



ISAAC GIMENEZ NAVARRO
Procurador de los Tribunales C/
Don Jaime I, 24 Entlo. Izda.
50001 Zaragoza
Tel. 976.39.79.81 Fax. 976.200.923
E-mail: isaac@isaacprocurador.com

Abogado: FRANCISCO ALMODOVAR NAVALON
S. Ref: C75236 / M. Ref: 7599
Cliente: M.R.A.
Contrario: DGA
Notificado: 24/10/13
SENTENCIA se estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por nosotros, con imposición de costas a la administración demandada, y se determina que el importe de las mismas no podrá rebasar la cantidad de 1.500 euros

T.S.J. ARAGON CON/AD SEC.1
ZARAGOZA

SENTENCIA: 00611/2013

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
- SECCIÓN PRIMERA -

RECURSO Nº: 58/13

SENTENCIA Nº 611 DE 2013

ILUSTRÍSIMOS SEÑORES -
PRESIDENTE -
D. JUAN CARLOS ZAPATA HIJAR -
MAGISTRADOS: -
D. JESÚS-MARÍA ARIAS JUANA -
Dª ISABEL ZARZUELA BALLESTER -
D. JUAN JOSÉ CARBONERO REDONDO. -
=====



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN

En Zaragoza, a 14 de Octubre de dos mil trece.

En nombre de S.M. el Rey.

VISTO, Por la Sala de lo Contencioso - Administrativo del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGÓN, integrada por los Magistrados que al margen se relacionan, el recurso nº 58/13, seguido entre partes, como demandante D. M.R.A., representado por el Procurador D. Isaac Jiménez Navarro y defendido por el Letrado D. Francisco Almodóvar Navalón, y como parte demandada EL GOBIERNO DE ARAGÓN, DEPARTAMENTO DE EDUCACIÓN, SANIDAD Y BIENESTAR SOCIAL Y FAMILIAR representado y defendido por el Letrado de la Comunidad.

Es objeto de impugnación: Exclusión e inactividad de la Administración de Educación, Sanidad, Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón, posterior a la exclusión y exigencia de garantía psiquiátrica sin consentimiento informado.

Procedimiento: Ordinario.

Cuantía: Indeterminada

Ponente: Ilmo. Sr. D. Juan José Carbonero Redondo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora en el presente recurso, por escrito que tuvo entrada en la Secretaría de este Tribunal en fecha de 9 de enero de 2013, interpuso recurso contencioso-administrativo por procedimiento especial de protección de derechos fundamentales contra la inactividad de la Administración, ante la ausencia de respuesta al escrito de fecha 4 de diciembre de 2012, por el que la recurrente presentó escrito de reclamación y solicitud de actuación inmediata por parte de los Departamentos de Educación, Sanidad, Bienestar Social y Familia del Gobierno de Aragón, ante la exclusión educativa y lesión de derechos fundamentales de D. R.A.P.

SEGUNDO.- Previa admisión a trámite del recurso y recepción del expediente administrativo, se dedujo la correspondiente demanda en la que, tras relacionar el recurrente los hechos y fundamentos de derecho que estimó de

aplicación, concluyó suplicando que se dicte sentencia por la que, estimando íntegramente el recurso, entre otras cosas, declare vulnerados los derechos fundamentales explicados en la demanda; obligue al Gobierno de Aragón a incluirle de nuevo, a dialogar y consensuar con la familia, a formar profesionales especializados en autismo, a establecer planes profesionales para autistas que incluyan su rehabilitación; habilitación (sic) y contemplen toda la legislación social y de derechos humanos al respecto; declare la nulidad de la petición de una “Garantía psiquiátrica” fundamentada en la necesidad de la ingesta de antipsicóticos, sin planes terapéuticos determinados, sin seguimiento adecuado, al igual que obligue a la realización de una auditoría clínica y terapéutica al respecto para determinar si estos fármacos están causando graves reacciones adversas, documentarlas, informar a las familias y solicitar un consentimiento informado adecuado, veraz, real y actualizado; igualmente obligue a El Justicia de Aragón (sic) a tomar medidas en defensa del derecho fundamental de R. y de otros niños autistas que puedan sufrir la misma exclusión de R.

TERCERO.- El Ministerio Fiscal, así como el Letrado del Gobierno de Aragón, en sus respectivos escritos de contestación a la demanda, solicitaron, tras relacionar los hechos y fundamentos que estimaron de aplicación, que se dictara sentencia por la que se desestimase el recurso interpuesto.

CUARTO.- Declarados los autos conclusos, sin haber lugar a recibimiento a prueba y al trámite de conclusiones, se celebró la votación y fallo el día señalado, 3 de octubre de 2013.

