

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Nº 3 DE GRANADA

Avda. del Sur, Edificio Judicial de La Caleta, (6ª planta) Tel.:
600156582 Fax: 958897114
N.I.G.: 1808745320210003299

Procedimiento: Derechos Fundamentales 662/2021. Negociado: S

Recurrente: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Letrado: LUIS MARIA PARDO RODRIGUEZ

Procurador: XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX

Demandado/os: CONSEJERIA DE EDUCACION Y DEPORTE COMISION TERRITORIAL COVID JUNTA ANDALUCIA

Representante:

Letrados:

Procuradores:

Acto recurrido: Actos y acuerdos de segregación escolar de menor dictados por la Comisión Provincial

JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
NÚMERO 3 DE GRANADA
Procedimiento de protección de derechos fundamentales número 662/2021

SENTENCIA Nº 107/2022

En Granada, a 11 de mayo de 2022.

El Ilmo. Señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, Magistrado Juez Titular del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 3 de Granada, habiendo visto los presentes autos de procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales promovido por la Procuradora señora XXXXXX en nombre y representación de XXXXXX en nombre y representación de su hijo XXXXXXXXXXXX, defendidos por el Letrado señor Pardo Rodríguez contra los actos y acuerdos de segregación escolar hacia XXXX dictados por la Comisión Provincial Territorial para el seguimiento de las medidas de prevención, protección, vigilancia y promoción de la salud frente al Covid-19 en los centros educativos docentes no universitarios siendo parte demandada la JUNTA DE ANDALUCÍA, que actuó representada y defendida por la Letrada de sus Servicios Jurídicos señora XXXXXXXX, y con la intervención del MINISTERIO FISCAL, con cuantía indeterminada, dicta esta SENTENCIA, en atención a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO



Código Seguro De Verificación	8Y12VLEY4UX6MTYAMUXM7UYDWGNXDH	Fecha	11/05/2022
Firmado Por	X		
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	1/10





PRIMERO. Interpuesto el recurso en fecha 16 de noviembre de 2021, se reclamó el expediente a la Administración demandada. Recibido dicho expediente, se entregó a la demandante para que en plazo de ocho días formalizara la demanda y así lo verificó mediante escrito presentado en fecha 21 de diciembre de 2021, que obra unido a autos.

SEGUNDO. Admitida la demanda, se ordenó traslado de copia a la Administración demandada y al Ministerio Fiscal así como del expediente, formulándose contestación a la demanda por sendos escritos que de igual forma obran unidos a las actuaciones. Acordado que fue el recibimiento del pleito a prueba, mediante auto dictado al efecto, se practicaron aquellas que fueron declaradas pertinentes, cuyo resultado obra en autos y aquí se da por reproducido. Practicada toda la prueba admitida, las partes estuvieron de acuerdo en formular conclusiones por escrito, y una vez verificado, por diligencia de ordenación de fecha 22 de abril de 2022 quedaron los autos vistos para sentencia.

TERCERO. En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales esenciales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Es objeto de recurso, según se define en el escrito de interposición, la impugnación de los actos y acuerdos de segregación escolar hacia XXXXXXXX dictados por la Comisión Provincial Territorial para el seguimiento de las medidas de prevención, protección, vigilancia y promoción de la salud frente al Covid-19 en los centros educativos docentes no universitarios.

