

# Derecho a la educación. Personas con discapacidad

TEDH. *Affaire G.L. c. Italie*,  
10 de septiembre de 2020

*Por María Celeste Fernández<sup>1</sup>*

## 1. Introducción

En los últimos años, el derecho a la educación inclusiva ha adquirido un protagonismo creciente en el ámbito de los tribunales judiciales nacionales e internacionales. Prácticas que hasta no hace mucho tiempo se repetían sin cesar, una y otra vez, y eran naturalizadas en la comunidad educativa hoy son concebidas como violaciones de derechos humanos que ameritan la intervención de la Justicia. Este fenómeno no es casual, sino que se produce como consecuencia de los cambios operados en el derecho internacional, principalmente a partir de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, “CDPD”); de la lucha de personas con discapacidad, familias y organizaciones de la sociedad civil, sostenida durante décadas; y del surgimiento de nuevas pedagogías que buscan dejar atrás la impronta homogeneizante sobre la cual se edificaron nuestros sistemas educativos, impronta que –siglos después– continúa atravesándolos. Todos estos factores y tendencias se han ido combinando y conjugando de formas peculiares, y han acabado por crear un pujante movimiento en pos de la justicia educativa y la valoración de la diversidad humana. Es así que la educación inclusiva, poco a poco, empieza a ganarse un lugar cada vez más relevante en el campo

<sup>1</sup> Abogada (USAL). Máster en Derecho (Universidad Paris I - Panthéon Sorbonne). Profesora en Ciencias Jurídicas (USAL). Especialista en Derecho Procesal Civil (UBA) y candidata a Magister en Políticas Públicas (UTDT). Actualmente se desempeña como coordinadora del Programa de Derechos de las Personas con Discapacidad en la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) y como docente universitaria.

de la política pública, en las culturas escolares, en las agendas de los medios de comunicación, y también en los pronunciamientos de jueces y juezas.

Pese a su reconocimiento a nivel internacional (y en muchos casos también a nivel nacional), el derecho a la educación inclusiva continúa siendo una deuda pendiente en la mayoría de los países del mundo. Las personas con discapacidad aún deben enfrentar un sinfín de barreras para ingresar a las escuelas regulares<sup>2</sup> y para aprender, participar y progresar en ellas. Rechazos de matriculación, derivaciones a colegios especiales, resistencias a brindar apoyos y entregas de diplomas diferenciados son solo algunos de los obstáculos que hacen que educarse sea, para este colectivo, una verdadera odisea.

La jurisprudencia existente hasta el momento revela que cuando esas situaciones alcanzan los estrados judiciales, aparecen luces y sombras, argumentos más robustos y otros más tímidos, síntomas de cambio de paradigma y resabios de visiones conservadoras. En este comentario, realizaré un análisis de algunas de las cuestiones que plantea el caso “G.L. c. Italia”<sup>3</sup> desde un enfoque de derechos humanos, procurando hallar esas luces y sombras, y reflexionar críticamente sobre la conducta del Estado denunciado y sobre los argumentos esgrimidos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, “TEDH”).

## 2. Los hechos del caso

La situación denunciada se inició en 2010, cuando una niña –hoy adolescente– con discapacidad intelectual dejó de recibir los apoyos que requería para estudiar en la escuela regular. En años anteriores, había contado con una asistencia especializada, servicio previsto en la Ley italiana N° 104 de 1992 que buscaba potenciar su autonomía, su socialización y su inclusión en la institución educativa, pero que se vio suspendido en su primer año de educación primaria, lo que hizo que su familia debiera formalizar un reclamo ante la administración de Éboli, su ciudad de residencia. Al no obtener respuesta, comenzó a abonar dicha prestación en forma privada.

El gobierno local, a su turno, expresó que el colegio había suplido ese apoyo, brindando una ayuda física y asistencia material a los y las docentes, y –para acreditarlo– acompañó una factura de 476,56 euros. No obstante, la requirente alegó que los documentos aportados no permitían establecer la veracidad de esa afirmación, precisar qué tipo de servicio se había otorgado y si las personas designadas estaban capacitadas para desempeñar su tarea adecuadamente. Consideró, además, que el monto de dinero referido evidenciaba que la asistencia en cuestión no había sido permanente.

Frente a tal situación, el padre y la madre de la niña recurrieron a un tribunal administrativo a fin de que constatará la violación del derecho reconocido por la Ley N° 104 e indemnizara a su hija, pero

2 Siguiendo a la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2013), los términos “educación general” y “escuelas regulares” se utilizarán para hacer referencia a los sistemas educativos que acogen a estudiantes con o sin discapacidad, a diferencia de la expresión “escuelas especiales”, que alude a aquellas instituciones que solo reciben a estudiantes con discapacidad.

3 TEDH. *Affaire G.L. c. Italie*, Requête no. 59751/15, Cour (Première Section), 10 de septiembre de 2020.

dicho planteo fue rechazado con fundamento en que la administración había hecho las gestiones necesarias a tiempo y en que había enfrentado una reducción de los fondos asignados por el Estado. Como consecuencia de ello, decidieron impugnar la decisión ante el Consejo de Estado italiano, que también desestimó el recurso y negó el reembolso del dinero invertido, alegando que la demanda de reparación era vaga y no demostraba la relación de causalidad entre la falta de asistencia especializada y el daño invocado, y que la disminución presupuestaria experimentada por la región no permitía comprometer su responsabilidad. Con relación a la solicitud de condenar a la administración a brindar la asistencia prevista a nivel legal, el Consejo estimó que la Justicia solo podía imponer una obligación de hacer si el asunto era de competencia exclusiva de la jurisdicción administrativa, lo que —a su juicio— no ocurría en este caso.

Tras estos acontecimientos, la niña y su familia decidieron presentarse ante el TEDH, invocando una violación de diversos derechos previstos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, “CEDH”). En particular, sostuvo que había existido un tratamiento discriminatorio (artículo 14 del CEDH) y una vulneración de su derecho a la educación (artículo 2 del Protocolo N° 1 al CEDH) y a la vida privada (artículo 8 del CEDH). Luego de refutar el planteo del gobierno italiano sobre la interposición extemporánea de la demanda, el tribunal europeo declaró su admisibilidad y se abocó a examinar la cuestión de fondo.

### 3. Análisis de la sentencia del TEDH

En el caso bajo estudio, se condenó a Italia por considerar que había incurrido en una violación del artículo 14 del CEDH en combinación con el artículo 2 del Protocolo N° 1, ordenándole el pago de diversas sumas de dinero a la requirente, en concepto de daño material y moral y en compensación por ciertos gastos que había realizado en el plano interno.

Para así decidir, comenzó por reconocer que si bien la educación es indispensable para la realización de los derechos humanos y uno de los servicios públicos más importantes en un Estado moderno, siendo que los recursos para brindarlo son restringidos, los gobiernos deben lograr un equilibrio entre las necesidades educativas de las personas y su capacidad limitada para responder a ellas.<sup>4</sup> Sostuvo, asimismo, que cuando una restricción de derechos fundamentales se aplica a una población vulnerabilizada, el margen de apreciación estatal es reducido, y que solo consideraciones muy sólidas pueden permitirle aplicarla.<sup>5</sup> En tal sentido, adujo que las autoridades deben ser particularmente cuidadosas al decidir cómo implementar ajustes razonables, teniendo en cuenta el impacto que dichas elecciones ocasionan en los niños y niñas con discapacidad.<sup>6</sup>

Luego de esa introducción, el TEDH se propuso verificar si la administración tenía razones válidas para privar a la requirente de la asistencia especializada. En ese camino, argumentó que el Estado no

4 *Ibidem*, párr. 49.

