

El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional

Lorenzo Cotino Hueso

Profesor titular de Derecho constitucional de la Universidad de Valencia

Versión previa a las últimas pruebas de imprenta.

Acuda al original publicado por el CEPC

CONTENIDO GENERAL

1. ANTECEDENTES, FUENTES Y EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN.....	9
2. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN.....	61
3. EL OBJETO E IDEARIO CONSTITUCIONAL DE LA EDUCACIÓN Y SU RELEVANCIA JURÍDICA.....	88
4. NATURALEZA, ESTRUCTURA, EXIGIBILIDAD Y CONTENIDO DEL DERECHO Y DEBER DE LA EDUCACIÓN.....	104
5. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LAS DIVERSAS ENSEÑANZAS Y NIVELES EDUCATIVOS.....	145
6. EL CONTENIDO MÁS PRESTACIONAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN. LAS “CUATRO A”: ASEQUIBILIDAD, ACCESIBILIDAD, ACEPTABILIDAD Y ADAPTABILIDAD	168
7. OTROS DERECHOS INTEGRANTES DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN	239
8. LOS TITULARES DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y COLECTIVOS TRADICIONALMENTE DISCRIMINADOS	263
9. PADRES, DOCENTES Y LOS PODERES PÚBLICOS Y SUS COMPETENCIAS EN EDUCACIÓN.....	297
10. LÍMITES Y RESTRICCIONES AL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y SU TRATAMIENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL	319
11. PROTECCIÓN Y GARANTÍAS DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN.....	339
BIBLIOGRAFÍA	383
RESOLUCIONES JUDICIALES RELEVANTES PARA LA EDUCACIÓN Y ENSEÑANZA....	407

CONTENIDO ESPECÍFICO

1. ANTECEDENTES, FUENTES Y EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN	9
1. 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	9
1. 2. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES	13
1. 2. 1. <i>El proceso constituyente</i>	13
1. 2. 2. <i>Normas constitucionales sobre el derecho a la educación</i>	15
a) La regulación del artículo 27 CE.....	15
b) La regulación de la educación y la enseñanza en otras normas constitucionales.....	17
1. 3. REGULACIÓN INTERNACIONAL	19
1. 3. 1. <i>Normativa y actividad internacional de ámbito mundial</i>	19
a) Los tratados generales de derechos humanos	19
b) La importante regulación de la educación en la Convención sobre Derechos del Niño	22
c) La educación en algunas convenciones antidiscriminatorias y de protección de minorías.....	24
d) La educación en convenciones relativas a colectivos específicos y otros tratados	29
1. 3. 2. <i>Normativa y actividad del ámbito regional europeo</i>	32
a) Educación y enseñanza en el ámbito de la actividad del Consejo de Europa	32
b) Educación y enseñanza en el ámbito de la Unión y Comunidad europeas.....	35
b. 1. De unas escasas competencias en el Tratado a una “vis atractiva” de la formación en el Derecho comunitario a manos del TJCE.....	35
b. 2. La educación y la formación en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en la Carta europea de los Derechos del Niño.....	40
1. 4. DESARROLLO Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA HASTA LA FECHA.....	41
1. 4. 1. <i>Un desarrollo normativo amplio y desde numerosas fuentes de producción</i>	42
a) Una extensa legislación estatal.....	42
b) ... extraordinariamente desarrollada por múltiples centros normativos	42
1. 4. 2. <i>El alcance de las reservas de ley en un derecho necesitado de regulación</i>	43
a) Las bases constitucionales de la regulación legal y reglamentaria del derecho a la educación	43
b) Las variadas soluciones jurisprudenciales en materia de reserva de ley	46
c) La dudosa constitucionalidad de la regulación no legal de derechos fundamentales del menor	48
1. 4. 3. <i>El desarrollo estatal orgánico de la regulación general de la educación desde la aprobación de la Constitución</i>	49
1. 4. 4. <i>La regulación orgánica estatal universitaria y de la formación profesional</i>	52
1. 4. 5. <i>La regulación del derecho a la educación en las reformas de los Estatutos de autonomía y sus escasas aportaciones</i>	54
1. 4. 6. <i>La ola de leyes autonómicas de educación posterior a la LOE y las reformas de los Estatutos</i>	59
2. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN	61
2. 1. “EDUCACIÓN” Y NOCIONES AFINES.....	61
2. 1. 1. <i>Educación, formación y aprendizaje</i>	61
2. 1. 2. <i>Las nociones de “instrucción” y “enseñanza” se funden y confunden con “educación”</i>	64
2. 1. 3. <i>La educación como servicio público prestado a través del sistema educativo por sujetos públicos o privados</i>	66
2. 1. 4. <i>Enseñanza formal-informal-no formal y alcance del derecho a la educación fuera del sistema educativo. Del derecho a la educación al derecho al aprendizaje</i>	70
2. 2. EL FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y SUS DIVERSAS FINALIDADES	73
2. 2. 1. <i>El alumno como centro del derecho a la educación</i>	74
2. 2. 2. <i>La educación como útil herramienta para múltiples fines que trascienden al individuo</i>	76
a) La educación para la consolidación democrática y eficacia misma de los derechos fundamentales	77
b) La educación como instrumento útil contra el racismo y la xenofobia y la igualdad de género.....	78

c) La educación para la paz y la resolución pacífica de conflictos	79
d) La educación para el medio ambiente, la participación, salud y educación sexual	80
e) Otros fines de la educación y a modo de conclusión	82
2. 2. 3. <i>El carácter primordial del derecho a la educación, su particular naturaleza y sus consecuencias jurídicas</i>	84
3. EL OBJETO E IDEARIO CONSTITUCIONAL DE LA EDUCACIÓN Y SU RELEVANCIA JURÍDICA	88
3. 1. LA IMPORTANTE REGULACIÓN INTERNACIONAL DEL OBJETO DE LA EDUCACIÓN Y PAUTAS CONCRETAS PARA SU INTERPRETACIÓN	88
3. 2. EL OBJETO DE LA EDUCACIÓN EN DIVERSOS DOCUMENTOS INTERNACIONALES	91
3. 3. LOS CENTROS Y ENSEÑANZAS A LOS QUE SE IMPONE EL IDEARIO CONSTITUCIONAL	93
3. 4. EL OBJETO CONSTITUCIONAL DE LA EDUCACIÓN NO CONSAGRA DERECHOS NI AMPARA PRETENSIONES CONCRETAS	95
3. 5. ALCANCE Y FISCALIZACIÓN JURÍDICA DEL OBJETO CONSTITUCIONAL DE LA EDUCACIÓN	97
3. 6. EL PASO A LA POLÉMICA ASIGNATURA “EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA”	100
4. NATURALEZA, ESTRUCTURA, EXIGIBILIDAD Y CONTENIDO DEL DERECHO Y DEBER DE LA EDUCACIÓN	104
4. 1. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN COMO DERECHO SUBJETIVO FUNDAMENTAL PRESTACIONAL... 104	
4. 1. 1. <i>El derecho a la educación debe centrarse en el derecho a recibir una educación</i>	104
4. 1. 2. <i>Un derecho subjetivo, fundamental y prestacional que entraña el derecho a una “acción positiva”</i>	106
4. 1. 3. <i>El contenido del derecho a la educación y la necesaria interposición normativa para hacerlo efectivo</i>	109
4. 1. 4. <i>La concurrencia de diversas categorías y nociones para preservar contenidos del derecho a la educación frente a la variable interposición normativa</i>	113
a) Un contenido esencial o contenidos mínimos inexpugnables del derecho a la educación	113
b) Las nociones de mandato, de normas de organización y procedimiento, de reserva y remisión a la ley y la interposición legislativa	115
c) La garantía institucional y la doble dimensión de los derechos en el ámbito educativo	116
d) El juicio de relevancia constitucional	120
4. 1. 5. <i>La habitual desfundamentación por los tribunales del derecho subjetivo fundamental y las vías de “rescate” de la constitucionalidad</i>	121
4. 2. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN Y DESCRIPCIÓN DEL CONCRETO CONTENIDO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN	126
4. 3. DEL DERECHO AL DEBER. OBLIGATORIEDAD DE LA ENSEÑANZA Y ESCOLARIZACIÓN OBLIGATORIA	130
4. 3. 1. <i>La obligatoriedad general y sus proyecciones normativas</i>	130
4. 3. 2. <i>La educación en casa y su tratamiento jurídico</i>	133
4. 3. 3. <i>La posición de los tribunales ante la no escolarización hasta la sentencia 133/2010 del Tribunal Constitucional</i>	135
4. 3. 4. <i>La imposición de la escolarización obligatoria por el Tribunal Constitucional en su sentencia 133/2010</i>	139
4. 3. 5. <i>La conveniencia de adoptar posiciones flexibles</i>	141
4. 3. 5. <i>El deber de asistencia a las clases y el pseudo derecho de huelga</i>	142
5. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LAS DIVERSAS ENSEÑANZAS Y NIVELES EDUCATIVOS	145
5. 1. LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA EDUCATIVO	145
5. 2. LA ENSEÑANZA GENERAL NO UNIVERSITARIA	146
<i>La educación infantil</i>	146
<i>La enseñanza “básica”</i>	148
5. 3. LA FORMACIÓN PROFESIONAL Y ENSEÑANZAS DE RÉGIMEN ESPECIAL	151
5. 3. 1. <i>La Formación profesional y su dimensión europea</i>	151

5. 3. 2. Las enseñanzas de régimen especial.....	154
5. 4. LA ENSEÑANZA GENERAL SUPERIOR-UNIVERSITARIA	155
5. 5. EDUCACIÓN “FUNDAMENTAL” Y LA EMERGENTE ENSEÑANZA DE ADULTOS PARA TODA LA VIDA	159
5. 6. EL DERECHO A RECIBIR ENSEÑANZA RELIGIOSA Y SU DIMENSIÓN PRESTACIONAL.....	161
6. EL CONTENIDO MÁS PRESTACIONAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN. LAS “CUATRO A”: ASEQUIBILIDAD, ACCESIBILIDAD, ACEPTABILIDAD Y ADAPTABILIDAD	168
6. 1. ASEQUIBILIDAD: PRESUPUESTO SUFICIENTE, ESCUELAS Y MAESTROS NECESARIOS, INFRAESTRUCTURA Y DOTACIONES PERTINENTES	170
6. 1. 1. La garantía de presupuestos suficientes	170
6. 1. 2. La programación de la enseñanza	174
6. 1. 3. La creación de centros.....	176
6. 1. 4. La subvención y conciertos con los centros privados.....	178
6. 1. 5. Financiación de la enseñanza privada a través de bonos, ayudas y cheques escolares.....	181
6. 1. 6. La exigibilidad jurídica de la dotación de infraestructuras y medios y la facilitación del transporte, libros y medios informáticos.....	182
La suficiencia de medios como contenido exigible del derecho a la educación y de su desarrollo normativo	182
Exigibilidad jurídica de transporte, medios materiales y profesorado, libros gratuitos y nuevas tecnologías	184
Garantías de los medios en la educación, un ámbito de actuación habitual de los defensores del pueblo.....	188
6. 2. ACCESIBILIDAD: GARANTÍAS DE ACCESO Y ADMISIÓN, LA ELIMINACIÓN DE BARRERAS MATERIALES Y ASEQUIBILIDAD EFECTIVAS DE LA ENSEÑANZA	191
6. 2. 1. El derecho a la elección o a la preferencia de centro en su dimensión prestacional.....	191
6. 2. 2. El derecho de acceso, procesos de admisión y requisitos de acceso	196
a) El acceso y admisión en los estudios obligatorios.....	198
a. 1. Admisibilidad constitucional de la conformación según edades y requisitos académicos de acceso y selección del alumnado.....	198
a. 2. La regulación actual de la admisión de las enseñanzas no universitarias.....	200
a. 3. La difícil fiscalización jurídica de esta materia socialmente sensible y la posible idoneidad de que sea la Administración la directamente que lleve a cabo la admisión a los centros concertados	202
b) Admisibilidad constitucional de los sistemas de acceso y admisión en los estudios no obligatorios y universitarios	204
6. 2. 3. Eliminación de barreras materiales de acceso y las políticas de equidad en la educación como exigencias constitucionales.....	207
6. 2. 4. Eliminación de barreras económicas: la iusfundamentalidad de la gratuidad de la educación y de los sistemas de becas y ayudas	209
a) La exigencia constitucional de la gratuidad de la enseñanza básica obligatoria y, también, la postobligatoria	209
a. 1. La determinación legislativa de la enseñanza “básica”	210
a. 2. El alcance constitucional de la gratuidad.....	212
b) El derecho fundamental al acceso a las ayudas y becas.....	213
b. 1. La fundamentalización del derecho al acceso a ayudas y becas su alcance constitucional ..	213
b. 2. El reconocimiento normativo de este derecho y algunos aspectos conflictivos	216
6. 3. ACEPTABILIDAD: EL DERECHO A UNA EDUCACIÓN DE CALIDAD Y LA EVITACIÓN DEL FRACASO ESCOLAR	218
6. 4. 1. La calidad de la educación y el establecimiento de indicadores.....	218
6. 4. 2. El derecho fundamental a una educación de calidad y su contenido jurídico...	221
6. 4. 3. Los datos de la mala enseñanza, abandono y fracaso escolar en España. “PISA” y calidad educativa	224
6. 4. ADAPTABILIDAD DE LA EDUCACIÓN Y LA DETERMINACIÓN DE SUS CONTENIDOS.....	227

6. 5. 1. La adecuación de la educación al contexto y necesidades.....	227
6. 5. 2. La determinación las actuales necesidades o competencias educativas en el ámbito de la Unión Europea.....	228
6. 5. 3. La facultad de determinación por el Estado de los contenidos educativos y los límites en razón de los derechos de los padres y la “Educación para la ciudadanía” ...	229
6. 5. 4. La prohibición de adoctrinamiento en razón de la libertad ideológica del alumno.....	233
6. 5. 5. Las nuevas tecnologías en la enseñanza y la excepcionalidad de la enseñanza a distancia desde el punto de vista constitucional.....	235
7. OTROS DERECHOS INTEGRANTES DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN	239
7. 1. EL DERECHO Y GARANTÍAS DE LA EVALUACIÓN DEL ALUMNO.....	239
7. 1. 1. La amplia regulación estatal y autonómica del derecho a la evaluación y progresión en el ámbito no universitario y los diversos niveles educativos.....	239
7. 1. 2. Restricciones al derecho a la evaluación del alumnado.	242
7. 1. 3. El derecho a la evaluación en el ámbito universitario	243
7. 1. 4. La revisión judicial de las evaluaciones: de las dificultades del pasado a las dificultades del futuro.....	244
7. 2. EL DÉBIL DERECHO A LA PERMANENCIA EN LOS CENTROS Y A LA PROGRESIÓN Y EN EL SISTEMA EDUCATIVO ORDINARIO. EL CASO DE SUPERDOTADOS	245
7.2.1. El derecho a la permanencia en el centro educativo.....	246
7.2.2. El derecho a la progresión en el sistema educativo.....	248
7.2.3. El supuesto particular de la promoción y progresión del alumnado superdotado	250
7. 3. EL DERECHO A OBTENER EL RECONOCIMIENTO OFICIAL DE LOS ESTUDIOS REALIZADOS Y LOS TÍTULOS CORRESPONDIENTES	252
7. 3. 1. El reconocimiento de este derecho fundamental.....	252
7. 3. 2. El desarrollo normativo de este derecho en las distintas enseñanzas y en el Derecho comunitario.....	253
7. 4. EL DERECHO A RECIBIR LA EDUCACIÓN EN LENGUA COMPRENSIBLE, PERO NO A ELEGIRLA	255
7. 4. 1. Pautas jurisprudenciales sobre la lengua en la educación.....	256
7. 4. 2. La reavivación de la polémica lingüística a partir del Estatuto de Cataluña de 2006 y sus secuelas jurisprudenciales.....	259
7. 4. 3. La posibilidad de la enseñanza y evaluación en otras lenguas no oficiales.....	261
8. LOS TITULARES DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y COLECTIVOS TRADICIONALMENTE DISCRIMINADOS	263
8. 1. LOS SUJETOS EN LA EDUCACIÓN Y LA COMUNIDAD EDUCATIVA	263
8. 2. EL MENOR COMO TITULAR HABITUAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN.....	263
8. 2. 1. El titular habitual del derecho a la educación es menor de edad	264
8. 2. 2. El ejercicio de los derechos por el menor como medio para alcanzar el objeto constitucional de la educación.....	265
8. 3. DISCRIMINACIÓN SEXUAL EN LA EDUCACIÓN	267
8. 3. 1. Acciones y propuestas internacionales para la no discriminación por sexo. Un problema en buena medida superado en los países occidentales.....	267
8. 3. 2. El sexo como criterio para el acceso y admisión a la educación: la educación separada y diferenciada.....	271
a) Perspectiva internacional y comparada del problema.....	271
b) El conflictivo pasado, presente y futuro de la cuestión en España	272
8. 4. EL ACCESO A LA EDUCACIÓN POR LOS EXTRANJEROS Y SU INTEGRACIÓN EDUCATIVA.....	275
8. 4. 1. El pleno reconocimiento jurisprudencial del derecho a la educación de los extranjeros.....	275
8. 4. 2. Datos básicos y problemas que suscita el fenómeno de la extranjería en la educación.....	279

8. 4. 3. <i>Algunas propuestas de solución y tratamiento jurídico del fenómeno. Especial atención al fenómeno de la concentración y la integración tardía</i>	281
8. 5. ACCESO EFECTIVO A LA EDUCACIÓN POR DISCAPACITADOS Y EL –NUEVO- DERECHO FUNDAMENTAL A UNA EDUCACIÓN INCLUSIVA E INTEGRADORA	285
8. 5. 1. <i>El reciente reconocimiento internacional de la educación integradora y las medidas que implica</i>	285
8. 5. 2. <i>El nuevo derecho fundamental en España y su proyección jurídico normativa</i>	288
a) La educación especial en las enseñanzas no universitarias.....	289
b) La educación especial en las enseñanzas universitarias.....	290
8. 6. LAS PARTICULARIDADES RESPECTO DE ALUMNOS GITANOS.....	291
8. 7. SINGULARIDADES POR CUANTO A PRESOS Y EL ALCANCE DE LA DIMENSIÓN SUBJETIVA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LOS TRABAJADORES	294
9. PADRES, DOCENTES Y LOS PODERES PÚBLICOS Y SUS COMPETENCIAS EN EDUCACIÓN	297
9. 1. LOS PADRES U OTRAS PERSONAS RESPONSABLES DE LA EDUCACIÓN DEL MENOR	297
9. 2. LOS RESPONSABLES ÚLTIMOS –Y MÁS IMPORTANTES- DE LA EDUCACIÓN: CENTROS Y DOCENTES Y EL REFORZAMIENTO DE SU AUTORIDAD	300
9. 3. LOS VARIADOS PODERES PÚBLICOS RESPONSABLES DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN.....	304
9. 4. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL. ESTADO, COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y UNIVERSIDADES....	305
9. 5. LA FIJACIÓN COMPETENCIAL EN RAZÓN DE LA ACTUAL SITUACIÓN LEGISLATIVA	308
9. 5. 1. <i>La importante determinación de competencias en razón de la LODE</i>	309
9. 5. 2. <i>La compleja fijación de competencias en virtud de la LOE</i>	310
a) Lo orgánico en la LODE	310
b) Lo básico en la LOE	311
c) La exclusión de normativa autonómica a través de remisiones a reglamento estatal	312
9. 5. 3. <i>La determinación de competencias en la LOU</i>	314
a) Lo orgánico en la LOU	315
b) Lo básico en la LOU por remisión al Gobierno.....	316
c) Determinaciones sobre los títulos y la validez de los mismos y el profesorado	317
10. LÍMITES Y RESTRICCIONES AL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y SU TRATAMIENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL	319
10. 1. LA CONSTATACIÓN DE UNA INTERVENCIÓN EN EL DERECHO FUNDAMENTAL PRESTACIONAL A LA EDUCACIÓN	319
10. 2. LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LOS LÍMITES DEL DERECHO FUNDAMENTAL PRESTACIONAL A LA EDUCACIÓN	322
10. 3. EL TRATAMIENTO PARTICULAR DE LOS CONFLICTOS CON OTROS DERECHOS	324
10. 4. RESTRICCIONES DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN POR APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO Y EL RÉGIMEN DE DEBERES DEL ALUMNO.....	326
10. 1. 1. <i>Los deberes y obligaciones del alumnado y su fundamentación</i>	326
10. 1. 2. <i>Las restricciones del derecho a la educación en razón del Derecho sancionador, sus límites y admisibilidad constitucional</i>	327
10. 1. 3. <i>La exigencia constitucional de rango de ley de la normativa disciplinaria y la inconstitucionalidad actual</i>	330
10. 1. 4. <i>La exigencia de garantías en aplicación del Derecho sancionador educativo</i>	336
11. PROTECCIÓN Y GARANTÍAS DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN	339
11. 1. UNA APROXIMACIÓN A LAS GARANTÍAS DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LAS PARTICULARIDADES DE SU EJERCICIO POR EL ALUMNO MENOR DE EDAD	339
11. 2. DERECHOS Y DEBERES DE INFORMACIÓN Y ORIENTACIÓN Y SU NATURALEZA IUSFUNDAMENTAL	341
11. 3. LA PARTICIPACIÓN EN LA ENSEÑANZA.....	344
11. 3. 1. <i>El acogimiento específico del principio participativo en el artículo 27 CE</i>	344
11. 3. 2. <i>La participación en la programación general de la enseñanza</i>	346

11. 3. 3. <i>El derecho fundamental a la participación en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos</i>	347
a) El reconocimiento del derecho subjetivo a la participación en el control y gestión a padres y a alumnos en función de la edad.....	347
b) El amplio margen concedido al normador estatal, autonómico y universitario para la regulación de la participación en el control y gestión.....	349
c) La regulación vigente de la participación en la gestión y control para centros públicos y privados.....	351
11. 4. EL LÍMITE DEL TRABAJO INFANTIL COMO GARANTÍA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN.....	354
11. 5. GARANTÍAS Y CONTROLES ADMINISTRATIVOS DE LA PRESTACIÓN EDUCATIVA.....	355
11. 5. 1. <i>El control y la inspección educativa estatal y autonómicas</i>	355
11. 5. 2. <i>Las garantías administrativas son las naturales del derecho a la educación</i>	358
11. 5. 3. <i>Los órganos de escolarización y las especiales garantías de la igualdad en la aplicación de las normas de admisión en la escolarización</i>	358
11. 5. 4. <i>Control y garantías por los órganos de gobierno de los centros docentes</i>	359
11. 6. GARANTÍAS FRENTE AL ACOSO ESCOLAR ENTRE ALUMNOS (“BULLYING”).....	360
11. 6. 1. <i>El acoso escolar: noción, datos y derechos en juego</i>	361
11. 6. 2. <i>Respuestas jurídico-criminales frente al acoso escolar</i>	364
11. 6. 3. <i>La responsabilidad del centro por el acoso</i>	365
11. 6. 4. <i>Respuestas jurídicas no criminales frente al acoso escolar</i>	367
11. 7. GARANTÍAS EXTRAJUDICIALES: FISCALÍA, OMBUDSMEN Y ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES EN EL ÁMBITO EDUCATIVO.....	370
11. 7. 1. <i>Fiscalía de menores</i>	370
11. 7. 2. <i>Defensor del pueblo, figuras afines y especializadas y su actividad en el ámbito educativo</i>	371
11. 7. 3. <i>Agencias especializadas con creciente incidencia en educación, como las relativas a la protección de datos</i>	373
11. 8. GARANTÍAS JURISDICCIONALES.....	373
11. 8. 1. <i>La justiciabilidad en el marco del derecho a la educación y algunas de sus barreras</i>	374
11. 8. 2. <i>Vías de reacción frente a los actos que afecten al derecho a la educación, especialmente por la actuaciones administrativas</i>	376
11. 8. 3. <i>Exigencia judicial de responsabilidad por daños en centros educativos</i>	378
11. 8. 4. <i>La particular protección penal en el ámbito educativo</i>	379
11. 9. GARANTÍAS INTERNACIONALES.....	379
BIBLIOGRAFÍA	383
GENERAL, RELEVANTE PARA EL TEMA.....	383
ESPECÍFICA DE EDUCACIÓN Y ENSEÑANZA.....	385
RESOLUCIONES JUDICIALES RELEVANTES PARA LA EDUCACIÓN Y ENSEÑANZA	407
LAS SENTENCIAS DEL TEDH.....	407
SENTENCIAS DEL TJCE MÁS IMPORTANTES:.....	408
RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL MÁS RELEVANTES PARA LA EDUCACIÓN Y ENSEÑANZA:.....	408

1. ANTECEDENTES, FUENTES Y EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

1. 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Se ha dicho con razón que el derecho a la educación no tiene una historia muy larga¹, al menos como derecho subjetivo y como derecho fundamental. Como puede seguirse del desarrollo histórico en España², la preocupación ilustrada por la educación se incorporó a nivel constitucional prontamente en 1812, incluyendo su dimensión prestacional. Si bien, es en el siglo XX donde la prestación de la educación se hace más sólida, así como su reconocimiento jurídico constitucional. Como hoy día sigue sucediendo, desgraciadamente, la educación ha sido uno de los campos de batalla donde librar debates políticos generales, especialmente las disputas religiosas.

Por cuanto a su evolución histórica en España, que alguna sentencia ha sintetizado³, la instrucción pública es una de las preocupaciones del Estado desde la Ilustración⁴.

La extensa Constitución de Cádiz reguló ampliamente la educación, dedicando el título “De la Instrucción Pública) (arts. 366-371). En virtud del artículo 366 “En todos los pueblos de la Monarquía se establecerán escuelas de primeras letras en las que se enseñará a los niños a leer, escribir y contar y el catecismo de la religión católica, que comprenderá también una breve exposición de las obligaciones civiles”. El artículo 367 señalaba que “asimismo se arreglará y creará el número competente de Universidades y de otros establecimientos de instrucción que se juzguen convenientes para la enseñanza de todas las ciencias, literatura y bellas artes”. En razón del artículo 368: “El plan general de la enseñanza será uniforme en todo el Reino, debiendo explicarse la Constitución política de la Monarquía en todas las Universidades y establecimientos literarios donde se enseña las ciencias eclesiásticas y políticas” y el artículo 370

¹ TOMASEVSKI (2003, p. 1).

² Respecto de la historia del derecho a la educación en España, destacan los trabajos de Puelles Benítez (1980), (1988), (1991), (1992), (2000) y de CAPITÁN DÍAZ (2000), (2001), (2002). En particular, se sigue el estudio en perspectiva jurídico-constitucional de ELIPE SONGEL (2003).

³ Es especialmente llamativa la revisión histórica que se realiza en la STS, de 9 marzo 1987 (RJ 1987\1913), FJ 3º.

⁴ Hasta entonces, la única enseñanza reglada era la universitaria, siendo las enseñanzas primarias y medias ejercidas por la Iglesia con ausencia de provisiones públicas. De otro lado, la educación profesional es la que levanta el interés ilustrado en el siglo XVIII. Así, ELIPE SONGEL (2003, p. 17).

disponía que “Las Cortes por medio de planes y estatutos especiales, arreglarán cuanto pertenezca al importante objeto de la instrucción pública”.

E razón de tal regulación, aunque no como derecho subjetivo, se incluyó el mandato del establecimiento de escuelas, universidades y otros establecimientos de instrucción en todo el país, con un plan de enseñanza uniforme que incluyera la enseñanza de la Constitución misma⁵. El Reglamento general de instrucción pública de 1821 estableció la gratuidad de la instrucción pública en todos los grados⁶. En el periodo reaccionario del reinado de Fernando VII, con el Plan Calomarde y el Plan y reglamento de instrucción primaria⁷ se dio una importante legislación de la enseñanza⁸. La supresión de Órdenes religiosas y la desamortización de Mendizábal en 1835 conllevó la extinción de las escuelas conventuales o parroquiales que gratuitamente o por cantidades simbólicas impartían enseñanza, disparándose el analfabetismo⁹. El Real Decreto de 4 de agosto de 1836 del ministro Istúriz, desde parámetros liberales a fin de consolidar a las clases medias establecidas, abandonó la gratuidad de la enseñanza secundaria y superior y la enseñanza primaria paso a ser sólo gratuita para los verdaderamente pobres¹⁰. Esta norma sentó las bases liberales que luego recogerían normas posteriores¹¹ y, en especial, la *Ley Moyano* de 1857¹². Esta ley centenaria fijó los elementos básicos que se venían dando desde el Reglamento de 1821, el Plan Duque de Rivas de 1836 y el Plan Pidal de 1845. La Ley Moyano supuso la “gratuidad relativa para la enseñanza primaria, centralización, uniformidad, secularización y libertad de enseñanza relativa”¹³ y fijó la estructura del sistema educativo nacional hasta la ley de 1970.

Desde la Primera República, la cuestión de la libre enseñanza pasó al primer plano del debate político y educativo; la represora Ley de 2 de junio de

⁵ Al respecto, *Ibidem* (2003, pp. 21 y ss.).

⁶ El reglamento establece la gratuidad de la instrucción pública en todos los grados. *Ibidem* (2003, p. 27).

⁷ Plan literario de estudios y arreglo general de las universidades del reino de 14 de octubre de 1824

⁸ ELIPE SONGEL (2003, p. 29).

⁹ *Ibidem* (2003, p. 35).

¹⁰ Sobre la gratuidad de la enseñanza, *Ibidem* (2003, pp. 36 y ss.).

¹¹ Así, la Ley de 21 de julio de 1838, que entre otros, fijaba condiciones severas para la licencia a la enseñanza privada.

¹² Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857.

¹³ VENTOSA Y CLAVELL, J, *La situación política y los problemas económicos*, Barcelona, Emporium, 1932, así citado por ELIPE SONGEL (2003, p. 49). Según este autor, la ley fija la gratuidad relativa en primaria, selección de maestros, regulación de las escuelas, implantación de institutos a cargo de presupuestos provinciales. En lo universitario se dividen estudios de Facultad, enseñanzas técnicas y profesionales y sólo validez de los estudios en establecimientos públicos.

1868 de Orovio, se derogó el mismo año de su aprobación¹⁴. Con la Constitución de 1869 reapareció tímidamente la constitucionalización de la enseñanza, sólo respecto de la posibilidad de creación de centros privados. Su artículo 24 reconoce el derecho a “fundar y mantener establecimientos de instrucción o de educación sin previa licencia, salvo la inspección de la autoridad competente por razones de higiene o moralidad”.

Tampoco es extensa la regulación constitucional en el artículo 12 de la Constitución de Cánovas de 1876. Dicho precepto disponía que:

“Cada cual es libre de elegir su profesión y de aprenderla como mejor le parezca. Todo español podrá fundar y sostener establecimientos de instrucción, con arreglo a las leyes. Al Estado corresponde expedir títulos profesionales y establecer las condiciones de los que puedan obtenerlos, y la forma en que han de probar su aptitud. Una ley especial determinará los deberes de los profesores y las reglas a que ha de someterse la enseñanza en los establecimientos de instrucción pública costeados por el Estado, las provincias o los pueblos.”

De este modo, se incluye el derecho a aprender profesiones; se expresa la existencia de establecimientos de educación costeados públicamente sin sometimiento a licencia previa y se hacía una referencia a la expedición de títulos por el Estado. De igual modo, así como se establecía una remisión a una ley especial sobre deberes de los docentes y las reglas de la enseñanza en los establecimientos financiados por el Estado. En el sistema de la Restauración, la política escolar sufrió la polaridad liberal-conservadora en materia religiosa¹⁵.

Ya desde el inicio del siglo XX, pero en especial con la Dictadura de Primo de Rivera, se conformó y reglamentó el sistema educativo (planes de estudio, escuelas normales, exámenes, enseñanza de la relación, titulación del profesorado, inspección educativa, autonomía universitaria, etc.). También, con el dictador se crearon numerosas escuelas e institutos reduciéndose el analfabetismo. La escolarización se amplió a los 14 años, siendo gratuita y obligatoria¹⁶.

¹⁴ La Ley Moyano preveía la separación por expediente gubernativo de los profesores que no cumplieran los deberes de su cargo, con doctrinas perniciosas o por su conducta moral, siendo que la Real Orden Circular de 27 de octubre de 1864 consideraba como incumplimientos las especulaciones intelectuales fuera de su cátedra. La Ley Orovio endurecía el régimen y su derogación fue una victoria para la libertad de cátedra. No obstante, el Real Decreto de 26 de septiembre de 1875 supuso cierto retroceso posterior. Sobre la –tan interesante– evolución de la libertad de enseñanza en España, RODRÍGUEZ COARASA (1997).

¹⁵ Al respecto, SÁNCHEZ FERRIZ (1984, p. 61).

¹⁶ Estatuto de 18 de mayo de 1923 (artículo 5).

Señalan Fernández Miranda y Sánchez Navarro¹⁷ que cuando con la Segunda República se concibe el derecho generalizado a la educación se hace en detrimento de la libertad de enseñanza, desde una concepción de la educación como servicio público condicionado por el enfrentamiento político entre la Iglesia y el Estado. Lo cierto es que en 1931 se constitucionaliza ampliamente la educación y la enseñanza en los artículos 48, 49 y 50¹⁸. Aunque no aparece como derecho subjetivo de forma expresa, claros mandatos imponen la dimensión prestacional: el sistema de la escuela unificada presta el servicio esencial de la cultura, con enseñanza primaria gratuita y obligatoria, con mención de ayudas de acceso en las enseñanzas posteriores según capacidad. También, se afirma la inspiración de la docencia laica en “ideas de solidaridad humana”, se mencionan las competencias estatales en la expedición de títulos, el establecimiento de pruebas y requisitos, se reserva a la ley la fijación de edades, grados, duración de escolaridad, contenidos educativos y se menciona a la inspección educativa. Por cuanto a las regiones autónomas se les reconoce la posibilidad de enseñanza en sus lenguas si bien se señala que la instrucción primaria y secundaria será en castellano y el Estado se reserva la posibilidad de mantener o crear instituciones con enseñanza en castellano. De otra parte, se reconoce la libertad de cátedra a los docentes frente a los centros y a los centros religiosos se reconoce el derecho

¹⁷ FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO (1996, p. 160).

¹⁸ Artículo 48: “El servicio de la cultura es atribución esencial del Estado, y lo prestará mediante instituciones educativas enlazadas por el sistema de la escuela unificada.

La enseñanza primaria será gratuita y obligatoria.

Los maestros, profesores y catedráticos de la enseñanza oficial son funcionarios públicos. La libertad de cátedra queda reconocida y garantizada.

La República legislará en el sentido de facilitar a los españoles económicamente necesitado el acceso a todos los grados de enseñanza, a fin de que no se hallen condicionados más que por la aptitud y la vocación.

La enseñanza será laica, hará del trabajo el eje de su actividad metodológica y se inspirará en ideas de solidaridad humana. Ser reconoce a las Iglesias el derecho, sujeto a inspección del Estado, de enseñar sus respectivas doctrinas en sus propios establecimientos.”

Artículo 49: “La expedición de títulos académicos y profesionales corresponderá exclusivamente al Estado, que establecerá las pruebas y requisitos necesarios para obtenerlos aun en los casos en que los certificados procedan de centros de enseñanza de las regiones autónomas. Un ley de Instrucción pública determinará la edad escolar para cada grado, la duración de los períodos de escolaridad, el contenido de los planes pedagógicos y las condiciones en que se podrá autorizar la enseñanza en los establecimientos privados.”

Artículo 50: “Las regiones autónomas podrán organizar la enseñanza en sus lenguas respectivas, de acuerdo con las facultades que se concedan en sus Estatutos. Es obligatorio el estudio de la lengua castellana, y ésta se usará también como instrumento de enseñanza en todos los Centros de instrucción primaria y secundaria de las regiones autónomas. El estado podrá mantener o crear en ellas instituciones docentes de todos los grados en el idioma oficial de la República.

El Estado ejercerá la suprema inspección en todo el territorio nacional para asegurar el cumplimiento de las disposiciones contenidas en este artículo y en los anteriores.

El Estado atenderá a la expansión cultural de España, estableciendo delegaciones y centros de estudio y enseñanza en el extranjero, preferentemente en los países hispanoamericanos.”

a enseñar doctrinas católicas en los establecimientos de las iglesias y se remite a ley las condiciones para autorizar la enseñanza privada.

Con el régimen dictatorial de Franco la educación se empleó políticamente en sentido católico y patriótico, bajo “un modelo educativo integrista al máximo”¹⁹. Desde los años cincuenta²⁰ se intentó hacer menos elitista el bachillerato y se creó el curso preuniversitario. Las leyes fundamentales reconocieron el derecho a una “educación general y profesional” “que nunca podrá dejar de percibirse por falta de medios materiales”²¹, y el derecho a “recibir educación e instrucción y el deber de adquirirlas” siendo que “[e]l Estado velará para que ningún talento se malogre por falta de medios económicos”²².

La expansión económica de los años 60 exigió cambios, que se dieron con la llamada *ley Villar Palasí*, la Ley General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa de 1970, de corte tecnocrático. Se trata de una ley que generalizó la escolarización obligatoria y gratuita, la Educación General Básica (EGB) de 6 a 14 años y afirmaba el compromiso de extender la gratuidad al Bachillerato. El sistema de enseñanza era único y no discriminatorio, asimismo persiguió la calidad en la enseñanza y regulaba la función de planificación y programación estatal. De igual modo, mantuvo la enseñanza privada no universitaria con la posibilidad de que ofertaran puestos gratuitos de enseñanza obligatoria a cambio de apoyo económico. Esta ley también conectó el sistema educativo con el laboral.

1. 2. LAS NORMAS CONSTITUCIONALES

1. 2. 1. El proceso constituyente

La educación tuvo protagonismo en la constituyente²³. Hubo una dura pugna de un modelo de libertad de enseñanza que defendía la situación de la enseñanza privada religiosa frente a un modelo de escuela pública única. Se ha dicho que la libertad de enseñanza era propugnada por la derecha y el derecho a

¹⁹ NICOLÁS MUÑIZ (1983, p. 341).

²⁰ En el periodo franquista se aprobó la Ley de Educación primaria de 17 de julio de 1945.

²¹ Ley de Principios del Movimiento Nacional, de 17 de mayo de 1958, Declaración IX.

²² Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945.

²³ Todo los debates constituyentes sobre educación están recogidos en MEC (1978). De particular interés, pues recoge con extensión todos los debates constituyentes ZUMAQUERO (1984, pp. 25 y ss.). También cabe seguir, NOGUEIRA (1988, p. 65 y ss.).

la educación por la izquierda. A lo que hay que añadir que también es una reivindicación típica de la izquierda la libertad de cátedra no sólo universitaria, precisamente para contrarrestar el poder del centro privado de enseñanza.. Pese a momentos tensos²⁴, lo cierto es que hubo muy pocas variaciones desde el texto del artículo 28 del Anteproyecto²⁵ al texto definitivo que aprobó el Congreso. Basta seguir los únicos apartados del anteproyecto que variaron algo:

Los preceptos que variaron del Anteproyecto son los siguientes:

“1. Todos tienen derecho a la educación.

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

4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.

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

[...] 10. La ley regulará la autonomía de las Universidades.”

Destaca, en todo caso, la importante inclusión e la libertad de enseñanza en el apartado primero junto al “derecho a la educación”. También, el Congreso de los Diputados incluyó la remisión a la ley respecto del derecho a intervenir en los centros sostenidos con fondos públicos y cierto fortalecimiento de la autonomía de las universidades. Ni en el Senado ni en la Comisión Mixta hubo ya variación alguna. Ahora bien, el cambio importante se dio de forma *camuflada*, merced al logro que supuso para el centro derecha la introducción de la cláusula de apertura internacional en el artículo 10. 2º CE en la fase del Senado. No en vano, esta importante apertura internacional permitía integrar la libertad de enseñanza, y en especial el derecho a crear y dirigir centros privados, reconocidos en el ordenamiento internacional²⁶.

Al fin y al cabo, en el artículo 27 de nuestra norma suprema quedó especialmente *grabado* del esfuerzo aunador y conciliador de nuestros constituyentes en favor de la libertad, la igualdad y la democracia²⁷. Para

²⁴ Que incluso supusieron que el Ponente socialista Peces Barba abandonara la Ponencia, como él mismo narra en PECES BARBA, Gregorio, *La elaboración de la Constitución de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, pp. 115 y ss.

²⁵ Como subraya NICOLÁS MUÑIZ (1983, pp. 335-337).

²⁶ En este sentido, *Ibidem* (1983, p. 345-346) señala que con la introducción de este precepto, “de lo que se trataba en verdad con este artículo no era sino de incidir sobre el artículo 27, sin alterar los términos de lo pactado en ese lugar de la Constitución, lo que había puesto en peligro e. 1 conjunto del consenso constituyente”.

²⁷ Así se expone en COTINO HUESO (1998).

Nicolás, el partido centrista cedió en los apartados 5º y 7º (participación), mientras que el partido socialista transigió en los apartados 1º (reconocimiento de la libertad de enseñanza), 6º (libertad de creación de centros) y 9º (ayudas a los centros privados). De este modo, desde la izquierda se renunciaba a la escuela pública unificada y a la escuela laica excluyente²⁸.

Aquella voluntad de consenso²⁹ se tradujo finalmente en un extenso y complejo precepto, una “fórmula de compromiso muy apurada en todos sus términos”³⁰. Lo cierto es que más que un consenso, fue una tregua, como lo califica Nicolás³¹: la materia quedó en buena medida a expensas de la concreción del legislador y de la jurisprudencia³². Ahora bien, el tiempo parece haber demostrado la compatibilidad de las líneas básicas que este “pacto de inclusión de mínimos”³³ estableció para la educación en España. Las décadas que lleva en vigor este precepto parecen dar la razón a quienes afirmaban -como Fernández Miranda³⁴- la no contraposición de los modelos educativos que el mismo incluye. Tal y como ha afirmado Torres del Moral, el artículo 27 CE “ha proporcionado un juego aceptable para el encauzamiento de tan espinoso problema como lo es la ordenación de la enseñanza en un Estado social y democrático de Derecho a fines de siglo y de milenio.”³⁵ A mi juicio, la compatibilidad de los principios configuradores del modelo educativo español reconocidos en el artículo 27 CE lleva a afirmar que la Constitución impuso un modelo peculiar, si cabe, por su propia hibridez³⁶.

1. 2. 2. Normas constitucionales sobre el derecho a la educación

a) La regulación del artículo 27 CE

La regulación central del derecho a la educación se contiene en el artículo 27 CE:

²⁸ NICOLÁS MUÑIZ (1983, p. 337).

²⁹ Una visión actual y cualificada de este consenso constitucional en la educación, PUELLES BENÍTEZ (2007 b, pp. 29 y ss.).

³⁰ NICOLÁS MUÑIZ (1983, p. 335).

³¹ *Ibidem* (1983, p. 337).

³² Subraya esta perspectiva NOGUEIRA (1988, p. 67, pp. 70-76).

³³ El artículo 27 CE ha sido así calificado por CÁMARA VILLAR (1988 p. 2. 164).

³⁴ FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO (1996, p. 125), en este caso se cita por 1ª edición, en concreto en la p. 125, en contra, NOGUEIRA (1988, p. 67).

³⁵ TORRES DEL MORAL (1997, p. 16).

³⁶ Así lo sostengo en COTINO (1998).

- “1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.
3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.
5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.
6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.
7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.
8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.
9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.
10. Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca.”

Este artículo 27 CE es el más largo de los que regulan derechos en la Constitución. Su esencia se contiene en el apartado primero al reconocer el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Como al hacer referencia al concepto se dirá, el “derecho a la educación” es un descriptor omnicomprendivo del más concreto derecho a recibir educación y de la “libertad de enseñanza”. El precepto integra diversos derechos autónomos según los ha ido interpretando la jurisprudencia, a saber: el “derecho” a elegir enseñanza religiosa de los padres (Apdo. 3º), derecho a recibir gratuitamente la enseñanza básica (apartado 4º), derecho a la participación en la enseñanza e intervención en control y gestión de centros (apartado 7º), derecho a la creación de centros (apartado 6º), derecho de los centros a recibir ayudas (deducible de apartado 8º), derecho a la autonomía universitaria (apartado 10º)³⁷.

Cabe adelantar que el reconocimiento de tales derechos subjetivos se ha producido en ocasiones a partir de garantías institucionales (como la autonomía

³⁷ A lo largo del estudio, especialmente en “contenido” y “garantías” se profundizará en tales decisiones jurisdiccionales.

universitaria), meros principios (el participativo) o mandatos más o menos concretos que, en todo caso, pasan a integrarse en el derecho subjetivo exigible (gratuidad, intervención en gestión y control centros, ayuda a los centros).³⁸

Asimismo, vía jurisprudencial o a partir de los tratados internacionales el apartado primero del artículo 27 CE implica también no pocos derechos autónomos que no están reconocidos de modo expreso en el texto. Así, entre otros, el derecho a recibir una enseñanza asequible, esto es, con dotación presupuestaria suficiente, escuelas y maestros necesarios, infraestructura y dotaciones pertinentes. Asimismo, una enseñanza accesible, es decir, con derecho a elegir centro, derecho de acceso y admisión, derecho de acceso a sistema de becas y ayudas. También, el derecho a una enseñanza de calidad, derecho a la información y orientación escolar y laboral. De igual modo, cabe tener en cuenta el derecho a no ser discriminado, a ser evaluado objetivamente y con garantías, el derecho permanecer y progresar, al reconocimiento oficial de los estudios realizados y los títulos correspondientes; a recibir la educación en lengua comprensible, el derecho a una educación inclusiva para los discapacitados, el derecho a no ser sancionado arbitrariamente y con garantías, etc.³⁹

También, a lo largo del artículo 27 CE se contienen mandatos a los poderes públicos que son medios de realización y garantía del derecho a la educación (como la programación de la enseñanza y creación de centros y la inspección y homologación del sistema educativo).

b) La regulación de la educación y la enseñanza en otras normas constitucionales

Además de este artículo 27 CE, el artículo 20 regula la libertad de cátedra (art. 20. 1º c) y la libertad científica (art. 20. 1º b). Se trata de libertades académicas⁴⁰ que, sin perjuicio de su reconocimiento constitucional autónomo,

³⁸ Ver en general el apartado 4. 1 “El derecho a la educación como derecho subjetivo fundamental prestacional” y, en concreto el epígrafe “La concurrencia de diversas categorías y nociones para preservar contenidos del derecho a la educación frente a la variable interposición normativa”.

³⁹ A lo largo del estudio se precisa de forma concreta.

⁴⁰ Así se expresaba en la Ley de Reforma Universitaria de 1983 y actualmente en el artículo 2. 3º de la LOU: “3. La actividad de la Universidad, así como su autonomía, se fundamentan en el principio de libertad académica, que se manifiesta en las libertades de cátedra, de investigación y de estudio.”

quedan integradas en general en la “libertad de enseñanza” del artículo 27. 1º CE.

También, el artículo 148. 1. 17ª CE señala competencias asumibles por las Comunidades Autónomas relativas a cultura, investigación y enseñanza de la lengua propia.

Artículo 148. 1: “Las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en las siguientes materias: [...] 17.ª El fomento de la cultura, de la investigación y, en su caso, de la enseñanza de la lengua de la Comunidad Autónoma.”

Y destaca el artículo 149. 1º. 30ª CE, que establece la competencia exclusiva sobre títulos educativos y desarrollo de las bases de la enseñanza.

Artículo 149. 1º: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: [...] 30.ª Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia.”

De igual modo, hay que tener en cuenta la competencia exclusiva de la “regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos” (art. 149. 1º. 1ª CE). En otros apartados, se contienen menciones particulares al fomento de “la educación sanitaria, la educación física y el deporte” (art. 43. 3º CE) o a la promoción de “la educación de los consumidores y usuarios” (art. 51. 2º CE).

De forma indirecta índice en la educación la mención constitucional de los valores constitucionales consagrados en el artículo 1. 1º CE y los fundamentos del orden político (art. 10. 1º CE), muy conectados con el objeto constitucional de la educación (art. 27. 2º CE). Las libertades de la enseñanza se relacionan con la libertad ideológica y religiosa⁴¹ (art. 16 CE) y con las libertades informativas (art. 20 CE), donde se encajó a la libertad de cátedra. Asimismo, libertad de enseñanza y el derecho a la educación quedan también vinculados con la libre profesión (art. 35 CE), un derecho que en España –a diferencia de Alemania– tiene menor protección. También cabe tener en cuenta algunos principios rectores, el principio del deber de asistencia de los padres (art. 39 CE) que, como

⁴¹ En general, ROLLNERT (1998).

se verá, incluye también la educación, así como el derecho a la cultura y deber de promoción de la ciencia y la investigación científica y técnica (art. 44 CE).

Desde una perspectiva *técnica jurídica*, el artículo 10. 2º CE y la apertura e integración del contenido del derecho a la educación al marco internacional acaba teniendo un alcance muy relevante. Asimismo, la consideración como derecho constitucional de la máxima protección jurídica al artículo 27 CE queda otorgada básicamente por los artículos 53 (que le confiere eficacia directa, reserva de ley en la regulación del ejercicio, garantía del contenido esencial, tutela constitucional y jurisdiccional reforzada) y el artículo 81 (reserva de ley orgánica para el desarrollo del derecho). Asimismo, el derecho a la educación no puede ser regulado por medio de Decreto legislativo (art. 82. 1º CE) ni afectado por un Decreto-Ley (art. 86. 1º CE). Tampoco cabe la iniciativa legislativa popular en esta materia (art. 87. 3º CE) y la reforma de este precepto requiere del procedimiento agravado del artículo 168 CE.

1. 3. REGULACIÓN INTERNACIONAL

1. 3. 1. Normativa y actividad internacional de ámbito mundial

a) Los tratados generales de derechos humanos

Pese a que en muchos casos los operadores jurídicos ignoren su importancia jurídica, el derecho a la educación ocupa un lugar primordial en Naciones Unidas y la regulación y la actividad internacional de derechos humanos⁴². En los tratados adquiere perfiles más concretos que en su regulación europea, e incluso que la regulación constitucional española. Por exigencia del artículo 10. 2º CE, España ha de integrar en la interpretación del artículo 27 CE estos tratados, que nutren y mucho el contenido y perfil exacto del derecho a la educación. De ello ha sido especial muestra la STC 236/2007, de 7 noviembre, recurso a la Ley Orgánica 4/2000 de extranjería, que de la normativa y jurisprudencia internacional ha *extraído más jugo* del que podía incluso sostenerse⁴³. Asimismo, en la aplicación interna de estos tratados (vía art. 10. 2º

⁴² Al respecto, en particular y recientemente, ESCOBAR ROCA (2009), también, por conexión ESCOBAR ROCA (2005 a). Asimismo, síganse los diversos trabajos citados de TOMASEVSKI, así como CHACÓN MATA (2007).

⁴³ Esta sentencia se vale de apoyos en los tratados internacionales para ir más allá de lo que en ellos se reconoce. Cabe adelantar que considera inconstitucional las particulares limitaciones del derecho a la educación respecto de los extranjeros no residentes en la enseñanza no obligatoria. (ver FJ 8º).

CE y vía art. 96 CE), no debe olvidarse la avanzada labor de los órganos de interpretación autorizada de los tratados en el ámbito mundial realizada por los Comités instituidos por los diversos tratados. Muy especialmente destaca la avanzada y técnicamente perfilada obra del Comité DESC, también la documentación generada por el relator de educación para el Consejo de Naciones Unidas⁴⁴.

El artículo 26 de Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) de 1948 reconoce generosamente el derecho, también en su dimensión prestacional, así como destaca la determinación del objeto de la educación.

“1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

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

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en sus artículos 13 y 14 reconoce y precisa el alcance del derecho a la educación, su objeto, la obligatoriedad y gratuidad en sus diversas fases, garantía de becas, medios y aptitud del profesorado, etc⁴⁵.

Artículo 13: “1º. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y

⁴⁴ A lo largo de todo el estudio se incluirán sus referencias, también en el apartado, garantías internacionales.

⁴⁵ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200. a (XXI), de 16 de diciembre de 1966. En vigor el 3 de enero de 1967, de conformidad con el artículo 27.

la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

2º. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho:

a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente;

b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita;

d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria;

e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente».

3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”

Artículo 14: “Todo Estado Parte en el presente Pacto que, en el momento de hacerse parte en él, aún no haya podido instituir en su territorio metropolitano o en otros territorios sometidos a su jurisdicción la obligatoriedad y la gratuidad de la enseñanza primaria, se compromete a elaborar y adoptar, dentro de un plazo de dos años, un plan detallado de acción para la aplicación progresiva, dentro de un número razonable de años fijado en el plan, del principio de la enseñanza obligatoria y gratuita para todos.”

Del marco del PIDESC y de gran utilidad para la determinación del contenido del derecho a la educación y de las obligaciones de los Estados hay que mencionar la obra del Comité DESC, además de la Observación general n.º 3 del Comité DESC: La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)⁴⁶. Ya en especial sobre el derecho a la educación destaca la Observación general n.º 11 sobre el artículo 14 (planes de acción para la enseñanza primaria)⁴⁷. Especialmente hay que destacar la Observación

⁴⁶ NACIONES UNIDAS-COMITÉ DESC (1990), Observación general n.º 3,.

⁴⁷ NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 a). Observación General n.º 11.

General nº 13 sobre el artículo 13 (en relación con el derecho a la educación)⁴⁸. Se trata de una interpretación autorizada del convenio, un apoyo insustituible para su aplicación interna⁴⁹.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP)⁵⁰ no regula en sí el derecho a la educación, pero sí la libertad religiosa en la enseñanza y el derecho de los padres para garantizar la educación religiosa y moral de sus hijos (art. 18 PIDCP):

Artículo 18. “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza.

[...] Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”

Asimismo, se hace referencia a la no discriminación del niño (art. 24. 1º PIDCP):

“Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”.

b) La importante regulación de la educación en la Convención sobre Derechos del Niño

Es de singular relevancia para el derecho a la educación la Convención sobre Derechos del Niño de 1989 (CDN)⁵¹, esto es, el menor de 18 años, que es

⁴⁸ NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 b).

⁴⁹ Siguiendo los Principios de Limburgo relativos a la aplicación del PIDESC y las Directrices de Maastricht sobre Violaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Todos estos documentos están en NACIONES UNIDAS (2004 A).

⁵⁰ Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49. <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cpr.htm>.

⁵¹ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. Entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49. <http://www.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>.

el habitual beneficiario del derecho a la educación. Su artículo 28 regula específica y ampliamente el derecho a la educación, las obligaciones de implantación gratuita, los derechos de información y orientación, las medidas de asistencia a la escuela y evitación de la deserción escolar y los límites de la disciplina escolar, la cooperación internacional:

Artículo 28: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

- a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
- b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;
- c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;
- d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;
- e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

2. Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.

3. Los Estados Partes fomentarán y alentarán la cooperación internacional en cuestiones de educación, en particular a fin de contribuir a eliminar la ignorancia y el analfabetismo en todo el mundo y de facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza. A este respecto, se tendrán especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.”

De otra parte, el artículo 29 se dedica íntegramente a perfilar el objeto obligado de la educación, así como hace referencia a la libre enseñanza.

Artículo 29: “1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

- a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;
- b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;
- c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;

e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.”

Precisamente sobre el objeto de la educación (art. 29. 1º CDN) el Comité de Derechos del Niño dictó la Observación general en 2001. La misma constituye una referencia obligada⁵². También es de sumo interés por su incidencia en el ámbito educativo la Observación General N° 8 del Comité de los Derechos del Niño, de 15 de mayo a 2 de junio de 2006: El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros)⁵³.

Finalmente, cabe señalar que a lo largo de la CDN hay una atención transversal a la educación. Y ello sirve para conformar los perfiles de los contenidos y facultades que incluye el derecho a la educación así como las obligaciones conexas que implica para los sujetos obligados. Así, tienen incidencia los artículos 17 (acceso a la información del niño); artículo 18 (obligaciones paternas en desarrollo del niño y apoyo estatal); artículo 19 (medidas educativa frente al abuso); artículo 20 (cuidados de menores en instituciones y garantía de continuidad de la educación del niño); artículo 23 (discapacitados); artículo 24 (educación en salud y planificación familiar); artículo 32 (no entorpecer educación y edades y condiciones de trabajo) y artículo 33 (educación frente a las drogas).

c) La educación en algunas convenciones antidiscriminatorias y de protección de minorías

En el ámbito de la discriminación, destaca desde antiguo la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de

⁵² NACIONES UNIDAS-Comité de Derechos del Niño (2001).

⁵³ Descargable en <http://goo.gl/9KvmP>

1960⁵⁴. Ahí se define y prohíbe la discriminación en general y las especiales. (art. 1):

Artículo 1: “1. A los efectos de la presente Convención, se entiende por “discriminación” toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial:

- a) Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza;
- b) Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo;
- c) A reserva de lo previsto en el artículo 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; o
- d) Colocar a una persona o a un grupo de personas en una situación incompatible con la dignidad humana;

2. A los efectos de la presente Convención, la palabra “enseñanza” se refiere a la enseñanza en sus diversos tipos y grados, y comprende el acceso a la enseñanza, el nivel y la calidad de ésta y las condiciones en que se da.”

Ahora bien, cabe tener en cuenta la salvedad de las situaciones que no se consideran motivo de discriminación (art. 2, enseñanza privada, enseñanza separada de sexos, de religiones; en cualquier caso se admiten las diferencias pero con facilidades, personal, calidad y medios equivalentes):

Artículo 2: “En el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1 de la presente Convención:

- a) La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que estos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes;
- b) La creación o el mantenimiento, por motivos de orden religioso o lingüístico, de sistemas o establecimientos separados que proporcionen una enseñanza conforme a los deseos de los padres o tutores legales de los alumnos, si la participación en esos sistemas

⁵⁴ Adoptada el 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Entrada en vigor: 22 de mayo de 1962, de conformidad con el artículo 14. En España, BOE: 01-11-1969.

o la asistencia a estos establecimientos es facultativa y si la enseñanza en ellos proporcionada se ajusta a las normas que las autoridades competentes puedan haber fijado o aprobado particularmente para la enseñanza del mismo grado;

c) La creación o el mantenimiento de establecimientos de enseñanza privados, siempre que la finalidad de esos establecimientos no sea la de lograr la exclusión de cualquier grupo, sino la de añadir nuevas posibilidades de enseñanza a las que proporciona el poder público, y siempre que funcionen de conformidad con esa finalidad, y que la enseñanza dada corresponda a las normas que hayan podido prescribir o aprobar las autoridades competentes, particularmente para la enseñanza del mismo grado.”

El artículo 3 de esta convención antidiscriminatoria establece los compromisos y políticas encaminadas a promover la igualdad en la esfera de la enseñanza, como no admitir diferencia de trato –entre nacionales- respecto de matrículas, becas, ayudas, permisos que no se basen en el mérito. También, la prohibición de discriminar en las ayudas a los alumnos a los centros educativos porque los alumnos pertenezcan a un colectivo.

Artículo 3: “A fin de eliminar o prevenir cualquier discriminación en el sentido que se da a esta palabra en la presente Convención, los Estados Partes se comprometen a:

a) Derogar todas las disposiciones legislativas y administrativas y abandonar todas las prácticas administrativas que entrañen discriminaciones en la esfera de la enseñanza;

b) Adoptar las medidas necesarias, inclusive disposiciones legislativas, para que no se haga discriminación alguna en la admisión de los alumnos en los establecimientos de enseñanza;

c) No admitir, en lo concerniente a los gastos de matrícula, la adjudicación de becas o cualquier otra forma de ayuda a los alumnos, ni en la concesión de permisos y facilidades que puedan ser necesarios para la continuación de los estudios en el extranjero, ninguna diferencia de trato entre nacionales por los poderes públicos, salvo las fundadas en el mérito o las necesidades;

d) No admitir, en la ayuda, cualquiera que sea la forma que los poderes públicos puedan prestar a los establecimientos de enseñanza, ninguna preferencia ni restricción fundadas únicamente en el hecho de que los alumnos pertenezcan a un grupo determinado;

e) Conceder, a los súbditos extranjeros residentes en su territorio, el acceso a la enseñanza en las mismas condiciones que a sus propios nacionales.”

También, en el artículo 4 se establecen compromisos concretos respecto de la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria, la generalización y accesibilidad de la secundaria, y la accesibilidad de la universitaria, a la que debe accederse con “igualdad total”; se proclama la homogeneidad en la calidad de todos los centros públicos; el fomento de la educación elemental.

Artículo 4: “Los Estados Partes en la presente Convención se comprometen, además, a formular, desarrollar y aplicar una política nacional encaminada a promover, por métodos adecuados a las circunstancias y las prácticas nacionales, la igualdad de posibilidades y de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial, a:

a) Hacer obligatoria y gratuita la enseñanza primaria, generalizar y hacer accesible a todos la enseñanza secundaria en sus diversas formas; hacer accesible a todos, en condiciones de igualdad total y según la capacidad de cada uno, la enseñanza superior; velar por el cumplimiento por todos de la obligación escolar prescrita por la ley;

b) Mantener en todos los establecimientos públicos del mismo grado una enseñanza del mismo nivel y condiciones equivalentes en cuanto se refiere a la calidad de la enseñanza proporcionada;

c) Fomentar e intensificar, por métodos adecuados, la educación de las personas que no hayan recibido instrucción primaria o que no la hayan recibido en su totalidad, y permitirles que continúen sus estudios en función de sus aptitudes;

d) Velar por que, en la preparación para la profesión docente, no existan discriminaciones.”

En el ámbito de la tutela antidiscriminatoria, también se incide en la educación y la enseñanza la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965⁵⁵. Así sucede en especial artículos 5 y 7 que obligan a adoptar medidas “inmediatas y eficaces”

También tiene singular relevancia en la materia la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres de 1979⁵⁶. Esta Convención obliga a adoptar medidas como: mismas condiciones de orientación en acceso al estudio y capacitación profesional, en todas los niveles y zonas (con especial atención a la educación de la mujer en el mundo rural –art. 14); mismos programas de estudios y exámenes, personal docente y equipos de misma calidad; erradicación de estereotipos machistas; estímulo de la educación mixta; mismas oportunidades para las becas y otras subvenciones; igualdad para las enseñanzas complementarias; lucha contra el abandono femenino; igualdad en la educación física; material informativo específico para salud y bienestar familiar (art. 10).

⁵⁵ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su Resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entró en vigor el 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19. <http://www2.ohchr.org/spanish/law/cerd.htm>.

⁵⁶ Aprobada el 18 de diciembre de 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981.

Artículo 10: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

a) Las mismas condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional, acceso a los estudios y obtención de diplomas en las instituciones de enseñanza de todas las categorías, tanto en zonas rurales como urbanas; esta igualdad deberá asegurarse en la enseñanza preescolar, general, técnica y profesional, incluida la educación técnica superior, así como en todos los tipos de capacitación profesional;

b) Acceso a los mismos programas de estudios y los mismos exámenes, personal docente del mismo nivel profesional y locales y equipos escolares de la misma calidad;

c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos en enseñanza.

d) Las mismas oportunidades para la obtención de becas y otras subvenciones para cursar estudios;

e) Las mismas oportunidades de acceso a los programas de educación complementaria, incluidos los programas de alfabetización funcional y de adultos, con miras en particular a reducir lo antes posible la diferencia de conocimientos existentes entre el hombre y la mujer;

f) La reducción de la tasa de abandono femenino de los estudios y la organización de programas para aquellas jóvenes y mujeres que hayan dejado los estudios prematuramente;

g) Las mismas oportunidades para participar activamente en el deporte y la educación física;

h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia.”

Artículo 14: “1. Los Estados Partes tendrán en cuenta los problemas especiales a que hace frente la mujer rural y el importante papel que desempeña en la supervivencia económica de su familia, incluido su trabajo en los sectores no monetarios de la economía, y tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar la aplicación de las disposiciones de la presente Convención a la mujer en las zonas rurales.

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en las zonas rurales a fin de asegurar en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, su participación en el desarrollo rural y en sus beneficios, y en particular le asegurarán el derecho a: [...] d) Obtener todos los tipos de educación y de formación, académica y no académica, incluidos los relacionados con la alfabetización funcional, así como, entre otros, los beneficios de todos los servicios comunitarios y de divulgación a fin de aumentar su capacidad técnica”.

d) La educación en convenciones relativas a colectivos específicos y otros tratados

Ni España ni ningún país de la Unión Europea ha ratificado la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares en el marco de Naciones Unidas (Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990)⁵⁷. Entre otras disposiciones sobre educación (arts. 43. 1º o 45) ahí se reconoce el acceso a la educación en condiciones igualdad sin perjuicio de la situación de legalidad de los padres (art. 30). En la materia concreta hay que acudir a recomendaciones⁵⁸

En cambio, España sí se ha ratificado y está en vigor la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad⁵⁹. Su importante artículo 24 consagra el derecho a una educación inclusiva, que como se verá, pasa a ser un nuevo contenido del derecho a la educación vía interpretación que impone el artículo 10. 2º CE⁶⁰. Este nuevo derecho garantiza la no exclusión del sistema de educación general, con calidad y en igualdad con otros. Se determinan los objetivos de la educación inclusiva, se obliga a garantizar su calidad así como se impone a los Estados la garantía de medidas de apoyo personalizadas y efectivas. También se integra en este nuevo contenido del derecho a la educación inclusiva que el profesorado tenga conocimientos específicos y los capacite. Asimismo, se ha de asegurar el acceso general a la educación terciaria, capacitación profesional, educación para adultos y aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y también en igualdad con otros.

Artículo 24 “Educación”: “1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles y la enseñanza a lo largo de la vida, encaminados a:

⁵⁷ Estado de ratificaciones en <http://goo.gl/fMpmx>

⁵⁸ Sólo cabe tener en cuenta y como tal la Recomendación (aprobada en el 65 período de sesiones del Comité, 4 de mayo de 2005), el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial afirma que se reconozca el derecho a la educación a todos los niños con independencia de la situación administrativa.

⁵⁹ Aprobada por la Asamblea General en su resolución 61/106. Fue ratificada el 30 de marzo de 2007 (BOE 21 abril 2008) y se encuentra en vigor desde 2008 en razón de superar las 20 ratificaciones. No obstante, cabe señalar que no son excesivas éstas.

⁶⁰ Ver en el capítulo sobre los titulares del derecho, el apartado “Acceso efectivo a la educación por discapacitados...”

a) Desarrollar plenamente el potencial humano y el sentido de la dignidad y la autoestima y cimentar el respeto por los derechos humanos, las libertades fundamentales y la diversidad humana;

b) Desarrollar al máximo la personalidad, los talentos y la creatividad de las personas con discapacidad, así como sus habilidades mentales y físicas;

c) Hacer posible que las personas con discapacidad participen de manera efectiva en una sociedad libre.

2. Al hacer efectivo este derecho, los Estados Partes asegurarán que:

a) Las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema de educación general por motivos de discapacidad, y que los niños con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria y secundaria gratuita y obligatoria por motivos de discapacidad;

b) Que las personas con discapacidad tengan acceso inclusivo, de calidad y gratuito a la enseñanza primaria y secundaria en pie de igualdad con otros, en la comunidad en que vivan;

c) Se hagan ajustes razonables en función de las necesidades individuales;

d) Se preste el apoyo necesario a las personas con discapacidad, dentro del sistema general de educación, para facilitar su formación efectiva. [A fin de satisfacer de manera adecuada] [En circunstancias excepcionales en que el sistema general de educación no pueda cubrir adecuadamente] las necesidades de apoyo de las personas con discapacidad, los Estados Partes asegurarán que se faciliten medidas de apoyo personalizadas y efectivas en entornos que fomenten al máximo el desarrollo académico y social, de conformidad con el objetivo de la inclusión plena.

3. Los Estados Partes facilitarán a las personas con discapacidad la adquisición de experiencias vitales y aptitudes de desarrollo social a fin de facilitar su participación plena y en igualdad de condiciones en la educación y como miembros de la comunidad. A este fin, los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas, entre ellas:

a) Facilitar el aprendizaje del sistema Braille, la escritura aumentativa y alternativa, medios y formas de comunicación, orientación y aptitudes de movilidad, y promover el apoyo y la tutoría de otras personas en las mismas circunstancias;

b) Facilitar el aprendizaje del lenguaje de señas y la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas;

c) Asegurar que la educación de las personas, y en particular los niños ciegos, sordos y sordociegos se haga en los lenguajes y modos de comunicación más apropiados para cada persona, y en entornos que permitan alcanzar su máximo desarrollo académico y social.

4. A fin de asegurar la realización de este derecho, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para emplear a maestros, incluso con discapacidad, que tengan conocimientos de trabajo en lenguaje de señas y sistema Braille, y para entrenar a profesionales y personal que trabaja en todos los niveles educativos. Esa capacitación incorporará la toma de conciencia sobre las discapacidades y el uso de métodos, medios y formatos de comunicación aumentativos y alternativos, técnicas educativas y materiales para apoyar a las personas con discapacidad.

5. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso general a educación terciaria, capacitación profesional, educación para adultos y aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en pie de igualdad con otros. A tal

fin, los Estados Partes asegurarán que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad.”

También se tiene en cuenta la enseñanza en las Convenciones sobre refugiados y apátridas⁶¹ o la llamadas a una educación preventiva respecto de la tortura⁶². Otras Convenciones internacionales con repercusión en el ámbito educativo son las del ámbito de la OIT, especialmente sobre edad mínima de trabajo y trabajo infantil⁶³. Del ámbito internacional y de incidencia indirecta, cabe señalar Carta Internacional de la Educación Física y el Deporte⁶⁴ o la Convención sobre la Enseñanza Técnica y Profesional⁶⁵.

Además de estos instrumentos internacionales básicos, cabe mencionar las diversas declaraciones tras cumbres y conferencias mundiales. Su importancia es clara, sin perjuicio de su valor no normativo. Así, la Declaración de la Conferencia Mundial sobre Educación para Todos: Satisfacción de las necesidades básicas de aprendizaje, celebrada en Jomtien, Tailandia, 5 al 9 de marzo de 1990; la Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos con su Declaración y Plan de Acción de Viena, 25 de junio de 1993. La Conferencia Mundial de Población, celebrada en El Cairo, capital egipcia, del 5 al 13 de diciembre de 1994. La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social,

⁶¹ Respecto de los refugiados, cabe tener en cuenta el artículo 22 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951. Artículo 22. Educación pública: “1. Los Estados Contratantes concederán a los refugiados el mismo trato que a los nacionales en lo que respecta a la enseñanza elemental.

2. Los Estados Contratantes concederán a los refugiados el trato más favorable posible y en ningún caso menos favorable que el concedido en las mismas circunstancias a los extranjeros en general respecto de la enseñanza distinta de la elemental y, en particular, respecto a acceso a los estudios, reconocimiento de certificados de estudios en el extranjero, exención de derechos y cargas y concesión de becas.”

Respecto de los apátridas, en sentido similar al arriba mencionado, cabe tener en cuenta el artículo 22 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas adoptada el 28 de septiembre de 1954 por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 526 A (XVII), de 26 abril de 1954.

⁶² Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, NACIONES UNIDAS, 10 de diciembre de 1984, artículo 10.

⁶³ Así, en el ámbito de la OIT cabe tener en cuenta el pionero Convenio n° 29 de 28 de junio de 1930 relativo al trabajo forzoso u obligatorio impide que niños menores de 18 años sean sujetos a trabajo forzoso u obligatorio (art. 11. 1°), salvo que se trate de una “Extensión del personal escolar, alumnos y profesores, así como del personal administrativo en general”. También, el Convenio n° 105, de 25 de junio de 1957 sobre abolición del trabajo forzoso. el Convenio de la OIT n° 138 (1973), relativo a la edad mínima de admisión al trabajo de los menores. Convenio de la OIT sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil Convenio OIT n° 182 (1999).

⁶⁴ Aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en su 20ª reunión, 21 de noviembre de 1978, París.

⁶⁵ Aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en su 25ª reunión, 10 de noviembre de 1989, París.

celebrada del 6 al 12 de marzo de 1995 en Copenhague, Dinamarca. La Conferencia Mundial de la Mujer realizada en Beijing, China, en el mes de septiembre de 1995. La Declaración de Hamburgo sobre la Educación de Adultos (aprobada en la quinta Conferencia Internacional sobre Educación de Adultos, 18 de julio de 1997, Hamburgo. La Conferencia Internacional sobre el Trabajo Infantil (1997). La Declaración del Foro Mundial sobre la Educación para Todos que tuvo lugar en 2000 en Dakar.

También, por último, cabe mencionar los Objetivos de Desarrollo del Milenio, con aspectos muy relevantes en educación, especialmente para los países en vías de desarrollo⁶⁶.

1. 3. 2. Normativa y actividad del ámbito regional europeo

a) Educación y enseñanza en el ámbito de la actividad del Consejo de Europa

La regulación del derecho a la educación en el marco regional europeo es menos prolija y menos detallada que la del ámbito internacional. Muestra de ello es un lacónico reconocimiento del “derecho a la instrucción” en el artículo 2 del Protocolo Adicional n.º 1⁶⁷ al CEDH:

Artículo 2: “A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción.

El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”.

El primero de estos párrafos “domina” el conjunto del artículo⁶⁸ y el derecho a la instrucción se refiere “especialmente” a la enseñanza primaria y secundaria⁶⁹.

⁶⁶ Declaración del Milenio de la Organización de las Naciones Unidas de 8 de septiembre del 2000, Resolución 55/2 denominada “Declaración del Milenio”. <http://www.undp.org/spanish/mdgsp/>

⁶⁷ Protocolo Adicional n.º 1 al CEDH. Adoptado el 20 de marzo de 1952 y en vigor el 18 de mayo de 1954. Ha sido ratificado por España el 27 de noviembre de 1990.

⁶⁸ STEDH, asunto Orsus y otros contra Croacia. Sentencia de 17 de julio de 2008, apartado 57: “la estructura del artículo 2 del Protocolo núm. 1 constituye un todo dominado por su primera frase”.

⁶⁹ *Ibidem* n.º 58.

Ahora bien, la interpretación auténtica de este precepto por el TEDH acaba teniendo una directa proyección en España, mayor que la que tiene la abundante y precisa regulación internacional antes mencionada. Sin ser muy numerosa (unas veintinueve sentencias hasta la fecha⁷⁰) la jurisprudencia emanada en esta materia es significativa en materia de derechos lingüísticos, correcciones disciplinarias, libertades de los alumnos, derechos de los padres y facultades estatales y contenidos de los programas, alcance del derecho para extranjeros, minorías y discapacitados, derecho de acceso y de exámenes, actividad docente, etc.

También en el ámbito del Consejo de Europa hay que destacar la regulación de la Carta Social Europea (CSE) en su versión original de 1961⁷¹ y su versión revisada de 1996⁷², no en vigor para España.

1º La CSE contiene alusiones a la prohibición de trabajo infantil frente a la educación (art. 7)⁷³.

2º La atención a la formación profesional es extensa. Es uno de los principios de su Parte I: “Toda persona tiene derecho a medios adecuados de formación profesional.” Y “Toda persona inválida tiene derecho a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, sea cual fuere el origen y naturaleza de su invalidez.”

3º Se reconoce el derecho a la formación profesional en uno de los artículos asumibles por los Estados en su Parte II. La formación profesional se integra en el derecho al trabajo del artículo 1 (“para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo. Las partes contratantes se comprometen: [...] A proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas.”

4º En el artículo 10 se obliga a garantizar el acceso a la enseñanza superior desde la formación profesional, a garantizar servicios de formación de adultos y reconversión profesional así como se obliga a políticas de reducción o supresión de pagos o concesión de financiación.

⁷⁰ Ver la relación de las mismas en el apartado bibliográfico de esta obra. Puntualmente se hará referencia precisa a estas decisiones.

⁷¹ Adoptada el 18 de octubre de 1961 y en vigor el 26 de febrero de 1965. Ha sido ratificada por España el 6 de mayo de 1980.

⁷² Adoptada el 3 de mayo de 1996 y entró en vigor el 1 de julio de 1999. España la firmó el 23 de octubre de 2000, no ratificada.

⁷³ El artículo 7 de la Carta social europea (que no es de los reforzados por su particular sistema de compromisos) fija en 15 años la edad mínima de admisión al trabajo (art. 7. 1º) y prohíbe “que los niños en edad escolar obligatoria sean empleados en trabajos que les priven del pleno beneficio de su educación” (art. 7. 3º CSE).

5º También hay una singular regulación del derecho a la formación profesional de los discapacitados en el artículo 15 CSE y su versión revisada⁷⁴.

6º La CSE revisada –no en vigor- también incluye disposiciones para la educación y la niñez (art. 17), aunque sin excesivo contenido jurídico⁷⁵.

La “jurisprudencia” del Comité de expertos de los Derechos sociales, órgano de control de la Carta⁷⁶ en alguna ocasión aborda la materia educativa. Así ha sucedido respecto de la educación de los niños autistas en Francia⁷⁷ o, sobre todo, respecto de la evitación de castigos corporales en menores.

La educación de los niños privados de libertad se sigue por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura en su vigilancia del Convenio Europeo para la Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Inhumanas o Degradantes⁷⁸. Y el Comité Consultivo para la Protección de las Minorías Nacionales en el marco del Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales⁷⁹ ha adoptado un “Comentario General sobre Educación» relacionado con dichas minorías⁸⁰.

Ya en este nivel de actividad sin fuerza jurídica, destaca la Recomendación General n.º 10 sobre el combate del racismo y la discriminación racial en y a través de la educación escolar de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia⁸¹.

Debe tenerse en cuenta por su actividad que diversos órganos del Consejo de Europa tienen como área temática y objeto la educación. Así, Comité para la

⁷⁴ También, cabe tener en cuenta el texto de la –no en vigor- CSE revisada. Artículo 15: «Con el fin de asegurar a las personas con discapacidad, con independencia de la edad y de la naturaleza u origen de su discapacidad, el ejercicio efectivo de su derecho”.

