

**Voto particular que formula el Magistrado don Luis Ignacio Ortega Álvarez al que se adhiere el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos respecto a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 6868/2012.**

Con el máximo respeto a la posición mayoritaria de mis compañeros magistrados, acogéndome a la facultad establecida en el art. 90.2 LOTC, debo manifestar mi discrepancia con la Sentencia desestimatoria del presente amparo con base a las razones que expuse en el debate y que ahora reproduzco en los aspectos más destacados.

Como punto de partida debe señalarse, como la mayoría así lo ha considerado también, que el objeto del presente recurso de amparo es determinar si la Resolución de 13 de octubre de 2011 de la Comisión de Escolarización de la Dirección Provincial de Palencia de la Junta de Castilla y León, que acordó que el hijo de los recurrentes continuara escolarizado en un colegio público de educación especial en lugar de estudiar en un centro ordinario, ha vulnerado los arts. 14, 15 y 27 CE, como alegan los recurrentes. Es claro que nos encontramos, por tanto, ante un recurso de amparo del art. 43 LOTC, lo que implica que sólo la Administración ha podido vulnerar los derechos fundamentales alegados; los órganos judiciales podrían haber reparado las lesiones aducidas mediante la anulación del acto impugnado, pero no, como parece deducirse del FJ 7 de la Sentencia, mediante la sustitución de la Administración en la ponderación y motivación de la resolución de escolarización recurrida.

Analizando la citada resolución, se puede constatar que se limita a afirmar, escuetamente, que visto el informe psicopedagógico realizado sobre el menor, se acuerda que siga escolarizado en el centro de educación especial. En el mencionado informe psicopedagógico se ponen de manifiesto, desde un punto de vista estrictamente científico, las deficiencias que padece el menor y se recomienda la escolarización del menor en un centro de educación especial; sin embargo, nada se dice sobre el coste o la oportunidad de que la Administración lleve a cabo los ajustes necesarios para que el menor, con lo apoyos

oportunos, pudiera integrarse en un centro de educación ordinario, como reiteradamente han solicitado los padres desde el principio.

Del marco normativo en el que debe encuadrarse nuestro análisis (arts. 14, 27 y 49 CE y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por el Estado español mediante Instrumento de Ratificación publicado en el BOE el 21 de abril de 2008) se deduce, como bien reconoce la Sentencia, que la educación debe ser, como principio general inclusiva, es decir, se debe promover la escolarización de todo niño en un centro de educación ordinaria, en su caso, con los determinados apoyos necesarios para su integración en el sistema educativo si padece algún tipo de discapacidad, y, solamente de manera excepcional, la escolarización en un centro de educación especial.

Comparto la postura del Ministerio Fiscal cuando afirma que los criterios normativos que la misma regulación aplicable exige para acordar la escolarización en un centro de educación especial de menores con necesidades educativas especiales están condicionados, entre otros requisitos, a la obligación de la Administración de prestar los apoyos necesarios al menor para procurar su integración educativa, circunstancia esta sobre la cual la resolución administrativa impugnada, que reenvía al informe psicopedagógico que identifica las carencias y necesidades del menor y enumera los apoyos de los que precisa, no analiza expresamente ni explica los motivos de por qué los apoyos que precisa el menor no pueden ser prestados en "el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios". Considero que, si bien este tipo de decisiones administrativas sobre la escolarización de menores con determinado grado de discapacidad, deben estar avaladas por los correspondientes informes técnicos, no deben descansar exclusivamente en ellos, sino que a la vista de los mismos, la Administración debe motivar y ponderar una decisión que solamente a ella le corresponde.

En el presente caso, constan los informes psicopedagógicos y de escolarización del menor, en los que se pone de manifiesto las especialidades educativas que el alumno necesita, concluyendo con una propuesta de escolarización en un centro de educación especial; sin embargo, como se desprende de la normativa aplicable antes señalada, las opciones de escolarización no se agotan en la elección de un centro ordinario de educación frente a un

centro especial de educación, como parece deducirse de tales informes y de la resolución administrativa impugnada. Precisamente, la opción pretendida desde el inicio por los padres del menor, esto es, la escolarización en un centro ordinario de educación con los apoyos necesarios para la inclusión de alumnos con necesidades especiales, ha sido ignorada por la Administración educativa.

Esta opción intermedia, no ha sido contemplada ni por los informes técnicos ni por la Administración educativa. La ausencia de motivación en la resolución administrativa de cómo los apoyos que precisa el menor, suponen una carga desproporcionada para la Administración educativa en el caso concreto del menor, supone un desconocimiento de los principios que deben inspirar la educación de los menores con discapacidad, pues la excepción de la escolarización en centro de educación especial obligan a la Administración a realizar dicha ponderación. Ni Administración, ni los técnicos que informaron sobre el menor, han explicitado por qué los ajustes que debía realizar para proporcionar al menor la educación inclusiva a la que, en principio, tiene derecho, no son razonables o suponen una carga desproporcionada o no serían suficientes para la inclusión del menor.

Es aquí donde reside mi principal discrepancia con la Sentencia aprobada. Se afirma en el FJ 5 que, acreditadas las deficiencias que padece el menor y adoptada la decisión de su escolarización en un centro especial, “no es necesario proceder a una ponderación acerca de si los ajustes que precisa pueden ser prestados o no en un Centro de educación ordinario, pues dicha decisión de escolarización lleva implícito, en atención a la grave discapacidad del alumno y a la atención individualizada que requiere, que sus singulares necesidades puedan ser atendidas en el marco de la reducción general de los centros ordinarios”.

En este punto, además de estar el Tribunal Constitucional deduciendo una interpretación, en su caso implícita, de un acto administrativo, creo que nuestro pronunciamiento debería haber sido radicalmente distinto. Estando detrás de la motivación de la resolución impugnada el derecho a la educación de un menor discapacitado, debe exigirse un plus de motivación que hace referencia a exigencias de orden cualitativo y no cuantitativo en la motivación y ponderación de las circunstancias de cada caso concreto, más aún cuando la discapacidad sufrida por el menor cuya escolarización se pretende, le hace titular de una situación especialmente protegida, no sólo por la Convención antes citada sino,

especialmente, por el art. 49 de la Constitución. Cuando la Constitución ha incluido como derecho fundamental el derecho a la educación, en el núcleo de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados, su contenido no puede ser desvirtuado sin que se expliciten las detalladas y relevantes razones, por la simple alegación de las dificultades de hacer efectivo dicho derecho social.

En definitiva, comparto la postura del Ministerio Fiscal que entendió en trámite de alegaciones, lesionado el principio de igualdad, en relación con el derecho a la educación.

Madrid, a veintisiete de enero de dos mil catorce.