedaf>>.

Nace la Plataforma Estatal de Enfermera Escolar para acabar con la gran "asignatura pendiente" de nuestro país. A: *Sindicato de Enfermería* [en línia]. 2 d'abril de 2019. <<https://n9.cl/pbaw5>>. [Consulta: 28 de novembre de 2021.]

Volem un/a infermer/a escolar. A: *PÚBLICA.CAT Informació educació pública*. [en línia]. 26 de novembre de 2021. <<https://publica.cat/volem-una-infermera-escolar/>>.

Base de dades

FERNÁNDEZ, Francisco José. El Consejo de Europa. Anuario jurídico y Económico Escorialense [en línia]. Madrid: 2014, núm. 47. pàg. 57-91. Disponible a <<https://www.proquest.com/docview/1528550573/fulltextPDF/57DD75CDF35649B1PQ/1?accountid=15293>> . [Accés restringit].

PALOMAR, Alberto; FUERTES, Francisco Javier. *Inactividad de la Administración Pública*. Práctico Contencioso Administrativo [en línia]. Espanya: Vlex Premium, octubre de 2021. <<https://app-vlex-com.sire.ub.edu/#search/jurisdiction:ES/inactividad+de+la+administracion/WWW/vid/427618370>>. [Accés restringit].

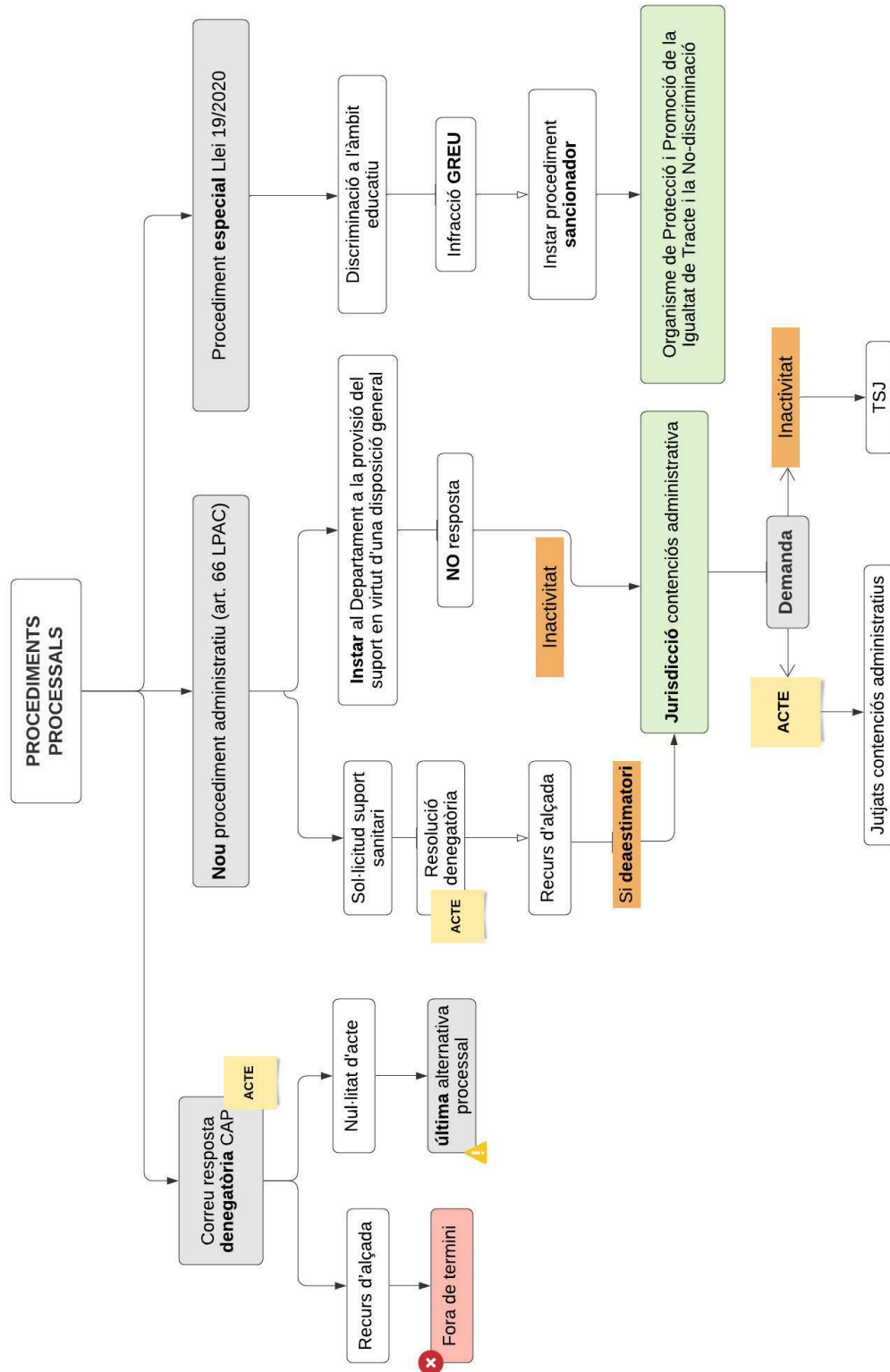
PALOMAR, Alberto; FUERTES, Francisco Javier. *Legitimación activa en un proceso contencioso - administrativo*. Práctico Contencioso Administrativo [en línia]. Espanya: Vlex Premium, octubre de 2021. <<https://app-vlex-com.sire.ub.edu/#WWW/vid/427618146>>. [Accés restringit].