⁷⁵ Artículo 17 “Derecho de los niños y adolescentes a una protección social, jurídica y económica”: “Los Estados Partes se comprometen a adoptar una serie de medidas a fin de asegurar el ejercicio efectivo a los niños y adolescentes a desarrollarse en un ambiente que favorezca el pleno desarrollo de sus capacidades físicas y mentales. En este contexto, los Estados adoptarán la medidas necesarias para asegurar a los niños y adolescentes la educación (art. 17. 1. a), haciendo especial referencia a la enseñanza primaria y secundaria gratuita a fin de favorecer la asistencia regular a las escuelas (art. 17. 2).

⁷⁶ Al respecto, se sigue JIMENA QUESADA (2007).

⁷⁷ Decisión de fondo de 4 de noviembre de 2003, Reclamación nº 13/2002, Autismo-Europa vs. Francia.

⁷⁸ Adoptado el 26 de noviembre de 1987 y en vigor el 1 de febrero de 1989, ratificado por España el 2 de mayo de 1989.

⁷⁹ Adoptado el 1 de febrero de 1995 y en vigor el 1 de febrero de 1998. Ratificado por España el 1 de septiembre de 1995.

⁸⁰ CFC/25DOC(2006)002, de 2 de marzo de 2006. «Comentario sobre educación bajo el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales».

⁸¹ Prevista en la Declaración de Viena, 9 de octubre de 1993, con ampliación de competencias por el Comité de Ministros el 13 de junio de 2002 el aprobó un nuevo Estatuto para dicho órgano de derechos humanos integrado por expertos independientes.

Educación, Comité para la Educación Superior y la Investigación y Comité de Reconocimiento. Diversos planes y programas vinculados a la educación se han adoptado por el Consejo de Europa generando numerosa documentación de interés⁸².

Finalmente, el Convenio de Lisboa destinado al reconocimiento de títulos de enseñanza superior en la región europea, adoptado el 11 de abril de 1997⁸³ no ha sido firmado por España.

b) Educación y enseñanza en el ámbito de la Unión y Comunidad europeas

b. 1. De unas escasas competencias en el Tratado a una “vis atractiva” de la formación en el Derecho comunitario a manos del TJCE

En teoría la Unión Europea tiene sólo competencias en cooperación y fomento y la posibilidad de recomendaciones (arts. 155-157 TFUE) en materia de políticas de educación y formación profesional⁸⁴. Ahora bien, pese a esta naturaleza limitada de las competencias en los tratados, la proyección real de la formación y la educación en la actividad y en la orgánica de la Unión y

⁸² Sobre cuestiones de integración de la comunidad romaní, de integración religiosa, de inclusión de discapacitados etc, cabe remitir a algunos documentos. «Aprendiendo y enseñando sobre la Historia de Europa del siglo xx» (2001) Recomendación N. °R (2001)15 del Comité de Ministros, primer documento a nivel europeo que determina con claridad los principios metodológicos para la enseñanza de la Historia en una Europa pluralista y democrática. «Nuevos Retos de la Educación Intercultural: Diversidad y Diálogo Religioso en Europa» (2002). El Proyecto fue puesto en marcha por el Comité sobre Educación en 2002, habiéndose integrado en 2004 en el marco del Programa Intergubernamental de Actividades. «Principios y prácticas para la enseñanza de la diversidad sociocultural » (2005), aprobado por el Comité sobre Educación y que tiene tres fases para su ejecución. «Proyecto sobre Educación de los Niños Romaní en Europa» (2000), adoptado por el Comité de Ministros en su Recomendación N. °R(2000)4, de 3 de febrero de 2000. Durante la primera fase del Proyecto (2003-2006), el documento titulado «Marco de referencia para una política educativa a favor de los romanies» [DGIV/EDU/ROM (2005)8], completa la mencionada Recomendación. También, «Romanies bajo un Pacto de Estabilidad para el Sudeste de Europa» (2005), «Educación para la ciudadanía democrática y los derechos humanos 2006-2009», este Proyecto ha sido presentado con el título «Aprendiendo y viviendo la democracia para todos», siendo unos de sus objetivos fundamentales la cohesión social, la inclusión y el respeto de los derechos humanos. Asimismo, «Plan de Acción de la Discapacidad 2006-2015», Recomendación Rec(2006)5 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre el Plan de Acción del Consejo de Europa para la promoción de derechos y la plena participación de las personas con discapacidad en la sociedad: mejorar la calidad de vida de las personas con discapacidad en Europa 2006-2015. <http://sid.usal.es/docs/F3/LYN10047/3-10047.doc>. También han sido adoptados Programas sobre «Política Lingüística

⁸³ Descargable en <http://goo.gl/0CRDP>

⁸⁴ En general, cabe seguir http://europa.eu/pol/educ/index_es.htm En la doctrina, MELLADO PRADO (2006).

Comunidad europeas⁸⁵ es importante. La libre circulación de trabajadores y las cualificaciones para acceder al mercado de trabajo generan una *vis atractiva* de la formación profesional y las enseñanzas universitarias hacia el Derecho comunitario, al punto de una *europaización* del Derecho educativo, como el TJCE ha ido apuntando. El TJCE ha tenido ocasión de afirmar que el acceso y la participación en los cursos de enseñanza y de aprendizaje de formación profesional “no son ajenas a la comunidad”, sino elemento indispensable de las actividades de la Comunidad vinculada con el objetivo de la libre circulación de personas, la movilidad de mano de obra y la mejora de las condiciones de vida de los trabajadores⁸⁶. Es importante la jurisprudencia sobre derechos educativos de hijos de trabajadores comunitarios migrantes, reconocimiento de diplomas, cómputo de prácticas, lenguas oficiales en la formación y en la universidad, creación de centros por extranjeros.

Al respecto, cabe destacar las siguientes líneas jurisprudenciales⁸⁷:

- Los hijos de los trabajadores comunitarios migrantes tienen derecho a las ayudas concedidas para cubrir los gastos de enseñanza y manutención en las mismas condiciones que estas mismas ventajas son concedidas a los propios

⁸⁵ Orgánicamente, cabe recordar que en el seno de la Comisión Europea existe la Dirección General de Educación y Cultura. Una de las formaciones en que se reúne el Consejo de la Unión Europea es el Consejo de Educación, Juventud y Cultura y la acción del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) y el Tribunal de Primera Instancia es relevante en la materia. También lo es la acción de diversos órganos como el Defensor del Pueblo Europeo, así como se ha creado el Centro Europeo para el Desarrollo de la Formación Profesional, Fundación Europea de Formación, la EURYDICE (Red de información sobre la educación en Europa). Inciden también en la materia el Banco Europeo de Inversiones y Agencia Ejecutiva en el ámbito Educativo, Audiovisual y Cultural.

⁸⁶ Así, en Sentencia Gravier v. Ciudad de Lieja, 13 de febrero de 1985, Asunto 293/8. En Blaizot c. Universidad de Lieja y otros, 2 de febrero de 1988, asunto 24/86, se afirma “Toda forma de educación que se prepara para una cualificación para una profesión, oficio o empleo o proporciona la formación necesaria y los conocimientos para ello es la formación profesional y, por lo tanto, en la medida en que las condiciones de acceso a esta formación se refiere, entra en el ámbito del tratado.”

Por ello, los Estados tienen la obligación de cooperar en programas de Política común de formación profesional, sin distinción entre formación inicial y formación continua. Así en Reino Unido y otros contra Consejo de las Comunidades Europeas con relación a la Segunda fase del Programa de Cooperación entre la Universidad y la Empresa en materia de formación en el campo de las tecnologías (Comett II) (1990-1994), sentencia de 11 de junio de 1991, asuntos acumulados C-51/89, 90/89 y 94/89.

⁸⁷ Un claro y completo resumen de la doctrina jurisprudencial del TJCE sobre la materia- obviamente a su fecha de publicación- en, FREIXES (1998, p. 175-176).

nacionales⁸⁸. Y ello aunque sean mayores de edad y no estén a cargo de sus padres (*Lubor Gaal*), incluso en la enseñanza universitaria⁸⁹.

- Se reconoce a los hijos de un trabajador nacional de la Unión Europea el derecho a continuar residiendo en el Estado miembro de acogida para seguir cursos de enseñanza general en dicho Estado donde comenzaron estudios. Al tiempo, se reconoce el derecho del progenitor que ostenta la guarda y custodia a continuar residiendo con sus hijos en el Estado miembro de acogida, para que prosigan sus estudios⁹⁰.

- Cuando los planes de estudios exigen aspectos teóricos y prácticos, los estudios prácticos deben entenderse comprendidos en la duración oficial de las enseñanzas si son organizados y controlados por los establecimientos universitarios⁹¹.

- El derecho comunitario obliga al reconocimiento mutuo de diplomas, certificados y otros títulos, tanto entre universidades públicas y privadas como entre los distintos Estados miembros, ya que es necesario facilitar el ejercicio efectivo del derecho de establecimiento de ciertas actividades farmacéuticas⁹².

- El derecho comunitario no se opone a la adopción de medidas de defensa y promoción de las distintas lenguas oficiales en un Estado miembro. Pero estas medidas no pueden ser desproporcionadas a la finalidad perseguida y no pueden comportar discriminaciones en detrimento de los nacionales de otros Estados miembros⁹³.

- Los lectores de lengua extranjera de las universidades de los Estados miembros tienen derecho a la igualdad de trato en relación con los demás trabajadores de las universidades, como por ejemplo en la duración de los contratos o la cobertura de la seguridad social⁹⁴.

⁸⁸ STJCE Carmina di Leo contra Land Berlin, de 13 de noviembre de 1990, C-308/89 y STJCE Landesamt für Ausbildungsförderung Nordrhein-Westfalen v. Lubor Gaal, de 4 de mayo de 1995, Caso C-209/03.

⁸⁹ *Lubor Gaal* y STJCE Echternach y Moritz contra Ministro holandés de Educación y Ciencia de 15 de marzo de 1989 (asuntos acumulados 389/87 y 390/87).

⁹⁰ STJCE de 17 de septiembre de 2002, asunto C-413/99, Baumbast y R contra Secretary of State for the Home Department.

⁹¹ STJCE, Nationale Raad van de Orde van Architecten contra Ulrich Egle, de 21 de enero de 1992, Asunto C-310/90. sobre reconocimiento de títulos en el sector de la arquitectura.

⁹² Asunto Comisión contra Bélgica.

⁹³ STJCE Anita Graener contra Ministro de Educación y el Vocational Education Committee de la Ciudad de Dublín, de 28 de noviembre de 1989, asunto C-379/87.

⁹⁴ STJCE, Pilar Allué y Carmel Mary Coonan y otros contra Università degli studi di Venezia y Università degli studi di Parma, de 2 de agosto de 1993, Asuntos acumulados C-259/91, C-331/91 y C-332/91.

- Un trabajador nacional de otro Estado miembro, que se comprometió en una relación laboral por un período de ocho meses, con el fin de iniciar estudios en el mismo sector profesional en el Estado de acogida, y que no habría sido contratado por el empresario si no hubiera estado ya admitido en la universidad, no tiene derecho a beneficiarse de una asignación por gastos de manutención⁹⁵.

- La prohibición de creación de centros de enseñanza privados a los nacionales de otros Estados constituye una violación del derecho comunitario⁹⁶.

- El Derecho comunitario prohíbe que se puedan exigir derechos de inscripción complementarios a los estudiantes nacionales de otros Estados miembros⁹⁷.

A las anteriores líneas del TJCE cabe añadir la obligación de cooperar en programas de Política común de formación profesional⁹⁸ O la obligación de prestar la debida remuneración por períodos de formación en medicina especializada⁹⁹.

Destaca en materia de reconocimiento de títulos la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales). Los derechos educativos de los hijos de los comunitarios residentes han sido regulados en el artículo 12 del Reglamento nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad e interpretada extensivamente por el TJCE¹⁰⁰.

⁹⁵ STJCE, Steven Malcolm Brown contra The Secretary of State for Scotland, de 21 de junio de 1988, Asunto 197/86.

⁹⁶ STJCE, Comisión contra Grecia, de 15 de marzo de 1988, asunto 147/86.

⁹⁷ STJCE Blaizot c. Universidad de Lieja y otros, 2 de febrero de 1988, asunto 24/86.

⁹⁸ En Reino Unido y otros contra Consejo de las Comunidades Europeas, sentencia de 11 de junio de 1991, asuntos acumulados C-51/89, 90/89 y 94/89, con relación a la Segunda fase del Programa de Cooperación entre la Universidad y la Empresa en materia de formación en el campo de las tecnologías (Comett II) (1990-1994).

⁹⁹ Carbonari y otros contra Università degli studi di Bologna y otros, el 25 de febrero de 1999 en el asunto C-131/97.

¹⁰⁰ STJCE del Pleno, Asunto C-413/99, Baumbast y R contra Secretary of State for the Home Department, de 17 de septiembre de 2002, ha perfilado el alcance de este precepto en un sentido bastante extensivo. Así, se reconoce el derecho de los hijos de un trabajador, que durante su residencia en otro Estado miembro distinto del Estado del que es nacional dicho trabajador, comenzaron su enseñanza primaria, a continuar residiendo en el Estado miembro de acogida para seguir cursos de enseñanza general en dicho Estado, también, derecho del progenitor que ostenta la guarda y custodia a continuar residiendo con sus hijos en el Estado miembro de acogida.

También, el Derecho comunitario regula directamente la edad mínima para trabajar¹⁰¹, lo cual se recoge en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 30):

Artículo 30. Protección de los jóvenes en el trabajo: “Está prohibido el trabajo infantil. La edad mínima de admisión al trabajo no debe ser inferior a la edad en que concluye la escolaridad obligatoria, sin perjuicio de disposiciones más favorables para los jóvenes y salvo excepciones limitadas.

Los jóvenes admitidos a trabajar deben disponer de unas condiciones de trabajo adaptadas a su edad y deben estar protegidos frente a la explotación económica y cualquier trabajo que pueda ser perjudicial para su seguridad, salud o desarrollo físico, mental, moral o social, o poner en peligro su educación.”

La juventud es una preocupación creciente en el marco de la Unión, vinculada a la enseñanza y su formación para el empleo, con numerosas resoluciones y comunicaciones sobre juventud¹⁰² y también directamente sobre enseñanza y formación¹⁰³. Son múltiples las iniciativas políticas en el seno de la Unión tendentes a fomentar su ejercicio armonizado en todos los países, así como el intercambio de jóvenes entre países (Programas Sócrates, Erasmus, etc.)¹⁰⁴, además del Espacio Europeo para la Educación Superior¹⁰⁵ o Proceso de

¹⁰¹ Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994 fija en general en 15 años la edad mínima para trabajar excepto actividades culturales, deportivas, artísticas y publicitarias, sometido a autorización.

¹⁰² En este ámbito destaca el *Libro Blanco de la Comisión, de 21 de noviembre de 2001, sobre un nuevo impulso para la juventud europea* [COM (2001) 681 final - no publicado en el Diario Oficial]. También, la Comunicación de la Comisión relativa a las políticas europeas en el ámbito de la juventud – Responder a las expectativas de los jóvenes en Europa – Aplicación del Pacto europeo para la juventud y promoción de la ciudadanía activa (30. 5. 2005). COM(2005) 206. Asimismo, la Comunicación de la Comisión sobre el seguimiento del Libro Blanco «Un nuevo impulso para la juventud europea»: Aplicación de los objetivos comunes de participación e información de los jóvenes a fin de promover su ciudadanía europea activa (20. 7. 2006). COM(2006) 417. Más recientemente, Conclusiones del Consejo 8771 (2007) sobre las futuras perspectivas de la cooperación europea en el ámbito de la política de juventud (25. 5. 2007) y el Programa «La juventud en acción 2007-2013»: el nuevo programa de la UE en el ámbito de la juventud <http://ec.europa.eu/youth>.

¹⁰³ Comisión Europea, *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: Plan de acción eLearning - Concebir la educación del futuro*, COM(2001)172, 28. 3. 2001. También, *Educación y Formación 2010* C 142/1: Programa de trabajo detallado para el seguimiento de los objetivos de los sistemas de educación y formación en Europa (14. 6. 2002). En 2004 el Consejo y la Comisión adoptaron el programa de trabajo “Educación y Formación 2010”. Asimismo, Resolución del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre «Hacer de la escuela un ambiente de aprendizaje abierto para prevenir y luchar contra el abandono de los estudios y el malestar de los jóvenes y favorecer su inclusión social». Igualmente, Comunicación de la Comisión sobre eficiencia y equidad en los sistemas europeos de educación y formación (8. 9. 2006). COM(2006) 481 y la Comunicación de la Comisión «Aplicar el programa comunitario de Lisboa: Fomentar la mentalidad empresarial mediante la educación y la formación» (13. 2. 2006). COM(2006) 33.

¹⁰⁴ Sobre la base jurídica del artículo 149 TCE.

Bolonia, que por la vía de hecho y de Derecho internamente, está obligando a mutar la enseñanza universitaria¹⁰⁶. La educación permanente para toda la vida¹⁰⁷ y las competencias clave son de gran interés sobre los objetivos para la enseñanza y formación¹⁰⁸.

b. 2. La educación y la formación en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y en la Carta europea de los Derechos del Niño

La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea cobra fuerza jurídica con el Tratado de Lisboa (art. 6. 1 Tratado de la Unión). Amén de su alcance respecto del Derecho comunitario, parece tener fuerza interpretativa constitucional para España, al menos así lo expresa la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa¹⁰⁹. Por lo que más interesa, la Carta de derechos proclama en su artículo 14 el derecho a la educación¹¹⁰, con una fórmula que no presenta especiales aportaciones:

¹⁰⁵ Surge formalmente en la Declaración de la Sorbona de 1998, suscrita por los ministros encargados de la educación superior de Alemania, Francia, Italia y el Reino Unido, que instan al desarrollo de un EEES, crean al efecto el Grupo de Seguimiento de Bolonia que se ha ido reuniendo en conferencias periódicas: Praga 2001, Berlín 2003, Bergen 2005, Londres 2007; Lovaina 2009 y las futuras de Budapest y Viena en 2010 y Bucarest 2012.

¹⁰⁶ En el ámbito universitario, también, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativa al refuerzo de la cooperación con terceros países en materia de enseñanza superior - COM(2001) 385 final. También, COM(2006) 208: Comunicación de la Comisión «Cumplir la agenda de modernización para las universidades - Educación, investigación e innovación» (10. 5. 2006).

¹⁰⁷ En noviembre de 2001, la Comisión publicó una comunicación “Hacer realidad un espacio europeo del aprendizaje permanente” y la posterior Resolución del Consejo de 27 de junio de 2002 sobre la educación permanente. También, los Consejos Europeos de Bruselas de marzo de 2003 y diciembre de 2003 subrayaron la necesidad de desarrollar el aprendizaje permanente.

¹⁰⁸ Destaca la Recomendación 2006/962/CE, sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente. PARLAMENTO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2006).

¹⁰⁹ Así, cabe tener en cuenta su artículo 2: “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. A tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución española y en el apartado 8 del artículo 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2007, cuyo texto íntegro se reproduce a continuación: [...].”

¹¹⁰ Al respecto del reconocimiento del derecho a la educación en la Carta europea de derechos fundamentales TIRAPU (2005), FERNÁNDEZ-CORONADO (2004) y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES (2008).

Artículo 14. Derecho a la educación: “1.- Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y continua. Este derecho incluye la facultad de seguir gratuitamente la enseñanza obligatoria.

2.- Se garantizan, de acuerdo con las normas nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto de los principios democráticos, así como del derecho de los padres a asegurar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas.”

También se reconoce la libre investigación (art. 13: “La investigación científica es libre.”)

Entre los documentos declarativos, la Carta europea de los Derechos del Niño, aprobada por Resolución del Parlamento Europeo de 8 de julio de 1992¹¹¹ reconoce ampliamente el derecho a la educación del menor en sus distintos contextos. La Carta tiene una estructura y articulado algo atípicos. El derecho a la educación se reconoce de forma muy extensa en el apartado. Ahí se reconoce el derecho a recibir la educación, sus objetivos, diversas garantías y diversas obligaciones de los Estados con relación a las lenguas, trabajadores migrantes. Destaca la obligación de la admisión a centros sostenidos con fondos públicos no quede condicionada por la situación económica de los padres (apartado 8 c). Asimismo se regulan cautelas específicas respecto de la explotación y el trabajo infantiles. El también amplio apartado 7 recuerda las obligaciones de los padres y sus posibles licencias para el cuidado de los niños. También este apartado 7° reconoce diversas garantías respecto del trabajo infantil, derecho a ayudas para la búsqueda de empleo a la salida del sistema escolar, se expresan las responsabilidades de los padres. También, como prevención de las sectas se reconoce el derecho a la información sobre las religiones más importantes. El apartado 7. 21 reconoce respecto de los discapacitados la educación y formación profesional “adecuadas”¹¹².

1. 4. DESARROLLO Y EVOLUCIÓN LEGISLATIVA HASTA LA FECHA

¹¹¹ DOCE n° C 241, de 21 de Septiembre de 1992. Su texto es difícilmente accesible, posible en <http://goo.gl/L0rei>

¹¹² 7. 21 [...] Todo niño minusválido deberá poder:

a. Gozar de una atención y nos cuidados especiales; recibir una educación y una formación profesional adecuadas, que permitan su integración social, bien en un establecimiento ordinario, bien en un establecimiento especializado. ”

1. 4. 1. Un desarrollo normativo amplio y desde numerosas fuentes de producción

a) Una extensa legislación estatal...

El desarrollo legislativo y reglamentario, del fenómeno educativo tanto a nivel estatal como autonómico es el más amplio de cualquier derecho fundamental y de cualquier derecho social prestacional. Son muchas las leyes y decretos estatales¹¹³ del ámbito general , de educación infantil , secundaria , de formación profesional , universitaria o especial .

b) ... extraordinariamente desarrollada por múltiples centros normativos

El ámbito autonómico cuenta con muchas competencias educativas, especialmente ejecutivas¹¹⁴. La normativa autonómica hasta fechas recientes era básicamente reglamentaria, pero desde la LOE de 2006 y la ola de reformas estatutarias se están aprobando leyes autonómicas de cientos de artículos. Como resultado, la normativa autonómica es extraordinariamente amplia¹¹⁵, por no decir inaprehensible para quien no es profesional del sector y dentro de cada Comunidad Autónoma.

Y los centros reguladores no se limitan al Estado o las Comunidades Autónomas, sino a más de cincuenta universidades públicas y privadas con autonomía universitaria (art. 27. 10º CE) y que generan todo un ordenamiento propio del que se hace depender en muy buena medida tanto el régimen de derechos y deberes del alumnado, cuanto el acceso y contenido de la prestación educativa.

A lo anterior hay que añadir las facultades de ordenación de más de veinticinco mil centros educativos¹¹⁶, a partir de la autonomía legal de los

¹¹³ Cabe remitir a la base de datos de legislación educativa del Ministerio de Educación <http://me.mec.es/me>

¹¹⁴ Al respecto véase *infra* los apartados dedicados específicamente al respecto en el capítulo “Padres, docentes y los poderes públicos y sus competencias en educación”.

¹¹⁵ A lo largo del estudio con relación a cada apartado se sitúa a título de ejemplo la prolija normativa autonómica, en concreto, de la Comunidad Valenciana. La base de datos legislativa mencionada dos notas *supra* permite también la búsqueda de la miríada de normas educativas autonómicas.

¹¹⁶ Cabe recordar que el número total de centros de enseñanzas de Régimen General en 2006-2007 fue de 23. 233 (16. 500 los públicos -71%- y 6. 733 -29%-los privados) (MEC 2007) y en 2010 fueron 26.472 (18.328 públicos y 8.144 privados). MEC (2010 b), p. 15).

centros públicos y la autonomía constitucional de los centros privados (art. 27. 5º CE). Unos y otros tienen reconocida “autonomía pedagógica, de organización y de gestión” “para elaborar, aprobar y ejecutar un proyecto educativo y un proyecto de gestión, así como las normas de organización y funcionamiento del centro (arts. 120 y 124 LOE). De este modo, también cada centro tiene facultades de regulación interna y organizativa, adaptando exigencias constitucionales varias, como pueda serlo la participación educativa, la información y formación educativa así como el régimen de deberes, normas de convivencia y disciplina y fórmulas de ejercicio de no pocos derechos y muchos otros aspectos que determinan la prestación educativa, proyectándose sus efectos en alumnos y padres.

1. 4. 2. El alcance de las reservas de ley en un derecho necesitado de regulación

a) Las bases constitucionales de la regulación legal y reglamentaria del derecho a la educación

El derecho a la educación está protegido especialmente, al recaer tanto la reserva de ley en la regulación de su ejercicio (art. 53. 1º CE) cuanto la específica reserva de ley orgánica para el “desarrollo” (art. 81. 1º CE), lo cual veda su regulación por legislación delegada (art. 82. 1º CE). Asimismo, un Decreto-Ley no puede “afectar” el derecho a la educación (art. 86. 1º CE). Respecto de la reserva de ley y el principio de legalidad, y como se hará referencia, hay que tener en cuenta los requisitos de legalidad de las restricciones a los derechos y, en particular, a la exigencia de legalidad sancionadora.

Como recuerda el TEDH, el derecho a la educación es un derecho fundamental particularmente necesitado de regulación¹¹⁷. Esta regulación no puede dañar la “sustancia” del derecho (su contenido esencial en razón de nuestro art. 53. 1º CE), ni formularse en términos muy genéricos que generen

¹¹⁷ Así lo recuerda en STEDH de 7 febrero 2006 asunto Mürsel Eren contra Turquía (nº 44) con remisión al Caso Asunto Lingüístico Belga nº 5):

“44 El Tribunal decidió en el Asunto Lingüístico Belga que el derecho a la educación garantizado por la primera frase del artículo 2 del Protocolo núm. 1 «por su misma naturaleza exige una regulación por parte del Estado, regulación que puede variar en el espacio y en el tiempo según las necesidades y recursos de la comunidad y de las personas. No hay ni que decir que tal regulación nunca debe dañar la sustancia del derecho a la educación ni entrar en conflicto con otros derechos garantizados por el Convenio» (Asunto Lingüístico Belga, anteriormente citada, ap. 5). ”

inseguridad jurídica¹¹⁸. Es más, la regulación de diversos aspectos de la educación no sólo es necesaria sino que es una garantía en sí misma. Como recuerda el TEDH, las normas claras pueden generar expectativas legítimas a la vez de suponer una garantía frente a las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas en el derecho a la educación. De este modo, si se vulneran las normas de desarrollo se vulnera el derecho¹¹⁹.

No hay que olvidar que el alcance de las reservas de ley tiene incidencia no sólo por cuanto el poder parlamentario-ejecutivo, también por cuanto al reparto territorial del poder (Estado-Comunidades Autónomas). Y al respecto de la reserva de ley, el derecho a la educación requiere y mucho de la interposición normativa. La regulación de instituciones de control, gestión y participación en los centros (art. 27. 7º CE) así como, en especial, todo el diseño y articulación del sistema educativo requerido para la prestación educativa exigen un intenso desarrollo normativo con un papel destacado –pero no ilimitado– para la regulación reglamentaria. Por ello, el Tribunal Constitucional es más flexible y permisivo respecto de la reserva de ley orgánica y a favor del legislador ordinario –que puede ser autonómico– que cuando se trata del derecho a la educación que cuando se trata de derechos de libertad. Así, en la STC 137/1986, de 6 noviembre, caso Ikastolas, FJ 3º se señala:

“Cuando no se está ante derechos de libertad, sino prestaciones o de participación - de este último carácter son los enunciados en el art. 27.7 de la constitución-, el «desarrollo» de los derechos es también, inevitablemente, ordenación del ámbito institucional o vital en el que los derechos han de existir y puede no acomodarse a los criterios de política legislativa que se consideren atendibles la plena integración de todas estas normaciones en el texto que adquirirá la especial rigidez de la Ley orgánica. En

¹¹⁸ 46º: “En opinión del Tribunal, el Gobierno no ha indicado ninguna base legal para que el ÖSYM pudiera anular los resultados de los exámenes de los candidatos por su incapacidad para explicar su éxito. El Tribunal entiende, en todo caso, que ninguna base legal para tan amplia discrecionalidad puede crear tal inseguridad jurídica como para ser incompatible con la norma de Derecho, uno de los principios básicos de una sociedad democrática garantizados por el Convenio (véase Hasan y Chaus contra Bulgaria [TEDH 2000, 162] [GS] núm. 30985/1996, ap. 84, TEDH 2000-XI), o dañar la misma sustancia del derecho a la educación. ”

¹¹⁹ 48º: [...] “Además, la clara redacción de las Normas del ÖSYM permite a un estudiante de buena fe tener la legítima expectativa de que podrá acceder al curso universitario para el que ha obtenido la nota necesaria en el examen. En otras palabras, cuando la legislación establece condiciones para el acceso a la universidad y un candidato satisface esas condiciones, dicho candidato tiene derecho a ser admitido en esa universidad (véase, *mutatis mutandis*, Sentencia De Moor contra Bélgica de 23 junio 1994, serie A núm. 292-A. pg. 15, ap. 43). ”

49º: “El Tribunal opina que las normas del ÖSYM proporcionan una medida de protección legal contra las injerencias arbitrarias de las autoridades públicas en el derecho a la educación, un derecho protegido por el Convenio. Por lo tanto, de ello se deduce que si las autoridades públicas pasan por alto o ignoran dichas regulaciones, esa protección legal quedara dañada. ”

estos términos, la opción del legislador orgánico en favor de la remisión al ordinario puede ser -confirmándose, así también, que la separación de círculos competenciales no puede ser absoluta- una técnica sustitutiva de la igualmente constitucional consistente en la inclusión en la propia Ley Orgánica de normaciones ajenas ya al ámbito reservado («materias conexas»).

En otro orden de cosas, aunque con relevancia para éste, la STC 5/1981 (recurso LOECE) no descartó totalmente el principio que la Ley Orgánica entonces enjuiciada (LOECE) contuviera remisiones a normas internas al ámbito escolar (cooperativas), aunque si la indeterminación con la que aquel reenvío se produjo entonces (Fundamento Jurídico 15). Una remisión análoga a los reglamentos de régimen interior se contiene también hoy en la LODE (art. 54.3, entre otros).”

En esta dirección, en ocasiones con relación a la educación, el alto Tribunal considera “debida u obligada por la naturaleza de las cosas” la colaboración normativa entre ley orgánica y ley ordinaria (estatal o autonómica)¹²⁰:

“La posibilidad constitucional de una tal relación, en la que el Reglamento es llamado por la Ley para integrar de diverso modo sus mandatos, no queda excluida en el caso de las reservas a Ley orgánica presentes en el art. 81, núm. 1, y en otros preceptos de la C. E., y siempre, como es claro y exigible para cualquier caso de reserva, que la remisión a Reglamento no suponga deferir a la normación del Gobierno el objeto mismo reservado, que es el «desarrollo» de un derecho fundamental en el caso que ahora consideramos. Cuando este «desarrollo» lo haya realizado cumplidamente el legislador, como sucede en el presente proyecto de Ley orgánica, la remisión al Reglamento no será, sólo por ello, inconstitucional, y hasta ha de decidirse que esa misma remisión resultará, en muchos casos, debida u obligada por la naturaleza de las cosas, pues no hay Ley en la que se pueda dar entrada a todos los problemas imaginables, muchos de los cuales podrán tener solución particular y derivada en normas reglamentarias.”

Se trata, a su juicio, de una colaboración normativa que no difiere de la colaboración entre ley y reglamento (STC 77/1985, de 27 junio)¹²¹.

¹²⁰ En la STC 77/1985, de 27 junio, recurso LODE, se alegaba la inconstitucionalidad por otorgar una competencia general para dictar por vía reglamentaria normas básicas en desarrollo del art. 27 de la CE por vulnerar competencia estatal así como la reserva de ley orgánica. Cita del FJ 14º.

¹²¹ En este sentido, el Tribunal Constitucional en el FJ 3º de la STC 77/1985, de 27 junio (recurso LODE), hace referencia a la colaboración entre leyes, si bien, sobre la prohibición de remisiones en blanco, no habría que excluir la colaboración con reglamentos:

“no existe, de principio, imposibilidad constitucional para que la Ley Orgánica llame a la ordinaria a integrar en algunos extremos sus disposiciones «de desarrollo», dando así lugar, y con las mismas garantías constitucionalmente exigibles (Sentencia 83/1984, FJ 4. º), a una colaboración entre normas

A pesar de una mayor tolerancia general, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucionales remisiones en blanco a las normas de régimen interior de los centros. Así, en la STC 5/1981, de 13 febrero (recurso LOECE), FFJJ 13º y ss., estima inconstitucional una amplia remisión al reglamento de régimen interior de los centros educativos respecto de su gestión. Señala que la ley debe “precisa[r] en detalle la composición de los principales órganos del gobierno y el contenido esencial de sus atribuciones” (FJ 15º)¹²².

Sin perjuicio de lo anterior, y ya sobre presupuestos de división vertical del poder, el Tribunal Constitucional sí ha permitido que sean los reglamentos los que fijen las “bases” de la educación (art. 149. 1º 1ª y 30ª CE, STC 77/1985, de 27 junio)¹²³.

b) Las variadas soluciones jurisprudenciales en materia de reserva de ley

Sobre este marco general, la solución se hace depender de ámbitos concretos. Así, en materia del “derecho fundamental” de participación en el control y gestión de centros (Art. 27. 7º CE), se afirma que hay una reserva estricta por tratarse de un derecho sustantivo, aunque el reglamento puede complementar la regulación orgánica por la que se canaliza la participación o por

que no diferirá -en este plano de la integración entre distintos preceptos- de la relación que en los casos de reserva de Ley pueda establecerse entre esta última fuente y el Reglamento.

¹²² En el caso concreto afirma que: “La ausencia de toda precisión acerca de cuál haya de ser el procedimiento de elaboración y aprobación de estos «estatutos o reglamentos de régimen interior» y las atribuciones concretas de los órganos colegiados en los que participan profesores y padres, la probabilidad de que en los centros de nueva creación tales cuerpos normativos sean establecidos directamente por el mismo titular y las diferencias de apreciación, en fin, que cabe la posibilidad se den entre el titular del centro y los demás componentes de la comunidad educativa en cuanto al alcance que debe darse a este derecho a intervenir en el control y gestión que la Constitución garantiza, no permiten considerar suficientemente garantizado el ejercicio del derecho mediante la simple remisión de su regulación a estas normas del reglamento de régimen interior.” (FJ 15º).

¹²³ STC 77/1985, de 27 junio (recurso LODE), se afirma que las “bases” de la educación, aunque por lo general son determinadas por ley, pueden también serlo por norma reglamentaria (FJ 16º): “Este Tribunal ha indicado repetidamente que la noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como noción material -Sentencia del TC 32/1983, F. J. 6, J. C. , T. II, p. 239 - y que el instrumento para establecerlas, con posterioridad a la Constitución es la Ley -Sentencia T. C. 1/1982, F. J. I, J. C. , T. III, p. 16-. Sin embargo, también hemos afirmado que puede haber algunos supuestos en los que el Gobierno podría hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Real Decreto, y de modo complementario, alguno de los aspectos básicos de una materia determinada. [...] resultara de una habilitación legal, y, en segundo lugar, si su rango reglamentario viniera justificado por tratarse de materias cuya naturaleza exigiera un tratamiento para el que las normas legales resultarían inadecuadas por sus mismas características. [...], la mera remisión en abstracto a las normas reglamentarias para regular materias básicas no tiene por qué suponer necesariamente que esas normas vulnerarían las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas”.

motivos técnicos o hacer más eficaz la participación, pero en modo alguno para restringir la misma¹²⁴

Otras ocasiones el Tribunal Supremo ha admitido que reglamentariamente se introduzcan requisitos de edad no expresados en la ley para preferenciar la admisión en los centros (STS 9 de septiembre de 1987)¹²⁵. Sin embargo, la jurisdicción ordinaria no ha aceptado que un reglamento introduzca la prohibición de discriminar por razón de “sexo” en la admisión a los centros, por cuanto entonces no estaba tal prohibición expresamente en la ley¹²⁶.

En materia de conciertos educativos¹²⁷, es jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo que en razón de la reserva de ley específica del artículo 27. 9º CE no puede privarse de un concierto educativo si no es en razón de previsión legal, sin perjuicio de que la Administración pueda adoptar disposiciones reglamentarias que complementan o desarrollan los preceptos legales:

“La reserva legal en materia de concesión o rescisión de la ayuda a los centros docentes privados no significa, sin embargo, que la Administración no pueda adoptar disposiciones reglamentarias que complementan o desarrollan los preceptos legales. El Tribunal Constitucional -Sentencias de 24 de julio de 1984 y 17 de febrero de 1987 (RTC 1987\19)- y esta Sala -Sentencias de 13 de octubre de 1987 (RJ 1987\6755) y 23 de marzo de 1988 (RJ 1988\1704) ha declarado que el principio de reserva de ley no excluye la posibilidad de recurrirse a normas reglamentarias para que la desarrollen y cumplimenten, «consecuencia obligada de la distinta naturaleza y finalidad de una y otra, puesto que la ley ha de fijar los principios o criterios básicos en la materia sobre la que se proyecta sin poder prever todas las cuestiones que puedan surgir, mientras que el

¹²⁴ Así, STC 47/1990, de 20 de marzo, caso Instrucción MEC prohibiendo ser directores a los Profesores de Religión, FJ 6º.

¹²⁵ En la STS 9 de septiembre de 1987 (RJ 1987\5951) se consideró que introducir un criterio objetivo de edad en las normas de admisión de un instituto en coherencia con el desarrollo reglamentario de la progresión educativa en EGB no quebraba la reserva de ley y era justificable en el marco de la programación de la enseñanza.

¹²⁶ Como se verá en su momento (ver *infra* “La eliminación de barreras materiales de acceso”), el motivo no es tanto la posibilidad de desarrollo reglamentario, sino la contraposición entre la norma reglamentaria y la ley, por no mencionar la prohibición de discriminar por razón de sexo. La STSJ Andalucía, de 11 mayo 2006 (JUR 2006\ 20309), desde la perspectiva competencial considera que la Comunidad Autónoma no puede implantar nuevos requisitos para adquirir o mantener la condición de centro concertado que no se recogen en la LODE (FJ 5º). Se considera que el Estado expresamente opta por no incluir el sexo entre los criterios por los que no discriminar y se ata a la Convención de 1960 (FJ 6º) para no considerar discriminatoria la admisión basada en sexo, por lo que anula los preceptos andaluces.

¹²⁷ Destacan en este sentido los trabajos de DÍAZ LEMA (1992), entre otros.

reglamento haya de atender las cuestiones técnicas o aspectos específicos que presenta», siendo esta remisión posible «aunque éstas sean anteriores a la Constitución».¹²⁸

En otros ámbitos, el Tribunal Supremo considera que el currículo educativo (la determinación de objetivos, métodos y contenidos concretos), “por su mismo carácter técnico” no forma parte del núcleo de la educación que debe desarrollarse por ley orgánica sino que cabe la remisión al desarrollo reglamentario (STS, de 30 junio 1994)¹²⁹.

c) La dudosa constitucionalidad de la regulación no legal de derechos fundamentales del menor

Desde otra perspectiva, a juicio de Aláez tanto la regulación de la capacidad de obrar iusfundamental del menor¹³⁰, cuanto la delimitación y limitación de los derechos fundamentales¹³¹ durante la minoría de edad deben ser regulados por ley orgánica, lo cual no se hace salvo en la LOPJM y de forma insuficiente. Y es inhabitual hoy día que una norma de rango legal contenga las mínimas predeterminaciones de la limitación o delimitación de derechos que padecen los derechos fundamentales del menor. Esta situación –si se tomara en serio– conllevaría la inconstitucionalidad en numerosos ámbitos del ordenamiento del menor y, por ende, del educativo, por quebranto de la reserva de ley. Así por ejemplo el deber básico de respetar las normas de convivencia del centro no satisface una mínima concreción legal de las delimitaciones y limitaciones que experimentan los derechos de los menores en la relación escolar. Y un reglamento no es norma suficiente para paliar estos déficits.¹³² Se da en el ámbito aquí abordado la conjunción de tres grandes olvidos o vacíos en la dogmática y la obra legislativa que generan faltas de legalidad en materia de

¹²⁸ Así, por ejemplo STS de 18 octubre 1990 (RJ 1990\7968) FJ 2º “la jurisprudencia de esta Sala viene manteniendo que el art. 27,9 de la Constitución establece una reserva legal en materia de ayuda pública a los centros docentes privados autorizados.” Y en esta dirección recuerda el FJ 3º jurisprudencia diversa (como las Sentencias de 24 de enero de 1985 (RJ 1985\250), 7 de junio de 1986 (RJ 1986\3362) y 22 de abril de 1987 (RJ 1987\2995). Las facultades de concreción y complemento de la Administración, según la STS de 9 diciembre 1998 (RJ 1998\10256) alcanza la fijación numérica alumnos/profesor- que han de reunir los Centros docentes.

¹²⁹ Así, en la STS, de 30 junio 1994 (RJ 1994\5277) FJ 10º.

¹³⁰ Esto es, su capacidad para autoejercer por sí mismo los derechos y libertades del menor [...] debería realizarse por ley orgánica y no por ley ordinaria como se ha hecho hasta el momento”. ALÁEZ CORRAL (2003 a, p. 170).

¹³¹ *Ibidem* p. 171.

¹³² *Ibidem* pp. 172 y ss.

derechos fundamentales: 1º en general tanto en la relación especial educativa por incisión o afección del derecho a la educación y de otros derechos; 2º la falta de legalidad en particular materia de régimen sancionador y, 3º y de lo que ahora se trata, las carencias reguladoras del régimen de derechos fundamentales del menor.

La posición de los tribunales no parece dar la menor importancia al rango normativo de la fijación del estatuto del escolar. Así, en 2009 el Tribunal Supremo considera que las normas de convivencia que dictan los centros educativos tienen base legal suficiente para imponer conductas –que afectan a sus derechos fundamentales- y correcciones por su incumplimiento a los alumnos¹³³.

1. 4. 3. El desarrollo estatal orgánico de la regulación general de la educación desde la aprobación de la Constitución

El consenso constitucional y el texto constitucional definitivo puede decirse que dejó “en tablas” o en tregua la materia educativa, a expensas del desarrollo legislativo estatal y también autonómico. La falta de consenso en la materia es tan tradicional como destructiva. También habitual es acudir al Tribunal Constitucional –o a los tribunales ordinarios- tanto frente a la labor del legislador estatal cuanto autonómico. Los combates ideológicos, políticos, religiosos y autonomistas que hay detrás en la parcela de la enseñanza se han llevado muchas veces a la arena jurisdiccional. Y los jueces, obviamente, no pueden solventar la falta de consenso y el deterioro progresivo e incesante de la enseñanza en España. Como recuerda Puelles, “mientras que en casi dos siglos habíamos tenido sólo tres grandes leyes de educación –el llamado reglamento general de 1821, la ley Moyano de 1857 y la ley general de 1970–, en estos últimos 30 años hemos visto nueve leyes orgánicas de educación de distinta factura y contenido.”¹³⁴

Tras la Constitución, el centro derecha aprobó la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de julio, del Estatuto de los Centros docentes (LOECE), una ley breve que dejaba un importante margen de acción a los centros privados. La ley, entendida como una ruptura de un consenso¹³⁵ que no había sido más que una tregua, fue

¹³³ Así la STS de 16 diciembre 2009 (RJ 2010\2862), ver FJ 3º. Al respecto, ver *infra* el apartado “Las restricciones del derecho a la educación en razón del Derecho sancionador...”.

¹³⁴ PUELLES BENÍTEZ (2007 b, p. 24).

¹³⁵ NICOLÁS MUÑIZ (1983, p. 348).

recurrida por la oposición socialista, dando lugar a una de las primeras sentencias de nuestro Tribunal Constitucional (STC 5/1981, de 13 de febrero). Esta sentencia aún asienta las bases del derecho a la educación en España, si bien ha sido superada en materia autonómica.

El gobierno socialista llegado en 1982 pronto superaría la LOECE y marcó claramente su impronta en educación con la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (LODE). Esta ley aún está vigente respecto de elementos básicos, principios y derechos y, sobre todo, respecto del régimen de centros privados y conciertos educativos. Como en su preámbulo se afirma se pretendía superar la “irregular situación normativa” de la financiación de centros privados y el desarrollo. La LOECE no sólo no la había corregido sino que –según el preámbulo de la LODE- había sido “parcial y escasamente fiel al espíritu constitucional” “al privilegiar desequilibradamente” a favor de los centros privados en contra, también de la libertad de cátedra de los profesores. La LODE generó una fuerte reacción desde la enseñanza privada y religiosa, defendida por la derecha en la oposición, al imponer la reordenación del sector y el necesario ajuste a los diversos parámetros normativos para obtener la subvención. Esta ley fue también objeto de recurso resuelto por la STC 77/1985, de 27 de junio dejó a salvo prácticamente todo el articulado¹³⁶.

Por cuanto a la estructuración de la enseñanza y los contenidos de la educación, seguía vigente la Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa. Al respecto, también un gobierno socialista aprobó la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del sistema Educativo (LOGSE), si bien sería un gobierno popular el que habría de implantarla bastantes años después por falta inicial de financiación. La LOE ha mantenido la estructuración de la enseñanza general que estableció la LOGSE, y a ella cabe remitir (educación infantil, primaria, secundaria obligatoria hasta los 16 años, bachillerato, formación profesional, etc.), asimismo la LOGSE normaliza las enseñanzas de régimen especial (artísticas, idiomas, etc.). También esta ley reguló aspectos de cualificación y formación del profesorado, programación docente, innovación y la investigación educativas, así como la orientación educativa y profesional. Pese a los indudables avances que supone la LOGSE, popularmente se le achacan los malos resultados de la educación española en el escenario comparado. En la última legislatura de la presidencia de González, se aprobó la Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, de Participación, Evaluación y Gobierno de los

¹³⁶ Si bien con elementos interpretativos y declarando inconstitucional la autorización administrativa del carácter propio del centro (art. 22 LODE).

Centros Docentes, que regulaba aspectos variados de orgánica de los centros sostenidos con fondos públicos (Consejos, Claustro, Comisión económica, Dirección) y la elección del Director, también la evaluación de la educación y sus distintos contenidos y modalidades. También se regulaba la Inspección de Educación. Esta ley ya no está vigente.

El gobierno del Partido Popular en su primera legislatura (1996-2000) hizo una “reforma de las humanidades”, intentando fortalecer contenidos de Lengua y Humanidades, ámbitos de enseñanza con decepcionantes resultados de España en el marco comparado. Estas reformas tuvieron una marcada reacción desde territorios nacionalistas. En la segunda legislatura popular y con mayoría absoluta, se aprobaron tres importantes leyes en el sector, para la educación general, la universitaria y la formación profesional. Sólo esta última no tuvo una fuerte reacción contraria y no ha sido derogada o reformada por el gobierno socialista posterior.

La Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (LOCE), que tuvo una fuerte contestación política, al punto de que con la llegada del gobierno socialista no llegó a implantarse. La ley subrayaba la valoración del esfuerzo de los estudiantes, si bien se tildó de elitista y segregadora. También se acentuaba el poder de la Dirección de los centros educativos y su ligazón a la Administración. Por cuanto a las materias a impartir, en la línea de la reforma de las humanidades de 1998, se fortalecían las asignaturas troncales y su determinación estatal, así como reforzaba la Alta Inspección estatal.

Como promesa electoral, el gobierno socialista llegado en 2004, decretó primero la inaplicación de la LOCE, siendo finalmente derogada por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 mayo, de Educación (LOE)¹³⁷. Se trata de una extensa ley de 157 artículos y una cincuentena de adicionales y transitorias. No obstante, no codifica al completo el Derecho educativo general, puesto que reforma y mantiene en vigor a la LODE, a la que hay que acudir respecto del régimen de derechos y deberes de padres y alumnos centros educativos privados, básicamente. De la ley cabe subrayar dos elementos: que deroga la anterior LOCE y que implanta la muy discutida asignatura Educación para la ciudadanía, acusada por sus detractores –esencialmente la comunidad católica y el Partido Popular- de proselitismo político laicista¹³⁸. Esta asignatura ha sido fuertemente contestada sino boicoteada desde diversos gobiernos regionales, especialmente y

¹³⁷ Sobre el proceso y justificación de la ley por uno de sus autores (responsable del Ministerio), puede seguirse TIANA FERRER (2007 y 2009).

¹³⁸ Al respecto, cabe remitir especialmente al apartado *infra* El “ideario constitucional” de la educación y su relevancia jurídica.

sin éxito judicial, en la Comunidad Valenciana. Entre las muchas batallas jurisdiccionales, el Tribunal Supremo en sus sentencias de febrero de 2009 ha mantenido la constitucionalidad de la asignatura¹³⁹. Más allá de estos dos elementos clave de la LOE, entre otras aportaciones puede destacarse la recepción legislativa de la educación permanente y para toda la vida, la flexibilización del sistema educativo y el reforzamiento de procedimientos de evaluación de los distintos ámbitos y agentes de la actividad educativa. Lo bien cierto es que más allá de lo dicho, la ley no tiene contenidos políticos llamativos en un sentido u otro. Como dato significativo, la Ministra de educación fue cesada a los pocos días de la aprobación de esta ley.

Desde otoño de 2009 se abrió cierta esperanza de consenso en la regulación del derecho a la educación que llevó a un periodo de negociación, que, no obstante, unos meses después se consideró roto por la oposición.

1. 4. 4. La regulación orgánica estatal universitaria y de la formación profesional

En el ámbito universitario, al poco de llegar al poder en 1982, el gobierno socialista aprobó la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria. Una ley que impulsaba la comprensión de la Universidad no como comunidad elitista del saber, sino como servicio público generalizado para toda la sociedad. La LRU desarrollaba la autonomía universitaria que la Constitución reconoce. A partir de esta ley se crearon centros universitarios en casi todas las poblaciones de más de cincuenta mil habitantes. Supuso un cambio significativo a raíz de esta ley la estructuración universitaria sobre la base de los departamentos “órganos básicos encargados de organizar y desarrollar la investigación y las enseñanzas propias de su respectiva área de conocimiento” (artículo 8 LRU) que agrupan personal, asignaturas y conocimientos. La LRU tuvo también especial significación por cuanto a la reordenación de lo que calificaba “actual caos de la selvática e irracional estructura jerárquica del profesorado, totalmente disfuncional” mediante el establecimiento de cuatro únicas categorías del profesorado y la creación de una carrera docente. Si bien fuera cierto el diagnóstico, más dudoso es que la ley supusiese la solución, en razón de las dinámicas de selección de profesorado que generó. La LRU fue

¹³⁹ SSTs sobre la asignatura de Educación para la Ciudadanía, de 11 de febrero de 2009, que resuelven los recursos 905/2008, 1013/2008, 948/2008, y 949/2008, sobre la que se volverá.

recurrida por el gobierno vasco, dando lugar a la importante STC 26/1987, de 27 de febrero.

En la segunda legislatura del gobierno del Partido Popular se aprobó la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades, muy fuertemente contestada desde las filas socialistas y desde las universidades. Sin embargo, a diferencia de la educación general, las modificaciones que ha sufrido la LOU con posteriores gobiernos socialistas no han sido esenciales¹⁴⁰. Esta ley se justifica en la necesaria adecuación a un número de universidades que se multiplicó por tres en la etapa constitucional, el importante desarrollo descentralizador autonómico en este ámbito y del desarrollo mismo de la autonomía universitaria. Se refuerzan los mecanismos externos de evaluación de la calidad y, para ello, se crea la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación. En el ámbito del profesorado, cada autonomía tiene más facilidad para crear figuras, al tiempo de implantar nuevas, como las de profesor ayudante doctor y la del profesor contratado doctor. También, especialmente en sus ulteriores reformas de 2007, se presta atención al Espacio Europeo de Enseñanza Superior.

Pese a su ordenación por la LOGSE y su desarrollo reglamentario, el ámbito de la formación profesional no había tenido una regulación legal específica. Con el segundo gobierno popular se aprobó –y a diferencia de todas las demás leyes educativas, sin contestación social ni política¹⁴¹– la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional. La ley crea el Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional para dar unidad, coherencia y eficacia a la planificación, ordenación y administración la formación profesional, para facilitar la integración de las distintas formas de certificación y acreditación de las competencias y de las cualificaciones profesionales (art. 1). Con el aprendizaje permanente, la “cualificación profesional” es el concepto básico¹⁴² sobre el que gira la ley. Asimismo, el Catálogo de Cualificaciones Profesionales es el marco de referencia de los títulos y certificados, oficiales para todo el territorio español. La ley ha sido ampliamente desarrollada vía reglamentaria¹⁴³, destacando en los últimos

¹⁴⁰ La reforma básicamente se ha dado merced a la Ley Orgánica 4/2007, de 12 de abril, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades.

¹⁴¹ PUELLES BENÍTEZ (2007 b, p. 24): “Sólo la ley de Formación Profesional de 2002 ha podido mantenerse indemne en medio de tan convulsivo escenario legislativo: deberíamos preguntarnos por qué.”

¹⁴² Como señala el preámbulo, “conjunto de competencias con significación para el empleo, adquiridas a través de un proceso formativo formal e incluso no formal que son objeto de los correspondientes procedimientos de evaluación y acreditación.”

¹⁴³ Destacan, en este sentido el Real Decreto 1147/2011, de 29 de julio, por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo, el Real Decreto 395/2007, de 23

tiempos la posibilidad de obtener certificados de profesionalidad¹⁴⁴ que acreditan el conocimiento adquirido por la experiencia profesional desarrollada a lo largo de los años¹⁴⁵.

1. 4. 5. La regulación del derecho a la educación en las reformas de los Estatutos de autonomía y sus escasas aportaciones

Los nuevos o reformados Estatutos de autonomía desde 2006 han dispensado una “especial atención”¹⁴⁶ a la educación. Así, singularmente, los Estatutos de Cataluña¹⁴⁷ y Andalucía¹⁴⁸, aunque también con diversas referencias en los de la Comunidad Valenciana¹⁴⁹, Baleares¹⁵⁰, Aragón¹⁵¹ o Castilla León¹⁵² y

de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo y el Real Decreto 34/2008, de 18 de enero, por el que se regulan los certificados de profesionalidad.

¹⁴⁴ Tales certificados “acreditan con carácter oficial las competencias profesionales que capacitan para el desarrollo de una actividad laboral con significación en el empleo” (art. 10. 2º del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo).

¹⁴⁵ El mencionado Real Decreto 34/2008, se define la estructura y contenido de los certificados de profesionalidad, a partir del Catálogo Nacional de las Cualificaciones Profesionales y de las directrices fijadas por la Unión Europea, y se establece que el Servicio Público de Empleo Estatal, con la colaboración de los Centros de Referencia Nacional, elaborará y actualizará los certificados de profesionalidad, que serán aprobados por real decreto. En este marco, se ha aprobado el Real Decreto 1966/2008, de 28 de noviembre, por el que se establece un certificado de profesionalidad de la familia profesional de edificación y obra civil que se incluye en el Repertorio Nacional de Certificados de Profesionalidad; el Real Decreto 1218/2009, de 17 de julio, por el que se establece un certificado de profesionalidad de la familia profesional informática y comunicaciones que se incluye en el Repertorio Nacional de certificados de profesionalidad; Real Decreto 1209/2009, de 17 de julio, por el que se establece un certificado de profesionalidad de la familia profesional de actividades físicas y deportivas que se incluye en el Repertorio Nacional de certificados de profesionalidad.

¹⁴⁶ En este sentido, EXPÓSITO (2007, p. 167).

Una descripción de las referencias a educación o enseñanza en los nuevos estatutos de autonomía puede seguirse en GUILLÉN LÓPEZ (2008). De interés, CÁMARA VILLAR (2007 c)

¹⁴⁷ El –reformado– Estatuto de Cataluña, en virtud de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña regula la materia en su artículo 21, “Derechos y deberes en el ámbito de la educación”, con ocho apartados.

¹⁴⁸ El Estatuto andaluz, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, también regula la educación en su amplio artículo 21, con diez apartados.

¹⁴⁹ Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, en concreto, artículo 53 (en el ámbito de la regulación competencial que reconoce la “exclusiva” competencia “la regulación y administración de la enseñanza en toda su extensión” y reconoce el derecho a una formación profesional adecuada, a la formación permanente”.

¹⁵⁰ Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears, con su artículo 26 sobre educación que ciertamente reconoce derechos sin aportación alguna a lo largo de sus seis apartados.

en 2011 y muy tímidamente, Extremadura¹⁵³. Ahora bien, frente a quienes afirman que los estatutos han dotado de nuevos contenidos al artículo 27 CE¹⁵⁴, lo cierto es que del examen de estos preceptos se derivan escasas novedades o aportaciones, más allá del simbolismo de la recepción estatutaria y dejando para el posterior estudio el tratamiento de la lengua catalana en la escuela¹⁵⁵. Como ha señalado la STC 31/2010 de 28 junio, caso Estatuto de Cataluña, FJ 20º “el tenor de muchos preceptos “EAC es manifiestamente inocuo en su contraste con los diferentes apartados del art. 27 CE, pues aseguran en idénticos términos el derecho a la educación.” En los textos se proclaman como derechos los que ya lo son expresamente en la Constitución, o derechos reconocidos en textos internacionales, que también eran derechos iusfundamentales en razón de la interpretación constitucional exigida por el artículo 10. 2º CE o por el Tribunal Constitucional. Amén del dudoso alcance e innovación de estas regulaciones estatutarias, no debe olvidarse el relativo alcance de la regulación de “derechos” por los estatutos en razón de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, Estatuto de la Comunidad Valenciana¹⁵⁶.

Así, se observan referencias al derecho a una educación de calidad:

¹⁵¹ Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón Artículo 21 que afirma vacía y programáticamente el desarrollo de “ un modelo educativo de calidad y de interés público”.

¹⁵² Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León. Artículo 13. – Derechos sociales, en su apartado 1, sin aportación mencionable.

¹⁵³ Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Extremadura de 2011, la única referencia se sitúa en la atribución de competencia de desarrollo normativo y ejecución (art. 10. 1º. 4º). También respecto de Universidades públicas y privadas. (apartado 5º).

¹⁵⁴ EXPÓSITO (2007, P. 185), afirma que los estatutos “han aprovechado la ocasión para complementar las facultades que ya integraban el contenido constitucional del derecho o convertir algunos mandatos constitucionales en auténticos derechos. Los derechos educativos han sido prolijamente regulados en los Estatutos catalán (art. 21) y andaluz (art. 21) añadiendo nuevos principios y dotando de “nuevos” contenidos al derecho constitucionalmente proclamado en el art. 27 CE. ”

¹⁵⁵ Ver *infra*, “7. 4. El derecho a recibir la educación en lengua comprensible, pero no a elegirla”.

¹⁵⁶ Se trata de la sentencia que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. Ahí se afirma “la posibilidad de que los Estatutos contengan enunciados de verdaderos derechos públicos subjetivos dotados de eficacia jurídica directa en los ámbitos concretos en los que la propia Constitución abre tal posibilidad en algunos de sus preceptos” (FJ 15º), si se tiene competencia estatutaria. Ahora bien, pese a ser mandatos vinculantes para el legislador y poderes públicos autonómicos, no son derechos justiciables, “no se trata de derechos subjetivos, directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos [...] cualquiera que sea la literalidad con la que se expresen en los estatutos” (FJ 15º). La bibliografía sobre el tema es muy abundante, destacando los trabajos de Cámara Villar.

Cataluña, artículo 21. 1º “Todas las personas tienen derecho a una educación de calidad y a acceder a la misma en condiciones de igualdad. La Generalitat debe establecer un modelo educativo de interés público que garantice estos derechos.”

“3º. Los centros docentes privados pueden ser sostenidos con fondos públicos de acuerdo con lo que determinen las leyes, para garantizar los derechos de acceso en condiciones de igualdad y a la calidad de la enseñanza.”

También como derecho en Castilla y León, artículo 13. 1º: “Todas las personas tienen derecho a una educación pública de calidad en un entorno escolar que favorezca su formación integral y a la igualdad de oportunidades en el acceso a la misma.”

Asimismo en Baleares, artículo 26. 1º: “1. Todas las personas tienen derecho a una educación de calidad y acceder a ella en condiciones de igualdad.”

En Aragón, simplemente se afirma la calidad, artículo 21: “Los poderes públicos aragoneses desarrollarán un modelo educativo de calidad y de interés público que garantice el libre desenvolvimiento de la personalidad de los alumnos, en el marco del respeto a los principios constitucionales y estatutarios y a las singularidades de Aragón.”

También se reconoce el derecho a la formación profesional y a la formación permanente:

Comunidad Valenciana, artículo 53. 2º: “La Generalitat, en el ejercicio de sus competencias, garantizará el derecho de todos los ciudadanos a una formación profesional adecuada, a la formación permanente y a los medios apropiados de orientación profesional que le permitan una elección fundada de carrera, ocupación o profesión.”

Cataluña, artículo 21. 5º: “5. Todas las personas tienen derecho a la formación profesional y a la formación permanente, en los términos establecidos por las leyes.”

Andalucía, artículo 21: “1º Se garantiza, mediante un sistema educativo público, el derecho constitucional de todos a una educación permanente y de carácter compensatorio.”

Y “6º. Todos tienen derecho a acceder a la formación profesional y a la educación permanente en los términos que establezca la ley.”

Castilla y León, artículo 13. 1º in fine: “Se reconoce el derecho de todas las personas adultas a la educación permanente, en los términos que legalmente se establezcan.”

Baleares, artículo 26. 5º: “Todas las personas tienen derecho a acceder a la formación profesional y a la educación permanente en los términos que establezca la Ley.”

O el derecho a la participación en la enseñanza¹⁵⁷:

¹⁵⁷ Como se dirá, el Tribunal Constitucional ha afirmado el carácter de derecho de la participación.

Se expresa en Cataluña, artículo 21. 8º: “Los miembros de la comunidad educativa tienen derecho a participar en los asuntos escolares y universitarios en los términos establecidos por las leyes.”

Baleares, artículo 26. 6º: “Los miembros de la comunidad educativa tienen derecho a participar en los asuntos escolares y universitarios en los términos establecidos por la Ley.

También se subraya estatutariamente, sin mayores consecuencias, la gratuidad de la enseñanza:

Sin concreción, Cataluña, artículo 21. 4º: “La enseñanza es gratuita en todas las etapas obligatorias y en los demás niveles que se establezcan por ley.”

En Castilla y León, artículo 13. 1º: “Los poderes públicos de la Comunidad garantizarán la gratuidad de la enseñanza en los niveles educativos obligatorios y en aquéllos en los que se determine por ley.”

Y se liga al “derecho” a disponer de ayudas o “apoyos necesarios”

Cataluña, artículo 21. 6º y 7º: “6. Todas las personas tienen derecho a disponer, en los términos y condiciones que establezcan las leyes, de ayudas públicas para satisfacer los requerimientos educativos y para acceder en igualdad de condiciones a los niveles educativos superiores, en función de sus recursos económicos, aptitudes y preferencias.

7. Las personas con necesidades educativas especiales tienen derecho a recibir el apoyo necesario que les permita acceder al sistema educativo, de acuerdo con lo establecido por las leyes.”

Andalucía, artículo 21. 4º: “Se garantiza la gratuidad de la enseñanza en los niveles obligatorios y, en los términos que establezca la ley, en la educación infantil. Todos tienen el derecho a acceder, en condiciones de igualdad, al sistema público de ayudas y becas al estudio en los niveles no gratuitos.”

Baleares, artículo 26. 3º: “3. Se garantizará la gratuidad de la enseñanza en los niveles obligatorios y en los demás niveles que se establezcan por Ley.”

Quizá constituya la mayor aportación de todos los estatutos de autonomía reformados la afirmación de la gratuidad de los libros de texto en Andalucía:

Artículo 21. 5º: “Se garantiza la gratuidad de los libros de texto en la enseñanza obligatoria en los centros sostenidos con fondos públicos. La ley podrá hacer extensivo este derecho a otros niveles educativos.”

En muchos casos se recalca la igualdad tanto en el acceso, como el instrumento de igualdad que son las ayudas y becas, así como la igualdad en el ámbito universitario o en los planes de estudio:

Andalucía, artículo 21: “3º Todos tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a los centros educativos sostenidos con fondos públicos. A tal fin se establecerán los correspondientes criterios de admisión, al objeto de garantizarla en condiciones de igualdad y no discriminación.”

4º “Se garantiza la gratuidad de la enseñanza en los niveles obligatorios y, en los términos que establezca la ley, en la educación infantil. Todos tienen el derecho a acceder, en condiciones de igualdad, al sistema público de ayudas y becas al estudio en los niveles no gratuitos.”

“7º. Las universidades públicas de Andalucía garantizarán, en los términos que establezca la ley, el acceso de todos a las mismas en condiciones de igualdad.”

“8º. Los planes educativos de Andalucía incorporarán los valores de la igualdad entre hombres y mujeres y la diversidad cultural en todos los ámbitos de la vida política y social. El sistema educativo andaluz fomentará la capacidad emprendedora de los alumnos, el multilingüismo y el uso de las nuevas tecnologías.”

Baleares, artículo 26: “1. Todas las personas tienen derecho a una educación de calidad y acceder a ella en condiciones de igualdad.

2. Todos tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a los centros educativos sostenidos con fondos públicos.”

También, discretamente, Cataluña, artículo 21. 1º y 3º.

Respecto del alumnado con necesidades especiales, se afirma en ocasiones la “integración” educativa o la educación “adaptada”:

Andalucía, artículo 21: “Las personas con necesidades educativas especiales tendrán derecho a su efectiva integración en el sistema educativo general de acuerdo con lo que dispongan las leyes.”

Baleares, artículo 26. 4º: “Las personas con necesidades educativas especiales por razones de enfermedad o discapacidad tienen derecho a acceder a una educación adaptada.”

Finalmente, en los estatutos catalán y andaluz se expresa que en las escuelas públicas la enseñanza es “laica”¹⁵⁸ y ello, para el Tribunal Constitucional en 2010 “sólo significa, [...] que la enseñanza pública no es institucionalmente una enseñanza confiada a las confesiones religiosas, sin perjuicio del derecho de las madres y los padres a «que sus hijos e hijas reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones en las escuelas de titularidad pública»”¹⁵⁹

¹⁵⁸ Artículos 21. 2º tanto en Cataluña como Andalucía, con expresiones semejantes.

¹⁵⁹ STC 31/2010 de 28 junio, Estatuto de Cataluña, FJ 20º.

1. 4. 6. La ola de leyes autonómicas de educación posterior a la LOE y las reformas de los Estatutos

Al albur de la nueva LOE y de las –pocas- aportaciones estatutarias parece haberse activado la espoleta al fenómeno de las –muy extensas- leyes autonómicas de educación. Así sucede con la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía¹⁶⁰, la Ley de Cantabria 6/2008, de 26 de diciembre, de Educación de Cantabria¹⁶¹ y Ley 12/2009, del 10 de julio, de educación de Cataluña¹⁶², la Ley 7/2010, de 20 de julio, Ley de Educación de Castilla-La Mancha¹⁶³ o la Ley 4/2011, de 7 de marzo, Ley de Educación de Extremadura¹⁶⁴, de 196 artículos.

Estos textos, de un lado, codifican y elevan a legal la ya muy extensa normativa hasta entonces reglamentaria, dando como resultado leyes de cientos de artículos, con apariencia de regulación global y sistemática de la educación. De otro lado, en las Comunidades Autónomas más reivindicativas, como la catalana, se da una vuelta de tuerca al espacio competencial educativo y se establece un modelo propio, al tiempo de reforzarse la lengua propia en el ámbito, lingüístico.

De un lado, la Ley de Educación de Cataluña pretende blindar la inmersión lingüística. El título II, que regula el régimen lingüístico de la enseñanza en Cataluña, impone el catalán como lengua vehicular en la educación, con la excepción de las clases de lengua y literatura castellana y de lengua extranjera. El texto sólo permite que los padres que lo deseen escolaricen a sus hijos en castellano el primer curso de la segunda etapa de educación infantil (a los tres años) y el primer curso de educación básica (a los seis años aproximadamente) en el caso de que el alumno se incorpore ese año al centro. Como se analiza más tarde, a partir de la doctrina de la STC 31/2010, sobre el Estatuto de Cataluña, el Tribunal Supremo a fines de 2010¹⁶⁵ ha puesto en jaque este sistema con grave polémica política¹⁶⁶. Asimismo, la ley da más autonomía a los centros educativos y amplía los conciertos con el sector privado, además de fijar como objetivo dedicar a la educación el 6% del PIB en ocho años. La ley crea el Servicio de Educación de Cataluña, integrado tanto por los centros públicos como por los

¹⁶⁰ Una Ley de 186 artículos.

¹⁶¹ Se trata de una ley de 157 artículos, curiosamente los mismos que la LOE.

¹⁶² Ley que cuenta con 204 artículos.

¹⁶³ Ley de 175 artículos.

¹⁶⁴ Ley de 196 artículos.

¹⁶⁵ STS de 13 diciembre 2010 (RJ 2010\8980).

¹⁶⁶ Ver *infra*, “7. 4. El derecho a recibir la educación en lengua comprensible, pero no a elegirla”.

privados concertados, a los que otorga derechos y deberes análogos. En el ámbito de la escuela pública, se refuerza el poder de las direcciones y se dota de más autonomía a los centros en el terreno organizativo, pedagógico y de gestión de recursos humanos y materiales. También, se crea la Agencia de Evaluación del Sistema Educativo. En octubre de 2009 fue presentado un recurso de inconstitucionalidad frente al preámbulo y numerosos preceptos de esta ley por el Partido Popular¹⁶⁷. El mismo no ha sido ni resuelto ni retirado, si bien, ello siempre es posible en el marco de una negociación política.

¹⁶⁷ El recurso está disponible en <http://www.slideshare.net/guest18207cd1/recurso-lec-ok>

2. CONCEPTO Y FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

2. 1. “EDUCACIÓN” Y NOCIONES AFINES

2. 1. 1. Educación, formación y aprendizaje

La educación es el objeto del derecho subjetivo a la educación y, como tal derecho subjetivo supone el reconocimiento de algo en interés y beneficio del sujeto al que se reconoce. De ahí que, como punto de partida, hay que centrar la atención en tal interés subjetivo. La “educación” es la ventaja individual, la razón válida y el interés jurídico protegido a favor del titular a quien se reconoce el derecho fundamental a la educación¹⁶⁸. Y es que, como subraya Tomasevski, no siempre este interés particular es el que guía muchas de las estrategias educativas internacionales o nacionales, que fijan la atención en la educación –y no en el derecho a la educación- como instrumento de creación de capital humano y la perspectiva de que la educación se compre y se venda como un servicio¹⁶⁹.

Cabe tener en cuenta a las nociones concurrentes de educación, formación o aprendizaje, incluso de enseñanza o instrucción, todas las habituales en los textos internacionales, constitucionales y legales. A partir de los mismos y de las nociones de sistema educativo y el servicio público de la enseñanza, hay que perfilar jurídicamente la noción del derecho a la educación que reconoce el artículo 27 CE.

¹⁶⁸ Sobre el concepto de derecho subjetivo, con carácter general y para el ámbito de lo público, un derecho subjetivo es un “poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo”, ahora en español MAURER, 2011.

¹⁶⁹ Así, TOMASEVSKI (2003, p. 8). También en TOMASEVSKI (2004 a, p. 359), así señala que los economistas definen a la educación como la producción eficiente de capital humano y para esta autora, definir a la gente como capital humano obviamente difiere de considerarla como sujeto de derechos. Añade que esta lógica desafía el núcleo de los derechos humanos, es decir, el valor igual de todos los seres humanos, como también educación para todos.

Por lo general, y también el ámbito jurídico¹⁷⁰, la “educación” connota la transmisión, “inculcación”, no tanto de conocimientos, sino de “creencias, hábitos y demás valores” (TEDH¹⁷¹). “Educación” conlleva la idea de “formación religiosa y moral” (art. 27. 3º CE). El Magistrado Díaz Picazo en su famoso voto particular a la STC 5/1981, de 13 de febrero, considera a la educación “como la comunicación de unas convicciones morales, filosóficas y religiosas conformes con una determinada ideología”, más vinculada al derecho de los padres del artículo 27. 3º CE¹⁷².

Próxima a este sentido es “formación”, expresión empleada en el artículo 27. 3º CE en el referido sentido de educación como transmisión de convicciones y valores. De este modo cabe entender la “formación integral” a la que hacen referencia diversas normas. Así, por ejemplo, en el artículo 154. 1º del Código Civil cuando dispone que la patria potestad comprende el deber y facultad de los padres respecto de los hijos de “Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral”. También, en el artículo 6 LODE (según redacción por LOE, 2006), que reconoce al alumno el “derecho básico” “a) A recibir una formación integral que contribuya al pleno desarrollo de su personalidad.”¹⁷³.

Claro está que este tipo de educación y formación se brinda dentro y fuera del sistema educativo.

¹⁷⁰ En esta línea, puede seguirse la referencia a la educación en los principales instrumentos internacionales (art. 26. 2º DUDH, 18. 4º PIDCP, art. 13. 3º PIDESC, art. 5. 1º Convención para no discriminación en la enseñanza de 1960).

¹⁷¹ STEDH Campbell y Cosans v. Reino Unido, 25 de febrero de 1982, nº 1, reiterada recientemente en STEDH, asunto Orsus y otros contra Croacia. Sentencia de 17 de julio de 2008, nº 57.

¹⁷² “[E]ste derecho de los padres [artículo 27. 3 CE] se proyecta directa y preferentemente sobre el ámbito de la educación más que sobre el de la enseñanza, entendida ésta como la transmisión de conocimientos científicos y aquélla como la comunicación de unas convicciones morales, filosóficas y religiosas conformes con una determinada ideología. Por ello nuestra Constitución habla (artículo 27. 3) de «formación religiosa y moral»; el artículo 26. 3 de la Declaración Universal de 1948 se refiere a la elección del «tipo de educación»; los pactos internacionales de 1966 de derechos civiles y políticos (artículo 18. 4) y de derechos económicos, sociales y culturales (artículo 13. 3) hablan de «educación religiosa y/o moral», expresión que aparece también en el artículo 5. 1. b) de la Convención para no discriminación en la enseñanza de 1960.

A nadie se le oculta la dificultad para distinguir lo que constituye enseñanza y lo que sea educación; pero aun siendo conscientes de tales obstáculos, importa señalar esa vinculación del derecho de los padres con el campo educativo, según los textos internacionales, pues ello ha de servir de base para ulteriores precisiones interpretativas en torno al «ideario educativo» de que tratan los artículos de la LOECE impugnados.”

¹⁷³ También, el Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, de derechos y deberes de los alumnos, reconoce que “1. Los alumnos tienen derecho a recibir una formación que asegure el pleno desarrollo de su personalidad.”

También hay una “educación” en un sentido amplio que se da fuera y dentro del sistema educativo. Así en la misma Constitución se hace referencia al deber de fomento y promoción de la “educación sanitaria, educación física y el deporte” (Art. 43. 3º CE) o “la educación de los consumidores y usuarios” (art. 51. 2º) y estas educaciones sólo quedan en el ámbito del artículo 27 CE si se prestan por en el marco del sistema educativo. Estas “educaciones” podrán fomentarse y promoverse dentro o fuera del sistema educativo. Al respecto, como ha afirmado el Tribunal Supremo, la educación deportiva que entra en el ámbito del artículo 27 CE es la que forma parte del sistema educativo en las distintas fases de la enseñanza según la legislación de desarrollo del derecho a la educación. Así afirma el Tribunal Supremo que “Las otras manifestaciones deportivas, sin duda “educación” en sentido más amplio, quedan fuera del artículo 27”¹⁷⁴.

También pueden darse dentro y fuera del sistema educativo nociones emergentes como la “formación a lo largo de la vida”¹⁷⁵, la “formación profesional” (referida en el artículo 40.2º CE¹⁷⁶).

¹⁷⁴ STS, de 10 septiembre 1991, Recurso núm. 1829/1989 (RJ 1991\6051):

FJ 4º “el deporte, [...] contribuye, sin duda, a una mejor evolución y perfección de esa personalidad, la consecuencia ineludible es que el deporte guarda, en líneas generales, relación con el derecho fundamental educativo, y esa incidencia se desprende, también, del contenido legislativo constituido por las Leyes 13/80, 8/85 y 5/88, por lo que, el problema planteado en la litis se centra y circunscribe a determinar si la influencia del deporte en la educación, entendida está como derecho fundamental, llega a alcanzar a la esencia substancial de la educación o no excede de sus líneas estructurales o periféricas.”

FJ 5º: “resulta fuera de duda que la influencia y acto de presencia del deporte en la educación, no puede ir más allá de formar parte del sistema educativo en las distintas fases de la enseñanza, cuyos centros y establecimientos deberán disponer del pertinente profesorado y de convenientes instalaciones deportivas, según se dispone en el artículo 14 de la Ley Orgánica 8/85, y de aquí, que cuanto exceda de los indicados límites, haya de quedar al margen del derecho fundamental de la educación [...la] normas reguladoras [de Clubs y organizaciones o asociaciones federativas] no afectan a la educación en su valoración de derecho constitucional fundamental.”

¹⁷⁵ Se trata de una acepción mucho más próxima a la de “aprendizaje” que luego se sigue. Como expresa el artículo 5. 1º LOE, también esta formación puede darse “dentro y fuera del sistema educativo”, cuando se afirma que “Todas las personas deben tener la posibilidad de formarse a lo largo de la vida, dentro y fuera del sistema educativo, con el fin de adquirir, actualizar, completar y ampliar sus capacidades, conocimientos, habilidades, aptitudes y competencias para su desarrollo personal y profesional.”

¹⁷⁶ La referencia del artículo 40. 2º CE a “una política que garantice la formación y readaptación profesionales”. La diversas acciones formativas que integran la formación profesional pueden estar o no integradas en el sistema educativo. Así se advierte con claridad en el artículo 39 LOE, “la regulación contenida en la presente Ley se refiere a la formación profesional inicial que forma parte del sistema educativo. [...] 2. La formación profesional, en el sistema educativo”, lo que implica que no se excluye una formación profesional fuera del sistema educativo. En coherencia con ello, el mismo concepto de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional la define en su artículo 9. Esta ley, configura un Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional.