En su escrito de demanda la parte actora expone que el mencionado menor padece de una enfermedad respiratoria, asma episódico frecuente con inflamación pulmonar, por lo que está exento del uso de la mascarilla según prescripción médica. Afirma que pese a ello en el centro en el que cursa Primero de Educación Primaria, CEIP Abencerrajes, se adoptaron medidas de segregación respecto de su persona mediante unos supuestos acuerdos y actos administrativos de la Comisión Provincial Territorial para el seguimiento de las medidas de prevención, protección, vigilancia y promoción de la salud frente al Covid-19 durante los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2021. En un primer momento se le hizo asistir al centro con una pantalla de protección facial y situarse cerca de la ventana del aula, así como tomar el desayuno de manera separada al resto del alumnado de la clase que llevaba mascarilla, y a partir del 12 de octubre se le dispensó atención educativa fuera del aula de manera separada del resto de los alumnos con profesorado del centro, pudiendo permanecer únicamente en contacto con su grupo durante el recreo o en educación física, ya que se realiza en espacios abiertos y amplios donde se reduce el riesgo de contagio. Mantiene que estas medidas se adoptaron sin acuerdo o resolución alguna que se comunicase a los padres del menor, y en todo caso ésta no fue objeto de la debida autorización o ratificación judicial como exige el artículo 8.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativo. Mantiene que no existe ningún tipo de problema por la asistencia del menor sin mascarilla con el resto de sus alumnos, dado que estaba justificado por razones médicas, incluso amparado por el protocolo de actuación en los centros docentes ante casos de exención de



Código Seguro De Verificación:	8Y12VLEY4UX6MTYAMUXM7UYDWGNXDH	Fecha	11/05/2022	
Firmado Por	XXXX			
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	2/10	



uso de las mascarillas de la Consejería de Salud y Familias y Educación publicado el 15 de diciembre de 2021, sin que anteriormente existiera ninguna referencia en el protocolo aplicable a la posibilidad de situar a los menores en espacios diferenciados apartados de los demás alumnos. Por todo ello, considera que se han vulnerado los derechos fundamentales previstos en el artículo 14, 15 y 27 de la Constitución Española, invocando también los principios previstos en los artículos 9.3 y 10 de la Norma Suprema. El suplico de la demanda solicita que se declare la nulidad de pleno derecho de los acuerdos impugnados.

La Letrada de la Junta de Andalucía opuso en primer lugar la inadmisibilidad del recurso por considerar que se trata de una actividad no susceptible de impugnación, puesto que los centros escolares no tienen la consideración de órganos administrativos que realizar funciones con efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo a tenor de lo previsto en el artículo 5 de la Ley 40/2015, según la estructura orgánica de la Consejería de Educación y Deporte aprobada por el Decreto 102/2019, de 12 de febrero. También sostiene que no es aplicable el procedimiento especial y sumario de protección de derechos fundamentales en la medida que, según el precedente que invoca de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada, el uso obligatorio de mascarillas excluye una incidencia lesiva en los derechos constitucionales previstos en los artículos 15 y 18 de la Constitución. En cuanto al fondo, mantiene el ajuste a derecho de la resolución impugnada, por acomodarse a las instrucciones de 13 de julio de 2021 de la Viceconsejería de Educación y Deporte relativas a la organización de los centros docentes en las medidas que cita, y que habilitan al centro docente a adoptar las medidas necesarias para hacer frente a la Covid-19 salvaguardando la salud del alumnado y del resto de la comunidad educativa, aunque se trate de un supuesto de exención de uso de la mascarilla, que no es una situación específicamente contemplada, pues corresponde al Director ejecutar medidas organizativas que garanticen la asistencia sin mascarilla del menor, pero debiendo igualmente proteger la salud y seguridad del resto de los alumnos y personal del centro. Tales medidas fueron adoptadas por la comisión específica Covid-19 del centro y refrendadas en Consejo Escolar de 18 de octubre. Además, también considera que debe prevalecer el interés general, que también es el del menor XXX, sobre el del particular, como ha declarado el Tribunal Supremo en su sentencia número 1569/2020, de 20 de noviembre. Finalmente, afirma que no se ha acreditado daño alguno ni éste puede ser considerado inherente a la situación de separación de los compañeros durante las horas de docencia.