PALOMAR, Alberto; FUERTES, Francisco Javier. *Recursos administrativos*. Práctico Contencioso Administrativo [en línia]. Espanya: Vlex Premium, octubre de 2021. <<https://app-vlex-com.sire.ub.edu/#>>, [Accés restringit].

PALOMAR, Alberto; FUERTES, Francisco Javier. *Solicitud de parte interesada para que se inicie el procedimiento administrativo y solicitud reconocimiento de un derecho* [en línia]. Espanya: Vlex Premium, juny de 2018. <<https://app-vlex-com.sire.ub.edu/#vid/244713329>>. [Accés restringit].

ROMERO, Juan. *Propuestas de mejora de promoción al empleo para egresados universitarios: una visión desde la investigación y la experiencia docente* [en línia]. .A: SÁNCHEZ, María José; MÚÑOZ, Sara. Madrid: Dykinson, 2018. pàg. 195. ISBN: 978-84-91-9148-859-0. Disponible a: <<https://elibro-net.sire.ub.edu/es/ereader/craiub/106075>>.

9. ANNEX 1: ESQUEMA DELS PROCEDIMENTS PROCESSALS



10. ANNEX 2 i 3: PROPOSTA D'ESCRITS JURÍDICS

ANNEX 2

AL DEPARTAMENT D'EDUCACIÓ DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA

Sra. Maria Susana Naranjo Ordóñez

*Directora dels Serveis Territorials d'Educació a Barcelona Comarques*⁵⁷

Departament d'Educació

Carrer de Casp, 15

08010 Barcelona

Benvolguda,

Nosaltres, A i B amb DNI 12345678K i 12345678L, respectivament, com a representants legals de la nostra filla Maria amb DNI 87654321L, amb domicili a l'Av. Diagonal, 684 i correu electrònic a efectes de notificacions dret@inclusio.com, compareixem davant el present òrgan administratiu i com millor procedeixi en dret, DIEM;

FETS

PRIMER.- La Maria és una nena d'onze que té diagnosticada Paraparèsia espàstica familiar, una malaltia hereditària i degenerativa que es caracteritza per afectar al sistema neuro-muscular. En conseqüència, disposa d'un certificat de discapacitat de 79% emès en data de 18 de juny de 2021 i el certificat de dependència, que reconeix un grau III amb data d'efecte de 21 de gener de 2021.

SEGON.- Amb el temps, Maria ha començat a tenir una sèrie de dificultats relacionades amb la malaltia i des de l'hospital Vall d'Hebron, els facultatius van prescriure la necessitat de realitzar sondatges cada tres hores, la qual cosa, suposa realitzar aquesta actuació sanitària dos cops en l'horari lectiu.