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. D. Juan José Carbonero Redondo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación procesal de D. M.A.D., quien actúa como tutor de D. R.A.P., su hijo, discapacitado con gran dependencia reconocida por la Administración (Grado III Nivel 1), por autismo con discapacidad mental severa, interpone recurso contencioso-administrativo, por procedimiento especial de protección de derechos fundamentales, ante la inactividad administrativa derivada de ausencia de respuesta a escrito formulado en fecha de 4 de diciembre de 2012, por el que solicitaba de diversos departamentos del Gobierno de Aragón una actuación

inmediata ante lo que denomina exclusión educativa y lesión de derechos fundamentales a la educación e integridad física y moral de su hijo R., por lo que denomina exclusión educativa de la que ha sido objeto por parte de la Administración de educación, durante el período en que ha participado en el programa educativo “Transición a la Vida Adulta” (TVA) diseñado por las autoridades educativas, en el Centro público “Instituto de Enseñanza Secundaria “Pirámide” de la ciudad de Huesca, donde radica su domicilio.

En esencia, viene a argumentar la vulneración del derecho a la educación de R., en que el centro escolar en cuestión no cuenta con los medios precisos y específicos para la educación especial que precisa una persona con las características de R. y no ha contado con ellas desde el inicio de su andadura en el programa educativo antedicho (período lectivo 2007/08), situación que, de manera particular, se pone de manifiesto en el período lectivo 2010/11, durante el cual y sobre todo a partir de noviembre de 2010, ante las dificultades que experimenta el alumno en cuestión, motivadas, a criterio del recurrente, por los cambios y alteraciones tanto en el programa educativo como en el personal a cuyo cargo queda, dificultades de adaptación que degeneran en una cada vez mayor inestabilidad emocional del mismo que da lugar a episodios de agresividad cada vez más frecuentes; se coloca al alumno y a la familia en la tesitura de optar por una garantía psiquiátrica al margen del proceso educativo que garantice la adaptación del alumno discapacitado al régimen y programa en que se encuentra matriculado. Tal garantía psiquiátrica, exigida por los responsables del centro educativo, pasa por la administración al alumno de tratamientos farmacológicos que, según la recurrente, están contraindicados para una persona con las características que presenta R. La negativa de los responsables de éste, sus padres, a consentir la administración de dicho tratamiento, determina que R. deje, de facto, de asistir al programa educativo que sigue en el referido centro desde 2007, a partir de febrero de 2011, sin que reciba respuesta educativa alguna por parte de la Administración a partir de ese momento. A partir de entonces, la familia inicia los trámites para el reconocimiento de dependencia de R., que se materializa en la Resolución de 20 de abril de 2012 del Director Provincial del Instituto Aragonés de Servicios sociales de Huesca, por el que se aprueba el Programa Individual de Atención (P.I.A.) de la persona en situación de dependencia, en aplicación de la ley 39/2006, de 14 de diciembre. Tal resolución se traduce en el reconocimiento del derecho a prestación económica para cuidados en el entorno familiar en cuantía mensual de 416'98 €, y como recurso idóneo no disponible un Centro de Día, iniciándose de este modo el proceso de

asignación de tal servicio. Tal resolución ha sido objeto de recurso en vía administrativa.

Por tal motivo suplica que se declare vulnerado el derecho fundamental reconocido en el artículo 27 de la C.e., así como el derecho a la integridad física y moral, artículo 15 de la C.e., en su vertiente, de derecho fundamental al consentimiento informado clínico y terapéutico y se siga, como consecuencia de tal declaración, en los términos que, como es de ver, pretende extensamente en el suplico de su demanda.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal formuló oposición a la demanda interpuesta de contrario y vino a sostener que, examinados los expedientes administrativos obrantes en autos, ninguno de ellos contiene el escrito del que, por ausencia de respuesta y actuación administrativa, deduce la inactividad administrativa impugnada, motivo que habría, a su criterio, de determinar la inadmisión del recurso interpuesto. En segundo lugar, considera que el recurso, inicialmente formulado ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Huesca, corresponde en su conocimiento a los de Zaragoza, en razón de los órganos administrativos a los que va dirigido el escrito en cuestión. En cuanto al fondo, vino a oponer, frente a la pretendida vulneración del derecho a la educación de R., que no se percibe tal, sino que en realidad se está cuestionando el sistema educativo administrativamente diseñado y establecido, siendo cuestión ésta de pura legalidad ordinaria, extramuros de los estrictos límites del procedimiento especialísimo escogido. Por otra parte, entiende que también queda al margen del presente procedimiento, la pretendida vulneración del derecho que el Ministerio Fiscal identifica como el de protección de la salud, recogido en el artículo 43 de la C.e. En cuanto a la sostenida vulneración del derecho a la integridad física del discapacitado, a causa de sometimiento a una medicalización innecesaria, afirma el Ministerio Fiscal la inexistencia de actuación administrativa vulneradora de tal derecho fundamental. En fin, en cuanto a la vulneración del derecho a la igualdad, sostiene que no se aporta un término idóneo de comparación del que se desprenda una inmotivada desigualdad de trato, al no mencionarse otro caso en el que la Administración haya dispensado un trato diferente y mejor a un discapacitado por autismo con reconocimiento de idéntica situación de dependencia a la de R.