El Ministerio Fiscal en su contestación se opuso a la demanda, sin perjuicio de realizar su valoración más completa en el trámite de conclusiones, que como hemos mencionado, efectivamente se verificó con la aquiescencia de todas las partes

SEGUNDO. Respecto de la alegación de inadmisión por tratarse de una actuación administrativa no susceptible de impugnación, hemos de remitirnos a la descripción de la actividad administrativa impugnada, tal como ha sido descrita en el escrito de interposición y en la demanda, que no se define como vía de hecho pero se califica como “actos y acuerdos de segregación escolar” durante las horas de permanencia en el colegio, adoptadas respecto del menor XXXXX en primer lugar por el centro escolar y luego por la Comisión Provincial Territorial para el seguimiento de las medidas de prevención, protección, vigilancia y promoción de la salud frente al Covid-19 en los centros educativos



Código Seguro De Verificación:	8Y12VLEY4UX6MTYAMUXM7UYDWGNXDH	Fecha	11/05/2022	
Firmado Por	XXX			
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	3/10	



docentes no universitarios de Granada. Evidentemente, en cuanto se plasma primero en una actuación acordada por el centro escolar y luego ratificada por el órgano provincial competente, se trata de una actividad administrativa que tiene incidencia en terceros, concretamente en el menor mencionado. Precisamente uno de los motivos de impugnación es su adopción sin haber seguido procedimiento alguno, tanto por parte del centro escolar como por parte de la Delegación Territorial en Granada de la Consejería. Así pues, es claro que se trata de una actividad impugnabile a tenor de lo previsto en el artículo 25 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. No es un caso idéntico al resuelto por la sentencia número 162/2021 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 1 de Jerez de la Frontera, pues en ese caso las medidas se adoptaban por un colegio de educación infantil y primaria privado (aunque fuera de educación concertada), y por esa razón, como dice acertadamente el Juzgador, *en los órganos administrativos que se determinan no figura ni el colegio contra el que pretende su acción la parte, ni figura competencia alguna de la Delegación Territorial en Cádiz en relación con la materia por la que fue requerida.*

TERCERO. Tampoco puede sostenerse la inadecuación de procedimiento para el caso que nos ocupa con base en los mismos argumentos dados por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada en el auto número 537/2021 que se ha aportado por la Letrada de la Junta de Andalucía, pues nuestro supuesto es radicalmente distinto, dado que se impugna una actuación de contenido diferente al analizado en aquél, pues se trata de la adopción de una medida de separación durante el tiempo de la docencia de un menor que tiene reconocida la exención del uso de la mascarilla por razón de la dolencia que presenta.

CUARTO. No es objeto de contienda, y es un hecho expresamente aceptado por todas las partes, que el menor referido se encontraba exento del uso de mascarilla al amparo de lo previsto en el artículo 6.2 de la Ley 2/2021, de 29 de marzo, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el Covid-19, modificada por el Real Decreto Ley 13/2021, de 24 de junio, por padecer una enfermedad o dificultad respiratoria que pudiera verse agravada por el uso de la mascarilla.

En el informe del Inspector Educativo D. XXXXXX con el que se abre el expediente administrativo, tras analizar la normativa e instrucciones de aplicación, se acaba concluyendo que ante la situación de exención de mascarilla del menor XXXXXX, *los responsables del centro educativo deben intensificar las medidas de prevención, entre las que se incluye la atención educativa en otros espacios diferenciados para seguir garantizando el derecho a la educación del menor, que continúa recibiendo la educación en el centro escolar, con respeto igualmente al derecho a la salud del resto del alumnado, especialmente en un rango de edad de población no vacunada, y del resto del miembro de la comunidad educativa, y prevenir, de esta forma, posibles contagios, siguiendo lo acordado por la Comisión Provincial de seguimiento de las medidas de prevención, protección, vigilancia y promoción de la salud Covid-19.*

En el informe que consta en los folios 32 y siguientes del expediente se relatan los hechos acontecidos en relación con la cuestión que nos ocupa: tras haber presentado la madre del menor la documentación médica acreditativa de la dolencia que justificaba la exención de uso de la mascarilla, la Comisión Covid del centro escolar tras consulta del