TERCER.- Per tant, en l'inici del nou curs 2021-2022 davant el correu electrònic del TIS, que es va enviar per les indicacions del Departament, on sol·licitava el trasllat d'una persona professional al centre educatiu per efectuar les actuacions sanitàries a la Maria, el CAP va respondre en sentit negatiu. El CAP va esgrimir que en el marc familiar havien capacitat a l'àvia per realitzar els sondatges i que no hi havia la possibilitat de satisfer la demanda d'acudir a l'escola per fer els sondatges cada tres hores.

QUART.- Tant la família com l'escola ens mostrem disconformes amb la situació. Considero que l'àvia és una dona gran no professional i, per tant, no es pot garantir una atenció sanitària de qualitat mentre nosaltres treballem a més, l'escola entén que els sondatges han de ser realitzats per una persona

⁵⁷ Generalitat de Catalunya. *Serveis Territorials d'Educació a Barcelona Comarques* [en línia]. <http://sac.gencat.cat/sacgencat/AppJava/organisme_fitxa.jsp?codi=1694>. [Consulta: 22 de novembre de 2021].

professional i que en cap cas és admissible que una persona externa es traslladi de forma habitual al centre.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER.- Vulneració del dret a l'educació inclusiva

La denegació per part del CAP de l'assistència sanitària comporta la infracció de les previsions de la LOE, concretament de l'art. 71, que estableix com un deure de les administracions públiques destinar els recursos necessaris a l'alumnat, que "requereixi una atenció diferent a l'ordinària, per presentar necessitats educatives especials [...]" a fi de compensar les dificultats derivades d'unes determinades condicions.

El present deure de les administracions, també es veu reforçat pel mandat directe de l'art. 112.3 respecte els centres que reben un volum major de l'alumnat amb necessitats específiques, que reconeix la recepció de recursos humans i/o materials complementaris necessaris per a l'atenció adequada d'aquest alumnat. Precisament, aquesta és la situació de l'IE Rafael Alberti, que compte amb un volum elevat de l'alumnat de diferents necessitats específiques.

També, pel mandat de l'art. 72, les administracions públiques han de disposar de personal especialitzat i qualificat sent un deure de l'administració educativa corresponent, el proporcionar els mitjans necessaris per atendre adequadament les necessitats d'aquest alumnat. En aquest cas, la necessitat de la Maria d'obtenir una atenció sanitària i garantir el seu dret a una educació inclusiva i de qualitat.

SEGON.- No cobertura de les necessitats sanitàries en el marc educatiu

Com s'ha exposat amb anterioritat, la situació de necessitat específica és derivada d'una discapacitat física com a conseqüència d'una malaltia degenerativa i minoritària, segons estableix l'art. 3.4 a) del Decret 150/2017, de 17 d'octubre, de l'atenció educativa a l'alumnat en el marc d'un sistema educatiu inclusiu, la qual suposa el requeriment d'un suport, concretament d'un suport personal professional.

Davant aquestes situacions, entre les funcions que ha de dur a terme l'administració educativa, és a dir, el Departament d'Educació, segons l'art. 5, es troben:

“h) **Garantir** la sectorització i la coordinació dels serveis educatius i els socio-sanitaris per **assegurar una atenció educativa** de proximitat a l'alumnat.

l) **Vetllar perquè en els centres quedin cobertes les necessitats d'assistència sanitària** i parasanitària dels alumnes que ho requereixin,

especialment els que tenen estats de salut clínicament complexos. Amb aquesta finalitat el Departament ha d'establir convenis de col·laboració amb altres departaments amb competències en la matèria”.

A la vista d'aquests dos preceptes, podem concloure que efectivament és un dret de l'alumnat en el marc de l'educació inclusiva, el percebre dels centres educatius l'atenció sanitària per cobrir les necessitats mèdiques derivades dels estats de salut clínicament complexos, com pot ser la Paraparèsia espàstica familiar.

TERCER.- Infracció de la normativa en matèria de les persones amb discapacitat

Altrament, el no reconeixement de l'assistència sanitària també suposa la vulneració de l'art. 27 de la CE, l'art. 24 de la Convenció Internacional sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat i 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 i de la seva inclusió social.

Per tot l'exposat;

SOL·LICITEM, que es tingui per presentat el present escrit en virtut de l'art. 66 de la LPAC i es reconegui el dret de la Maria a disposar d'una atenció sanitària executada per les persones professionals en la matèria i així garantir el dret a una educació inclusiva.