5 *Ibidem*, párr. 54.

6 *Ibidem*, párr. 63.

había brindado ninguna información sobre las competencias específicas del personal escolar que había proporcionado dicho servicio, ni sobre el tipo de ayuda otorgada. Acto seguido, aseveró que debido a la falta de asistencia a la que tenía derecho, era indudable que G.L. no había podido frecuentar la escuela en condiciones equivalentes a las del resto del alumnado, y que esa diferencia se había basado en su discapacidad.<sup>7</sup>

A su vez, constató que las jurisdicciones administrativas italianas no exploraron si las autoridades habían ponderado un justo equilibrio entre las necesidades educativas de la niña y la capacidad restringida del gobierno para responder a ellas, y que tampoco habían verificado si las restricciones presupuestarias habían tenido el mismo impacto sobre las personas con y sin discapacidad.<sup>8</sup> En ese orden de ideas, señaló que estas en ningún momento barajaron la posibilidad de compensar la falta de recursos o la necesidad extraordinaria de brindar apoyos a personas con “patologías graves”<sup>9</sup> con una reducción de la oferta educativa repartida equitativamente entre estudiantes con y sin discapacidad.

Por lo expuesto, el TEDH afirmó que las autoridades no buscaron determinar las necesidades reales de la requirente y las soluciones para responder a ellas a fin de permitir la asistencia a la escuela en condiciones de igualdad. Agregó también que la discriminación sufrida por G.L. fue aún más grave por ocurrir en el nivel primario, pues este aporta las bases de la instrucción y la integración social y es obligatorio en la mayoría de los países.<sup>10</sup> Concluyó, así, que el gobierno no había demostrado actuar con la diligencia requerida para garantizar el derecho a la educación y que, por lo tanto, su conducta había violado el CEDH.

A continuación, procuraré analizar este pronunciamiento a partir de los dos ejes que desde mi perspectiva deberían haber estructurado la decisión: la obligación de proveer apoyos para la educación inclusiva y las violaciones a derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, “DESC”) basadas en la falta de recursos. En una sección específica reflexionaré, asimismo, sobre la opinión del juez Wojtyczek, por considerarla manifiestamente regresiva.

### 3.1. El deber de proveer apoyos para la educación inclusiva

La CDPD, tratado internacional ratificado por Italia en 2009, establece en su artículo 24 que los Estados Partes tienen la obligación de garantizar un sistema educativo inclusivo en todos los niveles y prohíbe que estas personas sean excluidas de la educación general. Seguidamente, prevé que para

---

7 *Ibidem*, párr. 66.

8 *Ibidem*, párr. 67.

9 La expresión “patologías graves” aparece entrecorrida porque referirse a las personas con discapacidad como personas “enfermas” responde al modelo médico-rehabilitador, enfoque según el cual la discapacidad es un problema individual que supone la existencia de un presunto “déficit” con respecto a lo que se considera “normal” desde una perspectiva capacitista. Además, clasificar la discapacidad en función de su supuesta “levedad” o “gravedad” implica poner el foco en los diagnósticos médicos, invisibilizando que la discapacidad es, en verdad, una construcción social. En todo caso, el TEDH podría haber identificado al grupo en cuestión bajo la denominación “personas con discapacidad con mayores necesidades de apoyo”.

10 *Ibidem* nota 3, párr. 71.

hacer efectivo el derecho a la educación inclusiva, los gobiernos deben asegurar que se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad en el marco del sistema educativo regular y que se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social.

A diferencia de lo que sucede en otros países, en Italia el derecho a la educación inclusiva está reconocido también en la normativa interna. En efecto, la Ley N° 104 de 1992 garantiza la inclusión de las personas con discapacidad en todos los niveles (artículo 12.2), y dispone que ello se alcanzará mediante la provisión de equipamientos técnicos, de material pedagógico y de toda forma de asistencia técnica a las instituciones educativas (artículo 13.1.b).

Los apoyos son un componente esencial de la educación inclusiva. En este concepto se hallan comprendidas “...todas aquellas modificaciones que las escuelas producen en pos de asegurar la plena participación y aprendizaje del alumnado con discapacidad” (Cobeñas et al., 2017: 38). Sin apoyos nunca podríamos hablar de inclusión, sino que estaríamos en presencia de un sistema educativo integrador.<sup>11</sup> Sería, en efecto, un sistema en el que las personas con discapacidad asistirían a la escuela regular, pero sin que se dispusieran medidas para que efectivamente pudieran aprender, participar y progresar en condiciones de igualdad. Los apoyos pueden ser de varios tipos: comunicacionales (implementación de diferentes formas de comunicación, tales como el Braille, la lengua de señas, la comunicación aumentativa-alternativa, etc.), materiales (uso de tecnologías y de instrumentos de trabajo que eliminen barreras), humanos (maestras y maestros de apoyo, equipos externos, asistentes no docentes, etc.) y centrados en la enseñanza (adopción de ciertas estrategias y decisiones didácticas en la planificación y en el desarrollo de las clases) (Cobeñas et al., 2017: 38).

Según la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (en adelante, “OACNUDH”) (2013), “existen numerosas medidas de apoyo basadas en planes personalizados de educación que van desde medios técnicos compensatorios, medios didácticos auxiliares y tecnología de la información y auxiliar hasta procedimientos educativos especiales” (párr. 48). A su vez, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, “Comité CDPD”) (2016a) tiene dicho que estas medidas pueden consistir en proporcionar personal docente y demás profesionales con la formación y el apoyo debidos, y también en el acceso a becas y recursos financieros.

La conducta estatal que motivó el caso bajo estudio evidencia múltiples inobservancias de los estándares que deben regir la provisión de apoyos para la educación inclusiva de acuerdo a lo establecido

11 El enfoque de la integración supone que las personas con discapacidad asisten a las instituciones de educación regular solo en la medida que puedan adaptarse a los requisitos normalizados que estas les imponen (OACNUDH, 2013; Comité CDPD, 2016a). La inclusión, en cambio, implica “un proceso de reforma sistémica que conlleva cambios y modificaciones en el contenido, los métodos de enseñanza, los enfoques, las estructuras y las estrategias de la educación para superar los obstáculos con la visión de que todos los alumnos de los grupos de edad pertinentes tengan una experiencia de aprendizaje equitativa...” (Comité CDPD, 2016a, párr. 11). Se trata de paradigmas inversos, pues en el primero la escuela mantiene su estructura y no se flexibiliza para dar respuesta a la diversidad del estudiantado, por lo que es el alumno o alumna quien debe adaptarse, mientras que, en el segundo, es el entorno el que se transforma para responder a las necesidades e intereses de sus estudiantes.

por los organismos internacionales especializados en el tema. Como veremos, poco dijo el TEDH sobre este asunto.

