



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS

DICTAMEN JURÍDICO DEL MODELO EDUCATIVO

**Equipo Jurídico de
El Defensor del Estudiante**



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

DICTAMEN JURÍDICO

Se someten al Dictamen Jurídico de los Letrados, expertos en el Derecho Humano Fundamental a la Educación del Equipo Jurídico de El Defensor del Estudiante:

Letrada D^a. Erena Roldán Herráiz. (Barcelona),

Letrada D^a. Marta Vicente Verdoy. (Barcelona),

Letrada D^a. Malory Lavallo. (Barcelona),

Letrada D^a. Alejandra Alonso de Castañeda. (Madrid),

Letrada D^a. Aixa Pérez Durán. (Puerto de Santa María, Cádiz),

Letrado D. Miguel Fernández García. (Murcia),

Letrada D^a. Romina Pulido. (Barcelona),

Letrada D^a. Concepción Far. (Arenys de Mar, Barcelona),

Letrada D^a. Agnés Llatas. (Barcelona),

Letrada D^a. Maika Aragunde Miguens. (Barcelona).

Las siguientes cinco cuestiones que figuran en el índice:



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

ÍNDICE

PRIMERA CUESTIÓN QUE SE SOMETE A DICTAMEN.

¿CUÁLES SON LAS LEYES QUE RIGEN EL ACTUAL MODELO EDUCATIVO EN LAS DIFERENTES COMUNIDADES AUTÓNOMAS DEL ESTADO ESPAÑOL?

7

- | | |
|---|-----------|
| 1. La Constitución. Artículos de aplicación. | 7 |
| 1.2. La educación, derecho fundamental, y el Artículo 10.2 CE. | 8 |
| 1.3 Naturaleza jurídica del Ordenamiento legal. El principio de jerarquía normativa del Artículo 9.3 CE. | 9 |
| 1.4. Aplicación del principio constitucional de jerarquía normativa al Derecho Administrativo. | 11 |
| 1.5. Reglas que sintetizan la correcta aplicación del principio de jerarquía normativa. | 13 |
| 1.6. El derecho a la igualdad ante la ley del Artículo 14 CE. | 15 |
| 1.7. Competencias plenas, o compartidas. Artículo 149 CE. | 15 |
| 2. Los Tratados Internacionales suscritos por el Estado Español y publicados en el Boletín Oficial del Estado, en lo que cada uno tenga en referencia al modelo educativo. | 16 |
| 2.1 La Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y el derecho de todos los estudiantes a la educación inclusiva. (BOE de 21 de abril de 2008). | 19 |
| 3. Las leyes Orgánicas. | 25 |
| 4. Las leyes específicas del Estado. | 26 |
| 5 El desarrollo legislativo de cada Comunidad autónoma, para el ámbito geográfico de la misma comunidad. | 28 |
| 6. La Jurisprudencia de los Tribunales de Justicia. | 31 |



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

SEGUNDA CUESTIÓN QUE SE SOMETE A DICTAMEN.

¿Estas disposiciones de las comunidades autónomas... incurren también en vulneración de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia?

37

TERCERA CUESTIÓN QUE SE SOMETE A DICTAMEN.

En las comunidades autónomas que han creado disposiciones que condicionan a los padres el derecho humano fundamental de sus hijos estudiantes a la Educación Inclusiva, a que sus hijos se sometan a una detección o evaluación psicopedagógica a realizar por funcionarios pre-determinados de la misma administración ¿En qué responsabilidades personales pueden incurrir?

44

CUARTA CUESTIÓN QUE SE SOMETE A DICTAMEN.

¿Cuál es la titulación académica que se exige que tengan los funcionarios para acceder a una plaza en los equipos oficiales de asesoramiento psicopedagógico u orientación educativa, cuyos miembros se denominan y firman informes diagnósticos como: "orientadores"?

48

QUINTA CUESTIÓN QUE SE SOMETE A DICTAMEN.

Las familias tienen la creciente sensación de que existe un acuerdo expreso o tácito entre, por una parte, los "orientadores" que imponen sus evaluaciones psicopedagógicas, y, por otra parte, los maestros o profesores que deben aplicar las medidas que surjan, en el sentido de que los primeros, en la práctica sólo señalan o diagnostican medidas referidas a cantidades de contenidos curriculares, denominadas: "*programas de enriquecimiento curricular*" o bien saltos de curso, denominados: "aceleración o flexibilización", es decir, limitan o restringen las múltiples respuestas educativas o tratamientos escolares que necesitan los estudiantes en su diversidad, a únicamente estas medidas cuantitativas de contenidos curriculares. Tales medidas precisamente son las únicas que figuran en las normativas autonómicas, y a la vez son las que no requieren dedicación ni esfuerzo a los docentes, ni su formación específica.

¿Qué establece sobre el particular la Convención de Naciones Unidas ratificada por el Estado español como ley de mayor rango, y el documento de Naciones Unidas de 2 de septiembre de 2016, Comentario General Nº 4 (CG-4), que facilita su implementación?

50



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

CONCLUSIONES.	54
<u>PRIMERA.</u> LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.	54
<u>SEGUNDA.</u> EI MODELO EDUCATIVO EN LA LEY DE SUPERIOR RANGO.	55
<u>TERCERA.</u> NACIONES UNIDAS FACILITA LA APLICACIÓN Y DESARROLL DE LA LEY DE SUPERIOR RANGO.	56
<u>CUARTA.</u> EL ESTADO ESPAÑOL Y SUS COMUNIDADES AUTÓNOMAS CARECEN DE LEYES EDUCATIVAS QUE HAYAN REALIZADO LA PRECEPTIVA ADAPTACIÓN A LA LEY SUPERIOR.	57
<u>QUINTA.</u> EL MODELO EDUCATIVO EN LA JURISPRUDENCIA.	58
<u>SEXTA.</u> LOS CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA VALIDEZ DE LAS NORMATIVAS EDUCATIVAS.	59
<u>SÉPTIMA.</u> LAS NORMATIVAS QUE VULNERAN LA LEY 15/2007, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.	60
<u>OCTAVA.</u> RESPONSABILIDADES PERSONALES EN QUE PUEDEN INCURRIR LOS FUNCIONARIOS QUE CONDICIONEN EL DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA AL SOMETIMIENTO DEL NIÑO A EVALUACIÓN PSICOPEDAGÓGICA A REALIZAR POR FUNCIONARIO PRE-DETERMINADO DE DESCONOCIDA TITULACIÓN ACADÉMICA.	62
<u>NOVENA.</u> TITULACIÓN ACADÉMICA QUE SE REQUIERE PARA OBTENER UNA PLAZA DE "ORIENTADOR" Y REALIZAR DIAGNÓSTICOS DEL FUNCIONAMIENTO NEURONAL DE LOS NIÑOS.	63



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

DÉCIMA. LA PROLIFERACIÓN DE LAS MEDIDAS QUE NO REQUIERAN EL ESFUERZO, NI LA FORMACIÓN ESPECÍFICA DE LOS DOCENTES. 64

DÉCIMA PRIMERA LA IMPRESCINDIBLE FORMACIÓN ESPECÍFICA DE LOS DOCENTES. 65

DÉCIMA SEGUNDA EL DIAGNÓSTICO DE LAS CAPACIDADES DESDE LA PRECEPTUADA INDEPENDENCIA, QUE EL ESTADO ESTÁ OBLIGADO A GARANTIZAR. 67

TERCERA LA CIF APROBADA POR LA OMS COMO HERRAMIENTA CLÍNICA PARA LA VALORACIÓN DE NECESIDADES Y COMO HERRAMIENTA EDUCATIVA PARA DISEÑO DEL CURRÍCULUM. 86

DÉCIMA CUARTA EL CARÁCTER CLÍNICO DE LOS TESTS DE INTELIGENCIA, Y DE LOS DATOS REFERENTES A LA EVALUACIÓN PSICOPEDAGÓGICA. 69

DÉCIMA QUINTA. LAS NORMAS DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN. 70

DÉCIMA SEXTA. EL SUPERIOR RANGO LEGAL Y PREVALENCIA DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS Y DEMÁS TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR EL ESTADO. 71

A MODO DE EPÍLOGO 73



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

PRIMERA CUESTIÓN QUE SE SOMETE A DICTAMEN.

¿CUÁLES SON LAS LEYES QUE RIGEN EL ACTUAL MODELO EDUCATIVO EN LAS DIFERENTES COMUNIDADES AUTÓNOMAS DEL ESTADO ESPAÑOL?

1. La Constitución.

Sería erróneo considerar que cuanto se refiere a la educación y al modelo educativo actual, en nuestra Carta Magna, se halla concentrado únicamente en su artículo 27, pues existen en nuestra Constitución otros artículos de igual o superior trascendencia jurídica en orden a la educación y específicamente a establecer el modelo educativo que actualmente rige en las diferentes comunidades autónomas del Estado español.

El artículo 27, íntegramente dedicado a la Educación, contiene diez apartados. Los tres primeros dedicados a la "*Libertad de enseñanza*" y los seis siguientes (del 4º al 9º, ambos inclusive) dedicados al "*Derecho a la educación*". El décimo está dedicado a la "*Autonomía universitaria*". Este es su texto:

"1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.

5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.

7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.

8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.

9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.

10. Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca”.

El máximo intérprete de la Constitución es el Tribunal Constitucional, de ahí la trascendencia de conocer sus sentencias acerca del derecho fundamental a la educación del que se deduce y establece el modelo educativo. Destaca la sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981 de 13 de febrero relativa a la Ley Orgánica 5/1980 por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares (LOECE) y la sentencia del Tribunal Constitucional 77/1985 de 27 de junio, relativa a la Ley Orgánica 8/1985 reguladora del derecho a la educación (LODE).

http://altascapacidades.es/instisuper/links_indice_general/a6_c1.html

El estudio de estas sentencias y demás elementos que constituyen el ordenamiento jurídico superior nos permitirá el conocimiento del actual modelo educativo, pues no se puede valorar un iceberg únicamente por su parte que emerge, sino que también es necesario considerar su mayor parte sumergida.

1.2. La educación, derecho fundamental, y el Artículo 10.2 de la Constitución.

Es esencial observar que el artículo 27 de la Constitución se halla en el Capítulo Segundo de la Carta Magna titulado: "*Derechos y Libertades*", y específicamente dentro de su Sección Primera, titulada: "*De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*". **Ello constituye el reconocimiento de la Constitución de la educación como derecho**



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

fundamental. Supone que para interpretar correctamente las leyes, reglamentos, costumbres y prácticas relativas a la educación y en definitiva el modelo educativo, es necesario acudir al apartado 2 del Artículo 10 de la misma Carta Magna, que es donde la Constitución indica cómo debe realizarse la interpretación de todas las normas legales relativas a los derechos fundamentales. El Artículo 10 en su punto 2 señala:

"Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

(Más adelante en los apartados 2 y 2.1 de este dictamen nos referimos a lo preceptuado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España para su aplicación directa y para la correcta interpretación de las demás leyes, reglamentos, costumbres y prácticas relativas al modelo educativo.

Sigamos analizando los demás artículos de la Carta Magna de aplicación al modelo educativo

1.3 Naturaleza jurídica de nuestro Ordenamiento legal. El principio de jerarquía normativa del Artículo 9.3 CE.

La jerarquía normativa, es un principio estructural y esencial para dotar al ordenamiento legal de seguridad jurídica, que es otro derecho constitucional garantizado en el mismo Artículo 9.3 de la Constitución.

En nuestro Estado de Derecho la jerarquía normativa es un principio ordenador básico que ofrece y garantiza la seguridad jurídica. Así, basta conocer la forma de una disposición, para saber cuál es su rango, su posición y su fuerza en el seno del ordenamiento jurídico. Es la jerarquía normativa un principio jurídico por el cual las normas de nuestro ordenamiento jurídico se ordenan mediante un sistema de prioridad, según el cual unas normas tienen preferencia sobre las otras.

La coexistencia de diversas fuentes de derecho podría plantear el problema de su ordenación jerárquica. Según el principio de jerarquía normativa, que consagra el artículo 9.3 de la Constitución, las normas jurídicas se ordenan



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

jerárquicamente, de forma tal que las de inferior rango no pueden contravenir a las superiores, ni restringir o limitar sus derechos so riesgo de nulidad. Nuestra Carta Magna en su art. 9.3 establece que la Constitución garantiza el principio de jerarquía normativa que define el carácter sustancial del Ordenamiento jurídico señalando el principio de jerarquía normativa que rige todo el ordenamiento jurídico en nuestro Estado de Derecho.

El art. 1 del Código Civil también acoge la jerarquía normativa, sobre todo en sus referencias a la prioridad de las fuentes del Derecho que deben aplicarse. Además, la ley tiene preferencia sobre la costumbre, y ambas sobre los principios generales del Derecho. En este precepto resulta especialmente valioso para el principio de jerarquía normativa en el Código Civil donde la realidad jerarquizada de nuestro ordenamiento jurídico halla referencia en su primer artículo, que establece: **"Carecerán de validez las disposiciones que contradigan una de rango superior"**.

En la comprensión de la jerarquía normativa la idea de validez normativa es determinante. Requena López entiende que lo esencial de la jerarquía normativa consiste en hacer depender la validez de unas normas jurídicas de otras normas jurídicas, de modo que una norma es jerárquicamente superior a otra cuando la validez de ésta depende de aquélla, de manera que la norma inferior debe acatar la superior.

La idea de jerarquía normativa también está presente en el pensamiento jurídico de Hans Kelsen (1881-1973) que igualmente establece que el elemento decisivo que determina la existencia del Derecho es su validez y no su eficacia o su justicia.

El ordenamiento jurídico, señala Kelsen, se organiza como en una pirámide escalonada donde cada rango normativo ocupa un escalón, de forma que la norma del escalón siguiente fundamenta su validez y su existencia misma en la de la del escalón anterior. En esta jerarquía normativa kelseniana la cúspide de la pirámide la ocupa la Constitución y los Tratados internacionales ratificados por el Estado. Después, en un segundo escalón están las normas generales, en las que Kelsen incluye las leyes, que a su vez están jerarquizadas, y después las costumbres. En un tercer escalón se ubican los reglamentos. La Carta Magna en su Título Preliminar define los aspectos básicos constitutivos de nuestro Estado de Derecho.

No todas las leyes tienen el mismo rango ni la misma obligatoriedad de cumplimiento. Unas leyes se vinculan a otras y dependen de otras. Significa que hay un Ordenamiento Jurídico Superior y un Ordenamiento Jurídico inferior. Significa que hay leyes superiores y leyes inferiores, y que las leyes inferiores pueden ser de aplicación o de desarrollo, pero en ningún caso pueden



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

contradecir lo señalado en la ley superior. No puede una ley inferior restringir un derecho reconocido en la ley superior, pues restringir es una forma de contradecir.

El principio de jerarquía normativa se completa y complementa, por un lado, con el **principio de temporalidad** pues la Ley posterior deroga a la anterior y por otro lado con el **principio de especialidad**, en cuanto la Ley especial prevalece sobre la Ley general.

Con frecuencia normativas inferiores carecen de validez pues contradicen otra de rango superior. Cuando una normativa inferior limita o restringe algún derecho educativo en la normativa superior, incurre en contradicción, o restricción de derecho, por tanto la normativa inferior carece de validez.

Igualmente incurren en invalidez aquellas normativas inferiores que por disposición legal deben modificarse para su preceptiva adaptación a la normativa superior, si transcurrido un tiempo razonable desde la vigencia de tal obligación legal no se ha producido la preceptiva modificación de adaptación, pudiendo vulnerar el principio y derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica que garantiza el mismo precepto constitucional.

1.4. Aplicación del principio constitucional de jerarquía normativa al Derecho Administrativo.

La subordinación de las disposiciones administrativas (normas secundarias o fuentes de la Administración) respecto de las emanadas del Poder Legislativo (normas primarias o asimiladas con fuerza de ley), Estas a su vez están subordinadas a la Constitución y a los Tratados o convenios internacionales firmados por España. La situación de la Constitución y de los Tratados y convenios internacionales es el vértice de la jerarquía normativa es indubitada.

El novedoso Título VI de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, introduce algunas mejoras en la regulación vigente sobre jerarquía normativa. Así, al regular la potestad reglamentaria de las Administraciones Públicas en el art. 128 Ley 39/2015 establece que los reglamentos y disposiciones administrativas no podrán vulnerar la Constitución o las leyes. De hecho, el apartado tercero dispone que las disposiciones administrativas se ajustarán al orden de jerarquía que establezcan las leyes. Ninguna disposición administrativa puede vulnerar los preceptos de otra de rango superior. *Artículo 128.3:*



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

"Las disposiciones administrativas se ajustarán al orden de jerarquía que establezcan las leyes. Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de rango superior".

