



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

DERECHO A LA EDUCACIÓN CON INCLUSIÓN SOCIAL PARA LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A LA LUZ DEL EXP. N° 02362-2012 –PA/TC

Susana Mosquera

Octubre de 2013

DERECHO

Instituto de Derechos Humanos

Mosquera, S. (2013). Derecho a la educación con inclusión social para las personas con discapacidad a la luz del EXP. N° 02362-2012-PA/TC. *Gaceta Constitucional*, 70, 59-68.



Esta obra está bajo una [licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura

I. Descripción del caso y planteamiento jurídico

El expediente objeto del presente análisis se presentaba como una perfecta oportunidad para analizar uno de los matices más delicados que rodea al derecho a la igualdad, su aplicación inversa a través de las discriminaciones positivas. Y es que aún cuando el Tribunal Constitucional no ha utilizado ese argumento jurídico a la hora de resolver el caso que como agravio constitucional llegó a sus manos, lo cierto es que hay mucho de esa cuestión en el marco fáctico de este proceso. No en vano el petitorio de la demanda pasa claramente por dejar de aplicar al caso concreto la causal que expresamente, y con igualdad formal en la redacción de la norma, dispone la exclusión del alumno de un Programa de Maestría cuando ha acumulado dos asignaturas desaprobadas. La alumna en cuestión forma parte del colectivo de personas con discapacidad, es decir, forma parte de uno de esos grupos que por haber sido tradicionalmente excluidos, son ahora destinatarios directos de las medidas que el derecho ha creado para paliar y en la medida de lo posible revertir la desigualdad de partida que presentan los miembros de este y de otros colectivos.

No obstante, aunque acertada es la respuesta que ha dado el alto tribunal, echamos en falta en su razonamiento jurídico una más completa fundamentación del derecho a la igualdad, pues a nuestro juicio ese ha debido de ser el eje principal sobre el que debería haber girado la argumentación jurídica de este caso. La igualdad de las personas con discapacidad, que en el presente caso desarrollaba su valor relacional de la mano del derecho a la educación es el tema estrella de esta sentencia y sin embargo el TC solventa la referencia a la igualdad recordando, a través de su previa jurisprudencia, que estamos ante un derecho que también ostenta el valor de principio esencial del ordenamiento jurídico, y que sin excluir la desigualdad lo que busca es erradicar el trato injustificadamente discriminatorio. Nada hay sobre la igualdad material, nada hay sobre la legitimación de las discriminaciones adversas, y mucho más grave, nada hay sobre la aplicación directa de la norma convencional que en el sistema interamericano, vigente para el Perú desde 2001, promueve la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad. Por todas esas razones, consideramos oportuno y necesario sistematizar un poco las ideas que sobre el derecho a la igualdad, y los derechos humanos de las personas con discapacidad resultan relevantes para entender el presente caso.

Es bien sabido que, históricamente la idea de igualdad recogida en las declaraciones liberales de derechos es una respuesta a los planteamientos filosóficos y políticos del pensamiento del siglo XVIII pero será necesaria la vertebración de un Estado de Derecho que perfeccione esas declaraciones formales con un sistema de división de poderes y lo complete con unos instrumentos jurídicos adecuados para una eficaz tutela de los derechos constitucionales¹.

¹ Cfr. KRIELE, M. *Introducción a la teoría del Estado. Fundamentos históricos de la legitimidad del Estado constitucional democrático*. (Traducción Eugenio Bulygin). Ed. Depalma. Buenos Aires. 1980, pp. 222 y ss.



Tutela que no siempre resulta sencilla, especialmente en un derecho como el de igualdad, pues en palabras de Bobbio: “(...) la dificultad de establecer el significado descriptivo de la “igualdad” estriba sobre todo en su indeterminación, de modo que decir que dos entes son iguales, sin otra determinación, nada significa en el lenguaje jurídico si no se especifica de qué entes se trata y respecto a qué cosa son iguales, es decir, si no se está en condiciones de responder a dos preguntas: a) ¿Igualdad entre quiénes?, b) ¿Igualdad en qué?”². Esa necesaria formulación relacional de la igualdad lleva a que en su aplicación práctica este derecho/principio necesite de una modulación muy cuidada por parte del poder legislativo y judicial. En ese sentido cabe decir del expediente objeto de estudio, que aún cuando el TC en efecto localiza y describe a la educación como el otro derecho en la relación, lo cierto es que lo hace de modo excesivamente superficial, y sobre todo, no ahonda en el significado que para el colectivo de personas con discapacidad tiene ese derecho.