El Letrado del Gobierno de Aragón identifica el objeto de impugnación del presente recurso en la Resolución por la que el Consejero de Sanidad y Bienestar Social del Gobierno de Aragón desestimó el recurso de alzada que interpone la ahora recurrente en vía jurisdiccional, frente a la resolución de 20 de abril de

2012, del Director Provincial del Instituto Aragonés de Seguridad Social, por la que se aprobó el P.I.A. de R. como persona en situación de dependencia, para después oponerse al recurso interpuesto por motivos de diversa naturaleza. Alegó, en primer lugar y desde un punto de vista adjetivo, falta de jurisdicción y de competencia territorial, pues entiende que el recurso debe sustanciarse ante la jurisdicción social y ante la Sala competente de este Tribunal Superior de Justicia, así como inexistencia de derecho fundamental vulnerado, no bastando la simple y mera citación del artículo 27 de la C.e., como vulnerado, debiendo concretarse en qué aspectos la resolución impugnada en cuestión vulnera el citado derecho fundamental. Desde un punto de vista sustantivo, vino a reiterar las alegaciones que opuso frente al recurso de alzada interpuesto frente a la resolución administrativa que entiende que es objeto del recurso contencioso-administrativo interpuesto.

De este modo, tanto el Ministerio Fiscal, como el Letrado del Gobierno de Aragón interesan la desestimación del recurso interpuesto.

TERCERO.- Fijados los hitos principales de la controversia planteada en los términos expuestos, debe advertirse que las cuestiones adjetivas propuestas por el Ministerio Fiscal y el Letrado del Gobierno de Aragón, han sido resueltas ya con anterioridad, en los términos en que aparecen en autos, obviándose ahora reflexión alguna sobre las mismas; nos estamos refiriendo, de manera particular, a la falta de jurisdicción y competencia que plantean ambos.

No obstante, sí convendrá añadir a propósito de la alegación de falta de jurisdicción por parte del Letrado del Gobierno de Aragón, quien entendió que la presente controversia debió residenciarse en la jurisdicción social, que tal alegación es fruto de una incorrecta identificación del objeto del presente recurso. Sin perjuicio de los confusos términos en que se plantea por la recurrente, debe decirse, hasta el punto de tener que aclarar ella misma la cuestión en un momento determinado, no es objeto del recurso planteado la resolución del Consejero de Sanidad y Bienestar Social que entiende erróneamente el Letrado del Gobierno de Aragón. Tal actuación administrativa sigue cauce de impugnación diferente y habrá de quedar fuera del debate que se somete a esta Sala. Así lo dice expresamente la propia recurrente en contestación a este concreto extremo en el curso de los autos seguidos ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Huesca, y, en cualquier caso, tampoco se desprende otra cosa, pese a los confusos (igual que extensos) argumentos que la recurrente ofrece en su demanda.

En definitiva, definido el objeto del recurso como la inactividad de la Administración frente a la petición que se formula por la parte recurrente mediante su escrito de 4 de diciembre de 2012, del que también en respuesta en este caso al Ministerio Fiscal aporta el recurrente acreditación de recepción y entrada en dependencias administrativas, la cuestión se resuelve mediante la declaración de plena jurisdicción en ésta de lo Contencioso-Administrativo y de la competencia para conocer por esta Sala, mediante auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Huesca, de fecha 18 de febrero de 2013, y providencia de esta Sala de 10 de abril de 2013.

CUARTO.- Dicho lo anterior, a los efectos de concretar lo que puede ser objeto del presente procedimiento, especialísimo por propia naturaleza, y lo que no debe serlo, convendrá relatar algunos datos que se estiman sobresalientes en el iter administrativo seguido en el presente supuesto.

Del informe psicopedagógico obrante al folio 47 y 48 del expediente administrativo, se desprende que R.A.P., nacido en 13 de marzo de 1991, es alumno con necesidades educativas especiales permanentes asociadas a un retraso mental severo con características autistas. Cursa Educación Primaria en las aulas sustitutorias de educación especial de los Colegios Públicos "San Vicente" y "Pío XII" de la ciudad de Huesca y en el curso 2007/08, se incorpora al aula sustitutoria de educación especial del Instituto de Enseñanza Secundaria "Pirámide", adscrito al grupo de T.V.A. (Transición a la Vida Adulta), donde permanece desde dicho período lectivo, hasta el curso lectivo 2010/2011, abandonando el programa en febrero de 2011. Como consecuencia de una crisis en su comportamiento acontecida en fecha de 10 de febrero de 2011, deja de asistir al centro educativo público referido (cfr. el referido informe, así como el fechado en 15 de enero de 2013, folios 73 a 74 del expediente administrativo antes referido).

Del informe de paso por el I.E.S. Pirámide de R.A.P. (folios 73 y 74) se desprende que el antedicho programa de T.V.A., llevado a cabo en el Aula Sustitutoria de Centro de Educación Especial, es el único recurso público para la atención a alumnos con necesidades educativas especiales en modalidad de escolarización de Educación Especial en la ciudad de Huesca, y el alumno en cuestión, llegó al mismo con 16 años. La referida modalidad de escolarización permite a este tipo de alumnos con necesidades educativas especiales estar en un centro público hasta los 20 años, más un año de prórroga si el recurso resulta realmente adecuado para el alumno.