Aunque no empleado en el texto constitucional, tiene plena emergencia el concepto “aprendizaje”, esto es, la adquisición de capacidades, conocimientos, habilidades, aptitudes y competencias para el desarrollo personal y profesional (art. 5. 1º LOE). La noción de aprendizaje fija la atención en el *resultado* efectivo en el sujeto y no en el *proceso* de enseñanza o instrucción y el carácter formal o no de éste. Se ha dicho que “la oferta educativa tradicional no está pensada desde la perspectiva de quienes aprenden, sino de quienes enseñan, administran”¹⁷⁷, “No está pensada desde el aprendizaje, sino más bien desde la enseñanza, con todo el sistema centrado en la oferta antes que en la demanda educativa y en la perspectiva de los docentes antes que en la perspectiva de los alumnos”¹⁷⁸, por lo que se proclama que “el derecho a la educación es, esencialmente, derecho al aprendizaje”, la misión del sistema escolar y de todo buen educador no es enseñar sino lograr que los alumnos aprendan¹⁷⁹. En esta línea, el “aprendizaje” ha pasado a ser el objeto mismo del derecho a la educación, puesto que lo que se garantiza es el “acceso universal y permanente al aprendizaje” (Art. 5. 3º LOE). Asimismo, el aprendizaje es el eje del mismo sistema educativo, que ha de “preparar a los alumnos a aprender por sí mismos” (art. 5. 2º LOE). Centrar la atención en el “aprendizaje” armoniza muy bien con la concepción que aquí se sostiene del alumno, titular del derecho subjetivo a la educación, como centro del sistema educativo (ver *infra*). Ahora bien, al igual que la educación y la formación, el “aprendizaje” rebasa con mucho a la enseñanza que se dispensa en el sistema educativo¹⁸⁰.

2. 1. 2. Las nociones de “instrucción” y “enseñanza” se funden y confunden con “educación”

A la vista de las anteriores nociones de educación, formación y aprendizaje, conviene centrar la atención en las de enseñanza e instrucción. La expresión “instrucción” es empleada en los tratados como enseñanza. En este sentido cabe entender la “instrucción” que garantiza el artículo 26 DUDH, o el artículo 13 PIDESC, el derecho que a nadie se puede negar a la instrucción, según garantiza el artículo 2 del Protocolo N º 1 del CEDH o en el artículo XXXI de la

¹⁷⁷ TORRES INSTITUTO (2005, p. 30) sobre grandes errores.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 31.

¹⁷⁹ *Ibidem*, pp. 30 y 75 : “la oferta educativa tradicional no está pensada desde la perspectiva de quienes aprenden, sino de quienes enseñan, administran”.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 76.

Declaración americana de los derechos y deberes del hombre. Y siguiendo al TEDH cabe equiparar instrucción a “enseñanza”.

Así, en STEDH *Campbell y Cosans v. Reino Unido*, 25 de febrero de 1982 el Tribunal señala que la educación de los niños “es todo el proceso por el cual, en cualquier sociedad, los adultos tratar de transmitir sus creencias, la cultura y otros valores a los jóvenes, mientras que la enseñanza o instrucción se refiere en particular a la transmisión de Conocimiento y al desarrollo intelectual”. Más tarde concretó que la educación de los niños es el procedimiento total mediante el cual en cualquier sociedad los adultos inculcan a los más jóvenes sus creencias, hábitos y demás valores, mientras que la enseñanza o la instrucción se refiere especialmente a la transmisión de conocimientos y a la formación intelectual; en cualquier caso, el adoctrinamiento no forma parte ni de la educación ni de la enseñanza, sino en su caso de la libertad religiosa y del proselitismo que toda confesión legalmente reconocida puede llevar a cabo para ganar adeptos¹⁸¹.

En España ya no se emplea “instrucción” en los textos jurídicos, pese a que era tradicional su empleo desde el siglo XIX. Con el empleo de “enseñanza” se intenta reducir a la “transmisión de conocimientos y a la formación intelectual”¹⁸², incluso a la mera “transmisión de conocimientos científicos”¹⁸³, siempre a fin de separar la “enseñanza” de “educación” como transmisión de valores. Sin embargo, pese a esos esfuerzos, educación y enseñanza se funden y confunden¹⁸⁴ y lo mismo sucede en su tratamiento jurídico normativo¹⁸⁵. Incluso es posible ver reconocido legalmente el “derecho a la enseñanza”¹⁸⁶. Esta distinción de educación-enseñanza sólo guarda algún sentido en el ámbito jurídico competencial Estado-Comunidades Autónomas.

¹⁸¹ STEDH *caso Larissis y otros contra Grecia*, de 24 de febrero de 1998

¹⁸² STEDH *Asunto Campbell y Cosans*, sentencias de 25 de febrero de 1982

¹⁸³ Voto particular a la STC 5/1981, de 13 de febrero, formulado por Díez Picazo.

¹⁸⁴ Pese a la conveniencia en el tratamiento unitario de enseñanza y educación a los efectos del artículo 27 CE, no cabe compartir lo que afirma Fernández Miranda “no hay enseñanza sin transmisión de valores ni educación sin transmisión de conocimientos”, en FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO (1996, p. 206).

¹⁸⁵ Así la educación que reconoce el artículo 26. 1º DUDH se vincula directamente con el acceso a la enseñanza y la instrucción. El derecho reconocido en el CEDH es a la instrucción, con referencias tanto a la educación como a la enseñanza. Del artículo 13 del PIDESC puede advertirse con mayor claridad que se instituyen las diversas enseñanzas “con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho” a la educación (art. 13. 2º).

¹⁸⁶ Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana, cuyo artículo 23 es relativo al “Derecho a la enseñanza”.

Así, en el ámbito competencial se ha afirmado que debe distinguirse jurídicamente entre uno y otros, puesto que la competencia en régimen de la enseñanza no absorbe todo el desarrollo del derecho a la educación, “de modo que el titular de la competencia en materia de enseñanza deba serlo también de la directamente referida a la regulación de los contenidos jurídicos del derecho a la educación, o de condiciones externas a él pero básicas para garantizar la igualdad de su ejercicio.” Así, la competencia en enseñanza no implica que el Estado pueda mantener la competencia básica para garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho a la educación (magistrado Conde punto 11 de su voto particular a la STC 188/2001, de 20 septiembre, caso Orden MEC sobre becas vs. Generalitat de Cataluña). En línea similar el magistrado Guillermo Jiménez considera “más profunda” la educación que la enseñanza como título competencial, del que se debe exigir la igualdad en el Estado.

Con lo dicho y finalmente, considero adecuada la definición de la STC 5/1981, recurso LOECE, como “actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo e continuidad a la transmisión de determinado cuerpo de conocimientos y valores” (FJ 7º).

2. 1. 3. La educación como servicio público prestado a través del sistema educativo por sujetos públicos o privados

El derecho a la educación se garantiza materialmente a través de una actividad prestacional¹⁸⁷, cuyo contenido más tarde se delimita¹⁸⁸. Cabe seguir en este sentido, la interesante STS de 9 marzo 1987 (RJ 1987\1913), en cuyo FJ 3º afirma que el derecho a la educación:

“implica reconocer a los administrados el derecho a recibir una educación mediante la correspondiente prestación administrativa y el derecho de los propios administrados a exigir de los poderes públicos que organice un sistema educativo consustancial a impartir la libertad de enseñanza,[...] facilitando la enseñanza a todos los ciudadanos creándose el Servicio público a la educación como servicio público de carácter nacional dedicando a la enseñanza primaria en nuestra Nación a partir del Siglo XIX [...] siendo esta intervención creciente del Estado también manifestada en la evolución de la enseñanza universitaria, respondiendo este poderoso crecimiento del Estado en materia de la

¹⁸⁷ Se sigue especialmente al respecto DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, pp. 28 y ss. y 143-144). Se coincide asimismo en que el derecho a la educación excede al servicio público de la educación, que no es sino una forma de garantizar el mismo.

Recientemente, una visión sencilla y clara del derecho a la educación y su dimensión prestacional en SÁNCHEZ DE VEGA (2004).

¹⁸⁸ Ver *infra* “contenido” y “extensión” del derecho a la educación.

enseñanza a la evidente convicción de las necesidades e importancia que siente la población de la insuficiencia de los medios privados, y necesidad de que sean suplidos en un crecimiento e intervención administrativa en estos países occidentales de Europa por la actuación pública”.

Y para hacer efectiva esta actividad prestacional se configura normativamente todo un “sistema educativo”¹⁸⁹, esto es, la ordenación de la prestación de las enseñanzas regladas (art. 3. 1º LOE¹⁹⁰).

En todo caso, cabe precisar con el Tribunal Supremo que “una cosa es el derecho a la educación y otra el sistema educativo a través del cual ha de ser atendido y satisfecho” de tal afirmación, entre otras consecuencias se deriva que “ese sistema educativo no está predefinido en la Constitución, sino que su configuración corresponde a la Ley.”¹⁹¹ Así pues, la prestación educativa se ha configurado como servicio público: la Ley 14/1970, General de Educación y de Financiamiento de la Reforma Educativa, y la LODE, declaraba la educación como servicio público. Como señala el preámbulo de la LODE, la ley “sigue y se inscribe en esta tradición”. También la educación superior se ha categorizado legalmente como servicio público que presta la Universidad (ya sea pública o privada). Así, la LOU en su artículo 1. 1º dispone que “La Universidad realiza el servicio público de la educación superior mediante la investigación, la docencia y el estudio.”

De este modo, la educación se ordena como un servicio público al que se accede y a cuyas reglas cabe someterse¹⁹². De este modo, se sujeta la actividad educativa a un régimen particular con especiales obligaciones y privilegios, rompiendo las reglas del mercado. Al ser un servicio en razón de un derecho fundamental, se trata además de un “servicio esencial”. De ello deriva el carácter imprescindible de la actividad, por lo que debe garantizarse especialmente en su

¹⁸⁹ En esta línea, aunque con una visión excluyente que aquí no se comparte, cabe seguir la STC 337/1994, de 23 diciembre, que ha declarado que “el derecho de todos a la educación se ejerce en el marco de un sistema educativo en el que los poderes públicos [...] determinan los currículos de los distintos niveles, etapas, ciclos y grados de enseñanza, las enseñanzas mínimas y las concretas áreas o materias objeto de aprendizaje, organizando asimismo su desarrollo en los distintos Centros docentes; por lo que la educación constituye, en términos generales, una actividad reglada.”

¹⁹⁰ Artículo 3 LOE: “1. El sistema educativo se organiza en etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza de forma que asegure la transición entre los mismos y, en su caso, dentro de cada uno de ellos. 2. Las enseñanzas que ofrece el sistema educativo son las siguientes:...”

¹⁹¹ Así en el FJ 2º, STS de 19 julio 2002 Recurso de Casación núm. 528/1998 (RJ 2002\8006).

¹⁹² La STSJ Castilla-La Mancha, de 3 octubre, núm. 94/2002 (JUR 2003\17498) señala que “aunque la educación sea un derecho, es a la vez un servicio público, y una vez accedido al mismo el usuario ha de sujetarse a la forma de prestación que los poderes públicos establezcan (así, SSTC 86/1985 y 195/1989), siempre a salvo la defensa frente a la arbitrariedad en la aplicación del mismo, arbitrariedad que, en cualquier caso, no consta que concurra en el de autos.”

regularidad, su universalidad, igualdad, calidad y a coste razonable¹⁹³. No obstante, no parece tener reflejo esta consideración de servicio esencial en el ámbito del derecho a la huelga¹⁹⁴.

La prestación educativa es además un servicio público objetivo¹⁹⁵, es decir, es servicio público con independencia de la naturaleza del prestatario, que puede ser público o privado¹⁹⁶. Así, “La prestación del servicio público de la educación se realizará, a través de los centros públicos y privados concertados” (art. 108. 4º LOE) o de universidades públicas o privadas (art. 3 LOU). Y en el ámbito universitario, “La Universidad realiza el servicio público de la educación superior” (art. 1. 1º LOU”, siendo que para acometer este servicio puede tener la naturaleza pública o privada (art. 3 LOU).

De hecho y desde esta perspectiva, la misma Constitución excluye el monopolio público de la prestación educativa. (art. 27. 6º CE). Ello viene ratificado tanto por los tratados internacionales relativos a la educación cuanto los relativos al comercio internacional que la incluyen como una actividad comercial¹⁹⁷.

¹⁹³ Así lo afirma DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 29) y literalmente el preámbulo de la LOE cuando afirma que “El servicio público de la educación considera a ésta como un servicio esencial de la comunidad, que debe hacer que la educación escolar sea asequible a todos, sin distinción de ninguna clase, en condiciones de igualdad de oportunidades, con garantía de regularidad y continuidad y adaptada progresivamente a los cambios sociales.”

¹⁹⁴ Sobre el tema, STSJ Castilla y León, Burgos, núm. 610/2001 (Sala de lo Social), de 2 octubre (AS 2001\4285) y STS de 16 octubre 2001 (RJ 2001\8605), que ratifica STSJ Madrid de 11-12-1996. Cabe remitir *infra* a “El tratamiento de los conflictos con otros derechos y el juicio de admisibilidad de los límites al derecho a la educación”.

¹⁹⁵ DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 28), en particular nota a pie nº 62.

¹⁹⁶ Como recuerda la STSJ Andalucía, Málaga, de 28 enero 2002, (JUR 2003\118721), “la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2447) considera a la enseñanza concertada como un servicio público, cuya calificación descansa en la extensión a los Centros concertados, en determinados aspectos, de un régimen jurídico claramente más próximo al que es propio de los Centros públicos, que al que lo es de los Centros privados, imponiendo a aquéllos obligaciones específicas de clara naturaleza jurídico-pública, añadiendo que esta caracterización de la enseñanza concertada como servicio público, traslada a la Administración su titularidad, y consiguiente responsabilidad en su correcta prestación, imponiéndole el deber de adoptar decisión sobre aquellos aspectos que directamente contribuyen a configurar y definir tal actividad prestacional o servicial. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9031) entiende que la enseñanza es un servicio público esencial que, aunque puede ser ejercido por entidades privadas, ello no le priva de ese carácter, y por tanto los Centros que lo prestan no actúan con absoluta libertad, sino sujetos de forma especial a la normativa autonómica con la que se trata de dar un tratamiento unitario a la educación, ya se gestione en forma directa o indirecta.”

¹⁹⁷ Así, el GATS (*General Agreement on Trade in Services*, Acuerdo General sobre la Comercialización de los Servicios) supone compromisos en materia de educación, implicando que si bien la educación obligatoria ha de ser un servicio público obligatorio, también la educación es un servicio y actividad comercial, particularmente en los estadios posteriores al ciclo obligatorio. Ver *in toto* HERMO y BIZZOZERO (2008), así como TOMASEVSKI (2003, p. 8 y 2004 a, p. 356).

No faltan posiciones muy autorizadas y de calado lideradas por Tomasevski que critican el proceso de las últimas décadas de la mercantilización del derecho a la educación. Desde estas posiciones se postula “la diferencia entre la educación como mercancía y la educación como derecho humano [...] si el acceso depende del pago, no existe como un derecho humano. Los cambios recientes hacia la privatización arriesgan la educación como bien público y la escolarización como servicio público.”¹⁹⁸ Se censura la transposición de la mentalidad económica a la educación liderada por el Banco Mundial, que se traduce en un modelo educativo sin docentes ni pedagogía que prioriza los aspectos financieros y administrativos de la educación valorables aisladamente¹⁹⁹, todo bajo la primacía de la eficiencia de la gestión²⁰⁰. Se critica “el paso del servicio público gratuito a la compra-venta, una sintomática mercantilización de la educación”²⁰¹.

No obstante, no hay que olvidar que la intensidad de la intervención pública puede ser variable a condición de que en todo caso se logre el objetivo de la prestación del servicio educativo. La intervención pública puede suministrar directamente el servicio o garantizar su viabilidad económica. Además, no debe ignorarse como dato fijo que la prestación educativa a través de agentes privados está garantizada constitucional y normativamente.

Por último respecto de su consideración de servicio público, cabe adelantar que el hecho de que se renuncie voluntariamente al suministro público de la educación no supone una desprotección respecto de su contenido²⁰².

¹⁹⁸ NACIONES UNIDAS- TOMASEVSKI (2004 b, p. 6). También, en general en TOMASEVSKI (2004 a) y (2004 b).

¹⁹⁹ TORRES INSTITUTO (2005, p. 50) afirma: “La educación, entendida como una cadena de producción de capital humano, fue reducida a un listado de insumos que, combinados en determinado orden y en proporciones adecuadas, producirían aprendizajes. Cada insumo pasó a ser valorado por separado y priorizado o no en virtud de su coste y su incidencia sobre el aprendizaje.”

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 51, recuerda la autora que para el Banco Mundial “El análisis económico aplicado a la educación se centra en la comparación entre los beneficios y los costos, para las personas y para la sociedad en su conjunto. Se comparan los costos de las distintas intervenciones para lograr un objetivo educacional determinado y se mide la relación entre los beneficios y los costos, generalmente calculando la tasa de rentabilidad, considerando como el beneficio la mayor productividad de la mano de obra, medida por las diferencias de salarios” (BANCO MUNDIAL. 1996. *Prioridades y estrategias para la educación. Estudio sectorial del Banco Mundial*. Washington D. C. , 1996, p. 105).

²⁰¹ Así en *Revista de la Asociación de Sociología de la Educación*, vol. 1, núm. 1, enero, 2008 p. 82.

²⁰² DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 144). Sobre el tema cabe remitir *infra* “Del derecho al deber. Obligatoriedad de la enseñanza y enseñanza obligatoria”.

2. 1. 4. Enseñanza formal-informal-no formal y alcance del derecho a la educación fuera del sistema educativo. Del derecho a la educación al derecho al aprendizaje

Interesa recordar que la enseñanza, el aprendizaje o la educación se ha clasificado tradicionalmente en²⁰³:

- *educación formal* (educación estructurada en cuanto a objetivos educativos, duración y apoyo, realizada en el sistema escolar, desde la pre-escolar hasta la superior, conducente a un título o certificado);

- *educación no-formal* (educación estructurada e intencional, complementaria o remedial realizada fuera del sistema escolar, por lo general dirigida a atender necesidades y grupos específicos y no conduce necesariamente a un título o certificado);

- y *educación informal* (la “escuela de la vida”, no se proporciona en centros de educación y formación, no conduce necesariamente a un título o certificado y no está estructurado).

Ya se ha afirmado que el derecho a la educación alcanza a todo el sistema educativo ordenado bajo la forma del servicio público de la educación, más allá de la educación básica singularmente garantizada.

Ahora bien, el sistema educativo y la educación reglada no absorben todo el derecho educación. De una parte, más allá del sistema educativo cabe situar la obligación de los padres de formar integralmente a los hijos, reconocida en el Derecho de familia y de menores. Ahí el Estado no es el prestador, pero sí el garante del cumplimiento de este deber y esta obligación de garantía sí formará parte del derecho a la educación.

De otra parte, más allá del sistema educativo configurado legalmente, el derecho a la educación -especialmente como derecho de libertad- incluye el derecho a recibir todo tipo de formación, aprendizaje, instrucción o enseñanza, esto es, toda educación no formal o informal, dentro o fuera del sistema educativo. Especialmente hoy día la educación trasciende la que se brinda a los menores, sino que es aprendizaje a lo largo de toda la vida, afirmándose que “el derecho a la educación es hoy no sólo derecho al aprendizaje, sino derecho al

²⁰³ Se sigue de *Libro Blanco de la Comisión, de 21 de noviembre de 2001, sobre un nuevo impulso para la juventud europea* [COM (2001) 681 final - no publicado en el Diario Oficial], en especial considerando 29 de todo interés al que cabe remitir. También, TORRES INSTITUTO (2005, p. 16).

aprendizaje a lo largo de toda la vida o aprendizaje permanente”²⁰⁴. El artículo 5. 1º LOE es una clara expresión de esta tendencia:

“1. Todas las personas deben tener la posibilidad de formarse a lo largo de la vida, dentro y fuera del sistema educativo, con el fin de adquirir, actualizar, completar y ampliar sus capacidades, conocimientos, habilidades, aptitudes y competencias para su desarrollo personal y profesional.”

Más que una dimensión prestacional del derecho a la educación, se trata de su “contenido primario de libertad”²⁰⁵. Ello conjuga bien con la formulación negativa CEDH: “a nadie se puede negar el derecho a la instrucción” (Art. 2. 1º Protocolo 1), que incluye para el TEDH la “libertad de organizar una enseñanza libre [...] independiente de la enseñanza subvencionada.”²⁰⁶. También esta posición casa bien con el hecho de que para el Tribunal Constitucional la libertad de creación de centros “incluye la posibilidad de crear instituciones docentes o educativas que se sitúan fuera del ámbito de las enseñanzas regladas”²⁰⁷.

Así pues, el derecho a la educación incluye el derecho de formarse, de aprender, de educarse, de ser enseñado. Y todo ello más allá del sistema educativo y la configuración del servicio público de la educación. Del reverso, en cuanto se trate de procesos más o menos sistemáticos y continuados, se tratará del ejercicio de la libertad de enseñanza²⁰⁸. En muchas ocasiones, diversas manifestaciones de enseñanza y aprendizaje son ejercicio mismo del principio general de libertad cuando no de libertades concretas (libertad de expresión,

²⁰⁴ *Ibidem* (2005, p. 80).

²⁰⁵ STC 86/1985, de 10 julio, caso Ordenes del MEC sobre régimen de subvenciones a Centros docentes privados, FJ 3º: “El derecho de todos a la educación [...] incorpora así, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad”.

²⁰⁶ Así, en STEDH asunto relativo a algunos aspectos del régimen lingüístico belga en la enseñanza, de 23 de junio de 1968, apartado B Sobre la segunda cuestión, 4. 13 “Por su parte, lo único que pueden lograr estas medidas es evitar que en una misma escuela se dispensen enseñanzas subvencionadas y no subvencionadas. En nada atentan a la libertad de organizar una enseñanza libre de expresión francesa independiente de la enseñanza subvencionada.”

²⁰⁷ STC 5/1981, de 13 de febrero FJ 7º: “aunque la libertad de creación de centros docentes – artículo 27. 6º- incluye la posibilidad de crear instituciones docentes o educativas que se sitúan fuera del ámbito de las enseñanzas regladas ... cuando en el ejercicio de esta libertad, se acomete la creación de centros docentes que han de impartir enseñanza regladas [tales centros estarán], insertos por tanto en el sistema educativo”.

²⁰⁸ En coherencia con la definición expuesta de la STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7º de educación: “El carácter más o menos sistemático y continuado determinará cuándo se trate de un proceso de enseñanza, aun no formal, respecto del que concurre la libertad de enseñanza.” En este sentido EMBID IRUJO (1982, p. 241) a favor, afirmando que el criterio delimitador es la ordenación y sistematicidad en la transmisión de conocimientos. En contra de extender la libertad de enseñanza a educación socrática en DÍAZ REVORIO (2002 a, pp. 78-79).

información y comunicación, libertades de asociaciones, sindicatos, organizaciones empresariales, libertad de empresa, transmisión de ideas y conocimientos por periodistas o simplemente sujetos que se expresan e informan para formar a las personas)²⁰⁹. Asimismo, estos hechos de enseñanza y aprendizaje están en muchas ocasiones bajo el amparo de derechos de la personalidad concretos, como la vida familiar, la intimidad y la inviolabilidad del domicilio, especialmente en la educación familiar.

Como se ha adelantado, esta educación que se presta fuera del sistema de enseñanza no queda bajo la especial garantía material prestacional del derecho a la educación, la que aquí interesa. Y es que, hasta ahora, las actividades educativas al margen del sistema reglado no forman parte de la realidad social que regula el derecho a la educación previsto en el artículo 27 CE²¹⁰. No obstante, esto puede cambiar, pues hay una actual tensión a incluir en el derecho a la educación las nociones de formación para toda la vida, formación continua, formación permanente, aprendizaje para toda la vida²¹¹. La educación no formal e informal puede –y debe– tener acogida en políticas públicas de todo tipo²¹². Estas políticas tienen su anclaje jurídico en la dimensión objetiva genérica del derecho a la educación y no en el contenido protegido por el derecho subjetivo. En este sentido, la legislación afirma la promoción pública de enseñanzas no incluidas en el sistema educativo (art. 5. 4º LOE).

²⁰⁹ Además de escuchar y leer, “hay muchas otras formas y estrategias de aprendizaje - conversar, debatir, escribir, ver una película o un video, viajar, y es fundamental diversificarlas y complementarlas pues cada persona tiene estilos diferentes de aprendizaje (visual, audiovisual, táctil, experiencial, práctico, etc.).” TORRES INSTITUTO (2005, p. 76).

²¹⁰ CASTILLO CÓRDOVA (2006, p. 190).

²¹¹ Se comparte en todo caso los presupuestos de TORRES INSTITUTO (2005, p. 62) cuando afirma que “El *derecho a la educación* suele entenderse como derecho a la escuela, centrado en la matrícula escolar y, nuevamente, en la infancia. No obstante, tanto derecho a la educación tiene un niño o niña como un joven o una persona adulta. Aprender a leer y escribir comprensivamente es un derecho fundamental de toda persona, dentro o fuera del sistema escolar, a cualquier edad.”

Como afirma la autora (ob. cit. p. 83) en una visión superadora de la educación formal, “El verdadero reto es construir una “sociedad del aprendizaje” (SA), capaz de plasmar el paradigma del aprendizaje a lo largo de toda la vida para todos. El gran desafío contemporáneo es diseñar y ejecutar políticas que promuevan la satisfacción de las necesidades básicas de aprendizaje de todos los ciudadanos.” Y dicho aprendizaje que corra a cargo de una comunidad de aprendizaje más allá de las instituciones educativas clásicas, sobre la base de que todos tenemos algo que enseñar y algo que aprender.”

²¹² Como se dirá, las políticas actuales se centran en el reconocimiento formal de adquisición de competencias fuera del sistema educativo, promoción de la educación para toda la vida, alfabetización digital, educación a través de medios de comunicación, campañas de transmisión de valores dirigidas a la familia, políticas en materia de acceso a información y conocimiento por la infancia, políticas de protección de los menores como consumidores, promoción de formación en el ámbito del voluntariado y adquisición de experiencia en la sociedad civil, etc.

Por lo expuesto, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza reconocidos en el artículo 27. 1º CE incluyen el derecho a la educación, formación y aprendizaje en el sentido amplio que se ha observado, si bien, esencialmente como derecho de libertad. Por el contrario, su dimensión prestacional se circunscribe especialmente a la garantía de la educación a través del servicio público de la educación por medio de la enseñanza que dispensa el sistema educativo.

2. 2. EL FUNDAMENTO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y SUS DIVERSAS FINALIDADES

El derecho a la educación comparte nítidamente la fundamentación de los derechos sociales y, siguiendo recientemente a Escobar²¹³, el fundamento último de todos los derechos sociales es la libertad: libertad como capacidad para la autonomía, capacidad de un individuo para orientar significativamente su vida siguiendo sus propias decisiones. Y una comunidad política es justa cuando fomenta el desarrollo de esta capacidad para todos sus miembros. Si se acepta que tener las necesidades básicas cubiertas es condición necesaria para disponer de capacidad para la autonomía, entonces todos los derechos sociales sirven a la libertad así definida y del mismo modo que los clásicos derechos fundamentales.

La educación en modo alguno es cuestión de caridad como podría sostenerse desde planteamientos liberales, sino de justicia. De igual modo, pese a la utilidad social –y económica– incuestionable de la educación, el fundamento último está en el individuo mismo sujeto de este derecho y no en fundamentaciones utilitaristas. Desde fundamentaciones del “mínimo vital” o el “mínimo decente”, tales planteamientos pueden tener sentido en la definición de contenidos mínimos exigibles del derecho a la educación. No obstante, la fundamentación de tal delimitación del alcance del derecho no debe traer causa en la escasez, sino en el logro mismo del objetivo de la educación a favor del individuo. Como se verá la concepción constitucional prestacional del derecho a la educación ha ido mucho más allá de los mínimos obilgatorios aparentemente exigibles.

²¹³ Cabe remitir a su amplio tratamiento dogmático sobre los derechos sociales en la magna obra colectiva ESCOBAR ROCA (Dir.) (2011).

Más allá de su consideración en el conjunto de los derechos sociales, en la fundamentación del derecho a la educación²¹⁴ se advierte con claridad cierta dualidad entre los intereses del sujeto del derecho y los intereses sociales y públicos en la educación. Así se observa en las Exposiciones de motivos de las más importantes normas educativas que afirman “la convicción de que de ella [la educación] dependen tanto el bienestar individual como el colectivo” (LOE). Sin perjuicio de intereses sociales no hay que olvidar que todo derecho subjetivo se reconoce en interés del sujeto²¹⁵ y el objetivo fundamental y primordial de la educación es el “pleno desarrollo de la personalidad”, como se afirma en la Constitución (art. 27. 2º) y en la normativa internacional²¹⁶.

2. 2. 1. El alumno como centro del derecho a la educación

Por tratarse de un derecho subjetivo, el alumno es el sujeto que ha de estar en el centro del diseño constitucional de la enseñanza. Aunque no sea el único imbricado en el proceso educativo o pese a que haya otros beneficiarios reflejos, instrumentales o accesorios, el alumno es el sujeto principal²¹⁷. De ahí que la protección que confiere la ley de leyes a los alumnos se diferencia de la que se brinda al resto de los operadores educativos. Es más, las libertades de la enseñanza, no constituyen auténticos derechos subjetivos porque no se reconocen en beneficio de los intereses particulares de padres, docentes y centros, estas libertades amparan el interés constitucional básico de la máxima

²¹⁴ En especial, LÓPEZ MEDEL (1984)y (1985). GUZMÁN VALDIVIA (1979). De especial interés, los trabajos de PUELLES BENÍTEZ (1980), (1991), (2000). Destaca también el trabajo de ATRIA (2007).

²¹⁵ ARANGO (2005, p. 145). Sobre la ya clásica definición de Maurer del derecho subjetivo, señala que “un derecho subjetivo toma por dada una norma jurídica que “no solamente busca servir al interés colectivo, sino por lo menos también está dirigida a servir al interés de ciudadanos individuales”. Ver MAURER, H. (2011).

²¹⁶ Al respecto de las finalidades individuales y colectivas de la educación, sin perjuicio del artículo 26 DUDH o del 13 PIDESC, es internacionalmente destacable el artículo 29. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño y la muy interesante interpretación del mismo en NACIONES UNIDAS-Comité de Derechos del Niño (2001). Sobre el tema se volverá.

²¹⁷ ALÁEZ CORRAL (2006, p. 8): “Y ello por más que existan muchos otros beneficiarios reflejos de las facultades iusfundamentales que componen ese derecho a la educación, como las personas físicas o jurídicas que pueden crear libremente centros docentes y con ello ejercitar la libertad de enseñanza, lo padres y alumnos que pueden escoger centro educativo y la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones, etc... Todos ellos son beneficiarios instrumentales o accesorios del derecho del art. 27 CE, que como tal complejo está orientado a la garantía de una esfera vital prestacional y de libertad del educando, auténtico y principal destinatario del servicio educativo tan importante para una sociedad democrática. ”

libertad y pluralidad para alcanzar el objeto educativo marcado en el artículo 27. Así, los padres no tienen el derecho subjetivo a participar en la enseñanza en favor de sus intereses, sino en el de sus hijos. Los docentes no gozan de la libertad de cátedra como un privilegio de su profesión, sino como el medio de garantizar una enseñanza libre y plural en la sociedad, que revierte tanto a favor de la sociedad democrática cuanto en beneficio del educando. La misma finalidad de pluralidad y libertad guía la facultad de crear un centro docente, dirigirlo y establecer un ideario. La Constitución no pretende privilegiar un posible sector económico. Igualmente, es la libertad académica la que dota de fundamento a la autonomía universitaria, no se trata de una mera descentralización administrativa²¹⁸.

Si bien es el alumno el sujeto constitucional del derecho a la educación, para la satisfacción de su derecho, el protagonista principal sea el Estado²¹⁹. Que sea el Estado el protagonista principal no debería conducir a uno de los grandes errores de la educación: que “No está pensada desde la perspectiva de quienes aprenden, sino de quienes enseñan, administran y deciden a los distintos niveles.”²²⁰

El alumno ha de estar en el centro del sistema educativo que se crea para su prestación, el alumno es el *sujeto* central de una educación que, por medio de la libertad y pluralidad, tiene por *objeto* el pleno desarrollo de su personalidad (artículo 27. 2º CE)²²¹. Una manifestación de este principio puede seguirse en la sentencia Tribunal Supremo del Canadá que ha afirmado que las decisiones se deben adoptar “desde una perspectiva subjetiva, centrada en el niño, en la que se trate de dar sentido a la igualdad desde el punto de vista del niño en oposición a la perspectiva de los adultos que figuren en su vida”²²². En una línea semejante cabe estar con el Comité de Derechos del Niño²²³.

²¹⁸ Así, esencialmente en COTINO HUESO (1998) y desarrollando tal tesis ya en particular respecto de los alumnos en COTINO HUESO (2000 b). Recientemente, en CASTILLO CÓRDOVA (2006, pp. 75-90).

²¹⁹ En este sentido, Embid afirma que el sujeto principal es el Estado “la intervención más profunda del Estado en la educación, la creación de centros, no se hace depender de la falta de iniciativa privada como pretendería la posición de la subsidiariedad, sino del cuidado efectivo del derecho a la educación. El Estado es, por tanto, un sujeto activo en la educación, el sujeto primordial, añadiría, pues además de crear centros, programa la enseñanza lo que implica la fijación del esquema del proceso educativo y de las enseñanzas a impartir.” EMBID IRUJO (1982, p. 187).

²²⁰ TORRES INSTITUTO (2005, p. 30-31).

²²¹ Se trata la tesis central que se defiende en COTINO HUESO (2000 b).

²²² Sentencia Tribunal Supremo del Canadá, Eaton c. Brant County Board of Education [1997] 1 S. C. R. , 241, párr. 67, así citado por TOMASEVSKI (2003, p. 18).

²²³ NACIONES UNIDAS-Comité de Derechos del Niño (2001), nº 9. : “la enseñanza debe girar en torno al niño: que el objetivo principal de la educación es el desarrollo de la personalidad de cada

2. 2. 2. La educación como útil herramienta para múltiples fines que trascienden al individuo

Pese a lo afirmado de que el alumno ha de ser el centro del sistema educativo, a lo largo de la historia la educación ha sido instrumento de socialización²²⁴ y dominación política²²⁵, con especial un olvido de la dignidad y derechos del menor²²⁶, que son los intereses que protege el derecho. La educación ha sido un mecanismo para el mantenimiento de sistemas de privilegios y discriminaciones²²⁷, al tiempo de reflejar y transmitir generacionalmente las ventajas y desventajas. Recientemente el Parlamento Europeo afirma que “la mayor parte de los sistemas existentes de educación y formación reproduce y acentúa las desigualdades ya presentes”²²⁸. O desde Naciones Unidas se recuerda que “La desigualdad en la enseñanza constituye el medio más importante por el que tiene lugar la selección profesional y, por lo

niño, de sus dotes naturales y capacidad, reconociéndose el hecho de que cada niño tiene características, intereses y capacidades únicas y también necesidades de aprendizaje propias.

²²⁴ Socialización, entendida como “proceso de asimilación de valores y aprendizaje de roles”. Así, RAMÍREZ, M.(1980, pp. 97, 109 y ss.) Ha insistido en la noción también, SALGUERO SALGUERO (1997, pp. 319-332).

²²⁵ En nuestro país y en Derecho constitucional ha destacado sobremanera el impulso de SÁNCHEZ FERRIZ (1995), así como en general todos los trabajos bajo su dirección en COTINO HUESO (2000 a). También, cabe destacar los trabajos de Cámara, desde CÁMARA VILLAR (1988 p. 2. 169).

²²⁶ En este sentido, ALÁEZ CORRAL (2003 a, pp. 13 y ss.). Describe cómo aunque con el cristianismo se produjese un cambio trascendental en la percepción de la infancia, no se contemplará al menor, ni mucho menos, como un sujeto con una personalidad propia plena hasta prácticamente la actualidad, con el reconocimiento de personalidad jurídica plena del menor. Ni siquiera durante los siglos XVII a XIX, pese al desarrollo de un heterogéneo corpus jurídico de protección del menor y de su desarrollo educativo cambia la percepción del menor como una imperfección de la personalidad. Sobre el proceso histórico de consideración de la menor edad, este autor cita como básicos RICO PÉREZ, Francisco, *La protección de los menores en la Constitución y en el Derecho Civil*, Montecorvo, Madrid, 1980, p. 23 y ss. ; en especial sobre la evolución histórica de la patria potestad, cfr. GÓMEZ MORÁN, Luis, *La posición jurídica del menor en el derecho comparado*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1947, p. 170 ss. EEKELAAR, Jon, *The interest of the child and the child's wishes: the role of dynamic self-determinism*, en Philip Alston (Edit.), *The best interests of the child*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

²²⁷ Especialmente se ha subrayado la instrumentación del sistema educativo para formar la mano de obra industrial y comercial, concibiendo la educación y el aprendizaje “como instrumentos para el entrenamiento común de niños y jóvenes, seguidores y reproductores del estereotipo de hombre-blancocristiano-occidental” (n °11), un sistema de discriminación institucionalizada con relación. Se sigue de NACIONES UNIDAS- MUÑOZ VILLALOBOS (2006, pp. 5-6).

²²⁸ Así en Resolución del Parlamento Europeo, de 27 de septiembre de 2007, sobre eficiencia y equidad en los sistemas europeos de educación y formación (2007/2113(INI)).

tanto, el medio más importante por el que se transmiten las ventajas y desventajas de generación a generación”²²⁹.

a) La educación para la consolidación democrática y eficacia misma de los derechos fundamentales

También, la educación sirve tanto para la consolidación democrática y eficacia misma de los derechos fundamentales²³⁰. La finalidad político social de la educación como factor de consolidación de los derechos fundamentales oculta casi el interés individual mismo. Así, por ejemplo, en la Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos con su Declaración y Plan de Acción de Viena, 25 de junio de 1993. de educación en derechos humanos y en democracia, donde se llega a afirmar:

“El Plan de acción propone una movilización mundial de esfuerzos y de recursos, desde el nivel familiar al de las Naciones Unidas, en vista a educar a las personas y a los grupos en materia de derechos humanos, para que los comportamientos atentatorios contra los derechos y las libertades sean modificados, que todos los derechos sean respetados y que la sociedad civil se transforme en un modelo de sociedad en que prevalezca la paz y la participación? El aprendizaje no constituye un fin en sí, sino más bien un medio tendente a eliminar las violaciones de los derechos humanos y a construir una cultura de paz basada en la democracia, el desarrollo, la tolerancia y el respeto mutuo.”

²²⁹ Así lo subraya el Relator Especial sobre la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en 1975. Naciones Unidas, La realización de los derechos económicos, sociales y culturales: problemas, políticas, logros, por Manouchehr Ganji, Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, publicación S. 75. XIV. 2, Nueva York, 1975, párr. 68.

Por su parte, TORRES INSTITUTO (2005, p. 15) señala que “La desigualdad educativa está estrechamente asociada a la desigualdad económica y social. La desigualdad de ingresos es la que tiene más peso; ésta se agrava al juntarse con factores de residencia (urbano/rural), pertenencia étnico-lingüística, edad y género. La educación rural y la dirigida a grupos indígenas es la más abandonada. Los factores socio-económicos inciden de manera determinante sobre la educación y el aprendizaje, incluyendo el acceso, la retención, la finalización, el aprendizaje y la posibilidad de continuar aprendiendo a lo largo de toda la vida. La educación, por sí sola, incluso de nivel superior, ya no garantiza movilidad social, bienestar ni acceso al trabajo. En educación, los avances, resultados y cambios son lentos, y plasmarlos requiere continuidad, persistencia y tiempo.”

Y la autora recuerda que los sistemas educativos tradicionales con ofertas homogéneas que no asumen la diversidad o las que desplazan el fracaso escolar son discriminadoras. (p. 32).

²³⁰ Al respecto, en la doctrina cabe destacar los trabajos ya citados de Puelles Benítez y Sánchez Ferriz, con un seguimiento de la filosofía y teoría política al respecto a lo largo de la historia (especialmente en el primer caso) y un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional (en particular, en el caso de Sánchez Ferriz).

b) La educación como instrumento útil contra el racismo y la xenofobia y la igualdad de género

La educación es instrumento útil contra el racismo y la xenofobia²³¹. El Comité de Derechos del Niño fija la atención en esta finalidad²³²:

“Una educación que promueva el entendimiento y aprecio de los valores que se exponen en el párrafo 1 del artículo 29, entre ellos el respeto de las diferencias, y que ponga en tela de juicio todos los aspectos de la discriminación y los prejuicios constituirá un antídoto duradero y seguro contra todos estos extravíos. Por consiguiente, en todas las campañas contra la plaga del racismo y los fenómenos conexos debe asignarse a la educación una elevada prioridad. Asimismo, se ha de prestar especial atención a la importancia de la enseñanza sobre el racismo tal como éste se ha practicado históricamente y, en especial, en la forma en que se manifiesta o se ha manifestado en determinadas comunidades. El comportamiento racista no es algo en que solamente caen los “otros”. Por lo tanto, es importante centrarse en la propia comunidad del niño al enseñar los derechos humanos y del niño y el principio de no discriminación. Esta enseñanza puede contribuir eficazmente a la prevención y eliminación del racismo, la discriminación étnica, la xenofobia y las formas conexas de intolerancia.”

Y en España en los últimos años el Defensor del Pueblo ha mostrado especial interés por la materia²³³.

De igual modo, la enseñanza es de especial utilidad en materia de igualdad de género. Y lo cierto es que la igualdad en general y en particular la de sexo, es elemento transversal del contenido de las enseñanzas. Debe tenerse en cuenta la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres²³⁴. Y en la legislación educativa, la igualdad es una constante en los

²³¹ Así, por ejemplo, cabe destacar la Campaña de lucha contra el racismo y la intolerancia organizada por el Consejo de Europa en 1996 <http://www.ecri.coe.int/>.

²³² NACIONES UNIDAS-Comité de Derechos del Niño (2001, nº 11).

²³³ DEFENSOR DEL PUEBLO (2003 a), (2003 b). En este último, pp. 272-273 se señala que la situación lleva a que la institución considere “imprescindible generalizar en las escuelas un modelo de educación respetuoso con las diferencias culturales” y recomiende “- Trabajar muy especialmente con el alumnado autóctono en los tramos de edad en que se cursa el último ciclo de la Educación Primaria y el primer ciclo de la Educación Secundaria Obligatoria -10 a 14 años- que muestran con mayor frecuencia actitudes que revelan una menor aceptación de sus compañeros de origen inmigrante que de sus iguales autóctonos. ” Se propone “elaborarse e impartirse programas específicos de educación intercultural, educación para la igualdad y educación en derechos humanos que contribuyan a erradicar actitudes que podrían llegar a derivar en conductas racistas o xenóforas.”

²³⁴ La ley dedica especial atención a “La educación para la igualdad de mujeres y hombres” (art. 23); la “Integración del principio de igualdad en la política de educación” (art. 24) así como a “La igualdad en el ámbito de la educación superior” (art. 25).

“principios” del artículo 1 LOE, como “equidad” e inclusión en la educación (letra b), como valor a transmitir (letra c), la igualdad de oportunidades y sexos a desarrollar (letra l); forma parte de los “fines de la educación” (art. 2 LOE) así como entre los objetivos y la organización de los cursos y la asignatura de educación para la ciudadanía, tanto en la educación primaria (arts. 17. 1º d) y 18. 3º LOE), como en la ESO (arts. 23 c) y 24. 3º LOE). En Bachillerato, Formación profesional y educación para adultos forma parte de los objetivos (arts. 33. C), 40 c) y 66 g) LOE). Y todo ello se proyecta en la prolija normativa estatal y autonómica curricular. Asimismo, adquiere especial interés el proyecto educativo del centro educativo, pues incorpora los currículos concretos así como el tratamiento transversal en las áreas, materias o módulos de la educación en valores y otras enseñanzas, con importancia para la no discriminación y la inclusión educativa (art. 121 LOE)²³⁵. En los centros ha de existir una persona que impulse medidas educativas que fomenten la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres, designada por el Consejo escolar (art. 126. 2º LOE), órgano que tiene la competencia de favorecer la igualdad en el centro (art. 127 g) LOE). La inspección educativa tiene también la particular misión de velar por la igualdad real de sexos (art. 151 e) LOE).

La transversalidad de la igualdad de género se recoge incluso en el ámbito universitario²³⁶.

c) La educación para la paz y la resolución pacífica de conflictos

La educación para la paz y la resolución pacífica de conflictos en todos los ámbitos cuenta con claro reflejo en el ámbito internacional²³⁷ y en las leyes

²³⁵ En particular, el proyecto educativo “deberá tener en cuenta las características del entorno social y cultural del centro, recogerá la forma de atención a la diversidad del alumnado y la acción tutorial, así como el plan de convivencia, y deberá respetar el principio de no discriminación y de inclusión educativa como valores fundamentales” (art. 121. 2º LOE).

²³⁶ Así, en virtud del Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, artículo 3, Enseñanzas universitarias y expedición de títulos: “[...] 5. *Entre los principios generales que deberán inspirar el diseño de los nuevos títulos, los planes de estudios deberán tener en cuenta que cualquier actividad profesional debe realizarse:*

a) desde el respeto a los derechos fundamentales y de igualdad entre hombres y mujeres, debiendo incluirse, en los planes de estudios en que proceda, enseñanzas relacionadas con dichos derechos.

b) desde el respeto y promoción de los Derechos Humanos y los principios de accesibilidad universal y diseño para todos de conformidad con lo dispuesto en la disposición final décima de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de Igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, debiendo incluirse, en los planes de estudios en que proceda, enseñanzas relacionadas con dichos derechos y principios.”

españolas. En este sentido, cabe hacer especial referencia a la Ley 27/2005, de 30 de noviembre, de fomento de la educación y la cultura de la paz. Se trata de una ley breve, en el marco de la Década Internacional sobre la cultura de paz (2001-2010). Entre otras disposiciones, responsabiliza al Gobierno la promoción y creación de asignaturas; impulsar contenidos en los libros de texto y curriculares, el conocimiento de los derechos humanos y los instrumentos internacionales, técnicas de resolución de conflictos, etc. (art. 2) Y para estas finalidades se imponen al Gobierno, con carácter abierto, diversas actividades de promoción y fomento (arts. 1, 3 y 4).

Ya en la legislación educativa, las referencias a la paz y la resolución de conflictos son constantes. Así sucede entre los fines y principios proclamados en general (art. 57. m) LODE, art. 1. 2 k) LOE), que luego se reproducen en cada regulación concreta (art. 17. c para la educación primaria; en la ESO -art. 23 d-; para el Bachillerato (art. 33 b), en la formación profesional (art. 40 c) y g), en la educación de personas adultas (Art. 66. 3 g).

d) La educación para el medio ambiente, la participación, salud y educación sexual

También se expresa normativamente la finalidad de la educación para fines como la preservación del medio ambiente en el ámbito internacional. El artículo (29 (1) (e)) CDN marca como objetivo “e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.”). Asimismo, en diciembre de 2002, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Resolución 57/254 relativa al Decenio de las Naciones Unidas de la Educación para el Desarrollo Sostenible (2005-2014) y designó a la UNESCO como órgano responsable de la promoción del Decenio. También la referencia al medio ambiente es una constante en la LOE²³⁸.

Del mismo modo, la educación es instrumento para la participación y se vincula con los valores democráticos y derechos fundamentales la participación, si bien, ocupa un lugar específico en el ámbito internacional y nacional, anudado por lo general a las políticas de juventud. Así, por ejemplo, la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa Rec (2004) 13, de 17 de

²³⁷ Naciones Unidas aprobó el Programa de Acción sobre una Cultura de la Paz, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1999 y declaró la Década Internacional para la Cultura de Paz (2001-2010).

²³⁸ En la LOE, la referencia educativa al medio ambiente es una constante. Así, es un fin del artículo 2. e) LOE, que se reitera para la educación infantil (art. 13. b), primaria (art. 17. h), ESO (art. 23 k) o el Bachillerato (art. 33. j).

noviembre de 2004, sobre la participación de los jóvenes en la vida local y regional; en el ámbito de la Unión Europea, especialmente, en el Libro Blanco de la Comisión, de 21 de noviembre de 2001, sobre un nuevo impulso para la juventud europea [COM (2001) 681 final - no publicado en el Diario Oficial]. En la normativa educativa es referencia habitual la “preparación del alumnado para el ejercicio de la ciudadanía y para la participación en la vida económica, social y cultural, con actitud crítica y responsable” (Exposición de motivos LOE, reiterado como principio en el artículo 1. k)), dicha referencia a la participación se da en la educación primaria (art. 17. a), secundaria (art. 22. 2º como principio general y art. 23 g), como objetivo), etc.

También es una útil herramienta la enseñanza para la salud e higiene. Así en el ámbito internacional la CDN en su artículo 24. 2º e) –no el relativo a la educación- hace referencia al “acceso a la educación pertinente” en salud e higiene (“e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos”.) La Carta Social Europea en su artículo 11 sobre salud hace referencia al fin de “Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma.”

Lo cual también se aprecia en la legislación nacional²³⁹. Así en España la LOE incluye objetivos vinculados a la salud e higiene en la educación primaria (art. 17. k) “k) Valorar la higiene y la salud, aceptar el propio cuerpo y el de los otros, respetar las diferencias y utilizar la educación física y el deporte como medios para favorecer el desarrollo personal y social.” También en la ESO (art. 23 “hábitos de cuidado y salud”) o en la formación profesional (art. 40 d) “d) Trabajar en condiciones de seguridad y salud, así como prevenir los posibles riesgos derivados del trabajo.”).

²³⁹ Cabe señalar que estos objetivos han sido analizados por el Defensor del Pueblo en los informes anuales de 2006 y 2007, con relación al profesorado público de educación infantil, segunda etapa, que se niega a realizar las labores de atención al menor que realiza sus necesidades en el colegio.

La siempre polémica educación sexual²⁴⁰ también encuentra su recepción nacional e internacional. En España se incluyen referencias en los objetivos de la ESO (artículo 23 k, LOE). La educación sexual queda vinculada a la educación para la planificación familiar. La CDN en su artículo 24. 2º f) –no el relativo a la educación- hace referencia al “acceso a la educación pertinente” en planificación familiar (“f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia. Del ámbito internacional, cabe destacar la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, pues contiene una disposición concreta sobre educación sexual (párrafo h) del artículo 10), con arreglo a la cual los Estados Partes tienen la obligación de asegurar para las niñas y las mujeres el “acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y bienestar de la familia, incluidos la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia”. El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha definido la planificación de la familia en su Recomendación general Nº 21 de manera que incluya la educación sexual.

También se vincula la educación sexual para la lucha contra el sida²⁴¹.

e) Otros fines de la educación y a modo de conclusión

Asimismo, la educación resulta instrumento valioso para la prevención de la tortura. Así en la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes:

Artículo 10. 1º 1: “Todo Estado Parte velará por que se incluyan una educación y una información completas sobre la prohibición de la tortura en la formación profesional del personal encargado de la aplicación de la ley”.

²⁴⁰ Como se verá, se trata de un ámbito en ocasiones bastante polémico frente a opciones morales y religiosas de las madres y padres (así, en especial, STEDH Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca de 7 diciembre 1976. Más recientemente, STEDHPilar Jiménez Merino contra España).

²⁴¹ “El Comité quiere destacar que para que la prevención del VIH/SIDA sea efectiva los Estados están obligados a abstenerse de censurar, ocultar o tergiversar deliberadamente las informaciones relacionadas con la salud, incluidas la educación y la información sobre la sexualidad, y que [...] deben velar por que el niño tenga la posibilidad de adquirir conocimientos y aptitudes que le protejan a él y a otros desde el momento en que empieza a manifestarse su sexualidad (párr. 16).” NACIONES UNIDAS-TOMASEVSKI (2004 a, p. 19). Sobre el tema, UNICEF, *Las niñas, el VIH/SIDA y la educación*, 2004 y NACIONES UNIDAS-Comité de Derechos del Niño (2003, nº 16).

Y la enseñanza también se pretende emplear la enseñanza contra la prostitución y trata de blancas. En este sentido, el artículo 9 del Protocolo facultativo a la CDN relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía versa sobre la “sensibilización del público en general”, incluidos la “educación y adiestramiento”, correspondiendo a los estados la inclusión del problema en programas de educación.

Artículo 9: “2. Los Estados Partes promoverán la sensibilización del público en general, incluidos los niños, mediante la información por todos los medios apropiados y la educación y adiestramiento acerca de las medidas preventivas y los efectos perjudiciales de los delitos a que se refiere el presente Protocolo. Al cumplir las obligaciones que les impone este artículo, los Estados Partes alentarán la participación de la comunidad y, en particular, de los niños y de los niños víctimas, en tales programas de información, educación y adiestramiento, incluso en el plano internacional.”

La educación, por concluir, es útil para otras tantas finalidades de interés social, como la educación vial²⁴².

Así pues, y por concluir, la educación es “una de las mejores inversiones financieras que los Estados pueden hacer”²⁴³. Por ello, no debe caerse en un – muy habitual- rechazo de cualquier perspectiva finalidad e interés económico en la educación²⁴⁴. No se trata de obviar una educación para la vida, pero tampoco puede desconocerse la necesidad de planificación y conexión de la educación y el aprendizaje con las necesidades sociales, laborales y económicas de cada contexto²⁴⁵. Este interés económico, articulado con los anteriormente expuestos, se percibe con claridad en las competencias clave de la Unión Europea, marco en hace tiempo se insiste, por ejemplo, en la necesaria forja del espíritu empresarial

²⁴² Por ejemplo, en el anexo del Real Decreto 114/2004, de 23 de enero, por el que se establece el currículo de la educación infantil.

²⁴³ Cita de NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 b, nº 1). También para fundamentar el fin del trabajo infantil, NACIONES UNIDAS- TOMASEVSKI (2004 a, p. 8 aptdo. 11).

²⁴⁴ Es más que habitual el rechazo en la doctrina –no jurídica- del derecho a la educación de cualquier perspectiva económica –como la del Banco Mundial- que trata la educación como inversión en capital humano, como servicio con el que se comercia, que se cuantifica y califica desde la eficiencia, no la eficacia. Así, cabe destacar la exrelatora de este derecho para Naciones Unidas, además de otras de las obras ya citadas, TOMASEVSKI (2004 b). TORRES INSTITUTO (2005, pp. 32 y ss.). critica una “educación para el trabajo” en vez de una “educación para la vida”.

²⁴⁵ En UNESCO (2000 b), (aptdo. 14) se plantea la cuestión como “el duro embate de fuerzas refractarias que siguen considerando la educación como un instrumento subordinado al mercado y, consecuentemente, como un tipo de servicio, no un derecho, que responde a los intereses de la economía, antes que de las personas. ”

en la educación. La cultura empresarial es una de las ocho competencias clave señaladas en 2006²⁴⁶:

“Definición: Por sentido de la iniciativa y espíritu de empresa se entiende la habilidad de la persona para transformar las ideas en actos. Está relacionado con la creatividad, la innovación y la asunción de riesgos, así como con la habilidad para planificar y gestionar proyectos con el fin de alcanzar objetivos. En esta competencia se apoyan todas las personas, no sólo en la vida cotidiana, en casa y en la sociedad, sino también en el lugar de trabajo, al ser conscientes del contexto en el que se desarrolla su trabajo y ser capaces de aprovechar las oportunidades, y es el cimiento de otras capacidades y conocimientos más específicos que precisan las personas que establecen o contribuyen a una actividad social o comercial. Ello debe incluir una concienciación sobre los valores éticos y promover la buena gobernanza”.

2. 2. 3. El carácter primordial del derecho a la educación, su particular naturaleza y sus consecuencias jurídicas

Pese a la doble finalidad del derecho a la educación (interés individual-colectivo) a la que se ha hecho referencia al tratar la fundamentación del derecho, lo cierto es que con la satisfacción del interés individual se logra el interés colectivo²⁴⁷. El ser humano nace equipado para aprender²⁴⁸, “la naturaleza humana, al menos del niño, es educativa”²⁴⁹ y la educación pretende la capacitación para realizar una vida acorde a la naturaleza humana²⁵⁰. Como afirma el Comité de los Derechos del Niño:

²⁴⁶ Al respecto, destacan PARLAMENTO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2006), También el mencionado *Libro Blanco de la Comisión, de 21 de noviembre de 2001, sobre un nuevo impulso para la juventud europea* hace referencia a la línea de Carta Europea de la Pequeña Empresa [72], aprobada en Santa Maria da Feira el 20 de junio de 2000, por el Consejo Europeo, “Educación y formación en el espíritu empresarial”. Ver ahí los conocimientos, capacidades y actitudes esenciales relacionados con la competencia.

²⁴⁷ Como afirma BARNES VÁZQUEZ (1984, p. 44): “este proceso de perfeccionamiento de la persona y su proceso de inserción en la sociedad (aspecto éste que más parece interesar al político) aparecen unidos no ya sólo por imperativo del 27. 2 de la CE, sino también por las exigencias intrínsecas de la educación.”

²⁴⁸ TORRES INSTITUTO (2005, p. 75).

²⁴⁹ ALÁEZ CORRAL (2003 a, p. 1), remitiendo a las tesis de LOCKE, John, *Some Thoughts on Education*.

²⁵⁰ En este sentido García de la Hoz, citado por CASTILLO CÓRDOVA (2006, p. 264): “la educación es un proceso de ayuda al hombre con el fin de capacitarle para realizar una vida verdaderamente humana... se entiende como proceso de ayuda con el fin de capacitarle para formular y realizar su propio proyecto personal de vida. Para ZUMAQUERO (1984, p. 241) “el proceso educativo del hombre ... está dirigido a todas las facultades o apetencias del hombre; ero especialmente porque su destinatario es el hombre, no cabe duda de que incidirá de manera singular en aquellas facultades o

“El objetivo general de la educación es potenciar al máximo la capacidad del niño para participar de manera plena y responsable en una sociedad libre y sus posibilidades de hacerlo.”²⁵¹

Lejos de una transmisión de conocimientos se trata de una formación de hombres libres, “para la libertad”²⁵². Como señala el Tribunal Supremo:

“es a través de la educación como se alcanza la libertad como meta del sistema educativo, facilitando la enseñanza a todos los ciudadanos creándose el Servicio público a la educación como servicio público de carácter nacional”²⁵³.

Este indudable interés individual viene, pues, íntimamente conectado con el interés social y público de la educación. Así se observa con claridad en la determinación de las capacidades, necesidades básicas o competencias clave del aprendizaje derivan de las necesidades básicas de las persona (materiales, identitarias, afectivas, espirituales) que, como ser social, vive en sociedad²⁵⁴. Así, se ha dicho que “La educación es medio de realizar y ejercer otros derechos”, es un “multiplicador”, “la llave que abre paso a otros derechos humanos” tanto para el individuo cuando para las sociedades en su conjunto²⁵⁵. Quizá sea por este

potencias específicamente humanas; proceder sistemáticamente de otra forma no sería ‘educativos’ para el hombre, sino que tendería a desvirtuar su naturaleza, a desnaturalizarlo”.

²⁵¹ NACIONES UNIDAS-Comité de Derechos del Niño (2001, nº 12).

²⁵² En este sentido, FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO (1996, p. 179)..

²⁵³ La STS de 9 marzo 1987 (RJ 1987\1913), FJ 3º.

²⁵⁴ Expertos, instituciones y organizaciones internacionales, como en el ámbito de la Unión Europea, determinan tales necesidades o competencias. Cabe destacar la Recomendación PARLAMENTO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2006). Así, con igual importancia e interrelacionadas, a saber: comunicación en la lengua materna; comunicación en lenguas extranjeras; competencia matemática y competencias básicas en ciencia y tecnología; competencia digital; aprender a aprender; competencias sociales y cívicas; sentido de la iniciativa y espíritu de empresa, y conciencia y expresión culturales. Si bien, no faltan diversas aproximaciones a estas capacidades básicas, como 1. llevar una vida larga y saludable, 2. saber y 3. tener acceso a los recursos necesarios para un estándar digno de vida y participar en la vida comunitaria (PNUD) o 1. aprender a ser, 2. aprender a hacer, 3. aprender a conocer, y 4. aprender a vivir juntos. (Informe de la *Comisión Delors*).

Con más profundidad, *infra*: “Adaptabilidad de la educación y la determinación de sus contenidos”.

²⁵⁵ TOMASEVSKI (2003, pp. 1-2): “La educación es un multiplicador que aumenta el disfrute de todos los derechos y libertades individuales cuando el derecho a la educación está efectivamente garantizado, y priva a las poblaciones del disfrute de muchos derechos y libertades cuando se niega o viola ese derecho. ” Sin educación no hay acceso al empleo. Un nivel educativo inferior disminuye habitualmente las perspectivas de carrera. Los salarios bajos afectan negativamente a la seguridad en la vejez. La negación del derecho a la educación provoca la exclusión del mercado laboral y la marginación en el sector no estructurado, junto con la exclusión de los sistemas de seguridad social derivada de la previa exclusión del mercado laboral. Resulta pues imposible corregir el desequilibrio existente en las oportunidades de vida sin el previo reconocimiento del derecho a la educación. Además, en algunos

motivo por el que sea un “derecho híbrido”²⁵⁶, que se haya clasificado como derecho económico, derecho social y derecho cultural, derecho civil y político, derecho de libertad, etc.²⁵⁷, que los abarca a todos.”²⁵⁸

Tamaño importancia de la educación explica en palabras del TEDH el carácter “primordial”, “indispensable para” una sociedad democrática, “No hay duda de que el derecho a la educación garantiza el acceso a la educación elemental que es de primordial importancia para el desarrollo del niño”²⁵⁹. La singular relevancia de un derecho fundamental para el sistema democrático tiene consecuencias jurídicas que por lo general se trasladan al ámbito de la dimensión objetiva de los derechos. En el caso de las libertades informativas se traduce en ocasiones en una posición preferente, una sobreprotección a través de la dimensión o garantía institucional, efecto que no es extraño en nuestro ámbito con las libertades de la enseñanza. Pues bien, considero que este carácter primordial de la educación se traduce jurídicamente en la singularidad que supone que nos encontremos ante un derecho cuya dimensión prestacional se ha protegido con carácter iusfundamental de un modo tan intenso²⁶⁰. También esta relevancia puede fundamentar que de este derecho surjan obligaciones como la

países los analfabetos no pueden acceder a cargos políticos. Existe pues un gran número de problemas de derechos humanos que es imposible resolver a menos que se considere que el derecho a la educación es la llave que abre paso a otros derechos humanos.”

²⁵⁶ RUBIO LLORENTE (1977, p. 103).

²⁵⁷ CHACÓN MATA (2007, p. 7): “Se ha clasificado de distinta manera como derecho económico, derecho social y derecho cultural. Es, todos esos derechos al mismo tiempo. También, de muchas formas, es un derecho civil y un derecho político, ya que se sitúa en el centro de la realización plena y eficaz de esos derechos. A este respecto, el derecho a la educación es el epítome de la indivisibilidad y la Interdependencia de todos los derechos humanos.”

²⁵⁸ TOMASEVSKI (2003, p. 3).

²⁵⁹ Así, STEDH, asunto Leyla ahin contra Turquía, de 29 junio 2004, (apartado 46) y en especial, STEDH de 13 diciembre 2005, asunto Timishev contra Rusia, donde se afirma (nº 64): “El artículo 2 del Protocolo núm. 1 prohíbe negar el derecho a la educación. Esta disposición no tiene excepciones y su estructura es similar a la de los artículos 2, 3, 4. 1 y 7 del Convenio («Nadie podrá...»), que juntos subrayan los valores más fundamentales de las sociedades democráticas que constituyen el Consejo de Europa. En una sociedad democrática, el derecho a la educación, que es indispensable para fomentar los derechos humanos, juega un papel tan fundamental que una interpretación restrictiva de la primera frase del artículo 2 del Protocolo núm. 1 no sería consistente con el fin u objetivo de dicha disposición (véase Leyla ahin contra Turquía Este derecho se encuentra en términos similares en otros instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 26), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 13), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial ([artículo 5(e)(v)], y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 28). No hay duda de que el derecho a la educación garantiza el acceso a la educación elemental que es de primordial importancia para el desarrollo del niño.”

²⁶⁰ ESTEBAN y LÓPEZ GUERRA (1980 p. 332), quienes consideran que la Constitución concede a ese derecho un trato preferente, configurándolo como un “superderecho”, por su extraordinario papel como mecanismo de preparación de la convivencia y de transmisión de los valores democráticos.

educación mínima y obligatoria o la imposición misma del llamado “ideario constitucional de la educación”²⁶¹.

²⁶¹ Al respecto resulta de todo interés la STS de 30 de octubre (Penal, RJ 1994\8334) y su análisis por SÁNCHEZ FERRIZ y JIMENA QUESADA (1995, pp. 73 y ss.). No obstante, el interés va más allá de los incumplimientos de naturaleza penal, sino las derivaciones administrativas, laborales y civiles que puedan generarse por la infracción del ideario constitucional por sujetos públicos y privados.

3. EL OBJETO E IDEARIO CONSTITUCIONAL DE LA EDUCACIÓN Y SU RELEVANCIA JURÍDICA

La Constitución determina la finalidad de la educación: “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.” Así se conforma, en palabras de nuestro Tribunal Constitucional, el “ideario educativo constitucional”²⁶². “[E]l legislador constitucional ha querido ser beligerante en materia educativa”²⁶³, como especialmente De Otto percibió en nuestra doctrina²⁶⁴. La cuestión, como resulta obvio, escapa a su tratamiento jurídico constitucional²⁶⁵, no obstante, esta perspectiva es la única que corresponde a este estudio.

3. 1. LA IMPORTANTE REGULACIÓN INTERNACIONAL DEL OBJETO DE LA EDUCACIÓN Y PAUTAS CONCRETAS PARA SU INTERPRETACIÓN

La atención internacional en el objeto de la educación es mayúscula en los tratados. Así destacan el artículo 26 DUHD, art. 13 PIDESC o, posteriormente el art. 29 CDN, etc.)²⁶⁶ que bien merece la pena reproducir:

artículo 26 DUDH: [...] 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las

²⁶² Esta terminología es empleada por Tomás y Valiente, voto particular a la STC 5/1981, de 13 de febrero, punto 10º: “El art. 27. 2 de la Constitución contiene la definición del objetivo que debe perseguir la educación, cualquiera que sea la naturaleza, pública o privada, de cada centro docente, precepto que constituye lo que podría denominarse sin metáfora el «ideario educativo de la Constitución»”

²⁶³ SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio y JIMENA QUESADA (1995, p. 65).

²⁶⁴ DE OTTO (1985, pp. 20 y 24). También, entre otros, JIMENA QUESADA (1996) y recientemente, vinculando a la calidad de la enseñanza, JIMENA QUESADA (2005).

²⁶⁵ Recientemente, desde otras disciplinas cabe destacar el monográfico del DEFENSOR DEL PUEBLO (2011), sobre la transmisión de valores democráticos en el proceso educativo. Ahí se encuentran análisis desde la Filosofía, la Pedagogía o la Psicología, entre otros.

²⁶⁶ Bien es cierto que estos instrumentos insisten también en los valores vinculados a la paz y resolución de conflictos.

libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.

Artículo 13 PIDESC 1º [...] Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

Artículo 29 CDN: “1. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:

a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;

b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;

c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;

d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;

e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.”

En 2001, el Comité de Derechos del Niño dictó la Observación general²⁶⁷ que interpreta este importante artículo y es referencia jurídica obligada de trascendencia para la interpretación del artículo 27. 2º CE. Así, esta Observación general determina la importancia misma de la fijación de los objetivos de la educación. El Comité también determina que “Funciones” tiene la fijación de los objetivos educativos. Igualmente el Comité establece referencias sobre la “Aplicación, supervisión y examen” de este precepto. Se trata, a mi juicio, de los pasajes de mayor interés jurídico. Y es que de estas interpretaciones surgen criterios susceptibles de fiscalización jurídica y de exigibilidad más concreta para controlar la efectividad del objeto de la educación:

²⁶⁷ NACIONES UNIDAS-Comité de Derechos del Niño (2001).

-La necesidad de que las normas nacionales y en todos los niveles contengan los principios que, además, orienten “de verdad” las políticas educativas (nº 17)²⁶⁸.

- En modo alguno vale la mera proclamación normativa de principios sino que se exige “una modificación fundamental de los programas de estudios” y “una revisión sistemática de los libros de texto y otros materiales y tecnologías docentes, así como de las políticas escolares” (nº 18).

- Los métodos pedagógicos deben reflejar el espíritu y objetivos del artículo 29 CDN. (nº 18).

- Deben adoptarse planes integrales de acción (nº 23), informes periódicos y prioridades (nº 26).

- “la limitación de recursos no justifica que un Estado Parte no adopte ninguna de las medidas necesarias, o las suficientes” (nº 28).

A la vista de la regulación internacional, se puede afirmar que estos textos internacionales han “consagrado” –jurídicamente- de unos “valores éticos concretos” (nº 13). Como se afirma respecto del art. 29 CDN²⁶⁹, la expresión de tales objetivos tienen una “importancia trascendental”, con ellos se añade una dimensión cualitativa” al derecho a la educación²⁷⁰.

En la fijación de los objetivos de la educación también cabe citar la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, adoptada por la Conferencia General de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, el 14 de diciembre de 1960 (artículo 5)²⁷¹.

²⁶⁸ 17. [...] Si no hay un refrendo oficial concreto en el derecho o las normas nacionales, parece poco probable que los principios pertinentes se apliquen o vayan a ser aplicados para inspirar de verdad las políticas educativas. Por consiguiente, el Comité exhorta a todos los Estados Partes a que adopten las medidas necesarias para incorporar oficialmente estos principios en sus políticas educativas y en su legislación a todos los niveles.

²⁶⁹ Ahí, los objetivos son el desarrollo holístico del niño hasta el máximo de sus posibilidades (29 (1) (a)), lo que incluye inculcarle del respeto de los derechos humanos (29 (1) (b)), potenciar su sensación de identidad y pertenencia (29 (1) (c)) y su integración en la sociedad e interacción con otros (29 (1) (d)) y con el medio ambiente (29 (1) (e)).

²⁷⁰ *Ibidem*, nº 1 y nº 2 respectivamente.

²⁷¹ Los Estados convienen: “a) En que la educación debe tender al pleno desenvolvimiento de la personalidad humana y a reforzar el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, y que debe fomentar la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales o religiosos, y el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz”

3. 2. EL OBJETO DE LA EDUCACIÓN EN DIVERSOS DOCUMENTOS INTERNACIONALES

Más allá de tratados y convenciones, el objeto de la educación es objeto de recomendaciones, planes de acción y otras muestras de *softlaw internacional*. Así, como antecedente cabe tener en cuenta el principio n° 7 de la Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959²⁷². Entre los documentos internacionales, cabe nombrar también la Recomendación sobre la educación para la comprensión, la cooperación y la paz internacionales y la educación relativa a los derechos humanos y las libertades fundamentales de la UNESCO, de 19 de noviembre de 1974.

También es de mencionar la Recomendación n° R (85) 7 del Comité de ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la enseñanza y el aprendizaje de los derechos humanos en las escuelas²⁷³. En especial hay que destacar este documento por su interesante Anexo²⁷⁴. Dicho documento es de todo interés por contener contenidos bien concretos en aras del logro efectivo del objeto constitucional de la educación. Al texto mismo cabe remitir para una recomendable interpretación del artículo 27. 2° CE por cuanto al lugar de los derechos humanos en los programas escolares; las aptitudes intelectuales a conseguir, las aptitudes sociales; los conocimientos a adquirir en el estudio de los derechos humanos; el ambiente formativo que debe tener la escuela; los requisitos de formación de los docentes, así como la proclamación del Día internacional de los derechos humanos (10 de diciembre).

Desde los años noventa se dio un renovado impulso en la materia. De gran carácter práctico son las Directrices para la Elaboración de Planes de Estudio y Libros de Texto en la Educación Internacional de la UNESCO²⁷⁵. Además de señalarse los objetivos (n° 11), se determinan con claridad los conocimientos que deben adquirirse para lograrlos (n° 12), las “actitudes y valores” pretendidas (n° 13) y las “aptitudes” a desarrollar (n° 14). También, cabe nombrar la Declaración

²⁷² Principio 7: “El niño tiene derecho a recibir educación, que será gratuita y obligatoria, por lo menos en las etapas elementales. Se dará al menor una educación que promueva su cultura general y le permita, sobre una base de igualdad de oportunidades, desarrollar sus aptitudes, su juicio individual, su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad. El niño tendrá plena oportunidad para el juego y el recreo, que deberían ser dirigidas a los mismos fines que la educación, la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho. ”

²⁷³ Adoptada por el Comité de Ministros el 14 de mayo de 1985, durante la 385a reunión de los Delegados de los Ministros. Recordando: -su propia Resolución (78) 41 relativo a la enseñanza de los derechos humanos.

²⁷⁴ Anexo a la Recomendación n° R (85) 7, “Sugerencias para la enseñanza y el aprendizaje de los derechos humanos en las escuelas”

²⁷⁵ UNESCO, 1991, documento de 61 páginas disponible en la red

Mundial sobre Educación para Todos (Jomtien, Tailandia), 1990). En especial, destaca el Plan mundial de acción para la educación en pro de los derechos humanos y la democracia, aprobado por el congreso internacional sobre la educación en pro de los derechos humanos y la democracia, de la UNESCO, en Montreal 1993, donde se declara que:

[...] la educación a los derechos humanos y a la democracia debería beneficiarse de una atención particular.

La educación para los derechos humanos y la democracia es ella misma un derecho humano previo la plena realización de la justicia social, de la paz y del desarrollo. [...]

La educación para los derechos humanos y la democracia constituiría una base sólida para garantizar los derechos humanos y prevenir su violación.

El proceso educativo debería ser un proceso democrático fundado sobre la participación que da a los individuos y a la sociedad civil los medios para mejorar la calidad de vida.

De igual modo, se afirman Principales líneas de acción y se concluye sobre el particular. En la materia, también constituye un referente la Declaración y Plan de Acción de Viena de 1993²⁷⁶ y el Plan de Acción para el Decenio de las Naciones Unidas para la educación en la esfera de los derechos humanos²⁷⁷. También se hacen menciones en parcelas educativas concretas, como la Carta Internacional de la Educación Física y el Deporte (aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en su 20a reunión, 21 de noviembre de 1978, París.), la Convención sobre la Enseñanza Técnica y Profesional (aprobada por la Conferencia General de la UNESCO en su 25ª reunión, 10 de noviembre de 1989, París) y la Declaración de Hamburgo sobre la Educación de Adultos (aprobada en la quinta Conferencia Internacional sobre Educación de Adultos, 18 de julio de 1997, Hamburgo).

²⁷⁶ En particular destacan la parte I, párr. 33, y parte II, D. párr. 78 y ss.

²⁷⁷ Ahí se describen la “Grandes líneas de acción” y los “Niveles de acción”: Enseñanza de los derechos humanos y de la democracia en los currículos, en todos los niveles del sistema educativo [...]; Educación en derechos humanos y en democracia en un marco no formal [...]; Educación en derechos humanos y en democracia en situaciones difíciles. [...].

Se afirman también como “Obstáculos a superar”; i) la ausencia de voluntad política de ciertos interlocutores; [...] iii) la ausencia de participación de los grupos destinatarios en la elaboración del material, de los procesos y de las políticas; v) la falta de formación de numerosos participantes; vi) la tendencia, a veces, a restringir la educación en derechos humanos únicamente a la profesión de jurista.

Finalmente, en la conclusión se considera que el Plan de acción mundial para la educación en derechos humanos y en democracia debe suponer un “gran desafío”.

3. 3. LOS CENTROS Y ENSEÑANZAS A LOS QUE SE IMPONE EL IDEARIO CONSTITUCIONAL

El ideario constitucional alcanza tanto a la educación pública cuanto a la privada. Así se observa expresamente en razón del artículo 13. 2º PIDESC:

“4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de la que educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.”

El Tribunal Constitucional interpreta que la referencia al respeto de los “principios constitucionales” para los centros privados (art. 27. 6º CE) incluye el objeto educativo del artículo 27. 2º CE²⁷⁸. Misma conclusión a la que se llega en el importante Voto particular a la STC 5/1981 formulado por Díez Picazo²⁷⁹. Recientemente, las sentencias del Tribunal Supremo sobre la asignatura de Educación para la Ciudadanía, de 11 de febrero de 2009 afirman con claridad que “ese cometido estatal, debido a la fuerte vinculación existente entre democracia y educación, está referido a toda clase de enseñanza: la pública y la privada.”²⁸⁰

El ideario constitucional tiene especial incidencia en la educación básica y obligatoria que coincide con las fases de mayor desarrollo en la personalidad del sujeto del derecho. Ahora bien, en la legislación también se expresa el alcance del ideario en las educaciones no obligatorias. Así sucede en la regulación de la formación profesional. El ideario constitucional forma parte de la definición misma de la formación profesional de la Ley Orgánica 5/2002 (artículo 9)²⁸¹ y

²⁷⁸ Como se recuerda desde la STC 5/1981, de 13 febrero, recurso a la LOECE, FJ 8: “Dentro del marco de los principios constitucionales, del respeto a los derechos fundamentales, del servicio a la verdad, a las exigencias de la ciencia y a las restantes finalidades necesarias de la educación mencionadas, entre otros lugares, en el artículo 27. 2.º de la Constitución”.

²⁷⁹ Nº 4: “Por ello la escuela privada no puede concebirse como un área de libertad de los particulares frente al Estado, no es «una escuela libre frente al Estado» (sentencia del Bundesverfassungsgericht de 14 de noviembre de 1969); entre ella y la escuela pública hay muchos terrenos comunes, como indica la Constitución en los párrafos 2, 5, 8, 7 y 9 del artículo 27 relativos estos dos últimos a la ayuda o sostenimiento financieros concedidos a centros docentes privados por los poderes públicos.”

²⁸⁰ Sentencias que resuelven los recursos 905/2008, 1013/2008, 948/2008, y 949/2008. En concreto, en la que resuelve el recurso 905/2008, FJ 4º.