II. Significado jurídico de la igualdad

La esencial igualdad de toda persona ante la ley es hoy en día el punto de partida indispensable en todo sistema democrático de derecho. No olvidemos que si los destinatarios de ese sistema jurídico-político no son todos los ciudadanos, sino solo un grupo “privilegiado” de ellos, el derecho estará tan lejos del ideal de justicia que desde su mismo origen la norma será incapaz de ofrecer un trato justo³. Pero la igualdad no solo es un ideal del sistema democrático sino que también es un derecho fundamental de la persona humana, aunque alcanzar esa condición no ha sido tarea sencilla.

1. La igualdad formal o igualdad ante la ley

Vinculado de modo directo a los postulados revolucionarios la igualdad formal tuvo y tiene un objetivo muy claro, acabar con los privilegios de clases ante el sistema jurídico y el medio para lograrlo no puede ser otro que establecer la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. Su formulación presupone o parte de la idea liberal de soberanía popular, todo el pueblo es igual y debe acceder en condiciones de igualdad a la justicia⁴. En ese sentido, su limitación principal la encontramos en el concepto de ciudadanía que hasta fechas recientes no se aplicó a todos los grupos sociales. Mujeres, personas discapacitadas, personas de bajos recursos o de poca formación no tenían la consideración de ciudadanos, no podía votar y sus derechos eran limitados. Superar ese nivel de desigualdad en el acceso a la ciudadanía ha sido uno de los primeros objetivos del planteamiento igualitario, objetivo que sigue manteniendo toda su operatividad en la medida en que las desigualdades formales sigan existiendo, como lo demuestra el caso objeto de estudio.

La igualdad ante la ley como derecho fundamental que establece la equiparación entre todos los hombres sin que quepa discriminación alguna por motivos de origen, raza,

² BOBBIO, N. *Igualdad y libertad*. Paidós ICE. UAB. Pensamiento contemporáneo 24. Barcelona. 1993, pp. 33 y ss.

³ NAGEL, Th. *Igualdad y parcialidad: bases éticas de la teoría política*. (Trad. J.F. Álvarez). Paidós. Barcelona. 1996, pp. 67 y ss.

⁴ FERNÁNDEZ, E. “La teoría clásica del contrato social (siglos XVII y XVIII) y los derechos naturales”, (pp. 89-131) en *Anuario de Derechos Humanos*. 1983.

sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole es el derecho fundamental tal y como lo sanciona el legislador constitucional en el art. 2 inciso 2 de la Constitución peruana de 1993. No obstante, la aplicación de este principio y el hecho de que sea reconocido como derecho fundamental en el texto constitucional no es óbice para impedir que el legislador regule de modo desigual siempre que lo haga en atención a una causa justificada y razonable. Y es que una concepción puramente formal de la igualdad puede provocar nuevas desigualdades pues cuando la ley establece el puro igualitarismo desatiende la existencia de situaciones o circunstancias que justifican un trato diferente⁵. De ahí que la complicada naturaleza del derecho a la igualdad haya llevado al operador jurídico a distinguir entre la igualdad ante la ley, la igualdad en la ley y la igualdad en la aplicación de la ley.

a. Igualdad en la ley

En su concepción formal la igualdad se convierte en un límite a la actuación del poder legislativo que le impide la arbitrariedad, esto es, legislar en forma injustificadamente discriminatoria. Por tanto, para que las diferenciaciones normativas se tengan por bien puestas será necesario que el legislador demuestre la existencia de un fin válido y legítimo para esa diferenciación, planteando la distinción en términos razonables y adecuados al fin perseguido y sin incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir derechos u obligaciones a las situaciones que derivan de la aplicación de la norma. Por tanto, la igualdad en la ley prohíbe la discriminación pero no excluye la diferenciación. En ese contexto la precisión lingüística resulta de gran utilidad puesto que, dos términos como “diferenciar” y “discriminar” que a priori se presentan como potenciales sinónimos tienen en el fondo un sentido muy distinto, dada la carga negativa que acompaña al término discriminar. Aspecto que distingue muy bien el TC en su jurisprudencia.