El apartado segundo del artículo 47 de la Ley 39/2015 establece las consecuencias de la vulneración de las normas jerárquicamente superiores - Constitución, convenios internacionales suscritos por España, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior- por parte de las disposiciones administrativas, que no es otra que la nulidad de pleno derecho de esas disposiciones. *Artículo 47.2:*

"También serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales".

Ley Orgánica del Poder Judicial: Artículo 6:

"Los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa.

Ley Orgánica del Poder Judicial: Artículo 8:

"Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican".

Código Penal: Capítulo I. (De la prevaricación de los funcionarios públicos y otros comportamientos injustos.) Artículo 404. A: *"La autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo se le castigará con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a 10 años.*

Como principio de actuación de las Administraciones Públicas, especialmente relevante en el ámbito de las relaciones entre órganos administrativos, es el principio de jerarquía que se halla contemplado en el art. 103.1 de la Constitución. Si conectamos Es este principio con la estructura interna de cada



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

Administración Pública, se puede conocer cómo se concreta su contenido. El principio también aparece mencionado en el art. 3.1 de la LRJPAC, así como en otros preceptos del mismo texto legal.

1.5. Reglas que sintetizan la correcta aplicación del principio de jerarquía normativa.

Existe un amplio consenso entre los juristas en estas reglas de carácter general:

1ª. "Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior" (Código Civil, artículo 1).

2ª. En principio la jerarquía posee un ámbito de actuación intrasistema: opera dentro del sistema normativo del Estado y al mismo tiempo dentro de cada uno de los subsistemas autonómicos, pero no en las relaciones de las normas del sistema general con las de los subsistemas, ni tampoco en las relaciones de los diversos subsistemas entre sí.

3ª. La jerarquía normativa opera en las relaciones entre normas del sistema general y de los subsistemas autónomos, pues, todas las normas autonómicas están subordinadas a la Constitución Española y a los Tratados o Convenios internacionales suscritos por el Estado español y al respectivo estatuto de autonomía, que son normas estatales.

4ª. Determinadas normas estatales (concretamente, las leyes previstas en el art. 150 CE) son también jerárquicamente superiores a determinadas normas autonómicas.

5ª. Ante cada situación es preciso discernir si nos hallamos ante el principio de jerarquía normativa o ante el principio de competencia. El principio de jerarquía opera cuando dos normas de distinto rango tratan sobre una misma materia. Es entonces obligando preferir la de nivel superior. En cambio, el principio de competencia es aquel criterio en virtud del cual, cuando dos especies o categorías de normas tienen bien delimitado entre sí su respectivo ámbito competencial material. Entonces la colisión jerárquica es imposible entre dos normas cuando cada una de ellas es competente en un determinado ámbito diferente de materia. En este último caso no hay que indagar cual es la norma superior sino cual es la norma competente a cada tema o materia y se establece entre ellas una relación horizontal o de



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

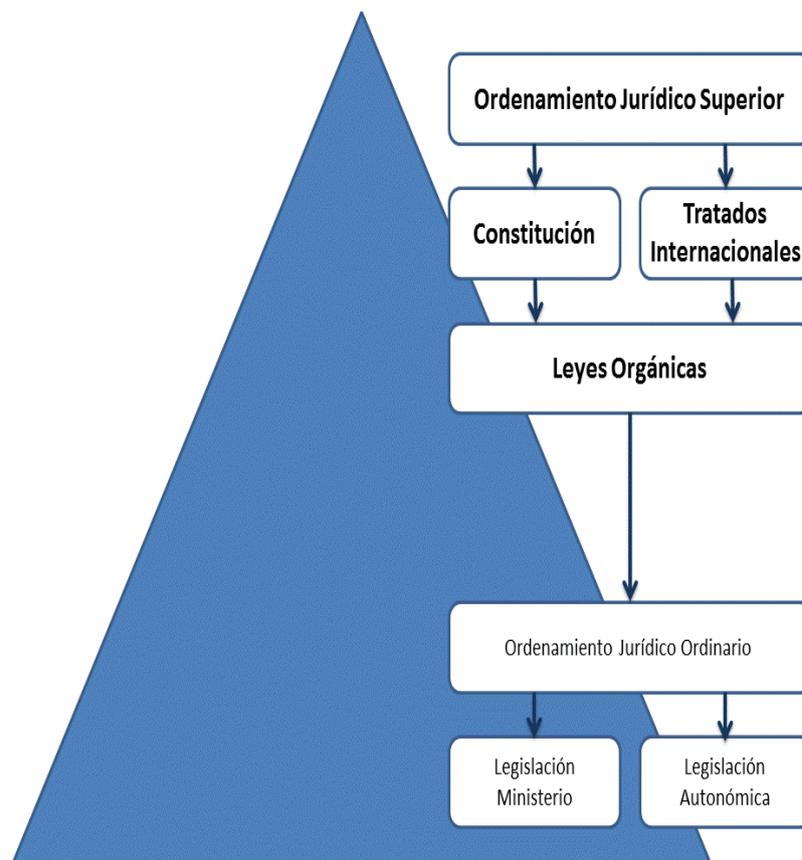
defensor.estudiant@gmx.com

competencias respectiva que excluye cualquier disposición vertical o jerárquica entre las mismas. En estos casos entre unas y otras normas no juega el principio de jerarquía normativa, sino el principio de competencia.

6ª. Cuando un mismo tema o materia se halla legislada por dos leyes o normativas de diferente rango se produce necesariamente una de estas dos situaciones:

SITUACIÓN A, si la norma inferior no contradice ni siquiera mínimamente a la norma superior, ni restringe, ni siquiera en su mínima expresión ninguno de los derechos reconocidos en la norma superior. En tal situación es indicado que por seguridad jurídica se aplique la norma superior, pues nadie en su sano juicio puede pretender imponer la norma inferior.

SITUACIÓN B: Cuando la norma inferior contradice, aunque sea de forma mínima, a la norma superior, o produzca una restricción de un derecho reconocido en la normativa superior, aunque sea en ínfima proporción o medida. En esta SITUACIÓN B la ley inferior carece de validez en virtud del Artículo 1 del Código Civil y del Artículo 9.3 de la Constitución. Se aplica por tanto la norma superior.





El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

1.6 El derecho a la igualdad ante la ley del Artículo 14 CE.

Señala la Constitución en su Artículo 14:

"Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

En el viejo sistema educativo que promueve la igualación de la diversidad natural, como si se tratara de sinónimo de justicia, resulta frecuente confundir el derecho a la igualdad ante la ley con un inexistente derecho a una injusta igualación.

Ya decía Aristóteles: *"Tan injusto es tratar diferente a lo igual que tratar igual a lo diferente"*. Las Neurociencias han puesto de manifiesto y Naciones Unidas ha reconocido y proclamado que *cada estudiante aprende de una manera única -y por tanto diferente-* (Comentario General Número 4 para el desarrollo y aplicación de la Convención de Naciones Unidas aprobada por las Cortes Generales de España, BOE 21.4.2008, CG4, P 25).

El derecho a la igualdad ante la ley es el igual derecho de todos a ser tratados de forma diferente conforme al propio hecho diferencial intelectual y el potencial de cada uno.

El derecho a la igualdad ante la ley del artículo 14 CE es en el derecho fundamental a la educación el derecho de todos a la educación inclusiva que es *cuando el foco se sitúa en las diferentes capacidades de cada estudiante* (CG4 P12. c) y *el sistema educativo proporciona a cada uno una respuesta educativa personalizada* (CG4 P12. c).

1.7 Competencias plenas, trasferidas o compartidas.

Cuando el Estado ha traspasado a una comunidad aquellas competencias en educación que son traspasables, se suele decir que la comunidad tiene competencias plenas en materia de educación. Sería erróneo interpretar de ello que tiene competencias exclusivas o absolutas, ya que el Estado seguirá



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

teniendo y ejerciendo sus competencias exclusivas en educación, como señala el artículo 149.1.1ª y 30ª.

Por otra parte, las competencias traspasadas a la comunidad autónoma deberán gestionarse con sujeción a principio de jerarquía normativa anteriormente referido en 1.3, 1.4 y 1.5.

Por otra parte, hemos visto que el artículo 10.2 de la Constitución remite la interpretación de todas las leyes y normativas sobre la educación, como derecho fundamental, a los tratados internacionales ratificados por el Estado español, lo que es fundamental para la correcta interpretación de todas las normativas inferiores.

2. Los Tratados Internacionales suscritos por el Estado Español y publicados en el Boletín Oficial del Estado, en lo referente al modelo educativo.

La misma Carta Magna dedica todo el Capítulo Tercero a los tratados internacionales del que podemos destacar el artículo 96.1, el 95.1 y el 94.1:

"Artículo 96. 1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional".

"Artículo 95. 1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional".

"Artículo 94. 1.

1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos:



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.

Los Tratados internacionales son fuente de derecho de aplicación directa. El Tribunal Supremo declaró en Sentencia de 21 de febrero de 1970, respecto al valor de los tratados y su posición en relación a las Leyes:

"los compromisos internacionales derivados de un instrumento expresamente pactado, llámese tratado, protocolo, o de otro modo, tienen primacía en caso de conflicto o contradicción con las fuentes del derecho interno que pudieran diferir de lo estipulado".

Posteriormente, en igual sentido que la anterior y con expresa referencia, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de octubre de 1996, rec. 4480/1995, declaró:

"la primacía de las normas de Derecho Internacional Convencional -llámese Tratado, Convenio o de otro modo-, como puso de relieve la Sentencia de 27 de febrero de 1970, es clara en el caso de conflicto o contradicción con las fuentes de Derecho Interno que pudieran diferir de lo estipulado en el Tratado o Convenio".

En primer lugar de la escala jerárquica de las normas de nuestro ordenamiento jurídico se encuentra la Constitución y los Tratados internacionales aprobados por las Cortes Generales, (Artículo 94.1 CE), las Leyes -Orgánicas y Ordinarias-, los Decretos-Leyes, los Decretos Legislativos, los Reglamentos aprobados por el Gobierno y expedidos por Real Decreto y los reglamentos aprobados por Orden ministerial. Finalmente se hallan las normativas de las distintas comunidades autónomas para los respectivos territorios. Como complemento de las normas anteriores nos encontraríamos con la costumbre.

Todo ello sin olvidar los principios generales del Derecho y la jurisprudencia, y sin perjuicio de señalar la primacía del Derecho comunitario que exige adaptar el Derecho nacional al Derecho comunitario.

La educación al constituir un derecho fundamental, la interpretación de todas sus normativas debe realizarse de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados internacionales suscritos por el Estado



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

español (Artículo 10.2 CE), sin olvidar el carácter jerárquico de nuestro ordenamiento jurídico (Artículo 9.3)

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 10.12.1948, en su Artículo 26.3 establece:

«Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos».

Así lo recoge el Principio 7 de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959; el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 en su artículo 18.4; o la resolución de las Naciones Unidas de 1 de julio de 2015.

Desde este derecho inicial se ha ido evolucionando y concretando hasta el reciente Tratado Internacional, suscrito por el Estado Español: la Carta de Derechos y Libertades de la Unión Europea, proclamada el 12.12. 2007, en Estrasburgo.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, desde 1952, al igual que otros Tratados Internacionales, reconoce el derecho de los padres a asegurar la educación y la enseñanza conforme a las convicciones religiosas y filosóficas de los padres.

En realidad, dentro de las convicciones filosóficas se entendían incluidas las convicciones **pedagógicas**; no obstante, al no mencionar y situar expresamente el derecho de los padres a la educación de sus hijos de acuerdo con sus convicciones filosóficas, se podía interpretar que las convicciones pedagógicas de los padres no quedaban suficientemente garantizadas, razón por la que en la Carta de Derechos y Libertades de la Unión Europea, - proclamada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, que es la parte dogmática-constitucional del Tratado de Lisboa, se añadió expresamente la garantía de las **convicciones pedagógicas de los padres** en la educación de sus hijos. Así, el Art. 14. 3. de la Carta de Derechos y Libertades de la Unión Europea, "Derecho a la Educación", garantiza: «...la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos, así como **el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas**».

En España este convenio internacional: Carta de Derechos y Libertades de la Unión Europea entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, desde esta fecha forma parte del Ordenamiento Jurídico Superior, al mismo rango y valor



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

jurídico-normativo que la Constitución. Es legalmente vinculante en todos los países firmantes de la UE.

Este Tratado Internacional permite acceder al Tribunal de Luxemburgo por vulneración del Derecho Comunitario. Se trata de un proceso diferente del de vulneración del Convenio de Derechos Humanos, que conduce al Tribunal de Estrasburgo.

2.1 La Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y del derecho de todos los estudiantes a la Educación Inclusiva (o personalizada). (BOE de 21 de abril de 2008).

Se trata de un tratado internacional de importancia extraordinaria no solamente para los estudiantes con discapacidad sino también para todos los estudiantes.

Fue aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas en su sede de Nueva York el 13 de diciembre de 2006 autorizado por las Cortes Generales, ratificado posteriormente por el Estado español y publicado en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008.

Se trata de un tratado internacional del artículo 96.1 C E y del Artículo 94.1.e, de la Constitución. Este es un aspecto de importancia capital. Veamos este texto constitucional:

1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos:

e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución.

La ratificación por parte del Estado español de este Tratado internacional de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y del derecho de todos los estudiantes a la Educación Inclusiva, se realizó por el artículo 94.1, tal y como consta en el Boletín Oficial del Estado del día de su publicación, el 21 de abril de 2008. Se obtuvo pues la autorización por las Cortes Generales ya que conlleva la modificación o derogación de leyes y exige



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

medidas legislativas para su ejecución, lo que supone la plena conciencia del Estado español y específicamente de las Cortes generales acerca de la trascendencia de este tratado internacional en nuestro ordenamiento legal.

No sólo se trata de la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de una ley que se sitúa en el superior rango de nuestro ordenamiento jurídico, lo que ya de por sí obliga a la acomodación y modificación de todas las demás leyes de rango inferior, es decir, la modificación y en su caso derogación para la adaptación de todas las demás leyes educativas, sino que el propio Convenio Internacional de Naciones Unidas en su artículo cuatro establece esta obligación, concretamente de *"Tomar todas las medidas pertinentes incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes y reglamentos costumbres y prácticas existentes..."*

"El artículo 96.1 de la Constitución quiere decir también que los Tratados Internacionales poseen fuerza pasiva frente a la Ley, esto es, que no pueden ser modificados sin más por ésta, sino que han de serlo por los procedimientos acordes con el Derecho Internacional, incluyendo aquellos expresamente previstos en el propio tratado".

(El sistema Constitucional de fuentes del Derecho. José Luis García Ruiz, Emilia Girón Reguera).

Como tratado internacional del Artículo 94.1 C E, señala este texto constitucional:

"Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución".

Es importante señalar que los tratados internacionales del artículo 94.1 de la Constitución requieren la previa autorización de las Cortes Generales prevista en este texto constitucional, autorización que se concedió tal y como consta en el Boletín Oficial del Estado anteriormente citado.

"Los Tratados gozan de primacía sobre las fuentes del derecho interno en caso de conflicto. No obstante, únicamente los tratados contemplados en el apartado 1 del artículo 94 tienen fuerza activa frente a la ley, pero todos tienen fuerza pasiva frente a la misma".



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

(El sistema Constitucional de fuentes del Derecho. José Luis García Ruiz, Emilia Girón Reguera).

Mediante este convenio internacional de Naciones Unidas el Estado español adquirió una serie de compromisos y responsabilidades, unas de carácter general otras de carácter específico. Por otra parte el Estado en este convenio internacional reconoce expresamente una serie de derechos educativos de todos los estudiantes.

Entre los compromisos del Estado español como Estado Parte de dicho convenio internacional, de carácter general, se pueden destacar, por una parte el contenido en el artículo 24.1:

"Los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles".

Por el mismo Artículo 24 en su apartado 2.c, se reconoce el derecho de los estudiantes a que:

"Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales"

Y por el apartado "e" del mismo texto legal España se a que a los estudiantes:

"Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión".

Más allá de las fases preparatorias o iniciales del proceso de identificación, que son la "detección" y la "evaluación psicopedagógica" (que tienen carácter unidisciplinar, Naciones Unidas en su Convención Internacional contempla las capacidades de todos los estudiantes y en definitiva la inteligencia humana, no en visión reduccionista o parcial sino en su multidimensionalidad, por tanto en su multidisciplinaridad, reconoce el derecho de los estudiantes a la Evaluación Multidisciplinar y a que sus **programas generales de educación** y salud **se basen en los resultados de la Evaluación Multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona**, señalando en el Artículo 26 de la Convención:



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

"Sus programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales, de forma que esos servicios y programas: a) Comiencen en la etapa más temprana posible y se basen en una Evaluación Multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona".

La misma ratificación de este tratado internacional comportaba la modificación para la adaptación de todas las normativas inferiores como una exigencia legal del mismo principio de jerarquía legislativa del artículo 9.3 C E. Pero a mayor abundamiento la misma convención de Naciones Unidas incorpora esta obligación y compromiso de los Estados Partes en su artículo 4.1.a sus y b:

"a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;

b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación".