²⁸¹ “La formación profesional comprende el conjunto de acciones formativas que capacitan para el desempeño cualificado de las diversas profesiones, el acceso al empleo y la participación activa en la

una de las tres finalidades de la formación profesional del sistema educativo es “contribuir a su desarrollo personal, al ejercicio de una ciudadanía democrática, favoreciendo la inclusión y la cohesión social y el aprendizaje a lo largo de la vida” (art. 2 c) Real Decreto 1147/2011, de 29 de julio, por el que se establece la ordenación general de la formación profesional del sistema educativo).

Aunque no sea tampoco su lugar *natural*²⁸², la normativa universitaria también recibe el ideario constitucional, si bien, de forma más timorata. En la LOU, hay que acudir a la Disposición adicional 24ª. 5º. relativa a los discapacitados para encontrar una referencia expresa. Y en una norma infralegal, el Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, se recoge ampliamente el objeto constitucional de la educación en su artículo 3. 5º.

Cuestión de mayor enjundia resulta es si el ideario educativo del artículo 27. 2º CE puede alcanzar incluso a las enseñanzas no regladas. Así lo afirma parte de la doctrina²⁸³ y, por lo que más interesa, el Tribunal Constitucional. El Alto Tribunal (STC 5/1981) impone el ideario educativo tanto en las enseñanzas no regladas impartidas por centros que sí imparten enseñanzas regladas²⁸⁴, cuanto a los centros que no imparten enseñanzas regladas. El Tribunal también vincula la inspiración positiva –y el alcance negativo- del objeto constitucional al proceso sistemático y continuado de la enseñanza. Se afirma que esta “enseñanza” está sometida a límites más estrictos que los generales de la libertad de expresión²⁸⁵.

vida social, cultural y económica. Incluye las enseñanzas propias de la formación profesional inicial, las acciones de inserción y reinserción laboral de los trabajadores, así como las orientadas a la formación continua en las empresas, que permitan la adquisición y actualización permanente de las competencias profesionales.”

²⁸² En la doctrina se ha dudado el alcance del ideario constitucional para el ámbito universitario. Así, en contra CÁMARA VILLAR (1988 p. 2. 169). A favor, DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 145).

²⁸³ Esta extensión se defiende por CASTILLO CÓRDOVA (2006, P. 190). También defiende su proyección fuera de la enseñanza reglada, así como CÁMARA VILLAR (1988 p. 2. 176). En la doctrina se ha dudado el alcance del ideario constitucional. Así, en contra CÁMARA VILLAR (1988 p. 2. 169).

²⁸⁴ STC 5/1981, (recurso LOECE), FJ 7º por cuanto a las enseñanzas no regladas por centros que imparten enseñanzas regladas, “aunque la libertad de creación de centros docentes –artículo 27. 6º- incluye la posibilidad de crear instituciones docentes o educativas que se sitúan fuera del ámbito de las enseñanzas regladas ... cuando en el ejercicio de esta libertad, se acomete la creación de centros docentes que han de impartir enseñanza regladas [tales centros estarán], insertos por tanto en el sistema educativo” (FJ 7º).

²⁸⁵ FJ 7º: “Aunque la libertad de creación de centros docentes (artículo 27. 6) incluye la posibilidad de crear instituciones docentes o educativas que se sitúan fuera del ámbito de las enseñanzas regladas, la continuidad y sistematicidad de la acción educativa justifica y explica que la libertad de creación de centros docentes como manifestación específica de la libertad de enseñanza haya de moverse en todos los casos dentro de límites más estrechos que los de la pura libertad de expresión. Así, en tanto que ésta (artículo 20. 4 Constitución) está limitada esencialmente por el respecto a los demás derechos

A mi juicio la cuestión es más sensible de lo que pueda parecer. Y es que en razón de tal respeto del objeto constitucional de la educación se pueden imponer límites a cualquier transmisión de ideas y conocimientos, esto es, en cualquier ámbito humano. Por ello, a mi juicio esta proyección restrictiva del objeto constitucional de la educación no debe traspasar en ningún caso el ámbito de la enseñanza como proceso continuado y sistemático de transmisión de valores y conocimientos. Debe criticarse una extensión desmedida del alcance del “ideario constitucional” de la educación a cualquier ámbito. Que es lo que hizo el Tribunal Constitucional respecto del contenido de un cómic en la sentencia 176/1995, FJ 5^o²⁸⁶) pues la proyección negativa de este principio podría debilitar diversos derechos y libertades²⁸⁷.

Considero que el objeto constitucional de la enseñanza goza (art. 27. 2º CE) goza de sobreprotección iusfundamental. Y ello no sucede con artículo 10. 1º CE²⁸⁸. En consecuencia, fuera de los procesos educativos reglados sólo cabe esgrimir el artículo 10. 1º CE, que no constituye ni un derecho fundamental ni un mandato constitucional concreto.

3. 4. EL OBJETO CONSTITUCIONAL DE LA EDUCACIÓN NO CONSAGRA DERECHOS NI AMPARA PRETENSIONES CONCRETAS

Para el Tribunal Constitucional y los tribunales ordinarios, el apartado 2º del artículo 27 CE recoge un principio que no consagra derechos fundamentales.

fundamentales y por la necesidad de proteger a la juventud y a la infancia, el ejercicio de la libertad de creación de centros docentes tienen la limitación adicional, impuesta en el mismo precepto que la consagra, del respeto a los principios constitucionales que, como los del Título Preliminar de la Constitución (libertad, igualdad, justicia, pluralismo, unidad de España, etc.) no consagran derechos fundamentales y la muy importante, derivada del artículo 27. 2 de la Constitución, de que la enseñanza ha de servir determinados valores (principios democráticos de convivencia, etcétera) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva.”

²⁸⁶ Se trata del caso ss= Hitler y se trata de una mera mención unida a la protección de la juventud para apoyar el límite a la libertad de expresión.

²⁸⁷ Piénsese en este sentido estas manifestaciones de aprendizaje son ejercicio mismo del principio general de libertad cuando no de libertades concretas (libertad de expresión, información y comunicación, ejercidas además por asociaciones, sindicatos, organizaciones empresariales, periodistas o simplemente sujetos que se expresan e informan para formar), así como de derechos de la personalidad concretos, como la vida familiar, la intimidad y la inviolabilidad del domicilio. De ahí, que al tratar de enseñanza y educación manifestaciones naturales en un sociedad democrática y, por ende, la imposición de un régimen jurídico de la educación más estricto podría constreñir injustificada y desproporcionadamente estos derechos fundamentales).

²⁸⁸ El art. 10. 1 se halla situado fuera de la Sección 1ª del Capítulo II y no goza, por tanto, de las garantías extraordinarias previstas por el art. 53. 2 de la Constitución de las que sí dispone, en cambio, el art. 27. 2.

Así afirmaba el Tribunal Constitucional que “Dichos principios, por sí solos, no consagran derechos fundamentales”²⁸⁹ y, años más tarde, recalca el artículo 27. 2º CE no reconoce particulares derechos subjetivos²⁹⁰.

En esta dirección, constantemente los tribunales ordinarios han negado que el objeto constitucional de la enseñanza sirva para respaldar pretensiones concretas. Así, los tribunales han excluido el artículo 27. 2º CE para dar cobertura al derecho a recibir la enseñanza en sólo una de las dos lenguas oficiales a elección de los interesados; que un “entorno idiomático forzado” afecte al pleno desarrollo de la personalidad²⁹¹. Se ha negado también que a partir del artículo 27. 2º CE derive un derecho subjetivo a la aceleración de cursos en casos de niños superdotados²⁹². Tampoco el artículo 27. 2º CE ha

²⁸⁹ STC 5/1981, FJ 7º: “el ejercicio de la libertad de creación de centros docentes tiene la limitación adicional, impuesta en el mismo precepto que la consagra, del respeto a los principios constitucionales que, como los del Título Preliminar de la Constitución (libertad, igualdad, justicia, pluralismo, unidad de España, etc.), no consagran derechos fundamentales, y la muy importante, derivada del art. 27. 2 de la Constitución, de que la enseñanza ha de servir determinados valores (principios democráticos de convivencia, etc.) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva”.

²⁹⁰ STC 337/1994, de 23 de diciembre, normalización lingüística de Cataluña, FJ 11º: “Y aun siendo cierto que la enseñanza ha de servir a tales valores o principios [del apartado 2º], según se desprende del propio art. 27 CE y se recoge en el art. 1.1 LOGSE al establecer los fines del sistema educativo, no es menos evidente que dichos principios, por sí solos, «no consagran derechos fundamentales» [STC 5/1981, FJ 7.º]. Pues pese a cumplir una indudable función de inspiración positiva para la totalidad del ordenamiento en un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro (art. 1.1 CE) es claro que tales principios no pueden constituir el cauce para extender ni los concretos «derechos de libertad» que encierra el art. 27 CE ni los específicos deberes que impone -por usar los términos de la STC 86/1987, FJ 3.º-, modificando así el contenido del derecho fundamental a la educación. Por otro lado el precepto responde a los objetivos de promover las condiciones para que la libertad e igualdad sean reales y efectivas (art. 9.2 CE) si se tienen presentes los objetivos que persigue la Ley de Normalización Lingüística en Cataluña y de conformidad con las consideraciones expuestas en el FJ anterior.”

²⁹¹ *Ibidem*, FFJJ 9º, 12º y 21º. En el FJ 9º se afirma que “ni del contenido del derecho constitucional a la educación reconocido en dicho precepto ni tampoco, en particular, de sus apartados 2, 5 y 7 se desprende el derecho a recibir la enseñanza en sólo una de las dos lenguas cooficiales en la Comunidad Autónoma, a elección de los interesados.” Y en el FJ 21º: “Por lo que no cabe entender que el precepto cuestionado sea contrario al derecho de igualdad que la Constitución reconoce ni al mandato de promover las condiciones para que la igualdad sea efectiva (art. 9. 2 CE). Resultado negativo al que también conduce el contraste del precepto cuestionado con el art. 27. 2 CE, ya que no cabe considerar que el uso normal y habitual del catalán en las actividades de los Centros docentes dé lugar a la creación de un «entorno idiomático forzado» y distinto del familiar, que pueda afectar al pleno desarrollo de la personalidad humana como objetivo del derecho constitucional a la educación. Pues basta observar que si el catalán es lengua cooficial en Cataluña y lengua usual en la sociedad catalana, difícilmente cabe imputar al Centro docente, en atención al uso normal y habitual del catalán, la creación de un entorno que no es distinto al de la propia sociedad a la que sirve.”

²⁹² Como se verá, la jurisprudencia al respecto es copiosa, si bien cabe destacar la STS de 1 de junio de 1993 (RJ 1993\4488) que no acepta esta alegación del 27. 2º CE respecto de la denegación de solicitud de dos cursos de adelanto en los estudios de alumno destacado. El Tribunal considera que el interés en la aceleración de los estudios “no se configura como un derecho y mucho menos como un derecho fundamental”

servido para dar cobertura a un derecho a imponer una alternativa de contenido moral a los que no elijan asignatura religiosa²⁹³.

3. 5. ALCANCE Y FISCALIZACIÓN JURÍDICA DEL OBJETO CONSTITUCIONAL DE LA EDUCACIÓN

Que el objeto constitucional de la enseñanza no consagre un derecho subjetivo o dé soporte a pretensiones concretas, no resta que tenga una “indudable función de inspiración positiva para la totalidad del ordenamiento en un Estado social y democrático de Derecho” (STC 337/1994, de 23 diciembre, cuestión de inconstitucionalidad sobre la ley catalana de normalización lingüística, FJ 12º). Recientemente ha señalado la STC 133/2010, de 2 de diciembre que el 27. 2º CE es un “mandato” y un “objetivo, complejo y plural [que] ha de perseguir el legislador y el resto de los poderes públicos a la hora de configurar el sistema de enseñanza dirigido a garantizar el derecho de todos a la educación”. Añade que el “mandato” de la consecución del objetivo del 27. 2º CE es un “principio constitucional” (FJ 7º). Asimismo recuerda con claridad que el objeto constitucional de la educación “constituye, al tiempo, el contenido del derecho a la educación reconocido en el art. 27.1 CE.” (FJ 8º).

Desde la doctrina, se ha dicho respecto del apartado 2º que “los demás apartados del art. 27 que reconocen derechos y libertades son claramente

Más tarde, la STS de 8 febrero 2005 (RJ 2005\919), en su FJ 3º centra la atención en tal alegación del artículo 27. 2º CE y afirma que “principio consagrado en el artículo 27. 2 de la Constitución (la educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana) no es un derecho fundamental, sino un principio general del ordenamiento, del cual, sin otro apoyo legislativo más concreto, no es posible derivar el derecho del alumno D. David, aunque acredite una superdotación intelectual, al adelanto de un curso escolar, cuando dicho adelanto no se encuentra previsto en precepto alguno con rango legal o reglamentario.”

²⁹³ Así, en la STS de 31 de enero de 1997 (RJ 1997\597), con relación al Real Decreto 2438/1994 que regula la enseñanza de la religión por cuanto ofrece como alternativa para los alumnos que no hubieran optado por seguir enseñanza religiosa, unas enseñanzas que no tienen un contenido moral, aconfesional. Se alegaba que en razón del artículo 27. 2º “implica necesariamente que también todos accedan o bien a una formación religiosa o bien a una formación moral aconfesional, sin alguna de las cuales sería difícilmente asumible la idea de un pleno desarrollo de la personalidad humana”. El Tribunal Supremo afirma en su FJ 2º que “nadie [...] está legitimado por la Constitución para imponer a los demás la enseñanza de cualesquiera otras religiones o sistemas morales dependientes de las convicciones o creencias personales, ni desde luego, es titular de un derecho fundamental a que se les imponga a terceros una obligación de tal naturaleza, en el caso de que consideren que el contenido ordinario y obligatorio de la enseñanza es suficiente para atender a las exigencias de conducta y conocimientos morales que quieren para sus hijos.”

instrumentales respecto a lo establecido en el apartado 2º²⁹⁴. Así, el derecho a la educación que lo es a una educación determinada y finalista:

se trata del derecho a recibir una enseñanza en y de democracia y derechos, prestada gratuitamente en su grado básico; del derecho de los padres a recibir una educación adecuada a sus convicciones democráticas y de los derechos y libertades – claro está, siempre que tal comprensión sea constitucionalmente conforme-; del derecho a que la educación en y de democracia y derechos tenga unas garantías de calidad mínimas, así como que el objeto de la educación sea preservado con garantías de igualdad en toda el territorio; del derecho a la escolarización para recibir tal tipo de educación, del derecho a permanecer en los centros para ello; de la interdicción de la arbitrariedad disciplinaria de forma que se preserve el entendimiento de un sistema educativo regido y comandado en la democracia y los derechos y libertades, etc.

Asimismo, cabe tener en cuenta que las libertades de la enseñanza son instrumentos al servicio del derecho a la educación así concebido. La incidencia jurídica del artículo 27. 2º CE es esencialmente negativa en el ámbito de diversas libertades de la enseñanza²⁹⁵. No obstante, más allá de la educación básica y obligatoria debe tener un menor o nulo potencial para limitar otras libertades en juego. Las libertades de la enseñanza son reconocidas para que por medio de su ejercicio se alcance el interés de toda la sociedad en que la educación, ciencia y cultura sean libres y plurales, algo que, a su vez, es preciso para poder lograr una educación basada en el pleno y libre desarrollo de la personalidad del alumno, sustentada en los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales, esto es, la educación que prescribe la Constitución. Estas libertades suponen el reconocimiento a las diversas vías posibles de entender y de alcanzar el objeto prefijado de la educación y la libertad de elegir entre ellos²⁹⁶. Como señala Aláez en razón del apartado 2º del artículo 27 CE las libertades de la enseñanza son “las únicas libertades [...] cuyo ejercicio ha sido constitucionalmente orientado de forma expresa a la realización de unos valores democráticos”²⁹⁷.

El artículo 27. 2º CE es un canon de constitucionalidad fiscalizable jurídicamente y, por tanto, judicializable²⁹⁸, si bien, se afirma con razón que los

²⁹⁴ CÁMARA VILLAR (1988 p. 2. 169-2. 172).

²⁹⁵ GARRIDO FALLA (1980, p. 348). considera que el verdadero efecto jurídico del art. 27. 2 es el de limitar dos libertades expresamente proclamadas en la Constitución, la de enseñanza y la de cátedra (ésta reconocida en el art. 20. 1. c).

²⁹⁶ La tesis instrumental de las libertades educativas se sigue en COTINO HUESO (1998) y desarrollando tal tesis ya en particular respecto de los alumnos en COTINO HUESO (2000 b). pp 99-155.

²⁹⁷ ALÁEZ CORRAL (2006, p. 22).

²⁹⁸ *Ibidem* p. 18.

“procedimientos de examen no implican necesariamente la creación de nuevos órganos judiciales, administrativos o docentes, sino que también podrían confiarse a instituciones nacionales de derechos humanos o a los actuales órganos administrativos.”²⁹⁹ Ahora bien, pese a la posible fiscalización jurídica no puede obviarse, de un lado, una dinámica bastante cautelosa del Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria³⁰⁰, reservándolo para casos de apología o promoción de discriminación, xenofobia o corrupción de menores, por ejemplo. Del otro lado, no hay que desconocer el elevado grado de indeterminación del precepto dificulta derivar contenidos y obligaciones jurídicas concretas a partir del mismo. Asimismo, entre los objetivos de la educación hay una amplia gama de valores, en posible contradicción³⁰¹. Así pues, en la articulación normativa y puesta en práctica queda un amplio margen de elección de los valores y principios a primar y la forma de armonizarlos.

Por cuanto a la inspiración positiva que supone el objeto constitucional de la educación, destaca la mencionada STC 133/2010, de 2 de diciembre por el mandato, principio y objeto del artículo 27. 2º CE justifica la escolarización obligatoria impuesta por el legislador frente a quienes prefieren no seguir la educación reglada. Así, el objetivo del 27. 2º CE “y el mandato de su consecución es el principio constitucional al que sirve la imposición normativa del deber de escolarización en el marco de la enseñanza básica obligatoria” (FJ 7º). Entiende el Alto Tribunal que el objeto constitucional de la educación se logra “más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria,

²⁹⁹ Naciones Unidas-Comité de Derechos del Niño (2001, nº 25).

³⁰⁰ A este respecto, en la muy interesante STS de 30 de octubre (Penal, RJ 1994\8334), el TS subraya que “La intervención del derecho penal debe estar reservada para aquellos supuestos en los que las enseñanzas impartidas difunden ideas contrarias a la convivencia o la tolerancia, hacen apología de la violencia, promueven la discriminación por motivos raciales, religiosos o xenófobos, o favorezcan la prostitución o corrupción de menores”. Más allá de estos tipos, la superioridad axiológica proclamada jurídicamente “debe mantenerse en el plano científico sin olvidar sus ribetes de neto contenido político” (FJº 2). Este tribunal reduce al “cumplimiento de las previsiones mínimas que no son otras que garantizar el respeto a los principios constitucionales” la intervención penal.

FJ 2º “Los Jueces no pueden entrar en el santuario de las creencias personales, salvo cuando los comportamientos externos que tienen su origen en una determinada ideología incidan negativamente sobre bienes jurídicos protegidos. En el marco de las relaciones paternofiliales existe una posibilidad intervencionista por parte del derecho que permite adoptar decisiones correctoras de una relación personal indeseable y perjudicial para los intereses del niño, pero el derecho penal sigue siendo la última línea de actuación y sólo está justificada cuando existe un daño efectivo y real.”

³⁰¹ No obstante, como se ha subrayado, ello impulsa a un “enfoque equilibrado” que obligue al diálogo y el respeto de las diferencias. Al respecto, ver NACIONES UNIDAS-Comité de Derechos del Niño (2001, nº 4).

forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización” obligatoria (FJ 8°).

También por cuanto a la inspiración positiva que supone el ideario constitucional de la enseñanza, hay que tener en cuenta, como especialmente insiste el Comité de Derechos del Niño en su Observación General que interpreta la fijación de objetivos de la educación³⁰², que la consecución de los objetivos fijados se proyecta en todo el proceso educativo, la *vida en derechos y libertades* de unos y otros constituye un medio en sí para alcanzar el objeto educativo. La regulación de los objetivos de la educación “atribuye importancia al proceso educativo mismo para lograr los objetivos, procesos de enseñanza, los métodos pedagógicos y el marco en el que se imparte la educación.”³⁰³ De ahí que el ideario educativo puede justificar las medidas disciplinarias³⁰⁴. Al tiempo, el objeto constitucional de la enseñanza limita rigurosamente la disciplina³⁰⁵. Asimismo, implica también el deber jurídico de promover la participación del niño en la vida escolar³⁰⁶. De otra parte, el artículo 27. 2° CE también refuerza la prohibición de adoctrinamiento y manipulación sectaria en la enseñanza³⁰⁷, en su caso también contraria a la libertad ideológica. De este modo, la proyección del objeto constitucional de la educación en el proceso educativo es determinante de todo el régimen jurídico mismo de la enseñanza y sus actores.

3. 6. EL PASO A LA POLÉMICA ASIGNATURA “EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA”

³⁰² NACIONES UNIDAS-Comité de Derechos del Niño (2001).

³⁰³ *Ibidem*, nº 8.

³⁰⁴ La STS, de 7 marzo de 2002 (RJ 2002\5077) frente al recurrente que consideraba que la sanción impuesta, al impedirle continuar su formación docente, afectaba al al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la educación, considera en su FJ 4°: “Ha de señalarse, asimismo, que el precepto constitucional invocado, según el cual la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana, no abarca solamente la posibilidad de cursar asignaturas, sino también el aprendizaje de unas conductas de convivencia y de respeto a las normas establecidas, frente a cuyo desconocimiento son posibles reacciones sancionadoras como la sufrida por el recurrente. ”

³⁰⁵ Así, Observación General n. ° 1 del Comité de Derechos del Niño, nº 8. Entre otras, la STEDH Valsamis contra Grecia de 18 diciembre 1996 tiene en cuenta que la aplicación de sanciones disciplinarias constituye uno de los procedimientos por los que la escuela se esfuerza en alcanzar la finalidad para la que se le ha creado, incluido el desarrollo y la formación del carácter y el espíritu de los alumnos. Sobre el ámbito disciplinario se volverá *infra*: “Aplicación del régimen disciplinario y régimen de deberes del alumno”.

³⁰⁶ Así, Observación General n. ° 1 del Comité de Derechos del Niño, nº 8.

³⁰⁷ BARNES VÁZQUEZ (1984, p. 44) El artículo 27. 2° CE “impide la enseñanza sectaria, desprovista del razonamiento científico que debe acompañarla, expresión de bandería política y no de manifestación docente y, por todo ello, contraía al mandato constitucional de respeto al libre desarrollo de la personalidad. ”

Aunque quizá con menor incidencia, el objetivo de la educación también se traslada a los contenidos educativos mismos, por lo general de un modo transversal. No obstante, no se excluye la enseñanza explícita de los valores democráticos y los derechos humanos. Se ha afirmado que derivan obligaciones jurídicas concretas por cuanto a los planes de estudio, debiendo haber sistemas transparentes para “comprobar si la educación se orienta o no realmente a los objetivos educativos”³⁰⁸. Esta faceta cuenta con amplio respaldo en el ámbito internacional, del que derivan importantes documentos de referencia pedagógica a los que *supra* se ha hecho mención. Muy recientemente el Tribunal Supremo ha subrayado que se trata de un claro mandato al Estado:

“esa intervención [obligada del Estado] tiene como fin no sólo asegurar la transmisión del conocimiento del entramado institucional del Estado, sino también ofrecer una instrucción o información sobre los valores necesarios para el buen funcionamiento del sistema democrático.”³⁰⁹

A este respecto, se afirma internacionalmente que es precisa una “modificación fundamental de los programas de estudios, a fin de incorporar los diversos propósitos de la educación, y una revisión sistemática de los libros de texto y otros materiales y tecnologías docentes, así como de las políticas escolares.”³¹⁰ Del lado contrario, se señala, también acertadamente, que son “claramente insuficientes las soluciones que se limitan a superponer los propósitos y valores del artículo al sistema actual, sin fomentar transformaciones más profundas.” (como la mera afirmación retórica en las normas)³¹¹.

Y es que hasta fechas recientes la trascendencia del objeto constitucional de la educación se ha traducido en muy abundantes las referencias sin función normativa ya como “fines”, “principios” o “derechos”. En efecto, la referencia al objeto de la educación es una constante que va desde las leyes orgánicas a los desarrollos autonómicos curriculares y sectoriales de cada tipo de enseñanza. Entre las referencias más importantes en la LODE cabe remitir al artículo 2

³⁰⁸ NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 b, n° 49).

³⁰⁹ Así, en SSTs sobre la asignatura de Educación para la Ciudadanía, de 11 de febrero de 2009, que resuelven los recursos 905/2008, 1013/2008, 948/2008, y 949/2008. En concreto, en la que resuelve el recurso 905/2008, FJ 4°.

³¹⁰ Naciones Unidas-Comité de Derechos del Niño (2001, n° 18)

³¹¹ *Idem*.

(fines), al artículo 3 al determinar el ejercicio de la libertad de cátedra³¹² o al artículo 6 (Todos los alumnos tienen el derecho y el deber de conocer la Constitución Española y el respectivo Estatuto de Autonomía, con el fin de formarse en los valores y principios reconocidos en ellos), así como derecho “A recibir una formación integral que contribuya al pleno desarrollo de su personalidad.” En la más reciente LOE se integra también lo expresado en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Ahí constan muy desarrollados como “Principios” (artículo 1, letras b, c, k y l) y también como “fines” (art. 2). Tras la proclamación general estos principios y fines se desarrollan y se concretan en cada nivel de educación: infantil (arts. 12 y 13); primaria (arts. 17 y 19), ESO (arts. 22. 2º, 23 letras a, c y d), y por cursos: 24. 3º, 25); Bachillerato (arts. 32 y 33); formación profesional (arts. 39 y 40). Se hace referencia al objeto en los programas específicos para padres o tutores de alumnado que se incorpora tardíamente al sistema educativo (art. 79. 3º). También se proyectan en el proyecto educativo de los centros (arts. 120, 121 y 124) y de forma particular en referencia a los Libros de texto y demás materiales curriculares (Disp. Ad. 4ª). El fenómeno de la amplia proyección del objeto constitucional de la educación en la normativa no es, ni mucho menos, ajeno a la normativa autonómica.

Estas proclamaciones genéricas han sido y son habituales en las normas educativas. Sin embargo, las normas que imponían de forma más concreta un tipo de contenidos de enseñanza para el logro del objeto educativo eran obsoletas o desconocidas. Destaca en este sentido la Ley 19/1979, de 3 de octubre, por la que se regula el conocimiento del ordenamiento constitucional en bachillerato y formación profesional de primer grado. Se trata de una ley que curiosamente fue rebajada a rango reglamentario con la LOGSE y que hoy día puede entenderse derogada, pues la LOE derogó a la LOGSE. Habiendo sido tradicionalmente ignorada, poco importa el debate sobre su vigencia.

Tras la dictadura quizá fuese la solución menos problemática eludir la enseñanza *del* objeto constitucional de la educación. De este modo no se herían sensibilidades y heridas entonces tan recientes. Lo cierto es que la educación *de* los valores democráticos y derechos humanos genera particulares conflictos por cuanto a la libertad ideológica y religiosa de alumnos y padres así como la neutralidad estatal. El claro ejemplo se da en la actualidad en España con la asignatura de la “Educación para la ciudadanía”, asignatura introducida por la

³¹² Artículo 3: “Los profesores, en el marco de la Constitución, tienen garantizada la libertad de cátedra. Su ejercicio se orientará a la realización de los fines educativos, de conformidad con los principios establecidos en esta Ley. ”

LOE. Los contenidos de esta nueva asignatura entroncan, pero también van más allá, de los requeridos por el objeto constitucional de la enseñanza³¹³.

Al respecto de esta asignatura, el Tribunal Supremo en 2009 ha sostenido que es posible informar y también promover la adhesión a “los valores que constituyen el sustrato moral del sistema constitucional y aparecen recogidos en normas jurídicas vinculantes, representadas principalmente por las que reconocen los derechos fundamentales.” Otros valores, en razón de la neutralidad estatal “deberán ser expuestos de manera rigurosamente objetiva, con la exclusiva finalidad de instruir o informar sobre el pluralismo realmente existente en la sociedad”. En todo caso y respecto de estos otros valores el Tribunal Supremo señala que también es “lícito fomentar sentimientos y actitudes que favorezcan su vivencia práctica”, eso sí, “con neutralidad y sin adoctrinamiento”³¹⁴.

Así las cosas, la existencia de esta asignatura no está impuesta constitucionalmente en razón del artículo 27. 2º CE, pero no sólo está permitida, sino que puede considerarse como constitucionalmente idónea como medio de lograr el objeto constitucional de la enseñanza. El problema, como capta con acierto el Tribunal Supremo, estriba en la determinación concreta de los contenidos y de los manuales por las Administraciones y centros docentes y, especialmente, en la profesionalidad de los docentes para no caer en el referido adoctrinamiento. Y a ellos debe confiarse la sociedad pues lo cierto es que es difícil fáctica y jurídicamente controlar su actividad real en la impartición de esta –u otras- asignaturas. En todo caso, en aplicación de la doctrina reiterada del Tribunal Supremo en algún supuesto ya se ha afirmado el “carácter adoctrinador”³¹⁵ de un manual de la asignatura³¹⁶ o de un currículo aprobado por una Administración autonómica³¹⁷.

³¹³ En la doctrina con disparidades, CÁMARA VILLAR (2007b), ROLLNERT LIERN (2008), GÓMEZ SÁNCHEZ (2008), EMBID IRUJO (2008), DÍEZ-PICAZO (2009) y ALÁEZ CORRAL (2009).

³¹⁴ SSTS de 11 de febrero de 2009, en concreto recurso 905/2008, FJ 6º.

³¹⁵ Destaca en este sentido la sentencia de 15 de octubre de 2010 del TSJ-Andalucía en el recurso 368/2009, respecto de la solicitud de un padre para que su hijo no asistiera a clase ni fuese evaluado en razón del libro de texto con el que se impartía la asignatura por su carácter adoctrinador. En el FJ 5º se determina la noción de “adoctrinador”: explicar doctrinas como únicas, sin mencionar otras o señalando una como la correcta; exponer de forma no objetiva o se promoviendo la adhesión hacia acciones controvertidas concretas, presionando para captar voluntades o cuando se inculcan, también indirectamente, puntos de vista morales controvertidos en la sociedad.

³¹⁶ La sentencia referida en nota anterior sobre los presupuestos de lo que es adoctrinamiento analiza concretamente el texto de cada unidad temática del libro para, como conclusión (FJ 9º), entender que en conjunto vulnera los derechos alegados por tener visiones parciales en temas fundamentales, por restringir los temas expuestos a unos limitados, por dar una “visión parcial del ser humano” y una lectura

4. NATURALEZA, ESTRUCTURA, EXIGIBILIDAD Y CONTENIDO DEL DERECHO Y DEBER DE LA EDUCACIÓN

4. 1. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN COMO DERECHO SUBJETIVO FUNDAMENTAL PRESTACIONAL

4. 1. 1. El derecho a la educación debe centrarse en el derecho a recibir una educación

El “derecho a la educación”, como descriptor omnicomprendivo de todo el sistema educativo constitucional (STC 86/1985)³¹⁸ incluye tanto el derecho a la educación cuanto la libertad de enseñanza. Es un complejo normativo protegido a través de diversas técnicas normativas (derechos de prestación, de libertad, garantías institucionales, así como mandatos y garantías de organización y procedimiento³¹⁹, dirigidas a los poderes públicos apartados 5, 7, 8 y 9) orientado a garantizar su objeto, una esfera vital, su formación como ciudadano en un Estado social y democrático de derecho³²⁰.

sesgada de la historia. Se entiende que ataca a la religión católica y que inculcar una ideología, la de género. Asimismo, se censura la marginación de la familia -tradicional- en el proceso educativo.

³¹⁷ Sentencia de 14 de enero de 2010, TSJ Castilla -León, (recurso 2789/2010) centrada en la cuestión de la ideología de género respecto de los contenidos curriculares concretamente aprobados por la Administración.

³¹⁸ Así lo ha señalado el Tribunal Constitucional: dada “la estrecha conexión de todos estos preceptos, [los contenidos en el artículo 27 CE] derivada de la unidad de su objeto, autoriza a hablar, sin duda, en términos genéricos, como denotación conjunta de todos ellos, del derecho a la educación, o incluso del derecho de todos a la educación, utilizando como expresión omnicomprendiva la que el mencionado artículo emplea como fórmula liminar” (STC 86/1985, de 10 julio, caso Ordenes del MEC sobre régimen de subvenciones a Centros docentes privados, FJ 3º).

En el mismo sentido DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, pp. 17-18, nota 16). DÍAZ REVORIO (2002 a, p. 23).

³¹⁹ STC 86/1985, de 10 julio, caso Ordenes del MEC sobre régimen de subvenciones a Centros docentes privados, FJ 3º: “mientras algunos de ellos consagran derechos de libertad (así, por ejemplo, apartados 1, 3 y 6), otros imponen deberes (así, por ejemplo, obligatoriedad de la enseñanza básica, apartado 4), garantizan instituciones (apartado 10), o derechos de prestación (así, por ejemplo, la gratuidad de la enseñanza básica, apartado 3) o atribuyen, en relación con ello, competencias a los poderes públicos (así, por ejemplo, apartado 8), o imponen mandatos al legislador.”

³²⁰ ALÁEZ CORRAL (2006, p. 4).

Pero con acierto el artículo 27 CE distingue entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza³²¹ y considero que el derecho a educar puede ubicarse en el ámbito de la libertad de enseñanza³²² y así reservarse el derecho a la educación para el derecho a recibir la educación³²³. En este sentido más estricto y apropiado, el derecho a la educación es más derecho de prestación³²⁴ y el de educar, más de libertad. Así se desprende de lo afirmado por el Tribunal Constitucional; después de señalar que el artículo 27 consagra “derechos de libertad (así, por ejemplo, apartados 1, 3 y 5), añade que:

“El derecho de todos a la educación [...] junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4.º de este artículo 27 de la norma fundamental.”³²⁵

También por ello se dice que el derecho a la educación queda más vinculado a la igualdad y la libertad de enseñanza a la libertad³²⁶.

³²¹ El no reconocimiento conjunto del derecho a la educación y la libertad de enseñanza en nuestro país, aun remediado por la interpretación vía tratados internacionales hubiera generado tensiones políticas innecesarias a través de vías interpretativas. De otra parte, se coincide en que no es incongruente el reconocimiento conjunto del derecho a la educación al tiempo que la libertad de enseñanza, postulándose cierto binomio igualdad-libertad en al educación.

A favor de este reconocimiento conjunto, GARRIDO FALLA (1980, p. 545). FERNÁNDEZ SEGADO (1992, p. 342). BARNES VÁZQUEZ (1984, p. 37). MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ (1979, p. 240).

³²² Las dos perspectivas del derecho a ser educado y la del derecho a educar las refleja MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ (1979, p. 234). Bajo el entendimiento de un componente de la libertad de enseñanza, y en este sentido, se considera derecho de libertad por FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO (1996), se sigue por la 2ª ed. , pp. 171-172.

³²³ En esta línea, por ejemplo, la STS de 12 mayo 2003, (RJ 2003\4735) sobre la huelga de profesorado de la Universidad SEK y los servicios mínimos, donde se afirma (FJ 7º): “La fijación de servicios mínimos en una huelga que afecte a la Universidad no está enderezada a preservar la libertad académica, sino el derecho a la educación. Y la razón de ello es que dichos servicios mínimos no determinarán los contenidos de esas actividades docentes e investigadoras, ni la forma en que habrán de ser desarrolladas, sino la parcela de dichas actividades que no podrá ser suspendida o paralizada para que no quede lesionado el derecho a la educación”.

³²⁴ En este sentido, SÁNCHEZ DE VEGA (2004, p. 5).

³²⁵ STC 86/1985, de 10 julio, caso Ordenes del MEC sobre régimen de subvenciones a Centros docentes privados, FJ 3º Como más tarde se expone, el derecho a la educación en sentido estricto también incorpora una dimensión de libertad, menos relevante.

³²⁶ FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO (1996), se sigue por la 2ª ed. , p. 160.

4. 1. 2. Un derecho subjetivo, fundamental y prestacional que entraña el derecho a una “acción positiva”

El “derecho a la educación”, fórmula empleada en los apartados 1º y 5º, se ha constitucionalizado indiscutiblemente como un derecho subjetivo. En este sentido cabe recordar que un derecho subjetivo es un “poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo”³²⁷ “cuyo no reconocimiento le ocasiona a su titular un daño inminente sin justificación jurídica”³²⁸. Como señala García de Enterría “se trata de situaciones de intereses evidentemente privados en servicio de los cuales el ordenamiento confiere un poder a favor de su titular, con el cual puede imponer a la Administración una conducta (prestación, abstención, deber)”³²⁹.

Además de derecho subjetivo, nos encontramos ante un “derecho público subjetivo de prestación”³³⁰, un “derecho de carácter social”³³¹; un “derecho social básico”³³². Se trata de un derecho subjetivo³³³ con una principal “dimensión prestacional, por lo que los poderes públicos deben procurar su efectividad”³³⁴. Es un derecho de compleja estructura³³⁵ al aunarse su naturaleza

³²⁷ MAURER (1994, p. 141). se sigue por ARANGO (2005, p. 20). Ahora en MAURER, H. (2011).

³²⁸ ARANGO (2005, p. 56 y p. 298). p. 56. Concluye que “Los derechos subjetivos pueden concebirse como posiciones jurídicas cuyo no reconocimiento le ocasiona a su titular un daño inminente sin justificación jurídica” la posición jurídica se fundamenta en razones jurídicas válidas, la norma y la obligación no es suficiente. Lo que cuenta como razón jurídica depende de argumentación jurídica” (p. 56). Así como “Un derecho subjetivo es la posición normativa de un sujeto para la que es posible dar razones válidas y suficientes, y cuyo no reconocimiento injustificado le ocasiona un daño inminente al sujeto.” (p. 298).

³²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2006, p. 35).

³³⁰ FERNÁNDEZ-MIRANDA (1988, pp. 36-37) y CASTILLO CÓRDOVA (2006, pp. 156 y 238).

³³¹ Preámbulo de la LOGSE.

³³² Así en el Preámbulo del ya derogado Real Decreto 299/1996, de ordenación de las acciones dirigidas a la compensación de desigualdades en educación.

³³³ Se sigue derecho subjetivo como “poder legal reconocido a un sujeto por medio de una norma legal, para la persecución de intereses propios mediante la exigencia a otro de hacer, permitir u omitir algo”, MAURER (1994, p. 141), sigo por ARANGO (2005, p. 20).

³³⁴ STC 86/1985, de 10 julio, caso Ordenes del MEC sobre régimen de subvenciones a Centros docentes privados, FJ 3º.

³³⁵ Derecho complejo dice CRUZ MIÑAMBRES, J. E. , *El derecho fundamental a la educación*, Universidad Complutense, Madrid, 1988, p. 73, cito por DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 18). Como señala SÁNCHEZ FERRIZ y JIMENA QUESADA(1995, p. 62): “con el reconocimiento como fundamental del derecho a la educación, con el máximo nivel de protección y exigibilidad, se plantea un problema poco frecuente, por cuanto los derechos sociales suelen reconocerse en un nivel constitucional inferior y su efectividad está mediatizada por la regulación legal por tratarse de derechos que se configuran por obra del legislador.”

prestacional y su condición de derecho fundamental con las máximas garantías. Y no fue un lapsus³³⁶, ni una imprudencia³³⁷. Y se reconoce el derecho sin reserva pese a esta singular naturaleza prestacional³³⁸.

Ya se puede adelantar que el derecho a la educación va más allá de la educación básica. Frente a lo sostenido por algunos autores –erróneamente– de que su dimensión prestacional se reduce únicamente al apartado 4º del artículo 27 CE³³⁹, el derecho a la educación sólo empieza –pero en modo alguno acaba– con el acceso a la educación³⁴⁰.

Del “derecho a la educación” se deriva el correlato de la obligación Estatal³⁴¹ a una “acción positiva fáctica”³⁴² para lograr tal efectividad exigible

³³⁶ “[N]o es, como pretenden algunos, un simple ‘lapsus’ del constituyente sin relevancia practica”, señalan DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 43). p. 43, y en este sentido remiten a una referencia de Prieto de Pedro.

³³⁷ Fernández Miranda subraya que en modo alguno ello es una “imprudencia” del constituyente, puesto que hay una organización existente, FERNÁNDEZ-MIRANDA (1988, pp. 36-37).

³³⁸ SÁNCHEZ FERRIZ y JIMENA QUESADA (1995, p. 62): “Y se ha hecho [reconocido este derecho prestacional] sin que el constituyente parara mientes en que proteger un derecho social, como es el de educación, sin hacer ningún tipo de reserva que salve la responsabilidad de los poderes públicos, en supuestas situaciones de crisis económica, es como haber predeterminado una política presupuestaria en la que la prioridad de la educación sobre otras partidas no parece admitir discusión.”

³³⁹ Viene a considerar que es el único componente prestacional aplicable MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ (1979, p. 242). La referencia a la directa aplicabilidad del apartado 4º, FERNÁNDEZ-MIRANDA (1988, p. 50). CASTILLO CÓRDOVA (2006, pp. 246 y 247). El autor considera el artículo 27. 4º como único derecho subjetivo exigible: “Primero, debe tratarse de normas constitucionales que encierran prestaciones cuya configuración mínima necesaria para ser exigible se desprenda del propio texto constitucional, y que, por tanto, no requieran de posterior desarrollo legislativo para obligar al poder público a dispensarlas. Y segundo, que se trate de prestaciones cuya naturaleza no impide su exigibilidad inmediata, es decir, que se traten de prestaciones cuya satisfacción por parte del poder público no dependa de la disponibilidad e recursos por parte del Estado.” (p. 246); “pienso que sólo el apartado 4 del referido artículo constitucional cumple con las características requeridas para ser considerado como directamente aplicable y por tanto, directamente exigible ante los tribunales” (p. 247).

³⁴⁰ Destaca en este sentido PÉREZ MURCIA (2004, pp. 23 y 29, con referencias a las sentencias T-402-92 y T-337-95 de la Corte Constitucional colombiana).

³⁴¹ Sobre el correlato de derechos subjetivos y las obligaciones del Estado, ARANGO (2005, p. 23). Pese a la superación de tal correlato, considero que en razón del sistema jurídico administrativo español basado en la existencia de un interés legítimo y no en el derecho subjetivo, sí que puede afirmarse tal correlato obligación del Estado. En este sentido, sigo a GARCÍA DE ENTERRÍA. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2006, pp. 45-46): “Es, sencillamente dicho, ya desde ahora, el otorgamiento de un específico derecho subjetivo posibilidad atribuida al individuo de poner en movimiento una norma objetiva en su propio interés [...]hay en el tema que estamos estudiando un fenómeno de verdaderos derechos subjetivos y no de nada “objetivo” o de situaciones jurídicas extrañas o atípicas”.

Se sigue también, ABRAMOVICH y COURTIS (2002) y ABRAMOVICH (2004). Este trabajo supone las conclusiones de ABRAMOVICH y COURTIS (2002). PISARELLO (2007)

³⁴² ARANGO (2005, pp. 55 y ss. y respecto de la estructura derechos sociales, 110 y ss.). Abramovich, respecto de la estructura de los derechos efectúa una inteligente maniobra, puesto que describe la estructura de los derechos civiles clásicos, para equipararla a la de los derechos prestacionales. Se trata de derechos a acciones positivas *normativas*, esto es, obligaciones de *establecer*

por el titular del derecho. Esta acción fáctica estatal puede consistir en actos de naturaleza normativa, normas de organización, de procedimientos, que permitan programar, crear, ordenar, controlar y financiar un sistema público educativo³⁴³. Como todo derecho fundamental implica la obligación de respetar - evitar las medidas que obstaculicen o impidan el disfrute del derecho a la educación-, proteger - eviten que el derecho a la educación sea obstaculizado por terceros- y cumplir, esta última implica facilitar (cada vez que un individuo o grupo no puede, por razones ajenas a su voluntad, poner en práctica el derecho por sí mismo) y proveer (adopten medidas positivas que permitan a individuos y comunidades disfrutar del derecho)³⁴⁴.

Siguiendo el claro esquema internacional del artículo 2 PIDESC, las obligaciones básicas se circunscriben al compromiso de satisfacer, al “adoptar medidas [...] por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas” (legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otra índole para promover el pleno ejercicio de estos derechos), “para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos” “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. De igual modo, las obligaciones se traducen en la de respetar (abstenerse de injerirse en el goce del derecho), proteger y garantizar, cumplir. Las obligaciones del tratado “contiene[n] elementos de la obligación de comportamiento y de la obligación de resultado. La obligación de *comportamiento* exige la adopción de medidas razonables concebidas para hacer efectivo el goce de un derecho concreto. [...] La obligación de *resultado* exige de los Estados que consigan objetivos concretos en armonía con una norma sustantiva detallada.”³⁴⁵ Obviamente, se reconoce un margen de discreción –como con todos los derechos fundamentales- para

algún tipo de regulación que conceda relevancia a una situación determinada u organice una estructura para la prestación (los “derechos a actos estatales de imposición de norma”. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, pp. . 194-195). También, la acción normativa puede ser que el Estado limite o restrinja las facultades de las personas privadas, o les imponga obligaciones.

La obligación que implica el derecho también puede ir más allá de lo propiamente normativo, implicando la transferencia de fondos, o la acción de provisión de servicios a la población en forma exclusiva o con formas de cobertura mixta. Ello deriva en la organización de un servicio público, provisión de cargos, oferta de programas, fórmulas de cobertura, gestión de créditos, entrega de subsidios, realización de obras públicas, el otorgamiento de beneficios o exenciones impositivas.

En especial, ESCOBAR ROCA (2008 y 2011). ABRAMOVICH (2004).

³⁴³ Es un derecho prestacional por el que los poderes públicos quedan obligados a crear, ordenar, controlar y financiar un sistema público educativo. Genera, pues, la facultad de reclamar a los poderes públicos una determinada actuación y en éstos el deber positivo de actuar de manera que el titular pueda recibir la educación deseada”. Así, MARTÍNEZ DE PISÓN (2003, p. 128). MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ (1979, p. 235).

³⁴⁴ Se dan tres tipos o niveles: respetar, de proteger y de cumplir (facilitar y proveer). Así, NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 b, n° 46-47).

³⁴⁵ Directrices de Maastricht sobre Violaciones de los DESC, cit. , n° 7.

seleccionar los medios que les permitirán cumplir con sus obligaciones respectivas, si bien, “incumbe al Estado demostrar que está realizando progresos apreciables hacia la plena efectividad de los derechos mencionados”³⁴⁶. Asimismo, como se concretará, la referencia la progresividad nunca puede ser un pretexto para el incumplimiento, sino todo lo contrario.

Que el objetivo del derecho a la educación pueda alcanzarse por diversos medios no implica que ante la inactividad o la ineffectividad del derecho que la Constitución protege no pueda reaccionarse por el sujeto³⁴⁷. Aunque no sea siempre sencillo, sí será posible inferir jurídicamente cuándo el derecho ha sido lesionado, en especial al observar las consecuencias del incumplimiento³⁴⁸.

4. 1. 3. El contenido del derecho a la educación y la necesaria interposición normativa para hacerlo efectivo

Para el TEDH, el derecho a la educación “por su misma naturaleza exige una regulación por parte del Estado, regulación que puede variar en el espacio y en el tiempo según las necesidades y recursos de la comunidad y de las personas. No hay ni que decir que tal regulación nunca debe dañar la sustancia del derecho a la educación ni entrar en conflicto con otros derechos garantizados por el Convenio”³⁴⁹. Incluso se ha afirmado que “No hay duda de que el derecho a la educación garantiza el acceso a la educación elemental que es de primordial importancia para el desarrollo del niño.”³⁵⁰. El TEDH presupone un contenido del derecho a la educación en su control de vulneración del derecho. Y también parte de la necesaria interposición legislativa para así analizar si “a sus hijos se les ha negado efectivamente el derecho a la instrucción”³⁵¹.

³⁴⁶ *Ibidem*, n° 8.

³⁴⁷ ARANGO (2005, p. 111).

³⁴⁸ *Ibidem* (2005, p. 129). Como afirma este autor para los derechos sociales el “derecho subjetivo se torna reconocible debido a las consecuencias de su no reconocimiento.” “la prueba de que una oposición jurídica es objetivamente reconocible y debe ser reconocida, radica en que cuando ésta no lo es, se vulnera por lo menos una norma jurídica. El derecho subjetivo se torna reconocible debido a las consecuencias de su no reconocimiento.”

³⁴⁹ STEDH asunto relativo a algunos aspectos del régimen lingüístico belga en la enseñanza, de 23 de junio de 1968, n° 5. Reiterado en STEDH, asunto Mürsel Eren contra Turquía de 7 febrero 2006, n° 44.

³⁵⁰ STEDH, asunto Timishev contra Rusia, de 13 diciembre 2005, apartado 64 in fine.

³⁵¹ STEDH, asunto Coster contra el Reino Unido, de 18 enero 2001. Apartados 134 y ss. En el 135 se afirma que los recurrentes “Alegan que la negativa a autorizarles vivir en su terreno tuvo como consecuencia impedir que sus hijos gozaran del beneficio de una enseñanza satisfactoria. Sus hijos mayores no volvieron a la escuela después de que abandonaran su terreno.”

El derecho a la educación no es el derecho de acceso en cualquier centro privado –o público-, sino que queda sometido a las condiciones y regulación del servicio³⁵². Como el Tribunal Constitucional afirma “la educación constituye, en términos generales, una actividad reglada”³⁵³. Y el alto tribunal afirma que el desarrollo de este derecho, por su naturaleza prestacional, con necesaria colaboración del legislador orgánico, ordinario y reglamentario en la “ordenación del ámbito institucional que se ha de dar cuando se trata de derechos prestacionales o de participación”³⁵⁴. Como se adelantó, para garantizar este derecho fundamental, la prestación educativa se ha configurado legalmente como servicio público al que se accede y cuyas reglas cabe someterse. La STSJ Castilla-La Mancha, de 3 octubre núm. 94/2002 (JUR 2003\17498), señala que aunque la educación sea un derecho, es a la vez un servicio público, y una vez accedido al mismo el usuario ha de sujetarse a la forma de prestación que los poderes públicos establezcan (así, SSTC 86/1985 y 195/1989), siempre a salvo la defensa frente a la arbitrariedad en la aplicación del mismo, arbitrariedad que, en cualquier caso, no consta que concurra en el de autos.

En el 137º, se afirma “El Tribunal observa que los dos primeros hijos de los demandantes, que tienen ahora más de 16 años, dejaron la escuela y comenzaron a trabajar y que los menores frecuentan la escuela próxima a su domicilio. Constata que los demandantes no han probado su motivo de queja según el cual a sus hijos se les ha negado efectivamente el derecho a la instrucción debido a las medidas de ordenación denunciadas.”

³⁵² STC 86/1985, de 10 julio, caso Ordenes del MEC sobre régimen de subvenciones a Centros docentes privados, FJ 4º, excluye del derecho a la elección de la enseñanza y de la gratuidad de la enseñanza básica “el derecho a la gratuidad educativa en cualesquiera Centros privados, porque los recursos públicos no han de acudir, incondicionadamente, allá donde vayan las preferencias individuales.”

³⁵³ Como recuerda la STC 134/1997, de 17 julio, FJ 3º, la STC 337/1994, de 23 de diciembre, normalización lingüística de Cataluña, “ha declarado que el derecho de todos a la educación se ejerce en el marco de un sistema educativo en el que los poderes públicos [...] determinan los currículos de los distintos niveles, etapas, ciclos y grados de enseñanza, las enseñanzas mínimas y las concretas áreas o materias objeto de aprendizaje, organizando asimismo su desarrollo en los distintos Centros docentes; por lo que la educación constituye, en términos generales, una actividad reglada.”

³⁵⁴ STC 137/1986, de 6 noviembre (caso Ikastolas), FJ 3º, con relación al artículo 27. 7º CE afirma “Cuando no se está ante derechos de libertad, sino prestaciones o de participación -, el «desarrollo» de los derechos es también, inevitablemente, ordenación del ámbito institucional o vital en el que los derechos han de existir”, habiéndose de flexibilizar la reserva de la ley orgánica y siendo un lugar propicio para las llamadas “materias conexas” y la colaboración normativa”.

“Existen casos, cuando se trata de la reserva para el «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas», en que, por lo demás, tal tipo de remisión será difícil de obviar. Cuando no se está ante derechos de libertad, sino prestaciones o de participación -de este último carácter son los enunciados en el art. 27. 7 de la constitución-, el «desarrollo» de los derechos es también, inevitablemente, ordenación del ámbito institucional o vital en el que los derechos han de existir y puede no acomodarse a los criterios de política legislativa que se consideren atendibles la plena integración de todas estas normaciones en el texto que adquirirá la especial rigidez de la Ley orgánica. En estos términos, la opción del legislador orgánico en favor de la remisión al ordinario puede ser -confirmándose, así también, que la separación de círculos competenciales no puede ser absoluta- una técnica sustitutiva de la igualmente constitucional consistente en la inclusión en la propia Ley Orgánica de normaciones ajenas ya al ámbito reservado («materias conexas»).”

Con relación a las diversas remisiones a la ley del artículo 27 (apartados 5º, 7, 8 y 9), el Tribunal Supremo³⁵⁵ incide en que el derecho a la educación no es el “sistema educativo” a través del cual se logra, siendo que “su configuración corresponde a la Ley”, sin que se trate del contenido subjetivo iusfundamentalmente protegido³⁵⁶. También interesa recordar con el Tribunal Supremo que, al tratarse de un servicio público, se ha considerado una obligación cuyo desconocimiento vulnera el artículo 27 CE llevar a cabo efectivamente el desarrollo normativo, el cual es exigible. Se ha afirmado en este sentido “el deber de adoptar decisión sobre aquellos aspectos que directamente contribuyen a configurar y definir el servicio”³⁵⁷.

Ahora bien, en principio no hay un derecho subjetivo a la acción normativa en sí, sino que ésta persiga –y logre efectivamente - el bien objeto del derecho – la educación-.³⁵⁸ Y la inacción es fiscalizable en el ordenamiento jurídico administrativo. Como afirma la Corte Constitucional colombiana “el hecho de que la efectividad de un derecho dependa de una cierta prestación del Estado no determina el carácter simplemente programático de dicho derecho y, por lo tanto, no necesariamente hace depender su eficacia de la intervención legislativa o administrativa encaminada a llevar a cabo la prestación mencionada”³⁵⁹.

Al respecto de la naturaleza prestacional del derecho a la educación destaca la pionera y discutible STS de 9 de mayo de 2011³⁶⁰ que revoca la –también interesante- sentencia n° 1608, del TSJ-Comunidad Valenciana, de 4 de diciembre de 2009. El TS estima el recurso presentado por dos padres de niños autistas del colegio público 'Tomás de Montañana', de Valencia, que se creó en

³⁵⁵ STS de 19 julio 2002 (RJ 2002\8006): “Por tanto, una cosa es el derecho a la educación y otra el sistema educativo a través del cual ha de ser atendido y satisfecho, y en el que, entre otros aspectos, se han de determinar el ritmo y las secuencias que ha de tener la actividad educativa. Y ha de subrayarse también que ese sistema educativo no está predefinido en la Constitución, sino que su configuración corresponde a la Ley. ”

³⁵⁶ De este modo, excluye que en la cuestión de aceleración de cursos esté en juego el derecho fundamental, sino que es cuestión de legalidad ordinaria.

³⁵⁷ La STS de 24 marzo 1997 (RJ 1997\2447) anula una Orden sobre órganos de gobierno de centros concertados por omitir en su articulado la regulación del procedimiento a seguir para la elección de tales órganos, en especial del Consejo Escolar del Centro. Se considera –FJ 2º- que “El procedimiento de que se trata constituye, claro es, el primer e imprescindible instrumento para la efectividad de un derecho que, con la categoría de fundamental, se atribuye no al titular del centro docente concertado, sino a los profesores, padres y, en su caso, alumnos, cual es el de intervenir en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca (artículos 27. 7 de la CE”).

La fundamentación del Tribunal, acaso se basa en exceso en el artículo 9. 2 CE y no tanto en el derecho fundamental (ver el FJ 3º).

³⁵⁸ ARANGO (2005, p. 55). En esta línea, la STS de 4 julio 2005 (RJ 2005\9461), FJ 2º.

³⁵⁹ Sentencia T-467-94.

³⁶⁰ STS de 9 mayo 2011. RJ 2011\4100. (ponente Pablo Lucas Murillo).

el curso 2006-2007 sin instalaciones, material y personal que exige la y la Generalitat mantuvo una probada inactividad. Se trataba de un recurso especial de derechos fundamentales y pese a no ponerse en duda el incumplimiento de las exigencias legales, se consideró la cuestión de mera legalidad y se reenviaba a los recurrentes a un recurso ordinario. El TS ordena a la Generalitat Valenciana subsanar “sin demora” las insuficiencias registradas en un aula para no lesionar el derecho a la educación. Por lo que ahora interesa, la fundamentación de la sentencia es discutible, puesto que el Tribunal Supremo parte de que “no quepa hablar, en general, de un derecho subjetivo de los ciudadanos a exigencias prestacionales salvo previsión al efecto del legislador o que, por las limitaciones presupuestarias, no sea posible acoger a un niño en un determinado centro escolar” (FJ 8º). Se trata, a mi juicio, de la visión más clásica y censurable que excluye iusfundamentalidad al contenido prestacional, vaciándolo prácticamente de contenido y dejándolo en manos de la total discrecionalidad del legislador, ejecutivo y Administración. No obstante, la sentencia da un giro para que el incumplimiento normativo constituya una lesión del derecho fundamental. Para ello entiende que la vulneración de la legalidad sí que supone lesión del derecho a la educación, pero por razón de la discapacidad que padece el alumno y el plus que ello implica³⁶¹. Como se verá en su momento, la suficiencia de medios es clave para el derecho fundamental a la inclusión educativa³⁶², puesto que sin medios y atención suficiente deviene una entelequia la inclusión. Sin embargo, en este caso se trataba de un centro de educación especial y no parece justificarse que por la mera condición del sujeto la evidente falta de medios sí que lesione el derecho fundamental a la educación. A mi juicio, ni toda lesión de la legalidad supone lesión al derecho a la educación, ni puede excluirse de un plumazo, como hace la sentencia, que las exigencias prestacionales queden en manos de la discrecionalidad del legislador, puesto que su evidente insuficiencia afectará el contenido iusfundamental. Esta novedosa sentencia es, pues, censurable.

³⁶¹ FJ 8º: “otra bien diferente que esos mismos criterios deban trasladarse sin más a supuestos tan singulares como el que aquí tenemos. Porque, ciertamente, es singular la situación de los niños con TEA. Por padecerlo se encuentran en una posición de desigualdad de partida que les hace acreedores de una respuesta de las Administraciones educativas adecuada a sus necesidades, bien particulares. No es la suya, por tanto, una situación comparable a la de los ciudadanos frente a los que, en principio, cabe hacer valer límites a sus pretensiones como los que menciona la sentencia. En este caso, los poderes públicos deben hacer frente a una exigencia cualificada desde el punto de vista constitucional: la propia del derecho a la educación del artículo 27 de la Constitución, reforzada por el principio de protección de los discapacitados que enuncia su artículo 49 y, sobre todo, por el mandato de su artículo 9.2 de remover los obstáculos a una plena igualdad.”

³⁶² Ver “Acceso efectivo a la educación por discapacitados...”

4. 1. 4. La concurrencia de diversas categorías y nociones para preservar contenidos del derecho a la educación frente a la variable interposición normativa

Para preservar el derecho a la educación y en especial su dimensión prestacional y garantizarlo frente a la acción normativa hay toda una serie de categorías y nociones jurídicas frecuentes que van a analizarse. Debe advertirse que, de un lado y en general, en modo alguno son categorías pacíficas doctrinal y jurisprudencialmente y, de otro lado, que no tratamos más que de meras herramientas jurídicas y como tales deben emplearse técnicamente. Así, si su introducción genera más complejidad o disfuncionalidades, debe reconducirse el debate.

a) Un contenido esencial o contenidos mínimos inexpugnables del derecho a la educación

Como recuerda Castillo³⁶³, en el caso de los derechos fundamentales que requieren interposición legislativa, el Tribunal Constitucional sostiene la existencia de un “contenido mínimo directamente ejercitable”, se lleve a cabo o no la regulación, “ese mínimo contenido ha de ser protegido, ya que de otro modo el amparo previsto en el artículo 53. 2º CE carecería de efectividad y se produciría la negación radical de un derecho que goza de la máxima protección constitucional en nuestro ordenamiento jurídico”³⁶⁴. Obviamente, como también señala el Alto Tribunal, “a partir de aquí se plantea el problema de cuál deba ser este contenido mínimo, provisional, en relación con este derecho o libertad que el ciudadano debe encontrar garantizado, aún en ausencia de desarrollo del mismo.”³⁶⁵ En este punto, Castillo sostiene que si no es posible la deducción de un mínimo, tampoco es posible la aplicación inmediata³⁶⁶.

En razón de la naturaleza prestacional del derecho a la educación, junto a la idea de derecho subjetivo concurren y necesariamente se funden y confunden diversas categorías y conceptos jurídicos. Con ello, por lo general se intenta

³⁶³ CASTILLO CÓRDOVA (2006, pp 239 y ss.)

³⁶⁴ Así, respecto de la objeción de conciencia en la STC 15/1982, de 23 de abril, FJ 8º.

³⁶⁵ STC 254/1993, de 20 de julio, con relación a la autodeterminación informativa del artículo 18. 4º.

³⁶⁶ CASTILLO CÓRDOVA (2006, p. 244). Afirma que “este principio general [de aplicabilidad inmediata del artículo 53. 1º CE] no tendrá más excepciones que aquellos casos en que así lo imponga la propia Constitución o en que la naturaleza misma de la norma impida considerarla inmediatamente aplicable.”

preservar unos mínimos del derecho a pesar del importante grado de configuración legislativa y la variable voluntad y posibilidades de los poderes públicos. Para ello se acude directamente al “contenido esencial” del derecho o los contenidos mínimos de cualquier derecho social.

De un lado, como todo derecho fundamental, el derecho a la educación cuenta con un contenido esencial. Como es sabido, en razón del artículo 53. 1º CE, se ha de respetar en todo caso el “contenido esencial del derecho”³⁶⁷. Así pues, una restricción a un derecho será inconstitucional, aunque tuviera una justificación objetiva y razonable y fuera proporcional, si no queda preservado dicho contenido esencial. Y ello es detectable por medios jurídicos³⁶⁸. Bien es cierto que la jurisprudencia acude muy poco a esta garantía última

De otro lado, y como todo derecho social, este derecho subjetivo tiene con un “contenido básico mínimo”³⁶⁹. Se trata de un un contenido esencial y mínimo invulnerable de los derechos sociales, que el Estado tiene la obligación inmediata de cumplir, al menos, las normas mínimas relacionadas con los derechos enunciados en el Pacto. Así se afirman niveles esenciales de cada uno de los derechos con independencia de las posibilidades económicas del país³⁷⁰. En este sentido, se han considerado unos mínimos y contenidos concretos

³⁶⁷ Según el artículo 53. 1º CE, se ha de respetar en todo caso el “contenido esencial del derecho”, por lo que un límite a un derecho será inconstitucional pese a que tenga una justificación objetiva y razonables y sea proporcional, si no queda preservado dicho contenido esencial. Hay que decir que es muy poco usual en nuestra evolución jurisprudencial acudir a esta garantía última. De hecho, se habría de aplicar en los casos en los que la restricción ha superado con éxito los anteriores requisitos de admisibilidad de los límites, que no son pocos. En todo caso, ésta es la última “prueba” a superar.

³⁶⁸ Siguiendo la sentencia 11/1981, de 11 de abril (FJ 8º), hay que preguntarse si tras el sometimiento a la restricción practicada, el derecho en cuestión sigue manteniendo “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que [...] sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así.” Al mismo tiempo, teniendo en mente “los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho”, hay que observar si “resulten real, concreta y efectivamente protegidos”. Por ello, la cuestión última es si tras la restricción analizada “el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección.”

³⁶⁹ NACIONES UNIDAS-COMITÉ DESC (1990, nº 10) y NACIONES UNIDAS (2004, p. 69 y ss.).

³⁷⁰ Directrices de Maastricht: 9. *Obligaciones mínimas*: Se produce una violación del Pacto cuando un Estado no cumple con lo que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha calificado de “obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos. Así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto”. Estas obligaciones mínimas existen independientemente de los recursos de que disponga el país interesado o de cualesquiera otros factores y dificultades.

infranqueables del derecho internacionalmente. Una completa descripción de tales contenidos puede seguirse páginas más adelante.³⁷¹

Más allá del contenido esencial y los contenidos mínimos, como se advierte en el Preámbulo de la LOGSE, el derecho a la educación es un derecho susceptible de enriquecerse en su progresiva concreción, alcanzando así a más ciudadanos y ofreciéndoles una mayor extensión formativa.” Tal expansión de la prestación está condicionada a la voluntad política de la mayoría gobernante³⁷². De este modo, la “regulación que puede variar en el espacio y en el tiempo según las necesidades y recursos de la comunidad y de las personas. Así, este derecho tiene unos mínimos prestacionales infranqueables (gratuidad enseñanza básica) y, según las disponibilidades materiales, se permite alcanzar mayores cotas prestacionales.

b) Las nociones de mandato, de normas de organización y procedimiento, de reserva y remisión a la ley y la interposición legislativa

En la educación concurren diversas categorías y nociones, como las de mandato, de normas de organización y procedimiento, de reserva y remisión a la ley y la interposición legislativa, vinculada a la idea de un contenido mínimo a respetar por el legislador.

Puede considerarse que integran mandatos los apartados 2º (“La educación tendrá por objeto”); 4º (“La enseñanza básica es obligatoria y gratuita”); 5º (“poderes públicos garantizan ... mediante programación ...con participación”); 7º (“profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión”), 8º (“poderes públicos inspeccionarán y homologarán”) y 9º (“poderes públicos ayudarán a los centros docentes”)

Como recuerda Escobar³⁷³, los mandatos, tienen fuerza jurídica vinculante sin alcanzar la de las normas de derechos subjetivos³⁷⁴. En muchas ocasiones tales mandatos tienen una finalidad instrumental de garantizar o estimular la efectividad de los derechos y por ello se integran en la estructura de los mismos. No obstante, la exigibilidad del mandato como derecho subjetivo se hará

³⁷¹ Ver “Una primera aproximación y descripción del concreto contenido del derecho a la educación”. En concreto, a los “mínimos”.

³⁷² SÁNCHEZ DE VEGA (2004, p. 5).

³⁷³ ESCOBAR ROCA (2005 b, pp. 43-44).

³⁷⁴ *Ibidem* pp. 43-44

depender del grado de concreción de su formulación constitucional o del desarrollo normativo del mismo y las obligaciones concretas que se determinen. En razón de estos factores no hay que excluir una subjetivización del mandato³⁷⁵, esto es, que se integre en el contenido y estructura del derecho subjetivo. Y en el marco del sistema de tutela de derechos subjetivos e intereses legítimos como el español (art. 24 CE), es bastante sencilla esta subjetivización del mandato y su exigibilidad jurídica como derecho³⁷⁶.

También, pueden considerarse como normas de organización el apartado 5º (“poderes públicos garantizan ... mediante programación ... con participación”); 7º (“profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión”), 8º (“poderes públicos inspeccionarán y homologarán”) y 9º (“poderes públicos ayudarán a los centros docentes”). En la medida en que es una garantía del derecho a la educación, la institución u organización constitucionalizada, se integra en el contenido de éste. Y la inexistencia, inadecuación o insuficiencia de la institución u organización puede suponer una vulneración del derecho³⁷⁷.

c) La garantía institucional y la doble dimensión de los derechos en el ámbito educativo

Además de las nociones de contenidos esencial o contenido mínimo del derecho subjetivo, y sin perjuicio de lo dicho respecto de las normas de organización y de la interposición legislativa, resulta afín al ámbito del derecho a la educación el desdoblamiento de la dimensión subjetiva y objetiva del derecho

³⁷⁵ Para derechos sociales, interesa BOCKENFÖRDE (1993, p. 43). El autor señala los derechos sociales fundamentales como “mandatos constitucionales” define “obligaciones jurídica objetivas en cabeza e los órganos legislativos o administrativos para la realización de la meta o el programa formulado en el “mandato”, a través de medidas apropiadas cuya orientación, medida y modalidades obedecen, en principio, a la apreciación política de los órganos en acción y, con ello, al proceso político.”

Confieren una competencia que ha de ser ejercida bajo reserva de lo posible, en ocasiones surgen compromisos jurídicos subjetivos en forma de demanda de defensa de ciertos individuos afectados por la inactividad, el grave descuido o irreparable desmonte de medidas por parte del Estado, como consecuencia del cumplimiento del mandato constitucional”... se trata de la actuación por infracción ante límites y exigencias impuestas al ámbito de configuración política por los mandatos estatales.

³⁷⁶ En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA, y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2006, pp. 45 y ss).

³⁷⁷ Las normas de organización y procedimiento son, lógicamente, más habituales en la parte orgánica que en la dogmática de una Constitución. No obstante, hay derechos fundamentales que requieren la posibilidad de exigir al Estado la configuración o mantenimiento de determinados u órganos y procedimientos (protección de datos, sufragio, tutela efectiva, por ejemplo). Al respecto de la clasificación de normas constitucionales y derechos fundamentales, y en concreto de las de organización y funcionamiento, ESCOBAR ROCA (2005 b, p. 44).

y en ésta última, de dimensión prestacional, así como la categoría de la garantía institucional. Sin perjuicio de lo dicho respecto de las normas de organización y de la interposición legislativa, estas cuestiones de un mínimo a respetar por el legislador, se reconducen la noción de la garantía institucional así como al desdoblamiento de la dimensión subjetiva y objetiva de los derechos fundamentales.

Es más, especialmente en el ámbito educativo se funde y confunde hasta lo caótico la dimensión objetiva de los derechos fundamentales con la garantía institucional³⁷⁸.

De un lado, respecto de las garantías institucionales³⁷⁹, el Tribunal Constitucional prontamente (sentencia 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3º) señaló que “la garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos de reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar.” Se trata de ámbitos en los que el legislador tiene un campo de acción más amplio que el más restringido de los derechos fundamentales clásicos, si bien, garantiza unos mínimos. También se

³⁷⁸ Se dedica buena parte del estudio, para subrayar jurisprudencial y doctrinalmente esta situación para las libertades de la enseñanza en COTINO HUESO (1998). GALLEGO ANABITARTE (1994), por su parte y en general dedica un notable esfuerzo para escindir la dimensión objetiva de los derechos de las garantías institucionales.

Como recuerda María Salvador respecto de la dimensión objetiva de los derechos, una organización ya existente o resultado de un complejo de normas con relevancia constitucional debe protegerse, para que el normador no la suprima o vacíe, sino que establezca el complejo normativo y material que sea necesario para su mantenimiento y desarrollo. SALVADOR MARTÍNEZ (2001, P. 214).

³⁷⁹ Sobre las garantías institucionales, ver, SCHMITT (1982), pp. 175 y ss. En España véase LUCAS VERDÚ (1960), pp. 541 y ss. Fundamentalmente, cabe remitir al trabajo de PAREJO ALFONSO (1981). En este estudio, tal y como ahí se explicita se recoge la “Teoría general de las garantías institucionales, tal como ésta ha sido elaborada en derecho alemán”, pp. 17 a 56. Ahí se contiene la mejor doctrina alemana existente sobre la técnica de la garantía institucional. También son referentes los estudios de BAÑO LEÓN (1988); MARTÍN RETORTILLO y DE OTTO PARDO (1988), quienes que dedican al respecto las pp. 83 y ss. y 99 y ss. ; JIMÉNEZ BLANCO (1991) pp. 635-649. Particularmente destaca el monográfico de GALLEGO ANABITARTE, cit.

Del mismo modo, es tenida en cuenta la recepción de esta figura jurídica por parte de nuestro Tribunal Constitucional. Así ocurre desde la sentencia 4/1981, de 2 de febrero, sobre las Diputaciones Provinciales, en la que se sentó doctrina al efecto. En diversas ocasiones ha seguido empleando el Tribunal esta técnica, así de entre ellas, cabe citar la STC 13/1985, de 31 de enero, sobre la publicidad procesal; la STC 159/1986, de 16 de diciembre, sobre la libertad de información como garantía democrática; básica resulta la STC 26/1987, ya citada, sobre la autonomía universitaria; la STC 213/1988, de 11 de noviembre, sobre la autonomía municipal. Nuestro Tribunal ha reconocido incluso garantías institucionales fuera de la Constitución en el ordenamiento preconstitucional, como así consideró al antejuicio en la STC 156/1989, de 19 de octubre. Entre las más recientes sentencias en las que se ha reconocido la aplicación de la garantía institucional se puede mencionar la STC 37/1994, de 10 de febrero, en ésta se reconoció sobre el Sistema de Seguridad Social en virtud del artículo 41 de la Constitución.

emplea para reforzar la protección de algunos derechos por su trascendencia del sujeto al que se le reconocen (libertades informativas, por ejemplo). Por último, la “garantía institucional” se emplea como alusión a las instituciones de garantía de derechos (administración electoral, agencias de protección de datos, etc.). En el ámbito del derecho a la educación, puede predicarse –de ser útil- la existencia de una garantía institucional especialmente en los apartados 7º, 9º y 10º, sin perjuicio de que se predique se la programación y la participación del apartado 5º o la inspección y homologación educativas (aptdo. 8º).

De otro lado, respecto del derecho a la educación no es extraño acudir a la doble dimensión subjetiva y objetiva de los derechos, categoría de largo predicamento en nuestra jurisprudencia constitucional³⁸⁰ a partir de la jurisprudencia alemana³⁸¹. Pese a su importancia, no hay un exceso de atención doctrinal al respecto en España³⁸². En general, con esta “dimensión objetiva” se expresa la necesaria proyección que los derechos fundamentales tienen sobre la acción de todos los poderes públicos. En la actividad legislativa y normadora, en la actividad jurisdiccional y en la acción del Ejecutivo y las administraciones públicas hay un deber de procurar una mayor efectividad de los derechos. Sobre esta idea general se ubican –no con mucha precisión y bajo una terminología que depende muchas veces de quién haga referencia a la misma- una dimensión, axiológica, institucional y, a veces, también prestacional de los derechos fundamentales³⁸³. En principio, esta dimensión objetiva del derecho viene a

³⁸⁰ El Tribunal Constitucional reconoció por primera vez esta dimensión objetiva de los derechos y libertades en la STC 25/1981, de 21 de julio (FJ 5º), STC 18/1984 /FJ 6º), como, de manera muy significativa, en la STC del aborto 53/1985, de 11 de abril (FJ 4º). Asimismo, entre otras en la STC 163/1986, de 17 de diciembre (FJ 1º), STC 129/1989, de 17 de julio, FJ 3º, STC 172/1989, de 19 de octubre (FJ 3º), o en el ATC 382/1996, de 18 de diciembre (FJ 3º), entre otros.

³⁸¹ Tribunal Constitucional Alemán [en *BverfGE* 7, 198 (207)].

³⁸² Uno de los mejores trabajos y vinculado al derecho a la educación, GALLEGO ANABITARTE (1994). La dimensión positiva y objetiva aparece en forma de “política de derechos fundamentales” en las páginas finales del estudio de Ignacio de Otto en MARTÍN RETORTILLO y DE OTTO (1988). También, cabe seguir MEDINA GUERRERO (1996, pp. 4-8). En BOCKENFÖRDE (1993), al margen de la referida “Teoría Liberal” de los derechos y libertades -que es la que subraya su vertiente subjetiva-, la dimensión objetiva parece incluirse en las otras teorías referidas por el autor: institucional (pp. 53 y ss.), axiológica (pp. 57 y ss.), democrático-funcional (pp. 60 y ss) y la del Estado social (pp. 63 y ss.). Más recientemente, es bien útil SALVADOR MARTÍNEZ (2001). Asimismo, hay que destacar las referencias sobre la dimensión objetiva en BASTIDA (2004), en particular me remito al Capítulo 2, pp. 50-56 (M. A. Presno); Capítulo 5 (I. Villaverde), pp. 112-115 y Capítulo 8 (B. Aláez Corral), pp. 182 y ss.).

³⁸³ Así, sin ánimo exhaustivo, cabe señalar que tras la alusión de esta faceta objetiva de los derechos y libertades, en ocasiones se hace referencia a un sistema de valores constitucional que despliega, por lo general, indeterminados efectos. Igualmente, de tal dimensión objetiva se deriva una proyección jurídica general de los derechos como principios jurídicos. Del mismo modo, de esta dimensión positiva se ha construido la eficacia indirecta de los derechos entre terceros, a raíz del llamado “deber de protección” del Estado respecto de los mismos. Este deber positivo del Estado ha alcanzado, a su vez, otras proyecciones en orden a la garantía de los derechos y libertades. Asimismo, de esta vertiente

quedar como añadido al derecho subjetivo en sí, elemento externo al contenido del derecho subjetivo que si bien impone obligaciones a los poderes públicos, tales obligaciones no se articulan como facultades exigibles del derecho subjetivo³⁸⁴. Si, en general, el derecho subjetivo cabe concebirlo como regla, esta dimensión objetiva puede considerarse como norma de principio por su más que relativo grado de exigibilidad jurídica.