De ambos informes se desprende que, ya en el curso lectivo inicial, 2007/08, se advirtió e informó de que el centro en que finalmente quedó matriculado no era el centro más adecuado para dar una respuesta educativa adecuada a las necesidades de R., el cual presentaba como principal obstáculo a la eficacia de tal programa, la ausencia de control de conductas agresivas, tanto hacia sí mismo, como hacia el resto de compañeros y demás personal del aula. No obstante lo anterior, los cursos centrales, correspondientes a los períodos lectivos 2008/09 y 2009/10, son positivos, revelando progresos en su educación y la práctica remisión hasta lo esporádico de la agresividad incontrolada de su comportamiento que presentaba al inicio del programa.

En este sentido, al inicio de cada período lectivo, existe concreta programación de la actuación educativa de la que ha de ser objeto el alumno, con indicación de los componentes del equipo a cuyo cuidado, supervisión y educación va a estar, así como con indicación de los compañeros con los que va a compartir el programa educativo en cuestión. Durante los tres primeros años, siempre queda bajo la supervisión de tres profesoras y una auxiliar A.T.E. Se indica el programa de educación a seguir, así como se acompañan informes trimestrales de evaluación del alumno y el correspondiente informe final de cada período lectivo. De los mismos se desprende el progreso y evolución que el alumno experimenta durante los tres primeros años (folios 3 a 40 del expediente administrativo). De manera particular, en el informe final de evaluación del curso 2009/10, se dice literalmente que “estimamos que el curso próximo debe seguir como este (sic), integrado completamente en el grupo dado lo positivo que ha sido para su socialización.”.

Sin embargo, en el último período lectivo, se cambian las pautas educativas del alumno, así como el equipo que dirige el programa educativo en cuestión. De manera particular, se dice en el informe de 15 de enero de 2013, al final del mismo, (folio 74), lo siguiente: “Durante estos cuatro cursos el personal de referencia ha sido siempre su tutora Carmen Murria Cebrián y en torno a ella han girado otros que sí han ido cambiando como los otros Profesores de Pedagogía Terapéutica y las A.T.E. cuestión que no beneficia la adaptación al recurso de un alumno que está diagnosticado de autista. Esta situación llega a su punto más álgido cuando la tutora cae enferma y el alumno pierde todos sus referentes.”.

Tal es la situación determinante de la agravación de los episodios agresivos del alumno que impiden “dar continuidad a la atención educativa del alumno y afectan, de manera significativa, a la atención de sus compañeros”, en términos expresados en el informe fechado el 25 de noviembre de 2010, firmado

por la Orientadora y la Jefe del Departamento de Orientación del I.E.S. "Pirámide" de Huesca (folios 47 y 48), en idéntico sentido en este punto al firmado por las mismas en fecha de 15 de diciembre de 2013 (folios 63 y 64). En dichos informes, se advierte que, en tales condiciones, es "muy difícil llegar a atender las necesidades educativas del alumno R.A.P. en este centro", sugiriendo a la familia la búsqueda de otras alternativas. Al mismo tiempo, las firmantes estiman imprescindible, mientras el alumno siga en el centro, la adopción de una serie de medidas, que textualmente son: "Formación específica para el personal que lo atiende directamente. Establecer un protocolo de actuación ante episodios violentos. Acondicionamiento del aula, de forma que, en momentos de crisis se le pueda aislar en un lugar seguro. No obstante, es importante tener en cuenta que, aunque esta medida es necesaria, repercutirá en una falta de espacios para sus compañeros. Si falta su tutora o su auxiliar, R. no debe acudir al centro. (...). R. no puede participar en actividades que supongan romper con sus rutinas."

Particularmente revelador de igual modo es el informe clínico-psiquiátrico obrante a los folios 66 y 67 del expediente administrativo. En el mismo, se viene a decir que los síntomas que generan en el alumno una mayor problemática son, primero, una resistencia al cambio y aislamiento autista que, a opinión de sus propios padres, ha empeorado con el aumento de su desarrollo muscular y fuerza física, así como, segundo, conductas agresivas, provocativas y destructivas, de las que dice que son difíciles de prever y particularmente difíciles de controlar en el colegio, proponiendo luego como causa de tales reacciones agresivas, tanto el propio desarrollo físico de R., como el cambio de equipo terapéutico escolar, experimentado en el último año (2010/2011). A continuación descarta como indicado para reprimir el componente violento de su comportamiento, un tratamiento farmacológico basado en neurolépticos o antipsicóticos, siendo dudosa su eficacia. Y concluye diciendo, este informe también, que "las pautas conductuales en el colegio deben ser dirigidas por personal experto expresamente formado y entrenado para ello", si bien que tales recomendaciones quedan al margen de la función que motiva la intervención del firmante del informe, puramente médica ésta. Sugiere como beneficiosa la participación de monitores de ambos sexos en la supervisión del paciente y alumno en el momento actual (14 de febrero de 2011).