Código Seguro De Verificación:	8Y12VLEY4UX6MTYAMUXM7UYDWGNXDH	Fecha	11/05/2022	
Firmado Por	XXXXXX			
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	4/10	



referente sanitario acuerda que el alumno podía asistir al aula del centro sin la mascarilla tomando las medidas establecidas en el Protocolo del Centro, así como las de distanciamiento del resto del alumnado en el aula que garantice la seguridad de todo el alumnado, que es trasladada a la Inspección Educativa el 22 de septiembre de 2021. Sin embargo, no es hasta el día 5 de octubre de 2021 (por error consta como fecha 12 de octubre), cuando la Comisión Provincial adopta las siguientes medidas: *los alumnos que asistan a aula sin mascarilla, porque están exentos, deben ser atendidos fuera del aula, con personal del centro. Es decir, se debe organizar la atención educativa del alumno fuera del aula con el profesorado del centro. El alumno podrá permanecer en contacto con su grupo durante el recreo o en educación física, ya que se realiza en espacios abiertos y amplios, donde se reduce el riesgo de contagio.* Este acuerdo es trasladado a la Dirección del Centro el día 20 de octubre de 2021. Tras las actuaciones que se detallan, de comunicación del acuerdo a la madre el menor hoy demandante y de presentación de escrito de otros padres manifestándose favorables a la asistencia de XXXX junto con sus hijos, la Comisión Provincial ratificó la decisión el día 2 de noviembre de 2021, y se deja constancia que desde el 20 de octubre de 2021 el indicado menor no asistió al centro por no estar de acuerdo con la medida adoptada.

Constan en los folios 55 y siguientes del expediente las Instrucciones de 13 de julio de 2021 de la Viceconsejería de Educación y Deporte, relativas a la organización de los centros docentes y a la flexibilización curricular para el curso escolar 2021/2022, en cuyo apartado Primero se establece que *cada centro docente, en función de sus características propias, adoptará las orientaciones, recomendaciones y las acciones organizativas propuestas en el documento de medidas de prevención, protección, vigilancia y promoción de la salud covid-19 en Centros y Servicios Educativos docentes no universitarios de Andalucía* que consta en los folios 69 y siguientes. En el mismo se establece que en cada centro se ha de acordar un plan específico de centro que contemple de forma concreta todas las medidas que deban ser tomadas en los diferentes escenarios posibles (docencia presencial, semipresencial o telemática), previendo la disponibilidad de los recursos humanos y materiales necesarios para abordar cada escenario con las garantías necesarias, y se prevén al menos cuatro situaciones: que uno o varios discentes o docentes puedan estar en situación de aislamiento o cuarentena, que uno o varios grupos y/o clases puedan estar en situación de cuarentena, posibilidad de que el centro pueda cerrarse a la docencia presencial y posibilidad de cambio de niveles de alerta para determinados cursos (folio 76). Entre las medidas específicas para el alumnado se cita expresamente que podrá no usar mascarillas cuando exista algún problema de salud acreditado que lo desaconseje (...) *siendo recomendable en estos casos intensificar las medidas de prevención*(folio 80). Entre las medidas para la limitación de contactos (folio 81) se establecen diversas consideraciones, de las que destaca el procurar la distancia de al menos 1,5 metros en entre las interacciones de personal del centro educativo y por parte del alumnado, aunque dentro de los grupos de convivencia estable no sería necesario guardar la distancia interpersonal de manera estricta, por lo que sus miembros pueden socializar y jugar entre sí, interaccionando con mayor normalidad. Específicamente, para los cursos de 1º a 4º de Educación Primaria se cita que la organización del alumnado se establecerá en grupos de convivencia estable, formados por un máximo acorde a las ratios establecidas en la normativa aplicable (folio 82).