De este modo, sin perjuicio de ser un derecho subjetivo, un derecho fundamental implica también una proyección en el resto del ordenamiento jurídico (dimensión referida en ocasiones como de carácter “axiológico”, en otras, con mayor imprecisión, como dimensión “positiva”, en otros casos se describe como “efecto irradiante” o por medio de la consideración de los derechos como “principios” del ordenamiento jurídico). También, esta dimensión objetiva como deber de actuación a favor de la eficacia del derecho se traduce en la creación de instituciones o institutos específicos de protección del derechos fundamentales (dimensión “institucional” en palabras del Tribunal Constitucional). Esta dimensión queda muy vinculada a la necesidad de normas de organización y procedimiento para la realización y garantía de derecho fundamental³⁸⁵. De igual modo –y bajo la advertencia, una vez más de que ni la jurisprudencia ni la doctrina han discernido con precisión dentro de esta dimensión objetiva- este deber de los poderes públicos de adoptar medidas y acciones positivas eficaces para la mejor defensa y remoción de obstáculos respecto de ese derecho se traduce en una dimensión “prestacional” del derecho fundamental en cuestión. Sobre estas bases, no es extraño que se acuda a la dimensión objetiva en el ámbito del derecho a la educación. Así, como el Tribunal Constitucional indica por cuanto a los “deberes positivos” que implica (sentencia 53/1985) con referencia a su vertiente institucional, organizativa y de reflejo en el ordenamiento jurídico para buscar su efectividad. Desde esta perspectiva, la mayor parte de los apartados del artículo 27 CE pueden considerarse como la expresión de las proyecciones de esta dimensión objetiva del derecho que su primer apartado reconoce, al punto, como se dijo, de que mediante una labor interpretativa podrían deducirse como implícitas al artículo 27. 1º CE.

positiva se ha derivado no sólo una papel del Estado como garante de los derechos, sino su deber promocional y prestacional respecto de los mismos.

³⁸⁴ En este sentido, BASTIDA (2004, p. 51).

³⁸⁵ Como advierte SALVADOR MARTÍNEZ (2001, pp. 206 y ss.), se trata del elemento quizá más extraño al estudioso español, pero de mayor relevancia. Supone el proceso y el resultado de organizar, cuanto al orden interno de dicha organización o institución. En el ámbito de los derechos fundamentales ha tenido su mayor incidencia en el ámbito de la libertad de televisión, cátedra y participación. Un ejemplo claro de necesidad de organización y procedimiento es la tutela judicial.

d) El juicio de relevancia constitucional

El punto de partida para determinar si el derecho fundamental ha sido afectado es un juicio de relevancia constitucional: “no basta con cualquier vulneración de la legalidad para considerar producida la de ese derecho fundamental. Deberá ser una infracción constitucionalmente relevante. Es decir, que por su naturaleza o alcance produzca efectivamente esa lesión.”³⁸⁶. Se trata de un examen jurídico. A partir de datos de la realidad se puede considerar la intensidad y grado de afectación y entender o no afectada la posición jurídica garantizada constitucionalmente. Este juicio de relevancia se hace en conexión con la naturaleza y alcance del contenido constitucional afectado, puesto que no todos los contenidos del derecho tienen el mismo alcance, naturaleza e intensidad³⁸⁷. Asimismo, este juicio de relevancia ha de tener en cuenta que la Constitución no fija el objeto de la prestación educativa de forma categórica o no determina la condición de aplicación del derecho, dejándolo “abierto” y correspondiendo al legislador y los poderes públicos la forma de realización efectiva del derecho o mandato constitucional³⁸⁸. Finalmente, cabrá introducir criterios de “razonabilidad” para valorar la infracción constitucional sobre la base de las intenciones, medios y esfuerzos realizados por los poderes públicos. En estos supuestos, como se dirá, podrá aducirse una “reserva de lo posible” en el sentido de aquello que el individuo puede exigir razonablemente a la sociedad.”³⁸⁹

³⁸⁶ STS de 13 marzo 2006, RJ 2006\1108, FJ 5º.

³⁸⁷ Difícilmente puede admitirse que “el derecho fundamental de todos a la educación se desgrana en el art. 27 [...] en un haz de derechos que participan en su misma naturaleza” y por tanto de la misma protección, como viene a afirmarse por la jurisprudencia. Así, STS de 28 junio 1990 FJ 2º (RJ 1990\5173).

³⁸⁸ Por ejemplo, la Constitución no determina el alcance de la “educación” a la que da derecho, que no sólo se reduce a que la “básica es obligatoria y gratuita”. También el artículo 27 CE, prescribe garantías del derecho a través de la programación, creación de centros (apdo. 5º), inspección y homologación educativa (apdo. 8º) y exige la participación educativa en la programación (apdo. 5º) y en la gestión y control de los centros sostenidos con fondos públicos (apdo. 7º). En casos se dan claras remisiones al legislador para la determinación de los mandatos constitucionales de que exista participación o de ayudar a los centros docentes.

³⁸⁹ Así formulada por ARANGO (2005, p. 333).

4. 1. 5. La habitual desfundamentación por los tribunales del derecho subjetivo fundamental y las vías de “rescate” de la constitucionalidad

Se ha enunciado la compleja relación del derecho fundamental y la acción normativa para garantizarlo y hacerlo efectivo, al tiempo de diversos conceptos y categorías jurídicas. Pues bien, debe decirse que los tribunales por lo general parten de una *desfundamentación* de toda la configuración normativa de la prestación educativa. En general, los tribunales entienden que la regulación de los requisitos, condiciones, organización y procedimiento de la prestación del servicio público educativo son elementos que aun siendo necesarios para la eficacia del derecho, no constituyen la “esencia” del mismo, sino cuestiones de “mera legalidad”. Así, con gran concisión, la STS de 13 octubre 1995 (RJ 1995\7147):

“Siendo el derecho a la educación un derecho de prestación, y regulada ésta por normas infraconstitucionales, que establecen requisitos materiales y formales para la impartición de la misma, las cuestiones referentes al cumplimiento de los requisitos infraconstitucionales, o al modo de producción de los actos administrativos, y a la invalidez de éstos, tienen en principio el significado de cuestiones de legalidad ordinaria, sin que afecten al derecho fundamental, como la parte da por sentado.”

Ahora bien, si es habitual la desfundamentación también lo es el “rescate” de la constitucionalidad por vía indirecta. Por lo general se deja una puerta abierta al tratamiento constitucional de la cuestión –de legalidad- excluida a través de otros parámetros constitucionales, como la interdicción de la arbitrariedad (art. 9. 3º CE), la prohibición de discriminación (art. 14) e incluso la infracción del libre desarrollo de la personalidad (arts. 10. 1º y 27. 2º CE). Tampoco faltan ocasiones en las que se señale que la decisión administrativa “afecta” a un derecho fundamental, de lo cual se deriva un especial deber de motivación cuyo desconocimiento supone la vulneración del derecho³⁹⁰. Este fenómeno de *desconstitucionalización* y, al tiempo, de *rescate* constitucional de lo que se considera cuestión de legalidad se aprecia en diversos ámbitos: acceso

³⁹⁰ STS de 22 noviembre 2004 (RJ 2004\8105), FJ 3º, con relación a un concierto educativo “B) Tratándose de decisiones que afectan directamente al derecho fundamental a la educación y al derecho de los padres a elegir la enseñanza que desean para sus hijos, la Administración debe motivar decisiones que inciden en ellos, no sólo con argumentos genéricos, sino con razones concretas y, sobre todo, acreditando, cuando se aduce ese motivo, que no cuenta con fondos suficientes para mantener el número de unidades de enseñanza primaria y secundaria que hasta ese momento venía financiando en el centro al que se refiere este recurso, respecto del cual no se ha objetado que incumpla los requisitos necesarios para la renovación del concierto que establece el artículo 43 del Real Decreto 2377/1985.”

y requisitos de admisión, de permanencia y progresión educativa, de la lengua en la que se recibe la prestación educativa. También en el ámbito de las becas al estudio y, sobre todo, de subvenciones y conciertos educativos. Ahora bien, en estas últimas materias se ha ido reforzando el tratamiento iusfundamental, introduciéndose incluso la categoría de derecho fundamental de origen legal, como más tarde se expone.

Se dan diversos ejemplos de este fenómeno en el terreno de acceso y requisitos de admisión a la enseñanza: frente a la imposibilidad de acceder al segundo ciclo de formación profesional por incumplir los requisitos de progresión fijados por la normativa³⁹¹. También, en la negación por el Tribunal Supremo de que exista un derecho ilimitado a recibir la pretendida formación médica especializada. Para ello, se excluye del derecho subjetivo a la educación las cuestiones de cumplimiento de requisitos de acceso a los estudios, situando su regulación en la dimensión prestacional y los instrumentos de programación y planeación (art. 27. 5º CE). En cualquier caso, tales condiciones no pueden ser discriminatorias o arbitrarias³⁹². La desfundamentación del derecho a la educación también se aprecia en el caso de la denegación de acceso directo a una Facultad por incumplimiento de requisitos³⁹³. De igual modo, en este terreno de acceso a las enseñanzas, otras sentencias excluyen del derecho fundamental el desarrollo reglamentario de la admisión en centros públicos o concertados³⁹⁴ o el régimen y requisitos de admisión, sobre la base de que “el derecho a la libre elección de Centro se agota y satisface con la formalización de la solicitud de

³⁹¹ STS de 24 marzo 1997 (RJ 1997\2497), cuestión que desplaza el tribunal de su tratamiento iusfundamental, afirmándose que “el derecho a la educación, que no es un derecho absoluto, sino que debe prestarse en las condiciones fijadas por el ordenamiento”.

³⁹² Así la STS de 17 mayo 1999 (RJ 1999\3989), que afirma: “estamos ante un supuesto de ejercicio del derecho en su vertiente de acción prestacional de los poderes públicos, ya que lo que se interesa es un acceso, sin restricción a la formación médica de especialista [...] ha de recordarse que, según la propia doctrina del citado Tribunal, al servicio de dicha acción se encuentran los instrumentos de planificación y promoción mencionados en el apartado 5 del artículo 27 CE. O, dicho en otros términos, no puede considerarse que la invocada norma fundamental reconozca un derecho ilimitado a recibir la pretendida formación médica especializada al margen de las posibilidades de prestación del sistema médico educativo. Otra cosa distinta es que los límites que se establezcan al acceso a las plazas disponibles no deban ser discriminatorios o arbitrarios”.

³⁹³ STSJ Madrid, de 14 diciembre (JUR 2001\131035), FJ 5º, en este caso la construcción es más discutible al afirmarse que “No se ha configurado un derecho a la educación superior.” “En este sentido, no puede considerarse que la resolución vulnere los derechos fundamentales citados. El derecho a la educación superior no es un absoluto e incondicionado, y no lo es para nadie, sea titulado técnico, o proceda de los estudios generales. En todo caso, está condicionado a las plazas y vinculado a unas pruebas. Por ello, no puede considerarse que se vulnere el art. 27 de la CE, por la resolución que se impugna.

³⁹⁴ Así, primero en la STS de 9 de diciembre de 1987, se considera que la normativa de admisión de alumnos en los centros sostenidos con fondos públicos es cuestión de legalidad (FJ 12º) y recientemente en la STS de 28 de mayo de 2007 se reitera esta jurisprudencia respecto de normativa autonómica de admisión en centros concertados de la Junta de Castilla la Mancha.

admisión en un determinado Centro [...] y no el «acceso efectivo» al Centro elegido, por lo que respecto de todos los actos posteriores a la presentación de la solicitud de admisión ha cesado la garantía constitucional”³⁹⁵.

También, con carácter general, se excluye del derecho fundamental la permanencia de los alumnos en unos u otros cursos, fases o etapas de la enseñanza “De otro modo, el derecho fundamental a la educación a que se refiere el artículo 27 de la Constitución se extendería a cualquier supuesto de adelanto o pérdida de un curso escolar o, incluso, a la discusión de calificaciones negativas, que obligasen a cursar una o varias asignaturas, y que el alumno, o su representante legal, considerasen no ajustadas a derecho”. “El pleno desarrollo de la personalidad humana tiene un alcance más profundo que el que se circunscribe a la superación de un curso de EGB o a la alteración del orden y ritmo de las previsiones de cursos escolares”³⁹⁶. En todos estos casos, como en los anteriores, se abre la puerta a la constitucionalización de la materia a través de la garantía de la interdicción de la arbitrariedad y la no discriminación.

El antedicho esquema de exclusión del derecho fundamental con posible rescate a través de cláusulas generales se da en cuestiones de progresión educativa³⁹⁷ y paso de cursos³⁹⁸: no forman parte del derecho a la educación, si bien no deben agredir al libre desarrollo de la personalidad.

³⁹⁵ En esta línea, STC de 27 de junio de 1985 y SsTS de 23 de octubre de 1985; de 29 de marzo de 1993 y de 14 de diciembre de 1994 respecto a que el derecho a la libre elección de Centro se agota y satisface con la formalización de la solicitud de admisión en un determinado Centro. Más recientemente, STSJ Andalucía, de 28 enero 2002 (JUR 2003\118721), a la que pertenece el entrecomillado.

³⁹⁶ Citas de la STS 24 de septiembre 2001 (RJ 2001, 8188), sobre adelantamiento de cursos de superdotados. Para un caso semejante, sobre la construcción de que se trata de una actividad reglada por el Estado, STS de 19 julio 2002 (RJ 2002\8006): “Por tanto, una cosa es el derecho a la educación y otra el sistema educativo a través del cual ha de ser atendido y satisfecho, y en el que, entre otros aspectos, se han de determinar el ritmo y las secuencias que ha de tener la actividad educativa. Y ha de subrayarse también que ese sistema educativo no está predefinido en la Constitución, sino que su configuración corresponde a la Ley.”

³⁹⁷ Así, por ejemplo, la STSJ Castilla-La Mancha, de 3 octubre (JUR 2003\17498), siguiendo su sentencia 13 de febrero de 2002 (JUR 2002, 125220), que se apoya en jurisprudencia variada del Tribunal Supremo, “sentencias de 1/6/1993 [RJ 1993, 4488], 13/10/1995 [RJ 1995, 7147] y 24/9/2001 [RJ 2001, 8188] [de las que] cabe extraer la conclusión de que las cuestiones sobre progresión educativa (no así las relativas al acceso a la educación) no afectan, en principio, al núcleo del derecho constitucional a la educación y no son aptas. , por tanto, para ser ventiladas a través de este procedimiento especial de protección; salvo, decíamos en tal sentencia, que se acredite cumplidamente que la decisión tomada agrede directa y concretamente (y, hay que añadir, injustificadamente) al derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10. 1. CE [RCL 1978, 2836])”.

³⁹⁸ Hacer repetir al alumno que había pasado de curso con asignaturas pendientes en contra de la normativa, también se considera que queda al margen del derecho fundamental. Así, STS de 28 febrero 1997 [RJ 1997\1593] “el hijo de los recurrentes pasó de primero de BUP a segundo, con varias asignaturas pendientes (lo que la sentencia de instancia deja establecido como hecho probado, irrevisable en la casación), es indudable que tal situación es contraria a ese ordenamiento jurídico, y su subsistencia,

El Tribunal Constitucional también ha excluido del derecho fundamental a la educación el “derecho a recibir la enseñanza en sólo una de las dos lenguas cooficiales en la Comunidad Autónoma, a elección de los interesados”³⁹⁹. Para su argumentación acude a la doctrina de que “derecho de todos a la educación, no cabe olvidarlo, se ejerce en el marco de un sistema educativo en el que los poderes públicos -esto es, el Estado a través de la legislación básica y las Comunidades Autónomas en el marco de sus competencias en esta materia- determinan los currículos de los distintos niveles, etapas, ciclos y grados de enseñanza, las enseñanzas mínimas y las concretas áreas o materias objeto de aprendizaje, organizando asimismo su desarrollo en los distintos Centros docentes; por lo que la educación constituye, en términos generales, una actividad reglada”. La actividad prestacional no queda condicionada – constitucionalmente al menos- por la voluntad de los interesados, correspondiendo a los poderes públicos su determinación.

El objeto estrella de impugnación ante los tribunales en materia educativa es, sin duda, el de conciertos⁴⁰⁰. Y al respecto se aprecia con claridad la defundamentalización del derecho a la educación que, no obstante, en los últimos años ha pasado a una *refundamentalización* del mismo. Cabe tener en cuenta la STC 77/1985, de 27 junio, por cuanto el artículo 27. 9º no es una “afirmación retórica, de manera que quede absolutamente en manos del legislador la posibilidad de conceder o no esa ayuda”, sino que queda sometido a la Constitución misma. Ahora bien, de este precepto no “se desprende un deber de ayudar a todos y cada uno de los Centros docentes sólo por el hecho de serlo, pues la remisión a la Ley que se efectúa en el art. 27, núm. 9, de la C. E. puede significar que esa ayuda se realice teniendo en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales” y todo ello “con la insoslayable limitación de los recursos disponibles”⁴⁰¹. Y en esta línea, la importante STC 86/1985, de 10 julio, que afirma con claridad (FJ 3º) que el “artículo 27.9, en su condición de mandato al legislador, no encierra, sin embargo, un derecho subjetivo a la prestación pública”, “el derecho a la subvención no nace para los Centros de la Constitución, sino de la Ley”. Sobre estas bases, en principio se deriva la cuestión de concesión, modificación o denegación de conciertos a la legalidad ordinaria. Esta situación no se traduce en un total desguarnecimiento constitucional y la plena libertad legislativa, puesto que el normador habrá de

que es en definitiva lo pretendido en el proceso, no puede encontrar amparo en el art. 27 de la Constitución Española.

³⁹⁹ STC 337/1994, de 23 de diciembre.

⁴⁰⁰ Sobre el tema, como se dijo, destacan los trabajos de Díaz Lema.

⁴⁰¹ STC 77/1985, de 27 junio, FJ 28º.

respetar la Constitución, incluyendo los “derechos y libertades educativas presentes”.

En la misma dirección de la constitucionalización de la materia, la conflictividad jurisdiccional canalizada a través de la vía especial de protección de derechos fundamentales ha llevado a que muchas sentencias a finales de los 90 hallen numerosas conexiones y asideros de los conciertos educativos con derechos fundamentales. Así, se considera el régimen de subvenciones como dimensión prestacional del derecho de elegir de los padres⁴⁰². Se ha estimado que la denegación afecta a “los apartados uno, cuatro, seis y nueve del artículo 27 de la Constitución, que reconocen el derecho a recibir educación gratuita en los niveles obligatorios e imponen de modo imperativo a los poderes públicos la obligación de ayudar a los centros docentes que «reúnan los requisitos que la ley establezca»⁴⁰³. También se ha extendido la protección iusfundamental en los casos de no renovación del concierto educativo⁴⁰⁴. También la iusfundamentalidad se ha argumentado en los apartados 5º y 9º⁴⁰⁵. Incluso se vincula directamente el artículo 27. 9º CE con el principio de igualdad del artículo 14 CE⁴⁰⁶. En la STS de 28 junio 1990 (RJ 1990\5173) se construye el carácter fundamental a partir del artículo 27. 6º CE⁴⁰⁷, para acabar afirmando que

⁴⁰² Así la STS de 10 de mayo de 1988 (RJ 1988\4144) de 18 octubre 1990 (RJ 1990\7968), FJ 2º de ésta última: “La llamada «dimensión prestacional» del derecho a la educación y de la libertad de enseñanza -Sentencia de esta Sala de 10 de mayo de 1988 (RJ 1988\4144)- expresa la garantía constitucional del derecho de opción que corresponde a los padres conforme al núm. 3 del art. 27, citado, y es compatible, y hasta presupone, el sistema mixto de enseñanza, tradicional en España, al tiempo que contribuye a la realización del derecho a la educación básica obligatoria y gratuita dentro de las consignaciones presupuestarias. Pero para la efectividad de ese derecho, los centros privados que solicitan la ayuda de los poderes públicos han de cumplir los requisitos que la ley establezca y asumir las obligaciones que aseguran el destino de los fondos recibidos con las consecuencias que la ley determine.”

⁴⁰³ STS de 25 junio 1988 (RJ 1988\4728).

⁴⁰⁴ La STS de 13 junio 1990 (RJ 1990\5097).

⁴⁰⁵ STS de 5 de febrero de 1990 (RJ 1990\993) relacionó la denegación inicial de conciertos con los párrafos 5 (creación y mantenimiento de centros) y 9 (ayuda a los centros de nivel obligatorio) del artículo 27 CE por cuanto pudiera sido arbitraria.

⁴⁰⁶ La STS de 24 mayo 1990 (1990\5432), FJ 1º fundamenta la vinculación con un derecho fundamental porque “no cabe duda alguna de que está en juego, si se comprueba la concurrencia de requisitos legales, una modalidad específica del principio de igualdad; implícita en el enunciado del precepto” (art. 27. 9º CE)”.

La vinculación con la igualdad en el marco del artículo 27. 9º CE se observa también en la STS de 12 mayo 2003 (RJ 2003\4735): “las cuestiones relativas a la extensión de los conciertos educativos y a su renovación, en cuanto afectan a las ayudas que los poderes públicos deben otorgar a los Centros Docentes, conciernen a los derechos fundamentales regulados por los artículos 14 a 29 de la Constitución” FJ 2º.

⁴⁰⁷ STS de 28 junio 1990 (RJ 1990\5173) FJ 2º: “ya que la libertad de creación de centros docentes difícilmente podría ser real y efectiva, en unos niveles educativos en que la enseñanza es obligatoria y gratuita, desconectada de un régimen de ayuda pública.”

“del art. 27,9 nace un derecho fundamental de configuración legal condicionado, desde luego, por las inevitables limitaciones presupuestarias” (FJ 2º)⁴⁰⁸.

Pese a que inicialmente era cuestión de mera legalidad, también en el ámbito de las becas al estudio se detecta una progresiva fundamentalización. Así, el Tribunal Constitucional⁴⁰⁹ acaba afirmando “el legislador orgánico, al desarrollar el derecho a la educación (art. 27 CE), ha considerado a las becas como un elemento central para la efectividad de tal derecho” (FJ 5º) y los “elementos generales conformadores del derecho a obtener una beca, [son] amparables en el art. 149.1.1ª CE” y -sólo éstos- “pueden considerarse incluidos en el ámbito de las posiciones jurídicas fundamentales que delimitan el derecho a la educación”. Más recientemente, esta línea entronca con la afirmación del Alto Tribunal de que el acceso a las enseñanzas no obligatorias forma parte del contenido del derecho a la educación y, con él, del acceso al sistema de becas⁴¹⁰. Es más, se ha abierto incluso la puerta al análisis jurisdiccional del examen de si la beca o ayuda permite alcanzar la “gratuidad” exigida por el artículo 27. 4º CE⁴¹¹.

4. 2. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN Y DESCRIPCIÓN DEL CONCRETO CONTENIDO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

El TEDH señala como punto de partida que el derecho a la educación en su dimensión subjetiva “implica el correlativo a disponer de la plaza escolar en un centro educativo, como soporte físico e instrumental que permite recibir la enseñanza adecuada”⁴¹². Aunque, a mi juicio el CEDH y el TEDH no sean especial referencia por cuanto a la dimensión prestacional del derecho a la educación, el TEDH ha afirmado diversas vertientes de la dimensión prestacional del derecho a la educación. Así, ha señalado que la formulación negativa del artículo 2 del Protocolo núm. 1 CEDH (“A nadie se le puede negar el

⁴⁰⁸ Así, *ibidem* FJ 2º: “Se ha dicho en la reciente Sentencia de 30 de mayo de este año (RJ 1990\5086) [...] que el derecho fundamental de todos a la educación se desgrana en el art. 27 del Texto constitucional en un haz de derechos que participan en su misma naturaleza, dentro de un sistema en que está reconocida la libertad de enseñanza.”

⁴⁰⁹ Así, la STC 188/2001, de 20 septiembre (caso Orden MEC sobre becas vs. Generalitat de Cataluña), con una particular lectura de la STC 86/1985, de 10 de julio. Sobre el tema se volverá.

⁴¹⁰ STC 236/2007, de 7 noviembre, recurso a la Ley Orgánica 4/2000 de extranjería, FJ 8º.

⁴¹¹ STS de 4 julio 2005 (RJ 2005\9461) si bien el Tribunal Supremo admite la prueba de la insuficiencia de la ayuda, o que se censurase que “que las ayudas no llegaban a facilitar la gratuidad”, pero no se alegó.

⁴¹² Así, STS de 22 diciembre 2003, con cita de STS 8 de julio de 1986 (RJ 1986, 4229).

derecho a la instrucción”), no reconoce un derecho a la educación que obligue a los Estados a mantener a su costa o subvencionar un sistema de enseñanza de una forma o en una escala determinadas. Pero no excluye toda obligación positiva para asegurar el respeto de este derecho. Se trata del acceso a las instituciones de educación existentes en un momento dado y la posibilidad de beneficiarse, mediante el reconocimiento oficial de los estudios completados, de la educación recibida⁴¹³, también señala el TEDH que el derecho a la educación “garantiza el acceso a la educación elemental que es de primordial importancia para el desarrollo del niño.”⁴¹⁴ O que “impone [...] organizar y financiar la enseñanza pública”⁴¹⁵. “En cuanto a la extensión de estos medios y al modo de organizarlos o de subvencionarlos, el Convenio no impone obligaciones determinadas.”⁴¹⁶ Asimismo, “se impone [...] organizar y financiar la enseñanza pública”⁴¹⁷.

También el Tribunal Constitucional sigue la existencia de mínimos para la dignidad humana en la educación⁴¹⁸, así como elementos básicos para la igualdad (art. 149. 1. 1ª CE), determinantes de la posición jurídica fundamental en igualdad⁴¹⁹.

Y como se adelantó al hacer referencia al contenido esencial y los contenidos mínimos del derecho fundamental, internacionalmente se han afirmado toda una serie de contenidos mínimos del derecho a la educación. En una interpretación autorizada del Comité DESC del reconocimiento de este derecho en el PIDESC, su contenido incluye : el acceso a las instituciones y programas de enseñanza públicos sin discriminación; la implantación prioritaria de la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos. También se estima

⁴¹³ STEDH Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca de 7 diciembre 1976 [TEDH 1976, 5], serie A núm. 23, ap. 52; STEDH *Caso Lingüístico belga* [fondo] de 23 julio 1968 [TEDH 1968, 3], serie A núm. 6, pp. 30-32, aps. 3-5).

⁴¹⁴ STEDH, asunto Timishev contra Rusia, de 13 diciembre 2005, apartado 64 *in fine*.

⁴¹⁵ STEDH Alejandro Jiménez Alonso y Pilar Jiménez Merino contra España, fundamento de Derecho 1, con remisión a STEDH Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca de 7 diciembre 1976 ap. 50.

⁴¹⁶ STEDH asunto relativo a algunos aspectos del régimen lingüístico belga en la enseñanza, de 23 de junio de 1968, interpretación del tribunal, nº 3.

⁴¹⁷ Alejandro Jiménez Alonso y Pilar Jiménez Merino contra España, fundamento de Derecho 1, con remisión a STEDH Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca de 7 diciembre 1976 ap. 50.

⁴¹⁸ La STC 236/2007, de 7 noviembre, ha considerado un mínimo para la dignidad humana el acceso a niveles no obligatorios de enseñanza y al correspondiente sistema de becas, con independencia de nacionalidad y regularidad

⁴¹⁹ Así se estiman “los elementos generales conformadores del derecho a obtener una beca”, básicos para la igualdad (art. 149. 1. 1ª CE), determinantes de la posición jurídica fundamental en igualdad en todo el territorio, dejándose a la política educativa el resto de determinaciones. FJ 13º STC 188/2001, de 20 septiembre (caso Orden MEC sobre becas vs. Generalitat de Cataluña).

imprescindible la adopción de “medidas deliberadas, concretas y orientadas” hacia la implantación gradual de la enseñanza secundaria, superior y fundamental. Se considera esencial que los planes de estudio no sean incompatibles con el objeto declarado de la educación, con sistemas eficaces de control. También se reputa mínimo la libre elección de la educación sin la intervención del Estado ni de terceros, si bien las enseñanzas privadas deben cumplir mínimos y finalmente, la garantía de la libertad académica del cuerpo docente.⁴²⁰ Igualmente se fija como contenido mínimo “asegurar la satisfacción de, por lo menos, niveles esenciales de cada uno de los derechos” enunciados en el Pacto, incluidas las “formas más básicas de enseñanza”⁴²¹. Y según se dice, esta obligación mínima comprende: “el velar por el derecho de acceso a las instituciones y programas de enseñanza públicos sin discriminación alguna; por que la enseñanza corresponda a los objetivos expuestos en el párrafo 1 del artículo 13; proporcionar enseñanza primaria a todos, de conformidad con el apartado a) del párrafo 2 del artículo 13; adoptar y aplicar una estrategia nacional de educación que abarque la enseñanza secundaria, superior y fundamental; y velar por la libre elección de la educación sin la intervención del Estado ni de terceros, a reserva de la conformidad con las normas mínimas en materia de enseñanza (párrafos 3 y 4 del artículo 13). [...]”⁴²² Al tiempo, el Comité DESC sitúan ejemplos de violaciones de estos contenidos mínimos⁴²³.

Desde el anverso, este derecho comporta toda una serie de obligaciones para los poderes públicos que los instrumentos internacionales y la doctrina han descrito y puede considerarse su contenido normal. Así, los poderes públicos han de velar por que los planes de estudio estén orientados a los objetivos, establecer y mantener un sistema transparente y eficaz para comprobar si la educación se orienta o no realmente a los objetivos educativos, no cerrar escuelas privadas, velar por que no se impida a niñas asistir a la escuela, adoptar medidas positivas

⁴²⁰ NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 b, n° 57 y 59)

⁴²¹ *Ibidem*, n° 57.

⁴²² *Idem*.

⁴²³ *Ibidem*, n° 59: “la adopción de leyes, o la omisión de revocar leyes que discriminan a individuos o grupos, por cualquiera de los motivos prohibidos, en la esfera de la educación; el no adoptar medidas que hagan frente a una discriminación de hecho en la educación; la aplicación de planes de estudio incompatibles con los objetivos de la educación expuestos en el párrafo 1 del artículo 13; el no mantener un sistema transparente y eficaz de supervisión del cumplimiento del párrafo 1 del artículo 13; el no implantar, con carácter prioritario, la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; el no adoptar “medidas deliberadas, concretas y orientadas” hacia la implantación gradual de la enseñanza secundaria, superior y fundamental, de conformidad con los apartados b) a d) del párrafo 2 del artículo 13; la prohibición de instituciones de enseñanza privadas; el no velar por que las instituciones de enseñanza privadas cumplan con las “normas mínimas” de educación que disponen los párrafos 3 y 4 del artículo 13; la negación de la libertad académica del cuerpo docente y de los alumnos; el cierre de instituciones de enseñanza en épocas de tensión política sin ajustarse a lo dispuesto por el artículo 4. ”

para que la educación sea culturalmente aceptable para las minorías y las poblaciones indígenas, acciones para preservar la calidad de la educación, formular planes de estudio y dotándolos de recursos que reflejen las necesidades contemporáneas de los estudiantes en un mundo en transformación, implantar un sistema de escuelas, entre otras cosas construyendo aulas, estableciendo programas, suministrando materiales de estudio, formando maestros y abonándoles sueldos competitivos a nivel nacional⁴²⁴. También, establecer normas mínimas que deben cumplir todas las instituciones de enseñanza privadas con un sistema transparente y eficaz de supervisión del cumplimiento de esas normas y si se financia la enseñanza privada, debe hacerlo sin discriminación basada en alguno de los motivos prohibidos⁴²⁵.

A lo anterior, Pérez Murcia en un riguroso análisis añade para una descripción de los contenidos del derecho⁴²⁶ asegurar el acceso geográfico; garantizar adecuadas condiciones de infraestructura física de las instituciones educativas y los centros de enseñanza; asegurar la disponibilidad de docentes y la mejora de su capacidad; establecer y garantizar que se cumplan normas mínimas de enseñanza en las escuelas públicas y privadas; ejercer la inspección y vigilancia del sistema educativo con el fin de velar por su calidad y establecer si la educación se orienta a los objetivos; velar por que el principio de libertad no genere desigualdades en la calidad de la educación que reciben los grupos poblacionales más vulnerables; respetar la libertad académica del cuerpo docente y de los alumnos; asegurar la permanencia y adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

Sin perjuicio de ese contenido prestacional básico, según va a detallarse ampliamente en este estudio, el derecho a la educación implica:

- el derecho a la escolarización en los diversos niveles, el derecho a recibir enseñanza religiosa,
- el derecho a recibir una enseñanza asequible (presupuesto suficiente, escuelas y maestros necesarios, infraestructura y dotaciones pertinentes),
- el derecho a recibir una enseñanza accesible (el derecho a elegir centro, el derecho de acceso y admisión, la eliminación de barreras materiales y

⁴²⁴ Así, NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 b), n° 49).

⁴²⁵ *Ibidem*, n° 54.

⁴²⁶ PÉREZ MURCIA (2007, pp. 158 y ss.), en su amplio listado cuadro con fundamentación internacional, constitucional y jurisprudencial colombiana. El autor hace una descripción apoyada de la referencia normativa correspondiente. Aquí se señalan los contenidos que apunta esta autora que no han sido antes mencionados. El trabajo trae causa de PÉREZ MURCIA (2004).

asequibilidad efectiva a las enseñanzas acceso a sistema de becas y ayudas, gratuidad),

- el derecho a recibir una enseñanza aceptable (educación de calidad, ajustada al objeto constitucional de la educación y evitación del fracaso escolar) y adaptable.

- el derecho a no ser discriminado,

- el derecho a ser evaluado objetivamente y con garantías,

- el derecho permanecer y progresar,

- el derecho a no ser sancionado arbitrariamente,

- el derecho al reconocimiento oficial de los estudios realizados y los títulos correspondientes

- el derecho a recibir la educación en lengua comprensible,

- el derecho a ser informado y orientado,

- el derecho a participar en la planificación de la enseñanza y en la gestión de los centros subvencionados con dinero público.

Obvio es decir que este contenido normal del derecho a la educación bien podrá ser sometido a restricciones y límites, si bien con los requisitos y exigencias constitucionales que también en su momento se expondrán con detalle.

4. 3. DEL DERECHO AL DEBER. OBLIGATORIEDAD DE LA ENSEÑANZA Y ESCOLARIZACIÓN OBLIGATORIA

4. 3. 1. La obligatoriedad general y sus proyecciones normativas

La enseñanza básica es obligatoria (Art. 27. 4º CE). Nos encontremos ante un derecho deber⁴²⁷, un “mínimo de educación indisponible”⁴²⁸. Tal es la importancia de la educación para el individuo y para la sociedad que como

⁴²⁷ MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ (1979, p. 237). BARNES VÁZQUEZ (1984, p. 44). DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 46).

⁴²⁸ PAREJO ALFONSO, Luciano, “La autonomía de las universidades”, en *VI Curso sobre régimen de las universidades públicas*, Almería, 2002, p. 296, cito por por DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 46).

garantía de la misma se erige en obligatoria⁴²⁹, en cierta paradoja de la libertad rousseauiana⁴³⁰. En el ámbito internacional, la escolarización obligatoria constituye además una especial garantía para la escolarización de niñas⁴³¹.

Como expone Fernández Miranda, la obligatoriedad se hace residir en la edad del sujeto, no en las necesidades educativas que éste tenga. Ello explica que no se imponga la educación “fundamental” (art. 26 DUDH)⁴³² a un adulto analfabeto, por ejemplo. De ahí que afirme este autor con acierto que “en rigor habría que hablar de escolarización obligatoria durante las edades en que el sistema educativo se corresponde con el nivel básico”⁴³³. La Constitución remite a la ley la determinación –que habrá de ser razonable- del alcance de la educación “obligatoria”. En este sentido, una de las medidas esenciales de la LOGSE –mantenida por la LOE- fue extender la enseñanza obligatoria en dos años, de los 6 a los 16 años (y no hasta los 14 años)⁴³⁴. En octubre de 2009 el Ministro responsable de Educación afirmó la posibilidad de ampliar la educación obligatoria hasta los 18 años, si bien, no ha vuelto a suscitarse la cuestión⁴³⁵.

El derecho a la educación tiene un principal componente de libertad, que se traduce en la posibilidad de elegir si queremos aprender –de forma reglada o no- (por ejemplo, art. 5 LOE). Sin embargo, también nos encontramos ante un derecho deber. Este deber genera diversas obligaciones tanto para el estudiante

⁴²⁹ Sobre el derecho a la educación como deber, ver el epígrafe “Del derecho al deber. Obligatoriedad de la enseñanza y enseñanza obligatoria”. En este sentido REDONDO GARCÍA (2006). Afirma Redondo que “Se trata, por tanto, de un derecho valorado de forma tan extraordinaria por la sociedad que su disfrute no puede abandonarse a la autonomía de la voluntad, sino que el ordenamiento establece deberes para asegurar su ejercicio”. También, FERNÁNDEZ-MIRANDA (1988, p. 47, nota 27).

⁴³⁰ Así, si se sigue, FERNÁNDEZ-MIRANDA (1988, p. 46), quien afirma que la “obligatoriedad de la enseñanza es, aunque parezca paradójico, consecuencia de la consideración de la libertad como fundamento del Estado”. En igual sentido DÍAZ REVORIO (2002 a, p. 52).

⁴³¹ Se ha afirmado que ni los padres ni los tutores, ni el Estado, tienen derecho a tratar como optativa la decisión de si el niño debería tener acceso a la enseñanza primaria”. NACIONES UNIDAS-COMITÉ DESC (1999 a, nº 6).

⁴³² Cabe remitir más adelante a lo expuesto en el epígrafe “Educación ‘fundamental’ y la emergente enseñanza de adultos para toda la vida”.

⁴³³ Así, FERNÁNDEZ-MIRANDA (1988, pp. 46-47). Hay posibilidad de elegir si queremos aprender –de forma reglada o no- (por ejemplo, art. 5 LOE).

⁴³⁴ Y el preámbulo de la LOGSE afirmaba que ello supone un enriquecimiento del contenido del derecho a la educación: “El derecho a la educación es un derecho de carácter social. Reclama por tanto de los Poderes públicos las acciones positivas necesarias para su efectivo disfrute. Es un derecho susceptible de enriquecerse en su progresiva concreción, alcanzando así a más ciudadanos y ofreciéndoles una mayor extensión formativa. En el Título Preliminar se concreta la enseñanza básica contemplada en el artículo 27. 4 de la Constitución, determinándose en diez años su duración, ampliándose, por consiguiente, en dos años la existente hasta ahora, y extendiéndose desde los seis hasta los dieciséis años.”

⁴³⁵ Por ejemplo, ver “Gabilondo sugiere una enseñanza obligatoria hasta los 18 años”, en *El País*, de 29 de octubre de 2009, accesible en <http://goo.gl/pjqN0>

cuanto para sus padres –si es menor-, como lo son: la escolarización obligatoria, la asistencia a clase o la obligación de estudio y rendimiento.

Por cuanto a la escolarización obligatoria, el Código civil exige dar una educación, instrucción, formación integral al menor. Ahora bien, no se especifica que ello implique la necesaria escolarización.

Artículo 142: “Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.”

Artículo 154: “Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre.

La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades:

1º) Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

La legislación de protección del menor impone el deber general de comunicar a las autoridades una posible no escolarización. Así, el artículo 13. 2º de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, LOPJM:

“Cualquier persona o autoridad que tenga conocimiento de que un menor no está escolarizado o no asiste al centro escolar de forma habitual y sin justificación, durante el periodo obligatorio, deberá ponerlo en conocimiento de las autoridades públicas competentes, que adoptarán las medidas necesarias para su escolarización.”

. El deber se hace más detallado si cabe en normas autonómicas⁴³⁶ y la Administración local tiene la atribución de “participar en la vigilancia del

⁴³⁶ Como ejemplo, en la Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana se afirma expresamente “Los padres y demás representantes legales del menor, como responsables de su educación, tienen el deber de velar para que sus hijos cursen de manera real y efectiva los niveles obligatorios de enseñanza y de garantizar su asistencia a clase. ” (art. 31, Del deber de los padres y representantes legales) y se afirma la “elaboración de un plan marco contra la desescolarización, el absentismo y el abandono escolar, cuya ejecución y seguimiento corresponderá a la Administración Local”. El plan recogerá “actuaciones en materia de prevención del absentismo escolar, de escolarización de menores absentistas y de seguimiento y apoyo escolar del alumnado con riesgo de absentismo o abandono escolar. (Art. 29 Ley valenciana 12/2008).

cumplimiento de la escolaridad obligatoria” (art. 25.2 n) LBRL). Penalmente, la no escolarización puede considerarse dejar “de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad”. Artículo 226 Código Penal:

“1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses.

2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años.”

Y frente a estas situaciones cabe denuncia del Ministerio Fiscal, además del menor o de los mismos padres (Art. 228 CP).

4. 3. 2. La educación en casa y su tratamiento jurídico

Las situaciones de rechazo al sistema educativo oficial son las más polémicas. Se reivindican sistemas alternativos a la enseñanza oficial. Se fundamentan estas demandas en la dimensión de libertad del derecho a la educación, también apoyada en los derechos de los padres a elegir la educación y el tipo de educación, e incluso la vida privada y familiar. En este sentido, cabe tener en cuenta el fenómeno de la “educación en casa”⁴³⁷. Se trata de un movimiento emergente, con bastante implantación y soporte en algunos países, especialmente anglosajones. En EEUU hay casi un millón de estudiantes en casa.

La educación en casa fue admitida históricamente en España⁴³⁸. No obstante, desde la Ley 14/1970⁴³⁹ la legislación asume que la obligatoriedad de

⁴³⁷ La mejor documentación cabe seguirla en internet: <http://en.wikipedia.org/wiki/Homeschooling>. Desde el punto de vista jurídico, www.hslda.org. Los referentes son <http://www.home-education.org.uk/>; <http://homeschooling.about.com/>; <http://www.homeschool.com/> En España, <http://www.educacionlibre.org/>. Cabe destacar jurídicamente, en todo caso, <http://madalen-homeeducation.blogspot.com> a cargo de Adalen Goiria, profesora de Derecho Civil de la EHU-UPV. Entre la doctrina, por todos, REDONDO GARCÍA (2003).

⁴³⁸ La Ley de Bases de 17 de julio de 1875, autorizando al gobierno para formar y promulgar una Ley de Instrucción Pública reconocía expresamente la educación doméstica.

Artículo 1. 3ª: La primera enseñanza podrá adquirirse en las escuelas públicas y privadas de primeras letras y en el hogar domestico. ”

Artículo 7: “La primera enseñanza elemental es obligatoria para todos los españoles. Los padres o tutores o encargados enviarán a las escuelas públicas a sus hijos y pupilos desde la edad de seis años

la educación sólo se satisface con la escolarización. Ello, sin prever sistemas que compatibilicen la educación prestada fuera del sistema a través de comunicaciones previas, autorizaciones, controles, enseñanzas a distancia, etc. En otros países como Portugal, Reino Unido, Italia o Francia se admite la educación en casa, bajo requisitos de comunicación a las autoridades y, en su caso, la superación de diversos controles periódicos. Así:

En Portugal. La legislación portuguesa consagra a los padres como responsables primeros de la educación de sus hijos (Ley 9/79) y prevé tres formas de desarrollar esta educación: Pública, privada y en la familia (decreto ley nº 553/80). Para optar por la opción de educación en casa, la familia ha de comunicarlo a las autoridades del área educativa y realizar pruebas de evaluación a los 4, 6 y 9 años.

Reino Unido. La educación en casa es legal en este país. La Sección 7 de “The Education Act 1996 (England and Wales)” reza: Los padres de los niños en “edad escolar” les darán una educación eficiente y a tiempo completo adecuada a su edad, habilidades y aptitudes y toda la educación especial que puedan necesitar, ya sea mediante la asistencia regular a una escuela o de otra manera. Un buen número de niños se educan en el hogar en este país y existen varias asociaciones y grupos de apoyo para ellos.

Italia. El decreto legislativo de Abril de 1994 nº 297 establece en el artículo 110 que los padres pueden asumir personalmente la enseñanza (obligatoria) de sus hijos. Los padres que eligen esta opción han de demostrar capacidad económica y técnica para asumir la enseñanza de sus hijos y comunicarlo anualmente a la autoridad educativa correspondiente.

Francia. La no-escolarización es legal desde 1882. La educación es obligatoria podrá ser dispensada, tanto en una escuela pública como privada, como por la familia e incluso por una tercera persona libremente elegida por la familia. Para elegir esta opción se ha de comunicar por escrito a la Autoridad competente. Se facilita la obtención de los títulos oficiales a través de convocatorias libres a los mismos, en los que no se establece la edad mínima para su obtención, siendo el propio candidato el que tiene que evaluar su capacidad para ello.⁴⁴⁰

En EEUU, la “comunidad amish” reclamaba la no escolarización por encima de los 14 años. El Tribunal Supremo, pese a la obligatoriedad de 16 años, dio prevalencia al derecho paterno y la libertad religiosa. Se consideró que la

hasta la de nueve; a no ser que les proporcionen suficientemente esta clase de instrucción en sus casas o en establecimiento particular.”

Artículo 156: “Serán admitidos a los exámenes de ingreso para la segunda enseñanza, los que hayan adquirido la primera en casa de sus padres, tutores o encargados de su educación, aun cuando no la hubieren recibido de Maestro con título.”

⁴³⁹ Al respecto de la historia de la enseñanza libre en España, y con una visión muy crítica del sistema actual, CÁMARA DEL PORTILLO y PARADA (1988, P. 73. y ss.).

⁴⁴⁰ Se sigue por <http://madalen-homeeducation.blogspot.com>, en todo caso, una referencia muy completa por países en <http://en.wikipedia.org/wiki/Homeschooling>

formación continua que daba la comunidad amish a sus hijos les preparaba para la vida en esa comunidad, al tiempo que creían firmemente que la permanencia en la escuela ponía en peligro la propia salvación de padres e hijos⁴⁴¹.

Desde instancias internacionales hay una posición proclive a la educación en casa. Frente a las posiciones que identifican la educación obligatoria con la escolarización, el relator de la ONU para la educación analizó el caso alemán y las amenazas de retirada de la patria potestad de padres que eligieron el hogar los métodos de enseñanza para sus hijos. Y al respecto ha sostenido que “El aprendizaje a distancia y métodos de enseñanza de origen representan opciones válidas que podrían desarrollarse en determinadas circunstancias, teniendo en cuenta que los padres tienen el derecho a elegir el tipo adecuado de educación para sus hijos [art. 13 PIDESC ...] La promoción y el desarrollo de un sistema de orden público, financiadas por el Gobierno la educación no debería suponer la supresión de las formas de educación que no requieren la asistencia a una escuela.”⁴⁴².

4. 3. 3. La posición de los tribunales ante la no escolarización hasta la sentencia 133/2010 del Tribunal Constitucional

El TEDH admite la escolarización forzosa, pero lo deja a la elección de los Estados. En este sentido, primero la extinta Comisión europea de derechos humanos en 1992⁴⁴³ y más recientemente el TEDH en 2006⁴⁴⁴ ha admitido la

⁴⁴¹ Se trata del caso *Wisconsin v. Yoder* 406 U. S. 205 (1972), asunto en el que se otorgó el amparo a la pretensión de los padres, miembros de la comunidad religiosa norteamericana “*amish*” de no escolarizar a sus hijos por encima de los 14 años, a pesar de que la escolaridad es obligatoria hasta los 16 años. Véase http://en.wikipedia.org/wiki/Wisconsin_v._Yoder Al respecto, también, ALÁEZ CORRAL (2003 a, p. 343).

⁴⁴² Así, en NACIONES UNIDAS- MUÑOZ VILLALOBOS (2007 a) p. 16 n° 62.

⁴⁴³ Se trata de la inadmisión del caso Renata Leuffen contra Alemania 9 de julio de 1992. El menor había quedado bajo tutela de la Oficina del menor de Düsseldorf por su inasistencia a una escuela o guardería ante la negativa de la madre - periodista independiente- que quería educarlo en casa, la Administración consideró que las escuelas convencionales tienen la ventaja de contribuir a la capacidad del niño para interactuar con éxito en el plano social, y de permitir el acceso a las escuelas secundarias, universidades o una profesión. El Tribunal Constitucional Federal el 10 de abril de 1992, rechazó el amparo considerando que estaba justificada en el interés del niño y también la menos restrictiva medios disponibles para garantizar la educación del niño. Estimó el peligro de concentrar la educación en una persona y la necesidad de aprender el comportamiento social, siendo además que la demandante puede elegir una escuela afín a sus creencias religiosas.

La Comisión entiende que el CEDH “no impide que el Estado de establecer la escolaridad obligatoria” y que “y que la verificación y el cumplimiento de las normas educativas son un integrante parte de esta facultad”. La Comisión valoró la conclusión de autoridades nacionales de que “la educación sólo por la demandante de que su hijo sería perjudicial para el niño”.

escolarización forzosa sobre la base del logro del objeto de la educación, en especial la necesaria sociabilidad del alumno, además se recuerda que los padres siguen contando con las horas no lectivas para educar a sus hijos. En todo caso, el TEDH es consciente de la falta consenso en la materia, por lo que deja la cuestión al ámbito de discrecionalidad de los Estados.

A mi juicio, hay que distinguir, esencialmente los supuestos en que se produce por dejadez o abandono de los padres o tutores, de los supuestos de la escolarización en casa, en los que la no escolarización no revela una desatención sino más bien lo contrario. En estos casos, la renuncia de los padres al sistema educativo se producen por rechazo de éste –sus contenidos y condiciones- o por preferir asumir ellos directamente la responsabilidad educativa.

Por su parte, el Tribunal Constitucional reuyó afrontar directamente la cuestión hasta 2010, aunque se inclinaba hacia la escolarización obligatoria. Así, el Tribunal Constitucional tuvo una ocasión para determinar la situación de no escolarización en estos supuestos de no abandono paterno (STC 260/1994, de 3 de octubre, caso secta “Niños de Dios”).⁴⁴⁵. La respuesta, no obstante, no fue directa a

⁴⁴⁴ Se trata de la STEDH de 11 de septiembre de 2006, caso Konrad de Fritz y otros contra Alemania. Los padres de una comunidad cristiana que está estrechamente vinculados con la Biblia que rechazan para sus hijos la educación privada y pública, especialmente en contra de la educación sexual, aduciendo también que la aparición de enanos, brujas y hadas en los materiales son inadmisibles, además de alegar el aumento de la violencia física y psicológica entre los alumnos. Por ello optaron por seguir el plan de estudios y materiales de la “Escuela de Filadelfia”, una institución con sede en Siegen que no está reconocida como una escuela privada por el Estado. Prepara materiales de apoyo especialmente preparados para las enseñanzas religiosas y supervisa la educación, incluyendo algunos encuentros ocasionales. Les fue denegada su solicitud de exención a la obligatoriedad de asistencia al centro educativo. El artículo 72. 1º de la Ley de Educación de Baden Wuttemberg impone la escolarización: “El cumplimiento de la escolarización obligatoria: Todos los niños y jóvenes están obligados a asistir a la escuela, mientras no se proporcione algún otro tipo de educación o instrucción suficiente. En lugar de asistir a la escuela primaria, puede admitirse algún otro tipo de instrucción sólo de manera excepcional y con la autorización del Consejo Escolar”. El Tribunal Constitucional alemán el 29 de abril de 2003 rechaza el amparo aduciendo casos anteriores por no lesionar el derecho de los padres a educar a sus hijos ni su libertad religiosa. Que la educación garantizada no es sólo transmisión de conocimientos, sino la ecuación de ciudadanos responsables que participan en una sociedad democrática y plural, habiéndose de evitar la emergencia de sociedades paralelas basadas en convicciones filosóficas minoritarias. La sociedad tiene interés en integrar a las minorías, de ahí que la imposición era una injerencia proporcionada. Que la educación en casa no es eficaz para estos objetivos. Se considera que la imposición no lesiona el derecho de los padres a educar a sus hijos, antes y después del horario escolar así como durante los fines de semana.

El TEDH señala que los padres no podrán denegar el derecho del niño a la educación sobre la base de sus convicciones, con remisión a la decisión del caso Leuffen de 9 de julio de 1992) y que los niños no están en capacidad de adoptar ese tipo de decisiones, de modo que el CEDH permite imponer la escolarización obligatoria. Se afirma que no hay consenso entre los Estados respecto de la asistencia obligatoria a escuelas primarias y las autoridades y tribunales han motivado bien sus decisiones, especialmente por cuanto al objeto de integración social de la educación y se acoge expresamente a los argumentos del Tribunal Constitucional alemán.

⁴⁴⁵ La STC 260/1994, de 3 de octubre, caso niños de Dios, versa sobre la declaración de desamparo de unos menores por riesgo de la salud física y mental al permanecer en una secta destructiva.

la cuestión y la sentencia parecía inclinarse por la escolarización obligatoria. Se dieron afirmaciones indirectas de la “debida escolarización” y el “derecho a ser escolarizados” de los menores “y a cuya verificación vienen obligados quienes de ellos son responsables” (FJ 3º)⁴⁴⁶. El voto particular de Gimeno Sendra sí que dio una respuesta directa⁴⁴⁷. Consideró aquél magistrado que “la libertad religiosa no ampara un supuesto derecho de los padres a la no escolarización de los hijos bajo el pretexto de que sólo ellos han de impartir la educación que estimen conveniente”. En cualquier caso, por cuanto al tratamiento penal del problema se señalaba que hay medios proporcionales para conseguir el objetivo sin ser necesaria la privación de tutela de los hijos a los padres, habiendo medios administrativos para lograr la escolarización⁴⁴⁸.

En los tribunales ordinarios, frente a la no escolarización las respuestas han sido variadas, si bien suelen dar una respuesta muy diferente a que se trate de un supuesto de abandono por los padres⁴⁴⁹ frente al supuesto de “objeción” al sistema educativo. En este último, los tribunales han excluido la criminalización de los padres o tutores. Así, destaca la interesante STS de 30 de octubre de 1994⁴⁵⁰. Esta sentencia excluye la vía penal en los casos de enseñanza familiares o de comunidades cerradas, siempre que su actividad no sea contraria al código

La sentencia de la Audiencia consideraba que la escolarización fuera del sistema oficial era aceptable para la Constitución, mientras que la Administración recurrente considera que la formación integral que reconoce el artículo 27 CE no puede hacerse efectiva dejando a los menores fuera de centros homologados. El Ministerio Fiscal consideraba que no se ha probado que los menores no reciban una educación que tienda al pleno desarrollo de la personalidad humana, que “la falta de un camino o vía única establecida para lograr esa finalidad supone que cualquier medio por el que la misma se logre es conforme con el derecho fundamental, sin que las vías establecidas por el Estado sean exclusivas o excluyentes”, por lo que no se vulnera el derecho.

⁴⁴⁶ STC 260/1994, de 3 de octubre, FJ 3º: “Con la privación de la tutela no ve cercenadas o anuladas la Generalidad sus facultades en orden al aseguramiento de la debida escolarización de los menores, ni éstos su derecho a ser escolarizados, pues los autos recurridos se limitan a dejar sin efecto la declaración de desamparo y la asunción de la tutela, sin que en modo alguno se desprenda de sus partes dispositivas que la Generalidad no pueda servirse de los instrumentos de los que legalmente está dotada para hacer efectiva la escolarización a la que todo menor tiene derecho y a cuya verificación vienen obligados quienes de ellos son responsables.”

⁴⁴⁷ Voto particular de Gimeno Sendra a la STC 260/1994: “El presente recurso de amparo plantea el, ante este Tribunal, novedoso problema de determinar si el derecho a la educación consiste en la «total libertad de los padres para orientar (a los hijos) hacia las convicciones morales, religiosas o filosóficas que crean más adecuadas a su formación intelectual y somática» (F. 8, *in fine*, de la resolución recurrida) -en cuyo caso dicho derecho se confundiría con la «libertad ideológica y religiosa» del art. 16, reconduciéndose al derecho contemplado en el art. 27. 3- o, si dicho derecho consiste esencialmente en el derecho del niño a ser escolarizado con la consiguiente obligación de los poderes públicos de procurar dicha escolarización, incluso obligatoriamente, si ello fuera del todo punto necesario.”

⁴⁴⁸ Así, con acierto DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 46).

⁴⁴⁹ La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 238/2002 (Sección 10), de 30 abril (JUR 2002\185690) afronta un caso de toxicomanía materna y dejación de asistencia escolar obligatoria. La Administración declaró el desamparo de dos niños al constatarse la dejación escolar y sanitaria.

⁴⁵⁰ (RA 1669/1994).

penal y al objeto de la educación⁴⁵¹. La no criminalización se ha dado en supuestos de no escolarización por disconformidad con el sistema oficial de enseñanza, al tiempo de facilitarse una educación “similar” en una Asociación por personal no titulado⁴⁵². Más allá de la vía penal, un tribunal civil sí que consideró lesión del derecho a la educación del menor por la no escolarización, a pesar de que se consideraba suficiente la enseñanza impartida por los padres⁴⁵³.

⁴⁵¹ El Tribunal Supremo considera fuera del tipo penal a los modelos de enseñanza que desarrollen en el ámbito estricto de un núcleo familiar clásico o incluso comunidades cerradas de estructura casi-familiar, sin perjuicio de que en su actividad actuasen frontalmente contra el objeto de la educación vulnerando la ley. El derecho a la educación y las obligaciones que implica para los poderes públicos, “no se interfiere necesariamente en el derecho de los padres a que sus hijos reciban formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones sin que las vías establecidas por el Estado sean exclusivas o excluyentes, de manera que no cabe descartar los modelos educativos basados en la enseñanza en el propio domicilio siempre que se satisfaga con ella la necesaria formación de los menores.”

⁴⁵² Se sigue esta sentencia expresamente en la Sentencia Audiencia Provincial de Granada núm. 112/1996, de 29 febrero (ARP 1996\88), ante la afirmándose que el problema “debe ser resuelto en jurisdicciones, en el más amplio sentido, o instancia, ajenas a lo penal en principio, véase STC 260/1994”.

Los padres fueron condenados por falta del art. 584. 1º del CP, a la pena de tres días de arresto menor. El juzgador plantea así el conflicto (FJ 1º): “la cuestión a resolver en este recurso, como lo fue en la sentencia de primera instancia, es la de decidir si la conducta de una persona que ejerce la función de la patria potestad sobre sus hijos menores consistente en no escolarizarlos en Centros oficiales o privados autorizados para impartir la Enseñanza General Básica obligatoria, al no estar conforme, según su opinión, con el sistema oficial que en ellos se sigue y que, a cambio, se les facilita otra posiblemente similar en una Asociación e impartida por personal no titulado, integra o no la falta anteriormente especificada, o si, por el contrario, al infringir, en principio, el art. 23 de la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Educación, debe quedar al campo meramente administrativo, dentro de las facultades tuitivas que se encomiendan a los Poderes Públicos en defensa de la protección de la Educación indicada obligatoria con las medidas y acciones pertinentes administrativas propiamente dichas e incluso hechas valer ante los Tribunales Civiles, pero distintos de esta penal.”

⁴⁵³ La sentencia de la Audiencia Provincial Málaga núm. 548/2005, de 6 de junio (AC 2005\1654) desestima apelación frente a sentencia civil que ordenaba a los padres a escolarizar a sus hijas, basándose en los apartados 4º y 5º del artículo 27 (obligatoriedad y posición garante de los poderes públicos). FJ 2º:

“Considerando que la parte apelante entiende infringido el artículo 27 de la Constitución (RCL 1978, 2836), pero olvida que tal precepto dice en su número 1 que todos tienen el derecho a la educación y que se reconoce la libertad de enseñanza, para añadir en su número 4 que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita, y en su número 5 que los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.

Se trata de un supuesto en el que constan “opiniones de profesionales que ven suficiente y decorosa la enseñanza que imparten a sus hijos los apelantes” y centra la cuestión en si la educación familiar satisface la obligatoriedad a la que impele el artículo 27. 4º o debe ser completada por una enseñanza oficial.

FJ 3º: “Considerando que, centrados así los términos del debate, es obvio que el objeto del recurso es determinar si las clases que los padres dan a sus hijos en el seno de la familia bastan para cumplir el mandato constitucional, sin necesidad ni obligación de hacer uso de centros autorizados y homologados, sean públicos o privados, o si la enseñanza de los progenitores ha de completar o ser completada por una enseñanza oficial, teniendo en cuenta que a la edad de los menores debe ser gratuita y debe ser obligatoria la llamada enseñanza básica.”

Y con apoyo expreso de la opinión de Gimeno Sendra (FJ 3º), optando por esta segunda alternativa “al entender integrada en el concepto básico de educación la escolarización, no solo por los

De forma más indirecta, en algún supuesto se ha señalado que el internamiento en una Colonia en vez de una vida familiar “normal” no es causa de situación de desamparo, quedando la escolarización garantizada⁴⁵⁴.

4. 3. 4 La imposición de la escolarización obligatoria por el Tribunal Constitucional en su sentencia 133/2010

La STC 133/2010, de 2 de diciembre ha dejado la cuestión clara. Esta sentencia parte de que la escolarización obligatoria no es una imposición del artículo 27 CE, pero que el legislador “puede optar en ejercicio del margen de libre apreciación política que le corresponde en virtud del principio de pluralismo político” (FJ 7º). Y el legislador ha optado por la escolarización obligatoria sin que ello lesione el derecho a la educación. Para el Tribunal, la imposición de la escolarización no afecta ningún derecho fundamental de padres o alumnos y, aunque afectase algún derecho, se trataría de una restricción legal admisible constitucionalmente.

De un lado, para el Alto Tribunal, a través de una “correcta delimitación del contenido de los derechos” se excluye que la obligación de escolarización afecte a ningún derecho o libertad del artículo 27 CE (FFJJ 5º y 6)⁴⁵⁵. Así, señala el TC

beneficios que en los menores puede producir mientras se desarrolla, sino también por los beneficios futuros en orden al aprendizaje futuro en el marco de grados y titulaciones.” (FJ 3º). La educación en casa “no es eso lo mínimo que la Sociedad actual permite dentro del progreso alcanzado en materia social” (FJ 3º).

⁴⁵⁴ Se trata de la sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 829/1999 (Sección 6), de 23 noviembre (AC 1999\2211), que revoca la decisión de Asuntos sociales que declaraba el desamparo y asumía la tutela que había sido ratificada en primera instancia. La Resolución de la Delegación Provincial de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía de 10-1-1997, por la que se había declarado la situación legal de desamparo del menor Víctor Alfonso R. P. y asumido «ex lege» su tutela.

El padre había internado al menor en una “Colonia” que visitaba como médico y en la que la situación no era problemática, pese a la comida vegetariana y no se detectaban perjuicios psicológicos en el menor. Cuestión diferente es que no obedeciera a un modelo tradicional de familia y considerase como hermanos a los demás niños y como padres a sus cuidadores, por lo que el padre no dispensaba un trato a su hijo diferente a los demás niños. Recuerda la sentencia que la situación de desamparo requiere dejación de deberes paternos (requisito subjetivo) con resultado de abandono y falta de asistencia (objetivo), asimismo señala que no hay un derecho fundamental a la familia y que el desamparo no se basa en la falta de afecto. Considera finalmente que todo cabe enmarcarlo en el ámbito del artículo 27. 3º CE.

⁴⁵⁵ STC 133/2010, de 2 de diciembre FJ 6º: “El primero de los dos motivos de desestimación anunciados reside, pues, en que la correcta delimitación del contenido de los derechos constitucionales invocados por los recurrentes conduce a negar que la imposición del deber de escolarización a través del art. 9 LOCE, cuya efectividad ha hecho valer la jurisdicción a través de las resoluciones impugnadas en este recurso, llegue a tener relevancia constitucional.”

(FJ 5º) que “la invocada facultad de los padres de elegir para sus hijos una educación ajena al sistema de escolarización obligatoria por motivos de orden pedagógico no está comprendida, ni siquiera prima facie, en ninguna de las libertades constitucionales que la demanda invoca y que el art. 27 CE reconoce.” Y no lo está porque los padres pueden enseñar a sus hijos fuera del colegio y, si lo desean, crear un centro con su proyecto educativo⁴⁵⁶. La libertad paterna, afirma el tribunal, se limita a elegir centro docente y que reciban formación religiosa y moral. Y este derecho no estaba a juicio del Tribunal comprometido, puesto que las alegaciones paternas para salir de la enseñanza reglada era el fracaso escolar⁴⁵⁷. Por todo ello “el derecho a la educación en su condición de derecho de libertad no alcanza a proteger, siquiera sea prima facie, una pretendida facultad de los padres de elegir para sus hijos por razones pedagógicas un tipo de enseñanza que implique su no escolarización en centros homologados de carácter público o privado.”⁴⁵⁸

De otro lado, aun para el caso de que se considerase que la escolarización obligatoria afecta a algún derecho fundamental, se entiende que la restricción está establecida convenientemente a través de una ley y es admisible por contar con finalidad legítima, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (FFJJ 7º y 8º).⁴⁵⁹ Por cuanto a la finalidad de la medida, se considera que la opción del

⁴⁵⁶ *Ibidem* FJ 5º: “a) No lo está, en primer lugar, en la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE) de los padres, que habilita a éstos, como a cualquier persona, a enseñar a otros, en este caso a sus hijos, tanto dentro como fuera del sistema de enseñanzas oficiales [...] las resoluciones impugnadas y las normas que éstas aplican no impiden en modo alguno que los recurrentes enseñen libremente a sus hijos fuera del horario escolar [y tampoco impiden] la facultad de enseñar a los hijos sin perjuicio del cumplimiento de su deber de escolarización, de un parte, y a la facultad de crear un centro docente cuyo proyecto educativo [que] se compadezca mejor con sus preferencias pedagógicas o de otro orden.”

⁴⁵⁷ *Ibidem*: “b) [...] el derecho de todos a la educación (art. 27.1 CE) [...] no alcanza a proteger en su condición de derecho de libertad la decisión de los padres de no escolarizar a sus hijos. [...] La] determinación por los padres del tipo de educación que habrán de recibir sus hijos [...] se limita [...] a la] libertad de los padres para elegir centro docente (ATC 382/1996, de 18 de diciembre, FJ 4) y al derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE), un derecho éste que [...] no se ve comprometido en el presente supuesto [...], en el que las razones esgrimidas por los padres para optar por la enseñanza en casa no se refieren en modo alguno al tipo de formación moral o religiosa recibida por sus hijos, sino a razones asociadas al "fracaso escolar de la 'enseñanza oficial'" e imputadas a la "asistencia obligatoria a esos centros oficiales, ya sean públicos o privados”.”

⁴⁵⁸ *Idem*.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, FJ 7º: “la imposición del deber de escolarización de los niños de entre seis y dieciséis años (arts. 9.2 LOCE y 4.2 LOE), a cuya efectividad sirven las resoluciones judiciales recurridas, constituye un límite incorporado por el legislador que resulta constitucionalmente viable por encontrar justificación en otras determinaciones constitucionales contenidas en el propio art. 27 CE y por no generar una restricción desproporcionada del derecho controvertido. [...] la imposición normativa del deber de escolarización y la garantía jurisdiccional de su efectividad encontrarían justificación constitucional en el mandato dirigido a los poderes públicos por el art. 27.2 CE y en el derecho a la educación que el art. 27.1 CE reconoce a todos, incluidos los hijos de los ahora recurrentes en amparo (STC 260/1994, de 3 de octubre, FJ 2 in fine).”

legislador responde a mandatos constitucionales de artículo 27. 5º (programación) y 8º CE (homologación). Es más, en lo que es la decisión nuclear de la sentencia, respecto del juicio de indispensabilidad de la medida el Tribunal Constitucional insiste en que la finalidad del artículo 27. 2º CE “se ve satisfecha más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización.”

Ya por cuanto la proporcionalidad estricta de la medida, se expone, como ya se ha adelantado, que los padres pueden educar fuera del horario escolar y que si quieren pueden fundar un centro docente (FJ 8º).

Así pues, la sentencia es contundente. Las afirmaciones son tan rotundas que pese a reconocer que la escolarización obligatoria es una opción del legislador, pone difícil que se adoptase otra decisión, puesto que el objetivo del artículo 27 CE. 2º CE parece que sólo puede lograrse con el contacto social del alumno en las aulas.

4. 3. 5. La conveniencia de adoptar posiciones flexibles

El Defensor del Pueblo –y otras figuras afines⁴⁶⁰–, aunque tímidamente y siempre antes de la reciente sentencia de 2010 que ahora se comenta, adoptó una línea favorable a la educación en casa. Consideró que el fenómeno “es revelador de la creciente pluralidad de la sociedad” y estudió la materia en 2006 a fin de modificaciones normativas “para el reconocimiento en nuestro ordenamiento educativo de la validez de la fórmula educativa que propugnan los promoventes”⁴⁶¹. A raíz de tal interés en 2007 y del requerimiento del Defensor del Pueblo al Ministerio de Educación, desde ahí se le informó que “el Ministerio de Educación y Ciencia no tiene intención alguna de realizar modificaciones normativas, en la línea propugnada por los promoventes de las citadas quejas”, sin ulterior actuación de la institución⁴⁶². Puede entenderse que

⁴⁶⁰ Diversos defensores autonómicos también mostraron el interés por el fenómeno emergente, expresando el deseo de un debate social que lleve a un acomodo legislativo de la cuestión, el Defensor del Pueblo Riojano, el Defensor del Pueblo Andaluz, en su informe al Parlamento de 2005, Arkateco 2006, referencia de <http://madalen-homeeducation.blogspot.com> por Adalen Goiria, profesora de Derecho Civil de la EHU-UPV.

⁴⁶¹ Ver, DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 a), pp. 374-375).

⁴⁶² A raíz de tal interés del Defensor del Pueblo, en 2007 y del requerimiento al Ministerio de Educación, se informó al Defensor del Pueblo que “el Ministerio de Educación y Ciencia no tiene

para el Defensor del Pueblo esta posición legislativa de inacción se admitía como constitucional. En la doctrina cabe destacar una posición contundente a favor de la escolarización obligatoria por parte de Aláez⁴⁶³.

A pesar de la sentencia, y aun reconociendo que es un terreno de fuerte discrecionalidad para el legislador, en mi opinión, la dimensión de libertad del derecho a la educación exige adoptar soluciones flexibles como las de otros países. Más allá de valoraciones como que la educación reglada sea el mejor instrumento para la educación del niño y el vehículo a su sociabilidad, considero que la dimensión de libertad del derecho a la educación exige adoptar soluciones flexibles que permitan cohonstar el interés de los padres con las garantías de la educación y de la integración en el sistema educativo para ulteriores etapas. Como sucede en diversos países, habrían de arbitrarse medidas que permitan la educación en casa y el necesario control, a través de comunicaciones, autorizaciones, controles periódicos, etc.

4. 3. 5. El deber de asistencia a las clases y el pseudo derecho de huelga

Como se ha adelantado, el deber de educación implica en general el deber de estudio y aprovechamiento. Asimismo, cabe tener en cuenta la exigencia de adoptar medidas para evitar la deserción escolar frente a lo cual hay que adoptar medidas (art. 28. 1 el CDN)⁴⁶⁴. El deber de estudio suele concretarse en el deber de asistencia, lo cual tiene su diverso reflejo normativo. El artículo 35 LODE dispone que “El estudio constituye un deber básico de los alumnos y se concreta en las siguientes obligaciones: a) Asistir a clase con puntualidad y participar en las actividades orientadas al desarrollo de los planes de estudio.”. Asimismo, en la Exposición de Motivos del Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo de derechos y deberes, se afirma:

“El deber más importante de los alumnos es el de aprovechar positivamente el puesto escolar que la sociedad pone a su disposición. Por ello, el interés por aprender y la

intención alguna de realizar modificaciones normativas, en la línea propugnada por los promoventes de las citadas quejas”, sin ulterior actuación de la institución. Ver, DEFENSOR DEL PUEBLO (2008, p. 595 y ss.). Referencias (06042663 y 07035931).

⁴⁶³ ALÁEZ CORRAL (2003 a, p. 344.).

⁴⁶⁴ CDN, artículo 28. 1. e): “Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar”.

asistencia a clase, es decir, el deber del estudio es la consecuencia del derecho fundamental a la educación.”

A veces incluso, para el fortalecimiento de este deber se dan con restricciones de la libertad de circulación del menor⁴⁶⁵.

Por cuanto al posible derecho de huelga del alumnado, el Tribunal Supremo negó que la inasistencia pueda ser acogida en el ámbito de este derecho⁴⁶⁶. Por su parte, Aláez afirma que es “inviabile” que las llamadas “huelgas” estudiantiles entren en el ámbito de realidad del derecho a la huelga del artículo 28 CE⁴⁶⁷. Ahora bien, que no se trate del derecho fundamental a la huelga del artículo 28 CE no impide en modo alguno el reconocimiento de un derecho a la inactividad o a no asistencia a clase del alumno como vehículo reivindicativo y que de ello no puedan derivarse consecuencias disciplinarias. Aun con conexiones con la libertad de expresión, este derecho sería de naturaleza legal, pero no derecho fundamental. Obviamente, las consecuencias académicas del ejercicio de este supuesto derecho las debe asumir el alumno, puesto que el derecho a la educación no resistiría la merma de exigencia académica por el ejercicio de este derecho legal. La normativa autonómica comenzó a reconocer a modo de un derecho de huelga al estudiante, como medida de manifestación de discrepancias. Así, se siguen fórmulas muy reglamentadas, como la muy extensa regulación en Canarias en 1995⁴⁶⁸, o algo más restrictiva en Navarra en 1992⁴⁶⁹ o Andalucía en 1999⁴⁷⁰.

⁴⁶⁵ Como recuerda Escobar, “algunas Comunidades Autónomas y, de forma anecdótica, algún municipio, han dictado normas prohibiendo, respectivamente, la salida de clase en el recreo y las salidas nocturnas, fundando dichas restricciones a la libertad de circulación en el deber público de garantizar la escolarización obligatoria. En este punto corresponde examinar la posibilidad de un derecho a la huelga en la educación que se enfrentaría a este deber de asistencia a las clases.” ESCOBAR ROCA (2005 a, pp. 62-63).

⁴⁶⁶ Cabe destacar la exclusión al colectivo estudiantil de la titularidad del derecho de huelga. Sobre el particular hay que señalar la STS (Sala 3ª) de 6 de mayo de 1991 (RJ 1991\4318) relativa al reconocimiento de este derecho de huelga en el proyecto de Estatuto de la Universidad Autónoma de Madrid, que, no obstante, no fue incluido en el finalmente aprobado por medio del Real Decreto 1085/1989, de 1 de septiembre. El Tribunal Supremo, en el FJ 6º, señaló que la titularidad de este derecho “excluye a los alumnos en sus relaciones con los enseñantes en el ejercicio de sus derechos de educación y en consonancia con el deber de estudios”.

⁴⁶⁷ ALÁEZ CORRAL (2003 a, p. 117).

⁴⁶⁸ Por ejemplo, el modelo canario que implica que el Consejo escolar debe autorizarla de concurrir requisitos como la aprobación por los delegados del alumno, por propia iniciativa o a propuesta de un número mínimo del alumnado, preaviso, comunicación. Se fijan máximos de inasistencia y garantías de permanencia en el centro a quienes no secunden la docencia. Así, en los extensos artículos 29 y 30 del ya derogado Decreto 292/1995, de 3 de octubre, de Canarias, reemplazado por el Decreto 114/2011, de 11 de mayo.

A nivel estatal, la LOE en 2006 reformó la LODE para acoger a modo de un derecho de huelga, en el ámbito del derecho de reunión de los estudiantes a partir de tercer curso ESO -14 años- (Art. 8 LODE):

“A fin de estimular el ejercicio efectivo de la participación de los alumnos en los centros educativos y facilitar su derecho de reunión, los centros educativos establecerán, al elaborar sus normas de organización y funcionamiento, las condiciones en las que sus alumnos pueden ejercer este derecho. En los términos que establezcan las Administraciones educativas, las decisiones colectivas que adopten los alumnos, a partir del tercer curso de la educación secundaria obligatoria, con respecto a la asistencia a clase no tendrán la consideración de faltas de conducta ni serán objeto de sanción, cuando éstas hayan sido resultado del ejercicio del derecho de reunión y sean comunicadas previamente a la dirección del centro”.

Esta posibilidad ha de ser desarrollada autonómicamente. Y así ha sido en la ola de decretos autonómicos de normas de convivencia derechos y deberes del alumnado tras la LOE en Extremadura, Comunidad Valenciana, La Rioja, Aragón, Baleares o Canarias bajo fórmulas de “derecho de reunión”, “decisiones colectivas de inasistencia” o “derecho a participar en la vida del centro”⁴⁷¹.

Finalmente, respecto del deber de aprovechamiento del estudio cabe remitir a lo que se dirá respecto de la progresión y permanencia educativa⁴⁷².

⁴⁶⁹ Así en la regulación hasta hace poco vigente en Navarra, artículo 14 del Decreto foral 417/1992, de 14 de diciembre, por el que se establecen los derechos y deberes de los alumnos de centros de niveles no universitarios en Navarra, artículo 14. 2º: 2. En el ámbito de la Educación Secundaria postobligatoria, en caso de que la discrepancia se manifieste con una propuesta de inasistencia a clase, la inasistencia no se considerará como falta sancionable, siempre que la propuesta cumpla los unos requisitos que fija la norma y que han de ser verificados por la Dirección del Centro y, luego, por el Consejo Escolar. Actualmente vigente el Decreto Foral 47/2010, de 23 de agosto.

⁴⁷⁰ En Andalucía la normativa es muy similar, si no idéntica a Navarra. Artículo 18 4º y siguientes del Decreto 85/1999, de 6 abril, que regula los derechos y deberes del alumnado y las correspondientes normas de convivencia en los centros docentes públicos y privados concertados no universitarios.

⁴⁷¹ Artículo 20 “Derecho de reunión” en Decreto 50/2007, de 20 de marzo, de Extremadura; artículo 34 “Decisiones colectivas de inasistencia a clase” en el Decreto 39/2008, de 4 de abril; Disp. Ad. 8ª “Decisiones colectivas de los alumnos” Decreto 4/2009, de 23 de enero, de La Rioja; artículo 10 “A reunirse en el centro” en Decreto 73/2011, de 22 de marzo de Aragón, artículo 18 “Derecho de reunión” en Decreto 121/2010, de 10 de diciembre, Illes Balears y Artículo 9. Derecho a participar en el funcionamiento y en la vida del centro en el Decreto 114/2011, de 11 de mayo, que regula la convivencia en el ámbito educativo de la Comunidad Autónoma de Canarias.