Al acercarse el décimo aniversario de la ratificación de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y el derecho de todos los estudiantes a la Educación Inclusiva por el Estado Español, Naciones Unidas observó el nivel de cumplimiento o incumplimiento por parte de los diferentes Estados partes. España, por ejemplo había adaptado sus leyes sanitarias y sus leyes de derechos sociales, pero incumplía, por una parte, su compromiso consignado en el Artículo 4 de modificar, o derogar las leyes educativas para su preceptiva adaptación a la Convención de Naciones Unidas como ley superior.

Por otra parte el Estado español no creaba leyes educativas inferiores de aplicación y desarrollo que facilitarían el cumplimiento de la Convención en el día a día de nuestras escuelas e institutos de secundaria. La Convención de Naciones Unidas es de aplicación directa desde su aprobación por las Cortes Generales y su publicación en el BOE de 21 de abril de 2008, pero necesita legislación de desarrollo elaborada por los mismos Estados partes.

A observar que algunos Estados partes no lo hacían Naciones Unidas acordó



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

crear un documento de aplicación y desarrollo del Artículo 24 de la Convención y demás artículos relativos a la educación como derecho humano fundamental de todos los estudiantes, facilitando la aplicación directa de la Convención de Naciones Unidas en todos los centros educativos especialmente en los de enseñanzas obligatorias. Al mismo tiempo Naciones Unidas quiso recordar a los Estados Partes sus compromisos con la Educación Inclusiva.

Por otra parte, Naciones Unidas observó la existencia de prácticas educativas que utilizan la denominación de Educación Inclusiva sin que en realidad puedan considerarse más que una simulación o falsificación de lo que en realidad es la Educación Inclusiva. Por todo ello Naciones Unidas vio la necesidad de precisar lo que los Estados Partes, sus gobiernos y sociedades civiles: padres, docentes y el conjunto de la sociedad, debemos entender exactamente por Educación Inclusiva, por lo que en este documento Naciones Unidas ha establecido las oportunas definiciones.

Es el **Comentario General Nº 4 de 2 de septiembre de 2016 (En adelante el CG4)**, que explica ampliamente en que consiste exactamente el derecho de todos los estudiantes a la Educación Inclusiva contenido en el Convenio de Naciones Unidas, nuestra ley específica de superior rango que en España regula la Educación Inclusiva y de aplicación directa que ya dispone del instrumento legal que facilita esta aplicación directa en todas las aulas y centros educativos.

El CG4 se halla dividido en 74 Párrafos enumerados, distribuidos en cinco capítulos.

- 1. INTRODUCCIÓN.**
- 2. CONTENIDO NORMATIVO DEL ARTÍCULO 24.**
- 3. OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARTES.**
- 4. RELACIÓN CON OTRAS DISPOSICIONES DE LA CONVENCIÓN.**
- 5. IMPLEMENTACIÓN A NIVEL NACIONAL.**

<http://altascapacidades.es/portalEducacion/contenidos/noticia/Derecho-a-la-Educacion-Inclusiva-Art-24-Comentario-ONU-2016.pdf>

Transcurridos 10 años de la ratificación por parte del Estado español y de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, se constata que el Estado español



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

ha realizado su preceptiva modificación de adaptación de las leyes sanitarias como la ley General de Sanidad, la ley 44/2003 de 21 de noviembre de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, que equipara los diagnósticos de los centros públicos con los de los centros privados (ya que la legalidad de los informes y diagnósticos no se halla en función de la titularidad del centro sino de las titulaciones académicas de los profesionales y de los miembros de los equipos multidisciplinares que los realizan), además dicha ley determina qué profesionales están legitimados para realizar diagnósticos, y señala la obligación de los colegios profesionales de disponer de un fichero, de carácter público, con el nombre la titulación, licenciatura o grado, y la especialidad y demás datos profesionales de sus colegiados.

También la ley 41/2002 de Ordenación de las Profesiones Sanitarias sufrió la preceptiva modificación de adaptación. Esta ley reconoce el derecho de los ciudadanos a la libre elección de centro de diagnóstico y de profesionales del diagnóstico.

El Estado español ha cumplido también con la preceptiva modificación de adaptación de muchas leyes reguladoras de derechos sociales, pero **no ha efectuado la preceptiva modificación de adaptación de las leyes educativas del Estado ni tampoco las comunidades autónomas han realizado esta modificación y en su caso derogación, para la necesaria adaptación de sus leyes disposiciones y demás normativas educativas, a la convención como ley superior.**

España carece pues de leyes válidas que regulen el modelo educativo, más allá de la Convención de Naciones Unidas boletín oficial del Estado de 21 de abril de 2008 con su comentario general número cuatro de 2 de septiembre de 2016



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

3. Las leyes Orgánicas.

La Ley Orgánica de Educación LOE de 3 de mayo de 2006 supuso un cambio radical de modelo educativo en España, pues preceptúa la educación inclusiva como principio general que debe regir todas las etapas educativas. Así se establece en la LOE en sus artículos: 1b, 4.3, 71.3 y 121.2.

En consecuencia, la LOE aumenta la autonomía pedagógica de todos los centros educativos. (LOE, Artículo 120 y siguientes)

Desde el 21 de abril de 2008, fecha de la publicación en el BOE de la Convención de Naciones Unidas, la Educación Inclusiva además de principio fundamental pasó a ser un derecho: un *derecho humano fundamental de todos los estudiantes*.

La LOMCE ha realizado importantes cambios respecto de la LOE, pero respetó íntegramente todos los avances de la LOE en relación al modelo de Educación Inclusiva. Es más, la LOMCE en su preámbulo, Apartado V señala:

"Debemos pues considerar como un logro de las últimas décadas la universalización de la educación, así como la educación inclusiva".

La universalización de la educación sí que se puede considerar un logro de las últimas décadas, pues la LOGSE alcanzó la obligatoriedad de la educación desde los 6 años hasta los 16. Pero la educación inclusiva sólo se puede considerar un logro en cuanto a que la ley, desde el superior rango de jerarquía normativa la preceptúa en todos los centros educativos y la reconoce como un derecho humano fundamental de todos los estudiantes, pero desgraciadamente no es un logro en la realidad práctica de los centros educativos, lo que deja en evidencia la situación de incumplimiento de la ley.

La Ley Orgánica de Educación LOE, fue aprobada con dos años de anterioridad respecto de la aprobación por las Cortes Generales de España de la Convención de Naciones Unidas. La LOE se halla en la dirección adecuada al preceptuar la educación inclusiva como un principio general que debe regir en todas las etapas educativas, pero desde el 21 de abril de 2008 que la Convención es ratificada por el Estado español y publicada en el boletín oficial del Estado, la ley orgánica no se modifica estableciendo la educación inclusiva como derecho humano fundamental de todos los estudiantes.

La LOMCE se redactó sin considerar la Convención de Naciones Unidas como ley de superior rango, sino ignorándola.



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

Pero ello tiene escasa trascendencia jurídica teniendo en cuenta, por una parte, el acuerdo de todos los partidos políticos, excepto del Partido Popular, de derogar la LOMCE. Pero una ley orgánica sólo se puede derogar por sustitución de otra ley orgánica, y ello requiere amplios consensos inexistentes en la actualidad.

Por otra parte, el abandono de Partido Socialista y de Podemos de la Subcomisión del Congreso de los Diputados para el Pacto Social y Político para la Educación que se creó con el compromiso de elaborar en el plazo de seis meses - que vencieron el 14 de mayo de 2018-, una ponencia con las directrices de la nueva ley orgánica que debe sustituir a la LOMCE, vencido el plazo legal que se otorgó dicha Subcomisión ha quedado bloqueada por los referidos abandonos a esta Subcomisión y por tanto ha quedado igualmente bloqueada la alternativa legal a la LOMCE.

Ni siquiera es posible un regreso a la LOE ya que quedó expresamente derogada por la LOMCE y esta ha quedado jurídicamente colapsada por el abandono de los políticos a su alternativa legislativa, lo que permite llegar a la conclusión de vacío legislativo a nivel orgánico en la educación en España, máxime teniendo en cuenta que la LOMCE se elaboró sin tener en cuenta su ley superior: la Convención de Naciones Unidas ni tampoco posteriormente se hizo la preceptiva modificación para su adaptación.

4. Las leyes específicas del Estado.

Existen normativas específicas de la administración educativa que afectan a la respuesta educativa y normativas específicas de la administración sanitaria que afectan al diagnóstico de las capacidades de los estudiantes.

Por otra parte, es necesario distinguir entre las normativas que han cumplido con la preceptiva adaptación modificación para la Convención de Naciones Unidas, como ley de superior rango y por tanto las normativas válidas, y las normativas que transcurridos diez años de este ineludible compromiso no han sido modificadas para su preceptiva adaptación a la ley superior.



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

Entre las normativas que han sido adaptadas a la Convención de Naciones Unidas está la *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica del Estado. Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica*, que garantiza el derecho a la libre elección de centro de diagnóstico y de profesionales del diagnóstico, o el derecho a obtener copia de los informes y diagnósticos y de toda la documentación, o la *Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias* que establece la igualdad de competencias para realizar diagnóstico por parte de los profesionales de los centros públicos o privados, determina los profesionales que están legitimados para poder realizar diagnósticos, y reconoce y regula el derecho de los ciudadanos a conocer el nombre, el título, la especialidad y la colegiación de los profesionales, así como la obligación de todos los colegios profesionales de mantener ficheros de carácter público con todos estos datos. Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Todas estas leyes han sido modificadas para alcanzar la preceptiva adaptación a la Convención de Naciones Unidas como ley superior. Pero, no son leyes educativas sino leyes sanitarias, si bien regulan aspectos específicos y fundamentales del imprescindible diagnóstico de las capacidades de los estudiantes.

Debemos tener en cuenta que el diagnóstico de las capacidades constituye la puerta de entrada a la Educación Inclusiva, y como señala Naciones Unidas en su Comentario General número 4 de 2 de septiembre de 2016: **"la Educación Inclusiva, sitúa el foco en las capacidades de los estudiantes"**. Por tanto, el conocimiento de las capacidades de cada estudiante resulta esencial, teniendo en cuenta el carácter multidimensional de la inteligencia humana y del ser humano que el Diccionario de las Altas Capacidades y de la Educación Inclusiva <http://altascapacidadescse.org/diccionario.pdf> define así:

"El ser humano en su integridad, es un sistema complejo de funcionamiento, causado por múltiples factores biogenéticos, neurobiológicos, neuropsicológicos, sociopedagógicos y metacognitivos, en compleja y constante interrelación combinada y permanente de causalidades multifactoriales y circulares, en las que los factores se van influyendo mutuamente de forma permanente para dar lugar a cada situación concreta, y, por tanto, la inteligencia humana en su multidimensionalidad e interdisciplinaridad requiere la Evaluación Multidisciplinar de las capacidades y necesidades de la persona, en el Modelo Biopsicosocial, como medio científico de conocimiento del funcionamiento de la mente"



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

humana, de donde se deduce el conocimiento de las necesidades educativas de cada uno”.

España carece de leyes específicas de educación que hayan cumplido la preceptiva modificación de adaptación a la Convención de Naciones Unidas como ley de superior rango, a pesar de haberse cumplido diez años de su aprobación por las Cortes Generales y de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

Las leyes específicas que, efectivamente, han cumplido la preceptiva modificación de adaptación a la Convención de Naciones Unidas como ley superior, y por tanto son leyes válidas, son las leyes sanitarias y una buena parte de las leyes de servicios sociales.

5 El desarrollo legislativo de cada Comunidad autónoma, para el ámbito geográfico de la misma Comunidad.

Las Comunidades Autónomas al adquirir competencias en educación han elaborado legislación propia.

Al cumplirse el décimo aniversario de la ratificación de la Convención de Naciones Unidas por el Estado español y su publicación en el BOE, examinada la legislación educativa de todas las comunidades autónomas del Estado español se llega a la clara conclusión de que las normativas educativas anteriores al 21 de abril de 2008, fecha de entrada en vigor de la Convención de Naciones Unidas como ley superior, ninguna de ellas ha sido modificada para su preceptiva adaptación a la nueva ley superior.

En cuanto a las normativas posteriores, ninguna de ellas ha sido elaborada teniendo en cuenta dicha ley superior, lo que permite concluir señalando que **todas las comunidades autónomas del Estado español carecen de leyes educativas adaptadas a la ley superior. Carecen de leyes educativas con la validez necesaria que tendrían de haber cumplido con su obligación de modificación necesaria para su adaptación a la ley superior.**

No se trata de la simple falta de un trámite de adaptación, sino de la necesaria modificación o derogación, como indica el artículo 4.1. a y b de la Convención de Naciones Unidas puesto que las órdenes de las Comunidades autónomas



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

contradicen la Convención de Naciones Unidas de forma clara, a la vez que restringen los derechos educativos reconocidos en dicha ley superior.

Además, en múltiples ocasiones las órdenes de las comunidades autónomas han sido elaboradas restringiendo derechos educativos contenidos en las leyes estatales que pretenden desarrollar, es decir contradiciendo la ley superior o bien restringiendo los derechos educativos reconocidos en leyes superiores, por tanto incurriendo en nulidad de pleno derecho en relación a lo preceptuado en el artículo 1.2 del Código Civil.

En 1997 la **Consejería de Educación de la Comunidad Canaria** elaboró la Orden de 7 de abril de 1997, para regular la educación diferente a la ordinaria de los estudiantes con Superdotación o Altas Capacidades.

Lo hacía restringiendo derechos reconocidos en las leyes superiores, por tanto contradiciendo la ley superior, por lo que se interpuso contra la Consejería de Educación una demanda de ilegalización de ley.

El Tribunal Superior de Justicia de Canarias mediante su Sentencia de 16 de julio de 2004 ilegalizó parcialmente la Orden de la Consejería de Educación (siete años después).

La Consejería de Educación elaboró entonces la Orden, del 22 de julio de 2005, que volvía a restringir derechos educativos de los niños de altas capacidades y de sus padres como el derecho a aportar dictámenes de diagnósticos clínicos de centros especializados de su libre elección, haciendo uso del derecho a la libre elección de centro de diagnóstico que reconoce la ley superior, ley básica del Estado 41/2002. Consecuencia de ello los padres, a través de sus asociaciones representativas tuvieron que volver a denunciar la nueva orden de la Consejería de Educación.

El Tribunal Superior de Justicia de Canarias, ilegalizó la Orden, del 22 de julio de 2005 en su integridad por no respetar adecuadamente la intervención de los padres y sus derechos como padres y en su representación de sus hijos de altas capacidades en la educación escolar y no permitir su aportación de dictámenes de centros de diagnóstico especializados de su elección; en definitiva, por restringir derechos de los padres reconocidos en el ordenamiento jurídico superior, específicamente en la ley básica del Estado 41/2002 que reconoce el derecho de libre elección de centro de diagnóstico.

Recurrió la Consejería de Educación en casación ante el Tribunal Supremo que dictó su Sentencia 12.11.12 Recurso 3858/2011, por la que, por una parte, confirmó íntegramente la sentencia condenatoria del Tribunal Superior de Justicia de Canarias por la que la orden quedó definitivamente ilegalizada en su



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

integridad, y condenó en costas a la Consejería de Educación. (Transcurridos otros siete años).

Ante una normativa inferior, es fundamental observar, si permite cumplimentar o desarrollar íntegramente, de forma plena y sin restricción lo señalado en el Ordenamiento Jurídico Superior, o si por el contrario lo limita o restringe.

Otra estrategia similar de algunas comunidades autónomas consiste en introducir en sus leyes autonómicas definiciones científicas falsas que ningún alumno pueda alcanzar, con el objetivo de que los docentes no tengan que ofrecer la Educación Inclusiva. A modo de ejemplo se puede citar el caso de la **Consejería de Educación de Castilla-La Mancha** que en su Orden 15-12- 2003, publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha de 23 de diciembre de 2003, que incluye esta falsa definición:

«El alumnado que tenga un rendimiento excepcional en todas las áreas asociado a un desarrollo equilibrado personal y social se considera superdotado intelectualmente».

Las consejerías de educación carecen de competencias para contradecir las definiciones del consenso científico internacional en Neurociencias, o para definir especificidades clínicas o parcialmente clínicas de la multidimensionalidad de la inteligencia humana y del ser humano

La realidad de las leyes educativas en las diferentes comunidades autónomas del Estado español debe contemplarse, en primer lugar, desde los siguientes parámetros:

1. La inexistencia de normativas educativas de la comunidad autónoma que hayan alcanzado su validez mediante la preceptiva modificación de adaptación a las leyes superiores, o que hayan sido creadas acatando la ley superior.
2. El desconocimiento generalizado por parte de los docentes, directores de los centros, orientadores y demás funcionarios de la enseñanza, de los tratados internacionales firmados por España, y en particular el desconocimiento generalizado de la existencia de la Convención de Naciones Unidas, Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008, y de su Comentario General Número 4 de 2 de septiembre de 2016 para su aplicación y desarrollo, a todos los estudiantes, como ley de superior rango legal.