El Protocolo de actuación Covid-19 del Colegio Abencerrajes se encuentra en los folios 97 y siguientes del expediente. En cuanto nos interesa, destaca que en todas las aulas o



Código Seguro De Verificación:	8Y12VLEY4UX6MTYAMUXM7UYDWGNXDH	Fecha	11/05/2022	
Firmado Por	XXX			
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	5/10	



niveles del colegio se opta por la organización del alumnado en grupos de convivencia coincidiendo con la distribución habitual de grupo-clase, y se define como *un conjunto de alumnado que limita sus relaciones e interacciones a las que se produzcan en su seno, es decir, sin entrar en contacto con otros grupos de alumnado*. Se reconoce que el alumnado no usará mascarilla cuando tenga un problema de salud acreditado que lo desaconseje (folio 112). Las más relevantes medidas a adoptar en cada aula de referencia para cada grupo de convivencia son ventilación constante, limpieza y desinfección, uso de mascarillas, etiqueta respiratoria, uso modulado de la voz y distancia de seguridad (folio 113).

En los folios 116 y siguientes se establecen las medidas de prevención personal y para la limitación de contactos: se recuerda la obligatoriedad del uso de la mascarilla y se establecen criterios para su uso, y como medidas para la limitación de contactos se determina que como norma general se mantendrá una distancia interpersonal de al menos 1,5 metros en las interacciones entre las personas del centro educativo, aunque en los grupos de convivencia no será necesario mantener la distancia de 1,5 metros. Durante la jornada escolar y en los grupos de convivencia se establece que con respecto a la estancia en las aulas se hará uso de la mascarilla, la organización de las mesas preservará las normas de seguridad, y dentro del grupo de convivencia niños y niñas podrán socializar entre sí (folio 118).

Además, durante la tramitación de este procedimiento ha quedado acreditado que en fecha 15 de diciembre de 2021 se aprobó por las Consejerías de Educación y Deporte y de Salud y Familias el Protocolo de actuación en los centros docentes ante casos de exención del uso de mascarillas, que sustituye en este aspecto al mencionado protocolo de actuación que se encontraba vigente al inicio del curso escolar 2021/2022. En el mismo se establece la necesidad de un procedimiento en el que participe la Comisión Covid del centro y la familia del alumnado, y las medidas que se establecen son: el incremento de la distancia interpersonal con el resto de alumnado y/o personal en los accesos y salidas del centro docente y en los desplazamientos internos, ubicar al alumnado en un espacio del aula con buena ventilación, sin corrientes de aire hacia el interior del aula o bien en el tramo final de ésta, aumentar la distancia en el propio aula respecto del resto del alumnado (al menos 1,5 metros), aumentar la frecuencia de limpieza e higiene de manos, valorar el uso de pantalla protectora por parte del alumnado con exención, realización en el exterior de actividades que aumenten la posibilidad de emisión de aerosoles, promover la realización de clases de educación física en espacios exteriores o si se realizan en interior aumentar la distancia, y reforzar la vigilancia de este alumnado con exención de uso de la mascarilla ante la aparición de síntomas compatibles con la Covid-19.

Desde la aplicación de este Protocolo se restableció la asistencia normal de XXX a clase, por lo que la cuestión debatida en este procedimiento se limita a analizar si las medidas que se adoptaron con anterioridad vulneraron alguno de los derechos fundamentales invocados por la parte recurrente. A tenor de la prueba testifical del inspector de Educación D. XXXXXXXXXXXXXXXX, y del Director del Centro Abencerrajes, XXXXXXXXXXXXXXXX las medidas que se adoptaron respecto del menor a partir del 21 de septiembre fueron la pantalla facial, que el menor se encontrara sentado cerca de la ventana y que comiera aparte de sus compañeros con una mayor distancia, y fueron acordadas por la indicación de la enfermera referente sanitario. El acuerdo de segregación escolar, como lo denomina la parte recurrente



Código Seguro De Verificación:	8Y12VLEY4UX6MTYAMUXM7UYDWGNXDH	Fecha	11/05/2022	
Firmado Por	XXXX			
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	6/10	



o de atención educativa en espacio diferenciado, se adopta en fecha 5 de octubre por la Comisión Provincial Covid, pero no se aplica efectivamente hasta que se comunica al Centro el 20 de octubre, y ya el 21 el menor no va al colegio por decisión de sus padres ante la discrepancia con dicha decisión.