⁴⁷² Ver *infra*: “El derecho a la permanencia y progresión en los centros y en el sistema educativo ordinario”.

5. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LAS DIVERSAS ENSEÑANZAS Y NIVELES EDUCATIVOS

5. 1. LA ESTRUCTURA DEL SISTEMA EDUCATIVO

Según describe el artículo 3 LOE, el sistema educativo ofrece las siguientes enseñanzas como de “régimen general”, a saber:

- Educación infantil (0-6 años), no es obligatoria, dividida en dos ciclos, de 3-6 años se garantiza la gratuidad.

- Educación básica: toda obligatoria. Educación primaria (6-12 años), en tres ciclos y ESO (Educación secundaria obligatoria, 12-16 años), cuatro cursos. Gratuidad.

- Educación secundaria postobligatoria: Bachillerato, dos cursos, formación profesional grado medio –dos cursos- y deportivas grado medio (16-18 años), no gratuitas.

- Educación superior: universitaria enseñanzas artísticas superiores, la formación profesional de grado superior, las enseñanzas profesionales de artes plásticas y diseño de grado superior y las enseñanzas deportivas de grado superior (por lo general, desde 18 años).

De otra parte, se consideran “enseñanzas de régimen especial”: idiomas y, también, enseñanzas artísticas y deportivas (éstas, tras los 16 años y la ESO).

Asimismo y por último, de forma reglada o no, cabe tener en cuenta la educación de personas adultas.

La educación –reglada- se recibe en centros públicos, centros concertados o centros privados, así como universidades públicas o privadas. Según el ciclo, los centros públicos se denominan “Escuelas infantiles”, “Colegios de Educación primaria” (si es conjunto “colegios de educación infantil y primaria”) e “Institutos de educación secundaria” (art. 111 LOE). Si son para alumnos necesidades educativas especiales en centros no ordinarios se denominan “centros de educación especial”. Los centros privados reciben cualquier denominación diferente a la anterior (114 LOE).

En España, hay un 70,2% (2008), un 67,7% (2011) de enseñanza pública frente a un 25,3% concertada y un 4,6% de enseñanza privada no concertada⁴⁷³. En las enseñanzas no universitarias, hay 7.205.890 alumnos: 1.602.515 alumnos de Educación infantil (64,3% públicos, 35,7% privados); 2.603.175 alumnos en Primaria (67,3% públicos, 32,7% privados); 1.826.825 en ESO (66,6 % públicos, 33,4 % privados); 625.275 cursan Bachillerato (74,4% públicos, 25,6 % privados); 500.545 estudian Formación Profesional (75,6 % públicos, 24,4% privados). 29.555 en educación especial (54,2% públicos, 45,8 % privados). El número de alumnos por unidad ha ido descendiendo paulatinamente. En 2005-6 en la enseñanza pública en Primaria es de 19,3 alumnos, mientras que en la concertada es de 24,2. En ESO es de 23,8 en la pública y 26,9 en la concertada. Por cuanto al número medio de alumnos por profesor, 2004-2005, en España se calcula 14,3 alumnos por profesor en Primaria; 12,5 en Secundaria primera etapa y 8, 1 en segunda etapa⁴⁷⁴. El número de alumnos por unidad ha ido descendiendo paulatinamente. En 2005-6 en la enseñanza pública en Primaria era de 19,3 alumnos, mientras que en la concertada es de 24,2. En ESO es de 23,8 en la pública y 26,9 en la concertada. El número medio de alumnos por profesor en 2009-2010 es de 11,3 alumnos por profesor (Cantabria 9,2 y Andalucía 12,4), siendo de 13, 1 en primaria, 10,3 en ESO primera etapa y 8,7 ESO segunda etapa. España se sitúa en un lugar medio en Europa, que oscila entre los 10 alumnos por profesor en Italia o los 18 de Alemania⁴⁷⁵.

5. 2. LA ENSEÑANZA GENERAL NO UNIVERSITARIA

La educación infantil

La educación preescolar (“infantil”, en términos del art. 3. 2º a) LOE) va de cero a seis años (de 4 a 6 años es gratuita) no es obligatoria. Difícilmente podría considerarse obligatoria esta fase educativa en virtud de un derecho de los padres a impartir a sus hijos una educación doméstica en sus primeros años de vida⁴⁷⁶, derecho amparable en la intimidad familiar (art. 18. 1º CE) con interpretación en

⁴⁷³ MEC (2008), algo más de enseñanza privada que la media europea (79,4% frente a un 13,7% concertada y un 2,5% privada). De los no universitarios, el 67,6% lo hacen en centros públicos (4. 870. 090) y el 32,4% en centros privados (2. 335. 800). También en MEC-INCE (2010 a) y MEC 2010 b).

⁴⁷⁴ Así, MEC (2008) y MEC-INCE (2010).

⁴⁷⁵ MEC-INCE (2010, p. 13).

⁴⁷⁶ DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 47). También, MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ (1979, p. 239).

torno a la vida familiar (art. 8 CEDH)⁴⁷⁷. Pese a no ser obligatoria, la educación infantil queda incluida en el artículo 27 CE⁴⁷⁸ cuando está estructurada y prestada en centros educativos. De hecho se recomienda mundialmente que sí forme parte del sistema educativo ordinario y gratuito⁴⁷⁹. El Parlamento europeo ha insistido en la necesidad de aumentar inversiones y el fomento en el acceso a esta educación, sobre la base de que es “la etapa más fructífera de todo el proceso de aprendizaje”⁴⁸⁰. Hoy día el porcentaje de escolarización en esta etapa se sitúa en torno al 20%, muy por encima de la media europea⁴⁸¹. En 2010, a los tres años la media Unión Europea es del 76,7%, un 97,6% en España.⁴⁸²

El primer ciclo no es gratuito. La falta de plazas públicas o su mala distribución en las menores edades (de 0 a 3 años) –no exigibles jurídicamente– es significada por el Defensor del Pueblo⁴⁸³. La LOE, en su artículo 15. 1º, de forma programática no exigible, insta a las Administraciones públicas a que desarrollen progresivamente una oferta suficiente de plazas en el primer ciclo. De forma más taxativa dispone que “El segundo ciclo de la educación infantil será gratuito” y que “las Administraciones educativas garantizarán una oferta suficiente” (art. 15 LOE). El Estado tiene un papel importante en la regulación de la educación infantil, con creciente protagonismo de las Comunidades Autónomas básicamente respecto de los contenidos y evaluación (art. 14. 7º LOE).

En los últimos años destaca el plan de impulso a la creación de nuevas plazas escolares para niños de entre 0 y 3 años, Educa3, para lograr cuatro años un total de 300.000 nuevas plazas educativas para la educación infantil de primer ciclo. Los resultados, no obstante, parecen más modestos⁴⁸⁴.

⁴⁷⁷ De ahí que se configura bajo la “responsabilidad fundamental de las madres y padres”, por lo que se subraya que “los centros de educación infantil cooperarán estrechamente con ellos.” (art. 12. 3º LOE).

⁴⁷⁸ Así, STS 3 diciembre 1987 (RJ 1987\9376), FJ 4º.

⁴⁷⁹ En el ámbito mundial, se ha significado el caso alemán, recomendándose que la educación preescolar debería formar parte del sistema educativo ordinario, que debe facilitarse de forma gratuita y accesible a todos los niños, y que la gestión de la admisión a la educación. Ver, NACIONES UNIDAS-MUÑOZ VILLALOBOS (2007 a) Recomendación d) p. 22.

⁴⁸⁰ PARLAMENTO EUROPEO (2007), nº 11.

⁴⁸¹ Información del Ministerio de Educación, <http://www.educacion.es/horizontales/iniciativas/educa3.html>

⁴⁸² MEC-INCE (2010, p. 15).

⁴⁸³ DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 a), pp. 368). Y en DEFENSOR DEL PUEBLO (2008, p. 588-589).

⁴⁸⁴ Según la información institucional al respecto (<http://www.educacion.es/horizontales/iniciativas/educa3.html>) se trata de un plan integral que, en colaboración con las Comunidades Autónomas. Educa3, que cuenta con un presupuesto de 1. 087 millones de euros, repartidos al 50% entre el Ministerio y las Comunidades Autónomas, permitirá dar respuesta a la

La enseñanza “básica”

La enseñanza “básica” (LOE) ha de incluir como mínimo la internacionalmente denominada enseñanza “elemental” (art. 26 DUDH) o “primaria” (art. 13 PIDESC, 29 CDN). La enseñanza “elemental” es “el componente más importante de la educación básica”⁴⁸⁵. Por exigencia internacional esta enseñanza “primaria” ha de ser “obligatoria” e inequívocamente gratuita. En este sentido, el Comité DESC afirma⁴⁸⁶:

“7. Gratuidad. El carácter de este requisito es inequívoco. El derecho se formula de manera expresa para asegurar la disponibilidad de enseñanza primaria gratuita para el niño, los padres o los tutores. Los derechos de matrícula impuestos por el Gobierno, las autoridades locales o la escuela, así como otros costos directos, son desincentivos del disfrute del derecho que pueden poner en peligro su realización. Con frecuencia pueden tener también efectos altamente regresivos. Su eliminación es una cuestión que debe ser tratada en el necesario plan de acción. Los gastos indirectos, tales como los derechos obligatorios cargados a los padres (que en ocasiones se presentan como voluntarios cuando de hecho no lo son) o la obligación de llevar un uniforme relativamente caro, también pueden entrar en la misma categoría. Otros gastos indirectos pueden ser permisibles, a reserva de que el Comité los examine caso por caso. Esta disposición no está en modo alguno en conflicto con el derecho reconocido en el párrafo 3 del artículo 13 del Pacto para los padres y los tutores “de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas.”

Los tratados internacionales no fijan la edad que alcanza, lo cual se ha considerado como una práctica preocupante⁴⁸⁷. Por lo general la enseñanza

creciente demanda de las familias, que ven en la escolarización temprana una excelente fórmula para compaginar el trabajo y la atención a los hijos. Además, fomentará la incorporación de los niños a la escuela desde los primeros años de vida, elemento clave para el posterior éxito escolar tal y como señalan todos los organismos europeos. Educa3 es una de las medidas contempladas en el PlanE.

⁴⁸⁵ Así lo afirma UNICEF, suscrito por NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 b, n° 9).

⁴⁸⁶ NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 a), n° 7.

⁴⁸⁷ NACIONES UNIDAS- TOMASEVSKI (2004 a, p. 14):

“El silencio sobre la duración de la escolarización en los sistemas educativos de todo el mundo es una tendencia particularmente preocupante, ya que la “enseñanza primaria” puede llegar a definirse como una escolarización de sólo tres años. La Organización Internacional del Trabajo (OTI) determinó en 1921 que la escolarización concluía a los 14 años, coincidiendo con la edad mínima para trabajar, y en 1946 elevó esa edad hasta los 16 años. La Relatora Especial ha observado previamente (E/CN. 4/2003/9, párr. 12) que los niños que terminan la escuela primaria con edades tan tempranas como 10 ó 12 años se quedan sin ningún derecho que los ampare, ya que no se hace ninguna mención a su derecho a la educación secundaria y a la vez son demasiado jóvenes para trabajar o casarse. En el último decenio no se ha hecho referencia al derecho a la educación secundaria y universitaria en los documentos

primaria o elemental suele considerarse la comprendida entre los 6-11 años y su universalización es uno de los “objetivos del milenio”⁴⁸⁸, dado son más de cien millones de niños que no acceden a esta educación, especialmente niñas⁴⁸⁹. La LOE incluye esta enseñanza en la educación “básica”, que es obligatoria –y gratuita- y la ley también determina sus finalidades, objetivos, contenidos, principios, criterios de evaluación (arts. 16 y ss. LOE) lo cual se transpone a todo muy prolijo desarrollo normativo estatal y autonómico.

En los tratados internacionales básicos entre la enseñanza básica obligatoria y la superior se reconoce la enseñanza secundaria:

Cabe recordar al respecto que el artículo 26 DUDH afirma que “La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada”. El artículo 13 PIDESC dispone que “La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria, técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita” y el artículo 28 CDN afirma el deber de “Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad”.

Esta enseñanza secundaria viene a incluir la enseñanza general, así como la enseñanza técnica y la profesional (art. 13 PIDESC, art. 28 CDN). En virtud del artículo 13. 2 b) PIDESC, la enseñanza secundaria debe “ser generalizada y

internacionales sobre estrategia en materia de educación, como tampoco en las resoluciones recientes de la Comisión de Derechos Humanos, con lo cual ese derecho corre el peligro de caer en el olvido y de transformarse plena y definitivamente en servicios objeto de comercio.”

⁴⁸⁸ Declaración del Milenio de la Organización de las Naciones Unidas de 8 de septiembre del 2000, Resolución 55/2 denominada “Declaración del Milenio”. <http://www.undp.org/spanish/mdgsp/>

Se señala que para el año 2015, los niños y niñas de todo el mundo podrán terminar un ciclo completo de enseñanza primaria, y que tanto las niñas como los niños tendrán igual acceso a todos los niveles de la enseñanza, y destacando la importancia del ejercicio del derecho a la educación para lograr los objetivos de desarrollo del Milenio”.

⁴⁸⁹ En 1996, se calculaba que el número de niños no escolarizados comprendidos en el grupo de 6 a 11 años era de 110 millones, mientras que la correspondiente estimación del UNICEF era de 140 millones. Grupo de Trabajo Internacional sobre Educación (GTIE), Selected Issues in Development Assistance to Education. Reunión del Grupo de Trabajo Internacional sobre Educación, Niza, Francia, 6 a 8 de noviembre de 1996, Instituto Internacional de Planeamiento de la Educación, París, 1997, pp. 35 y 37.

En la “Declaración del milenio” se afirma la preocupación por el hecho de que unos 72 millones de niños de ambos sexos (57% de niñas), de los cuales 37 millones viven en Estados frágiles afectados por conflictos, no van a la escuela, y que 774 millones de adultos, de los cuales el 64% son mujeres, no han recibido una alfabetización básica, a pesar de los progresos registrados en los últimos años hacia el logro de los objetivos de la Iniciativa de Educación para Todos”.

hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita”. Pues bien, la expresión “generalizada” significa, en primer lugar, que la enseñanza secundaria no depende de la aptitud o idoneidad aparentes de un alumno y en segundo lugar, que se impartirá en todo el Estado de forma tal que todos puedan acceder a ella en igualdad de condiciones.”⁴⁹⁰

Asimismo se afirma que esta enseñanza ha de ser accesible y progresivamente gratuita⁴⁹¹. Y debe recordarse que la “progresividad” del PIDESC, según su interpretación autorizada⁴⁹² “no significa ni implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas”, lo cual “sería incompatible con el derecho internacional”⁴⁹³. “La obligación de “lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos” exige que los Estados Partes actúen tan rápidamente como les sea posible en esa dirección.”⁴⁹⁴. Y estos parámetros son fiscalizables jurídicamente. Y estas exigencias que impone la progresividad se han recordado específicamente para la enseñanza⁴⁹⁵.

En España, la enseñanza secundaria comprende, de un lado, la ESO, de 12 a 16 años, común, obligatoria y gratuita para todos los alumnos, pues el legislador ha atribuido a este nivel la condición de enseñanza “básica” en el sentido constitucional (art. 27.4 CE). Es muy amplio el desarrollo normativo estatal y autonómico. El título de Graduado en Educación Secundaria faculta para acceder a la educación secundaria postobligatoria, especialmente al Bachillerato o la Formación Profesional de Grado medio.

De los 16-18 años, se accede a la educación secundaria postobligatoria general, esto es, Bachillerato o la Formación Profesional de Grado medio. El

⁴⁹⁰ NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 b, nº 13).

⁴⁹¹ Debe “hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita” (art. 13 PIDESC, art. 28 CDN) incluso con “asistencia financiera” (art. 28 CDN).

⁴⁹² A este respecto, cabe recordar lo que señala el propio Comité en sus documentos, “La referencia al logro progresivo que figura en el Pacto se entiende a menudo de manera equivocada”. Al respecto cabe seguir lo afirmado en Naciones Unidas-COMITÉ DESC (1990). párrafos 9-11.

Ver NACIONES UNIDAS, *Los derechos económicos, sociales y culturales, Manual de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, Serie de Capacitación Profesional n.º 12, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004, pp. 10-11.

⁴⁹³ Principios de Limburgo, nº 16.

⁴⁹⁴ Principios de Limburgo, nº 21.

⁴⁹⁵ 14. “La implantación progresiva de la enseñanza gratuita” significa que, si bien los Estados deben atender prioritariamente a la enseñanza primaria gratuita, también tienen la obligación de adoptar medidas concretas para implantar la enseñanza secundaria y superior gratuitas. NACIONES UNIDAS-COMITÉ DESC (1999 b, nº 14), y se añade tras la afirmación “Véase el párrafo 7 de la Observación general N° 11 sobre el artículo 14 en lo que respecta a las observaciones generales del Comité sobre el significado de “gratuito”.

Bachillerato, de dos cursos y con tres modalidades capacita para acceder a la Formación profesional de grado superior y a los estudios superiores y universitarios.

5. 3. LA FORMACIÓN PROFESIONAL Y ENSEÑANZAS DE RÉGIMEN ESPECIAL

5. 3. 1. La Formación profesional y su dimensión europea

La formación profesional se define como un conjunto de acciones formativas que capacitan para el desempeño cualificado de las distintas profesiones, el acceso al empleo y la participación activa en la vida social, cultural y económica, e incluye las enseñanzas propias de la formación profesional inicial, las acciones de inserción y reinserción laboral de los trabajadores, así como las acciones orientadas a la formación continua en las empresas, que permitan la adquisición y actualización permanente de las competencias profesionales (artículo 9, Ley Orgánica 5/2002). La formación profesional en los ámbitos internacionales queda incluida en el derecho a la educación, si bien, también se incorpora al derecho al trabajo, contando con un amplio soporte internacional como el de la Carta Social Europea⁴⁹⁶. Aunque se vincula más con la educación secundaria, forma parte transversal de la enseñanza general, “la enseñanza técnica y profesional constituye un elemento integral de todos los niveles de la enseñanza”. Al punto de que la “iniciación al mundo del trabajo y la tecnología [debe...] entenderse como componente de la enseñanza general.”⁴⁹⁷.

⁴⁹⁶ En este sentido NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 b, nº 15) afirma que “La enseñanza técnica y profesional forma parte del derecho a la educación y del derecho al trabajo”.

En la Carta Social Europea la formación profesional es uno de los principios de su Parte I: “Toda persona tiene derecho a medios adecuados de formación profesional.” Y “Toda persona inválida tiene derecho a la formación profesional y a la readaptación profesional y social, sea cual fuere el origen y naturaleza de su invalidez.” Ahí también se reconoce en uno de los artículos asumibles por los Estados en su Parte II. La formación profesional se integra en el derecho al trabajo del artículo 1 (“para garantizar el ejercicio efectivo del derecho al trabajo. Las partes contratantes se comprometen: [...] A proporcionar o promover una orientación, formación y readaptación profesionales adecuadas.” Y de forma concreta en el amplio artículo 10.

⁴⁹⁷ NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 b). Cita del nº 15. En el nº 16 se afirma que en la “Convención de la UNESCO sobre la Enseñanza Técnica y Profesional (1989), esa enseñanza se refiere a “todas las formas y niveles del proceso de educación que incluye, además de los conocimientos generales, el estudio de las técnicas y de las disciplinas afines, la adquisición de habilidades prácticas, de conocimientos prácticos y de aptitudes, y la comprensión de los diferentes oficios en los diversos sectores de la vida económica y social” (párrafo a) del artículo 1).”

Internacionalmente se han definido los objetivos del derecho a la enseñanza técnica y profesional. Así⁴⁹⁸:

a) Capacita a los estudiantes para adquirir conocimientos y competencias que contribuyan a su desarrollo personal, su posibilidad de valerse por sí mismos y acrecienta la productividad de sus familias y comunidades, comprendido el desarrollo social y económico del Estado Parte;

b) Tiene en cuenta las circunstancias sociales, culturales y educativas de la población en cuestión; las competencias, los conocimientos y los niveles de calificación necesarios en los diversos sectores de la economía; y el bienestar, la higiene y la seguridad laborales;

c) Se ocupa de reciclar a los adultos cuyos conocimientos y competencias hayan quedado atrasados a causa de las transformaciones tecnológicas, económicas, laborales, sociales, etc.;

d) Consiste en programas que den a los estudiantes, especialmente a los de los países en desarrollo, la posibilidad de recibir enseñanza técnica y profesional en otros Estados, con vistas a una transferencia y una adaptación de tecnología correctas;

e) En el contexto de las disposiciones del Pacto relativas a la no discriminación y la igualdad, consiste en programas encaminados a promover la enseñanza destinada a las mujeres, las niñas, los jóvenes no escolarizados, los jóvenes sin empleo, los hijos de trabajadores migrantes, los refugiados, las personas con discapacidad y otros grupos desfavorecidos.

Asimismo, la formación profesional supera a la enseñanza reglada y se aproxima al sentido más amplio de formación y aprendizaje. Tiene un interés creciente en los ámbitos internacionales y, especialmente, europeos⁴⁹⁹. De hecho, la formación profesional ha sido la puerta hacia la *europaización* del Derecho educativo, como el TJCE ha ido apuntando.

El TJCE ha tenido ocasión de afirmar que el acceso y la participación en los cursos de enseñanza y de aprendizaje de formación profesional “no son ajenas a la comunidad”, sino elemento indispensable de las actividades de la Comunidad vinculada con el objetivo de la libre circulación de personas, la movilidad de mano de obra y la mejora de las condiciones de vida de los trabajadores⁵⁰⁰. Por

⁴⁹⁸ *Ibidem* nº 16. Esta perspectiva está recogida asimismo en los Convenios de la OIT sobre desarrollo de los recursos humanos, 1975 (Nº 142), y sobre política social (normas y objetivos básicos), 1962 (Nº 117).

⁴⁹⁹ En el ámbito del Consejo de Europa, cabe tener en cuenta la Recomendación del Comité de Ministros R (2002) 6, de 15 de Mayo de 2002, sobre la educación superior en las políticas de aprendizaje permanente.

⁵⁰⁰ Así, en Sentencia *Gravier v. Ciudad de Lieja*, 13 de febrero de 1985, Asunto 293/8. En *Blaizot c. Universidad de Lieja y otros*, 2 de febrero de 1988, asunto 24/86, se afirma “Toda forma de educación que se prepara para una cualificación para una profesión, oficio o empleo o proporciona la formación

ello, los Estados tienen la obligación de cooperar en programas de Política común de formación profesional, sin distinción entre formación inicial y formación continua⁵⁰¹. Las condiciones de acceso a la formación profesional entran en el ámbito del tratado⁵⁰². Es más, “el derecho comunitario es aplicable a las condiciones de acceso a los estudios universitarios”. De ahí que tampoco cabe discriminar entre nacionales de uno u otro Estado miembro e imponer a estos una tasa o precio público universitario diferente que a los no nacionales⁵⁰³.

En España, la LOGSE⁵⁰⁴ reguló la formación profesional reglada, acometiendo una “reforma profunda”⁵⁰⁵ de la misma que la LOE mantiene. La formación profesional se estructura en ciclos formativos de grado medio, a los que se accede con el título de Graduado en Enseñanza Secundaria, y ciclos formativos de grado superior, para los que se precisa el título de Bachiller o el grado medio. Existen vías de acceso directo a través de pruebas de conocimiento (art. 41 LOE). Los estudios pueden realizarse en los centros educativos que la LOE regula o los centros integrados y de referencia nacional a los que se refiere el artículo 11 de la Ley Orgánica 5/2002. Esta última ley⁵⁰⁶ crea el Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional, en cuyo marco deben orientarse las acciones formativas programadas y desarrolladas en coordinación

necesaria y los conocimientos para ello es la formación profesional y, por lo tanto, en la medida en que las condiciones de acceso a esta formación se refiere, entra en el ámbito Del tratado. ” Por ello, los Estados tienen la obligación de cooperar en programas de Política común de formación profesional, como *Comett II*, sin distinción entre formación inicial y formación continua.

⁵⁰¹ Así en Reino Unido y otros contra Consejo de las Comunidades Europeas, sentencia de 11 de junio de 1991, asuntos acumulados C-51/89, 90/89 y 94/89, con relación a la Segunda fase del Programa de Cooperación entre la Universidad y la Empresa en materia de formación en el campo de las tecnologías (*Comett II*) (1990-1994). Ahí se afirma que “Según su redacción, el artículo 128 se dirige a una política común de formación profesional y no establece distinción alguna entre la formación inicial y la formación continua. En consecuencia, que este último tipo de capacitación no se puede excluir del concepto de la formación profesional sin restringir ese concepto de manera arbitraria. ”

⁵⁰² STJCE *Blaizot c. Universidad de Lieja y otros*, 2 de febrero de 1988, asunto 24/86: “Toda forma de educación que se prepara para una cualificación para una profesión, oficio o empleo o proporciona la formación necesaria y los conocimientos para ello es la formación profesional y, por lo tanto, en la medida en que las condiciones de acceso a esta formación se refiere, entra en el ámbito Del tratado. ”

⁵⁰³ Cita de *Idem*. Sobre el tema de la vinculación de la formación profesional, la universidad y el ámbito comunitario y condiciones de la formación, también cabe seguir *Carbonari y otros contra Università degli studi di Bologna y otros*, el 25 de febrero de 1999 en el asunto C-131/97.

⁵⁰⁴ Una buena descripción del régimen jurídico desde la LOGSE hasta 2000 puede seguirse en la STS de 3 julio 2000 (RJ 2000\7090).

⁵⁰⁵ Así se afirma en el Preámbulo de la LOGSE.

⁵⁰⁶ Se ha desarrollado mediante Real Decreto 1538/2006, de 15 de diciembre, por el que se establece la Ordenación General de la Formación Profesional del Sistema Educativo. También el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo.

con las políticas activas de empleo y de fomento de la libre circulación de los trabajadores.

La Administración General del Estado tiene competencia sobre la base del artículo 149. 1. 30.^a y 7.^a CE para determinar los títulos de formación profesional y los certificados de profesionalidad que constituirán las ofertas de formación profesional referidas al Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales. Éste Catálogo ha sido creado por la propia ley, cuyos contenidos las Administraciones educativas podrán ampliar en el ámbito de sus competencias. La normativa de desarrollo regula el Catálogo (Real Decreto 1128/2003, de 5 de septiembre): estructura y el contenido del Catálogo y de sus componentes: cualificaciones, unidades de competencia y módulos formativos asociados del Catálogo Modular de Formación Profesional, establece la estructura de los nuevos títulos de formación profesional, con base también a las directrices fijadas por la Unión Europea y otros aspectos de interés social.

5. 3. 2. Las enseñanzas de régimen especial

La LOE considera las enseñanzas de idiomas, las enseñanzas artísticas y las deportivas como “enseñanzas de régimen especial” (art. 3. 6º LOE).

- Las enseñanzas de idiomas quedan reguladas en los artículos 59 y ss. por cuanto a organización, escuelas, certificación y correspondencia con otras enseñanzas.

- Las enseñanzas artísticas vienen reguladas, de una parte, en las Enseñanzas elementales y profesionales de música y de danza (arts. 48 y ss. LOE, organización, acceso y titulaciones), de otra parte, los artículos 51 y ss. LOE respecto de las Enseñanzas profesionales de artes plásticas y diseño (organización, requisitos de acceso, titulaciones). Finalmente, se regulan las Enseñanzas artísticas superiores (arts. 54 y ss., art. 58 LOE su organización), que incluyen los “Estudios superiores de música y de danza” (art. 54 LOE), las “Enseñanzas de arte dramático” (art. 55 LOE), las “Enseñanzas de conservación y restauración de bienes culturales” (art. 56 LOE) y los “Estudios superiores de artes plásticas y diseño”.

- Las enseñanzas deportivas se regulan en los artículos 63-65 LOE (principios, organización, titulaciones y convalidaciones).

En 2006-2007 los alumnos fueron 695.098, mientras que en 2010-2011 fueron 790.073⁵⁰⁷, siendo 2006-2007 el total de Enseñanzas Artísticas 311.614 (44,8%) y 381.367 de Escuelas Oficiales de Idiomas (54,9%). 2117 alumnos (0,3%) lo son de Enseñanzas Deportivas (Medio o Superior). La gran mayoría - 640.638- lo son de centros públicos (92,2%) y sólo 54.460 (7,8%) de centros privados siendo que 1.277 centros son públicos (62,2%) y 775 (37,8%) privados. El número total de centros de Enseñanzas de Régimen Especial es de 2.052, siendo más de la mitad de ellos -56,1%- Escuelas de Música y danza (1.152), 407 -19%- de Música y 268 (13%) Escuelas oficiales de idiomas.

Por cuanto el profesorado de estas Enseñanzas de Régimen Especial, asciende a un total de 31.963, destacando los de música y danza, así como los de idiomas. Del total, la mayoría (83,9%) son de centros públicos, 26.807, frente a un 5.156 (16,1%) de centros privados.

5. 4. LA ENSEÑANZA GENERAL SUPERIOR-UNIVERSITARIA

La enseñanza superior la componen, además de las enseñanzas universitarias, los niveles “superiores” de formación profesional, las enseñanzas artísticas, profesionales de artes plásticas y diseño y las enseñanzas deportivas (artículo 3. 3º LOE). Aunque se formule de un modo más tímido, el derecho a la educación incluye también la enseñanza universitaria⁵⁰⁸ y no sólo como mero derecho de libertad⁵⁰⁹.

El derecho a la instrucción se refiere “especialmente” a la enseñanza primaria y secundaria⁵¹⁰ para el TEDH, si bien, la inclusión de la enseñanza universitaria en el derecho a la educación la afirma el TEDH sin tapujos⁵¹¹ y en 2007 el Tribunal Constitucional para toda la enseñanza no obligatoria⁵¹²:

⁵⁰⁷ MEC (2007 b) y 2010 b).

⁵⁰⁸ Así, normativa y jurisprudencialmente. LODE en su artículo 1. 2º afirma que “Todos, asimismo, tienen derecho a acceder a niveles superiores de educación”. Aunque con una fórmula algo debilitada, el artículo 42 LOU dispone que “1. El estudio en la Universidad es un derecho de todos los españoles en los términos establecidos en el ordenamiento jurídico.”

NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 b, nº 17): “La enseñanza superior comprende los elementos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad, que son comunes a la enseñanza en todas sus formas y en todos los niveles”.

Un estudio del derecho a la educación en este particular ámbito universitario, FREIXES (1998).

⁵⁰⁹ Así lo considera MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ (1979, p. 251).

⁵¹⁰ STEDH, asunto Orsus y otros contra Croacia. Sentencia de 17 de julio de 2008, apartado nº 58.

⁵¹¹ Hasan y Eylon Zengin de 9 de octubre de 2007, nº 46, que concluye que el acceso a toda institución de educación superior existente en un momento dado es una parte inherente del derecho que

“Ese derecho de acceso a la educación no obligatoria de los extranjeros menores de edad forma parte del contenido del derecho a la educación, y su ejercicio puede someterse a los requisitos de mérito y capacidad, pero no a otra circunstancia como la situación administrativa del menor”.

También lo afirman los tribunales ordinarios⁵¹³, pese a que en ocasiones con dudas⁵¹⁴. Aunque la obligación de prestación del Estado no sea absoluta, sigue existiendo la obligación de satisfacer la prestación educativa⁵¹⁵.

Para el Derecho comunitario la enseñanza universitaria se vincula a la formación profesional⁵¹⁶ y, por ello, “el derecho comunitario es aplicable a las

establece la primera frase del artículo 2 del Protocolo núm. 1. Así se reitera en el la STEDH, asunto Mürsel Eren contra Turquía de 7 febrero 2006, apartado 46.

⁵¹² STC 232/2007, recurso ley de extranjería, FJ 8º.

⁵¹³ Respecto de la enseñanza universitaria también el Tribunal Supremo lo afirma con claridad en la STS de 20 noviembre 1997 (RJ 1997\8610), reiterando afirmaciones de la Sentencia de 12. 7. 1990 del TSJ de Madrid (FJ 2º ... el artículo 27 citado de nuestra Constitución sólo establece la gratuidad de la enseñanza básica -número 4-, si bien, los poderes públicos deben garantizar el derecho de todos a la educación -número 5-. Entre las actuaciones a desarrollar por los poderes públicos en cumplimiento de los fines encomendados está el dotar de ayudas económicas a aquellas personas que tengan impedimentos de esa clase para poder desarrollar su personalidad por medio de la educación en niveles superiores. ”. También parece entenderse en la, STS de 23 marzo 1999 (RJ 1999\1539) sobre permanencia en la universidad.

⁵¹⁴ No obstante, algunas sentencias de tribunales superiores no han sabido captar que el derecho a la educación no acaba con la educación obligatoria y gratuita. Así, STSJ de Madrid de 14 diciembre de 2000, núm. 1026/2000 (JUR 2001\131035) (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª); la STSJ Andalucía de 1 de julio de 2005, Málaga, núm. 614/2005 (JUR 2005\238286), que reproduce su sentencia de 23 de octubre de 1997 (recurso 3632/1996), según la cual “No existe (se añadía), en contra de lo que sostiene la actora-recurrente un derecho fundamental a la educación universitaria. El Estado [...] no ha de garantizar el que todos los ciudadanos españoles sean universitarios”. Por ello concluye, “De esa forma, si el acceso a la enseñanza universitaria no se comprende en el derecho a la educación mal puede pensarse en la inclusión en tal derecho de la calificación de dicha enseñanza. ”

Tampoco cabe acudir al argumento de que no es derecho a la educación la universitaria como se hizo respecto del cambio de orientación de una tesis doctoral (STSJ Cataluña, de 21 de octubre de 2003 (JUR 2003\112727).

⁵¹⁵ DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 50).

⁵¹⁶ STJCE asunto Blaizot contra la Universidad de Lieja y otros, de 2 de febrero de 1988, asunto 24/86:

“Toda forma de educación que se prepara para una cualificación para una profesión, oficio o empleo o proporciona la formación necesaria y los conocimientos por ello es la formación profesional y, por lo tanto, en la medida en que las condiciones de acceso a esta formación se refiere, entra en el ámbito del tratado. Los estudios de formación profesional constituyen no sólo cuando el último examen académico directamente proporciona la necesaria cualificación para una profesión, oficio o empleo, sino también en la medida en que los estudios en cuestión proporcionar una formación específica y las habilidades que necesita el estudiante para la ejercicio de una profesión, oficio o empleo, aun cuando no las disposiciones legislativas o administrativas que la adquisición de conocimientos que un requisito previo para ese fin. El término “formación profesional”, por lo tanto, incluye los estudios universitarios en medicina veterinaria. ”

condiciones de acceso a los estudios universitarios”⁵¹⁷ De ahí que tampoco cabe discriminar entre nacionales de uno u otro Estado miembro e imponer a estos una tasa o precio público universitario diferente que a los no nacionales.

En este contexto, excediendo al marco de la Unión Europea, cabe hacer referencia al Espacio Europeo de Educación Superior que transforma innegablemente la realidad universitaria y su mismo desarrollo jurídico⁵¹⁸ en el conocido como “Proceso de Bolonia”⁵¹⁹. No en vano la LOU recoge un título específico para “promover la integración de las universidades en el Espacio Europeo de Educación Superior”, entre las que destacan la puesta en marcha de la integración del sistema español en el Espacio Europeo de Enseñanza Superior (artículo 87), la adopción del Suplemento Europeo al título (artículo 88.1 y 88.3), el establecimiento de modalidades cíclicas en la enseñanza (artículo 88.2), la aplicación del sistema europeo de créditos (artículo 88.3), y el fomento de la movilidad estudiantil (artículo 88.4).

Desde 2010 estos objetivos están implantados los estudios de grado y postgrado oficiales y adecuados a los principios del llamado “Proceso de Bolonia”. Se trata de uno más de los retos a los que han de hacer frente la universidad española, que, a decir del Defensor del Pueblo, ciertamente “desbordada” por un cambio cultural: “mayor movilidad de profesores y alumnos; intercambios y colaboración con otras universidades extranjeras; mayor presión del entorno laboral y empresarial; demandas de formación continua; introducción de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, etcétera, dando como resultado una evolución acelerada para adaptarse al cambiante entorno social”⁵²⁰.

Hay algo menos de millón y medio de alumnos en enseñanzas universitarias, nueve de cada diez en universidades públicas, que son 48 frente a 23 privadas. El 70% del alumnado procede de la continuación de las enseñanzas generales si bien crece paulatinamente el alumnado que se reincorpora a la

⁵¹⁷ *Idem*. Sobre el tema de la vinculación de la formación profesional, la universidad y el ámbito comunitario y condiciones de la formación, también STJCE Carbonari y otros contra Università degli studi di Bologna y otros, de 25 de febrero de 1999, asunto C-131/97.

⁵¹⁸ No en vano la LOU recoge un título específico para “promover la integración de las universidades en el Espacio Europeo de Educación Superior”, entre las que destacan la puesta en marcha de la integración del sistema español en el Espacio Europeo de Enseñanza Superior (artículo 87), la adopción del Suplemento Europeo al título (artículo 88. 1 y 88. 3), el establecimiento de modalidades cíclicas en la enseñanza (artículo 88. 2), la aplicación del sistema europeo de créditos (artículo 88. 3), y el fomento de la movilidad estudiantil (artículo 88. 4).

⁵¹⁹ Sobre el tema, NAVARRO RUIZ (2004), MELLADO PRADO (2006), JIMÉNEZ EGUIZABAL (2009), CARRERAS SERRA (2009), BALDUS (2009), TUBERTINI (2009), FORTES MARTÍN (2009).

⁵²⁰ DEFENSOR DEL PUEBLO (2007, p. 366).

enseñanza con más de 30 años (un 15%)⁵²¹. Los estudios de ciclo largo y las Ciencias sociales y jurídicas son los preferidos, frente a las ciencias experimentales más minoritarias⁵²². En el curso 2009-2010 hubo 1.556.377 estudiantes y ya destaca el progresivo incremento de alumnos de Máster o Postgrado oficial (81.840, un 64,3% más que el curso 2008-09) y 70.422 de doctorado⁵²³. Uno de cada 20 alumnos son de postgrado y tercer ciclo, aunque se va incrementando la cifra⁵²⁴.

Aunque hay un incremento muy significativo de los universitarios extranjeros, suponen un 4,9% en 2010 frente a menos del 2% en 2006. Destaca mucho su presencia de los mismos en los estudios de Máster (18,4%) y en Doctorado (22,8%), mientras que sólo un 4,1% en Grado; el 45,6% proceden de América Latina y un 30,7% de la Unión Europea.⁵²⁵ Por cuanto al profesorado, son unos cien mil, la mitad funcionarios⁵²⁶. Aproximadamente un 1% del PIB se dedica a la enseñanza universitaria, por debajo de la media⁵²⁷. En España se ha

⁵²¹ En el curso 2009-2010 hubo 1.556.377 estudiantes universitarios. 1.382.701 (88,9%) en universidades públicas y 173.676 en privadas (11,1%). Entre los matriculados, el número de graduados en 2005-2006 fue de 174. 471, 165. 665 (95%) de Universidades públicas y 8. 806 (5%) de Universidades privadas. Dicho alumnado se distribuye en 71 universidades, 48 públicas (67,6%) y 23 privadas (32,4%). De media, resultan 24. 176 alumnos por Universidad públicas, mientras que son 4. 336 alumnos por cada Universidad privada. Del total de alumnos, destaca el sexo femenino con un 54. 3%. Ahora bien, en 2010, mientras que en Ciencias de la Salud alcanzan el 72,1%, y son el 62 % en Ciencias sociales y jurídicas y el 61,4% en Humanidades, sólo un 26,8 % del alumnado de las Enseñanzas técnicas son mujeres. Más del 70% del alumnado resultan de continuar las enseñanzas generales al finalizar las mismas, puesto que cuentan entre 18 y 24 años. No obstante lo anterior, del total de 1. 443. 811 alumnos matriculados, un 14%, 202. 177, tienen más de 30 años. MEC-CONSEJO DE COORDINACIÓN UNIVERSITARIA (2008) y (2011).

⁵²² En 2006 (sin variación significativa en 2010), la mayor parte cursan estudios de ciclo largo (857. 627 alumnos -60,3%- frente a 565. 769 -39,7%). La rama de Ciencias sociales y jurídicas se lleva a la mitad del alumnado 709. 747 alumnos (49,9%). El resto se reparten en 367. 782 alumnos de Enseñanzas Técnicas(25,8%); 129. 892 alumnos de Humanidades (9,1%); 118. 584 alumnos (8,3%) de Ciencias de la Salud y 97. 391 de Ciencias Experimentales(6,8%). *Ibidem*.

⁵²³ MEC-CONSEJO DE COORDINACIÓN UNIVERSITARIA (2008) y (2011).

⁵²⁴ Por cuanto al alumnado matriculado de tercer ciclo (postgraduados), suman un total de 75. 914 (creciendo desde 1995), de los que la práctica totalidad lo son de Universidades públicas (72. 199, 95,1%). Una tercera parte de los matriculados (24. 344) se graduaron en el 2005-06. Las tesis leídas son 7. 474. *Ibidem*, 2008.

⁵²⁵ Por cuanto al alumnado matriculado de tercer ciclo (postgraduados), suman un total de 75. 914 (creciendo desde 1995), de los que la práctica totalidad lo son de Universidades públicas (72. 199, 95,1%). Una tercera parte de los matriculados (24. 344) se graduaron en el 2005-06. Las tesis leídas son 7. 474. *Ibidem*, 2008.

⁵²⁶ En 2008-9 hay 107.930 profesorado, de los que un 36,6% son mujeres. Algo más de la mitad del profesorado de las universidades públicas son funcionarios (51.054). *Ibidem* 2010.

⁵²⁷ Respecto del PIB, el gasto en base a 2000 fue del 1%, no habiendo variado prácticamente respecto de 1995. Respecto del gasto público en educación universitaria, en 2004 fue de 8. 479 millones de euros. En becas fue de 181 millones en exención de precios académicos y de 407 millones en becas. El gasto por alumno en enseñanza superior en relación al PIB per cápita en el conjunto de la OCDE tiende a mantenerse estable o incluso disminuye desde el año 1997. En España ha aumentado en ese

pasado de un 16% de la población con estudios superiores en 1995 al 26% en 2004 entre la población de 25-64 años (el 1,68% en 1969)⁵²⁸.

5. 5. EDUCACIÓN “FUNDAMENTAL” Y LA EMERGENTE ENSEÑANZA DE ADULTOS PARA TODA LA VIDA

El artículo 26 DUDH hace referencia a la educación “fundamental”, de la que dice que ha de ser gratuita, pero no obligatoria como la elemental. El artículo 13 PIDESC afirma el fomento “en la medida de lo posible” de esta educación. Por educación “fundamental” cabe considerar la destinada a aquellas personas “que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria”⁵²⁹. Últimamente esta educación fundamental se traduce en la satisfacción de las “necesidades básicas de aprendizaje” y “no se limita a los que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria”⁵³⁰. Y la noción integra al aprendizaje para toda la vida, a la formación continua y permanente, a la educación de adultos y otras nociones que cada día tienen más cabida en numerosos documentos y textos internacionales⁵³¹. La misma Carta europea de derechos fundamentales, que reconoce el derecho a la

mismo periodo pero, a pesar de ello, en 2003 seguía estando siete puntos por debajo de la media de la OCDE.

⁵²⁸ De este modo se iguala a la media de la OCDE (25%) y países como Alemania, Francia o Reino Unido. Entre la población de 25-34 años, el índice asciende al 38%, por encima de la media OCDE (31%) y de la de países como Alemania (23%) o Reino Unido (31%), igualable a la de EE. UU, Finlandia, Francia o Irlanda. *Ibidem*.

Si en 1960 tan sólo el 1,68% de la población tenía estudios superiores (y sólo el 0,14% de las mujeres), en 2001 el porcentaje había aumentado al 12,61% y, en el caso de las mujeres, al 12,96%. La mitad norte peninsular, con Madrid a la cabeza, es la que cuenta con mayor porcentaje de universitarios. Así en GOERLICH (2007).

⁵²⁹ NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 b, nº 22), conforme a la definición que figura en la Declaración Mundial sobre Educación para Todos.”

⁵³⁰ NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 b, nº 23).

⁵³¹ Así, por ejemplo, desde antiguo la UNESCO y su “Recomendación relativa al desarrollo de la Educación de Adultos”, de 26 de noviembre de 1976. En el ámbito de la Unión Europea: la Comunicación de la Comisión “Hacer realidad un espacio europeo del aprendizaje permanente” y la posterior Resolución del Consejo de 27 de junio de 2002 sobre la educación permanente. También, los Consejos Europeos de Bruselas de marzo de 2003 y diciembre de 2003 subrayaron la necesidad de desarrollar el aprendizaje permanente. En 2004 el Consejo y la Comisión adoptaron el programa de trabajo “Educación y Formación 2010”, subrayando que la educación y la formación iniciales pongan a disposición de todos los jóvenes para prepararlos para la vida adulta y laboral (1), como apoyo especial ante situaciones de desventaja (2). Y, por lo que más interesa, para que los adultos puedan desarrollar y actualizar las competencias clave a lo largo de sus vidas (3) y estrechando los vínculos con la política de empleo, la política social, la política cultural, la política de innovación y con otras políticas (4). Finalmente, cabe centrar la atención en la Recomendación 2006/962/CE, de 18 de diciembre de 2006 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente.

educación “y al acceso a la formación profesional y permanente.” (art. II-74). La Constitución española no hace referencia alguna a esta educación fundamental o de adultos. Se puede inferir que no forma parte de la enseñanza básica (que es obligatoria, art. 27. 4º CE). Ello no obsta para que la educación fundamental y la enseñanza de adultos quede bajo el derecho a la educación. De un lado, sin duda, la enseñanza de adultos es una posibilidad protegida en la libertad subjetiva de recibir educación. Del otro lado, el aprendizaje queda en el marco de la dimensión prestacional del derecho a la educación. Es por ello que es débil su consideración como derecho subjetivo con un contenido protegido por falta de una tradición y realidad social⁵³². En todo caso, la emergencia de esta educación para toda la vida y de adultos queda plasmada con su fuerte presencia en la LOE, que la ensalza (art. 5. 1º LOE), determina sus finalidades⁵³³, principios⁵³⁴ y realiza una serie de mandatos de fomento especialmente para alcanzar los niveles de enseñanzas obligatorias⁵³⁵ y no tanto para las enseñanzas no obligatorias⁵³⁶. En este punto, cada vez es mayor la incorporación a los estudios universitarios

⁵³² Jurídicamente, en todo caso, se mantiene el derecho de acceso en condiciones de igualdad a la oferta educativa existente, con mandato genérico de ajuste a la realidad social. También, cuanto menos, es exigible la existencia de vías de incorporación al sistema educativo para quienes hayan rebasado las edades de su integración ordinaria. Así, deben existir canales mínimos y posibilidades reales de acceso, quedando en el legislador los medios de lograr un resultado cuya constatación es fáctica es posible.

⁵³³ Ello tiene diversas finalidades, como “que todos los ciudadanos tengan la posibilidad de adquirir, actualizar, completar o ampliar sus conocimientos y aptitudes para su desarrollo personal y profesional” (Exposición de Motivos LOE). Asimismo, “las necesidades derivadas de los cambios económicos y sociales obligan a los ciudadanos a ampliar permanentemente su formación”, permitiendo “el tránsito de la formación al trabajo y viceversa”, *Idem*.

⁵³⁴ Sobre tales bases se proclaman los “principios” de la “concepción de la educación como un aprendizaje permanente, que se desarrolla a lo largo de toda la vida” (art. 1. d) LOE), el objetivo de “propiciar la educación permanente. A tal efecto, preparará a los alumnos para aprender por sí mismos y facilitará a las personas adultas su incorporación a las distintas enseñanzas, favoreciendo la conciliación del aprendizaje con otras responsabilidades y actividades” (art. 5. 2º LOE). Para ello, la flexibilidad es básica, y la LOE “regula las condiciones en que deben impartirse las enseñanzas conducentes a títulos oficiales, al tiempo que establece un marco abierto y flexible para realizar otros aprendizajes y prevé la posibilidad de validar la experiencia adquirida por otras vías”, “flexibilidad para adecuar la educación a la diversidad de aptitudes, intereses, expectativas y necesidades del alumnado, así como a los cambios que experimentan el alumnado y la sociedad” (art. 1. e), también, art. 5. 4º LOE).

⁵³⁵ La ambición de la LOE no es escasa, entroncando directamente con el mandato internacional de promoción de la educación fundamental: “El sistema educativo debe facilitar y las Administraciones públicas deben promover que toda la población llegue a alcanzar una formación de educación secundaria postobligatoria o equivalente.” (art. 5. 5º). Para ello se compromete a los poderes públicos, respecto de la enseñanza básica a que quienes lo deseen “contarán con una oferta adaptada a sus condiciones y necesidades” (art. 68. 1º LOE), habiéndose de organizar pruebas periódicas (art. 68. 2º LOE).

⁵³⁶ Respecto de las enseñanzas no obligatorias, los compromisos son más tibios, de “promover medidas tendentes” y “medidas oportunas” (art. 69 1º y 2º LOE), si bien deben organizarse pruebas periódicas (art. 69. 4º LOE). En este campo se da más relieve a la oferta a distancia (art. 69. 3º LOE) y las posibilidades de acceso directo a las enseñanzas a través de pruebas. Cuando la formación adulta sea conducente a títulos, precisa ser impartida en centros autorizados (art. 70 LOE).

por parte de adultos⁵³⁷. Debe tenerse en cuenta que se trata de más de medio millón de alumnos en enseñanza de adultos⁵³⁸. También, cabe significar que la tasa de analfabetismo en España es de un 2,4%⁵³⁹.

5. 6. EL DERECHO A RECIBIR ENSEÑANZA RELIGIOSA Y SU DIMENSIÓN PRESTACIONAL

El apartado 3º del artículo 27 CE dispone:

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

Se ha considerado como un derecho autónomo⁵⁴⁰, otros lo ubican en el ámbito del derecho a la educación como derecho de prestación⁵⁴¹ y otros en el ámbito de la libertad de enseñanza⁵⁴². En las últimas aproximaciones Berrueta y Sendín lo consideran como derecho de contenido mixto que integra facultades propias de un derecho de libertad, que para él son las esenciales, y otras prestacionales, medio para lograr que la capacidad de elección sea real y efectiva para todos⁵⁴³, generándose un auténtico derecho de prestación que no hace necesaria la interposición legislativa –afirman-, a diferencia del principio de

⁵³⁷ Como ya se ha señalado, más del 70% del alumnado universitario procede de continuar las enseñanzas generales al finalizar las mismas (cuentan entre 18 y 24 años), del total de 1. 443. 811 alumnos matriculados, un 14%, 202. 177, tienen más de 30 años. Se trata de quienes ya contaban con la titulación suficiente para dicho acceso, cuanto los que optan por la vía específica de acceso de mayores de 25 años. Datos Mec UNIVERSIDAD 2006-2007.

⁵³⁸ Sin contar los integrados ordinariamente en la formación profesional y las enseñanzas superiores, hay 543. 387 alumnos en Enseñanza de adultos. En Enseñanzas de Carácter Formal son 366. 670 los matriculados (69,7 %), la mayoría Enseñanzas iniciales Educación Básica y Educación Secundaria para Personas Adultas. En Enseñanzas de Carácter No Formal son 164. 556 los alumnos (30,3%). De un total de 2. 549 centros, la práctica totalidad (93. 9%) son públicos (2. 393) frente 156 privados (6,1%). El profesorado asciende a 11. 099 de centros públicos y 1. 062 de centros privados.

⁵³⁹ Desde una tasa de analfabetismo del 63,8% (sobre la población total) en 1900, se ha pasado al 2,4% en 2001 (población de 10 y más años). La caída es todavía más intensa en el caso de las mujeres: del 71,4% en 1900 al 3,4% en 2001, aunque su tasa de analfabetismo sea todavía superior a la de los hombres, como consecuencia de su mayor esperanza de vida. El analfabetismo se concentra en la mitad sur peninsular, con Jaén a la cabeza. Ver, GOERLICH (2007).

⁵⁴⁰ EMBID IRUJO (1981, pp. 670-674). DÍAZ REVORIO (2002 a, p. 42).

⁵⁴¹ MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ (1979, pp. 248-249). Asimismo DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 121 y ss.).

⁵⁴² ROLLNERT (1998, p. 68).

⁵⁴³ DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p 122).

elegir centro⁵⁴⁴. Nos encontramos ante un auténtico derecho subjetivo reconocido a los padres⁵⁴⁵, dimensión individual de la libertad religiosa⁵⁴⁶. Su contenido queda integrado de forma expresa y sistemática en el ámbito del derecho a la educación⁵⁴⁷, como derecho a recibir educación⁵⁴⁸. Al mismo tiempo, el derecho fundamental de los padres de enseñanza religiosa se vincula con la libertad de creación de centros. Todo lo anterior no obsta a sumar una intensa dimensión prestacional, que es la que más interesa a este estudio.

Como derecho de libertad, este derecho implica el derecho de los padres, o del alumno a poder elegir si recibir formación religiosa o no, y en el caso afirmativo, qué religión⁵⁴⁹. Para el TEDH en 2011 este derecho no queda vulnerado por la existencia de crucifijos en las aulas en un país de tradición católica pero firme libertad de creencias⁵⁵⁰. Se concede un muy amplio margen a los estados en este terreno. El derecho a la elección de la enseñanza religiosa implica que se pueda recibir una auténtica formación religiosa, apologética, no una simple información del fenómeno religioso⁵⁵¹. Ahora bien, la *delgada línea roja* que separa lo que es adoctrinamiento –prohibido constitucionalmente- o no, se hace más fina si cabe, entre la apología religiosa permitida y el adoctrinamiento cuando se trata de la impartición de la asignatura religiosa voluntariamente solicitada. Como afirman Berrueta y Sendín, la asignatura religiosa “no deja de ser enseñanza, que debe ir dirigida a la transmisión cultural de conocimientos, pero no al adoctrinamiento”⁵⁵². A mi juicio, la expresa afirmación constitucional de este derecho a recibir enseñanza religiosa permite

⁵⁴⁴ *Ibidem*, , p. 124..

⁵⁴⁵ Así se sostiene en COTINO (1998) y (2000 a). Frente a esta posición, en sus diversos trabajos, Aláez.

⁵⁴⁶ STC 38/2007, de 15 febrero, cuestión LOGSE-Acuerdo Santa Sede, profesores de religión, FJ 5º: “El Tribunal Constitucional recientemente ha sostenido que la cooperación impuesta al Estado con la Iglesia católica en razón del artículo 16. 3 CE “exige de los poderes públicos una actitud positiva respecto del ejercicio colectivo de la libertad religiosa” (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4º) “que en su dimensión individual comporta el derecho a recibir la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones”.

⁵⁴⁷ *Ibidem*, FJ 5º: “El deber de cooperación establecido en el art. 16. 3 CE encuentra en la inserción de la religión en el itinerario educativo un cauce posible para la realización de la libertad religiosa en concurrencia con el ejercicio del derecho a una educación conforme con las propias convicciones religiosas y morales.”

⁵⁴⁸ El fundamento constitucional está en el derecho a la educación, no en la libertad religiosa, pues lo podría lograr fuera del sistema educativo “el Poder Constituyente ha querido introducir ese derecho educativo dentro del contenido del derecho a la educación” por decisión expresa, ni más ni menos”. Así, DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 126).

⁵⁴⁹ EMBID IRUJO (1982).

⁵⁵⁰ Así en la STEDH de Gran Sala de 18 de marzo de 2011 que revoca la sentencia de 3 noviembre de 2009, asunto Lautsi contra Italia.

⁵⁵¹ FERNÁNDEZ-MIRANDA (1988, p. 123).

⁵⁵² DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 128).

una mayor flexibilidad para no considerar adoctrinamiento prohibido en la educación a esta visión apologética, mientras que esta flexibilidad no se da en otros ámbitos de enseñanza.

La opción por la religión es muy mayoritaria en enseñanza primaria, puesto que un 75% de alumnos la cursan, en su práctica totalidad la religión católica. Sólo un 23,8% no cursa religión en primaria. En la ESO un 55% elige asignatura religiosa, mientras que un 41% no cursa religión y un 3,6% historia de las religiones. En Bachillerato se tornan las cuentas, siendo un 46% quienes estudian religión (católica) y un 54% los que no cursan ninguna asignatura. Como es lógico, en la enseñanza pública son más quienes no cursan enseñanza religiosa alguna, llegando a un 70% en Bachillerato⁵⁵³.

Por cuanto al alcance de la dimensión prestacional, el derecho del artículo 27. 3º CE no supone el derecho de recibir la enseñanza de cualquier religión en cualquier centro. Se duda por ello de que se trate de un “auténtico derecho de prestación”⁵⁵⁴ pues sólo se concreta en la existencia de una oferta adecuada a las demandas de la sociedad, de acuerdo con los recursos existentes⁵⁵⁵. Es por ello que constitucionalmente debe considerarse un intenso mandato constitucional del que no dimana derecho subjetivo prestacional al establecimiento de la asignatura religiosa. El mandato es a que se preste efectivamente una enseñanza religiosa a través de los centros que llevan a cabo la prestación educativa conforme a las demandas sociales. Precizando tal mandato constitucional:

- Quedaría sometido a una voluntariedad estricta, por lo que no cabe la imposición de la enseñanza religiosa aunque se haya admitido el ideario religioso del centro que lo tuviere⁵⁵⁶. Cuestión diferente es la imposición de una enseñanza del hecho religioso, no apologética, que nada tiene que ver con el artículo 27. 3º CE.

⁵⁵³ Últimos datos existentes, MEC (2011 a)

⁵⁵⁴ *Ibidem*, p. 124.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, p. 128. FERNÁNDEZ-MIRANDA (1988, p. 123-124). DÍAZ REVORIO (2002 a, pp. 103-104).

⁵⁵⁶ Afirma la voluntariedad estricta, DÍAZ REVORIO (2002 a, p. 103). DOMÍNGUEZ-BERRUETA Y SENDÍN (2005, p. 131), afirman que no procede en ningún caso la imposición de la enseñanza religiosa incluso en centros privado dotados de ideario. Por su parte, TRONCOSO REIGADA, Antonio, “La clase de religión y su alternativa constitucional”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 45, 1, 1996, pags. 241-289, en la p. 256 considera que la asunción de ideario sí que impone esta asignatura (cito por los anteriores autores).

- El mandato que supone el artículo 27. 3º CE alcanzaría, como máximo, a las enseñanzas no universitarias⁵⁵⁷.

- Quedan excluidas las enseñanzas religiosas contrarias al objeto constitucional de la educación (art. 27. 2º CE)⁵⁵⁸, como cualquier otra enseñanza que así lo fuera.

- La institución de la asignatura de religión no puede ser contraria al ideario religioso de un centro educativo privado, aun concertado. Así, la aceptación por el estudiante –y sus padres- de tal ideario, aunque no obliga a recibir la asignatura religiosa, sí implica la renuncia a recibir la asignatura o enseñanza de otra religión⁵⁵⁹.

- El incumplimiento por los poderes públicos de este mandato constitucional podría llegar a ser jurídicamente fiscalizable⁵⁶⁰. Ahora bien, no sería exigible como derecho subjetivo. Y es que el Tribunal Constitucional no afirma la obligación de crear la asignatura, sino que la enseñanza de religión es posible. El Tribunal Constitucional ha señalado que la “neutralidad en los centros públicos no impide la organización en los centros públicos de enseñanza de seguimiento libre para hacer posible el derecho de los padres”⁵⁶¹.

- Para el cumplimiento de este mandato prestacional se impone la inserción de la enseñanza religiosa. La obligación implica una enseñanza con medios,

⁵⁵⁷ Se coincide con MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ (1979, pp. 250-252), considera que el derecho alcanza al nivel elemental y medio, periodos de formación del alumno, mientras que en la universidad sólo derecho de libertad. Tamibén, DÍAZ REVORIO (2002 a, pp. 100-101).

⁵⁵⁸ En este sentido, por ejemplo, ROLLNERT (1998, p. 71): “c) Finalmente, el derecho de los padres a elegir el tipo de formación moral y religiosa que desean para sus hijos no aparece constitucionalmente configurado como sujeto a limitación específica alguna, por lo que igualmente debe entenderse sujeto a la limitación genérica impuesta por el art. 27. 2 a todos los derecho de índole educativa; esto es, tendría su límite en la compatibilidad de la opción moral y religiosa profesada con las finalidades de la educación normativamente impuestas por aquel precepto constitucional”.

⁵⁵⁹ El Acuerdo con la Santa Sede sobre Enseñanza y Asunto Culturales, firmado en la Ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979 impone la asignatura “en todo centro educativo”, pero ello debe interpretarse conforme a la Constitución, que haría no viable la imposición de una asignatura contraria al ideario religioso –si lo hay- del centro educativo, aun concertado.

En la doctrina se señala que el deber de impartir la enseñanza es sólo para los financiados públicos, no para los privados. Así, TRONCOSO REIGADA (1996, p. 255). Cito por, DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, pp. 130 y 131) p. 130, señala que sí en concertado, no en no concertados, pero los privados con ideario, no están obligados a enseñanzas religiosas si no se ajustan, (ob. cit. p. 131).

⁵⁶⁰ La constatación requeriría la prueba fehaciente de una política contraria a la organización y dotación de las enseñanzas religiosas al punto de hacerlas difícilmente accesibles al que las pretende. Y todo ello habría de reconducirse al mandato de adecuación a la demanda social, no individual. En caso de evidenciarse la situación, sí que sería posible que en la demanda contenciosa, se requiriese la declaración de una situación jurídica particular a favor de la dotación y organización de la enseñanza requerida.

⁵⁶¹ STC 5/1981, recurso LOECE, FJ 9º.

personal, y organización, en los centros docentes que prestan el servicio educativo.

- Sin embargo, a mi juicio, esta enseñanza no necesariamente implica que se trate de una asignatura⁵⁶². A partir de ahí, las opciones son, a mi juicio, muchas: que esta enseñanza quede o no integrada en los planes de estudio⁵⁶³, que si se integra en los planes de estudio se considere fundamental o no, evaluable o no, evaluable como las demás asignaturas o no. En razón de estas decisiones y como se concretase, podría variar que su calificación computase para el acceso a estudios y a becas o no, que tenga una asignatura alternativa o no, que la alternativa sea evaluable o no, que la alternativa sea sobre el fenómeno religioso o no, de contenidos éticos o morales o no.

En razón de las decisiones judiciales, la actividad o asignatura alternativa no puede reforzar el conocimiento de las asignaturas evaluables, pues pondría en ventaja a los que no quieren la asignatura e inhibiría la elección de ésta. Además, la actividad o asignatura alternativa no puede estar formulada en términos muy vagos para poder elegir con conocimiento⁵⁶⁴. Actualmente esta alternativa se denomina “Debida Atención Educativa”, lo que se ha llamado “asignatura de nada” en la que los niños no deben quedar sin tutela pero no pueden tratar

⁵⁶² DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 123). afirma que asignatura se impone por tenor constitucional. GARRIDO FALLA (1980, p. 551). FERNÁNDEZ-MIRANDA (1988, 123). DÍAZ REVORIO (2002 a, pp. 100-101).

Asimismo la STS de 31 enero de 1997 (RJ 1997\597) y STS de 26 enero 1998 (RJ 1998\919) afirman del artículo 27. 3º CE que [da] lugar a una prestación garantizada por los poderes públicos”.

⁵⁶³ En contra DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 53): “la obligación constitucional de establecer una asignatura de religión en nuestro sistema educativo deriva exclusivamente de la voluntad expresa del legislador constituyente, que la ha declarado claramente introduciendo el art. 27. 3º CE” Considera que no es “razonable” reconducir esta enseñanza religiosa fuera del sistema, puesto que ello ya estaría incluido en la libertad religiosa del artículo 16 y dejaría vacío de contenido este precepto.

⁵⁶⁴ Ver, STS de 9 de junio de 1994 (5151/1994), FJ. 7º. Así como STS de 17 marzo 1994 (RJ 1994\2444), FFJJ 9º y 10º: “pues pondría en ventaja a los que no quieren la asignatura e inhibiría la elección de ésta, y es que la actividad o asignatura alternativa no puede estar formulada en términos muy vagos para poder elegir con conocimiento

Esta mejor y mayor preparación en dichas materias a través de las mencionadas «actividades de estudio orientadas por un profesor» del Centro, que habrían de obtener los alumnos que las eligieran, abandonando la enseñanza de la religión, normalmente han de redundar en un mejor y mayor aprovechamiento educativo del alumno, con un también normal reflejo en las calificaciones de referidas disciplinas y, por consiguiente, en un mejor expediente académico a competir, no sólo dentro del mismo sistema educativo, sino también a efectos de su concurrencia en otras áreas profesionales.

Todo lo cual supone que, dicho precepto ahora analizado, cuando menos, en orden a la posible aplicación referida, que es permitida por la «ambigüedad» y falta de certeza de la norma; el que, se infrinja con ello, además del principio de «seguridad jurídica», el de «igualdad ante la ley», garantizados respectivamente por los artículos 9. 3 y 24. 1, de la Constitución Española de 1978. ”

ningún asunto relacionado con el currículo escolar ni reforzar el estudio. Esta situación genera situaciones algo esperpénticas en las aulas⁵⁶⁵.

En la actualidad, cabe hacer especial mención de la opción realizada en el – polémico en los últimos años-, vigente Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asunto Culturales, firmado en la Ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979. En virtud de su artículo 2 se deriva que en el caso de la enseñanza católica el mandato constitucional se articula como la obligación de instituir “en todos los centros de educación” una “disciplina” o asignatura de religión católica “en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales”, que, como no podía ser de otro modo, “no tendrá carácter obligatorio para los alumnos” y “no suponga discriminación alguna en la actividad escolar.”⁵⁶⁶. Estas opciones se siguen en la legislación educativa (D. Ad. 2ª LOE) con carácter general, siendo en el desarrollo reglamentario donde se fijan las opciones⁵⁶⁷ para la educación infantil (D. A. Única Real Decreto 1630/2006), primaria (D. Ad. 1ª Real Decreto 1513/2006), ESO (D. Ad. 2ª Real Decreto 1631/2006) y Bachillerato (D. Ad. 3ª Real Decreto 1467/2007). El Tribunal Supremo ha avalado en diversas ocasiones la situación normativa⁵⁶⁸.

De la regulación actual se deriva:

⁵⁶⁵ Cabe seguir en este sentido “Clase de Religión, o de nada”, reportaje en *El País*, de 1 de octubre de 2009, a cargo de Joaquina Prades. Antes se llamaba Alternativa a la Religión. Sus contenidos van desde jugar al parchís o a los barcos hasta aprender Conocimiento del Medio, pasando por cante y baile local, técnicas de inteligencia emocional, hacer los deberes en silencio o suprimirla del calendario: todo cabe dentro de una materia cuya regulación legal se limita a exigir “una debida educación (...) sin reforzar el conocimiento”.

⁵⁶⁶ Artículo 2: “Los planes educativos en los niveles de Educación Preescolar, de Educación General Básica (EGB) y de Bachillerato Unificado Polivalente (BUP) y Grados de Formación Profesional correspondientes a los alumnos de las mismas edades incluirán la enseñanza de la religión católica en todos los Centros de educación, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales.

Por respeto a la libertad de conciencia, dicha enseñanza no tendrá carácter obligatorio para los alumnos. Se garantiza, sin embargo, el derecho a recibirla.

Las autoridades académicas adoptarán las medidas oportunas para que el hecho de recibir o no recibir la enseñanza religiosa no suponga discriminación alguna en la actividad escolar.

En los niveles de enseñanza mencionados, las autoridades académicas correspondientes permitirán que la jerarquía eclesiástica establezca, en las condiciones concretas que con ella se convenga, otras actividades complementarias de formación y asistencia religiosa.”

⁵⁶⁷ Hasta hace poco la regulación de desarrollo la constituía el Real Decreto 2438/1994, de 16 de diciembre, por el que se regula la enseñanza de la religión, aprobado a raíz de la declaración de inconstitucionalidad por el Tribunal Supremo del decreto anterior. En la actualidad, la regulación se da en las Disposiciones adicionales del Real Decreto 1630/2006 para la Educación Infantil; Real Decreto 1513/2006, Primaria; Real Decreto 1631/2006 para la ESO y Real Decreto 1467/2007 para Bachillerato.

⁵⁶⁸ Más recientemente en la sentencia TS de 23 julio 2009. RJ 2009\7187 que reitera sentencia de 9 de diciembre de 2008 (recurso 35/2007) y de 10 de diciembre de 2008 (recurso nº 36/2007).

- la exigencia clara de una voluntad por cursar la asignatura por parte de los padres del menor de edad; una decisión informada en razón del proyecto educativo al respecto de la “atención” alternativa (“asignatura de la nada”) que se brinde a los alumnos y la organización de la misma;

- que la “atención” de los que no opten por la religión, no implique el aprendizaje “de contenidos curriculares asociados al conocimiento del hecho religioso ni a cualquier área de la etapa” (Primaria y ESO).

-En la ESO, como enseñanza religiosa existe también la asignatura “Historia y cultura de las religiones”. Una y otra asignaturas deben evaluarse igual que cualquier otra asignatura, si bien, no computarán en las convocatorias en las que deban entrar en concurrencia los expedientes académicos, ni en la obtención de la nota media a efectos de admisión de alumnos, cuando hubiera que acudir a ella para realizar una selección entre los solicitantes.

- En el caso del Bachillerato, la asignatura de religión no computa a efectos de acceso a la Universidad ni en las convocatorias para la obtención de becas y ayudas al estudio en que deban entrar en concurrencia los expedientes académicos.

- La determinación del currículo de la enseñanza de religión católica y de las diferentes confesiones religiosas con las que el Estado español ha suscrito Acuerdos de Cooperación en materia educativa será competencia, respectivamente, de la jerarquía eclesiástica y de las correspondientes autoridades religiosas.

-La idoneidad del profesorado de las asignaturas religiosas la determinan las respectivas autoridades (STC 38/2007, de 15 febrero)⁵⁶⁹.

Por cuanto a los datos de la demanda de la asignatura de religión, destaca el hecho de que tres de cada cuatro alumnos cursan la asignatura hasta las edades previas a tomar la primera comunión. Mientras que la cifra desciende sensiblemente después de estas edades, al punto de que sólo uno de cada tres alumnos cursan la asignatura en bachillerato⁵⁷⁰.

⁵⁶⁹ STC 38/2007, de 15 febrero, cuestión LOGSE-Acuerdo Santa Sede, profesores de religión, FJ 9º: “En efecto, a partir del reconocimiento de la garantía del derecho de libertad religiosa de los individuos y las comunidades del art. 16. 1 CE no resultaría imaginable que las Administraciones públicas educativas pudieran encomendar la impartición de la enseñanza religiosa en los centros educativos a personas que no sean consideradas idóneas por las respectivas autoridades religiosas para ello.”

⁵⁷⁰ Se siguen los datos de “La clase de religión cae en picado a partir de la primera comunión”, en *El País* de 06/12/2008. Ahí se señala que cuando los llegan al Bachillerato -17 y 18 años-, únicamente el 37% de los alumnos opta por estudiar en clase una de las cuatro confesiones cuya enseñanza financia el Estado: católica, evangélica, musulmana y hebrea. Hace seis años el porcentaje era del 43,2%. La

6. EL CONTENIDO MÁS PRESTACIONAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN. LAS “CUATRO A”: ASEQUIBILIDAD, ACCESIBILIDAD, ACEPTABILIDAD Y ADAPTABILIDAD

En el ámbito internacional de los derechos sociales se afirma que los Estados deben respetar, proteger y llevar a efecto cada una de las “características fundamentales”: disponibilidad (o asequibilidad), accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad⁵⁷¹. El cumplimiento de un derecho social, en nuestro caso, el derecho a la educación se corresponde así con la obligación del Estado de satisfacer las “cuatro a”. Y se han elaborado indicadores bastante completos para mensurar el grado de cumplimiento de estas exigencias⁵⁷².

Como recuerda el Comité DESC “La exigencia de estas cuatro A: Asequible, Accesible, Aceptable y Adaptable es lugar común en el ámbito de los derechos sociales en su documentación y seguimiento”⁵⁷³, no sólo para las instituciones, sino, también, para la doctrina internacional⁵⁷⁴.

Ya de forma concreta para el ámbito de la educación, cabe señalar el sentido de estas “cuatro a”⁵⁷⁵.

Enseñanza Secundaria Obligatoria (ESO) también refleja una caída lenta y constante: 44,7% en el curso 2006-2007, el último analizado por el Consejo Escolar del Estado, frente al 54% del curso 1999-2000. En Primaria, los laicos siguen siendo minoría y el 74% del alumnado está matriculado en religión, si bien la opción aconfesional ha aumentado ocho puntos en el último lustro.

⁵⁷¹ Al respecto, NACIONES UNIDAS (2004, pp. 10 y ss.). Como se recuerda en NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 b, n° 50). Este esquema se inició con vivienda y alimentación (Observación general n° 4 y n° 12 respectivamente), pasando luego al ámbito de la educación.

⁵⁷² Al respecto, ver *infra*: “El derecho fundamental a una educación de calidad y el establecimiento de indicadores”

⁵⁷³ NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 b, n° 50).

⁵⁷⁴ Destaca TOMASEVSKI (2004 a) también, (2004 b, p. 342 y p. 349). También en TORRES INSTITUTO (2005, p. 25).

⁵⁷⁵ Cabe seguir la claridad de TORRES INSTITUTO (2005, p. 25) respecto del ámbito educativo.

“Asequibilidad: presupuesto suficiente, escuelas y maestros necesarios, infraestructura y dotaciones pertinentes.

Accesibilidad: gratuidad, accesibilidad económica, material y geográfica a las instituciones educativas.

Adaptabilidad: pertinencia del currículo y la oferta educativa de acuerdo a contextos y poblaciones específicas.

Aceptabilidad: calidad de la educación asociada a las necesidades, intereses y expectativas de las diversas comunidades y poblaciones.”

En primer lugar, la disponibilidad (o asequibilidad)⁵⁷⁶:

nº 7: “La disponibilidad o asequibilidad implica que hayan instituciones y programas de enseñanza suficientes, dependiendo del contexto, incluyendo instalaciones, edificios, protección contra elementos, instalaciones sanitarias, agua, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc. (nº 7).

nº 50: “a) Disponibilidad. Debe haber instituciones y programas de enseñanza en cantidad suficiente en el ámbito del Estado Parte. Las condiciones para que funcionen dependen de numerosos factores, entre otros, el contexto de desarrollo en el que actúan; por ejemplo, las instituciones y los programas probablemente necesiten edificios u otra protección contra los elementos, instalaciones sanitarias para ambos sexos, agua potable, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, etc.; algunos necesitarán además bibliotecas, servicios de informática, tecnología de la información, etc.

Supone que no se cierren escuelas privadas, la implantación de un sistema de escuelas, construyendo aulas, suministrando materiales de estudio, formando a maestros y pagándoles de forma competitiva.

En segundo lugar, la accesibilidad⁵⁷⁷:

nº 50: “Accesibilidad material y económica. Material como acceso razonable en razón de localización geográfica o tecnológica (a distancia) y económica por cuanto ha de estar al alcance de todos. Mientras que la primaria ha de ser gratuita, se requiere la gradualidad en la gratuidad de la enseñanza secundaria y superior”

Incluye también que el Estado y los terceros no impidan la asistencia de niñas

En tercer lugar, la aceptabilidad, esto es adaptabilidad a las necesidades de las sociedades y de los alumnos en contextos culturales y sociales variados:

La aceptabilidad se vincula asimismo con la promoción de derechos humanos a través de la educación y, por ende, con el objeto de la educación.

“aceptabilidad” de la educación para todos, con planes de estudios dotados de recursos que reflejen necesidades contemporáneas⁵⁷⁸.

Al respecto de la aceptabilidad Tomasevski⁵⁷⁹ hace referencia a un conjunto de criterios de calidad de la educación, incluyendo derechos de las minorías, lengua de la instrucción, prohibición de castigos corporales, fiscalización de materiales y programas

⁵⁷⁶ NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 b, nº 7 y 50).

⁵⁷⁷ *Ibidem*, nº 50.

⁵⁷⁸ *Idem*.

⁵⁷⁹ TOMASEVSKI (2004 a), p. 349.

educativos. Se engloba un conjunto de criterios de calidad de la educación, como por ejemplo, los relativos a la seguridad y la salud en la escuela, o a las cualidades profesionales de los maestros, pero va mucho más allá. El gobierno debe establecer, controlar y exigir determinados estándares de calidad, se trate de establecimientos educativos públicos o privados. La prohibición de los castigos corporales ha transformado la disciplina en la escuela. La niñez como titular del derecho a la educación y en la educación, ha extendido las fronteras de la aceptabilidad hasta los programas educativos y los libros de texto, como también a los métodos de enseñanza y aprendizaje, que son examinados y modificados con el objeto de volver la educación aceptable para todos y todas.

Y, en cuarto y último lugar, la adaptabilidad de los derechos sociales, en razón de la cual, la educación ha de tener la flexibilidad necesaria para adaptarse a las necesidades de sociedades y comunidades en transformación y responder a las necesidades de los alumnos en contextos culturales y sociales variados.⁵⁸⁰

En este estudio se analiza exhaustivamente el contenido prestacional del derecho a la educación a continuación a partir de este esquema –de predicamento internacional- de las “cuatro a”.

6. 1. ASEQUIBILIDAD: PRESUPUESTO SUFICIENTE, ESCUELAS Y MAESTROS NECESARIOS, INFRAESTRUCTURA Y DOTACIONES PERTINENTES

6. 1. 1. La garantía de presupuestos suficientes

El gasto en educación en España, de 1997 a 2007 se ha multiplicado por dos (22.525 millones a 45.149)⁵⁸¹, si bien, en relación con el PIB ha descendido (de 4,47% a 4,35%). En 2010 ha alcanzado los 53.306 millones, un 5,05% del PIB⁵⁸². El incremento del gasto de 2000 a 2010 ha sido de un 48,5% mientras que el aumento de alumnos de un 12,5%⁵⁸³. El gasto de las familias en servicios educativos (pagos de las familias por servicios educativos a centros, academias y clases particulares, sin incluir los gastos en servicios complementarios ni en bienes educativos), pasa de 5.528 millones de euros en 1997 a 8.810 millones en 2007, lo cual supone una tendencia decreciente en relación con el PIB (de 1,1%

⁵⁸⁰ NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 b,nº 7: d).