En primer lugar, se ha señalado con acierto que si bien los apoyos pueden adoptar distintas formas, siempre deben considerar las necesidades individuales (OACNUDH, 2013), y que deben ser adecuados, continuos y personalizados (Comité CDPD, 2016a). En este caso, las medidas adoptadas no solo parecen haber ignorado las necesidades de la niña, sino que del relato de los hechos surge que el gobierno y la escuela habrían reemplazado un servicio por otro, como si los tipos de asistencia fueran intercambiables sin más y como si eso no pudiera repercutir en el proceso educativo de la estudiante. Además de no haber sido adecuado y personalizado, tampoco fue continuo, ya que se vio interrumpido por una decisión unilateral e intempestiva de la administración, decisión que –vale remarcar– no fue excepcional, circunstancial o acotada en el tiempo, sino que se mantuvo por dos años.

Por otra parte, la responsabilidad de la educación de las personas con discapacidad, al igual que la de todas las demás, debe recaer en el Ministerio de Educación (Comité CDPD, 2016a), por lo que es el sistema educativo –promoviendo las articulaciones correspondientes entre los distintos niveles de gobierno (Estado nacional, regiones, municipios)– el que debe brindar los apoyos. Sin embargo, nada se hizo para que dicha responsabilidad no recayera sobre la familia. Las autoridades ejecutivas y judiciales parecen haber naturalizado que el padre y la madre de la niña sustituyeran con su tiempo y su dinero la resistencia del gobierno a cumplir con sus obligaciones. Y esto, a decir verdad, no es demasiado sorprendente.

A lo largo de la historia, los sistemas educativos se han desentendido de las niñas y niños con discapacidad, bajo la concepción de que educarlos es un acto de buena voluntad y no un deber que nace de un derecho. En las cuestiones que involucran a personas con discapacidad, trasladar el conflicto a quienes no son sus responsables es casi una constante, pues se sigue concibiendo la discapacidad como un problema individual, y no como lo que en realidad es: un problema social.<sup>12</sup> Frente a institucionalidades que no consideraban a estas personas como alumnas legítimas de las escuelas regulares, fueron sus familias las que se vieron obligadas a hacerse cargo de su educación, debiendo emprender búsquedas interminables para conseguir vacantes, atravesar imbricadas burocracias para obtener apoyos y aprender de pedagogía para accesibilizar tareas escolares. Incluso luego de los múltiples recursos impulsados en el plano interno, el gobierno italiano continuó sin hacerse cargo de su inacción, sosteniendo ante el TEDH que la familia había elegido libremente recurrir a un servicio privado.

El hecho de que el padre y la madre de la niña hayan tenido que abonar los apoyos también se da de bruces con los estándares internacionales, por cuanto “el apoyo individual y los ajustes razonables son cuestiones prioritarias y deben ofrecerse gratuitamente en todos los niveles de la enseñanza obligatoria” (Comité CDPD, 2016a, párr. 17).

12 El modelo social postula que la discapacidad es un producto de la falta de adecuación de los entornos a ciertas características de las personas. Son las barreras presentes en las sociedades –que han sido pensadas para un solo tipo de persona– y no las cualidades de los individuos –conceptualizadas socialmente como “déficits” en función de un criterio normalizador predominante– las que impiden que ejerzan sus derechos en igualdad de condiciones.

Adicionalmente, debe tenerse presente que cuando la prestación fue suspendida, no parece haberse escuchado a la niña y a su familia. Tanto la OACNUDH (2013) como el Comité CDPD (2016a) han sido claros respecto de que la naturaleza de los servicios de apoyo debe determinarse en colaboración con los y las estudiantes y sus familias.

En rigor de verdad, esta participación no se circunscribe a las configuraciones de apoyo, sino que debe ser transversal a todo el proceso educativo. Resulta fundamental consultar y colaborar activamente con las personas con discapacidad en la planificación, aplicación, supervisión y evaluación de los procedimientos de enseñanza, y tanto ellas como sus familias deben ser colaboradoras y no solo beneficiarias de la educación (Comité CDPD, 2016a). Como ha sido señalado por una pluralidad de especialistas en el tema, la educación inclusiva implica un trabajo colaborativo, y supone que nadie tiene el saber absoluto, sino que el conocimiento sobre las mejores formas de enseñar se construye a partir del trabajo en equipo, con personal escolar y extraescolar. Hay mucho que las personas con discapacidad y sus familias pueden aportar a los procesos de enseñanza y aprendizaje, por lo que reviste vital importancia que las escuelas institucionalicen espacios para escucharlas y tengan en cuenta sus opiniones. Los establecimientos educativos no deben verse como lugares en los que los padres y madres “entregan” a sus hijos e hijas, sino que deben ser acogedores para las familias y la comunidad, y buscar entender sus necesidades en lugar de descalificar su experiencia (Shaffer, 1994). Siguiendo a Calderón Almendros y Rascón Gómez:

Es necesario crear alianzas entre las familias, el alumnado y las escuelas para poder construir una nueva cultura inclusiva en los centros escolares y más allá de ellos. El conocimiento de las madres y los padres es imprescindible para atender a las necesidades concretas de cada niño o niña, pero también son una fuente inagotable de energía para empujar el proyecto de escuelas inclusivas, y de conocimiento para construirlas. Las familias conviven con la diversidad a diario, y pueden asesorar con su conocimiento y experiencia al profesorado (Calderón Almendros y Rascón Gómez, 2020: 20-21).

Nada de esto fue considerado por las autoridades italianas, que mantuvieron un apoyo que la parte requirente consideraba insuficiente e inapropiado. Y eso no fue todo, sino que el gobierno, en su defensa ante el TEDH, argumentó que la suspensión de los apoyos durante dos años no era lo suficientemente seria como para infringir los derechos de la niña, arrogándose la facultad de sobreinterpretar sus necesidades y desconsiderando de ese modo los reclamos de su familia.

¿Qué de todo esto tomó el TEDH? Muy poco. El tribunal solo afirmó que el Estado no había probado que los servicios provistos a la niña hubieran sido acordes a sus necesidades. Si bien ello implica un reconocimiento del deber de proveer apoyos personalizados, resulta objetable que no se haya abocado a un análisis más profundo de los estándares que deben regir la provisión de estos dispositivos, lo cual podría haber sido provechoso para orientar las conductas de los Estados en casos futuros.

### 3.2. Las violaciones a los DESC basadas en la falta de recursos

Uno de los argumentos en los que la requirente fundó su demanda ante el TEDH fue la imposibilidad de obstaculizar el derecho a la educación por razones presupuestarias. Puntualizó también que el consejo municipal tenía recursos suficientes para poner en marcha las medidas que se precisaban y que la provisión de servicios educativos especializados no habría afectado sino en una proporción ínfima el presupuesto de dicho consejo.

El gobierno, a su turno, alegó que luego de las restricciones de fondos previstas en la ley de finanzas de 2011, el monto asignado a la región de Campania era insuficiente para cubrir todas las medidas de apoyo escolar. Sostuvo que su conducta se había conformado a lo que razonablemente se podía esperar de las autoridades teniendo en cuenta los recursos limitados de los que disponían, y que dentro de todas las medidas que habían adoptado para facilitar la inclusión, la suspensión de una sola de ellas no alcanzaba a constituir una afrenta severa al derecho a recibir apoyos. Subrayó, asimismo, que la escuela había destinado una parte de sus propios fondos a asistir a la demandante.

Aun cuando coincido con la postura del TEDH en que Italia no actuó con la diligencia debida, considero que esta cuestión requiere un análisis distinto y más profundo que el realizado por el tribunal.