QUINTO. Antes de abordar el estudio de las cuestiones controvertidas, recordemos que el proceso especial regulado en los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, aparece limitado en su aplicación, dada la naturaleza y contenido del mismo, a la determinación de si un acto concreto de la Administración es constitutivo o no de una vulneración de alguno o algunos de los derechos y libertades a que se refiere el artículo 53.2 de la Constitución. La causa de tal limitación radica en el sistema de valores que nuestro Texto Fundamental incorpora, como basamento del orden político y de la paz social (artículo 10), entre los que destacan la libertad y dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respecto a la Ley y a los derechos de los demás. Por ello, dada su trascendencia, la Ley Suprema concede una protección especial a los denominados derechos fundamentales y libertades públicas (artículos 15 a 29), cuya tutela específica se realiza ante los tribunales ordinarios, junto con la relativa al principio de igualdad del artículo 14 y a la objeción de conciencia del artículo 30, a través de este proceso, basado en los principios de preferencia y, en su caso, mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. De ahí que el proceso entablado por el recurrente sólo puede ser cauce adecuado para tramitar pretensiones circunscritas al conjunto de derechos y libertades a que se ha hecho referencia, estando vedado consecuentemente el enjuiciamiento de cualquier otro derecho constitucional que no esté expresamente recogido en los preceptos mencionados, o de cuestiones directamente relacionadas con la aplicación de la legalidad ordinaria, de tal modo que tanto en uno como en otro caso lo procedente será declarar la inidoneidad de la vía procedimental utilizada, si se detecta en la fase inicial del procedimiento, o la desestimación de la demanda, si tal valoración se aprecia en sentencia. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente tanto el Tribunal Constitucional (entre otras, STC 16 de febrero de 1989) como el Tribunal Supremo (por todas, STS 21 de noviembre de 1990, 10 de febrero y 8 de octubre de 1997). No obstante, dicha línea jurisprudencial debe matizarse por el contenido del 121.2º de la LJCA que permite el análisis de la infracción de legalidad ordinaria cuando “como consecuencia de la misma se vulnera un derecho de los susceptibles de amparo”, pero no cabe entender posible un examen de la cuestión de legalidad ordinaria que esté desligada o desvinculada de una vulneración constitucional.

Asimismo, la invocación de los artículos 9.3 y 10 de la Constitución no puede ser directamente apreciable sin una conexión con los derechos fundamentales citados objeto de este procedimiento *numerus clausus*, o, lo que es lo mismo, se erigen en parámetros interpretativos de éstos.

SEXTO. Sobre la vulneración del derecho fundamental consagrado en el artículo 14 de la Constitución, partimos del presupuesto de que la igualdad ante la Ley obliga a que ésta sea aplicada efectivamente de modo igual a todos aquellos que se hallan en la misma situación, sin que el aplicador pueda establecer diferencia alguna en razón de las personas o circunstancias que no sean precisamente las plasmadas en la norma. La traslación de este principio al supuesto que se analiza presupone verificar la posible concurrencia de un trato



Código Seguro De Verificación:	8Y12VLEY4UX6MTYAMUXM7UYDWGNXDH	Fecha	11/05/2022	
Firmado Por	XXXXX			
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	7/10	