El juicio de igualdad por lo demás, es como ya hemos dicho, de carácter relacional. Requiere, como presupuestos obligado o punto de partida el constatar que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas, comprobando a continuación que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación son homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso. Verificados ambos presupuestos resultará procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia contenida en la norma.

b. Igualdad en la aplicación de la ley

Se produce una quiebra en la noción jurídica de igualdad cuando, en el proceso de formulación, interpretación o aplicación de la ley, se llega a consecuencias jurídicas desiguales para dos personas sin que exista justificación suficiente para ello. En el proceso de formulación de la ley es el legislador el sujeto obligado a ofrecer una justificación

⁵ Vid. GARCÍA MORILLO, J. “La cláusula general de igualdad”, (pp. 174-197) en AAVV. *Derecho Constitucional. Vol. I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2002.



adecuada a la diferencia de trato introducida en la norma, aspecto éste ya tratado al analizar la igualdad en la ley y que reviste una complejidad menor una vez establecidos los criterios constitucionales que vinculan el principio de legalidad y el de igualdad ya desde los orígenes del constitucionalismo moderno. Mayores complicaciones presenta la igualdad para el agente encargado de su interpretación y aplicación. Es en este terreno en donde las concreciones del principio/derecho a la igualdad comprometen de modo principal a los órganos judiciales y administrativos encargados de su delimitación práctica en la casuística legal⁶. Como bien se puede apreciar en el caso que nos sirve de estudio y de ejemplo, la formulación del reglamento de estudios como norma estaba exenta de supuestos discriminatorios, aunque su aplicación estricta dio lugar a un trato desigual.

Llegamos así a la necesidad de que el operador jurídico justifique si las razones ofrecidas para dispensar un tratamiento diferente se ajustan o no a lo que es exigencia o contenido esencial del derecho a la igualdad. En ese orden de cosas, la valoración ha dejado de estar en el terreno de lo puramente formal y ha alcanzado el campo de la motivación, la razonabilidad o irrazonabilidad de una decisión administrativa, legislativa o judicial y de ese modo ha ingresado en el ámbito siempre difuso, de los conceptos jurídicos indeterminados⁷. Para determinar si ha habido o no arbitrariedad en la aplicación de la norma será necesario que el órgano judicial encargado de analizar el caso examine con criterios objetivos la oportunidad de la medida o decisión adoptada. Es por eso que el TC señala en su fundamento n° 11 que la situación de desigualdad que presenta la demandante justifica un trato diferenciado, por lo que resulta necesario pasar a determinar si los requisitos de evaluación académica han sido debidamente adecuados a las condiciones especiales que tiene la recurrente, es decir, valorar si ha habido igualdad en la aplicación de la ley.

2. La igualdad material

a. *Concepto*

Sin embargo, una vez analizado el concepto de igualdad en su dimensión formal, vistos los criterios delimitadores de esa formulación del principio/derecho de igualdad en su planteamiento legalista, surge una cuestión que llevará el debate sobre el concepto de igualdad a una nueva esfera. Ya no es suficiente que el legislador, el intérprete o el juez hagan leyes y sentencias ajustadas al contenido formal del derecho a la igualdad, porque existe una diferenciación que las normas y las sentencias no pueden eliminar. La diferencia en las condiciones de partida, -físicas, sociales, económicas, personales, raciales o de género- determina que, aún cuando la norma ha respetado pulcramente el concepto de igualdad ante la ley el resultado logrado es discriminatorio⁸.

⁶ OLLERO TASSARA, A. *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*. Centro de estudios constitucionales. Madrid. 1989.