⁵⁸¹ MEC-INCE, 2010.

⁵⁸² MEC (2010 b), p. 9).

⁵⁸³ *Ídem*.

a 0,84%). El gasto público en educación se distribuye prácticamente en un tercio en Infantil, Primaria y Especial (32,9%), casi otro tercio en ESO, Bachillerato y FP (30,6%), una quinta parte en Educación universitaria (19,6%). Un 3,1% se dedica a becas. (El resto se dedica a educación de régimen especial -3,2%-, formación ocupacional inicial -4%- y Administración y otras actividades, un 6,6%)⁵⁸⁴.

El artículo 155 LOE dispone de forma programática que “Los poderes públicos dotarán al conjunto del sistema educativo de los recursos económicos necesarios” buscándose la “equiparación progresiva a la media de los países de la Unión Europea.” Frente a esta afirmación programática de escasa exigibilidad jurídica, las cantidades absolutas del gasto público y de las familias en educación aumentan, decrecen con relación al total del PIB (4,35% en 2007, aunque 5,05% en 2010)⁵⁸⁵, siendo sensiblemente inferior a la media de la Unión Europea⁵⁸⁶.

El artículo 2 PIDESC obliga a los Estados a la plena efectividad de los derechos “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. De ello se deriva una obligación de prioridad al adoptar decisiones sobre el gasto público respecto de otras partidas discrecionales y, cuanto menos, se requiere una justificación evidente para reducir el gasto público respecto de cada derecho⁵⁸⁷. Pues bien, si en general los derechos sociales reconocidos condicionan las políticas presupuestarias pudiendo generar una violación del derecho, con mayor motivo el derecho fundamental a la educación habrá de condicionar estas políticas. En algunos países, como Filipinas⁵⁸⁸, Ecuador⁵⁸⁹ o Venezuela⁵⁹⁰ incluso existen mandatos constitucionales más o menos genéricos. El mandato de la “más alta

⁵⁸⁴ El resto se dedica a educación de régimen especial -3,2%-, formación ocupacional inicial -4%- y Administración y otras actividades, un 6,6%. *Ibidem*.

⁵⁸⁵ MEC (2008) y MEC (2004 y ss.), año 2008.

⁵⁸⁶ Según los datos más recientes (MEC-INCE 2010, p. 42), la media del gasto público en educación como porcentaje del PIB en los 27 países de la Unión Europea para el año 2006 es de 5,04%. España se sitúa por debajo de dicha media con un 4,28%. Eslovaquia y Luxemburgo, con 3,79% y 3,41% frente a Dinamarca con 7,98% y Chipre 7,02%.

⁵⁸⁷ Al respecto, ver NACIONES UNIDAS (2004, pp. 10 y ss.) así como los diversos documentos ahí recogidos del COMITÉ DESC. Ver también NACIONES UNIDAS-COMITÉ DESC (1990, nº 10, 11 y 12).

⁵⁸⁸ En Filipinas, su artículo XIV, Sección 5. 5ª dispone que “El Estado asignará la más alta prioridad presupuestaria a la educación”, el cual, como bajo se señala ha sido interpretado por los tribunales.

⁵⁸⁹ Se trata del mandato más genérico. La Constitución de Ecuador de 1998 en su artículo 71 obliga a que “En el presupuesto general del Estado se asignará no menos del treinta por ciento de los ingresos corrientes totales del gobierno central, para la educación y la erradicación del analfabetismo.”

⁵⁹⁰ Se trata de un mandato bastante genérico. Así, la Constitución de Venezuela de 1999 dispone en su artículo 311 que “El ingreso que se genere por la explotación de la riqueza del subsuelo y los minerales, en general, propenderá a financiar la inversión real productiva, la educación y la salud”.

prioridad presupuestaria”, equivalente al “máximo de los recursos de que disponga”, ha fiscalizado jurisdiccionalmente en Filipinas⁵⁹¹. En instancias internacionales se ha afirmado la vulneración del derecho a la educación (en el caso por China y Colombia) por dar prioridad al gasto militar, así como por la estrategia de cobrar matrícula en la enseñanza obligatoria. Y dicha política es doblemente lesiva del derecho cuando se da “la falta de una estrategia para eliminar el cobro de esos derechos en la enseñanza primaria”⁵⁹²

Al respecto de la financiación educativa la Federación Iberoamericana de Ombudsmen a los Estados recomienda que se adopte un sistema sostenible de financiación, estable y permanente fundado en los presupuestos estatales. Se recomienda asimismo la presentación clara y sistemática de las partidas con datos desagregados, con mecanismos de supervisión que incluyan auditorías externas y sanciones por desviación del gasto. Se llega a recomendar la necesidad de “Incrementar con urgencia la inversión pública en educación hasta alcanzar, de acuerdo con la UNESCO y el Relator de las Naciones Unidas para el Derecho a la Educación, al menos el 6% del Producto Interior Bruto”⁵⁹³.

En España, obviamente, la educación básica obligatoria y gratuita obliga a una reserva presupuestaria⁵⁹⁴. Respecto de las enseñanzas no obligatorias (secundaria, superior y universitaria) se impone la implantación progresiva de la gratuidad en razón del artículo 2 y 13. 2º PIDESC. La progresividad en modo alguno hace desaparecer la obligación de dotación presupuestaria. Como exigencia del PIDESC, se tiene la obligación concreta y permanente “de proceder lo más expedita y eficazmente posible” para la plena aplicación del artículo 13 PIDESC[xxi] que reconoce el derecho a la educación⁵⁹⁵. Esta afirmación supone la inclusión de parámetros fiscalizables jurídicamente, que no

⁵⁹¹ Como ya se hizo referencia, en las Filipinas un grupo de senadores impugnó en 1991 la constitucionalidad de la asignación presupuestaria de 86. 000 millones de pesos para el servicio de la deuda en comparación con los 27. 000 millones de pesos asignados a la educación. La Constitución de Filipinas obliga al Gobierno a atribuir la prioridad presupuestaria más alta a la educación. La cuestión planteada era decidir si un servicio de la deuda tres veces superior a la asignación presupuestaria para la educación era inconstitucional. El tribunal concluyó que la educación había sido la prioridad presupuestaria más alta, pero que el servicio de la deuda era necesario para salvaguardar el crédito del país y, por consiguiente, la supervivencia de su economía. Tribunal Supremo de Filipinas, Guingona, Jr. c. Carague, G. R. N° 94571, 22 de abril de 1991.

⁵⁹² NACIONES UNIDAS- TOMASEVSKI (2004 b, nº 5).

⁵⁹³ “Recomendaciones a los Estados”, en ESCOBAR (2009, pp. 726-737, p. 730).

⁵⁹⁴ CASTILLO CÓRDOVA (2006, p. 246). señala que el artículo 27. 4º CE implica que no hay una dependencia de la existencia de recursos presupuestarios.

⁵⁹⁵ Ya se ha hecho referencia al concreto significado de la cláusula de progresividad. En todo caso, respecto del ámbito educativo, como se recuerda en NACIONES UNIDAS (2004 A). “51. [...] las obligaciones de los Estados Partes respecto de la enseñanza primaria, secundaria, superior y fundamental no son idénticas. Habida cuenta de la redacción del párrafo 2 del artículo 13, los Estados Partes están obligados a dar prioridad a la implantación de la enseñanza primaria, gratuita y obligatoria[xxiv].”

hacen sino ratificar que el derecho subjetivo prestacional a la educación en modo alguno empieza y acaba en la educación primaria. No obstante, lo cierto es que la obligación de dotación presupuestaria queda algo difuminada la LOE.

Así, en general el artículo 109. 3º LOE dispone la obligación de “tener en cuenta las consignaciones presupuestarias existentes y el principio de economía y eficiencia en el uso de los recursos públicos”. Respecto de los centros privados, el artículo 49. 1º LODE dispone que “ La cuantía global de los fondos públicos destinados al sostenimiento de los centros concertados se establecerá en los Presupuestos Generales del Estado y, en su caso, en los de las Comunidades Autónomas.” Y en la misma línea el artículo 117 LOE “1. La cuantía global de los fondos públicos destinados al sostenimiento de los centros privados concertados, para hacer efectiva la gratuidad de las enseñanzas objeto de concierto, se establecerá en los presupuestos de las Administraciones correspondientes.”

Respecto de las Becas y ayudas al estudio el artículo 83. 2º LOE dispone la genérica obligación de que “El Estado establecerá, con cargo a sus Presupuestos Generales, un sistema general de becas y ayudas al estudio, con el fin de que todas las personas, con independencia de su lugar de residencia, disfruten de las mismas condiciones en el ejercicio del derecho a la educación.” Finalmente, la Disposición Adicional 22ª dispone que se “incorporarán progresivamente los créditos necesarios para hacer efectiva la gratuidad del segundo ciclo de la educación infantil”.

En la jurisprudencia se pueden ver casos que parecen condicionar la “gratuidad” de la enseñanza a la disponibilidad presupuestaria y con mención de la gradualidad⁵⁹⁶, en los no se obliga a la Administración a hacer una reserva presupuestaria. Se ha afirmado en este sentido que:

“el logro efectivo y total de dicha gratuidad de la enseñanza a la que tiende la norma citada, y, a que se refiere el artículo 27.4 de la Constitución, necesariamente ha de depender de las disponibilidades presupuestarias [...] no es jurídicamente defendible la tesis contraria de los hoy recurrentes de poder ser forzada la Administración Pública a consignar en sus presupuestos las cantidades precisas”.⁵⁹⁷

Ahora bien, se trata de casos sobre las subvenciones a los centros a través de los conciertos educativos, no directamente sobre la falta de escolarización básica. Ésta no queda condicionada a la disponibilidad presupuestaria. Respecto de los conciertos educativos, la jurisprudencia sí que ha afirmado que las

⁵⁹⁶ STS de 2 julio 1992 (RJ 1992\6478), FJ 1º.

⁵⁹⁷ STS de 21 febrero 1990 (RJ 1990\1280), FJ 2º. Si bien, se trataba de la retribución del profesorado privado según convenio por encima de los Presupuestos.

limitaciones presupuestarias condicionan los conciertos educativos. En este sentido, es constante la jurisprudencia que afirma que: “no existe un derecho subjetivo a la celebración de este tipo de conciertos por la insoslayable limitación de las disponibilidades presupuestarias”⁵⁹⁸. Se afirma que en razón de tales limitaciones y a través de la actividad de programación de la enseñanza procede el establecimiento de criterios y preferencias para la concesión⁵⁹⁹. También se ha afirmado que el presupuesto no puede quedar condicionado por un convenio colectivo de profesores⁶⁰⁰. Asimismo y por el contrario, los tribunales afirman que una vez cumplidos los requisitos legales para acceder a la subvención o concierto, la falta de disponibilidad presupuestaria no puede ser una barrera “en cuanto que, en cualquier caso, pueden habilitarse créditos al efecto”⁶⁰¹. Y, con especial interés, se ha pasado a exigir en los últimos años que la Administración pruebe que no cuenta con fondos suficientes, sin que sea suficiente una mera alegación de restricciones presupuestarias⁶⁰².

6. 1. 2. La programación de la enseñanza

El artículo 27. 5º dispone:

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

⁵⁹⁸ Entre otras, STS de 28 abril 1987 (RJ 1987\3165), FJ 4º.

⁵⁹⁹ STS de 3 julio 1987 (RJ 1987\5199), FJ 2º.

⁶⁰⁰ Así, STS, de 21 febrero 1990 (RJ 1990\1280) sobre el pago por la Administración de la diferencia entre los gastos de personal fijados por convenio y los fijados oficialmente, en concreto sobre la congelación económica del Plus de Residencia. Ver FJ 2º.

⁶⁰¹ Así se señala, una vez examinado el supuesto en la STS de 22 abril 1987 (RJ 1987\2995), FJ 3º: “debe ser desestimada la alegación relativa a las consecuencias procesales del agotamiento del presupuesto, pues, no existe razón para que la estimación de la demanda hubiera de implicar la resolución de los conciertos ya establecidos, en cuanto que es notoria la posibilidad legal de que la Administración pueda encontrar otros fondos para atender las necesidades derivadas de los nuevos conciertos singulares impuestos por el fallo judicial de la 1.ª Instancia, en cuanto que, en cualquier caso, pueden habilitarse créditos al efecto.”

⁶⁰² En la línea de exigencia de motivación en materia de conciertos, así la STS, de 8 de noviembre de 2004 (JUR 2005, 13993), al resolver el recurso de casación núm. 730/2001, que, por lo que hace a la disponibilidades presupuestarias, ha dicho que las limitaciones de esta naturaleza incumbe probarlas a la Administración (en la STS de 18 de septiembre de 2001 [RJ 2001, 8177]); y ha aclarado que, tratándose de decisiones que afectan directamente al derecho fundamental de la educación, la Administración debe motivarlas no con argumentos genéricos sino con razones concretas y, sobre todo, acreditando, cuando invoque este motivo de denegación, que no cuenta con fondos suficientes.

En razón del mandato constitucional, obviamente ha de existir una actividad de programación, con efectiva participación de los interesados (norma de organización). La programación de la enseñanza es una modalidad de planificación, como previsión de necesidades y diseño de medidas para su satisfacción,⁶⁰³. Se trata de un instrumento necesario para la satisfacción del derecho a la educación⁶⁰⁴. Con la programación de la enseñanza se pretende garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la educación, se definen las necesidades prioritarias, objetivos de actuación y asignación de recursos, “de acuerdo con la planificación económica general del Estado.” (art. 27 LODE). La oferta de plazas debe armonizar “exigencias derivadas de la obligación que tienen los poderes públicos de garantizar el derecho de todos a la educación y los derechos individuales de alumnos, padres y tutores”. Se programa la oferta gratuita según la red de centros públicos y concertados y deben tenerse en cuenta las consignaciones presupuestarias (art. 109 LOE). En el ámbito universitario la programación de la oferta de enseñanzas de las Universidades públicas reside en las Comunidades Autónomas (art. 43. 1º LOU).

Desde la perspectiva del derecho a la educación del individuo, tiene singular relevancia la fijación del número máximo de alumnos a admitir por el centro y por unidad, esto es, la ratio. Ello resulta especialmente conflictivo cuando la Administración no permite la ampliación de ratio en colegios concertados, que son los más solicitados. Los tribunales conceden un importante margen de discrecionalidad a los poderes públicos tanto frente al margen de maniobra de fijación por los centros concertados cuanto frente a los padres y madres que requieren que se amplíe dicha ratio para lograr el acceso del menor en el centro deseado. En muchas ocasiones los tribunales ratifican la decisión administrativa en razón de su discrecionalidad⁶⁰⁵. La STS de 30 de junio de 2008 viene a admitir que los centros concertados puedan determinar las vacantes de

⁶⁰³ DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 53). Esta misma concepción instrumental, EMBID IRUJO (1982, p. 269). FERNÁNDEZ SEGADO (1992, p. 366).

⁶⁰⁴ STS de 26 abril 1990 (RJ 1990\3566), FJ 3: “Por otro lado, el art. 20. 1 de la misma Ley, en directa conexión con el 27. 5 de la Constitución, impone una programación adecuada de los puestos escolares gratuitos, en los ámbitos territoriales correspondientes, para garantizar tanto la efectividad del derecho a la educación como la posibilidad de escoger centro docente.”

⁶⁰⁵ La STSJ Andalucía, de 7 julio de 2003 (JUR 2003\241185) no considera infracción por la inadmisión del hijo del recurrente y la no ampliación de ratio, pese a que la normativa permite cierta flexibilización y que a algunos otros centros sí que se haya permitido.

La STSJ Andalucía, de 2 junio también legitima la actuación de la Administración en la ubicación de alumnos en diversos centros en lugar de crear un nuevo aula por cuanto “se inserta en el margen de discrecionalidad de que dispone la Administración en el ejercicio de sus facultades de autoorganización, no puede ser revisada por los órganos jurisdiccionales, ni ser sustituida por la opción que en opinión de los mismos pudiera ser más conveniente ni, mucho menos, por la que lo fuera para los particulares demandantes.”

alumnos. Se ratifica la anulación de una norma riojana que limitaba esta posibilidad a los centros y se confirma que “la oferta de plazas escolares podrá ser modificada al terminar los períodos de preinscripción o matrícula que se establezcan, atendiendo a su planificación general”.⁶⁰⁶ La STS de 8 marzo 2002 condensa doctrina jurisprudencial en virtud de la cual, en razón de la calidad de la enseñanza, los poderes públicos en su actividad de programación están facultados para establecer una ratio de máximo de alumnos por unidad, y que de ello pueda derivarse el resultado de que no se alcance el centro elegido preferentemente, lo cual no vulnera el derecho a la educación. A partir de esta importante sentencia⁶⁰⁷, la solución puede sintetizarse así:

- el derecho a la elección del Centro docente es derecho de alcance constitucional implícito en el derecho a la educación.

- Cuando choca con las conveniencias didácticas el ejercicio de ese derecho sólo puede ser satisfecho como manifestación de preferencia, por lo que no cabe amparar un derecho absoluto de elección de centro que traspase los límites razonablemente establecidos.

- La programación de la enseñanza permite el estableciendo una «ratio» alumno-unidad.

- Para no sobrepasar esa «ratio» se fijan criterios de admisión.

- La elección pueda o no ser satisfecha en función de que existan o no existan plazas por la necesidad de observar la «ratio»

- No cabe reclamar una flexibilidad en la ratio para incrementar los alumnos a admitir y, en todo caso, no es discriminatorio que existan diferencias en la ampliación de la misma en unas zonas u otras.

6. 1. 3. La creación de centros

El derecho a la educación se garantiza también a través de la creación de centros docentes por los poderes públicos (art. 27. 5º CE). La legislación

⁶⁰⁶ STS dictada en el recurso de casación número 2263/2005 frente a la STSJ- La Rioja, de 4 de marzo de 2005, que estimó el recurso y anuló el Decreto 21/2004, de dieciocho de marzo, en cuyo artículo 4. 1º que determinaba que la Consejería determinaría la oferta de plazas de cada centro por niveles, cursos, grupos o unidades escolares, grados y enseñanzas. La STS se limita prácticamente a elementos formales, el texto entrecorillado procede de la sentencia del TSJ, reproducida por el Tribunal Supremo.

⁶⁰⁷ STS de 8 marzo 2002 (RJ 2002\1881).

determina los órganos competencia para la creación de centros. El artículo 17. 1 LODE señala la competencia del Gobierno o del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma en el marco de sus competencias y también las corporaciones locales en cooperación con aquéllas (DA 2. 1º LODE). En el ámbito de las Universidades la LOU regula la creación de universidades públicas tanto por el Estado cuanto respecto de las Comunidades Autónomas⁶⁰⁸ en el artículo 4.

La creación de centros públicos es una facultad no sometida al principio de subsidiariedad, esto es, que sólo procediese la creación ante la falta de iniciativa o suficiencia privada⁶⁰⁹. La creación de centros es una facultad y al mismo tiempo que es una obligación de Derecho objetivo⁶¹⁰ que, sin embargo, no genera derecho subjetivo alguno, como han insistido los tribunales. Así, se ha afirmado que “la Administración no tiene la obligación constitucional de instalar un centro de estudios, con las características que a cada ciudadano convenga, a determinada distancia del domicilio de todos y cada uno de los ciudadanos”⁶¹¹. El mismo Tribunal Constitucional ha dejado claro que los recursos públicos de la educación “no han de acudir, incondicionalmente, allá donde vayan las preferencias individuales”⁶¹². También ha afirmado que “la ubicación de los Centros docentes resultará siempre más cómoda y conveniente para unas familias que para otras”. Un “derecho a la equidistancia de los Centros públicos respecto de la residencia de los alumnos carece, acaso por imposible, de reconocimiento alguno.”⁶¹³.

⁶⁰⁸ La STC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 7º justifica la concurrencia de la competencia en el hecho de que la programación de la enseñanza es competencia de los poderes públicos, al tiempo de cumplir con el art. 149. 1. 15ª sobre fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica)

⁶⁰⁹ Señalan Berrueta y Sendín queda superada la antigua polémica sobre si la creación de centros docentes se somete al principio de subsidiariedad. DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, pp. 55-56).

⁶¹⁰ En este sentido, se afirma la obligación de creación de centros en el voto particular de Díaz Picazo STS 5/1981, nº 22 a partir del 27. 5º: “El precepto del artículo 9. 2 se concreta, dentro del tema en cuestión, en el artículo 27. 5, donde se especifica que para dar satisfacción al derecho de todos a la educación, y, aunque no se diga, al derecho de todos los padres recogido en el párrafo 3 del mismo artículo, los poderes públicos están obligados a la creación de centros docentes.” (nº 22).

⁶¹¹ Cita de la STS, de 16 mayo 1990 (RJ 1990\4114), FJ 2º, con referencia a SSTS de 14 de septiembre de 1987 (RJ 1987\6002) y de 30 de enero de 1988 (RJ 1988\379)

⁶¹² STC 86/1985, de 10 julio, caso Ordenes del MEC sobre régimen de subvenciones a Centros docentes privados, FJ 4.º

⁶¹³ STC 195/1989, de 27 noviembre, Caso gastos de transporte escolar y Generalitat Valenciana, FJ 4º

Sin perjuicio de esta posición general, considero bajo criterios de razonabilidad⁶¹⁴ y del caso concreto los datos de la realidad (población, número de centros, distancias y comunicaciones, etc.) podrían llevar a determinar la vulneración del derecho a la educación por la no creación de centros docentes suficientes para dar respuesta a la demanda objetiva. Sin perjuicio de esta posibilidad, estimamos que la potencialidad de las nuevas tecnologías en la prestación del servicio educativo podría incluso atemperar la necesidad de creación de centros para no vulnerar constitucionalmente el derecho a la educación.⁶¹⁵

6. 1. 4. La subvención y conciertos con los centros privados

Como se adelantó⁶¹⁶, los sujetos privados pueden prestar el servicio público educativo como una forma de titularidad o gestión⁶¹⁷, quedando sometidos al régimen de la prestación del servicio público⁶¹⁸. Afirmo Embid que “El concierto significa, así, una mayor incardinación de la enseñanza privada que se acoge a este régimen, dentro de los principios generales y de los objetivos globales del sistema público de la enseñanza.”⁶¹⁹ Internacionalmente, para la enseñanza privada hay obligación de dictar normas y sistemas de control de las mismas.

⁶¹⁴ Se coincide con DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 46). En sentido similar, BARNES VÁZQUEZ (1984, p. 44) y FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO (1996, p. 173).

⁶¹⁵ Ver *supra*: “Las TICs en la enseñanza, alfabetización digital y derecho de acceso a la enseñanza no presencial mediante las TICs como exigencias de la aceptabilidad de la educación”.

⁶¹⁶ *Infra*: “La prestación de la educación como servicio público prestado a través del sistema educativo por sujetos públicos o privados.”

⁶¹⁷ STS de 22 diciembre 2003 (RJ 2003\9151).

⁶¹⁸ La STS de 24 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2447) considera a la enseñanza concertada como un servicio público, cuya calificación descansa en la extensión a los Centros concertados, en determinados aspectos, de un régimen jurídico claramente más próximo al que es propio de los Centros públicos, que al que lo es de los Centros privados, imponiendo a aquéllos obligaciones específicas de clara naturaleza jurídico-pública, añadiendo que esta caracterización de la enseñanza concertada como servicio público, traslada a la Administración su titularidad, y consiguiente responsabilidad en su correcta prestación, imponiéndole el deber de adoptar decisión sobre aquellos aspectos que directamente contribuyen a configurar y definir tal actividad prestacional o servicial.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9031) entiende que la enseñanza es un servicio público esencial que, aunque puede ser ejercido por entidades privadas, ello no le priva de ese carácter, y por tanto los Centros que lo prestan no actúan con absoluta libertad, sino sujetos de forma especial a la normativa autonómica con la que se trata de dar un tratamiento unitario a la educación, ya se gestione en forma directa o indirecta.

⁶¹⁹ EMBID IRUJO (2002 a).

Asimismo, no hay obligación jurídica de subvención a centros privados, pero de darse un régimen de subvenciones, no puede producirse discriminación⁶²⁰.

Por su parte, el TEDH ha dejado claro que el CEDH no exige la subvención de la enseñanza privada y deja intacta la libertad de los Estados a subvencionar las escuelas privadas o de abstenerse de hacerlo⁶²¹:

“si el Protocolo hubiera tenido por objeto el obligar a los Estados, bien a crear ellos mismos una enseñanza, bien a subvencionar la enseñanza privada, esta obligación habría debido dar lugar a una reglamentación al menos aproximada”.

En cambio, en España pesa un mandato constitucional de ayudar a los centros docentes. El artículo 27. 9º CE dispone que “Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca”. Para el Tribunal Constitucional este mandato ni es retórico ni impone el deber automático de ayudar ni a todos los centros, ni totalmente, sino que queda supeditado a los recursos disponibles y ley⁶²². El Alto Tribunal considera que se trata de un derecho de configuración legal, que si bien depende de la discrecionalidad del legislador, éste queda limitado, en especial por el principio de no discriminación⁶²³. La conformación normativa de este mandato

⁶²⁰ NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 b, nº 54): “Los Estados Partes tienen la obligación de establecer “las normas mínimas... en materia de enseñanza” que deben cumplir todas las instituciones de enseñanza privadas establecidas con arreglo a los párrafos 3 y 4 del artículo 13. Deben mantener, asimismo, un sistema transparente y eficaz de supervisión del cumplimiento de esas normas. Ningún Estado Parte tiene la obligación de financiar las instituciones establecidas de conformidad con los párrafos 3 y 4 del artículo 13, pero si un Estado decide hacer contribuciones financieras a instituciones de enseñanza privada, debe hacerlo sin discriminación basada en alguno de los motivos prohibidos.”

⁶²¹ STEDH asunto relativo a algunos aspectos del régimen lingüístico belga en la enseñanza, de 23 de junio de 1968.

⁶²² Afirma el Tribunal Constitucional no puede entenderse “como una afirmación retórica, de manera que quede absolutamente en manos del legislador la posibilidad de conceder o no esa ayuda” (STC 77/1985, de 27 junio, recurso LODE, FJ 11º). Asimismo, como se recuerda en el FJ 28º de esta sentencia, de tal mandato no se desprende “un deber de ayudar a todos y cada uno de los Centros docentes sólo por el hecho de serlo, pues la remisión a la Ley que se efectúa en el art. 27, núm. 9, de la C. E. puede significar que esa ayuda se realice teniendo en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales.” Y siempre “con la insoslayable limitación de los recursos disponibles.” “Los centros no pueden exigir la configuración normativa concreta del régimen de subvenciones o exigir algunas determinadas” y ha precisado que “sostenimiento” no puede identificarse con “financiación total”.

⁶²³ También, en la STC 86/1985, de 10 julio, caso Ordenes del MEC sobre régimen de subvenciones a Centros docentes privados, FJ 3º, se afirma que el “artículo 27. 9, en su condición de mandato al legislador [...] sin embargo, un derecho subjetivo a la prestación pública. Esta, materializada en la técnica subvencional o, de otro modo, habrá de ser dispuesta por la Ley” “Ley de la que nacerá, con los requisitos y condiciones que en la misma se establezcan, la posibilidad de instar dichas ayudas y el correlativo deber de las Administraciones públicas de dispensarlas, según la previsión normativa.” “no significa, obviamente, obviamente, que el legislador sea enteramente libre para habilitar de cualquier

constitucional es también una garantía, al someter el sistema de financiación a las condiciones objetivas de la normas⁶²⁴, lo es a la ley y, también, al desarrollo reglamentario⁶²⁵. Debe señalarse que este derecho legal al concierto educativo queda desvinculado del derecho de acceso a la educación básica y gratuita, puesto que se puede hacer efectivo con el acceso a cualquier centro y no en uno determinado. El Tribunal Constitucional desconecta los conciertos de la educación básica al afirmar que “el derecho a la educación -a la educación gratuita en la enseñanza básica- no comprende el derecho a la gratuidad educativa en cualesquiera Centros privados, porque los recursos públicos no han de acudir, incondicionalmente, allá donde vayan las preferencias individuales.”⁶²⁶. Con mayor claridad si cabe el Tribunal Supremo niega que “el derecho a obtener una enseñanza básica gratuita, que nadie niega, comprenda el que se preste en un Centro determinado”⁶²⁷.

Así cosas, aunque el derecho al concierto educativo coadyuva al derecho a la educación, no es contenido subjetivo del mismo. Y lo mismo se afirma judicialmente de la conexión del sistema de conciertos educativos como instrumento del derecho a elegir la educación religiosa del artículo 27. 3º CE. Se presupone la tradicional enseñanza religiosa, pero puede verse satisfecho este derecho en cualquier centro, no en uno determinado o el elegido⁶²⁸.

Pese a esta desvinculación del derecho a la educación, diversas sentencias también han afirmado que la denegación de un concierto afecta a “los apartados uno, cuatro, seis y nueve del artículo 27 de la Constitución”⁶²⁹, a la libertad de

modo este necesario marco normativo. La Ley que reclama el artículo 27. 9 no podrá, en particular, contrariar los derechos y libertades educativas presentes en el mismo artículo y deberá, asimismo, configurar el régimen de ayudas en el respecto al principio de igualdad.” “el derecho a la subvención no nace para los Centros de la Constitución, sino de la Ley”.

⁶²⁴ SSTS de 18 octubre 1990 (RJ 1990\7968), de 24 de enero de 1985 (RJ 1985\250), de 7 de junio de 1986 (RJ 1986\3362) y de 22 de abril de 1987 (RJ 1987\2995).

⁶²⁵ STS de 9 diciembre 1998 (RJ 1998\10256), FJ 2º: “La reserva de ley, derivada del precepto constitucional, queda cumplida, por tanto, mediante el establecimiento por el legislador de unos criterios generales, que han de ser concretados en cada tiempo y lugar por la Administración.”

⁶²⁶ STC 1985\86, de 10 julio, FJ 4º.

⁶²⁷ STS de 18 de septiembre de 2001 (RJ 2001, 8177), recordada en STS de 22 diciembre 2003 (RJ 2003\9151) FJ 6º.

⁶²⁸ Así se ha afirmado que el apartado 3º “hasta presupone, el sistema mixto de enseñanza, tradicional en España, al tiempo que contribuye a la realización del derecho a la educación básica obligatoria y gratuita dentro de las consignaciones presupuestarias” (STS de 18 octubre 1990, RJ 1990\7968, FJ 2º). Sin embargo, ha estimado que la forma de garantizar el derecho a elegir del artículo 3º no implica el derecho a elegir en cada zona de influencia entre un colegio público y otro concertado y, por ende, no impone subvencionar centros privados en cada área (Así, la interesante STS de 22 diciembre 2003 (RJ 2003\9151) FJ 6º).

⁶²⁹ STS de 25 junio 1988 (RJ 1988\4728).

creación de centros⁶³⁰ o al principio de igualdad⁶³¹. En otros casos, bajo el presupuesto de que se afecta directamente al derecho a la educación se ha derivado un especial deber de motivación cuyo desconocimiento supone la vulneración del derecho⁶³². De este modo, pese a la desfundamentación como derecho, se produce un rescate del mismo, que de modo general se analizó en su momento⁶³³.

6. 1. 5. Financiación de la enseñanza privada a través de bonos, ayudas y cheques escolares

El Presidente de EEUU Bush (Sr.) introdujo la fórmula de los bonos o cheques escolares que se *dan* a las familias para satisfacer los gastos de los centros privados que elijan, siendo los centros quienes reciben tales bonos o cheques. Todo ello, bajo la idea de permitir elegir escuela en un marco de competencia con otras –públicas o privadas⁶³⁴. Se trata, pues, de un instrumento de financiación y potenciación de la enseñanza. El primer sistema de bono – Puerto Rico, 1993- fue declarado inconstitucional sobre la base de la separación de la Iglesia y el Estado, pese a que no estaba configurado en clave religiosa⁶³⁵, sin perjuicio de ello, el sistema se ha consolidado en muchos lugares. En España no hay determinación ni prohibición constitucional al respecto, por lo cual, a priori, los bonos o cheques escolares son posibles. El Defensor del Pueblo, indirectamente⁶³⁶ ha preferido las subvenciones hacia centros públicos, si bien

⁶³⁰ Se vincula el apartado 6º y 9º por cuanto “la libertad de creación de centros docentes difícilmente podría ser real y efectiva, en unos niveles educativos en que la enseñanza es obligatoria y gratuita, desconectada de un régimen de ayuda pública” (La STS de 28 junio 1990 (1990\5173), FJ 2º. En el mismo sentido la STS de 27 noviembre 1995 (RJ 1995\8820).

⁶³¹ Ver STS de 24 mayo 1990 (1990\5432), FJ 1º. También en la STS de 12 mayo 2003 (RJ 2003\4735), FJ 2º.

⁶³² Así, la STS, 3ª, 7ª, de 27 de septiembre de 2004, (RJ 2004, 5682). En esta línea se considera que sin cambio de circunstancias y una particular motivación, procede el mantenimiento del concierto, con preferencia respecto de los que no cuentan con la concesión. Ver STS de 1 febrero 2005 (RJ 2005\1011), también la STS, de 21 mayo 2007 (RJ 2007\5863).

⁶³³ *Infra*: “La habitual desfundamentación por los tribunales del derecho subjetivo fundamental y las vías de “rescate” de la constitucionalidad”

⁶³⁴ TOMASEVSKI (2003, pp. 11-12).

⁶³⁵ Así lo detalla TOMASEVSKI (2003, pp. 11-12).

⁶³⁶ Al respecto de los cheques escolares, como ayudas para la escolarización en centros privados en el primer ciclo de la educación infantil cabe señalar la preferencia del Defensor del Pueblo por las ayudas a la atención de los alumnos en centros sostenidos con fondos públicos, porque aquéllas “no cubren necesariamente el coste total de las correspondientes enseñanzas” Así, DEFENSOR DEL PUEBLO (2008, p. 368). ref. (05030866) con relación a la Consejería de Educación de Madrid respecto de la educación de 0-3 años.

también ha considerado discriminatorias ayudas a libros en el marco de enseñanzas obligatorias si excluyen a los centros privados no concertados⁶³⁷. En sentido semejante, el Tribunal Supremo consideró también discriminatoria una ayuda a los alumnos de educación preescolar por establecer una preferencia a los alumnos de los centros públicos o concertados sobre los privados. Se censuró la ayuda “al depender la concesión no de condiciones objetivas puras sino de una arbitrariedad de criterio”, lo cual suponía la lesión “del artículo 13-3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) y de los artículos 14 y 27 de la Constitución”.”⁶³⁸

6. 1. 6. La exigibilidad jurídica de la dotación de infraestructuras y medios y la facilitación del transporte, libros y medios informáticos

La suficiencia de medios como contenido exigible del derecho a la educación y de su desarrollo normativo

En principio y como se dirá⁶³⁹, la gratuidad de la enseñanza –básica- sólo alcanza a las tasas académicas⁶⁴⁰, pero la negación de algunos medios y prestaciones adicionales (como instalaciones o transporte) puede hacer ilusorio hablar de derecho a la educación⁶⁴¹. Si el derecho fundamental no puede ser ejercitado sin dichos medios, la prestación de éstos pasan a integrarse en el contenido subjetivo del derecho fundamental⁶⁴².

⁶³⁷ DEFENSOR DEL PUEBLO (2008, pp. 638-642 y ss.). referencias (05021364, de 2005) y (07027271) y (07027437) de 2007.

⁶³⁸ Así, STS de 9 marzo 1987 (RJ 1987\1913), FJ 4º, siguiendo STS de 4 de octubre de 1984, Respecto de Orden Ministerial de 12 de Marzo de 1984 impugnada, por la que se convocan ayudas especiales en Educación Preescolar, Educación General Básica y Formación Profesional de primer grado.

⁶³⁹ *Infra*: “La gratuidad de la enseñanza básica obligatoria y, también, la postobligatoria”

⁶⁴⁰ Por ello, en principio, no se extiende a otros posibles gastos que genere la educación.

DÍAZ REVORIO (2002 a, p. 59). También, así lo señalan Satrústegui o De Estevan y González Trevijano, citados por DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 47).

⁶⁴¹ FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO (1996, p. 178). DÍAZ REVORIO (2002 a, p. 59). DOMÍNGUEZ-BERRUETA Y SENDÍN (2005, p. 47). ALÁEZ CORRAL (2003 a, p. 101).

⁶⁴² ALÁEZ CORRAL (2003 a, p. 134). El autor añade que se trata del contenido esencial, lo cual sí puede ser discutible pues impediría restricción alguna. En todo caso, su afirmación no es concreta respecto del derecho a la educación. Señala que: “los medios para ejercitar un derecho fundamental no forman parte del contenido de éste derecho, salvo que se trate de medios que pasan a formar parte del contenido esencial del derecho, lo que únicamente acontece cuando el derecho fundamental no puede ser ejercitado sin dichos medios”. Y concreta que “salvo que se trate de medios necesarios e imprescindibles para el ejercicio del derecho. Sobre ello, con carácter general véase BASTIDA 1990, p. 45-46 y ss.

No son nítidas las barreras en entre lo que forma parte del contenido exigible del derecho a la educación y lo que pasa a ser exigible sólo en razón del desarrollo normativo. En cualquier caso, la lesión del derecho a la educación por la falta de medios para su realización es un juicio asequible jurídica y judicialmente (como se verá en el apartado de restricciones al derecho). Y con mayor facilidad se da este juicio ante la mala actuación o inacción administrativa en tanto en cuanto es habitual la normativa que determina las exigencias.

Cabe destacar en este sentido la reciente y pionera STS de 9 de mayo de 2011⁶⁴³ que revoca sentencia nº 1608, del TSJ-Comunidad Valenciana, de 4 de diciembre de 2009 y estima el recurso presentado por dos padres de niños autistas del colegio público 'Tomás de Montañana', de Valencia, por la inactividad de la Generalitat puesto que el centro se creó en el curso 2006-2007 sin el material adecuado y sin personal educativo con la formación específica para atender a estos alumnos. No había duda de que se vulneraban las exigencias normativas de los medios a disponer, pero el TSJ entendió que la cuestión era de mera legalidad y se reenviaba a los recurrentes a un recurso ordinario. Sin embargo, el TS ordena a la Generalitat Valenciana subsanar “sin demora” las insuficiencias registradas en un aula para no lesionar el derecho a la educación. En todo caso, hay que subrayar que para la sentencia la lesión del derecho fundamental a la educación se da por razón del sujeto caracterizado, un discapacitado, puesto que de lo contrario consideraría la cuestión de mera legalidad. Algo discutible como se vio *supra*⁶⁴⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, no debe olvidarse que más allá de las obligaciones a los poderes públicos, se da una corresponsabilidad familiar, pues a los padres corresponde también “proporcionar, en la medida de sus disponibilidades, los recursos y las condiciones necesarias para el progreso escolar”(art. 4. 2 b) LOE). En esta línea, Tribunales de otros países han afirmado que “El Estado sufraga la parte esencial de estos gastos; ahora bien, no tiene la obligación de soportarlos todos”⁶⁴⁵. En este ámbito, cabe mostrar atención a la dotación de medios e infraestructuras, la facilitación del transporte y acceso a libros y otros instrumentos.

⁶⁴³ STS de 9 mayo 2011. RJ 2011\4100. (ponente Pablo Lucas Murillo)

⁶⁴⁴ Ver, 4.1.3 “El contenido del derecho a la educación y la necesaria interposición normativa para hacerlo efectivo”.

⁶⁴⁵ Tribunal Constitucional de la República Checa, sentencia US 25/94 del 13 de junio de 1995. Sigo por TOMASEVSKI (2003, p. 11).

Exigibilidad jurídica de transporte, medios materiales y profesorado, libros gratuitos y nuevas tecnologías

También la LOE reconoce la gratuidad de servicios adicionales de transporte e incluso comedor e internado cuando el puesto asignado no esté en el municipio o zona de escolarización (arts. 81. 3º y 82. 2º LOE). Y en virtud del ya derogado artículo 6 Real Decreto 299/1996, de acciones de compensación de desigualdades en educación señalaba que dicho derecho al transporte se condiciona a la escolarización en el centro asignado. Cabe estar por lo dispuesto en la normativa autonómica⁶⁴⁶. También judicialmente parece sostenerse la obligación de ayudas suficientes de transporte escolar para el caso de no poder hacerse uso de las rutas existentes⁶⁴⁷. Sólo en estas situaciones puede hablarse de una obligación de integrar el transporte en el derecho subjetivo la educación, en concreto, en la gratuidad de la educación obligatoria. En los demás casos se trata de un mandato de fomento la facilitación de transporte y medios en la educación, especialmente para evitar la discriminación (como se observa en el artículo 110 LOE). Los tribunales han recordado que la dificultad derivada de la distancia del domicilio no supone una discriminación, puesto que la Administración “no tiene la obligación constitucional de instalar un Centro de estudios, con las características que a cada ciudadano convenga, a determinada distancia del domicilio de todos y cada uno de los ciudadanos”⁶⁴⁸.

⁶⁴⁶ Así se dispone también en alguna normativa autonómica, como en el Decreto 33/2007, de 30 de marzo, del Consell, por el que se regula el acceso a los centros docentes públicos y privados concertados que imparten enseñanzas de régimen general, en su Disposición Cuarta, Escolarización del alumnado transportado: “La Dirección Territorial escolarizará en uno o más centros a todos los alumnos que, por no disponer de servicio educativo en su lugar de residencia, deban desplazarse a otra localidad utilizando el servicio complementario de transporte escolar. La renuncia al centro designado llevará aparejada la pérdida del derecho de transporte.”

⁶⁴⁷ La STS de 4 julio 2005 (RJ 2005\9461), el tribunal tiene en cuenta –FJ 2º– que “Precisamente con estas ayudas lo que se pretende es que el transporte sea gratuito, para aquellos alumnos que tienen su domicilio alejado de las rutas contratadas. Cuestión distinta es si las mismas son o no suficientes, en todo caso nada se ha acreditado en este proceso al respecto, y los perjudicados podrían reclamar a la Administración el complemento de tales ayudas si fueran insuficientes, pero ello no da base legal alguna para pedir la nulidad de la Orden Ministerial recurrida, que no infringe ninguno de los preceptos indicados por los actores”.

“El contenido de la Orden y la interpretación que de ella efectúa la sentencia recurrida, al considerar que las ayudas pretenden que el transporte sea gratuito para todos los alumnos, especialmente para aquéllos que tienen su domicilio alejado de las rutas contratadas, no supone vulneración del artículo 27. 4 de la CE en su dimensión prestacional, estando al servicio de tal acción prestacional (en coherencia con lo ya afirmado por esta Sala, en sentencia de la antigua Sala Quinta de 10 de mayo de 1988 [RJ 1988, 4144]) los criterios manifestados en tal precepto y en el artículo 65. 2 de la Ley Orgánica 1/90.”

⁶⁴⁸ Así, la STS de 30 enero 1988 (RJ 1988\379), respecto de la necesidad de desplazamiento de alumnos que desean recibir su educación en lengua valenciana a centro distante de su domicilio.

La dotación de medios materiales y humanos es imprescindible para la efectividad del derecho a la educación con una calidad adecuada que permita la igualdad de oportunidades. Destacan en estén sentido algunas decisiones de la Corte Constitucional colombiana vinculando la dotación de profesorado al contenido subjetivo del derecho fundamental a la educación. Así, se ha afirmado que “los fines constitucionales de la educación sólo pueden conseguirse en la medida en que se capacite adecuadamente a los docentes que, en los términos de la Constitución, deben ser ‘personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica’”. El derecho a la educación no se limita al hecho de ingresar al sistema educativo o de poder permanecer en él. También incluye, en el Estado social de derecho, el derecho a que la enseñanza se imparta “por personas de reconocida idoneidad ética y pedagógica”, lo que no es ajeno a la profesionalización y dignificación de la actividad docente que la ley debe garantizar”⁶⁴⁹. Se afirma que el derecho a una educación de calidad se vulnera las autoridades no adelantan ni ejecutan las actuaciones indispensables para la provisión de docentes por cuanto ello implica la negación de la continuidad y eficiencia del servicio educativo⁶⁵⁰.

La dotación de medios humanos y materiales es una obligación objetiva de las administraciones educativas que queda plasmada en la legislación educativa. Así, la LOE exige dotar de medios a los centros con medios materiales, humanos, incorporando tecnologías, programas de refuerzo, etc. (arts. 112. 1º y 3º, 122. 1º y el 157 LOE). Esta obligación de dotación se da siempre según las necesidades de los escolarizados (art. 122. 2º LOE) y con mayor mayor intensidad cuando concurren necesidades educativas especiales. Y para el alumnado con necesidades específicas se afirma con mayor concreción la obligatoriedad de dotación de recursos, medios, personal y formación. Así artículos 71 y ss. LOE, en particular, art. 72 LOE.

También se regula por ley las exigencia de bibliotecas, condiciones e infraestructuras o número máximo de alumnos por aula (25 en primaria, 30 en secundaria)⁶⁵¹. Aún se consideran más importantes las bibliotecas físicas que el acceso funcional a la red por docentes y alumnos. En todo caso, es un ámbito llamado a la colaboración normativa, especialmente reglamentaria. Así se regula

⁶⁴⁹ Sentencia T-337-95 Corte Constitucional colombiana. Sigo por PÉREZ MURCIA (2004, p. 29).

⁶⁵⁰ Sentencias T-337-95 y T-571-99, Corte Constitucional colombiana.

⁶⁵¹ El artículo 113 LOE impone la existencia de una biblioteca por centro. Ya por cuanto a determinaciones concretas de las condiciones e infraestructuras, cabe tener en cuenta que el artículo 157 LOE fija el objetivo del número máximo de alumnos por aula: “25 para la educación primaria y de 30 para la educación secundaria obligatoria.”

estatalmente para la enseñanza no universitaria⁶⁵². El incumplimiento de estas exigencias es motivo suficiente para denegar la autorización de un centro privado⁶⁵³. Y también hay regulación estatal (pero no básica)⁶⁵⁴ para la enseñanza universitaria⁶⁵⁵.

Por cuanto a los libros de texto, la legislación estatal no regula directa la subvención o prestación de los libros de texto, sin perjuicio de que los sistemas de ayudas y becas puedan servir a este respecto. Son las Comunidades Autónomas quienes por diversas fórmulas han asumido un papel subvencional, en colaboración con el Ministerio de Educación que en sus programas casi alcanza el millón de beneficiarios⁶⁵⁶. Este papel subvencional se da bajo métodos que van desde el cheque para libros por importes tasados al sistema de préstamo por el curso escolar gestionado por el docente entre los alumnos o los sistemas de becas bajo requisitos preferenciales. También algunos ayuntamientos contribuyen a este respecto en colaboración con los centros⁶⁵⁷. El Defensor del Pueblo ha censurado que algunos de estos sistemas de subvención excluyan a los centros privados no concertados⁶⁵⁸. Recientemente, la gratuidad de los libros de

⁶⁵² En este sentido, para las enseñanzas no universitarias, el Real Decreto 1537/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen los requisitos mínimos de los centros que impartan enseñanzas escolares de régimen general. En esta norma, y para centros públicos y privados, se fijan las condiciones de habitabilidad y de seguridad de los centros (art. 4); las condiciones arquitectónicas de los centros (art. 5). Para cada nivel de enseñanza se determinan las Instalaciones y condiciones materiales, el número de alumnos de los centros, las condiciones del Profesorado, así para Infantil (arts. 8 y ss.), Primaria (arts. 11 y ss.), Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato (arts. 16 y ss.), los requisitos para los centros docentes que impartan distintas enseñanzas en el mismo edificio o recinto escolar (arts. 19 y ss.); programas de iniciación profesional (art. 23); requisitos de los centros docentes que ofrezcan proyectos educativos que refuercen o amplíen determinados aspectos del currículo (art. 24); centros que impartan Formación Profesional (art. 25), personas adultas (D. Ad. 1ª). También, recientemente, Real Decreto 132/2010, de 12 de febrero, por el que se establecen los requisitos mínimos de los centros que impartan las enseñanzas del segundo ciclo de la educación infantil, la educación primaria y la educación secundaria.

⁶⁵³ STS de 22 octubre 2007. RJ 2007\8448 sobre denegación de autorización para impartir la eso por falta de requisitos de aula, taller y biblioteca.

⁶⁵⁴ Cabe señalar que, a diferencia de la educación no universitaria, esta norma no es básica en razón de la STC 131/1996, de 11 de julio de 1996, conflicto positivo Cataluña sobre Real decreto 557/1991 de universidades, que declaró inconstitucional su declaración de la norma como básica.

⁶⁵⁵ Para el ámbito de las universidades, el Real Decreto 557/1991, de 12 de abril, sobre creación y reconocimiento de universidades y centros universitarios regula para las universidades públicas y privadas las enseñanzas mínimas a impartir, ratios de personal docente y su cualificación así como en su anexo las exigencias materiales mínimas.

⁶⁵⁶ Con un importe de 95 millones de euros, 913 mil beneficiarios, la mayor parte a través de convenios con las Comunidades Autónomas. MEC (2010, p. 12).

⁶⁵⁷ Al respecto, para la situación actual cabe seguir Confederación Española de Asociaciones de Padres y Madres de Alumnos (CEAPA), *Gratuidad de los libros de texto en las Comunidades Autónomas, (Curso 2007-2008)*, dispuesto en <http://goo.gl/JvADe>

⁶⁵⁸ DEFENSOR DEL PUEBLO (2008, pp. 638-642 y ss.). Ya cit. referencias (05021364, de 2005) y (07027271) y (07027437) de 2007.

texto en la enseñanza obligatoria para centros públicos y concertados se ha reconocido como derecho subjetivo⁶⁵⁹ en el artículo 21. 5º del Estatuto de autonomía de Andalucía⁶⁶⁰, desarrollado en el artículo 49 de su Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía⁶⁶¹. En alguna Comunidad Autónoma incluso se ha aprobado una ley específica, así, la Ley Foral 6/2008, de 25 de marzo, Ley de libros gratuitos en Navarra, que reconoce la gratuidad también para estudios en centros sostenidos con fondos públicos. En Castilla-La Mancha se reconoce un más ténue “derecho de utilizar gratuitamente los libros de texto o, en su caso, los materiales curriculares alternativos” (art. 130 Ley 7/2010, de 20 de julio, Ley de Educación de Castilla-La Mancha). Por cuanto al “uso” no en propiedad, en 2011 el TS estima que no vulnera la propiedad intelectual el sistema de préstamo de libros establecido en Extremadura⁶⁶². Los efectos de los sistemas de ayudas en el mercado de los libros de texto han sido discutidos judicialmente, incluso se ha alegado que el pago de lotes de libros de una cantidad tasada, afecta a la calidad final de los libros de texto y, con ello, al derecho a la calidad educativa. No obstante, en 2010 el TS confronta esta posición afirmando que las ayudas a los libros “lejos de lesionar el derecho a la educación se fomenta con el sistema de préstamo de los libros de texto la formación individual del alumno y no se produce ningún tipo de discriminación entre sus beneficiarios al concederse tales ayudas en atención a los ingresos económicos de sus familias; de ahí, podemos afirmar que con la adopción de estas medidas que pueden no ser del agrado de los recurrentes al ver parcialmente reducidos sus ingresos por la venta de libros de texto, no se produce ni por la Administración educativa ni por la Sala de instancia ninguna vulneración de los artículos que se alegan como conculcados.”⁶⁶³

Respecto de los medios vinculados a las nuevas tecnologías, la legislación se señala la necesidad de formación del profesorado en TICs (arts. 102. 3º y 157

⁶⁵⁹ Todo ello, sin perjuicio del dudoso alcance de los derechos reconocidos en los estatutos en razón de la en razón de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, recurso Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana.

⁶⁶⁰ Artículo 21. 5º: “Se garantiza la gratuidad de los libros de texto en la enseñanza obligatoria en los centros sostenidos con fondos públicos. La ley podrá hacer extensivo este derecho a otros niveles educativos.”

⁶⁶¹ Artículo 49. Gratuidad de los libros de texto: “1. Se garantiza la gratuidad de los libros de texto en la enseñanza obligatoria en los centros docentes sostenidos con fondos públicos.

2. La Administración educativa regulará las condiciones para poner a disposición de los centros y del alumnado los mencionados materiales.

3. La Administración educativa adecuará el principio de gratuidad a la disponibilidad de nuevos soportes del conocimiento en la sociedad de la información.”

⁶⁶² STS de 15 junio 2011. JUR 2011\223439.

⁶⁶³ STS de 2 junio 2010. RJ 2010\5491, respecto de Órdenes de ayudas de libros en Canarias. Cita del FJ 5º.

LOE) y de dotación de medios de los centros (art. 112. 2º LOE), el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de afirmar que “no puede desconocerse la relevancia que la utilización de medios informáticos tiene hoy en el ámbito educativo”⁶⁶⁴. Puede pensarse que es prematuro considerar contenido integrante del derecho a la educación a la obligación de disponer de acceso a las TICs en el centro exigible de modo concreto⁶⁶⁵. No obstante, parece bastante razonable afirmar que puede ser mucho más esencial la tenencia de acceso funcional a internet en aulas y centros que una biblioteca. Se trata, en todo caso, de ámbitos idóneos para la regulación de contenidos adicionales del derecho a la educación.

Anunciado por el Presidente del Gobierno en el Debate del Estado de la Nación en mayo de 2009, el 4 de septiembre de 2009 el Consejo de Ministros ha aprobado el ambicioso *Plan Escuela 2.0*⁶⁶⁶. Se trata de una iniciativa de innovación educativa que pretende poner en marcha las aulas digitales del siglo XXI. Se estimaba que 392.000 alumnos y 20.000 profesores, en más de 14.400 aulas completamente digitalizadas de toda España, dispondrían de un ordenador personal ultraportátil que podrán utilizar para formarse mejor. El presupuesto 2009-2010 era de 200 millones de euros, cofinanciados al 50 por ciento entre el Gobierno de España y las Comunidades Autónomas⁶⁶⁷. Las Comunidades de Madrid y Valenciana no participaron en el programa, levantando cierta polémica. Habrá que estar, pues, al desarrollo y realidad de este programa⁶⁶⁸.

Garantías de los medios en la educación, un ámbito de actuación habitual de los defensores del pueblo

Según lo expuesto en este apartado, puede concluirse que si se da incumplimiento de una determinación normativa concreta o se genera un daño la falta de medios o infraestructuras exigibles, se pueden las correspondientes reclamaciones por inactividad o responsabilidad a la Administración y

⁶⁶⁴ STC 140/2002, de 3 junio, caso del preso que pide ordenador en la cárcel de “El Dueso”, FJ 5º: “Se trata de un particular caso en el ámbito carcelario, sobre denegación de derecho de disponer de ordenador en la celda de un peso tras un traslado. El Tribunal Constitucional afirma que los presos gozan del derecho a la educación con modulaciones y matices según las normas del centro. El acceso a las nuevas tecnologías “no autoriza a alterar las reglas de la «vida del establecimiento»“ (FJ 4º).

⁶⁶⁵ Al respecto, ver COTINO 2009 y 2011 a).

⁶⁶⁶ Se sigue de la información institucional y notas de prensa del Ministerio en: <http://goo.gl/uLud8> y <http://www.plane.gob.es/escuela-20/>

⁶⁶⁷ El desarrollo de Escuela 2. 0 se realizó a través de convenios entre las Comunidades Autónomas y el Ministerio de Educación. Ahí se especificaban requisitos técnicos esenciales de los ordenadores portátiles de alumnos y profesores, así como de las aulas.

⁶⁶⁸ Las referencias más recientes, de 2011, en <http://goo.gl/oghcO>

ulteriormente a la vía judicial⁶⁶⁹. Sin embargo, como se ha indicado al inicio, sólo ante circunstancias concretas estos incumplimientos constituirán vulneraciones del derecho fundamental subjetivo a la educación⁶⁷⁰. Resulta muy importante la concreción normativa de las exigencias para detectar su incumplimiento pues sólo ante situaciones más palmarias se acudirá al contenido mismo del derecho fundamental a la educación.

Se ha señalado la pionera sentencia del TS de 2011, en la que el hecho de tratarse de alumnos autistas acaba siendo un factor decisivo para la estimación del derecho fundamental a la educación⁶⁷¹. En cualquier caso, más que reclamarse por vía judicial, las carencias de instalaciones son objeto típico de reclamaciones administrativas así como ante el Defensor del Pueblo⁶⁷² y figuras autonómicas afines. En este sentido, las quejas son bastante habituales en el ámbito de la educación infantil⁶⁷³ y en muchos casos más eficaces las vías de solución a través de este tipo de instituciones⁶⁷⁴. También el Defensor del Pueblo aborda en ocasiones el tema del transporte escolar⁶⁷⁵ o reclama la garantía de

⁶⁶⁹ Ver *infra* Garantías, tanto jurisdiccionales como administrativas. Se articularían, según los casos (art. 29. 1º LJCA). El presupuesto de esta reclamación por inactividad –y el posterior contencioso judicial- es que la Administración “esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella” (art. 29. 1º LJCA), no mediando dicha actividad, hay infracción del ordenamiento jurídico (art. 70. 2º LJCA). La vía típica de reacción ante la inactividad de la Administración es acudir a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración (arts. 139 y ss. LRJAP). En todo caso, cabe remitir al apartado relativo a las garantías judiciales.

⁶⁷⁰ A modo de factor de corrección se afirma que sí que se lesiona el derecho a la educación subjetivo si la gran distancia al centro hace ilusoria la educación. Así, DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 47). y en sentido similar, FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO (1996). DÍAZ REVORIO (2002 a, p. 59).

⁶⁷¹ STS de 9 mayo 2011. RJ 2011\4100.

⁶⁷² Las instalaciones escolares son objeto habitual de análisis por el Defensor del Pueblo ante las quejas de los ciudadanos. Las mismas son de muy variada naturaleza y envergadura. Como expone la institución, respecto de los centros públicos las más importantes son relativas al estado de conservación y mantenimiento o a la carencia de determinadas instalaciones o de medidas de seguridad preceptivas DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 a), p. 366).

⁶⁷³ Resultan también habituales las quejas relativas a las instalaciones destinadas a la escolarización de alumnos de educación infantil. Así, DEFENSOR DEL PUEBLO (2008, p. 572).

⁶⁷⁴ En muchos supuestos la dependencia de diversos órganos administrativos (otras Consejerías), presupuestarios o de otras administraciones (urbanismo local) hacen que la actuación del Defensor del Pueblo sea un estímulo para la resolución más pronta o la búsqueda de alternativas al movilizar a las instituciones implicadas.

⁶⁷⁵ En el caso de alumnos con necesidades especiales el Defensor del Pueblo señala que la retirada del transporte más allá de la enseñanza obligatoria acaba condicionando la continuidad misma de los estudios, sin determinar en todo caso exigencia alguna al respecto. Así, DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 a), pp. 380 y ss.). , ref: 05022849 y 05023732, sobre las dificultades que impedían que sus hijos continuasen beneficiándose del servicio de transporte escolar adaptado que habían disfrutado en cursos anteriores al cursar ellos enseñanzas posobligatorias pero no existir alumnos de enseñanzas obligatorias que la precisaran.

trabajadores sociales y de seguridad frente al acoso escolar⁶⁷⁶ o personal para medidas de apoyo y complementarias, especialmente en materia de extranjería⁶⁷⁷. El Defensor del Pueblo considera que el factor más importante para facilitar la integración del alumnado de origen inmigrante es la incorporación de un mayor número de profesores de apoyo, efectuando varias recomendaciones⁶⁷⁸.

Hay un conflicto habitual con el primer año de educación infantil (3 años) cual es la negativa del profesorado a atender a los menores que se hacen necesidades fisiológicas. Los centros obligan a que acudan los padres a la limpieza, para, de este modo, forzar a los mismos a generar el hábito en el niño. Frente a esta situación el Defensor del Pueblo, alegando tanto educación derecho a la educación como derechos de la personalidad obliga a que no se deje al menor en situación indigna para el mismo: “cualquiera que sea el personal al que se encomienda dicho cometido, los colegios públicos en los que estén escolarizados los alumnos de educación infantil tienen la obligación de atender, en todo caso, y con sus propios medios, las necesidades higiénicas de los niños durante su estancia en los mismos”, pues lo contrario va en contra de la salud y autoestima del menor, lo cual iría en contra con las finalidades de la educación infantil⁶⁷⁹.

⁶⁷⁶ Vinculado a las más frecuentes situaciones de acoso escolar, el DEFENSOR DEL PUEBLO (2000), efectúa recomendaciones sobre la garantía de equipos de orientación, con integración de trabajadores sociales, así como personal de vigilancia en los centros, en concreto, (p. 236).

⁶⁷⁷ Se recomienda el refuerzo de personal docente de apoyo y otras medidas complementarias, como apoyo al estudiante fuera de horario o la apertura de centros e instalaciones. Así, DEFENSOR DEL PUEBLO (2000, p. 259). “2. Las administraciones educativas deberían valorar la posibilidad de incorporar a los equipos o servicios de orientación de los centros a trabajadores sociales que pudieran extender la labor de estos equipos o servicios de orientación a ámbitos y a contextos ajenos al centro en los que se desenvuelvan los alumnos, especialmente la familia.” Asimismo recomienda la dotación de recursos humanos suficientes para la supervisión y vigilancia del centro docente para evitar la entrada de personas ajenas al mismo.

⁶⁷⁸ *Ibidem*, pp. 267-268. Se recomienda la mejor formación del profesorado en la materia, la elaboración de materiales didácticos y pedagógicos adecuados de apoyo, así como posibles gratificaciones, indemnizaciones o complementos. Tales ayudas se recomienda que se hagan extensiva a los centros concertados, si bien con carácter específico a los centros que escolaricen porcentajes elevados de este tipo de alumnado. Se recomienda también sistemas de apoyo al alumnado inmigrante, fuera del horario escolar, que compense, cuando resulte preciso, las limitaciones derivadas de las especiales circunstancias de sus familias. También, la ampliación del horario de apertura de los centros y de disponibilidad de determinadas instalaciones escolares (*Ibidem*, p. 270).

⁶⁷⁹ Se trata de un tema reiterado ante el Defensor del Pueblo desde la implantación de la LOGSE (Especial atención en DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 a), pp. 388 y ss. referencias (06043075, 06039633, 06017488 y 06037458). También la cuestión tiene continuidad en DEFENSOR DEL PUEBLO (2008, p. 630 y ss.). (La cita corresponde a estas páginas). La situación llevó a solicitar un informe general, ahí recogido.

6. 2. ACCESIBILIDAD: GARANTÍAS DE ACCESO Y ADMISIÓN, LA ELIMINACIÓN DE BARRERAS MATERIALES Y ASEQUIBILIDAD EFECTIVAS DE LA ENSEÑANZA

Con accesibilidad se hace referencia a la gratuidad, accesibilidad económica, material y geográfica a las instituciones educativas, implicando a su vez que el acceso a la educación sea efectivamente asequible al titular del derecho y, en los más de los casos, a sus familias. En el apartado dedicado a los titulares del derecho a la educación hay una particular atención del acceso a la educación por determinados colectivos tradicionalmente discriminados por razón de sexo, origen nacionalidad, discapacidad o raza.

6. 2. 1. El derecho a la elección o a la preferencia de centro en su dimensión prestacional

Según se ha visto, el derecho a la educación se traduce en muy buena medida en el derecho de acceso a los servicios educativos, si bien “no conlleva necesariamente el derecho de acceso a una institución educativa en particular”⁶⁸⁰. Ahora bien, parece ya consolidado un derecho a la elección de centro educativo. A este reconocimiento puede coadyuvar la normativa internacional.

El artículo 26. 3º DUDH reconoce expresamente el “derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”. El artículo 13 PIDESC reconoce la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas”.

Artículo 13 PIDESC: “3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.”

Los tribunales en ocasiones se han apoyado en esta normativa internacional⁶⁸¹. Y es que, aun sin reconocimiento expreso en la Constitución, el

⁶⁸⁰ STEDH de 11 de enero de 2011, asunto Ali contra Reino Unido, nº 54, con remisión a Simpson v Reino Unido, demanda núm. 14688/89, 24 de febrero de 1998.

⁶⁸¹ STS de 23 marzo 1993 (RJ 1993\4962), FJ 2º: “el derecho de los padres a la elección de centro docente para sus hijos, como ya ha puesto de relieve este Tribunal en SS. 24-1-1985 (RJ 1985\250) y 26-4-1990 (RJ 1990\3566), entre otras, aunque no viene expresamente enunciado en el art. 27 de la

Tribunal Constitucional reconoce el derecho a elegir centro desde la STC 77/1985, de 27 junio (FJ 5º) y en el ATC 382/1996, de 18 diciembre FJ 4 afirma que:

“el derecho de todos a la educación, en cuanto derecho de libertad, comprende la facultad de elegir el centro docente, incluyendo prima facie la de escoger un centro distinto de los creados por los poderes públicos [...] aunque, naturalmente, el acceso efectivo al elegido dependerá de si se satisfacen o no los requisitos establecidos en el procedimiento de admisión de alumnos, para cuya fijación los centros privados no concertados gozan de autonomía (art. 25 LODE).”⁶⁸².

Esta doctrina fue seguida prontamente por el Tribunal Supremo, por cuanto “derecho a la educación no puede comprender la adscripción o destino forzoso de los alumnos a Centros determinados”⁶⁸³. También la doctrina afirma este derecho constitucional⁶⁸⁴. Y para el Tribunal Constitucional de forma reiterada el derecho a elegir queda especialmente vinculado con el derecho a elegir formación moral y religiosa⁶⁸⁵. También, este derecho ha sido reconocido por ley⁶⁸⁶.

Para determinar el alcance del derecho a elegir centro debe partirse de dos premisas constitucionales siguiendo al Tribunal Constitucional. De un lado, la escolarización garantizada no lo es en “cualesquiera Centros privados [...] donde

Constitución, sí aparece reconocido en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en diversos tratados y acuerdos internacionales ratificados por España que por imperativo del art. 10. 2 de la Constitución deben ser tenidos en cuenta para interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades que la propia Constitución reconoce.”

⁶⁸² Reiterado en ATC 333/1997, de 13 octubre, caso castigo y traslado de alumno de 8º de EGB a las dependencias del jardín de infancia del Colegio.

⁶⁸³ Esta doctrina es, seguida por el Tribunal Supremo, prontamente en STS de 8 julio 1986 (RJ 1986\4229), FJ 2º.

⁶⁸⁴ Esta naturaleza constitucional la afirman FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO (1996, p. 205). DÍAZ REVORIO (2002 a, p. 42) considera implícito. DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 107-108).

⁶⁸⁵ Se considera que el derecho a elegir reconocido “constituye «un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral»“ (ATC 382/1996, de 18 diciembre, caso sanción en colegio privado sin audiencia a los padres, FJ 4º, lo que reitera en ATC 333/1997, de 13 octubre, caso castigo y traslado de alumno de 8º de EGB a las dependencias del jardín de infancia del Colegio, FJ 4º. Lo cierto es que la fundamentación no es muy acertada, pues el Tribunal Constitucional no acude a los textos internacionales, sino al TEDH cuando reconoce que el derecho a la educación alcanza a alumnos de escuelas públicas y privadas.

⁶⁸⁶ La legislación reconoce a los padres o tutores el derecho “A escoger centro docente tanto público como distinto de los creados por los poderes públicos.” (art. 4. 1 b) LODE) o el “derecho a escoger centro educativo” (art. 3. 3º g) del Real Decreto 1635/2009, de 30 de octubre, por el que se regulan la admisión de los alumnos en centros públicos y privados concertados.

vayan las preferencias individuales”⁶⁸⁷. Pero, del otro lado, la Constitución no ampararía un sistema de destinos forzoso sin haber tenido en cuenta las preferencias mostradas por los interesados⁶⁸⁸. Así pues, el derecho lo es a que en el proceso de escolarización se pueda mostrar la preferencia por un centro y a que el sistema esté configurado de modo que se tenga en cuenta la opción realizada⁶⁸⁹, limitando, obviamente, la total libertad de centros y administraciones en la admisión. Nada más. Y es que, siguiendo al Alto Tribunal, la plaza finalmente atribuida puede no corresponderse siquiera con las preferencias mostradas y ello no es un “destino forzoso” que vulnere derecho fundamental alguno⁶⁹⁰. No hay derecho a que en toda área educativa “exista una alternativa de elección entre Centros Públicos y Privados”⁶⁹¹, ni un derecho constitucional a elegir centros en los que se eduque en lengua determinada⁶⁹². Tampoco existe “acaso por imposible” un “derecho a la igual distancia física de todos los centros públicos respecto de los lugares de residencia de los alumnos”⁶⁹³. Por ello, no constituye discriminación que el resultado del proceso selectivo haga “la ubicación de los Centros docentes resul[e] siempre más cómoda y conveniente para unas familias que para otras”⁶⁹⁴.

⁶⁸⁷ STC 86/1985, de 10 julio, caso Ordenes del MEC sobre régimen de subvenciones a Centros docentes privados, FJ 4º: “el derecho a la educación -a la educación gratuita en la enseñanza básica- no comprende el derecho a la gratuidad educativa en cualesquiera Centros privados, porque los recursos públicos no han de acudir, incondicionadamente, allá donde vayan las preferencias individuales”.

⁶⁸⁸ La STC 77/1985, de 27 junio, recurso LODE, FJ 5.

⁶⁸⁹ Se coincide plenamente con DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, pp. 110 y ss.) en concreto su conclusión de p. 112 por cuanto se trata de un mero principio que forma parte de la dimensión objetiva. También GALLEGO ANABITARTE (1994, p. 95). DÍAZ REVORIO (2002 a, p. 102).

⁶⁹⁰ La STC 77/1985, de 27 junio, recurso LODE, FJ 5º. Pero el sistema de admisión selectiva no es un sistema de adscripción forzosa sino “una selección por carencia de plazas, y, por tanto, inevitable, sobre solicitudes preexistentes”. Esta selección conforme a los criterios es posterior a la preferencia mostrada. El resultado de la selección, obviamente puede no corresponder con tal preferencia y la garantía de la escolarización implica la asignación de plaza según el sistema, sin que ello sea un “destino forzoso” lo cual no vulnera ningún derecho inexistente a “ocupar preferentemente una plaza en un Centro docente”.

⁶⁹¹ STS de 22 diciembre 2003 (RJ 2003\9151), FJ 6º. El Tribunal Supremo deja claro que “no es otorgar a los escolares o a sus padres o tutores un derecho de opción entre centro público y centro privado, sino la elección del tipo de enseñanza, sin imponer la necesidad de que en todas y en cualquier determinada área de influencia haya una alternativa de elección entre Centros Públicos y Privados”.

⁶⁹² De igual modo, el “derecho de los padres a elegir para sus hijos centros en los que la educación obligatoria [...] se imparta en una lengua [...] sólo existe en consecuencia en la medida en que haya sido otorgado por la Ley”. STC 195/1989, de 27 noviembre, Caso gastos de transporte escolar y Generalitat Valenciana, FJ 3º.

⁶⁹³ STC 195/1989, de 27 noviembre, Caso gastos de transporte escolar y Generalitat Valenciana, FJ 4º.

⁶⁹⁴ *Idem*.

Así, pese a que para los padres y madres la elección de centro es fundamental, este derecho es de escaso alcance y utilidad. Se trata de un derecho de libertad, inicialmente vinculado con la libertad de enseñanza y la existencia misma de centros públicos y privados, si bien, la conexión básica para su consideración como contenido de un derecho fundamental es por ser instrumento del logro efectivo del derecho de los padres del artículo 27. 3º CE, interpretado, además conforme a los tratados internacionales. No obstante, al extenderse a la elección a todo tipo de centro entre los existentes parece más una general proyección del principio de libertad (art. 1. 1º CE) de dudosa naturaleza fundamental, a pesar de las afirmaciones del Tribunal Constitucional. La convergencia con el derecho del artículo 27. 3º CE hace en todo caso aceptable el carácter iusfundamental del que se ha dotado.

Este limitado alcance jurídico se da aun a pesar de diversos refuerzos constitucionales. Y es que diversos elementos constitucionales son instrumento de este derecho a elegir centro. Así, el mandato de financiación de centros docentes (art. 27. 9º CE). También, la “programación adecuada de los puestos escolares garantizará «la posibilidad de escoger Centro docente»”.⁶⁹⁵ Es más, puede incluso afirmarse un principio constitucional objetivo de financiar la enseñanza privada para ajustarse a la demanda existente en la sociedad⁶⁹⁶. Pese a que en la realidad las preferencias por centros concertados pueden ir muy por delante de los centros públicos, nos encontramos ante un mero principio configurador sin posibilidad de exigencia por los sujetos ni, a mi juicio, fiscalización jurídica posible.

La fijación de ratios o números máximos de alumnos por unidad choca con los intentos de los padres cuyo hijo no ha sido admitido en el centro deseado – normalmente en centros privados concertados- de que se amplíen dichos topes. Como se adelantó al tratarse *supra* la programación de la educación, ante diversos conflictos, la doctrina del Tribunal Supremo es clara: se dota de amplia discrecionalidad a la Administración en su función de fijación y ampliación (o no) de ratios⁶⁹⁷. Esta cobertura en razón de la discrecionalidad técnica alcanza

⁶⁹⁵ STC 77/1985, de 27 junio, recurso LODE, FJ 5º. En este mismo sentido, STS de 26 abril 1990 (RJ 1990\3566) FJ 3º.

⁶⁹⁶ FERNÁNDEZ-MIRANDA (1988, p. 102): “una obligación que pesa sobre los poderes públicos de financiar la enseñanza privada de acuerdo con la demanda existente en la Sociedad, a fin de lograr Por ello puede admitirse que en razón de este derecho, haya un mandato genérico de financiar la enseñanza de acuerdo con la demanda existente en la sociedad.

⁶⁹⁷ El Tribunal Supremo genera una doctrina clara, señalando que, si bien el derecho a elegir forma parte del derecho a la educación, no se vulnera cuando se superase la ratio de alumnos fijada por las autoridades y, por ello, no se pudiese acceder al colegio en primera preferencia (STS de 23 marzo 1993 (RJ 1993\4962), que dicha fijación de ratio persigue “la finalidad de interés público de que los alumnos se distribuyan en las aulas disponibles conforme a la tendencia numérica ideal expresada por el

que la Administración pueda ampliar ratio de forma diferente en unas u otras zonas escolares sin que por ello suponga discriminación⁶⁹⁸. Sin embargo, polémicas sentencias del TSJ Andalucía fallan en contra de la Administración, obligando a la ampliación de ratio y la admisión en el centro en razón del derecho a elegir centro. Se trata de sentencias voluntaristas sobre la base de –a juicio de ese Tribunal- la “lamentable la realidad cotidiana de proliferación” de la negación del derecho a elegir centro por los padres⁶⁹⁹. A mi juicio es errónea jurídicamente esta corriente contraria al Tribunal Supremo por cuanto el derecho a elegir centro es un dudoso y cuanto menos débil derecho fundamental y, además, se trata de supuestos en los que no está en juego el derecho a recibir una educación por los interesados al tener asegurada plaza en otros centros, pero no de su elección.

Dentro de este derecho a elegir también se encuadra la libertad de renunciar a la prestación educativa pública (a través de centros públicos o concertados) y acudir a la enseñanza privada, asumiendo obviamente la carga que ello implique. No se puede forzar a escolarizar en centros sostenidos con fondos públicos. Y es que la obligatoriedad de la escolarización no implica la imposición de un centro docente frente a la opción por la enseñanza privada no concertada, a cargo del sujeto.

legislador.” (STS de 5 octubre 1999 (RJ 1999\7459). Poco importa que el alumno excluido hiciera la enseñanza previa en el Centro y la voluntad positiva del mismo para la ampliación de la ratio que pudiera facilitar el acceso a ese centro por los solicitantes (STS de 8 marzo 2002 (RJ 2002\1881) FJ 5º). Esta sentencia puede considerarse básica.

⁶⁹⁸ STS de 8 marzo 2002 (RJ 2002\1881) sobre denegación de acceso a centro concertado, FJ 4º.

⁶⁹⁹ Se trata de casos en los que la Administración impide el aumento de plazas de un colegio privado concertado, para responder a la demanda de las familias que eligieron el centro, afirmando que “la Administración pasa de ser garante del derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones, a obstáculo que se interpone entre el centro y los padres y que impide el ejercicio del derecho fundamental” y que otros centros ofertados “no reunían los requisitos académicos y religiosos a los que aspiraban los padres” y se fundamenta entre otros argumentos en que “no existe dato objetivo que determine un perjuicio del interés general por la mayor escolarización de menores en el centro”, y en que otros centros de la provincia superaron la ratio de 25 alumnos. La misma sentencia expresa la voluntariedad de los magistrados que afirman “la penosa realidad de unos niños a los que, pese al decir solemne de la Constitución, se les niega el derecho a iniciar sus estudios en el colegio que sus padres eligen por falta de plazas bastantes”, lo cual constituye una “lamentable la realidad cotidiana de proliferación”, mientras que “no existe dato objetivo que determine un perjuicio del interés general por la mayor escolarización de menores en el centro”. Así, STSJ Andalucía de 13 de octubre de 2007 (referencia periodística), si bien también se introducen afirmaciones, sin discernir de sentencia de mayo de 2008, según se afirma. Algunas de las informaciones sostienen que se trata de los magistrados de la sentencia andaluza favorable a la objeción de conciencia a la asignatura “Educación para la ciudadanía”.