distinto a un hecho de características semejantes, en el que el aplicador de la norma ha adoptado una decisión discriminatoria. Esta reflexión conlleva la imperatividad del juicio de contraste entre las diferentes situaciones a las que alcanza la aplicación de la norma y del que deriva la pretendida consecuencia discriminatoria, lo que se expresa condensadamente en el principio de que la igualdad encierra una prohibición de discriminación, de tal manera que ante situaciones iguales deben darse tratamientos iguales. Ahora bien, tal requerimiento no viene necesariamente remarcado como una mimética reproducción de los supuestos fácticos que definen las respectivas situaciones. El presupuesto esencial para proceder a un enjuiciamiento desde la perspectiva del artículo 14 de la Constitución, es que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean efectivamente equiparables o, cuando menos, presenten elementos comunes suficientes para considerarlos jurídicamente iguales, lo que se expresa, también, exigiendo que los supuestos sometidos a juicio de comparación «guarden entre sí una identidad sustancial», como ha indicado el Tribunal Constitucional, en las sentencias 48/1987 y 90/1993.

Respecto de este derecho, el recurrente se centra en sus alegaciones en la inidoneidad, la falta de necesidad y la desproporción de las medidas, pero no se trae a colación ningún caso de contraste que se encuentre en la misma situación del menor afectado, es decir, del tratamiento que se haya dispensado en el mismo u otros centros o menores exentos del uso de mascarilla, pues no es comparable desde el prisma estricto del derecho a la igualdad con la situación de los demás compañeros de clase que venían obligados a portar mascarilla. Por consiguiente, al no haber suministrado el recurrente término de comparación de contraste entre las diferentes situaciones a las que alcanza la pretendida aplicación de la norma y del que derive la pretendida discriminación, no se puede llevar a cabo el juicio de contraste ineludible para declarar la desigualdad invocada, por lo que este motivo debe ser rechazado.

SÉPTIMO. La genérica y escueta alusión que se hace del derecho fundamental del artículo 15 de la Constitución, sobre el carácter degradante de las medidas (apartado 3 de los Fundamentos de Derecho de la demanda) no se encuentra debidamente fundamentada ni acreditada, pues ninguna prueba se ha practicado sobre si el menor sufrió algún padecimiento moral o psicológico, ni sobre la manera concreta en que se hubiera practicado la separación y la atención educativa del menor en un aula o espacio diferenciado. Por tanto esta alegación debe rechazarse con la misma brevedad que fue invocada.

Realmente, todas las alegaciones de la parte recurrente tienen sentido a la luz del derecho fundamental a la educación del artículo 27 de la Norma Suprema fundamentalmente y en relación al caso que nos ocupa por lo expuesto en su apartado 2: *La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.* Debemos atender a este derecho desde dos puntos de vista: primero si se trataba de medidas debidamente justificadas y proporcionales, y segundo si surtieron algún efecto real en el derecho a la educación del menor.

Sobre las medidas que realmente se aplicaron desde el 21 de septiembre por indicación de la enfermera referente sanitaria (recordamos: pantalla protectora, ubicación a distancia en clase e ingesta a distancia) hemos de decir con toda contundencia que se



Código Seguro De Verificación:	8Y12VLEY4UX6MTYAMUXM7UYDWGNXDH	Fecha	11/05/2022	
Firmado Por	XXXXX			
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	8/10	



encontraban perfectamente indicadas, con encaje en el Protocolo vigente a principio del curso escolar y también tras la aplicación del específico el 15 de diciembre de 2021 y no tuvieron incidencia alguna en el derecho a la educación del menor. Por tanto, la cuestión queda reducida a la medida de atención específica en aula o espacio diferenciado y separado de sus compañeros, acordada el 5 de octubre de 2021 por la Comisión Provincial y luego ratificada el 22 de noviembre.

Coincidimos con la parte recurrente en su valoración de que esta drástica medida no se encontraba amparada ni por el protocolo general vigente al comienzo de curso escolar y ni siquiera se contemplaba tras la adopción del protocolo específico, y si atendemos al nivel educativo y a la corta edad del menor, pudo haber tenido una seria incidencia en su proceso educativo de haberse aplicado y haberse mantenido en el tiempo, por lo que en este caso no consideramos que fuera idónea, necesaria ni proporcionada.