⁷ MARTÍNEZ TAPIA, R. *Igualdad y razonabilidad en la justicia constitucional española*. Universidad de Almería Servicio de Publicaciones. Almería. 2000, pp. 92 y ss.

⁸ ALARCÓN CABRERA, C. "Reflexiones sobre la igualdad material", (pp. 31-42) en *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 4. 1987, p. 37.

La igualdad, para servir eficazmente a sus objetivos como ese importante derecho/principio/valor tiene que ir más allá de su dimensión formal o legalista y alcanzar una vertiente real o sustancial que es la que se busca con la igualdad material. Es ahí donde las acciones positivas de discriminación toman cuerpo de naturaleza, su objetivo no es otro que dar cumplimiento a la concepción material de la igualdad, pero utilizan la dimensión formal, la plasmación legislativa para imponerse en el sistema jurídico.

b. Las discriminaciones adversas

Entonces, si la igualdad ante la ley establece la interdicción de la arbitrariedad y en su aplicación trata de evitar las discriminaciones injustificadas, ¿cómo puede justificarse desde el principio de igualdad, la existencia de supuestos de expresa discriminación, o privilegio, recogidos expresamente en una norma? Es decir, ¿cómo funcionan las discriminaciones adversas? La respuesta llega de la mano de esa concepción dual de la igualdad, formal y sustancial a la vez; dualidad que permitirá al legislador acercarse a través de fórmulas legales a un concepto sustancial o real de la igualdad introduciendo específicos tratamientos desiguales en aras a un objetivo final constitucionalmente legítimo.

Cuando se ponen en marcha acciones positivas se está intentando modificar a través de una específica imposición jurídica “discriminatoria” una situación previa que sancionaba una desigualdad de trato asentada en el tiempo, como en este caso puede ser el acceso de las personas con discapacidad a la educación. Este planteamiento, a priori sencillo y justo, puede no obstante dar lugar a más desigualdades en su aplicación, especialmente cuando alguno de sus criterios de determinación no han sido suficientemente valorados. La existencia de obstáculos que impiden o dificultan la igualdad de oportunidades, el contexto de aplicación, su duración temporal y especialmente la regla de proporcionalidad de las medidas en atención a la finalidad buscada, son alguno de los elementos que deben ser tomados en consideración para valorar la conveniencia o no de una medida de discriminación positiva.

La discriminación positiva tiene como objetivo favorecer la equiparación de los colectivos más vulnerables en los que la desigualdad de partida es evidente, como es el caso del colectivo de personas con discapacidad. Ayudar a que todos partan de la misma línea de salida en la competencia de la vida es el objetivo de estas políticas, que tienen mucho de inclusión social en su formulación. Esa lucha por la inclusión está tan cerca del principio de igualdad como del principio de justicia, de ahí que incluya no solo una reivindicación referida a bienes materiales, sino también y fundamentalmente una participación significativa en la vida social. Participación que se traduce en la lucha por alcanzar bienes como la educación, la participación en la vida política o en las actividades culturales entre otros⁹. Por todo ello, como bien señala la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad: “No constituye discriminación la distinción o preferencia adoptada por un Estado para promover la integración social o el desarrollo personal de las personas con discapacidad (...)”. De ahí que la respuesta que ha dado el TC en el caso 02362-2012 daba ser

⁹ COLLINS, H. “Discrimination, Equality and Social Inclusion”, (pp. 16-43), *The Modern Law Review*, Vol. 66. N° 1. Jan-2003.



considerada y valorada positivamente, pues a través de la flexibilización que ha impuesto en la aplicación del sistema de evaluación a la alumna con discapacidad visual que ha presentado la acción de protección, está aplicando los estándares internacionales sobre la materia y está siguiendo una línea marcada desde la doctrina en materia de promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad.

III. Discapacidad y derechos humanos

1. Planteamiento

Según datos publicados por Naciones Unidas, más de 600 millones de personas, esto es, aproximadamente el 10% de la población mundial, presenta una u otra forma de discapacidad¹⁰. De ellas, dos terceras partes vive en países en desarrollo y sólo el 2% de los niños con discapacidad recibe algún tipo de educación o rehabilitación. Estos datos no sirven sino para constatar el estrecho vínculo que existe entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por el otro.