Debe decirse que, el recurrente (padre de R.), acepta y autoriza un tratamiento farmacológico basado en benzodiacepinas en concretos momentos de crisis, tal y como se desprende del relato de hechos contenido en su demanda.

A partir de febrero de 2011, R. no vuelve al colegio y, según el informe fechado en 15 de enero de 2013, antedicho, firmado por el Director del I.E.S. Pirámide y por el Jefe del Departamento de Orientación del mismo instituto, no se propone prórroga o continuidad en el programa de R., pues el centro no se adapta ni se ajusta a las concretas características del alumno en cuestión.

Con fecha de entrada de 10 de noviembre de 2011 (folios 68 a 72) en el Servicio Provincial de Educación de Huesca, los padres de R.A. dirigen al Delegado Provincial de Educación un escrito en el que, en primer lugar, revelan la existencia de reuniones con personal del instituto Pirámide, a partir de marzo de 2011, en el que se exigía de los padres una garantía psiquiátrica de que los acontecimientos agresivos en el centro escolar protagonizados por R. no volverían a ocurrir. Hablan los padres de R. de exclusión educativa ante su negativa a lo que se pretendía de ellos. A partir de tal relato, solicitan, la restauración del derecho a la escolarización de R., denuncian la terminación del periodo escolar de un discapacitado severo como R. con una exclusión en “el vacío”, y sin seguimiento alguno. Piden el reconocimiento de la necesidad de formación en autismo de docentes y psicólogos en escuelas con unidades especiales y recursos específicos, así como mecanismo de enlace con servicios sociales adultos.

Ninguna respuesta se da a tal petición. A partir de aquí sólo consta el informe antedicho de paso por el I.E.S. Pirámide del alumno R.A. (folios 73 y 74), motivado por la demanda de información sobre el período de escolarización de R.A., que es solicitado por la Dirección Provincial de Educación en Huesca, para esclarecer la respuesta educativa que se ofreció y dio a R., así como el informe fechado en 15 de enero de 2013, firmado por la Inspectora de Educación, con el visto bueno del Inspector Jefe, en el que se concluye que se ha cumplido con la normativa vigente en materia de educación especial, así como que no se ha producido exclusión del alumno por su condición de autista (folios 75 a 81).

Previamente a tales informes, la nueva petición de fecha 4 de diciembre de 2012 del padre de R. que, como la anterior de 2011, es de ver que queda sin respuesta administrativa ninguna. Nada concreto y expreso responde nunca la Administración a los padres de R.A., más allá de instar del propio centro educativo y de la inspección de educación, los correspondientes informes, que bien podría ser la única actividad administrativa en respuesta al escrito dirigido al final a la Administración, que cuenta con sello de registro de entrada de 4 de diciembre de 2012. La prestación de servicio educativo a que se hallaba obligada la Administración, en los términos solicitados por la familia del

discapacitado, porque estaba en período de escolarización y escolarizado, no se reanudó. No obstante, esto último no se desprende de los informes en cuestión, pues no se indica que sean concreta respuesta a escrito de fecha determinada del ahora recurrente.

QUINTO.- Examinadas las posiciones de las partes, así como los aspectos fácticos que se consideran relevantes a efectos de resolución conforme al fundamento de derecho anterior, parece claro que durante el período lectivo 2010/11, fracasa de facto la respuesta educativa que la Administración ofrece al hijo del recurrente, sin que, hallándose todavía en período de escolarización para el que fue admitido, se prosiga dicha escolarización ni se ofrezca solución alternativa alguna por parte de la Administración, pese a los requerimientos dirigidos hacia ella por los padres del discapacitado en cuestión.

Ante la agravación de los episodios de agresividad que presenta R. a partir de noviembre de 2010, por el personal responsable del centro en el que se encuentra escolarizado se coloca a la familia en la tesitura de tener que decidir por soluciones médicas y farmacológicas, según parece por lo que se desprende de los informes obrantes en el expediente administrativo, que lejos de ser beneficiosas, están contraindicadas en supuestos como el presente. Sin tal decisión, con el fin pretendido de atajar el problema de agresividad que presenta, se concluye en la imposibilidad de continuar con el programa educativo del hijo del recurrente. La consecuencia es que éste deja de asistir al programa educativo en el que se encuentra escolarizado y matriculado, programa educativo, por cierto, que parecía en años anteriores ofrecer respuesta adecuada a la discapacidad de R. y que fracasa, no sólo por aspectos y motivos relacionados con el propio desarrollo vital de R., sino también por cambios y alteraciones en los programas educativos y equipos responsables del alumno. Lo cierto es que se ausenta del equipo responsable su tutora durante el período lectivo de Transición para la Vida Adulta, por problemas de salud laboral, y no hay recambio o sustitución acorde. Se reconoce en los informes la necesidad de personal especializado, de lo que debe deducirse que la Administración carece del mismo, como asimismo, la ausencia de protocolos administrativos de actuación en este tipo de supuestos. Lo que ha funcionado con relativa eficacia durante tres años, pese a lo precario del éxito, (pues en palabras del demandante no contradichas de contrario por otra parte, en la provincia de Huesca no existen recursos administrativos idóneos para la escolarización de alumnos con la discapacidad que presenta R.), deja de funcionar en el cuarto año, precisamente por tal motivo.