Para comenzar, debe tenerse presente que en materia de DESC existen dos tipos de obligaciones: las de cumplimiento inmediato, que no están sujetas a la disponibilidad de recursos; y las de cumplimiento progresivo, que sí lo están. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, “Comité DESC”) (1990) estableció que, aunque el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, “PIDESC”) contempla una realización paulatina y tiene en cuenta las restricciones derivadas de la limitación de los fondos, también impone varias obligaciones con efecto inmediato. Si bien el concepto de “progresiva efectividad” implica reconocer que la plena efectividad de los DESC no podrá lograrse en un breve período de tiempo, obliga a proceder lo más expedita y eficazmente posible para lograr dicho objetivo, y supone que todas las medidas de carácter retroactivo que se adopten requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente (Comité DESC, 1990), tal como se desarrollará más adelante. De conformidad con dichos señalamientos, la CDPD establece en su artículo 4.2 que los Estados partes se comprometen a adoptar medidas hasta el máximo de sus recursos disponibles para lograr, de manera progresiva, el pleno ejercicio de los DESC, sin perjuicio de las obligaciones que sean aplicables de inmediato en virtud del derecho internacional.

Retomando esa clasificación, y específicamente en lo relativo al derecho a la educación inclusiva, el Comité CDPD (2016a) expresa que “los Estados partes tienen una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los aspectos del derecho a la educación” (párr. 41) y que, en consecuencia, hay derechos básicos que deben garantizarse con efecto inmediato. Entre ellos, este organismo comienza mencionando la no discriminación,<sup>13</sup> afirmando, en particular,

13 En su Observación General No. 3 (1990) y en su Observación General No. 13 (1999), el Comité DESC también menciona la no discriminación como una obligación que forma parte del contenido mínimo del derecho a la educación, contenido que los Estados deben asegurar con efecto inmediato.

que los gobiernos deben evitar que las personas con discapacidad queden excluidas de la educación, eliminar las desventajas estructurales para lograr su participación efectiva y adoptar medidas urgentes para terminar con todas las formas de discriminación que obstaculicen su derecho a la educación inclusiva (Comité CDPD, 2016a). Además, incluye en esta categoría otras dos obligaciones: la realización de ajustes razonables y el acceso de todos los niños, niñas y jóvenes a la enseñanza primaria de calidad, gratuita, pública, inclusiva y equitativa.

La conducta denunciada puede entenderse comprendida en los tres supuestos, pero fundamentalmente en el primero. En efecto, la falta de apoyos personalizados colocó a la niña con discapacidad en una situación de desventaja respecto de sus compañeros y compañeras, lo que configuró una discriminación por motivos de discapacidad en los términos del artículo 2 de la CDPD.<sup>14</sup> En escuelas que se rigen por métodos estandarizados de enseñanza, los apoyos constituyen un mecanismo igualador, que permiten a las instituciones educativas combatir su impronta homogeneizante en aras de asegurar a todas las personas trayectorias educativas de calidad y entornos en los que se sientan bienvenidas, respetadas y valoradas. La falta de apoyos puede conducir a las alumnas y alumnos a tres tipos de situaciones: a la desescolarización, a la derivación a colegios especiales o a la permanencia en escuelas regulares, pero sin la construcción de aprendizajes. Todas ellas vulneran el derecho a la educación inclusiva. Sin apoyos, se puede estar físicamente en el centro escolar, pero no disfrutar del derecho a la educación en condiciones de igualdad. También podríamos vincular la omisión estatal al segundo y tercer supuesto de deberes con efecto inmediato identificados por el Comité CDPD. Sin hacer mayores esfuerzos interpretativos, cabría concluir que la suspensión de los apoyos es susceptible de obstaculizar la definición y posterior implementación de ajustes razonables y que dicho accionar condujo, a su vez, a que la educación primaria proporcionada a esa niña no fuera inclusiva, pues –como ya fue expresado– sin apoyos no hay inclusión, sino integración.

Tratándose de una obligación que el Estado italiano debía garantizar en forma inmediata, nunca podría haber justificado su accionar invocando la falta de presupuesto. La prohibición de la discriminación no está supeditada ni a una implantación gradual ni a la disponibilidad de recursos, sino que se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente (Comité DESC, 1999). Tal como lo señala el Comité de Derechos del Niño (en adelante, “Comité CDN”) (2016), las obligaciones fundamentales mínimas e inmediatas impuestas por los derechos de los niños y niñas no pueden verse comprometidas por ningún tipo de medida regresiva, ni siquiera en tiempos de crisis económica. El propio TEDH concluyó en su sentencia que la conducta estatal había afectado desproporcionadamente a la niña en razón de su discapacidad, pero omitió inmiscuirse en la distinción entre las obligaciones que deben asegurarse con

14 Según dicha disposición, la discriminación por motivos de discapacidad consiste en “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.

efecto inmediato y las que están sujetas a progresiva efectividad. Ingresar en esa clasificación hubiera simplificado la resolución del caso y sentado un estándar robusto para futuros casos.

Aun suponiendo que la obligación en cuestión fuera de cumplimiento progresivo y dependiera, por lo tanto, de los recursos disponibles, existen ciertas pautas para evaluar la adecuación del proceder gubernamental a los estándares internacionales. No cualquier reducción de fondos, hecha de cualquier modo, permitiría a Italia eximirse de responsabilidad. Como veremos, solo algunos de estos criterios fueron ponderados por el TEDH.

Sobre esta cuestión, es esencial tener presente que la política fiscal en general, y la presupuestaria en particular, son herramientas fundamentales para la promoción y protección de los derechos humanos, por cuanto permiten generar y reorientar recursos económicos. El modo en el que estas políticas se diseñan y se ejecutan determina que estos derechos sean efectivamente garantizados o que, por el contrario, se profundice la desigualdad. Por ello, las necesidades de los colectivos vulnerabilizados deben ser identificadas por los poderes públicos y estar respaldadas por asignaciones presupuestarias específicas, que sirvan para compensar las inequidades existentes mediante, por ejemplo, la implementación de medidas de acción afirmativa.

El Comité CDN (2016) destacó que los Estados no deben discriminar a ningún niño o niña ni a ninguna categoría de niños y niñas al movilizar recursos o asignar o ejecutar fondos públicos. En tal sentido, se deben prever recursos adicionales para las infancias que estén en situación de desventaja, pues “gastar fondos de manera equitativa no siempre implica utilizar la misma cantidad de dinero en cada niño, sino tomar decisiones de gasto que contribuyan a lograr una igualdad sustantiva entre los niños” (párr. 61). El Comité CDPD (2016a), por su parte, expresó que “los ministerios de educación deben asegurarse de que se invierten todos los recursos en la promoción de la educación inclusiva” (párr. 12.a), y manifestó en múltiples ocasiones su preocupación por el insuficiente presupuesto que los Estados destinan a la promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, urgiéndolos a incrementarlo.<sup>15</sup> En 2016, esta entidad incluso había instado a Italia a implementar un plan de acción con recursos suficientes para supervisar la aplicación de la normativa destinada a aumentar la calidad de la educación inclusiva, la prestación de apoyo y la formación docente en todos los niveles (Comité CDPD, 2016b). Finalmente, la OACNUDH (2013) fue contundente en cuanto a que los apoyos para la educación inclusiva “deben respaldarse con una asignación suficiente de recursos en el presupuesto del Estado” (párr. 49).