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

Este desconocimiento contrasta con el conocimiento y a veces la imposición de normativas autonómicas que carecen de validez al contradecir la ley superior o restringir derechos reconocidos, y no haber realizado la preceptiva modificación para la adaptación a la ley superior. Todas estas situaciones indican la necesidad de aplicar el artículo primero, apartado 2 del Código Civil: *"Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior"*, que se fundamenta en el principio jurídico de *jerarquía normativa*, que a su vez se fundamenta en el principio y derecho a la seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Carta Magna.

6. La Jurisprudencia de los Tribunales de Justicia.

Con frecuencia los padres de estudiantes con necesidades educativas específicas, o especiales, ven que el centro educativo se retrasa en implementar los ajustes razonables y apoyos personalizados inherentes a la educación inclusiva, que han sido diagnosticados a sus hijos por los centros de diagnóstico especializados. Sus quejas a la jefatura de estudios o a la dirección del centro a veces no son escuchadas. Ello ha situado a los padres ante la necesidad de acudir a los tribunales de justicia produciendo una clara y unívoca jurisprudencia.

La Psicóloga Coks Feenstra en su libro: *"El Niño Superdotado"* (Editorial Médici) lo explica en su capítulo *"¿Qué dice la ley y al respecto?"*. Tras explicar lo que señala la ley, añade:

"Esto es lo que establece la ley. No obstante, la realidad del alumno superdotado puede ser bien distinta. Fue tan inmensa la frustración de algunos padres al ver que no se respetaba el derecho de sus hijos a un pleno desarrollo de sus posibilidades, que recurrieron a la justicia. Sólo en la comunidad autónoma de Canarias se presentaron más de 20 casos. Ésos padres habían presentado a sus centros escolares de sus hijos los informes de un centro de en de identificación especializado y esperaban que se tomaran las medidas aconsejadas en estos.

Al ver que no hacían caso a los informes, recurrieron a la justicia. El Tribunal Superior de Justicia dio la razón a los padres y condenó la mala aplicación del derecho fundamental



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

del niño por parte de la administración educativa. Estos casos crearon una jurisprudencia clara y unívoca. En todos los casos las escuelas y sus equipos psicopedagógicos se han visto obligados a aplicar las recomendaciones estipuladas por los centros de identificación en sus informes".

Los Dictámenes de los Diagnósticos Biopsicosociales de los centros especializados y homologados, cuyos equipos multidisciplinares reúnen la totalidad de las titulaciones legalmente necesarias, en todos los casos constituyen la prueba para los Tribunales de Justicia. Los funcionarios de las administraciones educativas deberían saber que lo que constituye prueba para los Tribunales de Justicia debe ser considerado como tal por los demás ciudadanos, en un Estado de Derecho en el que nadie está por encima de la Justicia.

Existen sentencias judiciales de casos similares como la sentencia número 96 del Tribunal Superior de Justicia de **Castilla-La Mancha**, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 2ª de 13 de febrero de 2002 <http://www.confederacionceas.altascapacidades.es/juris/Castilla-La%20Mancha/Sentencia.htm> Recurso 715 de 2001, que ha establecido:

Que estos dictámenes tienen el mismo valor que los que realiza un Perito Judicial nombrado al efecto. Esta Sentencia, sobre el valor legal del dictamen, establece:

"Este dictamen ha de ser valorado conforme a los dictados de la sana crítica (artículo 348)". (Fundamento de Derecho Tercero, página 8).

"Respecto de este dictamen, que aun que ha sido emitido por perito designado por la parte y no judicialmente, presenta, por las razones que vamos a exponer seguidamente, las máximas consideraciones a efectos probatorios". (Fundamento de Derecho Tercero, página 8 y 9).

"Estas reflexiones, pues, unidas a lo que indicaremos a continuación, nos animan decididamente a dar al informe pericial aportado una consideración similar a la que tendría el emitido por perito designado con las debidas garantías". (Fundamento de Derecho Tercero, página 9 y 10).



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

"Su valoración será realizada, pues, según hemos dicho, de forma similar a la que tendría el dictamen emitido por perito designado judicialmente". (Fundamento de Derecho Tercero, página 10).

"Así pues la sala ha alcanzado la convicción a partir de los elementos probatorios obrantes en autos, apreciados de forma motivada y conforme a la sana crítica". (Fundamento de Derecho Quinto, página 13).

La sentencia señala en el Fundamento de Derecho Tercero, página 8, que *el dictamen ha de ser valorado conforme a los dictados de la sana crítica* y señala el artículo 348. En el Fundamento de Derecho Quinto, página 13 la sentencia insiste de nuevo en señalar: *"conforme a la sana crítica"*. El artículo 348, se refiere de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuyo artículo 348, titulado: *"Valoración del dictamen pericial"*, preceptúa: **"El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica."**

Fernando Zubiri de Salinas en: *"¿Qué es la sana crítica? La valoración judicial del dictamen experto"* cita a Montero Aroca que señala que no existen reglas legales precisas de valoración de los dictámenes periciales elaborados por perito judicial y considera que la sana crítica según la jurisprudencia es el: *"razonamiento humano"* (STS de 29 de enero de 1991), y que *"corresponde a la lógica interpretativa y el común del sentir de las gentes"* (STS de 4 de marzo de 1994).

Por su parte Font Serra, expresa, citando a Couture, que señala lo que se entiende por reglas de la sana crítica como una combinación de los criterios lógicos y de las máximas de experiencia que debe utilizar el juez para apreciar la prueba.

En definitiva, significa que los dictámenes realizados por los equipos multidisciplinares de expertos que reúnen la totalidad de las titulaciones señaladas legalmente, y que han adquirido la formación específica actualizada, deben acatarse a menos de que se presente otro dictamen que demuestre estar mejor fundado en ciencia o en derecho, y realizado por equipo multidisciplinar de profesionales con titulaciones, formación y experiencia específicas, no inferior.

Por tanto, cuando llega un dictamen de estas características a un centro educativo, los docentes deben acatarlo en cumplimiento de lo que preceptúa la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículo 348 y la Jurisprudencia. Por otra parte al tratarse de un Dictamen de Evaluación Multidisciplinar del Artículo 26 de la



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

Convención Internacional de Naciones Unidas, Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008, el centro educativo, además, debe acatarlo, desarrollarlo y aplicarlo en cumplimiento de dicho Tratado Internacional ratificado por España, que es del máximo rango legal y de aplicación directa.

Además de la jurisprudencia de casos particulares de niñas y niños a los que el centro educativo se ha retrasado en el desarrollo de sus adaptaciones o ajustes curriculares, existe la jurisprudencia de ilegalización de leyes educativas que incurren en contradicción respecto del ordenamiento jurídico o restringen derechos educativos reconocidos en la ley superior.

En el Apartado 5: "El desarrollo legislativo de cada comunidad autónoma" nos hemos referido a la ilegalización de leyes educativas de los estudiantes con Altas Capacidades de la Consejería de Educación de la Comunidad Canaria. Resulta de interés destacar que en esta ocasión el Tribunal supremo en su Sentencia 12.11.12, después de ilegalizar íntegramente la orden de la consejería de educación de Canarias dicta unas normas jurisprudenciales de carácter general para la validez de las normativas autonómicas, en general, de las que destacamos dos de ellas:

La primera es en relación al derecho de los padres a escoger la educación que consideren mejor para sus hijos, (El derecho a la educación en libertad) del que el Tribunal Supremo aplica directamente el principio y derecho de educación en libertad contenido en el Artículo 27 de la Constitución y tratados internacionales suscritos por el Estado español, y destaca como conclusión que **de las distintas opciones educativas que pueda plantear la administración únicamente se puede aplicar a un niño aquella que cuente con el necesario consentimiento de los padres**, señalando el Tribunal Supremo:

"como derivación directa de las previsiones del artículo 27 CE, puede proclamarse el derecho a la educación como un derecho a educarse en libertad. Ello, además, tiene regulación directa en el Primero de los Protocolos Adicionales del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos, del que deriva un derecho a educarse en libertad. Y proyección directa de ese derecho a educarse en libertad es el derecho de los padres a asegurar que la educación y enseñanza de sus hijos menores se haga conforme a sus convicciones, morales y filosóficas. Y de ahí deriva el derecho de los padres a elegir lo que consideren mejor para sus hijos. Y ese derecho de los padres, se traduce, necesariamente, en la necesidad de que deben prestar su consentimiento respecto de las distintas opciones educativas que puedan plantearse por la administración".



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

El otro aspecto jurisprudencial que establece el Tribunal Supremo, con carácter general, es decir, para el conjunto de las normativas de las diferentes comunidades autónomas es la obligación que tienen de desarrollar en estas normativas, o cuanto menos citar en ellas el principio de educación en libertad, ya que de lo contrario estas normativas autonómicas pasan a ser nulas de pleno derecho. Este es el texto que sobre este requisito de validez de las normativas autonómicas establece el Tribunal Supremo:

“La participación de los padres en el sistema educativo deriva de la normativa básica estatal, por lo que, entendemos, las normas de inferior rango deben expresamente recoger o desarrollar dicho principio. Indudablemente, cuestión distinta sería que la norma autonómica, expresamente, contraviniera el mismo, lo que no es el caso y generaría sin duda su disconformidad a derecho de forma clara. Dicho de otra forma, el silencio de la norma inferior sobre dicho principio, no garantiza de forma efectiva el mismo e implica su vulneración”.

Sentencia íntegra del Tribunal Supremo:

<http://altacapacidades.es/portalEducacion/html/otrosmedios/Sentencia-TS.pdf>

El Ministerio de Educación durante el trámite de creación de la LOMCE tuvo conocimiento de esta Sentencia del Tribunal Supremo, y de la obligatoriedad de su acatamiento para la validez de la nueva ley orgánica que se estaba preparando, por lo cual en el segundo borrador de la LOMCE, cuyo texto fue aprobado convirtiéndose en ley orgánica, ya se introdujo la libertad de enseñanza.

En el Artículo 1 de la LOMCE: “Principios” se creó un nuevo apartado h bis) con el texto siguiente: “El reconocimiento del papel que corresponde a los padres, madres y tutores legales como primeros responsables de la educación de sus hijos”.

Además se creó un nuevo apartado “q” con el siguiente texto: “La libertad de enseñanza, que reconozca el derecho de los padres, madres y tutores legales a elegir el tipo de educación y el centro para sus hijos, en el marco de los principios constitucionales”.



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

Estos criterios jurisprudenciales del Tribunal Supremo nos permiten conocer la validez, o no, de cada una de las normativas de las diferentes comunidades autónomas. En relación a las disposiciones autonómicas, ninguna de ellas ha sido modificada para la preceptiva adaptación al criterio señalado por el Tribunal Supremo para su validez.

También la sentencia 96 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha, además de ordenar a los docentes y a los orientadores del equipo de orientación educativa el inmediato desarrollo de la respuesta educativa que a una niña de alta capacidad le había diagnosticado un centro de diagnóstico especializado, acordó interesarse por la ilegalización de la Orden de 24 de abril de 1996 del Ministerio de Educación ya que imponía un límite para la flexibilización de los alumnos de altas capacidades que no estaba contenido en la ley superior, en este caso en la ley orgánica de educación LOGSE ni en el Real Decreto 696/1995 de 28 de abril.

Al tratarse del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha con jurisdicción circunscrita a aquella Comunidad Autónoma, el Tribunal acordó trasladar la cuestión de ilegalidad de ley a la Audiencia Nacional, que en su "Cuestión de ilegalidad número 03/02/02 Registro 3280/02 Sentencia de 30 de septiembre de 2002", acordó la definitiva ilegalización de la Orden 24 de abril de 1996 del Ministerio de Educación, señalando la Audiencia Nacional en su sentencia:

"En conclusión, cabe entender que el inciso mencionado del apartado tercero de la orden de 24 de abril de 1996, introduce un límite en la aplicación de las condiciones de flexibilización de alumnos con necesidades educativas asociadas a condiciones personales de sobredotación intelectual, que no existía ni en la LOGSE ni en el Real Decreto 696/1995 de 28 de abril que la desarrolla en este aspecto, lo que impide la correcta aplicación de los principios generales contenidos en las normas de rango superior que no habilitan para ello a la Orden, por lo que resulta contraria".



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

SEGUNDA CUESTIÓN QUE SE SOMETE A DICTAMEN.

La Guía Científica de las Altas Capacidades explica con detalle que el principal problema de los niños, adolescentes y jóvenes de Altas Capacidades consiste en evitar que realicen el diagnóstico de sus capacidades y necesidades educativas, que descubre las principales necesidades educativas; (El Ministerio de Educación lo denomina el "*imprescindible diagnóstico clínico de profesionales especializados*" y la Convención de Naciones Unidas ratificada por España, BOE de 21/04/2008, Artículo 26, lo denomina: "*Evaluación Multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona*").

En su lugar les ofrecen gratuitamente una de las fases iniciales o preparatorias como es la "*detección*" o la "*evaluación psicopedagógica*".

Determinadas comunidades autónomas han creado disposiciones que, por una parte, indican estas fases preparatorias como si se trataran del diagnóstico o la Evaluación Multidisciplinar misma, pues deducen directamente de ellas un tratamiento educativo que pasan a aplicar en la escuela.

Algunos funcionarios condicionan el derecho humano fundamental de todos los estudiantes a la Educación Inclusiva de los niños cuyos padres presentan a la escuela el dictamen del diagnóstico de sus capacidades realizado en un centro especializado a la previa realización de estas fases previas: la "*detección*" y la "*evaluación psicopedagógica*", obligándoles a que esta sea realizada por funcionario pre-determinado, de desconocida titulación académica, nombrado por la misma administración educativa.

(Científicamente es sabido que las fases iniciales o preparatorias del diagnóstico: la "*detección*" y la "*evaluación psicopedagógica*" sólo permiten descubrir las necesidades educativas del niño entre un 4 y un 7%, y que estas necesidades educativas son únicamente las de carácter cuantitativo y de menor importancia y menor urgencia en ser atendidas pues sólo permiten deducir la cantidad de contenidos curriculares que le falta al niño por aprender para alcanzar los niveles académicos previamente establecidos según el nivel académico en el que se halle en función de su edad cronológica. Por tanto, la detección y la evaluación psicopedagógica no permiten conocer ni deducir las



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

necesidades educativas importantes y de urgente necesidad de atención como la forma de procesar la información y de realizar los procesos de aprendizaje del cerebro del niño, su forma única de aprender, que es donde la Educación Inclusiva pone el foco, según la Convención de Naciones Unidas. La detección y la evaluación Psicopedagógica no permiten conocer el funcionamiento cognitivo y metacognitivo del cerebro que permite deducir las diferentes formas de pensar, comprender, conocer y realizar los procesos de aprendizaje, ni permiten conocer la presencia y grado de evolución del síndrome de disincronía, habitual en los niños de altas capacidades. En definitiva, de estas fases iniciales o preparatorias no resulta posible conocer el cambio metodológico que el niño necesita para no deteriorarse cognitivamente, como señalaba el Dr. Jaime campos Castelló jefe de Neuropsicología Pediátrica del Hospital Clínico universitario San Carlos de Madrid.

Así las cosas los niños se quedan sólo con las medidas educativas de escasa necesidad como los saltos de cursos o los programas de enriquecimiento que en la práctica consisten en aumentos cuantitativos de tareas o de contenidos curriculares, que son las que no requieren dedicación, esfuerzo ni formación específica a los docentes).

¿Estas disposiciones de determinadas comunidades autónomas que imponen la obligación a los padres que sometan a sus hijos a una evaluación psicopedagógica (cuyo resultado es sistemáticamente utilizado como si se tratara de un diagnóstico, por cuanto a que deducen y aplican un tratamiento educativo), realizada por un funcionario pre-determinado, de desconocida cualificación académica, nombrado por la misma administración educativa, además de incurrir en contradicción respecto de la disposición de superior rango, que no contiene esta ni otra restricción, por tanto, por lo que la disposición de inferior rango deviene nula de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 1.2 del Código Civil, en relación al principio de jerarquía normativa del Artículo 9.3 de la Carta Magna, incurren también en vulneración de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia?

La Ley Básica del Estado 41/2002 de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, BOE núm. 274, de 15/11/2002 con modificación publicada el 22/09/2015, reconoce el derecho de todos los ciudadanos a la libre



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

elección de centro de diagnóstico y de profesionales del diagnóstico. A los menores sus padres ejercen este derecho en su representación.