El resultado es que R. queda sin respuesta administrativa antes de terminar el período lectivo en cuestión y el programa educativo que sigue, ante la negativa de la familia a adoptar soluciones médicas y farmacológicas que desde el centro se ponen como condición para la continuación del programa educativo que allí se imparte, se interrumpe y no se reanuda, todo ello en ausencia de programas o protocolos multidisciplinarios integrales públicos que, durante el período de escolarización, atajen o puedan ofrecer respuesta a los problemas que pueden presentar alumnos con el tipo de discapacidad autista que presenta R. Éste por tanto, queda fuera del sistema educativo, todavía durante período lectivo y de escolarización obligatoria, indebidamente.

SEXTO.- Así pues, no es un problema de que la administración educativa deba garantizar el éxito de sus programas en la educación de discapacitados, ni que la actuación educativa sea el recurso administrativo idóneo en todo tiempo y grado evolutivo del discapacitado. En este sentido, el artículo 74 de la LOE 2/2006, dice que podrán extenderse este tipo de programas hasta los veintiún años. Contempla así una posibilidad y no una obligación para la Administración. La Orden del Ministerio de Educación y Cultura, por el que se regulan este tipo de programas formativos especiales, de 22 de marzo de 1999, fija la edad límite para estos programas en los veinte años, con posibilidad de prórroga durante un año más, si se dan las circunstancias que se especifican, básicamente, propuesta del propio centro en función del beneficio que para el discapacitado puede proporcionar la prolongación del período educativo contemplado y aprobación por la Administración educativa competente.

La cuestión no es, por lo tanto, que se deba garantizar el éxito de los programas ideados ni que R., en el período lectivo 2010/11 cumpliera ya los veinte años y estuviera desaconsejada la prórroga hasta los veintiún años, cuestión sobre lo cual, dicho sea de paso, tampoco existe pronunciamiento administrativo concreto. El núcleo problemático de la cuestión, donde debe buscarse la existencia o no de vulneración de derecho fundamental previsto en el artículo 27 de la C.e., radica en que en febrero de 2011, por lo tanto antes de la finalización del programa educativo aplicado, R. quedó excluido del mismo, por cuanto que, recaída la responsabilidad en sus padres sobre la decisión de someter a su hijo a tratamiento farmacológico contraindicado según los propios técnicos de la Administración, estos mostraron su negativa a ello. A partir de ahí, además de la exclusión educativa de R., que puede decirse ya que sí existió, ninguna alternativa recibió desde donde recaía la obligación de darla, desde la Administración.

Adviértase que nada se ha dicho sobre la denunciada vulneración del derecho fundamental de R. a la integridad física (artículo 15 de la C.e.) dado que ninguna actividad administrativa sometida a examen ahora se ajusta al canon jurisprudencial exigido para que pueda apreciarse su existencia, coincidiendo en este sentido con lo alegado por el Ministerio Fiscal en su oposición al recurso formulado. No percibimos vulneración alguna del referido derecho fundamental. Ahora bien, supeditar la escolarización del discapacitado a una decisión paterna no contemplada en protocolo alguno de actuación en este tipo de supuestos y no contrastada en su eficacia, fruto, por todo procedimiento de resolución al respecto, de reuniones con personal responsable del centro escolar, y, ante la negativa de sus responsables, que el discapacitado escolarizado quede sin respuesta administrativa de ningún tipo, excluido de facto, sí puede ser tenido como vulneración del derecho fundamental previsto en el artículo 27, como el derecho de todos a la educación.

SÉPTIMO.- Centrada la cuestión en los términos indicados, no conviene pasar por alto, como bien dice el Ministerio Fiscal, con cita jurisprudencial al respecto en su escrito, el derecho a la educación no está predefinido en la Constitución, sino que es un derecho de configuración legal, residenciando en el plano del control de legalidad ordinaria el control de la actividad administrativa en este ámbito, y quedando al margen del escueto ámbito de la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. Efectivamente, es distinto el derecho a la educación y el sistema educativo ideado por el Legislador para la efectividad del derecho en cuestión, por imperativo del artículo 9.3 de la C.e. En esta línea, en reiteradas ocasiones ha venido a decir el Tribunal Supremo que, por ejemplo, la flexibilización del período de escolarización es externo al derecho fundamental a la educación (sentencia de 21 de febrero de 2007, sec. 4ª, rec. nº 1379/03), o que la adecuación o inadecuación de la modalidad de escolarización es cuestión de mera legalidad ordinaria. Otro tanto sucede con la dimensión prestacional de este derecho fundamental, que no constituye derecho subjetivo alguno del ciudadano, sino en la medida en que el Legislador ordinario lo haya previsto así.