Y aquí nos encontramos con un primer incumplimiento. En el proceso de diseño y ejecución del presupuesto parece no haber estado presente la perspectiva de derechos de la niñez con discapacidad, pues no se previeron herramientas para la remoción de las barreras contextuales que impiden a este colectivo habitar las escuelas en condiciones de igualdad. Nada dijo el TEDH respecto de la inobservancia de los estándares internacionales aplicables en la materia por parte del Estado italiano.

<sup>15</sup> Ver, por ejemplo, las observaciones finales del Comité CDPD sobre los informes iniciales de Argentina (CRPD/C/ARG/CO/1), México (CRPD/C/MEX/CO/1), Lituania (CRPD/C/LTU/CO/1) e Iraq (CRPD/C/IRQ/CO/1).

Pero supongamos que, como en este caso, el gobierno demandado alega no tener fondos suficientes para garantizar los DESC de un grupo vulnerabilizado. Como se mencionó previamente, frente a ese supuesto hay ciertos criterios específicos que deben respetarse, pues de acuerdo a lo señalado por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas (2009), ninguna crisis económica o financiera global disminuye la responsabilidad de las autoridades estatales y de la comunidad internacional en la realización de los derechos humanos. En similar sentido, el Center for Economic and Social Rights (en adelante, “CESR”) (2019), manifestó que aun cuando en el caso de los DESC hay un deber de avanzar progresivamente, las obligaciones generales de los Estados con respecto a los derechos humanos permanecen en tiempos de limitaciones de recursos.

La admisión de medidas regresivas adoptadas con respecto al derecho a la educación es objeto de grandes prevenciones. El Estado parte tiene la obligación de demostrar que fueron implantadas tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifican plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el PIDESC y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de los que disponga (Comité DESC, 1999).

En concreto, ¿qué debería probar un gobierno frente a esa presunción de inconventionalidad? Pues bien, tendría que acreditar que las medidas son temporarias (permanecen vigentes solo mientras se las requiere y mientras dura el período de crisis); legítimas (su finalidad última es proteger la totalidad de los derechos humanos); razonables (el medio elegido es el más apropiado para alcanzar el objetivo legítimo); necesarias (todas las medidas alternativas de financiamiento han sido comprensivamente examinadas y agotadas); y proporcionadas (sus beneficios en términos de derechos humanos pesan más que sus costos) (Comité DESC, 2016; CESR et al., 2018). Deberán probar, asimismo, que no son ni directa ni indirectamente discriminatorias, por cuanto acuerdan atención prioritaria a los colectivos vulnerabilizados; que protegen el contenido básico mínimo<sup>16</sup> de los derechos; y que están basadas en la transparencia y participación genuina de los grupos afectados en el examen de las medidas y sus alternativas, y también sujetas a procedimientos significativos de revisión y de rendición de cuentas (Comité DESC, 2016; CESR et al., 2018).

Cabe detenerse, entonces, en el análisis del cumplimiento de estos requisitos en el caso bajo análisis. En primer lugar, la medida impugnada fue discriminatoria, en tanto afectó a una niña con discapacidad en forma desproporcionada. Sobre este punto, es importante destacar que los Estados, en todos los niveles administrativos, tienen prohibido discriminar a las infancias en las leyes, políticas o programas relacionados con los presupuestos, en el contenido de estos o en su aplicación, y que no han de interferir, ni directa ni indirectamente, en el goce de sus derechos, por ejemplo, discriminando a ciertos grupos de niños y niñas en las decisiones presupuestarias, o retirando o desviando fondos de los programas existentes destinados a que disfruten de los DESC (Comité CDN, 2016).

<sup>16</sup> La necesidad de proteger niveles mínimos esenciales de los derechos económicos y sociales tiene por objetivo establecer que los Estados deben asegurar un piso mínimo básico de protección como una prioridad sobre otras consideraciones económicas o políticas (CESR, 2012b).

A su vez, la medida en cuestión interfirió con el contenido mínimo del derecho a la educación inclusiva por dos motivos principales. Por un lado, porque obstaculizó la prestación del servicio educativo en el nivel primario. En su Observación General No. 13, el Comité DESC (1999) afirma que la obligación mínima de asegurar la satisfacción de niveles esenciales del derecho a la educación comprende la de proporcionar enseñanza primaria a todos y todas. La misma postura adopta el Comité CDPD en su Observación General No. 4, en la que menciona que dentro de dichas obligaciones mínimas está la de garantizar el acceso de todos los niños, niñas y jóvenes a la enseñanza primaria de calidad, gratuita, pública, inclusiva y equitativa. Por el otro lado, porque —como fue previamente señalado— sin apoyos adecuados nunca puede existir inclusión. Los apoyos hacen a la esencia misma del derecho a la educación inclusiva, por lo que en su ausencia no solo estaríamos dejando de respetar su contenido mínimo, estaríamos incumpliendo el derecho en su totalidad.

Por lo demás, el Estado no pudo demostrar que la medida cuestionada hubiera sido temporaria, legítima, razonable, necesaria y proporcionada. Tampoco acreditó la participación del grupo afectado en su definición, ni la existencia de revisiones o rendiciones de cuentas.

El Comité DESC (2009) ha sido claro respecto de que

[l]a falta de recursos para no acabar con el trato discriminatorio no es una justificación objetiva y razonable, a menos que el Estado parte se haya esforzado al máximo por utilizar todos los recursos de que dispone para combatirlo y erradicarlo con carácter prioritario (párr. 13).

Incluso en tiempos de restricción financiera, los gobiernos deben agotar todas las posibilidades para movilizar recursos que les permitan proteger a las poblaciones vulneradas (Izcurdia, 2021), procurando asignarlos y gastarlos de un modo eficiente. La obligación de destinar el máximo de los recursos disponibles no comprende solo los aprobados por las leyes de presupuesto, sino también aquellos “socialmente disponibles”, susceptibles de ser captados de forma legítima a través de reformas fiscales que incorporen medidas redistributivas (Izcurdia, 2021). Y abarca, asimismo, los fondos existentes por fuera del Estado, pasibles de ser captados mediante la cooperación internacional, de conformidad con el artículo 2.1 del PIDESC y 4.2 de la CDPD.

El deber de usar al máximo los recursos implica analizar la distribución del gasto público, pero también los modos en los que el Estado genera ingresos. Si el gobierno lograba probar que los fondos provenientes del presupuesto no eran suficientes, debería haber demostrado el agotamiento de todas las demás alternativas posibles para evitar el ajuste. Ejemplos de dichas alternativas podrían ser la implementación de políticas fiscales más progresivas, la puesta en marcha de medidas para combatir la evasión de impuestos, la corrupción y la captura del Estado, la reducción de gastos no esenciales, entre otras. El CESR (2012a) afirma que, en términos generales, los gobiernos cuentan con cinco tipos de herramientas para movilizar y usar los recursos efectivamente: reasignación del gasto gubernamental a más programas que realicen

derechos, aumento de los ingresos públicos mediante una política impositiva equitativa, mejoramiento de la política monetaria y de la regulación financiera para proteger derechos, financiamiento deficitario o reestructuración de la deuda existente y recaudación de fondos mediante la cooperación internacional. El Estado italiano tuvo dos años para subsanar el recorte presupuestario y restablecer la asistencia proporcionada a G.L., pero no lo hizo, y en su defensa ante el TEDH, alegó que el tribunal había reconocido violaciones del CEDH por una mala gestión o un retardo en la atribución de los fondos, pero nunca en su ausencia. Como puede observarse, la noción de “ausencia de fondos” es relativa si consideramos todas las alternativas posibles para obtener financiamiento.