Por tanto, las órdenes de las comunidades autónomas que indicaren el diagnóstico, o sus fases iniciales, a realizar por un funcionario predeterminado incurren en nulidad radical al contradecir las leyes superiores como son la señalada Ley Básica del Estado 41/2002 de Autonomía del Paciente, así como la propia Convención de Naciones Unidas que reconoce el derecho a la Evaluación Multidisciplinar de las necesidades y capacidades de los estudiantes, sin esta ni otra restricción a este derecho, y reconoce el derecho a que los programas educativos, y de otra índole se basen en los resultados de dicha Evaluación Multidisciplinar (artículo 26).

Por otra parte, cuando en toda una zona o en todo el territorio de una comunidad autónoma se obliga a los padres a someter a sus hijos a diagnóstico de funcionario predeterminado, se incurre en lo que la Ley de Defensa de la Competencia denomina abuso de posición dominante, que vulnera la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia BOE núm. 159, de 4 de julio de 2007, que desarrolla el Artículo 38 de la Constitución, que preceptúa:

"Artículo 38. Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación".

La Ley de Defensa de la Competencia en su exposición de motivos, señala:

"El artículo 38 de la Constitución reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y la garantía y protección de la misma por los poderes públicos, de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación. La existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad".



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

Comienza la Ley de defensa de la Competencia en su Capítulo I titulado: *·"De las conductas prohibidas"*, con su Artículo 1. *"Conductas colusorias"* que establece:

"1. Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional"

El Artículo 2. *"Abuso de posición dominante"*, preceptúa:

"1. Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional".

Estos abusos de posición dominante por actos desleales con la competencia por parte de determinadas Consejerías de Educación, que sufren las familias, falsean la libre competencia. Estas situaciones no sólo pueden y deben ser denunciados ante los Tribunales de Justicia, sino también ante La Comisión Nacional de la Competencia o ante los órganos competentes de las Comunidades Autónomas. Así lo establece la Ley en su Artículo 3:

El Artículo 3. *"Falseamiento de la libre competencia por actos desleales"*, establece:

"La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público".

En muy determinados casos las administraciones públicas pueden imponer como condición un diagnóstico de profesionales pre-determinados,-pero siempre con la debida titulación legal-, en situaciones como, por ejemplo, para conceder una subvención que la administración no tiene obligación de conceder, teniendo en cuenta que el dinero público sólo puede ser otorgado a particulares en condiciones y garantías de máxima seguridad. Pero la administración, puede imponer -y así lo hace- la titulación académica que se requiere para poder



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

diagnosticar, pero en ningún caso puede imponer el diagnóstico de funcionarios predeterminados para el ejercicio de un derecho humano fundamental de todos los estudiantes como es la Educación Inclusiva o personalizada, y menos en cuestión de diagnóstico clínico que una Ley Básica del Estado garantiza expresamente el derecho a la libre elección de centro y de profesionales del diagnóstico, teniendo en cuenta, además, que el diagnóstico se fundamenta en una relación de confianza personal.

Estas disposiciones, además de vulnerar las leyes anteriormente referidas vulneran también la Ley de Defensa de la Competencia, por tanto son nulas de pleno derecho en aplicación del artículo 1.2 del Código Civil en relación al derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica y a la jerarquía normativa que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución.

Estas situaciones no se producen en todas las comunidades autónomas, pues hay consejerías de educación que son respetuosas con el derecho de los padres a la libre elección de centros de diagnóstico para sus hijos y con las leyes de superior rango. Es el caso de la Consejería de Educación de la Comunidad Autónoma de Cataluña que creó y distribuyó a todos los centros educativos de la Comunidad, la Guía: "*Les altes capacitats: detecció i actuació en l'àmbit educatiu*" (Las altas capacidades: detección y, actuación en el ámbito educativo), pues en su capítulo 5.2, titulado: "*Procediment per sol·licitar l'avaluació psicopedagògica*", ("procedimiento para solicitar la evaluación psicopedagógica") página 39, señala:

"s'ha de respectar la decisió de la família".

("se ha de respetar la decisión de la familia").

Y añade:

".Tanmateix, si la família ja té una avaluació externa, no cal repetir-la".

("Pero si la familia tiene una evaluación externa, no es necesario repetirla").

<http://altascapacidades.es/portalEducacion/html/otrosmedios/Gu%C3%ADa%20generalitat.pdf>



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

Las consejerías de educación de comunidades autónomas, como la de Cataluña, no incurren en abuso de posición dominante, no vulneran la Ley de Defensa de la Competencia, ni, por esta causa vulneran la Ley de Autonomía del Paciente, pues ofrecen las fases iniciales o preparatorias del diagnóstico como son la "detección" y la "evaluación psicopedagógica", sin imponer a funcionario predeterminado, sino respetando la decisión de los padres como primeros responsables de la educación y de la salud de sus hijos, que tienen el derecho de encargarlas a centros especializados de su libre elección.

"Orientaciones educativas. Alumnado con altas capacidades intelectuales", en su apartado 3.7: "Características sociales y emocionales", se reconoce:

"Las altas capacidades tienen tanto un componente cognitivo como emocional".

Y, seguidamente señala:

"Hoy en día, sin embargo, existe unanimidad entre los/as investigadores y teóricos de las altas capacidades en considerar el aspecto emocional como parte intrínseca de las altas capacidades".

<http://altascapacidades.es/portalEducacion/html/otrosmedios/Guia%20AC%20Euskadi.pdf>

Es sabido que el diagnóstico de los componentes emocionales pertenece al ámbito clínico.

En realidad fue el Ministerio de Educación el primero en divulgar la existencia de los factores clínicos como parte intrínseca de las altas capacidades, por lo que organizó el Primer Encuentro Nacional sobre la Atención Educativa a los Alumnos con Altas Capacidades en el Ifema (Parque Ferial Juan Carlos I. de Madrid) los días 9 y 10 de diciembre de 2002, mediante la Ponencia "La Superdotación a Examen" que el Ministerio encargó a Dr. Jaime Capos Castelló jefe de Neurología Pediátrica del Hospital Clínico Universitario San Carlos de Madrid, Miembro del Consejo Superior de Expertos en Altas Capacidades

http://altascapacidadescse.org/Ministerio_Educacion.pdf



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

En cuanto a la realización del diagnóstico de las capacidades, la Consejería de Educación de la Comunidad Autónoma de Cataluña no lo ofrece, pues **el sistema educativo carece no sólo de profesionales con la titulación legal necesaria, sino también y fundamentalmente carece de competencias para realizar diagnósticos de especificidades clínicas o parcialmente clínicas (no patológicos)** inherentes: factores neurobiológicos, neuropsicológicos en que se manifiesta el funcionamiento de los procesos mentales, el diagnóstico diferencial de la disincronía, etc., en la naturaleza multidimensional de la inteligencia humana,

Hasta aquí nos hemos referido a las disposiciones de rango inferior, con independencia de las responsabilidades de carácter personal en que pueden incurrir aquellos funcionarios que imponen como condición un diagnóstico o fase inicial del diagnóstico a realizar por un funcionario pre-determinado.



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

TERCERA CUESTIÓN QUE SE SOMETE A DICTAMEN.

En las comunidades autónomas que han creado disposiciones que condicionan a los padres el derecho humano fundamental de sus hijos estudiantes a la Educación Inclusiva, a que sus hijos se sometan a una detección o evaluación psicopedagógica a realizar por funcionarios pre-determinados de la misma administración ¿En qué responsabilidades personales pueden incurrir?

Es necesario distinguir, por una parte, las responsabilidades que incurren aquellos funcionarios de la administración educativa si realizan diagnósticos de especificidades clínicas, o parcialmente clínicas sin tener las titulaciones que la ley exige, y además sin hallarse colegiados ni en un centro habilitado legalmente para la realización de diagnósticos, y, por otra parte, las responsabilidades en que pueden incurrir los profesores, directores de centros, jefes de estudios, funcionarios de la enseñanza, o demás personal que no realizan ni participan en la realización de diagnósticos, pero de forma directa o indirecta participan en actos que suponen una acción de impedir el ejercicio del derecho humano fundamental a la Educación Inclusiva, imponiendo o condicionando este derecho fundamental a la realización previa de una evaluación psicopedagógica por parte de funcionario pre-determinado, lo que constituye la imposición de una condición inexistente en la ley de superior rango. Nadie está autorizado a ello

Para estos últimos es necesario tener en cuenta que **quien *compeliere a efectuar lo que no quiere, sea ello justo o injusto* incurre en el delito de coacción** tipificado en el Artículo 172 del Código Penal:

"Quien impidiere a otro con cualquier forma de violencia hacer lo que la ley no prohíbe, o le compeliere a efectuar lo que no quiere, sea ello justo o injusto, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o con multa de seis a 24 meses según la gravedad de la coacción o de los medios empleados."



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

Los delitos de coacción adquieren la máxima responsabilidad cuando tienen por objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental, como es el caso. El Código Penal en el mismo artículo 172 señala:

"Cuando la coacción ejercida tuviere como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental se impondrán las penas en su mitad superior, salvo que el hecho tuviera señalada mayor pena en otro precepto de este Código".

Antes de entrar en las responsabilidades de carácter personal en que incurrir quienes participen en un diagnóstico sin hallarse en posesión de la titulación académica legalmente exigida para ello, es necesario referirnos brevemente a la utilización eufemística de denominaciones diferentes al diagnóstico, para, de esta manera, encubrir la existencia sistemática de diagnósticos ilegales. Es necesario aclarar de entrada que ante la ley las cosas no son lo que indica el nombre o denominación que se le haya querido dar a una determinada cosa o acción, sino que las cosas o las acciones son lo que son en función del resultado del análisis de sus componentes y de su objeto, utilización o finalidad a la que sirven.

En determinadas comunidades autónomas se están realizando diagnósticos clínicos, encubiertos por la denominación eufemística de alguna de sus fases iniciales o preparatorias. Así, en determinados lugares a estos diagnósticos se les denomina "*detección*", o bien: "*evaluación psicopedagógica*", ello como medio de burlar la carencia de la titulación legalmente necesaria de los funcionarios que realizan estos diagnósticos.

Resulta esclarecedor tener en cuenta la definición que las Neurociencias han dado al **ser humano**, y la definición de las neurociencias acerca de la inteligencia humana. La recoge el "*Diccionario de las Altas Capacidades y la Educación Inclusiva*" <http://altascapacidadescse.org/diccionario.pdf> sus como: "*...sistema complejo de funcionamiento causado por múltiples factores biogénéticos, neurobiológicos, neuropsicológicos, sociopedagógicos y metacognitivos en compleja y constante interrelación combinada y permanente de causalidades multifactoriales y circulares, en las que los factores se van influyendo mutuamente de forma permanente para dar lugar a cada situación concreta, y, por tanto, la inteligencia humana en su **multidimensionalidad** e interdisciplinaridad requiere la Evaluación Multidisciplinar de las capacidades y necesidades de la persona, en el Modelo **Biopsicosocial**, como medio científico de conocimiento del funcionamiento de la mente humana, de donde se deduce el conocimiento de las necesidades educativas de cada uno*".



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

Por otra parte, en la Guía Científica de las Altas Capacidades <http://altascapacidadescse.org/shop/index.php> -único documento que ha alcanzado la calificación de Obra de Carácter Científico y Profesional- se hallan las Actuales Definiciones Científicas Atas Capacidades. Se observa que la definición de Alta Capacidad se inicia y fundamentan como:

*“un proceso de transformación ontogenética, de origen y fundamento biogenético y sustrato neurobiológico. Su naturaleza y configuración es de carácter **neurobiológico, neuropsicológico**, y epigenético; por tanto, se trata de un proceso cuya identificación requiere el diagnóstico **biopsicosocial**. Su interés principal reside en conocer y desarrollar, en cada persona, las diferencias intelectuales cualitativas, su funcionamiento cognitivo y metacognitivo diferencial, que determina el diferente proceso educativo que necesita en la preceptiva Educación Inclusiva o personalizada”.*

La Universidad de La Rioja creó un master dedicado específicamente a la “*Neuropsicología de las Altas Capacidades*”, de éxito creciente año tras año, y que dirige la Catedrática de Psicología Evolutiva Doctora Sylvia Sastre Riba. Este master parte de la configuración multidimensional de la inteligencia humana y de su sustrato neurobiológico y naturaleza neuropsicológica, y pone de manifiesto que los factores neuropsicológicos de las altas capacidades y de la inteligencia humana, es decir, los factores clínicos, no patológico, puestos de manifiesto por las neurociencias que en la actualidad son amplios y científicamente conocidos.

La Universidad de Zaragoza ha aprobado el curso de especialización: “*Altas Capacidades y Escuela Inclusiva*”. Contiene un tema titulado:

“Mentes diferentes, aprendizajes diferentes. Relación de causalidad en todos los estudiantes”.

En este tema, como indica el mismo título, se estudian los aprendizajes diferentes que en todos los estudiantes se hallan en relación de causalidad con sus mentes diferentes, por tanto, es el diagnóstico de la mente diferente de cada uno y su funcionamiento cognitivo y metacognitivo que pertenece al ámbito científico de lo clínico no patológico lo que permite conocer, deducir en su relación de causalidad y establecer el aprendizaje diferente que cada uno necesita.

Todo ello pone de manifiesto lo gravemente erróneo que resulta deducir o establecer los aprendizajes diferentes que cada estudiante necesita con



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

independencia de la multidimensionalidad de la inteligencia manifestada en el diagnóstico clínico o Evaluación Multidisciplinar de la mente, como establece la Convención de Naciones Unidas, es decir, con independencia del sustrato neurobiológico, el funcionamiento cognitivo y metacognitivo de la mente y en definitiva con independencia de la naturaleza neuropsicológica y neurobiológica de la inteligencia humana.

La Ley básica del Estado 44/2003 de Ordenación de las Profesiones Sanitarias tras equiparar a los centros públicos y los de iniciativa social, establece los profesionales que están legitimados para poder realizar diagnósticos, estableciendo en su Artículo 6. Titulado "*Licenciados sanitarios*", y estableciendo en 2.a:

"a) Médicos: corresponde a los Licenciados en Medicina la indicación y realización de las actividades dirigidas a la promoción y mantenimiento de la salud, a la prevención de las enfermedades y al diagnóstico, tratamiento, terapéutica y rehabilitación de los pacientes, así como al enjuiciamiento y pronóstico de los procesos objeto de atención".

La CIF aprobada por la OMS, en su capítulo 2.1 página 6: "*Aplicaciones de la CIF*", señala:

- ***como herramienta clínica - en la valoración de necesidades,***
- ***como herramienta educativa - para diseño del "currículum",***

<http://altascapacidades.es/portalEducacion/html/otrosmedios/CIF.pdf>

El diagnóstico de las Altas Capacidades y en general el diagnóstico de la mente humana en su multidimensionalidad requiere diagnóstico clínico (o Evaluación Multidisciplinar en la denominación de Naciones Unidas en su Convención internacional ratificada por España, BOE de 21 de abril de 2008), lo que requiere un equipo multidisciplinar en el que debe intervenir el Médico.

Por tanto, la realización de diagnósticos de especificidades clínicas o parcialmente clínicas, sin este requisito esencial, supone incurrir en el delito de intrusismo tipificado en el artículo 403 de nuestro Código Penal. Con precisión y rigor lo advertía el letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona don José Antonio Latorre en su artículo: "*¿Quién puede diagnosticar?*", La Vanguardia, 8 de enero de 2006 <http://altascapacidadescse.org/QUIENPUEDE.pdf> y lo recuerda el Abogado del Estado D. Jorge Buxadé en el Consultorio Jurídico de Altas Capacidades en respuesta a la pregunta Nº3: "*Normativa de aplicación en relación al diagnóstico*" <http://altascapacidadescse.org/cse/consultorio/>



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

CUARTA CUESTIÓN QUE SE SOMETE A DICTAMEN.

¿Cuál es la titulación académica que se exige que tengan los funcionarios para acceder a una plaza en los equipos oficiales de asesoramiento psicopedagógico u orientación educativa, que tienen diferentes denominaciones según las comunidades autónomas: EOEP, EAP, SPE cuyos miembros se denominan y firman informes diagnósticos de los niños sin hacer mención a su titulación académica sino únicamente como: "orientadores"?

Cada comunidad autónoma tiene su propia normativa sobre el particular, si bien en cuanto a la titulación académica que deben tener los funcionarios para acceder a un puesto de orientador/orientadora, la Letrada doña Belén Ros ha estudiado el tema llegando a la conclusión de que el común denominador de las legislaciones de las diferentes comunidades autónomas lo publica en su artículo "Los Orientadores Escolares LOS EQUIPOS DE ORIENTACIÓN EDUCATIVA", en el que señala:

"los actuales Orientadores son Licenciados en Magisterio o Graduados en Educación Infantil o Educación Primaria que, además, pueden tener una Licenciatura/Grado en Psicología, Pedagogía, Filosofía y Letras, incluso ser Graduados Sociales"

<http://altascapacidades.es/portalEducacion/html/articulos/Bel%C3%A9n%20Ros.pdf>

Con acierto señala la Letrada D^a Belén Ros el carácter clínico de los tests, poniendo como ejemplo el más usado para medir la inteligencia: el Wisc-IV, cuyo manual del mismo test en su página 13 señala expresamente su carácter clínico. Por tanto, estos instrumentos clínicos sólo pueden ser aplicados y sus resultados interpretados por Médicos o por Psicólogos que se hallen en posesión del Título de Especialista en Psicología Clínica, que son titulaciones inexistentes entre los funcionarios de los equipos de orientación.