En los dos últimos decenios se ha producido un extraordinario cambio de perspectiva, pues ya no es la caridad sino los derechos humanos el criterio que se aplica al analizar la discapacidad. En lo esencial, la perspectiva de la discapacidad basada en los derechos humanos equivale a considerar sujetos, y no objetos, a las personas con discapacidad. Ello supone dejar de ver a estas personas como problemas y considerarlas como sujetos titulares de derechos en igualdad de condiciones para su ejercicio. Lo más importante es que significa situar los problemas fuera de la persona con discapacidad y abordar la manera en que en los diversos procesos económicos y sociales se tiene en cuenta o no, según sea el caso, la diferencia implícita en la discapacidad. De ahí que el debate sobre los derechos de los discapacitados está íntimamente relacionado con el tratamiento que se hace de la desigualdad y la diferencia de trato por parte del ordenamiento jurídico. Por consiguiente, la no discriminación y el disfrute efectivo y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos por parte de las personas con discapacidad son el tema predominante de la tan esperada reforma en la manera en que se examina en todo el mundo la cuestión de la discapacidad y los discapacitados¹¹.

El proceso para garantizar que las personas con discapacidad disfruten de sus derechos humanos avanza con lentitud y de manera irregular, pero está en marcha en todos los sistemas económicos y sociales. Se inspira en los valores que sustentan a los derechos humanos: la inapreciable dignidad de todos y cada uno de los seres humanos, el concepto de autonomía o de libre determinación que exige que la persona sea el centro de todas las decisiones que le afecten, la igualdad inherente de todos independientemente de las diferencias y la ética de la solidaridad, que la sociedad exige para sustentar la libertad de la persona con los apoyos sociales correspondientes.

Si revisamos la trayectoria de las minusvalías desde la perspectiva de los derechos humanos es fácil constatar el cambio que este sector ha experimentado después de la segunda mitad del siglo XX gracias a la presión que han ejercido las asociaciones de

¹⁰ <http://www.un.org/spanish/esa/social/disabled/index.html>, acceso 10 de enero de 2008.

¹¹ GANZEMÜLLER, C. y ESCUDERO, J.F. *Discapacidad y derecho*. Bosch. Barcelona. 2005, pp. 53 y ss.

afectados con el apoyo de instituciones como Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Salud y la Organización Internacional del Trabajo, entre otras¹². La DUDH abrió el camino para un adecuado tratamiento de los derechos humanos y, aunque no toma en consideración especial la situación de las personas con discapacidad, no podemos dejar de mencionarla por la significativa influencia que ha tenido en los textos constitucionales elaborados después de su publicación. No obstante, no será hasta los años 70 y 80 cuando la ONU comience a prestar directa atención a la cuestión de las minusvalías, y especialmente en los 90 con la aprobación de las Normas de Igualdad de Oportunidades, que vienen a garantizar que las personas con discapacidad, en su calidad de miembros de sus respectivas comunidades, tengan los mismos derechos y obligaciones que los demás. A tal fin se establecen los requisitos de la igualdad y participación (mayor toma de conciencia de los Estados y de la sociedad, atención médica, rehabilitación y servicios de apoyo). También recogen el acceso a la educación, empleo, mantenimiento de ingresos, vida en familia, cultura, deporte y ocio, impulsándose, además, medidas de información e investigación, de planificación, legislación, política económica, coordinación de trabajos, organizaciones, supervisión y evaluación, cooperación.

Aunque mencionemos el trabajo que la ONU ha desplegado en el sector de las minusvalías, no debemos olvidar que, de modo complementario, los sistemas regionales de protección de los derechos humanos también han regulado en sus respectivas zonas sistemas de reconocimiento y protección de los derechos de las personas con discapacidad. Así, en el entorno europeo no sólo el Consejo de Europa ha tomado medidas al respecto sino que también la Comunidad Europea aprobó ya en los años 80 un primer Programa de Acción Comunitaria enfocado a la integración social y educativa, teniendo continuidad en Helios I y Helios II, hasta 1996, incorporando acciones para la vida independiente¹³.