Si bien la sentencia bajo estudio hace referencia a algunos de estos aspectos, su análisis parece ser algo escueto y no profundiza en la cuestión de la insuficiencia de recursos como “justificativo” de un cercenamiento de derechos. Con buen criterio, el TEDH consideró que la jurisdicción administrativa italiana había considerado que la falta de recursos justificaba la suspensión de la asistencia especializada sin explorar si las alegaciones de discriminación habían estado bien fundadas y si las restricciones presupuestarias habían tenido el mismo impacto sobre la niñez con y sin discapacidad,<sup>17</sup> concluyendo finalmente que el gobierno no había demostrado la diligencia requerida.<sup>18</sup> Pero la argumentación no es todo lo robusta que podría ser, y por momentos (por ejemplo, cuando se hace referencia a un “equilibrio justo entre los intereses en juego” o cuando se alude a “la carga desproporcionada o indebida”) el tono utilizado pareciera posicionar al caso en el lugar de una controversia menor, en la que ambas partes tienen intereses igualmente legítimos, cuando ciertamente no es así.

Por otra parte, resulta pertinente detenerse en el hecho de que si bien el tribunal arriba a ciertas conclusiones acertadas en *este* caso, cita precedentes en los cuales falló de otro modo. Incluso menciona la decisión adoptada en “*Şanlısoy c. Turquie*”,<sup>19</sup> en la que consideró que la conducta de una escuela privada que se había negado a escolarizar a un niño con discapacidad intelectual no había constituido una negación de su derecho a la educación, dejando entrever que un rechazo de inscripción basado en la discapacidad podría estar justificado, cuando en verdad se trata de una práctica prohibida por los tratados internacionales, que bajo ningún concepto podría ser avalada en sede judicial.

### 3.3. La opinión del juez Wojtyczek

Mención aparte merece la opinión concordante del juez Wojtyczek, pues si la sentencia falla en fijar estándares sólidos en materia de educación inclusiva, en este voto se evidencian lisa y llanamente concepciones contrarias al derecho internacional de los derechos humanos, que dejan entrever la compleja trama de prejuicios que aún pesan sobre las personas con discapacidad en nuestras comunidades.

Para comenzar, este magistrado menciona que el estándar de exigir que los alumnos y alumnas con discapacidad frecuenten la escuela primaria “en condiciones equivalentes” a las del resto es “imposi-

<sup>17</sup> Ídem nota 3, párr. 67.

<sup>18</sup> Íbidem, párr. 72.

<sup>19</sup> TEDH. *Affaire Şanlısoy c. Turquie*, Requête no. 77023/12, Cour (Deuxième Section), 8 de noviembre de 2016.

ble” para ciertos niños y niñas. Además del sesgo capacitista implícito en esta aseveración, su postura refleja una visión rígida y obsoleta del concepto de igualdad. ¿Qué sería que pudieran estar en la escuela en “condiciones equivalentes” al resto del estudiantado? ¿Significa que todas las personas deben aprender lo mismo, al mismo tiempo y de la misma manera?

Todo parece indicar que eso es lo que tuvo en mente al realizar esa afirmación, pero ello supone ignorar por completo la esencia misma de la educación inclusiva, que consiste en brindar respuestas personalizadas, dejando atrás la homogeneidad y adoptando la pedagogía de la diversidad (OACNUDH, 2013). La expresión “condiciones equivalentes” debe ser entendida en el mismo sentido en el que la CDPD utiliza “en igualdad de condiciones”. Aplicada a la educación, esta pauta se refiere a que cada persona reciba los apoyos que precisa y que todas puedan estar en las mismas aulas y escuelas, participando y avanzando sin discriminación. Significa, por ejemplo, estudiar los mismos temas que el resto de la clase pero con la posibilidad de acceder a ellos de diferentes maneras y a través de una amplia gama de estrategias pedagógicas y didácticas; recibir asistencia para comunicarse y movilizarse; ser evaluadas de la forma que les permita mostrar mejor sus aprendizajes; participar de todas las actividades escolares y extraescolares; y tener docentes que depositen altas expectativas sobre el propio aprendizaje.

Por otro lado, este magistrado realiza una interpretación notablemente amplia del margen de apreciación estatal, que conlleva a una anulación de la facultad del tribunal de evaluar si el Estado ha cumplido o no con el CEDH. Asegura, sin más, que “el principio de no discriminación deja un poder discrecional muy amplio a los jueces y juezas”, cuestiona el estándar de que las medidas afecten de la misma manera a personas con y sin discapacidad (lo que constituye una apología de la desigualdad) y opina que es mejor dejar a los Estados la libertad de elegir los métodos financieros que consideran más apropiados para cumplir con sus obligaciones. Sin embargo, en la sentencia en cuestión, el TEDH no define por qué medios se debe garantizar el derecho a la educación (lo que eventualmente también podría discutirse a la luz de los desarrollos existentes en materia de activismo judicial), sino que simplemente alude al estándar que debe respetarse en la consideración de las diferentes opciones a fin de respetar el principio de igualdad.

Extremadamente preocupante resulta también el argumento de que la educación inclusiva no es “la mejor solución” para las personas con “ciertos tipos” de discapacidad. Sobre este punto, deviene imperioso hacer ciertas consideraciones.

En primer lugar, la CDPD reconoce el derecho a la educación inclusiva como un derecho de todas las personas, sin formular distinciones según los “tipos” o “grados” de discapacidad. Y allí donde la Convención no distingue, no corresponde que los tribunales lo hagan. Sostener que ciertas niñas y niños pueden beneficiarse de la inclusión y otros no, le quitaría a la educación inclusiva su condición de derecho humano universal.

El modelo social y la educación inclusiva cuestionan fuertemente la idea de “ineducabilidad” de las personas con discapacidad. Tal como lo afirman Inclusion International y la Red Regional por la Educación Inclusiva de Latinoamérica, “el derecho a la educación inclusiva no es un derecho de algunas/os niñas/os

con discapacidad, sino de todas/os ellas/os. Así como no hay alumnas/os ‘ineducables’, no hay tampoco alumnas/os ‘ineducables’ en las escuelas comunes” (2018, p. 3). Como derecho humano y como perspectiva pedagógica, la educación inclusiva parte de la premisa de que todas las personas pueden aprender si se generan las condiciones para que ello ocurra, y entiende que la diversidad que está presente en las comunidades debe, naturalmente, reflejarse en las escuelas.

Las distinciones basadas en diagnósticos solo encuentran sustento en el modelo médico de la discapacidad, y responden a una visión integradora de la educación, en la que es la alumna o el alumno quien debe demostrar ser apto para la escuela y “ganarse el derecho” de estar ahí. La inclusión supone justamente lo inverso: que los centros escolares se transformen para aprehender la diversidad del estudiantado. Este paradigma nos invita a revolucionar las aulas, a pensar otras formas de habitar las escuelas y a imaginar otros tipos de entornos educativos, en los que las necesidades de los niños y niñas sean tenidas en cuenta y valoradas en todo momento. Me refiero a entornos en los que, si una persona necesita comunicarse de otra manera, aprender un tema de un modo diferente, o –como menciona el juez en su voto– un ámbito de tranquilidad, sus docentes y sus pares puedan asegurárselo porque la conocen y porque por eso –y solo por eso– saben convivir con ella. La educación inclusiva busca que las personas se apoyen mutuamente, entendiendo que eso también forma parte del aprendizaje.