Ahora bien, como se ha venido a decir por alguna Sala de lo Contencioso-Administrativo, es el caso de la Sala de Valencia en su sentencia de la sección 2ª de 4 de diciembre de 2009, tanto la regulación contenida en los artículos 71 y siguientes, en especial en los artículos 73 y 74 de la L.O.E 2/2006, como asimismo los principios y criterios recogidos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de Nueva York de 13 de diciembre de 2006,

publicado en el B.O.E. de 21 de abril de 2008 (posterior en su vigencia en nuestro Ordenamiento Jurídico al momento en que R. comienza su período escolar en el programa de Transición a la Vida Adulta por lo tanto), hacen que la actividad administrativa en este terreno no pueda ser “graciable sino que, por el contrario, ha de ajustarse a los principios, directrices y criterios que se recogen en el texto. Y son éstos los que sirven de reglas del control de la Administración para evitar que su actuación resulte arbitraria o irracional”. Tal aseveración fue luego más tarde asumida por la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2011, sentencia que, no obstante lo cual, terminó estimando el recurso de casación formulado frente a la primera de las citadas y revocando la sentencia como comprobaremos más adelante, por motivos diferentes. En definitiva, en los términos expresados hasta ahora, debe decirse que la cuestión que se somete a la consideración de la Sala trasciende los límites de la legalidad ordinaria, para plantearse, efectivamente, en términos de protección de derechos fundamentales, tanto del previsto en el artículo 27 de la C.e., (derecho a la educación), como el contenido en el artículo 14 de nuestra Norma Fundamental (derecho de igualdad). Acierta la recurrente al plantear su pretensión en los términos y por el cauce en que lo hace.

Sin embargo, no encontrará apoyo suficiente la demandante para su pretensión en la relación de sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que viene a citar, pues tales ejemplos constituyen respuesta a controversias no exactamente iguales. Es el caso de la sentencia de 17 de enero de 2012, caso *Stanev v. Bulgaria*, donde se resuelve el supuesto de un discapacitado afectado de esquizofrenia, en relación con las condiciones de vida que se le ofrecen y padece en realidad, por su internamiento en un determinado centro público de salud mental. La de 24 de febrero de 1998, caso *Botta v. Italy*, resuelve la demanda presentada por un ciudadano discapacitado físico, que comprobó durante su estancia vacacional en zona de playa, que el establecimiento privado de baño al que acudió no estaba adaptado para que personas con discapacidad pudieran acceder por sus medios a la zona de playa y que carecía de rampas e instalaciones sanitarias adaptadas, tales como aseos. En tal demanda se alegaba la infracción del artículo 14 en relación con el artículo 8 de la Convención de Derechos Humanos, que no serían aplicables. Menos relación guarda la sentencia de 16 de abril de 2000, caso *Thlimmenos v. Grecia*, la cual resuelve la demanda de un ciudadano griego que habiendo sido declarado culpable por un tribunal militar de insubordinación al negarse a vestir uniforme en tiempos de movilización general, a causa de sus creencias religiosas (el demandante era Testigo de Jehová), fue excluido de un proceso selectivo público

para la obtención de plaza de auditor contable. Otro tanto sucede con la sentencia relativa al caso “DH y Otros v. República Checa”, pues resuelve un problema de discriminación por razón de raza o etnia. Son vulneraciones al principio de igualdad y supuestos discriminatorios, eso sí, pero no parece que pueda buscarse acomodo a la pretensión del demandante, y encontrarlo, en tales soluciones.

En realidad no será necesario. La cuestión, similar a la que ahora abordamos, ya ha recibido respuesta de nuestro Tribunal Supremo, en su sentencia (citada por la demandante con acierto) de 9 de mayo de 2011 (sec. 7ª, rec. nº 603/2010), en la que precisamente se resuelve, en sentido estimatorio, recurso de casación frente a la sentencia de la Sala de Valencia antes referida, y no estará de más reproducir en parte lo que allí se dice. Efectivamente, el Tribunal Supremo vino a decir allí, retomando lo que comenzábamos diciendo al inicio de este fundamento de derecho que: “Una cosa es que no quepa hablar, en general, de un derecho subjetivo de los ciudadanos a exigencias prestacionales salvo previsión al efecto del legislador o que, por las limitaciones presupuestarias, no sea posible acoger a un niño en un determinado centro escolar y otra bien diferente que esos mismos criterios deban trasladarse sin más a supuestos tan singulares como el que aquí tenemos. Porque, ciertamente, es singular la situación de los niños con TEA. Por padecerlo se encuentran en una posición de desigualdad de partida que les hace acreedores de una respuesta de las Administraciones educativas adecuada a sus necesidades, bien particulares. No es la suya, por tanto, una situación comparable a la de los ciudadanos frente a los que, en principio, cabe hacer valer límites a sus pretensiones como los que menciona la sentencia. En este caso, los poderes públicos deben hacer frente a una exigencia cualificada desde el punto de vista constitucional: la propia del derecho a la educación del artículo 27 de la Constitución, reforzada por el principio de protección de los discapacitados que enuncia su artículo 49 y, sobre todo, por el mandato de su artículo 9.2 de remover los obstáculos a una plena igualdad.