Pero sin lugar a dudas es el sistema interamericano de protección de los derechos humanos el que debe centrar nuestra atención en la materia, tanto por tratarse del ámbito regional que geográficamente nos corresponde, como por el hecho de haber sido el precursor en la regulación internacional de esta materia. La Convención interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad de 7 junio de 1999 en vigor desde septiembre de 2001, antecede en más de un lustro el equivalente esfuerzo de Naciones Unidas¹⁴. Como valor añadido, para el caso objeto de estudio la Convención Interamericana aporta un marco de trabajo concreto pues centra su atención en la cuestión específica de la discriminación contra las personas con discapacidad, por lo que su omisión en la sentencia objeto de estudio no parece estar

¹² Para mayor abundamiento sobre la regulación jurídica internacional en materia de discapacidad véase, ABAD CASTELOS, M. y REY ANEIRO, A. (Ed.) y SEOANE RODRÍGUEZ, J.A. (Dir.) *Código de derecho internacional público en materia de discapacidad*. Fundación Paideia. Colección Contrabajo. Documentos. Nº 10. A Coruña. 2003.

¹³ Otra importante línea, enfocada a la formación y empleo se abre, a partir de 1986 con la aprobación de diversas recomendaciones la cual continuará con el programa Horizon hasta 1999. Además, en el seno de la CE se aprueban otras Iniciativas de ayudas técnicas "Tide", investigación y salud; telecomunicaciones y telemática; accesibilidad al transporte y ocio.

¹⁴ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en diciembre de 2006. El 3 de mayo de 2008 entró en vigor la Convención; más de 120 países ya la han firmado y 25 ratificado.



justificada, pues en ella podría haber encontrado el alto tribunal argumentos sólidos para la solución del caso. Tal y como hizo la Audiencia Nacional española cuando enfrentada a una situación de características similares a la que es objeto de estudio en el presente expediente, acudió a la norma internacional para tomarla de ayuda en la solución del caso.

Y en ese sentido dice el tribunal español que: “La entrada en vigor de la Convención debe llevar consigo, obviamente, la adaptación de la normativa española al instrumento internacional en todo aquello que lo contravenga, pero también permite a los órganos judiciales, inmediatamente, interpretar la normativa vigente de conformidad con la Convención, completando las lagunas de nuestro ordenamiento jurídico con el propio texto de la Convención, garantizando así la efectiva aplicación de los derechos reconocidos en la norma internacional a las personas con discapacidad. Pues bien, desde esta perspectiva, la exoneración a determinadas personas con discapacidad de las exigencias previstas en los artículos 30 y 31.1 B) de la Orden de 17 de junio de 2005 (RCL 2005, 1383) , en cuanto establece como requisitos para la obtención de la beca haber obtenido en el anterior curso 5 puntos de nota media y no contar con más de una asignatura no superada, puede considerarse un ajuste razonable de la referida norma, que garantice la no discriminación de las personas con discapacidad en el ejercicio de su derecho a acceder a la educación superior”.¹⁵

De igual modo, en el caso de estudio, la no aplicación de la disposición reglamentaria que dispone la expulsión al alumno que ha desaprobado dos cursos del programa de maestría resulta un ajuste razonable que favorece la inclusión social del colectivo de discapacitados en el ámbito educativo¹⁶. Ciertamente, que esta exigencia deriva en una consecuencia con efectos y consecuencias hacia los particulares que entran en contacto con miembros del colectivo protegido: bien porque si se trata de los compañeros de estudios saben que no tendrán ese trato cuando se encuentren en situación similar y sobre ellos sí se aplicarán las consecuencias sancionadoras dispuestas en reglamento; bien porque se trate del centro universitario que por vía de interpretación judicial ve condicionada su gestión administrativa y no solo debe dar nuevamente acceso al alumno expulsado, sino además garantizarle unas condiciones especiales para su evaluación.