Si bien este magistrado presenta a las escuelas especiales como una solución para algunos casos, los mencionados organismos ya han dejado en claro que el derecho a la educación es el derecho a la educación inclusiva (OACNUDH, 2013) y que la escolarización en estos centros es una forma de segregación,<sup>20</sup> en tanto las y los estudiantes con discapacidad se ven privados de crecer en entornos que reflejen la diversidad que es propia de toda sociedad. La Observación General N° 4 también es contundente al establecer que la obligación concreta y permanente de proceder lo más expedita y eficazmente posible para lograr la plena aplicación del artículo 24 de la CDPD no es compatible con el mantenimiento de un sistema de enseñanza general y uno especial, y que los Estados deben prohibir que las personas con discapacidad queden excluidas del sistema general mediante disposiciones legislativas o reglamentarias que limiten su inclusión en razón de su “deficiencia”<sup>21</sup> o “grado de deficiencia” (Comité CDPD, 2016a).

De hecho, el Comité CDPD ya ha manifestado en múltiples observaciones finales a los Estados su preocupación por la gran cantidad de personas con discapacidad que residen en entornos segregados en los que reciben una educación de calidad inferior, y los ha instado a revertir esta situación.<sup>22</sup> Lo que el juez Wojzycek presenta como un “posicionamiento del tribunal respecto de cómo hay que organizar la educación” y decide cuestionar, no es nada más y nada menos que una obligación jurídica de los

20 Ver los párrafos 4 y 5 del Estudio Temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación de la OACNUDH y el párrafo 11 de la Observación General No. 4 sobre el derecho a la educación inclusiva del Comité CDPD.

21 El entrecomillado es propio y se debe a que desde el modelo social las “deficiencias” no son más que características de las personas que reflejan la diversidad de la condición humana, y solo son percibidas como tales por la prevalencia de un enfoque normalizador y capacitista.

22 Ver, por ejemplo, las observaciones finales del Comité CDPD sobre los informes iniciales de Argelia (CRPD/C/DZA/CO/1), Argentina (CRPD/C/ARG/CO/1), Australia (CRPD/C/AUS/CO/2-3), Ecuador (CRPD/C/EQU/CO/2-3), España (CRPD/C/ESP/CO/2-3), India (CRPD/C/IND/CO/1), Nepal (CRPD/C/NPL/CO/1), Níger (CRPD/C/NER/CO/1) y Polonia (CRPD/C/POL/CO/1).

Estados. Al pronunciarse en ese sentido, antepone sus opiniones personales y ciertas consideraciones científicas (aquí, el modelo médico se hace presente una vez más) a lo que dice la normativa que está obligado a aplicar.

La propuesta de este magistrado no es más que una defensa del *statu quo*, de un *statu quo* injusto y capacitista, que privó a miles de niños y niñas de ejercer plenamente su derecho a la educación y de construir proyectos vitales de acuerdo a sus preferencias. Hoy las escuelas y los Estados se arrojan el derecho de decidir quién puede aprender y quién no, quién puede hacerlo con otras personas y quién debe permanecer en un espacio segregado. El número de personas etiquetadas como “aptas para el aprendizaje” podrá ser mayor o menor, el criterio de ingreso a las instituciones educativas podrá ser más o menos restrictivo, pero en definitiva será lo mismo. Si la enseñanza debe estar orientada a reforzar el respeto por los derechos humanos y la diversidad como lo estipulan los tratados internacionales, la educación inclusiva es la única respuesta posible. Por elemental que parezca, solo si crecemos juntos y juntas, aprenderemos a vivir de ese modo.

#### 4. Reflexiones finales

En el fallo que aquí se comenta la condena al Estado aparece absolutamente justificada. Con buen tino, el TEDH puntualiza que la requirente dejó de ir a la escuela en condiciones equivalentes a las de sus pares, y que esa diferencia de tratamiento se debió a su discapacidad. Asimismo, resulta valioso que haya expresado que al garantizar los principios de universalidad y no discriminación, la educación inclusiva forma parte de la responsabilidad de los Estados,<sup>23</sup> y que este modelo permite que la discapacidad empiece a ser vista como un componente de la diversidad humana por el resto de la sociedad.<sup>24</sup>

No obstante, encontramos en la argumentación del tribunal ciertos puntos débiles. Aun cuando afirma que el CEDH debe interpretarse de manera compatible con la CDPD, no profundiza en los estándares que de ella se desprenden. Aquellos contenidos en los instrumentos de la OACNUDH y del Comité CDPD ni se mencionan en el fallo, y algunos de los lineamientos que sí se citan y las expresiones que se usan, por el contrario, reflejan visiones más asociadas al modelo médico y al enfoque de la integración, que en el derecho internacional han sido superadas hace años. El TEDH también parece hacer propias estas visiones cuando menciona que el Estado no aseguró que la niña pudiera frecuentar la escuela primaria en condiciones equitativas a las del resto de los y las estudiantes “en la medida de lo posible”. En otro orden de cosas, dada la necesidad de visibilizar los altos costos que este tipo de situaciones suele producir en las vidas de las personas con discapacidad y sus familias, resulta objetable que los jueces y juezas se hayan negado a profundizar en el impacto que la conducta denunciada tuvo en la vida privada de la requirente. Finalmente, cabe preguntarse, como lo hacen Grooff y Rookwood (2020), cuál hubiera sido la solución si el derecho a la educación inclusiva no hubiera

---

23 Ídem nota 3, párr. 53.

24 Ibídem, párr. 69.

estado reconocido en la legislación italiana. En efecto, algunos de los razonamientos del tribunal plantean dudas en ese sentido.

Más allá del avance que representa esta decisión con respecto a otras en las que el TEDH no ha garantizado el derecho a la educación inclusiva,<sup>25</sup> esta también puede verse como una oportunidad perdida. Este caso era una oportunidad para sentar estándares robustos en el tema, para presentar una interpretación del Convenio Europeo *aggiornada* y armónica con los lineamientos de los organismos de Naciones Unidas, para marcar una postura contundente con relación a las violaciones de derechos que enfrentan desde antaño las personas con discapacidad en los sistemas educativos y para deslegitimar ciertas prácticas discriminatorias que aún prevalecen en ellos. En definitiva, se perdió la ocasión de dictar una sentencia de vanguardia en un tema en el que era extremadamente necesario.