Las previsiones legales antes expuestas son coherentes con estos presupuestos constitucionales en tanto se preocupan por asegurar una igualdad efectiva en la educación y exigen a las Administraciones competentes que ofrezcan a cada alumno el tratamiento acorde con sus necesidades para desarrollar su personalidad. En cambio, no es coherente con tales premisas el enfoque adoptado por la sentencia ya que, al confirmar la corrección de la actuación administrativa, da por buena una situación que ella misma reconoce que no era adecuada en el comienzo del curso 2006-2007 y, después, solamente

satisface lo mínimo (tamaño del aula, personal) y, al desviar a un juicio de legalidad la decisión sobre si se cumplían o no los requisitos legalmente establecidos para este tipo de educación especial, desconoce que su infracción puede ser relevante desde el punto de vista constitucional.

Y, si no se respeta la ratio, extremo reconocido en el informe del Inspector de Educación, faltan la programación y los protocolos de actuación, rota el personal, no se asegura su cualificación y se reúne a niños que, por sus edades, deberían estar separados, aunque el aula no sea ya pequeña y el personal sea el mínimo exigible, no sólo no se han observado las exigencias legales sino que difícilmente puede decirse que se haya respetado el derecho fundamental a la educación ofreciendo a los niños a los que se refiere el recurso un tratamiento acorde con la situación de desigualdad de partida en que se encuentran. En consecuencia, el motivo debe ser estimado y la sentencia anulada.”.

OCTAVO.- Y la doctrina y enfoque dado allí, es (con algún matiz irrelevante a los efectos del presente caso) perfectamente aplicable aquí para llegar a idéntico desenlace en esta primera instancia. Hemos de decir, una vez más, que no se trata de un problema de legalidad ordinaria, sino que va más allá, entroncando con la configuración que el Legislador da en los artículos 71 y siguientes, en particular en los artículos 73 y 74, a la educación de personas con discapacidad, al derecho fundamental a la educación en condiciones de igualdad de personas con discapacidad. Basta con recordar los informes obrantes en el expediente administrativo. La Administración carece de recursos humanos y materiales con los que afrontar los peculiares problemas y situaciones que pueden presentar este tipo de alumnos discapacitados, problemas asociados a la discapacidad que presentan y sitúa, a través del centro educativo en que se halla escolarizado el hijo del demandante, a sus padres en la tesitura, para la continuación del programa educativo, de asumir una solución médica y farmacológica contraindicada según los propios informes que obran en el expediente, sin que existan y se hayan previsto protocolos o programas de actuación, sin que exista coordinación, necesaria a lo que parece, entre diferentes departamentos administrativos que ofrezcan una respuesta adaptada a las necesidades del alumno discapacitado, conforme lo ordena y dispone el artículo 74 de la L.O. 2/2006.

En definitiva, ausencia de medios y ausencia de respuesta administrativa es lo que recibió R. y su familia a partir de noviembre de 2010, que es distinto a garantía de éxito, o de insuficiencia de un programa educativo, que tal

vez no se exigía ni se exija. Ausencia de respuesta y prestación educativa por la Administración cuando ésta estaba obligada a darla.

Por todo lo anterior, apreciamos vulneración del Derecho Fundamental a la educación de R.A.P., si bien no es posible revertir lo irreversible, mediante el reconocimiento de situación jurídica individualizada que se pretende, dado que a estas alturas R.A.P. ha quedado ya fuera de los períodos y plazos de escolarización diseñados por el Legislador, ni tampoco convenir en lo que excesivamente se pretende en el suplico de la demanda planteada, pues sería tanto como instar e imponer a la Administración la adopción de una concreta política finalista en el ámbito de la educación de las personas con discapacidad, lo cual nos está vedado por obvias razones. Todo ello sin perjuicio de las acciones a que pudiera haber lugar en Derecho, como consecuencia del reconocimiento de la vulneración denunciada del derecho fundamental de D. R.A.P. a la educación en los términos expresados.

NOVENO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1, de la Ley Jurisdiccional, habida cuenta la estimación sustancial del recurso interpuesto, procede imponer las costas del mismo a la Administración recurrida, al desestimarse totalmente sus pretensiones y no apreciar la concurrencia de circunstancias que justifiquen su no imposición, si bien al amparo de la facultad prevista en el apartado tercero de dicho artículo, se determina que el importe de las mismas no podrá rebasar la cantidad de 1.500 euros.

Por todo lo cual,

FALLAMOS

Que DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS, el recurso contencioso-administrativo nº 58/2013, interpuesto por el Procurador D. Isaac Giménez Navarro, en nombre y representación de D. M.A.D., quien actúa en representación de su hijo D. R.A.P., declarando infringido el Derecho Fundamental a la Educación de éste último, con expresa condena en costas a la Administración recurrida, en los términos expuestos en el Fundamento de Derecho Noveno de esta sentencia.



Así por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio a los autos, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Adviértase a las partes de que, contra la presente resolución, CABE recurso de casación.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en el día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario doy fe.



COMUNIDAD
AUTÓNOMA
DE ARAGÓN