2. La discapacidad desde la discapacidad

Las personas discapacitadas no forman un grupo homogéneo, cada una se enfrenta a barreras diferentes, de distinto tipo, que tienen que superar de distintas maneras¹⁷. El movimiento asociativo de personas con discapacidad hace ya tiempo que identificaron los

¹⁵ Sentencia de 2 de noviembre de 2009, Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección nº 3. F. j. 2º.

¹⁶ Cfr. PÉREZ BUENO, L.C. “La configuración jurídica de los ajustes razonables”, (pp. 159-183) en AAVV. 2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna. CERMI. Madrid. 2012.

¹⁷ Vid. PASTOR FAYOS, A. *Enfoque multidisciplinar sobre el discapacitado*. Formación Alcalá. Jaén. 2004, pp.15 y ss.

intereses u objetivos por los que debe luchar este colectivo: el empleo¹⁸, la accesibilidad universal y la eliminación de barreras de todo tipo, la educación, la salud, la protección y previsión social, las nuevas tecnologías y el acceso a la sociedad de la información, la cultura y el deporte y la atención a los más débiles dentro de los discapacitados –mujeres, ancianos y niños-.

El logro de la igualdad de oportunidades es el proceso a través del cual el sistema general de la sociedad, que comprende el entorno físico y cultural, las viviendas y el transporte, los servicios sociales y médicos, las oportunidades de educación y de trabajo, la vida social y cultural, incluyendo las instalaciones deportivas y de recreo, se pone a disposición de todos. La prevención y la rehabilitación, entonces, están relacionadas con los atributos propios de un individuo (o la falta de ellos) y pueden implicar necesidades especiales. El logro de la igualdad está vinculado al proceso de construcción de un entorno adecuado que se adapte razonablemente a tales necesidades¹⁹. En el caso objeto de estudio, esa adaptación razonable para por considerar oportuno y necesario el establecimiento de un sistema de evaluación que sin alterar, reducir, ni rebajar el nivel de exigencia permita la alumno con discapacidad adaptarse al mismo. Dado que la opción existe, como sistema de evaluación oral ya previsto en el Reglamento, y dado que sería una fácil acomodación para la protección de los intereses de las dos partes, no parece que fuese a plantearse como un método especialmente gravoso o complicado para el centro educativo.

En ese sentido puede resultar de buen ejemplo la respuesta que el Tribunal Europeo de derechos humanos ha dado en el reciente caso Horvath y Kiss c. Hungría al reconocer que Hungría violó los derechos de igualdad en la educación de los niños de etnia romaní al desviar su proceso educativo hacia centros de educación especial para niños con discapacidad. Dicen el TEDH que: “En el contexto del derecho a la educación de los miembros de grupos que sufrieron discriminación en el pasado en la educación con efectos continuados, las deficiencias estructurales llaman a la aplicación de medidas positivas, inter alia, para ayudar a los demandantes en las dificultades que encontraran en seguir el plan de estudios. Estas obligaciones son particularmente estrictas, en situaciones donde hay una historia real de discriminación directa. Por lo tanto, son necesarios algunos pasos adicionales para hacer frente a estos problemas, tales como participación activa y estructurada por parte de los servicios sociales correspondientes (...) deberían establecerse estructuras de apoyo adecuado para permitir que los niños Romaní/Gitanos se beneficien, en particular a través de acciones positivas, de la igualdad de oportunidades en la escuela”.

¹⁸ PÉREZ BUENO, L.C. “Las empresas de inserción de personas con discapacidad”, (pp. 749-772) en AAVV. *La economía social y el tercer sector: España y el entorno europeo*. Escuela libre editorial. Madrid. 2003.