La ley básica del Estado 44/2003 de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias establece la obligación de los colegios profesionales de disponer de un fichero en el que debe constar el nombre, titulación, especialidad lugar de ejercicio y demás datos que se determinen como públicos de los profesionales colegiados, obligación tanto de los que ejercen en centros privados como en la administración pública. El mismo texto de esta ley básica señala el carácter público que tienen estos ficheros.



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

Este es el texto del Artículo 5.f.2:

"Para garantizar de forma efectiva el ejercicio de los derechos a que se refiere el apartado anterior, los colegios profesionales, consejos autonómicos y consejos generales en sus respectivos ámbitos territoriales establecerán los registros públicos de profesionales que, de acuerdo con los requerimientos de esta Ley, serán accesibles a la población y estarán a disposición de las Administraciones sanitarias. Los indicados registros, respetando los principios de confidencialidad de los datos personales contenidos en la normativa de aplicación, deberán permitir conocer el nombre, titulación, especialidad lugar de ejercicio y demás datos que se determinen como públicos".



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

QUINTA CUESTIÓN QUE SE SOMETE A DICTAMEN.

Las familias tienen la creciente sensación de que existe un acuerdo expreso o tácito entre, por una parte, los "orientadores" que imponen sus evaluaciones psicopedagógicas, y, por otra parte, los maestros o profesores que deben aplicar las medidas que surjan en el sentido de que los primeros, en la práctica, sólo señalan o diagnostican medidas referidas a cantidades de contenidos curriculares, denominadas: "*programas de enriquecimiento curricular*" o bien saltos de curso, denominados: "*aceleración o flexibilización*", es decir, limitan o restringen las múltiples respuestas educativas o tratamiento escolar que necesitan los estudiantes en su diversidad, a únicamente estas medidas cuantitativas de contenidos curriculares. Tales medidas precisamente son las únicas que figuran en la normativa autonómica y a la vez son las que no requieren dedicación ni esfuerzo a los docentes, ni su formación específica.

¿Qué establece sobre el particular la Convención de Naciones Unidas ratificada por el Estado español como ley de mayor rango, y el documento de Naciones Unidas de 2 de septiembre de 2016, el comentario general N° 4 (CG-4), que facilita su implementación en las escuelas?

Recordemos a modo de síntesis lo señalado en la Primera Cuestión sometida a Dictamen: La Convención de Naciones Unidas en su artículo 24 el Estado se comprometió a: "*Asegurar **un sistema de educación inclusivo a todos los niveles***". Ello supone que: "*Se hagan **ajustes razonables** en función de las necesidades individuales*" (Artículo 24.2.c), así como que: "*Se faciliten **medidas de apoyo personalizadas** y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social conforme con el objetivo de la plena inclusión*". (Artículo 24.2.e).

El artículo 26 garantiza que:



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

*"Los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y **programas generales** de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, **la educación** y los servicios sociales, de forma que esos servicios y programas: a) Comiencen en la etapa más temprana posible y **se basen en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona**".*

Es interesante observar y resaltar que el derecho que consagra este Artículo 26 no es sólo a realizar la Evaluación Multidisciplinar de las necesidades y capacidades de los estudiantes como un derecho que se pueda agotar una vez que se haya ejercido realizando la Evaluación Multidisciplinar, sino que este derecho que reconoce el Artículo 26 de la Convención de Naciones Unidas alcanza y cobra su plenitud una vez realizada la Evaluación Multidisciplinar, realizando los procesos de aprendizaje mediante los programas generales **de la educación** que **se basen** en los resultados de la Evaluación Multidisciplinar.

Observemos que en el Artículo 24.2.c los "**ajustes razonables en función de las necesidades individuales**", y lo preceptuado en su apartado e): que: "**Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social conforme con el objetivo de la plena inclusión**", en su amplitud conceptual reconoce todo tipo de tratamiento educativo o respuesta escolar que los niños puedan necesitar, sin limitación ni restricción de ningún tipo. Igualmente el Artículo 26 que reconoce el derecho a que los programas de educación **se basen** en los resultados de la evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades lo hace sin restricción ni limitación de ningún tipo.

A partir de esta amplitud conceptual de la Convención de Naciones Unidas como ley de superior rango, todas las limitaciones o restricciones de las normativas de algunas Comunidades autónomas y las prácticas de algunos funcionarios que imponen limitaciones restringiendo este derecho a las medidas que no requieran esfuerzo de los docentes, son nulas de pleno derecho en virtud de lo preceptuado en el Artículo 1.2 del Código Civil, que se fundamenta en el principio de jerarquía normativa del Artículo 9.3 de la Carta Magna.

Naciones Unidas creó el Comentario General Número 4 de 2 de septiembre de 2016, (CG-4) al comprobar que algunos Estados Parte, España entre ellos, tras nueve años de su ratificación no cumplían su compromiso de modificar las leyes educativas para adaptarlas a esta ley superior rango, ni tampoco desarrollaban legislación de aplicación de la Convención en el día a día de la escuela, para



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

facilitar su implementación. El Capítulo 2, titulado "*Contenido normativo del artículo 24*" ("*Educación*"), en su Párrafo 25 señala:

"Cada estudiante aprende de una manera única"

De la misma manera que la Medicina moderna señala en uno de sus principios generales: "*No existen enfermedades, sino enfermos*" para significar la individualización o personalización en cada ser humano, Naciones Unidas respecto del aprendizaje al señalar en su Comentario General Nº 4, de 2 de septiembre de 2016, Párrafo 25: "*cada estudiante aprende de una manera única*" señala esta personalización y en su Párrafo 29 establece su consecuencia inmediata: "*No existe una fórmula 'de talla única' para los ajustes razonables, y diferentes estudiantes con la misma condición pueden requerir diferentes ajustes*".

Y en su Párrafo 12 titulado: "*Las características de la educación inclusiva*", señala

"La educación inclusiva ofrece currículos flexibles, métodos de enseñanza adaptados a las diferentes fortalezas necesidades y estilos de aprendizaje. El foco se sitúa en las capacidades de los estudiantes".

Por tanto, toda disposición con limitación o que restrinja esta amplitud conceptual de la ley superior que reconoce la diversidad natural de todos los estudiantes es nula de pleno derecho. (Código Civil Artículo 1.2)

En su párrafo 35, señala:

"Los Estados Partes deben garantizar que todos los docentes sean capacitados y formados en la educación inclusiva".

En cuanto al diagnóstico clínico o Evaluación Multidisciplinar, dentro del mismo Capítulo 2: "*Contenido normativo del artículo 24*" ("*Educación*"), establece que los sistemas tienen que ser independientes, es decir, el sistema de diagnóstico que deduce las necesidades educativas y señala los ajustes razonables y apoyos personalizados que el niño necesita debe ser **independiente** del sistema educativo que debe desarrollar los ajustes diagnosticados para su eficacia e idoneidad, señalando en su Párrafo 30:



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

"Los Estados Partes han de garantizar que los sistemas sean independientes para vigilar la idoneidad y eficacia de los ajustes".

Cuando se incumple esta norma básica de la **independencia de los sistemas** se producen estas situaciones en las que los diferentes funcionarios a las órdenes de un mismo político velan para que sus compañeros al frente del aula no tengan que trabajar más, ni se vean obligados a adquirir formación específica.

En definitiva, indicar a los estudiantes con superdotación o altas capacidades las medidas cuantitativas como la intensificación de contenidos curriculares, aumentos de las cantidades de tareas denominados programas de enriquecimiento, sin previamente haber realizado el cambio metodológico que permita al estudiante realizar los procesos de aprendizaje en sus diferentes modos y estilos de aprendizaje, además de vulnerar la Convención de Naciones Unidas ratificada por España, vulnera la Convención Derechos del Niño Artículo 3.1:

"En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

CONCLUSIONES.

PRIMERA. EL MODELO EDUCATIVO EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

Además del artículo 27 nuestra Carta Magna contiene una serie de artículos que permiten configurar el modelo educativo. Así el artículo 14 garantiza el derecho a la igualdad de todos los españoles, sin que pueda prevalecer discriminación.

El Artículo 9.3 configura un sistema legal sometido al principio de jerarquía normativa que, por una parte, nos garantiza el derecho a la seguridad jurídica recogida en el mismo texto legal, y, por otra parte, halla referencia en el primero de los artículos del Código Civil, estableciendo: *"Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior"*.

Al situarse el artículo 27, íntegramente dedicado a la educación, en la Sección Primera titulada: *"De los derechos fundamentales y de las libertades públicas"*, del Capítulo Segundo de nuestra Carta Magna, significa el reconocimiento de la propia Constitución de la educación como derecho fundamental. Ello nos remite directamente al artículo 10.2, de la misma Carta Magna, que especifica como deben interpretarse todas las disposiciones relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce:

"...se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

SEGUNDA. EL MODELO EDUCATIVO EN LA LEY DE SUPERIOR RANGO.

La ley de superior rango, y de aplicación directa, que rige el modelo educativo en las diferentes comunidades autónomas del Estado español es la Convención de Naciones Unidas, aprobada su Asamblea General reunida en su sede en New York el 13 de diciembre de 2006, que fue ratificada por España mediante la autorización de las Cortes Generales prevista en el artículo 94.1 de la Constitución y publicada en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008. Define el modelo educativo: Educación Inclusiva. En su Artículo 24.1 preceptúa: *“Los Estados Partes: Asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles”,* lo que entre otras cosas implica que: *“Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales”.* (Artículo 24.2.c), *“Se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la plena inclusión”* (Artículo 24.2. e)

En su Artículo 26 la Convención de Naciones Unidas reconoce el derecho de los estudiantes de que los programas generales de habilitación y rehabilitación en los ámbitos de la educación y la salud se basen en la evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona:

“A tal fin, Los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales, de forma que esos servicios y programas: a) Comiencen en la etapa más temprana posible y se basen en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona”.

El modelo educativo preceptuado en la ley de superior rango es la Educación Inclusiva o personalizada. Los Estados Partes se comprometen a tomar una serie de compromisos concretos. Por el Artículo 4.1.a y b se compromete a todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas para adaptar todas las leyes a la Convención de Naciones Unidas como ley superior.



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

TERCERA. NACIONES UNIDAS FACILITA LA APLICACIÓN Y DESARROLLO DE LA LEY DE SUPERIOR RANGO.

Cuando se cumplían ocho años y medio de que el Estado español y otros Estados Partes habían ratificado el Convenio de Naciones Unidas, al observar que no se estaban cumpliendo los compromisos concretamente no se adaptaban las leyes educativas ni se estaban creando leyes para la aplicación y desarrollo de la Convención, Naciones Unidas valoró la necesidad de crear un instrumento que facilitara la aplicación y desarrollo de la Convención en el día a día de los centros educativos. Es el Comentario General Número 4, en adelante (CG-4), que desarrolla fundamentalmente el artículo 24 de la Convención. El documento está compuesto de cinco capítulos y 74 párrafos enumerados. Resalta la educación Inclusiva como un derecho humano fundamental de todos los estudiantes, y ofrece la definición precisa de Educación Inclusiva en todos sus aspectos, y la diferencia de las prácticas que la simulan o falsifican.

Naciones Unidas en su CG-4 define la Educación Inclusiva en todos sus aspectos, y facilita la aplicación y desarrollo de la Convención: nuestra ley de superior rango.

Texto completo del CG-4 de 2 de septiembre de 2016:

<http://altascapacidades.es/portalEducacion/contenidos/noticia/Derecho-a-la-Educacion-Inclusiva-Art-24-Comentario-ONU-2016.pdf>

Síntesis:

<http://altascapacidades.es/portalEducacion/contenidos/Definici%C3%B3n-Educaci%C3%B3n-Inclusiva%207.5.2018.pdf>

Power Point con las frases más significativas:

http://altascapacidades.es/portalEducacion/html/otrosmedios/La_UNU_explica_a_los_gobiernos_el_derecho_a_la_educaci%C3%B3n_inclusiva.html

Ponencia: "La ONU explica a los Gobiernos en qué consiste el derecho de todos a la educación inclusiva". Universidad Nacional de Educación a Distancia. http://trabajoscientificos.altascapacidades.es/Ponencia_Jornadas.pdf



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

CUARTA. EL ESTADO ESPAÑOL Y SUS COMUNIDADES AUTÓNOMAS CARECEN DE LEYES EDUCATIVAS QUE HAYAN REALIZADO LA PRECEPTIVA ADAPTACIÓN A LA LEY SUPERIOR.

España cuenta con leyes sanitarias válidas, pues ha realizado en estas leyes la preceptiva modificación para la adaptación a la Convención de Naciones Unidas, por ejemplo la ley 44/2003 de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, que equipara los dictámenes de los centros privados con los de los centros públicos, determina qué profesionales están legitimados para realizar diagnósticos. Además impone a los colegios profesionales la obligación de disponer de un fichero, que tiene carácter público, en el que deben constar el nombre, la especialidad y demás datos de sus profesionales colegiados.

También la ley 41/2002 de Autonomía del Paciente fue adaptada a la Convención de Naciones Unidas como ley superior. Esta ley reconoce el derecho a la libre elección de centro de diagnóstico y de profesionales del diagnóstico. También reconoce el derecho a disponer del informe y copia de todos los documentos de la actuación.

Se trata de leyes sanitarias que inciden directamente en el Diagnóstico Biopsicosocial de las capacidades de los estudiantes, (Evaluación Multidisciplinar), que constituye la puerta de entrada a la Educación Inclusiva, que como señala Naciones Unidas en su CG-4: *"es la que pone el foco en las capacidades de los estudiantes"*. También se han modificado muchas leyes de derechos sociales.

Al haberse cumplido diez años de la ratificación de la Convención de Naciones Unidas por el Estado español, se observa que no se ha realizado la preceptiva modificación para la adaptación y en su caso derogación de ninguna de las leyes estatales de educación. Tampoco las Comunidades autónomas han realizado la preceptiva modificación para la adaptación o en su caso derogación de sus leyes educativas para la preceptiva adaptación a la Convención de Naciones Unidas como ley superior.

Las nuevas disposiciones educativas -estatales y autonómicas- producidas en estos años han sido creadas de espaldas a la Convención de Naciones Unidas. El Estado y las Comunidades autónomas no han creado leyes de aplicación y desarrollo de la Convención como ley superior.



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

QUINTA.-EL MODELO EDUCATIVO EN LA JURISPRUDENCIA.

El Tribunal Supremo en su sentencia 12.11.12 por la que ilegalizó por segunda vez una Orden de la Consejería de Educación del Gobierno de Canarias sobre la educación de los alumnos con altas capacidades, estableció los criterios jurisprudenciales para la validez de las normativas de las demás comunidades autónomas, señalando que deben desarrollar o cuanto menos señalar el respeto al derecho a la educación en libertad.

<http://altascapacidades.es/portalEducacion/html/otrosmedios/Sentencia-TS.pdf>

(En apartado 6, pág. 30 - 35: "La jurisprudencia de los Tribunales de Justicia" transcribimos los criterios del Tribunal Supremo para la validez de las normativas).

En esta misma sentencia el Tribunal Supremo establece que son los padres, como primeros responsables de la educación de sus hijos, los que tienen la última palabra respecto de las diferentes opciones educativas que pueda proponer la administración, señalando: "Y de ahí deriva el derecho de los padres a elegir lo que consideren mejor para sus hijos. Y ese derecho de los padres, se traduce, necesariamente, en la necesidad de que deben prestar su consentimiento respecto de las distintas opciones educativas que puedan plantearse por la administración".

Otras sentencias como la 96 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha aporta la calificación judicial de los dictámenes de los diagnósticos de las capacidades y talentos de los estudiantes que realizan los centros especializados y homologados que trabajan desde la multidimensionalidad de la inteligencia humana y están dirigidos por equipos multidisciplinarios de profesionales que reúnen la totalidad de las titulaciones académicas legalmente necesarias para el diagnóstico de las capacidades de los estudiantes. Establece que estos dictámenes tienen el mismo valor y reconocimiento judicial que los emitidos por perito judicial nombrado al efecto, por lo que deben ser acatados conforme a los dictados de la sana crítica de acuerdo con lo establecido en el Artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es decir, deben ser acatados a menos que se aporte otro dictamen que demuestre hallarse mejor fundamentado en ciencia o en derecho.

Las disposiciones educativas autonómicas tampoco han sido modificadas para la preceptiva adaptación al criterio señalado por el Tribunal Supremo para su validez.