Sin embargo, y dando respuesta a la segunda de las cuestiones que nos planteábamos sobre su efectividad real en el derecho a la educación del menor, no cabe duda de que ha sido nula, en primer lugar porque ha quedado perfectamente acreditado en este procedimiento que como tal medida impuesta por la Administración nunca llegó a tener efectividad, pues no se implantó en el colegio hasta que se comunicó el acuerdo de la Comisión Provincial el 20 de octubre de 2021, y ya el 21 de octubre el menor no acudió al colegio por decisión de sus padres. Pero es que además ninguna prueba se ha practicado acerca de que todo lo acontecido haya tenido alguna trascendencia real en el proceso educativo del menor, entendido éste como el conjunto de conocimientos, maduración, actitudes, valores, socialización y todo el acervo de elementos, principios o valores que se ven implicados en el desarrollo escolar del menor.

Por todo lo expuesto, la estimación de la demanda debe ser exclusivamente parcial, sólo referida al acuerdo de atención educativa en aulas diferenciadas que adoptó la Comisión Provincial en su sesión de 5 de octubre de 2021, **declarando su nulidad por la causa prevista en el artículo 47.1 a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas en relación con el artículo 27 de la Constitución, y únicamente en el plano teórico de la afectación del derecho fundamental que habría podido suponer si se hubiera llegado a aplicar realmente.**

OCTAVO. Conforme a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no procede hacer una expresa condena en costas, *puesen los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo debidamente, las imponga a una de ellas por haber sostenido su acción e interpuesto el recurso con mala fe o temeridad* (cosa esta última que no se da en el caso que nos ocupa).

NOVENO. Las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo dictadas en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales de la persona son siempre susceptibles de recurso de apelación (letra b del apartado 2 del artículo 81 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).



Código Seguro De Verificación:	8Y12VLEY4UX6MTYAMUXM7UYDWGNXDH	Fecha	11/05/2022	
Firmado Por	XXXXXXXXXXXX			
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	9/10	

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Que estimo parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora señora XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX en nombre y representación de D XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, contra los actos y acuerdos de segregación escolar hacia XXXX dictados por la Comisión Provincial Territorial para el seguimiento de las medidas de prevención, protección, vigilancia y promoción de la salud frente al Covid-19 en los centros educativos docentes no universitarios, declarando la nulidad del acuerdo de la citada Comisión de 5 de octubre de 2021 exclusivamente en lo referente a la atención educativa del menor en aula separada y con las precisiones expuestas en el Fundamento de Derecho Séptimo de esta sentencia, sin hacer expresa imposición de las costas a ninguna de las partes.


Notifíquese a las partes, haciéndoseles saber que contra la presente sentencia cabe recurso de apelación para ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla. En tal caso, este recurso deberá interponerse ante este Juzgado, dentro de los quince días siguientes al de la notificación de esta sentencia, mediante escrito razonado que deberá contener las alegaciones en que se fundamente el recurso. Se deberá acompañar al mismo resguardo acreditativo del ingreso de depósito de 50 euros en la Cuenta de Consignaciones de este Juzgado en Banco de Santander, número 1812/0000/22/ seguido del número de procedimiento (cuatro dígitos) y el año (dos dígitos), y especificando en el campo concepto "recurso de apelación-22", de conformidad con la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica 1/09, modificadora de la LOPJ, bajo apercibimiento de no admisión a trámite del recurso.

Firme que sea esta sentencia, remítase testimonio de la misma junto con el expediente administrativo al correspondiente órgano administrativo.

Así, por esta mi sentencia, de la que se expedirá testimonio para su incorporación a las actuaciones, llevándose el original al Libro de Sentencias, la pronuncio, mando y firmo.

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."



Código Seguro De Verificación:	8Y12VLEY4UX6MTYAMUXM7UYDWGNXDH	Fecha	11/05/2022	
Firmado Por	XXXXX			
Url De Verificación	https://ws050.juntadeandalucia.es/verificarFirma/	Página	10/10	