Barcelona, data de signatura

A
Representant legal de la Maria

B
Representant legal de la Maria

ANNEX 3

AL DEPARTAMENT DE SALUT DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA

Sr. Joaquim Verdaguer Puigvendrelló
Servei d'Atenció Primària (SAP) Barcelonès Nord i Maresme

Benvolgut,

Nosaltres, A i B amb DNI 12345678K i 12345678L, respectivament, com a representants legals de la nostra filla Maria amb DNI 87654321L, amb domicili a l'Av. Diagonal, 684 i correu electrònic a efectes de notificacions dret@inclusio.com, compareixem davant el present òrgan administratiu i com millor procedeixi en dret, DIEM;

FETS

PRIMER.- La Maria és una nena d'onze que té diagnosticada Paraparesia espàstica familiar, una malaltia hereditària i degenerativa que es caracteritza per afectar al sistema neuro-muscular. En conseqüència, disposa d'un certificat de discapacitat de 79% emès en data de 18 de juny de 2021 i el certificat de dependència, que reconeix un grau III amb data d'efecte de 21 de gener de 2021.

SEGON.- Amb el temps, Maria ha començat a tenir una sèrie de dificultats relacionades amb la malaltia i des de l'hospital Vall d'Hebron, els facultatius van prescriure la necessitat de realitzar sondatges cada tres hores, la qual cosa, suposa realitzar aquesta actuació sanitària dos cops en l'horari lectiu.

TERCER.- Per tant, en l'inici del nou curs 2021-2022 davant el correu electrònic del TIS, que es va enviar per les indicacions del Departament, on sol·licitava el trasllat d'una persona professional al centre educatiu per efectuar les actuacions sanitàries a la Maria, el CAP va respondre en sentit negatiu. El CAP va esgrimir que en el marc familiar havien capacitat a l'àvia per realitzar els sondatges i que no hi havia la possibilitat de satisfer la demanda d'acudir a l'escola per fer els sondatges cada tres hores.

QUART.- Tant la família com l'escola ens mostrem disconformes amb la situació. Considero que l'àvia és una dona gran no professional i per tant, no es pot garantir una atenció sanitària de qualitat mentre que nosaltres treballem a més, l'escola entén que els sondatges han de ser realitzats per una persona professional i que en cap cas, és admissible que una persona externa es traslladi de forma habitual al centre.

FONAMENTS JURÍDICS

PRIMER.- Dret a l'assistència sanitària

La protecció de la salut és un dret de tota la ciutadania previst en l'art. 43 de la CE com un principi rector de la política social i econòmica, que obliga als poders públics a tutelar i organitzar aquesta a través de les prestacions i serveis necessaris.

En aquest sentit, la Llei 14/1986, de 25 d'abril, General de Sanitat reconeix la titularitat del dret a la sanitat a totes les persones residents a Espanya. Els mitjans i les actuacions del sistema sanitari, que instaura la present llei, tenen com a finalitat promoure la salut i prevenir les malalties. D'aquesta manera, l'art. 3 estipula que tant les administracions estatals com les autonòmiques han de desenvolupar les actuacions sanitàries en base a una concepció integral de la sanitat. En conseqüència, podem entendre que aquestes actuacions no només se circumscriuen dins l'àmbit sanitari, sinó que el seu caràcter integral comporta que dita assistència es pugui realitzar també en altres àmbits, com és l'educatiu.

Alhora, les administracions públiques, en el desenvolupament de les seves funcions sanitàries, han d'elaborar programes dirigits a la població amb major risc i programes específics a la vista dels factors de risc, així com han de vetllar per a la millora de qualitat de l'assistència sanitària a tots els nivells, inclòs també l'educatiu. Aquestes dos comeses establertes en l'ap. 5 i 16 de l'art 18 s'ha de interpretar tenint en compte l'ap. 19 sobre la intensificació dels serveis dirigits a les malalties que impliquen l'existència d'una discapacitat.

És per això i, pel caràcter integral de la salut reconegut a la Llei 14/1986, que el Departament de Salut té l'obligació de proporcionar l'assistència sanitària a l'àmbit escolar de la Maria. A més, es tracta d'una persona que té una malaltia crònica i degenerativa que implica l'existència de limitacions físiques, a part dels efectes derivats de la pròpia patologia. Per tant, resulta oportú intensificar els suports sanitaris i educatius per garantir una educació inclusiva i la integritat física de la Maria.