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

SEXTA. LOS CRITERIOS JURÍDICOS PARA LA VALIDEZ DE LAS NORMATIVAS EDUCATIVAS.

A modo de síntesis de las anteriores conclusiones se deduce que las normativas educativas para su validez deben reunir los tres requisitos esenciales siguientes:

1º. Haber efectuado la preceptiva modificación de adaptación al Convenio de Naciones Unidas como ley de rango superior, y en particular que la normativa de rango inferior no incurra en contradicción alguna con la normativa de rango superior, de forma que no dificulte en ninguna medida el cumplimiento de la ley superior; y que la normativa de inferior rango no contenga restricción o limitación de ningún derechos reconocido.

2º. Cumplir el criterio de validez del Tribunal Supremo, Sentencia 12.11.2012. Es decir:

"Y ese derecho de los padres, se traduce, necesariamente, en la necesidad de que (los padres) deben prestar su consentimiento respecto de las distintas opciones educativas que puedan plantearse por la administración".

"Las normas de inferior rango deben expresamente recoger o desarrollar dicho principio" (el principio de educación en libertad).

Todo ello, teniendo en cuenta lo que seguidamente señala el Tribunal Supremo:

"el silencio de la norma inferior sobre dicho principio, no garantiza de forma efectiva el mismo e implica su vulneración".

3º. Que la interpretación de la norma de inferior rango pueda efectuarse siguiendo lo señalado en la Constitución por el Artículo 10.2. Es decir, que la norma de inferior rango pueda ser interpretada de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España. (En



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

lo referente al modelo educativo de forma especial en relación al Convenio de Naciones Unidas).

EN DEFINITIVA: Si examinamos cada una de las disposiciones educativas del Estado español y las normativas de sus comunidades autónomas a la luz de estos tres criterios de validez que anteceden, se llega a la conclusión de que España y sus comunidades autónomas carecen de leyes válidas que rijan el actual modelo educativo más allá de la Constitución y la Convención de Naciones Unidas, BOE de 21 de abril de 2008, y complementariamente del Comentario General Nº 4 (CG-4) de Naciones Unidas de desarrollo y aplicación de la Convención.

En la abundante jurisprudencia de los diferentes Tribunales de Justicia, tanto en los casos de niños cuyas capacidades han sido diagnosticadas por los centros especializados y homologados dirigidos equipos multidisciplinares para el diagnóstico de las capacidades de los estudiantes, (casos de discapacidad, dificultades de aprendizaje, o bien en los casos de Superdotación o Altas Capacidades) consecuencia de que sus escuelas se retrasaba en implementar las medidas educativas diagnosticadas, como también en los casos de sentencias judiciales de ilegalización de leyes educativas que contradecían la ley superior o dificultaban su acatamiento, o bien restringían algún derecho educativo reconocido en instrumento legal de superior rango, SE OBSERVA en todas estas sentencias judiciales que los fundamentos de derecho en que se fundamentan los Tribunales de Justicia siempre son la Constitución y los tratados internacionales suscritos por el Estado español, y en algunos casos la ley orgánica, sin que las leyes y normativas de rango inferior sean utilizadas por los Tribunales.

Ello contrasta con la realidad en nuestras escuelas, institutos y funcionarios de la educación que conocen bien las órdenes de la propia Consejería de Educación, pero no aplican y con frecuencia desconocen las leyes que constituyen el ordenamiento jurídico superior, incluso, con frecuencia desconocen su existencia.



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

SÉPTIMA NORMATIVAS QUE VULNERAN LA LEY 15/2007, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

Las disposiciones de determinadas comunidades autónomas que condicionan el ejercicio del derecho humano fundamental de todos los estudiantes a la Educación Inclusiva imponiendo la obligación a los padres de que sometan a sus hijos a una evaluación psicopedagógica realizada por un funcionario pre-determinado, de desconocida titulación académica, nombrado por la misma administración educativa, por una parte, incurren en contradicción respecto a la disposición de superior rango, que no contiene esta ni otra restricción, por tanto son nulas de pleno derecho, en virtud de lo dispuesto en el Artículo 1.2 del Código Civil, en relación al principio de jerarquía normativa del Artículo 9.3 de la Carta Magna. Por otra parte, incurren en vulneración de la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, pues pretenden crear una práctica concertada o conscientemente paralela, que tiene por objeto, y produce el efecto de impedir, restringir y falsear la competencia en una parte del mercado nacional imponiendo una posición de dominio, lo que se halla expresamente prohibido en los artículo 1 y 2 de dicha ley.

Los padres pueden y deben poner en conocimiento de la Comisión Nacional de la Competencia o de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas estas conductas prohibidas de actos de competencia desleal que al falsear la libre competencia afectan al interés público, tal como señala el artículo 3 de la misma ley, pues en nuestro Estado de Derecho perteneciente a la Unión Europea no pueden existir estos monopolios que además vulneran el Artículo 38 de nuestra Constitución.

Es muy correcta la conducta de la Consejería de Educación de la Comunidad Autónoma de Cataluña que ofrece las fases preparatorias o iniciales del diagnóstico de las capacidades como son la "detección" o la "evaluación Psicopedagógica" a los padres que puedan elegir esta opción, pero sin imponerla. En su Guía: "*Las altas capacidades: detección y, actuación en el ámbito educativo*", señala:

("Pero si la familia tiene una evaluación externa, no es necesario repetirla").

<http://altascapacidades.es/portalEducacion/html/otrosmedios/Gu%C3%ADa%20generalitat.pdf>

Las familias y los niños de las demás comunidades tienen igual derecho



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

OCTAVA. RESPONSABILIDADES PERSONALES EN QUE PUEDEN INCURRIR LOS FUNCIONARIOS QUE CONDICIONEN EL DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA AL SOMETIMIENTO DEL NIÑO A EVALUACIÓN PSICOPEDAGÓGICA A REALIZAR POR FUNCIONARIO PRE-DETERMINADO, DE IGNORADA TITULACIÓN ACADÉMICA .

El funcionario que obliga a someter a un niño a una evaluación psicopedagógica a realizar por un funcionario pre-determinado de desconocida titulación académica y con ello condiciona su derecho a la Educación Inclusiva, debe saber:

1. Que quien *compeliere a otro a efectuar lo que no quiere, sea ello justo o injusto* incurre en el delito de coacción tipificado en el Artículo 172 del Código Penal.
2. Que condicionar el derecho a ejercer un derecho humano fundamental puede hallarse tipificado en otras figuras como la de amenazas y coacción del artículo 169 y 172 del Código Penal con el agravante de *"impedir el ejercicio de un derecho fundamental"*, por lo que se *"impondrán las penas en su mitad superior como señala el Artículo 172"*.
3. Que por parte de quienes efectúan la evaluación psicopedagógica para que su resultado se utilice como si se tratara de un diagnóstico de las capacidades o talentos, o la evaluación multidisciplinar del artículo 26 de la Convención de Naciones Unidas, y sin hallarse en posesión de todas las diferentes titulaciones académicas que la ley preceptúa para ello, incurren en el delito de intrusismo tipificado en el Artículo 403 de nuestro Código Penal, que advertía el letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona don José Antonio Latorre en su artículo: *"¿Quién puede diagnosticar?"* La Vanguardia, 8 de enero de 2006 <http://altascapacidadescse.org/QUIENPUEDE.pdf> y recuerda el Abogado del Estado D. Jorge Buxadé en el Consultorio Jurídico de Altas Capacidades en respuesta a la pregunta N°3: *"Normativa de aplicación en relación al diagnóstico"* <http://altascapacidadescse.org/cse/consultorio/>

Tales conductas además pueden incurrir en delitos de estafa, simulación y/o falsedad. dependiendo de las circunstancias que concurren en cada caso.



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

NOVENA. LA TITULACIÓN ACADÉMICA QUE SE REQUIERE PARA OBTENER UNA PLAZA DE "ORIENTADOR", Y PARA PODER REALIZAR DIAGNÓSTICOS DEL FUNCIONAMIENTO NEURONAL DE LOS NIÑOS.

Señala la Letrada doña Belén Ros que ha estudiado el tema:

"los actuales Orientadores son Licenciados en Magisterio o Graduados en Educación Infantil o Educación Primaria que, además, pueden tener una Licenciatura/Grado en Psicología, Pedagogía, Filosofía y Letras, incluso ser Graduados Sociales".

<http://altascapacidades.es/portalEducacion/html/articulos/Bel%C3%A9n%20Ros.pdf>

Resulta falso y absurdo diagnosticar el tratamiento educativo que necesita un niño con Trastorno de Déficit de Atención con Hiperactividad, Trastorno Obsesivo Compulsivo, Autismo, Asperger, etc., sin diagnosticar la disfunción mental o patología que origina o causa la necesidad educativa específica. No es posible conocer la diferente forma de aprender y procesar la información de un niño de alta capacidad , o no, sin el diagnóstico clínico completo o Evaluación Multidisciplinar de su funcionamiento neuronal, puesto que es el diferente funcionamiento cognitivo y metacognitivo de una mente lo que origina y genera la necesidad de un aprendizaje diferente, existiendo en todos los casos el principio de causalidad (relación causa- efecto) entre el diferente funcionamiento cognitivo y metacognitivo de una mente y el aprendizaje cuantitativamente y sobretodo y en primer lugar cualitativamente diferente que necesita.

La Universidad de Zaragoza ha aprobado el curso de especialización: "*Altas Capacidades y Escuela Inclusiva*". Contiene un tema titulado: "***Mentes diferentes, aprendizajes diferentes. Relación de causalidad en todos los estudiantes***". "*Mentes diferentes, aprendizajes diferentes*", además de un interesantísimo libro del científico norteamericano Dr. Mel Levin es un axioma del consenso científico internacional que entraña el principio de causalidad con carácter general, pues la ciencia ha reconocido y asumido la existencia en todos los casos del principio de causalidad entre el funcionamiento de la mente y el aprendizaje diferente que esa mente necesita. Y, no resulta posible conocer el funcionamiento de una mente sin el diagnóstico clínico o evaluación multidisciplinar desde la perspectiva de la multidimensionalidad de la inteligencia humana: el diagnóstico biopsicosocial.



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

DÉCIMA. LAS MEDIDAS EDUCATIVAS O TRATAMIENTOS ESCOLARES QUE NO REQUIEREN ESFUERZO A LOS DOCENTES, NI SU FORMACIÓN ESPECÍFICA.

Algunas comunidades autónomas han creado normativas que limitan los tratamientos educativos o respuestas escolares a la diversidad del alumnado a sólo aquellas medidas que no supongan esfuerzo ni dedicación de los docentes ni requieran su formación específica.

Estas normativas autonómicas limitan el tratamiento educativo o respuesta escolar a los estudiantes con Altas Capacidades restringiéndolo al salto de curso denominado "aceleración" o "flexibilización", y a los aumentos cuantitativos de contenidos curriculares y aumentos de tareas escolares denominados "programas de enriquecimiento" o "ampliaciones curriculares".

La Convención de Naciones Unidas como ley superior reconoce las respuestas escolares o tratamientos educativos que los estudiantes necesiten, sin limitación ni restricción. Así, el Artículo 24 de la Convención ONU reconoce el derecho de los estudiantes a que "Se hagan *ajustes razonables* en función de las necesidades individuales" (Artículo 24.2.c), así como que: "Se faciliten *medidas de apoyo personalizadas* y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social conforme con el objetivo de la plena inclusión". (Artículo 24.2.e). Y, el Artículo 26 reconoce el derecho de los estudiantes a que los "programas generales" de "la educación" "se basen" "en una *evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona*". Todo ello sin limitación ni restricción de ningún tipo.

El CG-4 de Naciones Unidas de 2 de septiembre de 2016 en su Capítulo 2 "Contenido Normativo del Artículo 24" (Educación), señala en su Párrafo 25: "**Cada estudiante aprende de una manera única**", es decir, de una manera diferente. En su Párrafo 12: titulado: "Las características de la educación inclusiva", señala: "**La educación inclusiva ofrece currículos flexibles, métodos de enseñanza adaptados a las diferentes fortalezas necesidades y estilos de aprendizaje. El foco se sitúa en las capacidades de los estudiantes**" que en cada uno son diferentes. En su Párrafo 29 Naciones Unidas señala: "**No existe una fórmula 'de talla única' para los ajustes razonables, y diferentes estudiantes con la misma condición pueden requerir diferentes ajustes**".



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

DÉCIMA PRIMERA LA IMPRESCINDIBLE FORMACIÓN ESPECÍFICA DE LOS DOCENTES.

Por su especial importancia debemos señalar y resaltar dos preceptos: contenidos en el documento de Naciones Unidas (CG-4) de 2 de septiembre de 2016 para el desarrollo del Artículo 24 de la Convención Internacional y su implementación en las aulas. Señala el CG-4 en su Párrafo 35:

"Los Estados Partes deben garantizar que todos los docentes sean capacitados y formados en la educación inclusiva".

El Presidente del European Council for High Ability, Prof. Javier Tourón, Catedrático de Métodos de Investigación y Diagnóstico en Educación, del Departamento de Teoría y Métodos de Investigación Educativa y Psicológica de la Facultad de Educación y Psicología de la Universidad de Navarra, y Doctor en Ciencias Biológicas, señalaba: ***"Si la escuela fuera verdaderamente adaptativa (o inclusiva) y respondiera de modo individual a las necesidades de cada uno de los aprendices, la superdotación no sería un problema educativo y las páginas que siguen tendrían poca justificación".***

La Dra. Elena Kim Tiyan, Secretaria General del Instituto Internacional de Altas Capacidades, señala en la Guía Científica de las Altas Capacidades:

"Los diagnósticos de las capacidades de los estudiantes, obviamente los realizamos desde la perspectiva de la Fase 4, que es la preceptuada Educación Inclusiva. El problema surge cuando los padres introducen el Dictamen del Diagnóstico Clínico completo de su hijo en una escuela que todavía se halla anclada en la Fase 3 (enseñanza en el decimonónico sistema de transmisión de contenidos al grupo para su reproducción)".

<http://altascapacidadescse.org/shop/index.php>

La Ley Orgánica de Educación LOMCE señala en su Preámbulo, apartado V, que la Educación Inclusiva es un logro en España, con estas palabras:

"Debemos pues considerar como un logro de las últimas décadas la universalización de la educación, así como la educación inclusiva".



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

Como precepto legal de obligado cumplimiento en todos los centros educativos, efectivamente, la Educación Inclusiva es un logro en España. Pero, se incumple con frecuencia en escuelas e institutos de enseñanza secundaria, dando lugar a situaciones de evidente ilegalidad, que los padres deben conocer y obrar en consecuencia.

La causa principal de estas situaciones de evidente ilegalidad seguramente es el incumplimiento de docentes de formarse en Educación Inclusiva. Muchos docentes no están formados para implementar la Educación Inclusiva en su aula, en un Estado como el Español que se ha comprometido a *"garantizar que todos los docentes sean capacitados y formados en la Educación Inclusiva"*.

Pero el Estado en cada Comunidad que tiene traspasadas las competencias en educación es el Gobierno de la Comunidad y son los Directores, Inspectores y orientadores en cada centro y de cada zona los que deben garantizar que los docentes sean formados y capacitados en Educación Inclusiva. Y, son los Jueces y Tribunales (El Poder Judicial del Estado) los que, en última instancia, deben exigir las responsabilidades y establecer los correctivos cuando se incumple.

La *"forma de atención a la diversidad"* de cada centro educativo, que debe hallarse dentro de la preceptiva educación inclusiva, debe hallarse incorporada en el "Proyecto Educativo de Centro". Así lo establece la Ley Orgánica de Educación LOE-LOMCE en su Artículo 121 que añade en el apartado 3 de dicho artículo la obligación de que este documento que deben tener todos los centros educativos, tiene carácter de documento público.

Los padres, antes de ejercer su derecho legal y permanente a la libre elección de centro educativo para sus hijos, deben, en todos los casos, solicitar el Proyecto Educativo del Centro, estudiarlo y en particular observar si la *forma de atención a la diversidad* del centro, si se halla dentro de la preceptiva Educación Inclusiva. Sin duda es una manera muy apropiada de constatar si los maestros y profesores de ese centro han adquirido, o no, la necesaria formación específica que señala Naciones Unidas en su CG-4 de 2/ 9/2016, en su Párrafo 35:

***"Los estados partes deben garantizar que todos los docentes sean capacitados y formados en la educación inclusiva"*.**

De no ser así lo aconsejable es que los padres ejerzan de nuevo su permanente derecho a la libre elección de centro educativo.