¹⁹ La publicación en 1989 de las Directrices de Tallinn para el desarrollo de los recursos humanos en la esfera de los impedidos fomentó el reconocimiento de los discapacitados como agentes de su propio destino en vez de como objetos dependientes de los gobiernos. Las Directrices, cuyas metas eran la independencia y la plena integración, promovieron entre otros aspectos la educación de las personas con discapacidad dentro del sistema escolar estándar y la enseñanza de las destrezas necesarias para dotar a estas personas de viabilidad económica



“Por otra parte, el Tribunal ya ha aceptado en casos anteriores que una diferencia de trato puede adoptar la forma de efectos desproporcionadamente perjudiciales de una política general o la medida que, aunque redactada en términos neutros, discrimina a un grupo. Tal situación puede equivaler a una «discriminación indirecta», que no requiere necesariamente una intención discriminatoria (...). Una política general o medida aparentemente neutral pero con efectos desproporcionadamente perjudiciales sobre una persona o grupo de personas que, por ejemplo en este caso, son identificables en base a un criterio étnico, puede ser considerado discriminatorio a pesar de no ser el objetivo perseguido, a pesar de que la medida esté objetivamente justificada y los medios de conseguir ese objetivo sean apropiados, necesarios y proporcionados”²⁰.

En similares términos se pronuncia Naciones Unidas que recuerda a los países miembros que deben empezar a identificar y eliminar los obstáculos y barreras que limitan el ejercicio de derechos de este colectivo. Por vía de la Convención los Estados se obligan a: garantizar un reconocimiento igual ante la ley, (...) proporcionar una “adaptación razonable” en sitios como escuelas y el lugar de trabajo, es decir, hacer las modificaciones y ajustes necesarios y razonables que permitan que las personas con discapacidad se integren, (...) incluir a los estudiantes con discapacidad en el sistema general de educación y darles el apoyo necesario cuando se requiera, garantizarles acceso igual a la capacitación profesional, a la educación para adultos y al aprendizaje permanente.

IV. Reflexión final sobre el caso.

Hemos valorado positivamente la respuesta que ha dado el TC al caso objeto de estudio, pero cuestionamos seriamente la sistemática de la sentencia, el excesivo peso que en la misma tiene la cuestión técnico-médica sobre el grado de limitación visual de la demandante, en lo que parece encontrarse el segundo objetivo de la sentencia del alto tribunal, destinada no solo a resolver el caso concreto sino también a hacer política social concienciando a la ciudadanía y a los poderes públicos sobre las dolencias visuales que no reciben un adecuado tratamiento médico y sus efectos posteriores. El TC no es el Ministerio de Salud por lo que no le compete el terreno sanitario, sino el jurídico, y en este último podría haber hecho mucho más de lo que ha hecho si en su argumentación jurídica hubiese incluido aspectos relevantes de la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad de un modo más expreso.

También de la sentencia objeto de estudio surge el importante debate de sobre quien recae la carga de hacer los ajustes razonables, sobre el sector público o también sobre las entidades privadas. Se trata de un debate abierto, que en la práctica presenta distintas respuestas condicionadas por factor no solo técnicos en relación al grado de dificultad de la puesta en marcha de alguna de esas reglas de ajuste, sino también de tipo económicos. Países desarrollados dan un enfoque distinto a la cuestión, llegando incluso en muchos casos a haber atendido de modo adecuado la regla de accesibilidad universal por lo que lo que quedaría pendiente serían las necesidades de acomodación del caso concreto. La

²⁰ TEDH. Caso Horvath y Kiss v. Hungría, 29 de enero de 2013, párrs. 104-10

realidad en los países en desarrollo es muy distinta, la accesibilidad universal es todavía una quimera, y las barreras físicas son el primer gran obstáculo para facilitar la visibilidad del colectivo de personas con discapacidad. Por lo que el debate debe centrarse en la mayor participación que la sociedad en general, y no solo los poderes públicos tienen en la materia. Las reglas de acomodación de derechos, que tan buenos resultados han dado en el modelo multicultural canadiense, son una opción de máxima utilidad en este tipo de casos, para de ese modo, compartir el gasto que la medida puede tener para todos los que en ella están implicados. De ahí que nos parezca correcta la respuesta que el TC ha dado, y la obligación que ha generado hacia el centro educativo para que sea este el que genere una regla de acomodación de las reglas académicas adaptada a las circunstancias concretas de la alumna con discapacidad.