SEGON.- Salut i la Llei General sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat.

La Llei General sobre els Drets de les Persones amb Discapacitat reconeix als seus articles 10 i 11 el dret de les persones amb discapacitat a la protecció de la salut, inclosa també la prevenció, promoció i recuperació, com també l'obligació de les administracions públiques de proveir una atenció específica al col·lectiu. Tanmateix, els poders públics han de dirigir les seves actuacions a la prevenció de les deficiències de la discapacitat atenent a la diversitat de cada persona amb discapacitat, és a dir, s'ha de proporcionar una atenció adequada segons les necessitats de cada persona.

Per tant, la manca del suport sanitari suposa també una afectació al dret a la salut, atès que una persona professional va prescriure la necessitat de realitzar els sondatges i per tal atenuar les implicacions negatives que pot comportar la

malaltia, és obligació de l'administració sanitària el proveí aquest suport fora de l'àmbit hospitalari i familiar.

TERCER.- Provisió de suports sanitaris a l'escola inclusiva

L'Estatut d'autonomia de Catalunya també reconeix el dret de totes les persones -incloses les persones amb discapacitat- a l'assistència sanitària de responsabilitat pública sota les condicions d'igualtat i gratuïtat.

Així, la Llei 18/2009, del 22 d'octubre, de salut pública estableix en l'art. 3 k) que l'execució de les prestacions i serveis sanitaris han d'ajustar-se, entre altres principis informadors, el del respecte del dret a l'educació en matèria de salut pública. S'entén per salut pública, la mobilització dels recursos personals i materials dirigits a protegir i promoure la salut de les persones en l'àmbit individual i col·lectiu. A més, segons l'art. 6 u), les prestacions sanitàries han de prevenir i protegir la salut de la població davant qualsevol factor de risc, en particular la salut de les persones amb una discapacitat derivada de les malalties minoritàries.

En aquest sentit, la Maria pateix una malaltia minoritària i crònica que comporta l'existència d'efectes limitatius i requereix d'un suport sanitari particular per pal·liar aquests efectes. Així mateix, el no proveir l'atenció sanitària pertinent pot tenir conseqüències negatives per a la seva integritat física o comportar l'existència de noves patologies. Per tant, l'Administració Pública ha de subministrar dita assistència en el marc de l'àmbit educatiu per tal de prevenir de noves patologies i reduir els efectes de la ja existent.

QUATRE.- Vulneració del dret a l'educació inclusiva

La denegació per part del CAP de l'assistència sanitària comporta la infracció de les previsions de la LOE, concretament de l'art. 71, que estableix com un deure de les administracions públiques destinar els recursos necessaris a l'alumnat, que "requereixi una atenció diferent a l'ordinària, per presentar necessitats educatives especials [...]" a fi de compensar les dificultats derivades d'unes determinades condicions.

El present deure de les administracions també es veu reforçat pel mandat directe de l'art. 112.3 respecte els centres que reben un volum major de l'alumnat amb necessitats específiques, que reconeix la recepció de recursos humans i/o materials complementaris necessaris per a l'atenció adequada d'aquest alumnat. Precisament, aquesta és la situació de l'IE Rafael Alberti, que compte amb un volum elevat de l'alumnat de diferents necessitats específiques.

També, pel mandat de l'art. 72, les administracions públiques han de disposar de personal especialitzat i qualificat sent un deure de l'administració educativa corresponent, el proporcionar els mitjans necessaris per atendre adequadament les necessitats d'aquest alumnat. En aquest cas, la necessitat de la Maria

d'obtenir una atenció sanitària i garantir el seu dret a una educació inclusiva i de qualitat.

Per tot l'exposat;

SOL·LICITEM, que es tingui per presentat el present escrit en virtut de l'art. 66 de la LPAC i es reconegui el dret de la Maria a disposar d'una atenció sanitària executada per les persones professionals en la matèria i així garantir el dret la salut.

Barcelona, data de signatura

A
Representant legal de la Maria

B
Representant legal de la Maria