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

"El derecho de los padres a la elección de centro docente para sus hijos, ha de señalarse, como ya ha puesto de relieve el TS, en sentencias 24 Ene. 1985 y 26 Abr. 1990, entre otras, que aunque no viene expresamente enunciado en el art. 27 CE, sí aparece reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en diversos tratados y acuerdos internacionales ratificados por España que por imperativo del art. 10.2 CE deben ser tenidos en cuenta para interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades que la propia Constitución reconoce. En la última de las citadas sentencias, establece que, "El derecho a la elección de centro docente, es una consecuencia de la libertad de enseñanza y de creación de centros docentes, derechos reconocidos expresamente en el art. 27 párrs. 1 y 6 del Texto Constitucional. Consiste en el derecho de los padres a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos -- art. 26.3 Declaración Universal de Derechos Humanos-- o como dice el art. 13.3 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Nueva York, la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas. En esta línea el art. 4 b) LODE reconoce a los padres o tutores, en los términos que las disposiciones legales establezcan, el derecho a escoger centro docente distinto de los creados por los poderes públicos".

El texto que antecede pertenece a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria STSJ (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 5 junio 2000. R.º 7500/1999.

El Tribunal Constitucional en sus sentencias 5/1981, de 13 de febrero, relativa a la Ley Orgánica 5/1980 por la que se regula el estatuto de centros escolares (LOECE) y Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1985, de 27 de junio, relativa a la Ley Orgánica 8/1985 reguladora del derecho a la educación (LODE) acerca de cómo hemos de interpretar el derecho fundamental a la educación, establece que este derecho de los padres a la libre elección de centro educativo para sus hijos **no se agota** cuando éste se haya ejercido una vez, sino que se trata de un derecho permanente e inagotable, que los padres pueden ejercer sucesivamente tantas veces como estimen.

Por otra parte el Tribunal Constitucional explica que es un derecho que **no se pueda limitar** a la elección del centro de enseñanza donde los niños pasan mayor número de horas, sino que **se extiende a todos los aspectos y actividades de la acción educativa.**



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

Por tanto, y en relación al diagnóstico de las capacidades de los estudiantes, el Ministerio de Educación en su libro-informe: "*Alumnos Precoces Superdotados y de Altas Capacidades*" señala: "*La evaluación y diagnóstico de las capacidades de todos los alumnos constituye el primer paso en el proceso educativo*".

Por tanto, asiste a los padres el derecho a la libre elección de centro de diagnóstico como parte del derecho constitucional a la libre elección de centro educativo del artículo 27 de la Constitución.

Por otra parte, el derecho de los padres de a la libre elección de centro de diagnóstico se halla doblemente reconocido en función de los aspectos clínicos inherentes al diagnóstico clínico o parcialmente clínico de la evaluación multidisciplinar en la multidimensionalidad de la inteligencia humana, en la Ley Básica del Estado de Autonomía del Paciente Ley 41/2002 de 14 de Noviembre.

DÉCIMA SEGUNDA EL DIAGNÓSTICO DE LAS CAPACIDADES DESDE LA PRECEPTUADA INDEPENDENCIA QUE EL ESTADO ESTÁ OBLIGADO A GARANTIZAR.

El otro precepto de especial importancia es el contenido en dicho documento de Naciones Unidas CG-4, en el Párrafo 30 que señala:

"Los Estados Partes han de garantizar que los sistemas (sistema de enseñanza y sistema de diagnóstico), sean independientes para vigilar la idoneidad y eficacia de los ajustes".

El sistema de diagnóstico de las capacidades y necesidades de los estudiantes debe ser *independiente* del sistema de enseñanza "*para vigilar la idoneidad y eficacia de los ajustes*". Es necesario poner punto final al "Juan palomo yo me lo guiso yo me lo como" de ciertos sectores del sistema educativo.

En España existe un sistema de diagnóstico especializado en las capacidades de los estudiantes (Evaluación Multidisciplinar en la



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

denominación de Naciones Unidas) que además de cumplir con los postulados científicos de la investigación internacional, cumple escrupulosamente todos los requisitos legales que comienzan por el cumplimiento de la ley de superior rango: la Convención de Naciones Unidas y el documento para su desarrollo y aplicación de 2 de septiembre de 2016.

Entre otros preceptos cumple este precepto fundamental de ser independiente del sistema de enseñanza, que es el que deberá implementar las medidas educativas, ajustes razonables o apoyos personalizados (Artículo 24) que se diagnostiquen mediante la Evaluación Multidisciplinar (Artículo 26) o Diagnóstico clínico.

Esta preceptiva independencia de estos centros de diagnóstico es la que, como señala Naciones Unidas, garantiza la idoneidad y la eficacia de los ajustes metodológicos y apoyos personalizados

Cada uno de estos centros especializados en la Evaluación Multidisciplinar o diagnóstico clínico de las capacidades de los estudiantes, está dirigido, desde la multidimensionalidad de la inteligencia humana, por un equipo multidisciplinar de profesionales especializados.

Todos ellos han realizado y superado el Curso de especialización "*El diagnóstico proactivo de las Altas Capacidades*". Poseen amplia experiencia y todas las titulaciones académicas en las diferentes áreas que exige el Modelo general de diagnóstico Biopsicosocial y la CIF aprobada por la OMS. Aplican el Modelo específico: *El Diagnóstico Clínico de las Altas Capacidades* y están homologados por el Consejo Superior de Expertos en Altas Capacidades.

Estos centros diagnostican las capacidades de todos los estudiantes con independencia de si los estudiantes se hallan en las Altas Capacidades, las discapacidades o en la zona intermedia de la Campaña de Gauss.



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

DÉCIMA TERCERA LA CIF APROBADA POR LA OMS COMO HERRAMIENTA CLÍNICA PARA LA VALORACIÓN DE NECESIDADES Y COMO HERRAMIENTA EDUCATIVA PARA DISEÑO DEL CURRÍCULUM.

"La inclusión educativa es un derecho humano fundamental de todos los estudiantes" (CG-4 P10) que "sitúa el foco en las capacidades de los estudiantes" (CG-4 P 12.c) "reconoce que cada estudiante aprende de una manera única e implica desarrollar modos flexibles de aprender" (CG-4 P 25). "Ofrece currículos flexibles, métodos de enseñanza y aprendizaje adaptados a las diferentes fortalezas, necesidades y estilos de aprendizaje. El sistema educativo debe proporcionar una respuesta educativa personalizada" (CG-4 P 12.c). "Los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales, de forma que esos servicios y programas: a) Comiencen en la etapa más temprana posible y se basen en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona". (Convención ONU Artículo 26.a)

La Educación Inclusiva se inicia con la Evaluación Multidisciplinar (o diagnóstico clínico de las capacidades), que permite conocer el diferente funcionamiento cognitivo y metacognitivo de la mente, y deducir el aprendizaje diferente que en el principio de causalidad el estudiante necesita para el desarrollo de su personalidad diferente. Se realiza en aplicación del Modelo Biopsicosocial y la CIF (La CIF es intrínsecamente una clasificación de salud y de aspectos relacionados con la salud, que fue aprobada por la OMS el 22 de Mayo de 2001 mediante Resolución WHA54.21. Se aprobó para poder ser empleada a nivel internacional).

La CIF (Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud), en su Capítulo 2.1: "***Aplicaciones de la CIF***", (Página 6), señala sus objetivos específicos por la que fue creada y aprobada por la OMS, estableciendo:

«● Como herramienta clínica - en la valoración de necesidades».

Y a la vez:

«● Como herramienta educativa - para diseño del currículum».

<http://altascapacidades.es/portalEducacion/html/otrosmedios/CIF.pdf>



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

DÉCIMA CUARTA EL CARÁCTER CLÍNICO DE LOS TESTS DE INTELIGENCIA, Y DE LOS DATOS REFERENTES A LA EVALUACIÓN PSICOPEDAGÓGICA.

Los tests de inteligencia son instrumentos clínicos. El más usado es el Wisc IV. Su mismo Manual oficial del Wisc IV en su página 13 manifiesta su carácter clínico.

Por otra parte, los datos referentes a la evaluación psicopedagógica para determinar la aptitud de los alumnos y valorar su capacidad intelectual, son datos relacionados con la salud de las personas, conforme establece el apartado 45 de la Memoria Explicativa del Convenio 108 del Consejo de Europa, que recoge que:

"... los datos relativos a la evaluación psicopedagógica de aptitudes, y características de personalidad o preferencias profesionales de los alumnos son datos de salud"

Por tanto, los titulares de los mismos, o sus representantes, podrán acceder a los mismos conforme establece el artículo 18.1 de la Ley de Autonomía del Paciente, y de conformidad con la legislación sobre protección de datos, los interesados tienen derecho a obtener una copia de su historia clínica que se tendrá que solicitar por ellos mismos o por una persona que legalmente los represente.

Por debajo de los 14 años la pueden instar los padres que ostenten la patria potestad o los tutores.

Los datos de la evaluación psicopedagógica a la vez se rigen por la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente Básica del Estado conforme señala la Agencia Española de Protección de Datos en su "Guía para Centros Educativos".



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

DÉCIMA QUINTA. LAS NORMAS DEL MINISTERIO DE EDUCACIÓN.

El Ministerio de Educación ha publicado diferentes normas acerca del diagnóstico clínico de las capacidades de los estudiantes. Todas ellas acordes con el ordenamiento jurídico superior:

«La atención a la diversidad exige diagnóstico previo de las necesidades específicas de los alumnos y alumnas y soluciones adecuadas en cada caso en función de dicho diagnóstico».

http://altscapacidadescse.org/documentos/3_atencion_a_la_diversidad_loe/Doc.1_Atencion_a_la_Diversidad_en_la_LOE.pdf

Sobre el diagnóstico de las Altas Capacidades:

«La detección por parte de las familias o del profesorado forma parte, junto con la posterior evaluación psicopedagógica, del proceso inicial de identificación del niño superdotado; pero no es suficiente. Para determinar que un alumno se halla en los ámbitos de excepcionalidad intelectual, es imprescindible el diagnóstico clínico de profesionales especializados».

[http://defensorestudiante.org/de/archivos/pdf/Escritura Notarial Normativa Ministerio.df](http://defensorestudiante.org/de/archivos/pdf/Escritura_Notarial_Normativa_Ministerio.df)

En el mismo 2006 en aplicación de la Ley Básica del Estado 44/2003 de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, el Ministerio publicó la norma:

«En el diagnóstico de los alumnos con Altas Capacidades deben participar profesionales con competencias sanitarias, no sólo educativas».

<http://confederacionceas.altscapacidades.es/elmundo.pdf>



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

DÉCIMA SEXTA. EL SUPERIOR RANGO LEGAL Y PREVALENCIA DE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS Y DEMÁS TRATADOS INTERNACIONALES RATIFICADOS POR EL ESTADO.

Concedida la previa autorización de las Cortes Generales del Estado español, prevista en el Artículo 94.1 de la Constitución, el 30 de marzo de 2007 el Plenipotenciario de España firmó en Nueva York la Convención de Naciones Unidas, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006.

Fue publicada en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008. Desde esta fecha es la ley de superior rango que establece y regula el modelo educativo en el Estado Español.

La aprobación previa por parte de las Cortes Generales del artículo 94.1 de la Constitución y su tramitación por dicho artículo se realizó en razón a que la Convención de Naciones Unidas suponía la modificación y adaptación de leyes internas. Con su publicación en el BOE de 21 de abril de 2008 entró a formar parte del ordenamiento interno (Constitución Artículo 96.1)

España creó la Ley 25/2014, de 27 de noviembre de Tratados y otros Acuerdos Internacionales que define y regula su alcance jurídico. En su Artículo 30. "Ejecución" establece: **"Los tratados internacionales serán de aplicación directa"**, sin que exista condicionamiento alguno a la aprobación de las leyes o disposiciones reglamentarias.

El Código Civil en su Artículo 1, Apartado 5 establece: **"Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto no hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado"**. La Convención de Naciones Unidas es pues ley de superior rango y de aplicación directa, desde el 21 de abril de 2008.

Ley 25/2014, de 27 de noviembre de Tratados y otros Acuerdos Internacionales en su artículo 31 establece: **"Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas"**.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el derecho de todos los estudiantes a la Educación Inclusiva es un tratado internacional constitutivo de una organización internacional, un tratado



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

adoptado en el ámbito de una organización internacional, nada menos que la Organización de Naciones Unidas ONU ¿El Estado español además del texto del Tratado debe tener en cuenta y acatar las normas que en relación a dicho tratado ratificado por España la Organización de Naciones Unidas haya establecido para su aplicación, como es el Comentario General Nº 4 (CG-4) de 2 de septiembre de 2016?

El Artículo 35 Apartado 2 de la misma ley de Tratados internacionales establece:

"En la interpretación de los tratados internacionales constitutivos de Organizaciones internacionales y de tratados adoptados en el ámbito de una organización internacional, se tendrá en cuenta toda norma pertinente de la organización".

Por tanto, en el Estado español, todos sus ciudadanos y en especial los funcionarios del sistema educativo deben ser los primeros garantes de los derechos educativos de los niños y jóvenes, deben tener en cuenta, acatar y dar a conocer el documento de Naciones Unidas Comentario General Nº 4 (CG4) de 2 de septiembre de 2016 que Naciones Unidas tuvo que crear a la vista de que tras casi nueve años de su ratificación el Estado Español y otros Estados Partes no habían cumplido su compromiso de realizar la preceptiva modificación para la adaptación de las leyes educativas estatales ni autonómicas, ni tampoco había elaborado legislación para la aplicación y desarrollo de la Convención.

Todas las normativas inferiores, reglamentos, resoluciones posicionamientos o actitudes de funcionarios que contienen limitaciones o restringen algún derecho contenido o reconocido en la ley superior son nulas de pleno derecho, en aplicación a lo dispuesto en el Código Civil Artículo 1.2 que se fundamenta en el principio de jerarquía jurídica del Artículo 9.3 de la Carta Magna.



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

A MODO DE EPÍLOGO.

La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las Personas con Discapacidades y el Derecho Humano Fundamental de todos los Estudiantes a la Educación Inclusiva, BOE de 21 de abril de 2008, en su Artículo 33 titulado: "Aplicación y seguimiento nacionales", establece tres apartados fundamentales para el control de su aplicación.

El Apartado 1 señala

"1. Los Estados Partes, de conformidad con su sistema organizativo, designarán uno o más organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la presente Convención y considerarán detenidamente la posibilidad de establecer o designar un mecanismo de coordinación para facilitar la adopción de medidas al respecto en diferentes sectores y a diferentes niveles".

El Apartado 2 establece:

"2. Los Estados Partes, de conformidad con sus sistemas jurídicos y administrativos, mantendrán, reforzarán, designarán o establecerán, a nivel nacional, un marco, que constará de uno o varios mecanismos independientes, para promover, proteger y supervisar la aplicación de la presente Convención. Cuando designen o establezcan esos mecanismos, los Estados Partes tendrán en cuenta los principios relativos a la condición jurídica y el funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los derechos humanos".

Finalmente, el Apartado 3, dice:

"3. La sociedad civil, y en particular las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan, estarán integradas y participarán plenamente en todos los niveles del proceso de seguimiento".



El Defensor del Estudiante

Única Institución legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos o difusos de los estudiantes. Sede social calle Pere Vergés Nº 1, 6ª. Edificio Piramidón. 08020 Barcelona. Tel. 932851911 932850259

<http://www.defensorestudiante.org>

defensor.estudiant@gmx.com

Al haberse cumplido diez años de la ratificación de este Tratado Internacional de Naciones Unidas, por parte del Estado Español, previa su aprobación por las Cortes Generales, El Defensor del Estudiante, como entidad independiente y única legitimada para la representación y defensa de los derechos e intereses personales, generales, colectivos y difusos de los estudiantes con y sin discapacidad, manifiesta su firme voluntad y compromiso de "estar integrada y participar plenamente en todos los niveles del proceso de seguimiento", a que se refiere el apartado 3 de su Artículo 33, y, en relación a "uno o más organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la presente Convención", en orden a "establecer o designar un mecanismo de coordinación para facilitar la adopción de medidas al respecto en diferentes sectores y a diferentes niveles", a que se refiere el apartado 1, y, al "marco, que constará de uno o varios mecanismos independientes, para promover, proteger y supervisar la aplicación de la presente Convención", referido en el Apartado 2.

Ello, para seguir cumpliendo con superior alcance los fines y objetivos de El Defensor del Estudiante, que se concretan en garantizar que no quede en España ningún niño o joven estudiante al que no se le desarrolle su programa educativo que se base en el desarrollo de sus diferentes capacidades y necesidades legalmente diagnosticadas en su Evaluación Multidisciplinar (Artículo 26), con los ajustes razonables y medidas de apoyo personalizadas y efectivas de conformidad con el objetivo de la plena inclusión. (Artículo 24.2.c y e).

En definitiva, que no exista en España ningún estudiante al que no se le respete su derecho humano fundamental a la Educación Inclusiva.

Abril de 2018, décimo aniversario de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Derecho Humano Fundamental de todos los estudiantes a la Educación Inclusiva.

Los Letrados miembros del Equipo Jurídico de El Defensor del Estudiante. (Citados en Página 2)