Realizar un análisis que tomara en cuenta los aspectos mencionados hubiera sido notablemente útil para orientar a los Estados y a sus tribunales en casos futuros, porque –hay que decirlo– el de G.L. no es un caso aislado, sino que es ilustrativo de lo que diariamente deben enfrentar las personas con discapacidad cuando transitan las escuelas y las universidades. Es un reflejo de lo que viven cuando se encuentran con sistemas educativos diseñados para “estudiantes modelo”, que excluyen a quienes no se ajustan a los estándares de “normalidad” socialmente definidos. Es un reflejo de lo que viven cuando se encuentran con esos sistemas educativos que todo lo etiquetan, en los que circulan visiones unívocas sobre lo que es ser “buen estudiante”, sobre lo que es tener “problemas de aprendizaje”, sobre lo que es el “éxito” y sobre lo que es el “fracaso”. El caso de esta niña es solo un ejemplo de las tantas formas de discriminación que producen y reproducen los establecimientos educativos atravesados por lógicas normalizantes, individualistas, competitivas y meritocráticas. Para muchos y muchas estudiantes, las instituciones educativas son lugares de no pertenencia, de ajenidad constante, que impiden construir la propia identidad y dar sentido a la propia existencia, cuando deberían ser todo lo contrario. Fallando de este modo, el TEDH no solo perdió la chance de sentar criterios robustos que pudieran ser adoptados por los sistemas judiciales nacionales, sino que convalidó argumentos contrarios a derecho (como los contenidos en el voto del juez Wojtyczek), que eventualmente también podrán ser replicados en el plano interno. No solo ralentizó el avance, sino que legitimó el retroceso.

Los tribunales se constituyen en un campo donde se disputan significados, en espacios en los que se puede desarticular o reforzar el capacitismo, en escenarios que pueden potenciar el cambio cultural o combatirlo y postergarlo. Por eso, no solo importa en favor de quién fallan los jueces y juezas, sino cuál es el razonamiento que hacen y qué tanto dicen para llegar a sus decisiones. Las sentencias, en todo su desarrollo y no solo en su parte dispositiva, deben defender los derechos sin timidez, explicar las implicancias que estos tienen e invalidar los argumentos que oprimen a los colectivos vulnerabilizados. El camino por recorrer es todavía largo, y progresar en él no depende únicamente del comportamiento judicial. Pero construir un cuerpo de jurisprudencia sólido y con perspectiva de derechos es

<sup>25</sup> Ver, por ejemplo, TEDH. *Affaire Şanlısoy c. Turquie*, Requête no. 77023/12, Cour (Deuxième Section), 8 de noviembre de 2016; y TEDH. *Affaire Stoian c. Roumanie*, Requête no. 289/14, Cour (Quatrième Section), 25 de junio de 2019.

un paso fundamental para transformar los sistemas educativos nacionales y hacer de las instituciones de enseñanza espacios de valoración de la diversidad humana, en donde esta no sea vista como un problema, sino como la llave a sociedades más igualitarias, plurales y justas.

## Referencias bibliográficas

- Calderón Almendros, I. y Rascón Gómez, M. T. (coords.) (2020). *Análisis y propuestas para una nueva Ley Educativa. Conversaciones de la ciudadanía sobre la escuela inclusiva*. Barcelona: Octaedro. Recuperado de <https://octaedro.com/wp-content/uploads/2020/09/09090-Nueva-Ley-Educativa.pdf>
- Center for Economic and Social Rights (2012a). Fiscal Fallacies: 8 Myths about the 'Age of Austerity' and Human Rights Responses. *Rights in Crisis Series Briefing Paper*. Recuperado de <https://www.cesr.org/sites/default/files/CESR-FiscalFallacies.pdf>
- Center for Economic and Social Rights (2012b). Mauled by the Celtic Tiger: Human Rights in Ireland's economic meltdown. *Rights in Crisis Briefing Paper*. Recuperado de [https://www.cesr.org/sites/default/files/cesr.ireland.briefing.12.02.2012\\_0.pdf](https://www.cesr.org/sites/default/files/cesr.ireland.briefing.12.02.2012_0.pdf)
- Center for Economic and Social Rights (2019). *Las ideas como campo de batalla: Desmontando la austeridad y otros mitos contra la justicia fiscal*. Recuperado de <https://www.cesr.org/sites/default/files/Desmontando%20Mitos-Online.pdf>
- Center for Economic and Social Rights, Institute for Economic Justice y Section 27 (2018). *Presentación conjunta al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el proceso de revisión del primer período de reporte de Sudáfrica*. Recuperado de <https://www.cesr.org/sites/default/files/CESR-S27-IEJ%20submission%20FINAL-FINAL.pdf>
- Cobeñas, P.; Fernández, C.; Galeazzi, M.; Noziglia, J.; Santuccione, G. y Schnek, A. (2017). *Educación inclusiva y de calidad. Un derecho de todos*. Buenos Aires: Grupo Artículo 24 por la Educación Inclusiva y Comisión para la Plena Participación e Inclusión de las Personas con Discapacidad de la Ciudad de Buenos Aires (COPIDIS). Recuperado de [https://grupoart24.org/downloads/publicaciones/manual\\_educacion\\_inclusiva.pdf](https://grupoart24.org/downloads/publicaciones/manual_educacion_inclusiva.pdf)
- Comité de Derechos del Niño (2016). *Observación General nro. 19 sobre la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (artículo 4)*. CRC/C/GC/19.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1990). *Observación General nro. 3 sobre la indole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*. E/1991/23.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1999). *Observación General nro. 13 sobre el derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*. E/C.12/1999/10.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2009). *Observación General nro. 20 sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. E/C.12/GC/20.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2016). *Deuda Pública, medidas de austeridad y Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. E/C.12/2016/1.

- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2016a). *Observación General nro. 4 sobre el derecho a la educación inclusiva*. CRPD/C/GC/4.
- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2016b). *Observaciones finales sobre el informe inicial de Italia*. CRPD/C/ITA/CO/1.
- Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (2009). *Efectos de las crisis económicas y financieras mundiales en la realización universal y el goce efectivo de los derechos humanos*. Resolución S-10/1 de la 10ª sesión especial.
- Grooff, T. M. A. y Rookwood, C. L. (2020). *Affaire G.L. c. Italie. A question of distributive justice. Article 14 in conjunction with Article 2 Protocol 1 of the European Convention on Human Rights*. European Human Rights Law. Recuperado de [https://www.academia.edu/44531797/G\\_L\\_v\\_Italy\\_a\\_question\\_of\\_distributive\\_justice\\_paper\\_by\\_Thiandi\\_Grooff\\_and\\_Cyprienne\\_Rookwood](https://www.academia.edu/44531797/G_L_v_Italy_a_question_of_distributive_justice_paper_by_Thiandi_Grooff_and_Cyprienne_Rookwood)
- Inclusion International y Red Regional por la Educación Inclusiva de Latinoamérica (2018). *Posicionamiento en relación a las escuelas especiales*. Recuperado de <https://rededucacioninclusiva.org/wp-content/uploads/2018/11/Posicionamiento-Red-Regional-por-la-Educaci%C3%B3n-Inclusiva-Inclusi%C3%B3n-Internacional-escuelas-especiales.pdf>
- Izcurdia, J. (2021). *El papel de la política fiscal para revertir situaciones de desigualdad estructural que afectan a grupos históricamente desaventajados*. Serie Documentos Complementarios a los Principios de Derechos Humanos en la Política Fiscal No. 2. Recuperado de [https://derechosypoliticafiscal.org/images/BackgroundPaper-N2-ES-vf1\\_compressed\\_1.pdf](https://derechosypoliticafiscal.org/images/BackgroundPaper-N2-ES-vf1_compressed_1.pdf)
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2013). *Estudio temático sobre el derecho de las personas con discapacidad a la educación*. A/HRC/25/29.
- Shaffer, S. (1994). *Participation for Educational Change: A Synthesis of Experience*. París: UNESCO International Institute for Educational Planning. Recuperado de <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000099230/PDF/99230eng.pdf.multi>