6. 2. 2. El derecho de acceso, procesos de admisión y requisitos de acceso

Según se ha visto, hay un débil derecho constitucional a la elección de centro educativo que en la realidad queda totalmente mediatizado por la limitación de plazas. Así, aunque esté asegurada la escolarización, ante la limitación de plazas en los centros, el procedimiento de admisión resulta crucial. De hecho, se trata de una materia harto sensible en la sociedad. Desgraciadamente, para lograr la ansiada admisión, por lo general en un centro privado concertado, ha sido práctica habitual⁷⁰⁰ la alteración o manipulación de los datos que valoran para la atribución de plazas. Son excepcionales las resoluciones judiciales que anulan la lista de admitidos a un centro –concertado– no permitiendo continuar los estudios en el mismo a quienes queda probado que emplearon fraude para lograr la plaza⁷⁰¹. Para llegar a tales sentencias se precisa el esfuerzo hercúleo investigador y judicial de un padre o madre. Y mucha paciencia⁷⁰². Y las mismas autoridades parecen tender a que los alumnos de padres fraudulentos continúen, en todo caso, en el centro educativo⁷⁰³. La solución del problema dista de ser sencilla ante la limitación de plazas en los centros más preferidos por los padres. No faltan, en cualquier caso, quienes explotan políticamente esta sensibilidad social prometiendo a los padres hacer efectivo el derecho a elegir libremente el centro educativo. Así ha sucedido en mayo 2011, justo en el momento de escolarización. Sin perjuicio de que el sistema que se cree y, sobre todo, el control de su cumplimiento puede mejorar, estas promesas parecen implantar una “zona única educativa” en toda una localidad (a los efectos de puntos por cercanía), o aumentar la autonomía y discrecionalidad de los centros en el proceso de admisión⁷⁰⁴.

La Constitución ampara una discrecionalidad normativa muy importante en la conformación jurídica y la elección de unos u otros sistemas de admisión y preferencias por parte de las Comunidades Autónomas a partir de las bases

⁷⁰⁰ Con la dificultad de tales asertos, de conocimiento general, puede remitirse al documental “Con el Cole a cuestras” de *Comando Actualidad* de RTVE 19.9.2011. Acceso en <http://goo.gl/0okNX>

⁷⁰¹ En este sentido destaca la sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo número 4 de A Coruña que anula la lista de admitidos del año 2008 y ordena su revisión oportuna del colegio coruñés Hijas de Jesús al hallar irregularidades en las solicitudes por 20 alumnos al detectarse falsedad sobre la residencia habitual. Información periodística en <http://goo.gl/wM3uM>

⁷⁰² En el caso referido, el padre estuvo dos años reuniendo información durante dos años. Así, solicitó informes policiales o de consumo de agua, entre otros muchos.

⁷⁰³ Así se deduce de la información disponible, por ejemplo, en <http://goo.gl/5okYe>

⁷⁰⁴ Se hace referencia a la política de la Esperanza Aguirre, Presidenta Comunidad de Madrid en mayo de 2011. Entre otros, “Madrid será “zona única educativa””, en *El País*, 4.5.2011, <http://goo.gl/e3h7w>

marcadas por la ley estatal. Y ello sin perjuicio de que la regulación del acceso y admisión no sólo es capital para el derecho a la educación, sino que sirve, a su vez, para hacer efectivos otros derechos y principios constitucionales⁷⁰⁵. De hecho, como recientemente recuerda el Tribunal Supremo esta amplia discrecionalidad se fortalece especialmente para hacer efectivos los distintos intereses y principios en juego en el marco de la educación, e incluso se intensifica en los niveles básicos en razón de la gratuidad de la enseñanza que consagra el artículo 27. 4º Sólo una evidente arbitrariedad que debe ser demostrada puede confrontar la decisión del poder público competente⁷⁰⁶. Algunos autores como Atria centran toda su obra en esta materia, si bien la Constitución da cobertura a no pocos criterios y mecanismos de admisión⁷⁰⁷. La legislación estatal determina los elementos básicos de la admisión y la regulación autonómica los concreta. Constitucionalmente la garantía se centra en la razonabilidad de los sistemas y criterios elegidos, la objetividad que supone su establecimiento y, sobre todo, su aplicación.

Subraya el Tribunal Constitucional que el mismo sistema de admisión organizado jurídicamente bajo criterios objetivos es una garantía de la elección de centro (y del derecho a la educación mismo), al evitar una selección arbitraria por parte de los Centros públicos y concertados⁷⁰⁸. Por su parte, el TEDH afirma que “cuando la legislación establece condiciones para la admisión... y un candidato satisface esas condiciones, tiene el derecho a ser admitido”, vulnerándose sino el derecho a la educación⁷⁰⁹. Este tribunal europeo considera que la vulneración arbitraria y discrecional de la normativa puede “dañar la misma sustancia del derecho a la educación” (nº 46)⁷¹⁰.

⁷⁰⁵ ALÁEZ CORRAL (2006, p. 13).

⁷⁰⁶ Así en dos sentencias TS de 23 junio 2008. RJ 2008\6498 y RJ 2008\6497 sobre el establecimiento de Zonas en Asturias que cambió las antiguas dos zonas por muchas más concretas. Ver FJ 5º Y 6º.

⁷⁰⁷ La obra de ATRIA (2007) es de una profundidad e interés incuestionable, ahora bien, no se comparte que la opción de los sistemas y criterios de asignación de centros sostenidos –con total fundamentación– por el autor sean exigibles constitucionalmente. Se trata de criterios de oportunidad, no de exigencias constitucionales.

⁷⁰⁸ STC 77/1985, de 27 junio, recurso LODE, FJ 5º: “más bien podría decirse que tal derecho [a la elección de Centro] se ve reforzado por las disposiciones impugnadas, al establecer criterios objetivos que impiden, caso de insuficiencia de plazas, una selección arbitraria por parte de los Centros públicos y concertados.”

⁷⁰⁹ STEDH *De Moor contra Bélgica* (Sentencia de 23 junio 1994 ap. 43).

⁷¹⁰ STEDH asunto Mürsel Eren contra Turquía de 7 febrero 2006 respecto de la anulación de los resultados de su examen de acceso a la universidad. La vulneración arbitraria y discrecional de la normativa puede “dañar la misma sustancia del derecho a la educación” (nº 46). No mediando prueba alguna de copia en el examen (nº 50), el TEDH afirma (nº 48) que “cuando la legislación establece condiciones para el acceso a la universidad y un candidato satisface esas condiciones, dicho candidato tiene derecho a ser admitido en esa universidad”.

a) El acceso y admisión en los estudios obligatorios

a. 1. Admisibilidad constitucional de la conformación según edades y requisitos académicos de acceso y selección del alumnado

La LOE determina el sistema general conforme a la edad del educando y marca unas edades para su progresión educativa, así como para el acceso a las diferentes enseñanzas postobligatorias y superiores.

Así, la enseñanza básica son diez años (6-16 años), si bien con derecho de permanencia hasta los 18 puesto que no es obligatorio de 17-18 años (art. 4. 2º LOE). La escolarización se lleva a cabo en los siguientes tramos:

- Educación infantil 0-6 años de edad, no obligatoria pero sí gratuita de 3-6 años. (arts. 12 y 14 LOE).
- Educación primaria, 6-12 años en tres ciclos de dos años (arts. 16 y 18 LOE).
- ESO, 12-16 años (art. 22 LOE).
- Bachillerato, después de ESO (desde 17 años, dos cursos, arts. 32 y 41)
- Cualificación profesional inicial (desde 16 años, excepcionalmente 15, art. 30).
- Formación profesional grado medio, después de la ESO o desde 17 años dos cursos (art. 39), para acceder al grado superior 19 años mínimo.

Para las enseñanzas de artes plásticas y diseño, ESO o mínimo 17 años grado medio, 18 o 19 grado superior (art. 52), en estudios superiores de música y de danza o arte dramático (Bachillerato, 18 años, o acceso 25 años, arts. 54 y 55). En idiomas 14 años para idioma que no se curse o 16 años para cualquier idioma (art. 59). En enseñanzas deportivas 17 años para grado medio o 18-19 grado superior (art. 64).

En el caso de la enseñanza para personas adultas, 18 años y excepcionalmente 16 (art. 67). Respecto del acceso a la universidad –y otras enseñanzas superiores- existe la tradicional vía del acceso a mayores de 25 años bajo una prueba específica (art. 69).

Esta conformación según la edad ha sido admitida por los tribunales. El TS considera que “los poderes públicos no se desvían de la Constitución ni al

Hay Opinión disidente del Juez Señor Popovi, que considera que no pasó el examen según las autoridades y el TEDH no puede ser una cuarta instancia de la decisión de un Consejo académico.

programar las enseñanzas ni la tener en cuenta las edades en que normalmente se cursan, puesto que de esta forma es como pueden cumplir la finalidad fijada por aquélla a la educación en el artículo 27-2 consistente en obtener el pleno desarrollo de la personalidad humana, lo que implica a su vez una progresión en la dación de los conocimientos generalmente adecuados a cada edad.”⁷¹¹. Además de las condiciones de edad, lógicamente la progresión educativa implica reunir los requisitos académicos.

En este sentido, y sin adentrarse en los matices, la ESO es requisito para el acceso a Bachillerato o Formación profesional grado medio. Con estos últimos estudios (o a través de una prueba LOE) puede accederse a formación profesional grado superior (art. 41 LOE). Para las enseñanzas de artes plásticas y diseño se requiere ESO para el grado medio o Bachillerato para el nivel superior, además de una prueba, también directamente a través de una prueba (art. 52 LOE). Para estudios superiores de música y de danza o arte dramático se requiere –además de una prueba- Bachillerato o acceso 25 años, arts. 54 y 55 LOE). En enseñanzas deportivas, previa superación de una prueba, se requiere la ESO para grado medio o Bachillerato para grado superior, si bien es posible a través de una prueba (art. 64 LOE).

Estos requisitos se deben tener al momento de acceso y mantenerse para continuar los estudios⁷¹². Una vez fijados normativamente tales exigencias, el control de su cumplimiento es una cuestión ordinaria, si bien, en tanto en cuanto afecta a un derecho fundamental, cabe exigir incluso una mayor diligencia en la constatación de los mismos.

Cabe llamar la atención sobre la posibilidad de establecer requisitos académicos que conlleven la selección y separación del alumnado por sus rendimientos. A este respecto, se han considerado discriminatorios los sistemas de clasificación temprana de los alumnos sobre la base de su capacidad, como el

⁷¹¹ STS de 9 de septiembre de 1987 (RJ 1987\5951), FJ 5º, donde se añade: “la edad de los estudiantes es un factor de especialísima relevancia en la programación general de la enseñanza que compete a los poderes públicos y que, por tanto, puede ser tenida en cuenta como criterio de valoración en el momento de señalar las preferencias para acceder a los centros públicos en el caso de insuficiencia de plazas, que al ser lo que en definitiva se hizo por el acto impugnado, permite afirmar que al recurrente no se le ha violado derecho constitucional alguno y que procede confirmar la sentencia apelada, que así lo ha constatado.”

⁷¹² En este sentido, cabe destacar la STS de 24 marzo 1997 (RJ 1997\2497). La Dirección del Instituto anuló la matrícula porque se le había anulado el título de Técnico Auxiliar requerido para el acceso a la enseñanza, ello conllevaba no contar con requisitos para la enseñanza a la que había accedido y por ello se anula la matrícula. El Tribunal Supremo considera que ello no “vulnera el derecho a la educación, que no es un derecho absoluto, sino que debe prestarse en las condiciones fijadas por el ordenamiento”.

caso alemán⁷¹³. En España, lo más próximo y severamente censurado desde algunos sectores en 2011 es la creación en la Comunidad de Madrid del “Bachillerato de excelencia” para alumnos con mejores resultados.

Se trata de una medida anunciada en abril de 2011 que se ha traducido en un centro (Instituto San Mateo) para 137 alumnos con media superior al 7 sobre 10. Dicho centro cuenta con medios y docentes también especiales. Ver, por ejemplo, “Instituto rico, instituto pobre”, en *El Mundo*, 22 de septiembre de 2011.

a. 2. La regulación actual de la admisión de las enseñanzas no universitarias

La LOE ha regulado las bases de la admisión de las enseñanzas no universitarias, remitiendo expresamente a las Administraciones educativas para su desarrollo (art. 84. 1º)⁷¹⁴, bajo el mandato de garantizar el derecho a la educación, la igualdad en el acceso y la libre elección. (art. 84. 1º LOE). En todo caso, las autoridades autonómicas son las competentes de fijar los criterios y puntuaciones de admisión, al tiempo de configurar el sistema y garantías de su aplicación⁷¹⁵.

Por cuanto a los criterios, el artículo 84 LOE enuncia los criterios prioritarios que luego son concretados autonómicamente, con no poca diversidad⁷¹⁶: hermanos matriculados o padres trabajadores en el centro, proximidad de domicilio o lugar de trabajo, rentas anuales, familia numerosa,

⁷¹³ NACIONES UNIDAS- MUÑOZ VILLALOBOS (2007 a), “El sistema alemán de itinerarios múltiples parte de la base de de pasar a un sistema que atienda mejor las necesidades educativas específicas de cada alumno. La clasificación comienza a los 10 años con una evaluación individual, lo cual se considera ya dudosamente admisible. Asimismo, dado el gran peso de la lengua en la evaluación, se considera que implica una discriminación indirecta para los extranjeros y se solicita que el sistema debe ser más permeable y flexible a los diferentes orígenes de los alumnos”.

⁷¹⁴ Para el ámbito del MEC había de tenerse especialmente en cuenta el Real Decreto 366/1997, de 14 de marzo, por el que se regulaba el régimen de elección de centro educativo, actualmente derogado por el Real Decreto 1635/2009, de 30 de octubre.

⁷¹⁵ Como ejemplo, en la Comunidad Valenciana, Decreto 33/2007, de 30 de marzo, del Consell, por el que se regula el acceso a los centros docentes públicos y privados concertados que imparten enseñanzas de régimen general. Esta norma queda concretada por la Orden de 27 de abril de 2007, de la Consellería de Cultura, Educación y Deporte, por la que se regula el procedimiento de admisión del alumnado en los centros docentes públicos y privados concertados que imparten enseñanzas de Educación Infantil, Educación Primaria y Educación Secundaria de la Comunitat Valenciana.

⁷¹⁶ La comparación de los criterios autonómicos es compleja. Sobre los diversos criterios asumidos por las Comunidades cabe remitir al artículo “La aventura de elegir colegio”, en *ABC*, 12.4.2011, accesible en <http://goo.gl/7LuK6>

discapacidad del alumnos, hermanos o padres. También puede resultar prioritaria la procedencia de un centro que se considere adscrito al solicitado en los cambios de etapa educativa. Para la enseñanza no básica se tiene también en cuenta el expediente académico (así en bachillerato o formación profesional grado medio o superior, art. 84 LOE). Asimismo, en enseñanzas secundarias tienen prioridad quienes cursen enseñanzas de danza o música o programas deportivos de alto rendimiento (art. 85 LOE).

Como garantías de igualdad el artículo 86 LOE prescribe el establecimiento de las mismas áreas de influencia para los centros públicos y privados concertados, habiéndose de constituir comisiones y órganos de garantías de admisión obligatoriamente cuando las demandas de plazas superen la oferta, con participación de la Administración educativa y local, padres, profesores y centros⁷¹⁷. Uno de los principios en la admisión es la equilibrada distribución de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo (art. 84 y especialmente artículo 87), estableciendo proporciones de alumnos que deban ser escolarizados en cada centro, garantizando los recursos necesarios (art. 87. 1º LOE). Como garantía del proceso de escolarización de estos alumnos, se pueden reservar plazas de centros públicos y privados, así como autorizar hasta un 10% el número máximo de alumnos para garantizar las necesidades de incorporación tardía (art. 87. 2º LOE). Cabe tener en cuenta que una de las vías habituales de fraude para lograr la plaza deseada se da acudiendo a esta posibilidad de ampliación de ratio “excepcional”⁷¹⁸ a través de cambios de residencia o trabajo ficticios y extemporáneos que obligan a vías de incorporación tardía con el curso iniciado.

Cabe señalar que la nueva regulación incorpora las ventajas de las nuevas tecnologías para la gestión de la información y la veracidad de la misma, frente a negativas prácticas generalizadas en la población. Así, ahora se facilita la obtención de la documentación necesaria para acreditar las circunstancias alegadas por los solicitantes (art. 86. 6º y 9º y ss.).

Ello ha reducido algunos fraudes tradicionales, como la falsificación de declaraciones de renta, aunque persisten otros.

⁷¹⁷ Sobre el tema se volverá infra, en Garantías específicas.

⁷¹⁸ Así, por ejemplo, en la normativa valenciana, Decreto 33/2007, Artículo 30. Formalización de la matrícula y oferta de vacantes posteriores: “de forma motivada, podrá incrementar hasta un 10% el número máximo de alumnos por aula en los centros públicos y privados concertados de una misma área de escolarización, para atender las necesidades inmediatas de escolarización del alumnado de incorporación tardía. La distribución atenderá el principio de distribución equilibrada al que se refiere el artículo 2. 5 de este Decreto.” Ello se desarrolla en la Orden de 27 de abril de 2007, artículo 41 sobre Escolarización sobrevenida.

a. 3. La difícil fiscalización jurídica de esta materia socialmente sensible y la posible idoneidad de que sea la Administración la directamente que lleve a cabo la admisión a los centros concertados

Las regulaciones sobre los criterios y puntos de admisión, así como el control de su cumplimiento o acreditación son fuente de conflictos analizados por el Defensor del Pueblo⁷¹⁹ y también por los tribunales. Por cuanto a los criterios fijados normativamente, el Tribunal Supremo ha estimado como oportuno el criterio de la renta familiar pues lo contrario “sería tanto como favorecer el desvío, o al menos no controlar el destino a su finalidad, de los fondos públicos que el Estado”, siendo además de la igualdad de oportunidades “facilitando el acceso a la educación a quienes carecen de medios para costearla”; por lo que ello no vulnera ni la intimidad ni el derecho a la educación⁷²⁰. También se ha considerado positivo obligar a los centros a determinar previa y objetivamente el punto que pueden otorgar para el acceso al centro⁷²¹. En alguna ocasión –y erróneamente a mi juicio- se ha admitido que el centro introdujese criterios de admisión no previstos por la norma –con relación a la edad-⁷²². De otra parte, los tribunales han considerado que no es posible variar la aplicación de los criterios regulados en razón de un convenio colectivo que excluía del sorteo de plazas a los hijos de los profesores⁷²³, como tampoco son válidos los acuerdos entre colegios para la aplicación de las puntuaciones de continuidad o hermanos en el mismo centro⁷²⁴. El Defensor del Pueblo ha

⁷¹⁹ Así lo recuerda bajo la perspectiva de los últimos años el DEFENSOR DEL PUEBLO (2008, pp. 596-597).

⁷²⁰ STS de 10 noviembre 1987 (RJ 1987\8116) FJ 7º.

⁷²¹ El punto que en muchas ocasiones puede otorgar el centro para el acceso ha sido tradicional fuente de conflictos y corruptelas. Al respecto, el Tribunal Supremo ha considerado que la norma que obliga a que el punto que otorga el centro para el acceso sea bajo criterios objetivos y públicos antes del proceso de admisión “perfecciona el sistema anterior al imponer la publicidad de los criterios objetivos con anterioridad al inicio del proceso de admisión.” (STS de 19 enero 2000 (RJ 2000\368), FJ 3º).

⁷²² Así, STS de 9 de septiembre de 1987 (RJ 1987\5951). Entiende el Tribunal Supremo (FJ 3º) que esta nominación expresa no excluye la posibilidad la introducción de otros criterios siempre que tengan “naturaleza objetiva y la justificación” y se apoya en la programación de la enseñanza (FJ 5º) y la posibilidad de basarse en edades. A mi juicio, no puede aparecer un criterio de admisión ex novo sin una base normativa, por objetivo y justificado que sea, como lo es la edad.

⁷²³ Así, STSJ Andalucía de 9 abril de 2001 (RJCA 2001\629).

⁷²⁴ STSJ Cataluña de 18 noviembre (RJCA 2002\488), que ratifica Resolución que acordó denegar el reconocimiento de vinculación entre centro docente de educación infantil y centro docente privado concertado de educación primaria.

vigilado cuestiones como la acreditación del trabajo de los padres⁷²⁵ o el problema que surge cuando han variado significativamente –a peor- las rentas familiares⁷²⁶.

A mi juicio, en todo caso, la clave reside en quién lleva a cabo el procedimiento de admisión y bajo que controles y garantías. Y en este punto, no debe desconocerse la –motivada- desconfianza social en el procedimiento de asignación de plazas, especialmente en los centros privados concertados⁷²⁷. Y ello a pesar de que el incumplimiento de las normas y procedimiento de admisión por el centro concertado es infracción muy grave que puede suponerle la pérdida del concierto educativo (art. 62 LODE). Pues bien, cabe subrayar que para el Tribunal Supremo “el titular de un centro concertado no tiene un derecho constitucionalmente reconocido [...] a la admisión de sus alumnos”⁷²⁸. Es más, según una sentencia de 2007 del Tribunal Supremo, es posible incluso que la Administración sea la que lleve a cabo el proceso de admisión directamente⁷²⁹. La doctrina se hace contundente en sentencia del Tribunal Supremo de 16 abril 2008 (RJ 2008\3967)⁷³⁰ frente a la normativa de Castilla la Mancha que introducía la prohibición de discriminar por sexo y administrativizaba el proceso de admisión en los centros concertados, privando de tal competencia a los mismos. El Tribunal Supremo, niega que la admisión de alumnos forme parte del contenido esencial del derecho a dirigir centros (art. 27. 6º CE) por lo que privarles de esta atribución no lesiona el carácter propio del centro o la potestad

⁷²⁵ En particular, para el caso de las empleadas de hogar. Así, DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 a), referencia 06018270. Con continuidad en DEFENSOR DEL PUEBLO (2008, pp. 597 y ss.). La Junta de Andalucía pasó a exigir un modelo de certificado a expedir por el empleador.

⁷²⁶ DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 a), p. 743). Se trata del descenso significativo de en el periodo efectivo de matriculación, pero no en el ejercicio previo que es el que se acredita, por lo que no se puede obtener la ventaja que de ello se derivaría. Se recomiendan posibilidades de acreditación de tal situación.

⁷²⁷ DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 a), p. 378). (05013560), proceso de admisión en centro concertado en una localidad de Madrid. Aunque se trata de una cuestión de conocimiento general, cabe hacer referencia a que el Defensor del Pueblo subraya la necesidad de supervisar la asignación de puntuación en centros concertados, especialmente al advertirse llamativos casos de rentas familiares muy bajas precisamente en padres que habían escolarizado previamente a sus hijos en el centro en las fases que no alcanza el concierto, es decir, a su coste.

⁷²⁸ Así en la STS de 9 de diciembre de 1987 (apelación 1177/87), seguida recientemente por STS de 28 de mayo de 2007 (REC. 673/2005; S. 3.ª), FJ 7º:

“ni hay base para afirmar que la atribución de esa competencia sea indispensable para garantizar el respeto al carácter propio del centro o que sin ella quede cercenada la potestad de dirección. [La sentencia de 1987, FJ 3º] se expresa en términos muy claros: “...El derecho fundamental de crear y dirigir centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales, como una de las manifestaciones de la libertad de enseñanza (artículo 27,1 y 6 de la Constitución), no comprende el derecho a la elección del alumnado, al menos cuando se trata de centros sostenidos con fondos públicos”

⁷²⁹ *Ibidem*.

⁷³⁰ Reiterada en la STS de 11 julio 2008 (RJ 2008\6755)

de dirección⁷³¹. Sobre esta base considera que legalmente puede determinarse si los centros tienen competencia en la admisión⁷³². El Tribunal Supremo niega que la LODE conceda esta potestad a los centros concertados ni explícita ni implícitamente. Por ello la norma autonómica puede administrativizar sin problemas el sistema de admisión en centros concertados.

Este sistema de gestión directa por la Administración quizá sería el más garantista, dada la opacidad y práctica irrecurribilidad de los procesos de admisión de centros concertados ante la falta de pruebas por los afectados de posibles irregularidades. Como se ha recordado supra, son excepcionales las resoluciones judiciales que anulan la lista de admitidos a un centro no permitiendo continuar los estudios a los hijos de padres fraudulentos y, en todo caso, para conseguirlo se requiere de un esfuerzo no exigible a un ciudadano medio⁷³³.

b) Admisibilidad constitucional de los sistemas de acceso y admisión en los estudios no obligatorios y universitarios

El derecho a la educación –y su dimensión prestacional- comporta el derecho de acceso a las enseñanzas secundarias no obligatorias, así como a las enseñanzas universitarias. Freixes pone el dedo en la llaga al subrayar la complejidad jurídica que resulta de reconocerse el “derecho a la educación, con todo su componente prestacional, en el marco universitario, no concebido jurídicamente en la Constitución como de obligada extensión general a toda la ciudadanía”⁷³⁴. Internacionalmente hay un deber jurídico de progresiva implantación del acceso efectivo y escolarización en las enseñanzas no básicas que podría incluso ser fiscalizado jurídicamente⁷³⁵:

Los estados deben “adoptar medidas” “deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible” hacia el pleno ejercicio del derecho a la educación. (nº 43), aun que se de la gradualidad –respecto de la educación no primaria-, se debe “de proceder lo más

⁷³¹ La doctrina se expresa y reitera en FFJJ 6, 7º y 8º.

⁷³² El Supremo acude a su sentencia de 9 de diciembre de 1987 (RJ 1987, 9441) para recordar que depende del legislador que el proceso de admisión sea competencia del Centro educativo y que la cuestión es de legalidad y no de derechos fundamentales (FJ 6º, se reitera en FJ 7º).

⁷³³ La ya referida sentencia del Juzgado Contencioso-Administrativo número 4 de A Coruña que anula la lista de admitidos del año 2008 en el colegio coruñés Hijas de Jesús <http://goo.gl/wM3uM>

⁷³⁴ FREIXES (1998, p. 162). añade que “Ello “plantea de inmediato el problema de la definición de sus titulares y el examen de las condiciones de ejercicio a que puede ser sometido.”

⁷³⁵ NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 b, nº 43, 44, 45).

expedita y eficazmente posible” (nº 44). Ante una medida regresiva el Estado tiene la “obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga el Estado Parte” (nº 45).

Esta fiscalización jurídica habrá de darse, especialmente en los casos de medidas regresivas. En razón de los tratados internacionales, el acceso a la universidad aunque no generalizado, debe ser en condiciones de igualdad, méritos, con accesibilidad y tendente a la gratuidad. A tal respecto, cabe señalar que el artículo 26 DUDH afirma que “el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos”. De otra parte, según la redacción del artículo 13 PIDESC debe ser accesible y tendente a la gratuidad, si bien no pesa el deber de ser “generalizada” como la enseñanza secundaria, sino sólo disponible “sobre la base de la capacidad”, como se afirma en el artículo 28 CDN.⁷³⁶ Por su parte, el TEDH afirma la extensión del derecho de acceso a las instituciones universitarias existentes⁷³⁷.

En España, el Tribunal Constitucional ha afirmado de modo tajante que:

“el contenido constitucionalmente garantizado de ese derecho, en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad.”⁷³⁸

Se puede afirmar, como lo hizo el Tribunal Constitucional alemán sobre otras bases, el derecho a ser admitido en una universidad, un derecho a participar de las posibilidades educativas existentes⁷³⁹.

⁷³⁶ Al respecto, cabe destacar NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 b, nº 19). Es sobre esta base sobre la que existe el derecho de acceso a las enseñanzas universitarias públicas en condiciones de igualdad, mérito y capacidad a las plazas ofertadas, sin que la desigualdad social y económica sea una traba. Así, FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO (1996).

⁷³⁷ El TEDH incluyen la enseñanza superior en el ámbito del derecho a la instrucción.

Con claridad así lo afirma la Hasan y Eylen Zengin de 9 de octubre de 2007, nº 46, en la que concluyó que el acceso a toda institución de educación superior existente en un momento dado es una parte inherente del derecho que establece la primera frase del artículo 2 del Protocolo núm. 1 y. También contra aquél país, en la STEDH, asunto Mürsel Eren contra Turquía de 7 febrero 2006 (aptdo. 46).

⁷³⁸ STC 236/2007, de 7 noviembre, recurso a la Ley Orgánica 4/2000 de extranjería, FJ 8º.

⁷³⁹

Una visión crítica y negando la constitucionalidad del sistema de acceso a la universidad en España, CÁMARA DEL PORTILLO y PARADA (1988, pp. 96 Y SS.)

Como afirma el Tribunal Constitucional alemán sobre otras bases (derecho acceso a la profesión), hay un derecho a ser admitido en una universidad, un derecho a participar de las posibilidades educativas existentes, siempre que por ley se determinen los criterios justos que permitan un acceso real⁷⁴⁰. Estos criterios son aplicables también en España⁷⁴¹ y, en general y en nuestro país se cumplen⁷⁴². Según nuestros tribunales, el derecho de acceso queda sometido a los límites objetivos determinados por las mismas autoridades en la configuración del servicio, disposición de medios financieros y de política educativa⁷⁴³ y a los sistemas de selección y admisión⁷⁴⁴.

Sobre estas bases, el artículo 42 LOU regula el acceso a la universidad sobre la base del derecho de todos los españoles al estudio, “con respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad” y con remisión al ordenamiento jurídico. Es de especial interés al respecto el RD 1742/2003 que aunque impone algunas condiciones, confiere a cada universidad un espacio importante de regulación de procedimientos y requisitos de admisión (art. 4). Esta desregulación y delegación cuenta a nuestro juicio con suficiente cobertura constitucional y legal, ya sobre la base de la autonomía universitaria, ya merced a la cobertura legal que brinda art. 42. 3º LOU). Ahora bien, un modelo de regulación con menos cobertura a la regulación reglamentaria y, sobre todo, a las variantes universitarias, también sería constitucionalmente admisible. El artículo 44 LOU reserva al Gobierno la potestad para establecer límites máximos de admisión de estudiantes, es decir, límites máximos de plazas, por motivos de interés general o para poder cumplir exigencias derivadas de directivas comunitarias o de convenios internacionales. Estos límites máximos afectan a todas las universidades⁷⁴⁵. Lo cierto es que el margen de discrecionalidad constitucional que se confiere a los poderes públicos para la programación de la enseñanza en el artículo 27. 5º CE es amplio. De ahí que lejos de cualquier derecho a reclamar plazas de enseñanza según la demanda individual o colectiva,

⁷⁴⁰ Sentencia Tribunal Constitucional federal alemán sobre los números clausus, a partir de la libre elección de profesión del artículo 12 de la Ley federal. Sentencia Tomo 33, página 303, sentencia de la Sala primera de 18 de julio de 1972, sobre admisión de estudios de medicina en las universidades de Hamburgo y Munich. Caben restricciones por ley por limitación de capacidad, con selección y distribución con criterios justos, con oportunidad real para los aspirantes de acceder a la universidad. En aquel caso la ley de Hamburgo, fue inconstitucional por cuanto el legislador no determinó las restricciones y la forma y criterios de admisión.

⁷⁴¹ En este sentido, FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO (1996, pp. 181-183).

⁷⁴² Señala DÍAZ REVORIO (2002 a, pp. 65-66).

⁷⁴³ DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 51).

⁷⁴⁴ Se admiten los condicionamientos físicos de capacidad y se admiten criterios de la Universidad basados en el mérito y capacidad como calificaciones medias, STS de 9 junio 1986 (RJ 1986\3368).

⁷⁴⁵ Real Decreto 1742/2003, por el que se establece la normativa básica para el acceso a estudios universitarios de carácter oficial, artículo 6. Límites máximos de plazas.

jurídicamente sólo recae una leve obligación de propiciar la creación de plazas suficientes a la demanda social. Es más, debe señalarse que esta demanda social no se corresponde necesariamente con la demanda de plazas por alumnos⁷⁴⁶, sino según la conjunción de toda una serie de intereses que no tienen que coincidir con las solicitudes de quienes han de cursar la enseñanza.

Para el acceso⁷⁴⁷ hoy día las normas exigen por lo general título de Bachiller (art. 38. 2 LOE, 42. 2 LOU) y la superación de una prueba de acceso objetiva (art. 38. 1 LOE), en un procedimiento general, objetivo y universal, tenga validez en todas las universidades (art. 42 LOU). El tema ha tenido no pocos vaivenes normativos (RD 1892/2008). Asimismo, hay pruebas especiales de acceso de mayores de 25 años⁷⁴⁸ y, también, o determinada experiencia laboral o profesional puede permitir el acceso (art. 42. 4 LOU).

6. 2. 3. Eliminación de barreras materiales de acceso y las políticas de equidad en la educación como exigencias constitucionales

La Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960⁷⁴⁹ prohíbe como “discriminación” las limitaciones de acceso o promoción, a personas o grupos, sistemas separados (art. 1)⁷⁵⁰ y, en especial:

- a) Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza;
- b) Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo;
- c) A reserva de lo previsto en el artículo 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; o

⁷⁴⁶ El Defensor del Pueblo llama la atención en la deficitaria oferta de plazas en Ciencias de la salud: Medicina, Farmacia, Odontología y Enfermería. Así, referencias (06036785, 06051514, 06042126, etcétera) en DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 a).

⁷⁴⁷ Una visión crítica y negando la constitucionalidad del sistema de acceso a la universidad en España, CÁMARA DEL PORTILLO y PARADA (1988, pp. 96 y ss.).

⁷⁴⁸ Artículo 69 LOE). Real Decreto 743/2003, de 20 de junio, por el que se regula la prueba de acceso a la universidad de los mayores de 25 años.

⁷⁴⁹ Adoptada el 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Entrada en vigor: 22 de mayo de 1962, de conformidad con el artículo 14. En España, BOE: 01-11-1969.

⁷⁵⁰ “Artículo 1: “1. A los efectos de la presente Convención, se entiende por “discriminación” toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza”.

d) Colocar a una persona o a un grupo de personas en una situación incompatible con la dignidad humana;

Asimismo, esta Convención recoge diversos compromisos y políticas de promoción de la igualdad, obligatoriedad, gratuidad, generalización y acceso a la enseñanza. Así su artículo 3 establece los compromisos y políticas encaminadas a promover la igualdad en la esfera de la enseñanza, como no admitir diferencia de trato –entre nacionales- respecto de matrículas, becas, ayudas, permisos que no se basen en el mérito o en las ayudas a los centros no discriminar por el carácter de los alumnos. También, en el artículo 4 se establecen compromisos concretos respecto de la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza primaria, la generalización y accesibilidad de la secundaria, y la accesibilidad de la universitaria; la igual calidad de la enseñanza pública; el fomento de la educación elemental (artículo 4).

Es un objeto fundamental de la normativa educativa que el acceso a la educación en todas sus etapas no quede sometido a barreras naturales, culturales y sobre todo, sociales y económicas. Sin perjuicio de los artículos 9. 2º CE y 14 CE, la acción legislativa es la natural en esta materia, y así sucede la LOE. Ahí se recogen garantías de gratuidad y evitación de costes ocultos (art. 88 LOE). Como no podía ser de otro modo en razón del artículo 14 CE, en la admisión de alumnos “En ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.” (art. 84. 3º LOE).

La no discriminación se subraya respecto de los que cuentan necesidades educativas especiales (art. 74. 1º LOE) para quienes la LOE dedica un título específico de la “Equidad en la educación” (Arts. 71 y ss. LOE). Ahí se afirma la disposición de recursos y dotaciones necesarias (art. 72 LOE) para que “todo el alumnado alcance el máximo desarrollo personal, intelectual, social y emocional, así como los objetivos establecidos con carácter general” (Art. 71. 1º LOE). Respecto de los grupos de alumnos que requieren una atención educativa especial⁷⁵¹ se requiere una identificación temprana en todos los casos (art. 71. 3º LOE), la información y participación de los padres (art. 71. 4º LOE). Se proclaman los principios de “normalización e inclusión” con escolarización ordinaria –con apoyo- mientras sea posible (art. 74. 1º LOE). Para la integración

⁷⁵¹ Atención especial diferente a la ordinaria por presentar alguna necesidad específica de apoyo educativo y se establecen los recursos precisos para acometer esta tarea con el objetivo de lograr su plena inclusión e integración. Necesidades especiales en razón: circunstancias sociales, de discapacidad física, psíquica o sensorial o que manifiesten trastornos graves de conducta, altas capacidades intelectuales y los que se han integrado tarde en el sistema educativo español.

sociolaboral se afirman sistemas de reserva de plazas de formación profesional (art. 75. 2º LOE).

Asimismo la LOE aborda la compensación de las desigualdades (arts. 80 y ss. LOE) a través de programas específicos desarrollados en centros docentes escolares o en zonas geográficas donde resulte necesaria una intervención educativa compensatoria. Se afirma el refuerzo de la escolarización para los colectivos en desigualdad inicial (art. 81. 1º LOE), así como con fijación del mundo rural (art. 82 LOE). Si en general se prevé un puesto escolar gratuito en primaria en el municipio o zona escolar (art. 81. 3º LOE), cabe la escolarización en lugar próximo con especial ayuda de transporte, comedor e internado (art. 82. 3º LOE).

El desarrollo reglamentario básico se daba en el Real Decreto 299/1996, de 28 de febrero, de ordenación de las acciones dirigidas a la compensación de desigualdades en educación y ahora sólo se regula la cuestión para el ámbito de gestión del Ministerio de Educación en el Real Decreto 1635/2009, de 30 de octubre.

Al respecto de estas materias cabe remitir *infra* a los colectivos tradicionalmente discriminados en la educación que se analiza en el capítulo dedicado a los titulares del derecho.

6. 2. 4. Eliminación de barreras económicas: la iusfundamentalidad de la gratuidad de la educación y de los sistemas de becas y ayudas

a) La exigencia constitucional de la gratuidad de la enseñanza básica obligatoria y, también, la postobligatoria

Se ha afirmado que “la educación, como instrumento fundamental para la reducción de la pobreza, es incompatible con el cobro de derechos de matrícula, que impiden el acceso de los niños pobres a la educación por falta de recursos, lo cual les impide salir de la pobreza⁷⁵². “La gratuidad supone la oferta de oportunidades a todos para equilibrar las desigualdades que se puedan dar entre los alumnos por su procedencia social, cultural y económica, a través de las experiencias enriquecedoras que proporciona la escuela.”⁷⁵³. Los tratados

⁷⁵² NACIONES UNIDAS- TOMASEVSKI (2004 b, p. 11, nº 19).

⁷⁵³ Real Decreto 114/2004, de 23 de enero, por el que se establece el currículo de la educación infantil, Exposición de motivos.

internacionales garantizan la gratuidad de la enseñanza “elemental y fundamental” (art. 26. 1º DUDH) o “primaria” (art. 13. 1º PIDESC):

El artículo 26. 1º DUDH garantiza la gratuidad “al menos” para la instrucción elemental y fundamental, siendo la elemental obligatoria. El artículo 13. 2º PIDESC dispone que “La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente” mientras que las diferentes formas de enseñanza secundaria “debe [...] hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados y, en particular, por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita. La Convención de la UNESCO contra la Discriminación en la Educación estipula que la educación primaria será gratuita y obligatoria

La “progresividad” en cambios se afirma en general en el artículo 28. 1º CDN, para Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos” al tiempo que “Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente.” (Art. 28.1º).

En España, del artículo 27. 4º CE deriva un mandato claro que se integra en el contenido subjetivo del derecho a la educación exigible⁷⁵⁴. Obvio es decir que derecho a la educación “no debe confundirse la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza básica”⁷⁵⁵. Debe fijarse la atención en la fijación de la enseñanza “básica” y el alcance de la “gratuidad”.

a. 1. La determinación legislativa de la enseñanza “básica”

El constituyente traslada al legislador en su configuración del sistema educativo la facultad de determinación qué es la enseñanza “básica”. Pese a la amplia discrecionalidad constitucional, su fijación de lo que es enseñanza “básica” sería susceptible de control de constitucionalidad, bajo los parámetros de lo razonable y no arbitrario. Y este control habría de ser especialmente riguroso ante medidas que regresivas.

En la actualidad, la LOE establece que “La educación primaria y la educación secundaria obligatoria constituyen la educación básica.” (art. 3. 3º

⁷⁵⁴ Así, recientemente, CASTILLO CÓRDOVA (2006, pp. 247 y ss.).

⁷⁵⁵ En este sentido acierta la STS, de 3 diciembre 1987 (RJ 1987/9376), FJ 4º cuanto afirma: “no podemos compartir el criterio restrictivo del Tribunal «a quo» de que el derecho a la educación en la etapa preescolar no puede considerarse encuadrado dentro del derecho fundamental a la educación proclamado en el art. 27 antes citado, ya que no debe confundirse la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza básica”.

LOE). “La enseñanza básica comprende diez años de escolaridad y se desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad.” Y es “obligatoria y gratuita para todas las personas” (art. 4 LOE) y la programación debe tener en cuenta la oferta existente, previéndose la garantía de “la existencia de plazas públicas suficientes especialmente en las zonas de nueva población.” (art. 109. 2º LOE). En paralelo, y bajo el principio de integración en el régimen general cuando sea posible, la educación especial, “como modalidad educativa, será obligatoria y gratuita en los niveles así establecidos en el sistema educativo ordinario” (art. 4 Real Decreto 334/1985, de 6 de Marzo, de Ordenación de la educación especial).

Respecto de la enseñanza secundaria –que exceda a la enseñanza “básica” pesa el mandato internacional de la “implantación progresiva de la enseñanza gratuita” (art. 13. 2 b) PIDESC). Esta “progresividad” no es una vía de escape al cumplimiento, sino que es fiscalizable jurídicamente, como lo sería cualquier medida regresiva al respecto⁷⁵⁶. Respecto del Bachillerato y la formación profesional –grado medio-, una laberíntica legislación conduce a la gratuidad sólo en los centros públicos⁷⁵⁷ si se mantiene. Ello explica el descenso de alumnos en centros concertados en las fases no obligatorias (de un tercio a un cuarto)⁷⁵⁸. Pese a las demandas de extensión de gratuidad en Bachillerato desde los centros concertados⁷⁵⁹, se trata de una decisión de política educativa, pues jurídicamente la situación actual no discriminatoria ni contraria al artículo 27. 9º CE.

Por cuanto a la educación infantil (0-6 años), la ley establece que “El segundo ciclo de la educación infantil [3-6 años, no obligatoria] será gratuito”

⁷⁵⁶ Ver en general NACIONES UNIDAS-COMITÉ DESC (1990), nº 9-11. Principios de Limburgo, nº 16, 21, 22, y NACIONES UNIDAS (2004, pp. 10-11). En particular respecto de la progresividad en la enseñanza, NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 b, nº 13 y 14).

⁷⁵⁷ La regulación es muy confusa. La Disposición final 4ª de la LOE mantiene vigente la Ley 12/1987, de 2 de julio, que según su artículo 1 establece la gratuidad en “Los estudios de Bachillerato, Formación Profesional y Artes Aplicadas y Oficios Artísticos” en centros públicos y privados (sin tasas). Pero esta norma hay que interpretarla bajo la estructura educativa de la LOE y el “Bachillerato” al que hace referencia se correspondería con la ESO. Y la misma ley si establece unas tasas–ridículas- para el COU, que podría asimilarse al Bachillerato. Por su parte, el artículo 71 Real Decreto 83/1996 afirma expresamente la gratuidad del bachillerato en los institutos.

⁷⁵⁸ En 2007-2008, 625.275 alumnos cursan Bachillerato (74,4% públicos, 25,6 % privados), en 2009-2010, 649.343. En 2007-2008, 500.545 alumnos (456.597 en 2009-2010) estudian Formación Profesional (2007-2008 75,6 % públicos, 24,4% privados). MEC (2008) y MEC 2009 b).

⁷⁵⁹ Por ejemplo, en La Rioja, con campañas de firmas desde confederaciones religiosas y algunos sindicatos: FERE-CECA (Federación de Religiosos de la Enseñanza); EyG (Educación y Gestión); CECE (Confederación Española de Centros de Enseñanza); Colegio Oficial de Doctores y Licenciados en Ciencias y Letras de La Rioja; CONCAPA-Rioja (Confederación Católica de Padres de Alumnos); USO (Unión Sindical Obrera); y FSIE (Federación de Sindicatos Independientes de la Enseñanza).

(art. 15- 2º LOE). Y para ello “las Administraciones educativas garantizarán una oferta suficiente de plazas en los centros públicos y concertarán con centros privados, en el contexto de su programación educativa.” (art. 15. 2º LOE).⁷⁶⁰ En este ámbito se introduce la progresividad presupuestaria para el cumplimiento de esta gratuidad⁷⁶¹. De otra parte, la LOE excluye de la gratuidad el primer ciclo de la enseñanza infantil 0-3 años), respecto de la cual la obligación se limita al genérico mandato de que “Administraciones públicas promoverán un incremento progresivo de la oferta de plazas públicas” (art. 15. 1º LOE).

a. 2. El alcance constitucional de la gratuidad

Respecto del alcance de la “gratuidad”, señalan Berrueta y Sendín, “gratuidad sólo viene referida al servicio educativo en sentido estricto, concretándose en la ausencia de tasas académicas”⁷⁶². Ello no obsta a que, como se adelantó, la gratuidad se extienda a servicios escolares de transporte, comedor o internado en los casos de zonas rurales donde sea necesaria la escolarización en municipios próximos (art. 82. 3º LOE). Las instancias internacionales señalan que la supresión de tasas no debe ser nominal y no pueden ser sustituidas por otras vías, excluyéndose también contribuciones “voluntarias” de las familias a los colegios no dotados debidamente por los Estados⁷⁶³. A nivel mundial se

⁷⁶⁰ También cabe tener en cuenta el artículo 52 del Real Decreto 82/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de las Escuelas de Educación Infantil y de los Colegios de Educación Primaria dispone que “Los estudios de educación infantil y primaria en los centros públicos serán gratuitos. No estarán, por tanto, sujetos al pago de tasas académicas. No obstante, los centros podrán recibir aportaciones voluntarias de personas físicas o jurídicas, de acuerdo con lo establecido en la legislación vigente”.

⁷⁶¹ Al respecto, Disp. Adicional 22ª LOE: “Los Presupuestos Generales del Estado correspondientes al ámbito temporal de aplicación de la presente Ley incorporarán progresivamente los créditos necesarios para hacer efectiva la gratuidad del segundo ciclo de la educación infantil a la que se refiere el artículo 15. 2. ”

⁷⁶² DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 47), indican que en sentido similar, Satrustegi 343-344, de Estevan. DÍAZ REVORIO (2002 a, p. 59).

⁷⁶³ NACIONES UNIDAS- TOMASEVSKI (2004 b, p. 11, nº 20): “Por ejemplo, en algunos casos su supresión es sólo nominal, ya que se suelen sustituir por tasas en concepto de corrección de los deberes o de utilización de los pupitres. En otros casos, el gobierno central ordena a las escuelas que no cobren esos derechos pero no les proporciona los fondos necesarios para la educación de los niños, de manera que su cobro se mantiene bajo el disfraz de las llamadas ‘contribuciones financieras voluntarias’.”

NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 a, nº 7): “7. Gratuidad. [...] Los gastos indirectos, tales como los derechos obligatorios cargados a los padres (que en ocasiones se presentan como voluntarios cuando de hecho no lo son) o la obligación de llevar un uniforme relativamente caro, también pueden entrar en la misma categoría. Otros gastos indirectos pueden ser permisibles, a reserva de que el Comité los examine caso por caso. Esta disposición no está en modo alguno en conflicto con el derecho

alerta de un debilitamiento de la protección internacional de la gratuidad de la enseñanza hacia financiamientos compartidos con las familias a través de medios socavados, in-“voluntarios” u “ocultos”⁷⁶⁴. En nuestro país ha sido masiva, consentida y generalizada la práctica de cobros por parte de los centros concertados a través de vías indirectas o “voluntarias” como lo es a través de las asociaciones de madres y padres de alumnos, así como a través de donaciones – también “voluntarias” a fundaciones del centro educativo. Los padres por lo general se pliegan a estos pagos en centros concertados, de un lado por cuanto por lo general se sienten afortunados de haber accedido al mismo en un proceso en el que muchos quedan fuera, de otro lado, no se oponen a dichos pagos para no estigmatizar a sus hijos en el centro educativo. Y todo ello a pesar de que la ley subraya que la educación objeto de concierto es gratuita (art. 51. 1º LODE), que las actividades complementarias y extraescolares no pueden tener carácter lucrativo y cualquier cobro debe ser aprobado por el Consejo escolar y comunicado y autorizado por la Administración (art. 51. 2º y 3º LODE), siendo que toda actividad de este tipo debe ser voluntaria (art. 51. 4º LODE).

b) El derecho fundamental al acceso a las ayudas y becas

b. 1. La fundamentalización del derecho al acceso a ayudas y becas su alcance constitucional

En 2007-2008 un 3,1% de todo el gasto en educación se dedica a becas⁷⁶⁵, respecto de las que de 1997 a 2007 se duplicaron los recursos⁷⁶⁶, y casi triplicado desde 2000 a 2010⁷⁶⁷. Dos terceras partes de las becas se dirigen a la enseñanza universitaria (63,7%), casi una cuarta parte a la Secundaria postobligatoria y FP (23,1%) y una décima parte a Idiomas (9,5%)⁷⁶⁸.

reconocido en el párrafo 3 del artículo 13 del Pacto para los padres y los tutores “de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas”.

⁷⁶⁴ Así, TOMASEVSKI (2004 a, p. 365). TORRES INSTITUTO (2005,p. 28). La autora recuerda que la tendencia el esquema de “financiamiento compartido” (*cost-sharing*) obliga a las familias a diversos tipos de contribuciones en dinero y/o en especie: cuotas “voluntarias”, pago y/o manutención de los docentes, construcción y mantenimiento de la infraestructura escolar, pago de las cuentas de agua y energía eléctrica que no puede solventar el establecimiento escolar, etc. Afirma que “Los otrora “costos ocultos” de la educación están hoy a la luz del día y son aceptados por la sociedad.”

⁷⁶⁵ MEC (2008).

⁷⁶⁶ Se pasó de 537 millones de euros a 1. 047 millones.

⁷⁶⁷ MEC (2010), p. 11. Se pasa de 681 millones a 1.529.

⁷⁶⁸ MEC (2008).

Más allá de la educación obligatoria, el derecho a la educación implica que nadie quede excluido del acceso a la enseñanza de niveles no obligatorios ni gratuitos por razones socio-económicas. Para ello, entre otras cosas, se exige “implantar un sistema adecuado de becas” (art. 13. 2º PIDESC). Cabe recordar que se denominan “ayudas” cuando se hacen depender de la situación socio-económica, no de rendimientos académicos, mientras que las “becas” sólo dependen de rendimientos académicos, para enseñanzas no obligatorias⁷⁶⁹.

Podría pensarse inicialmente que el ámbito de las subvenciones al educando no forma parte del derecho a la educación. Sin embargo, la STC 188/2001, de 20 septiembre, caso Orden MEC sobre becas vs. Generalitat de Cataluña, es muestra del proceso de fundamentalización del derecho a obtener becas y ayudas. La construcción de la naturaleza y conformación constitucional de este derecho es compleja:

“el derecho a las becas o ayudas, como resultado de la obligación de los poderes públicos de garantizar el derecho de todos a la educación, se ordena a asegurar su efectividad, pues «en un Estado social de Derecho (art. 1 CE), que debe promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas (art. 9. 2 CE), el libre desarrollo de la personalidad (art. 10. 1 CE), y reconoce el derecho a la educación (art. 27. 1 CE), es evidente que los poderes públicos deben establecer un programa de ayudas al estudio que garantice a los ciudadanos con menos recursos económicos el acceso a la educación. Dentro de este programa de ayudas pueden incluirse... prestaciones económicas en forma de becas» (STC 214/1994, de 14 de julio [RTC 1994, 214], F. 8).”⁷⁷⁰

Aunque “se configura como una obligación que la Constitución impone a los poderes públicos”, se añade en contrapartida que es una obligación “sin predeterminación de las prestaciones o medidas que se hayan de emplear a tal fin, puesto que las becas o ayudas no vienen directamente exigidas por aquel precepto constitucional.”⁷⁷¹ En cualquier caso, se afirma como contenido del derecho fundamental a la educación y que los “elementos generales conformadores del derecho a obtener una beca, [son] amparables en el art. 149.1.1ª CE” y -sólo éstos- “pueden considerarse incluidos en el ámbito de las posiciones jurídicas fundamentales que delimitan el derecho a la educación”⁷⁷².

⁷⁶⁹ Estos conceptos se dan en el artículo 1 del Real Decreto 1721/2007, de 21 de diciembre.

⁷⁷⁰ STC 188/2001, de 20 septiembre, FJ 5º.

⁷⁷¹ *Idem.*

⁷⁷² *Idem.*

El Tribunal Constitucional afirma la obligación constitucional de establecer un sistema de becas para garantizar el derecho a la educación, lo cual acaba constituyendo un “elemento nuclear del sistema educativo dirigido a hacer efectivo el derecho a la educación”, “lo que determina que los poderes públicos estén obligados a garantizar su existencia y real aplicación.” FJ 4º. “[E]l legislador orgánico, al desarrollar el derecho a la educación (art. 27 CE), ha considerado a las becas como un elemento central para la efectividad de tal derecho” (FJ 5º).

Esta línea de inserción en el derecho a la educación de un contenido de naturaleza claramente prestacional, entronca con la afirmación de que el acceso a las enseñanzas no obligatorias también forma parte del contenido del derecho a la educación y, con él, del acceso al sistema de becas (STC 236/2007, de 7 noviembre, recurso a la Ley Orgánica 4/2000 de extranjería, FJ 8º). La no discriminación en el acceso a becas ya había sido proclamada por el TJCE para el ámbito de los ciudadanos comunitarios⁷⁷³.

A mi juicio, dado que los tribunales afirman su fundamentalidad, se trata de un derecho de necesaria determinación legal. Y el legislador ha ido configurando este sistema de ayudas y beca⁷⁷⁴. Por lo general las cuestiones que se suscitan respecto de becas y ayudas lo son de legalidad ordinaria. Ahora bien, no hay que excluir que tanto el diseño del sistema de becas y ayudas cuanto, en especial, la aplicación del mismo⁷⁷⁵ deban someterse a un juicio de constitucionalidad desde los parámetros del derecho a la educación.

Para este juicio de constitucionalidad cabe remitir a lo ya expuesto respecto del derecho a la educación como derecho subjetivo fundamental. Cuando se trata de becas de enseñanza no obligatoria se trata de constatar que la exclusión de dicha enseñanza no obedece a razones socio-económicas. Y, de nuevo, el sistema para percibir si se da o no la lesión del derecho fundamental subjetivo es

⁷⁷³ Los hijos de los trabajadores comunitarios migrantes tienen derecho a las ayudas concedidas para cubrir los gastos de enseñanza y manutención en las mismas condiciones que estas mismas ventajas son concedidas a los propios nacionales (STJCE Carmina di Leo contra Land Berlin, de 13 de noviembre de 1990, C-308/89 y STJCE Landesamt für Ausbildungsförderung Nordrhein-Westfalen v. Lubor Gaal, de 4 de mayo de 1995, Caso C-209/03) incluso aunque sean mayores de edad y no estén a cargo de sus padres (*Lubor Gaal*), incluso en la enseñanza universitaria (*Lubor Gaal* y *Echternach* y *Moritz* contra Ministro holandés de Educación y Ciencia).

⁷⁷⁴ Superando la deficiente regulación anterior, Real Decreto 1721/2007, de 21 de diciembre, por el que se establece el régimen de las becas y ayudas al estudio personalizadas. Cabe recordar que se trata de una norma de carácter básico.

⁷⁷⁵ Se habrá de considerar la relevancia constitucional de la afección al derecho; cabrán justificaciones de razonabilidad. De especial incidencia será los parámetros de interdicción de la arbitrariedad, la no discriminación y la necesidad de fundamentar las resoluciones administrativas que afecten derechos fundamentales.

del de considerar la relevancia constitucional de la afección al derecho, en primer término. En segundo lugar, según se expuso, al tratarse de un mandato constitucional imperfecto, cabrán justificaciones de razonabilidad. De forma complementaria, y con especial incidencia en esta materia, la cuestión de las becas y ayudas se vinculará con mandatos constitucionales como la interdicción de la arbitrariedad, la no discriminación y la necesidad de fundamentar las resoluciones administrativas que afecten derechos fundamentales.

En el caso concreto de las ayudas en la enseñanza obligatoria, puede fiscalizarse también la suficiencia de la ayuda para alcanzar la “gratuidad” exigida por el artículo 27. 4 CE⁷⁷⁶. Como se concreta más adelante con relación a la extranjería, no cabe exigir la condición de residencia para el acceso a becas incluso para la enseñanza no obligatoria en virtud de la STC 236/2007, de 7 de noviembre.

b. 2. El reconocimiento normativo de este derecho y algunos aspectos conflictivos

La ley reconoce como “derecho” el acceso al sistema de becas y ayudas, (arts. 1. 2º y 6. 1º. g) LODE, art. 83. 1º LOE y art. 31. 1º Real Decreto 732/1995⁷⁷⁷. Por su parte, la LOU reconoce el sistema de becas no como “derecho” sino como instrumento necesario “Para garantizar las condiciones de igualdad en el ejercicio del derecho a la educación y para que todos los estudiantes” (art. 45).

En desarrollo de las previsiones legales se dictó el Real Decreto 2298/1983, de 28 de julio, vigente hasta fechas muy recientes y sustituido por el Real Decreto 1721/2007, de 21 de diciembre, por el que se establece el régimen de las

⁷⁷⁶ STS de 4 julio 2005 (RJ 2005\9461), lo afirma, pero no se alegó.

⁷⁷⁷ La LODE prevé en su art. 1.2 que “Todos, asimismo, tienen derecho a acceder a niveles superiores de educación, en función de sus aptitudes y vocación, sin que en ningún caso el ejercicio de este derecho esté sujeto a discriminaciones debidas a la capacidad económica, nivel social o lugar de residencia del alumno”. En su artículo 6.1 g) precisa que los alumnos tienen un derecho básico «a recibir las ayudas precisas para compensar posibles carencias de tipo familiar, económico o sociocultural”.

Artículo 83, LOE, Becas y ayudas al estudio: “1. Para garantizar la igualdad de todas las personas en el ejercicio del derecho a la educación, los estudiantes con condiciones socioeconómicas desfavorables tendrán derecho a obtener becas y ayudas al estudio. En la enseñanza postobligatoria las becas y ayudas al estudio tendrán en cuenta además el rendimiento escolar de los alumnos.”

Entre otros reconocimientos, respecto de las ayudas, el artículo 31. 1º del Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo de derechos y deberes: “1. Los alumnos tienen derecho a percibir las ayudas precisas para compensar posibles carencias de tipo familiar, económico y sociocultural, de forma que se promueva su derecho de acceso a los distintos niveles educativos.”

becas y ayudas al estudio personalizadas, norma de carácter básico (D. Ad. 2ª), que regula las ayudas y becas.

El Defensor del Pueblo en numerosas ocasiones examina las diversas quejas sobre becas y ayudas. Así ha prestado atención a las disfuncionalidades en su anterior regulación desfasada y diversa. Un problema clásico de las becas del ámbito universitario es el de la diversidad del régimen jurídico de las becas según la entidad que las convoca (estatal, autonómica, universitaria, etc.). Esta diversidad y falta de homogeneidad genera disfunciones de cara al solicitantes respecto de los criterios, trámites, etc. Más allá de la incomodidad que produce en el solicitante, no es inconstitucional ni ilegal la existencia de diferentes convocatorias por distintas Administraciones⁷⁷⁸.

Otra cuestión conflictiva en los últimos años es la relativa a las fórmulas que las convocatorias contienen para establecer el nivel de renta familiar del solicitante de beca. Así, por cuanto a considerar ganancia patrimonial la subvención para vivienda, lo cual produce resultados que el Defensor del Pueblo estima injustos. Ante este hecho, la Agencia Tributaria separó la identificación de estos ingresos de la renta familiar⁷⁷⁹. También han suscitado quejas los expedientes de devolución de la beca por su no procedencia, transcurridos cuatro años desde su ingreso. Al respecto, se estimó un recurso de reposición por el cual se fijaba el criterio de los cuatro años de la prescripción desde la concesión de la ayuda, criterio que hubiera evitado las quejas planteadas de haberse aplicado⁷⁸⁰.

Finalmente, por cuanto al estatuto del becario, el Defensor del Pueblo ha mostrado atención a los problemas de contratación laboral, de estabilidad de su situación laboral, que ve mejorada⁷⁸¹. Al respecto cabe señalar que la situación ya mejoró en 2006 con el Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, por el que se aprueba el Estatuto del personal investigador en formación y la reciente Ley

⁷⁷⁸ Así, criticó un marco regulador hasta 2007 muy desfasado, siendo además que los cambios anuales de convocatorias generaban numerosas disfuncionalidades. DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 a), p. 414 y p. 416 y ss.). p. 414 recuerda el desfasado marco regulador de 1983 (superado en 2007). En las pp. 416 y ss. se señala la existencia de numerosas convocatorias estatales, autonómicas, universitarias y de otras (referencias 06008956, 06042127, 06031186, etcétera).

⁷⁷⁹ DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 a), pp. 414 y ss. y 2998, p. 674). ref. 06006526. p. 674 el Defensor se congratula que desaparezca el problema en normativa de 2007.

⁷⁸⁰ Así, ver referencias (06033813, 07015277, 07022848, 07023055, 07011368, 07011923, etcétera) en DEFENSOR DEL PUEBLO (2008, p. 676 y ss.).

⁷⁸¹ Ya en informe de 2006, también en DEFENSOR DEL PUEBLO (2008, pp. 689 y ss.). En p. 691 se recuerda que “Esta Institución valoró en sentido positivo las actuaciones que anteceden, en la medida que permitan una mayor garantía de estabilidad laboral para los científicos, imprescindible para continuar la carrera científica en las instituciones españolas, de todo lo cual esta Institución procurará un atento seguimiento (06051158)”. Sobre el retraso sistemático en los cobros, p. 687.

14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación dedica un título específico sobre el mismo (Tít. II, arts. 12-32).

6. 3. ACEPTABILIDAD: EL DERECHO A UNA EDUCACIÓN DE CALIDAD Y LA EVITACIÓN DEL FRACASO ESCOLAR

6. 4. 1. La calidad de la educación y el establecimiento de indicadores

La calidad de la educación “con objeto de lograr un nivel excelente para todos” constituye un objetivo internacionalmente reconocido⁷⁸², aunque a veces se detectan recelos sobre la vinculación de la “calidad” con visiones empresariales, de nueva gestión pública y de eficiencia⁷⁸³. Especialmente, la calidad de la educación queda vinculada al logro de los objetivos de la educación muy vinculados al pleno desarrollo de la personalidad y a los derechos humanos⁷⁸⁴, y que por ello sea “aceptable”, al tiempo de “adaptada” a las necesidades⁷⁸⁵. Asimismo, la búsqueda de la calidad permite –y exige- la evaluación permanente de la satisfacción de una serie de parámetros e indicadores⁷⁸⁶. Cabe añadir que el establecimiento de indicadores en el ámbito de derechos sociales y prestacionales ya se ha incluido como elemento de mensurabilidad de la ejecución de mandatos constitucionales en el caso

⁷⁸² Así, por ejemplo, en la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2002/23 de Naciones Unidas sobre “El derecho a la educación”, punto 4 c).

También, en las seis metas de Educación para Todos aprobadas en el Foro Mundial de Educación en Dakar (2000), la calidad aparece como el sexto y último objetivo, separado de los demás. A partir del Foro de Dakar, la UNESCO, encargada del monitoreo de esta segunda fase de la Educación para Todos (2000-2015), creó una Dirección de Calidad. También en los Ministerios de Educación de varios países existen ahora direcciones especiales ocupadas de la calidad.

⁷⁸³ Por ejemplo, TORRES INSTITUTO (2005, p 70).

⁷⁸⁴ En España, JIMENA QUESADA (2005). Al respecto, TOMASEVSKI (2004 a). Como la UNESCO ha dicho, “la inclusión de los derechos humanos en la educación es un elemento clave de una educación de calidad”⁵⁵. 55 UNESCO Executive Board, Elements for an overall UNESCO strategy on human rights, Doc. 165 EX/10 (2002), Párr. 31. De ahí que se afirme que hay un “derecho individual y subjetivo a una determinada calidad de la educación, NACIONES UNIDAS- MUÑOZ VILLALOBOS (2004, p. 22):

⁷⁸⁵ Esta vinculación de calidad de la educación y objeto de la educación, con acierto DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 150).

⁷⁸⁶ Al respecto en general, TOMASEVSKI (2004 a). TORRES INSTITUTO (2005, p. 69). afirma que “La necesidad de afinar/renovar las estadísticas educativas y desarrollar indicadores de calidad para la “visión ampliada de la educación básica” fue acordada en Jomtien, en 1990. Pero es poco lo que se ha avanzado desde entonces en este terreno por parte de los socios internacionales”. Y CHACÓN MATA (2006)

colombiano⁷⁸⁷. Y de hecho de este país surgen los estudios más rigurosos de indicadores educativos desde el punto de vista jurídico constitucional. Así, sin perjuicio de los consolidados indicadores establecidos en España desde antiguo⁷⁸⁸, me permito destacar la rigurosa clasificación de indicadores de la calidad de la educación realizada por Pérez Murcia para Colombia sobre exigencias jurídico-constitucionales⁷⁸⁹. Se trata de indicadores, más o menos mensurables sobre la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la adaptabilidad. A saber.

Indicadores sobre la disponibilidad

1. Asegurar la disponibilidad de escuelas de enseñanza básica para todos los niños y niñas en todo sector y zona. el territorio nacional. % del PIB invertido.

2. Asegurar el número. Demanda total de de cupos escolares equivalentes al número de sector oficial por niños y niñas en nivel y zona. edad de enseñanza. Oferta oficial de básica.

3. Asegurar adecuadas condiciones de establecimientos educativos, infraestructura física de que disponen de las instituciones de los servicios educativas y los públicos, centros de enseñanza completos: (acueducto, alcantarillado, recolección de basuras, energía y teléfono). Establecimientos educativos ubicados en zonas del alto riesgo ambiental por sector y zona (derrumbe, deslizamientos de tierra, inundación, presencia de agentes contaminantes y basuras).

Total de establecimientos educativos con infraestructura que amenaza ruina (paredes y techos en riesgo de desplomarse).

4. Asegurar la disponibilidad. Total de municipios que no disponen de docentes.

Déficit de docentes en establecimientos oficiales

Indicadores sobre la accesibilidad:

⁷⁸⁷ En el punto 6.3.1. de la sentencia T-025 de 2004, la Corte Constitucional colombiana se refirió a la ausencia de indicadores y mecanismos de seguimiento y evaluación como uno de los problemas más protuberantes de la política de atención a la población desplazada. Desde entonces diversos autos (178 de 2005, 218 y 337 de 2006 o el 27 de 2007) han recordado la necesidad de un trabajo técnico al efecto de la determinación de los mismos), se obliga a adoptar “indicadores de resultado que le permitan a la Corte verificar el goce efectivo de los derechos de los desplazados así como el impacto real de los esfuerzos del gobierno encaminados a superar el estado de cosas inconstitucional.”

⁷⁸⁸ El Sistema estatal de indicadores de la educación comenzó a diseñarse a partir de 1993, con la creación del Instituto Nacional de Calidad y Evaluación (INCE), y su primera versión se publicó en 2000. Todos los indicadores anuales en <http://goo.gl/T9GNf>. Se sigue MEC-INCE (2010).

⁷⁸⁹ PÉREZ MURCIA (2007, pp. 158 y ss.), realizado para un país con dificultades como Colombia, pero en todo caso, de interés. El autor da soporte jurídico a estos indicadores sobre la base de convenios internacionales y la Constitución colombiana. El trabajo trae causa de PÉREZ MURCIA (2004).

1. Proporcionar educación básica.

Tasas de cobertura pública bruta y neta por obligatoria y gratuita sector, nivel para todos los niños educativo y zona.

2. Velar por el derecho de acceso a las instituciones. Tasas de cobertura bruta y neta y desagregada por programas de motivos de enseñanza públicos discriminación sin discriminación prohibidos: sexo, alguna etnia, talentos excepcionales, situación de desplazamiento, minorías sexuales y religiosas. Tasa de acceso por sector y zona y por motivos de discriminación prohibidos.

3. Asegurar accesibilidad económica. Valor de la canasta educativa enseñanza básica en el sector oficial mediante la aplicación financiada por los inmediatea de su padres (derechos gratuidad, uniformes, útiles escolares, transporte escolar). Inversión anual del Estado por nivel educativo, por estudiante y por zona.

4. Asegurar la accesibilidad material a la establecimientos. Total de enseñanza básica, en educativos rurales especial el acceso ubicados en zonas geográfico de difícil acceso de la población estudiantil rural que tiene que recorrer cinco o más kilómetros caminando para acceder al establecimiento educativo.

5. Implantar un sistema adecuado de becas. Total de municipios que disponen para las poblaciones vulnerables un esquema de más becas para los más pobres y vulnerables al sistema educativo.

6. Erradicar el analfabetismo. Tasa de analfabetismo desagregada por motivos de discriminación prohibidos.

Indicadores sobre la aceptabilidad:

1. Establecer y garantizar que se cumplan lineamientos normas mínimas de curriculares por enseñanza en las área. escuelas públicas y privadas.

2. Ejercer la inspección. Tasa de promoción y vigilancia del escolar por sector, sistema educativo en zona y nivel todo el territorio educativo. Resultados de pruebas de su calidad, con el fin de velar por competencias básicas por área, la sector, zona y nivel educación y establecer si se orienta educativo. Resultados de instrumentos internacionales.

3. Velar por que el principio de libertad pruebas no genere desigualdades en la calidad.

4. Mejorar de manera continua la capacidad intelectual, programas de del cuerpo formación y actualización docente.

5. Respetar la libertad. Quejas académicas por docentes ante cuerpo docente y de las secretarías de los alumnos. educación, por su libertad académica.

Indicadores sobre la permanencia y la adaptabilidad:

1. Asegurar la permanencia. Tasa de asistencia de los niños y niñas por sector. Medidas para prohibidos. fomentar la asistencia. Tasa de retención regular a las escuelas escolar por sector, y reducir las tasas de deserción escolar.

2. Asegurar que los centros educativos cuenten con programas para públicos y privados adaptar el sistema educativo a las la enseñanza. Adaptación a los niños y grupos poblacionales más vulnerables, discapacidad, privadas de libertad, niños y niñas trabajadores, población desplazada, madres jóvenes y adolescentes embarazadas.

3. Velar por la prestación eficiente y continua del servicio. Días de suspensión de clases al año por sector y zona.

4. Prohibir y eliminar toda forma de discriminación dirigida contra la permanencia establecimientos de los niños y las educativos, niñas en el sistema orientados a escolar; asegurar que promover el respeto la disciplina escolar; igualdad de trato y el en el sistema libre desarrollo de la educativo. personalidad, y asegurar el debido proceso en la imposición de sanciones.

6. 4. 2. El derecho fundamental a una educación de calidad y su contenido jurídico

La STC 5/1981 afirma que el derecho a la educación “para no estar vacío de contenido debe cumplirse con unas garantías mínimas de calidad” y su regulación “lejos de ser inconstitucional, es un imprescindible desarrollo del derecho a la educación” (FJ 27 °). La integración de la calidad en el componente prestacional del derecho a la educación es afirmado por Fernández Miranda y Sánchez Navarro⁷⁹⁰, mientras que Berrueta y Sendín consideran la calidad como un principio jurídico⁷⁹¹. La LODE afirma el derecho de los padres o tutores a que sus hijos “reciban una educación, con la máxima garantía de calidad, conforme con los fines establecidos en la Constitución, en el correspondiente Estatuto de Autonomía y en las leyes educativas.” (art. 4. 1º. a) LODE). Desde la LODE, la calidad de la educación queda más próxima al objeto constitucional de la educación (art. 27. 2º CE), en este sentido, no se trata más que de una proyección constitucional del objeto de la educación.

No se puede desconocer la progresiva emergencia de la calidad en el ámbito jurídico en los últimos años⁷⁹². De hecho, no es extraña su proclamación como derecho subjetivo en la legislación española⁷⁹³, pese a que tenga un

⁷⁹⁰ FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO (1996, pp. 175-176).

⁷⁹¹ DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, pp. 148-149).

⁷⁹² En especial se aprecia esta tendencia en algunos de los principios de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, LOFAGE (arts. 3. 1º e), 3. 2º f), 4. 1º b). Desde entonces, la regulación sobre la calidad, su evaluación, los sistemas de atención al ciudadano, de reclamaciones y quejas, etc. es cada día más importante y casi inabordable.

⁷⁹³ Como ejemplo, el derecho “A la calidad de los servicios públicos prestados por medios electrónicos.” (letra j) del artículo 6. 2º de la Ley 11/2007, de 22 de junio.

componente más simbólico que jurídico, dada la dificultad para determinar jurídicamente el contenido de la calidad como derecho.

En el ámbito de la educación la referencia a la calidad es ya una constante. La penúltima ley educativa en España (Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre) tenía por título: “Ley orgánica de la calidad educativa” y en la LOE en más de veinte ocasiones se hace referencia a la calidad. La calidad de la educación es el primero de los principios del sistema educativo (art. 1. a) LOE⁷⁹⁴. La misma LOE afirma un “conjunto de factores que favorecen la calidad de la enseñanza y, en especial, la cualificación y formación del profesorado, su trabajo en equipo, la dotación de recursos educativos, la investigación, la experimentación y la renovación educativa, el fomento de la lectura y el uso de bibliotecas, la autonomía pedagógica, organizativa y de gestión, la función directiva, la orientación educativa y profesional, la inspección educativa y la evaluación.” (art. 2. 2º LOE). La LOE también dedica un título a la evaluación del sistema educativo (arts. 140 y ss. LOE) que lleva a cabo el Instituto de Evaluación (art. 142 LOE) y diversos organismos.

En la misma línea, la LOU proclama la “garantía de la calidad” “fin esencial de la política universitaria “(art. 31 LOU). En esta ley la calidad se centra en la evaluación y el establecimiento de criterios comunes, para lo cual, en el nivel estatal existe una Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (art. 32 LOU).

Por lo expuesto, no puede desconocerse la corriente fundamental por la calidad en la educación en los últimos tiempos.

Pese a las dificultades para la determinación del contenido jurídico de su proclamación, una situación fáctica de educación de mala calidad puede suponer la lesión de los diversos contenidos del derecho a la educación que aquí se determinan. De este modo, más que como derecho en sí, o facultad autónoma del derecho a la educación:

1º. Jurídicamente y en especial, la calidad de la educación queda vinculada al logro de los objetivos de la educación (así expresamente el art. 4. 1. a) LODE)⁷⁹⁵, y que por ello sea “aceptable”, al tiempo de “adaptada” a las necesidades.

⁷⁹⁴ “a) La calidad de la educación para todo el alumnado, independientemente de sus condiciones y circunstancias.”

⁷⁹⁵ En esta dirección, en España, DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 150) Y recientemente, JIMENA QUESADA (2005). Internacionalmente, NACIONES UNIDAS- MUÑOZ VILLALOBOS (2004, p. 22) y TOMASEVSKI (2004 a).

2°. La calidad será un parámetro de exigencia de los contenidos – especialmente prestacionales- de este derecho fundamental. La búsqueda de la calidad permite (y exige) la evaluación permanente de la satisfacción de una serie de parámetros e indicadores⁷⁹⁶, como señala por ejemplo la Federación Iberoamericana de Ombudsmán, una evaluación sobre tales indicadores que obligue a una pedagogía activa así como a la revisión del sistema educativo mismo que aborde las condiciones estructurales que afectan la calidad de la educación⁷⁹⁷. Tales indicadores son un instrumento valioso para el control jurídico del cumplimiento del derecho a la educación y su conexión con la realidad.

3°. Finalmente, podría considerarse una violación del derecho –o más bien mandato- de calidad de la educación, la falta de evaluación y elaboración y aplicación de criterios e indicadores que permitan evaluar de forma eficaz el cumplimiento del derecho a la educación.

Ahora bien, desde la perspectiva constitucional, no hay problema en denominar calidad educativa a la exigencia del objeto constitucional de la enseñanza, lo cual se integra en el derecho fundamental en razón del artículo 27. 2° CE y toda la normativa internacional ya examinada. En este sentido, las exigencias internacionales imponían la transparencia de los contenidos y la posibilidad de controlarlos⁷⁹⁸.

No es tan sencillo, sin embargo, afirmar con claridad que la exigencia de evaluación forme parte en sí del derecho fundamental. En este punto, no está demás recordar que en el ámbito de los derechos sociales reconocidos en el PIDESC, como la educación, las instancias internacionales estiman que hay violación por un acto de omisión por incapacidad o por no velar por la efectividad, entre otros medios con la elaboración y aplicación de criterios e indicadores que permitan evaluar el cumplimiento del derecho⁷⁹⁹. En este sentido, podría argumentarse una falta de evaluación de este tipo como una lesión del derecho fundamental a la educación.

Amen de la evaluación, y desde la perspectiva del derecho subjetivo, una deficiente calidad de la educación y sus efectos en la práctica fácilmente

⁷⁹⁶ Al respecto en general, TOMASEVSKI (2004 a), CHACÓN MATA (2006), TORRES INSTITUTO (2005, p. 69). Destaca en este sentido la amplia y rigurosa relación de una veintena de indicadores señalados por PÉREZ MURCIA (2004 y 2007, pp. 158 y ss.) con fundamentación jurídica.

⁷⁹⁷ “Recomendaciones a los Estados”, en ESCOBAR (2009, pp. 726-737, p. 734).

⁷⁹⁸ Ver *infra*, “El objeto de la educación en diversos documentos internacionales”.

⁷⁹⁹ Directrices de Maastricht sobre Violaciones de los DESC, cit., n° 15.

En NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 b, n° 59). se afirma “el no mantener un sistema transparente y eficaz de supervisión del cumplimiento del párrafo 1 del artículo 13”.

supondrán una lesión efectiva del derecho a la educación que pudiera ser fiscalizada jurídicamente en cada caso concreto.

6. 4. 3. Los datos de la mala enseñanza, abandono y fracaso escolar en España. “PISA” y calidad educativa

Sin ser éste el lugar para perfilar las diferentes nociones de fracaso escolar, abandono o abandono temprano⁸⁰⁰, cabe señalar algunos datos facilitados en 2010⁸⁰¹ que sitúan a España a la cola de la Unión Europea y de los países occidentales.

Ya en educación primaria un 15% acumula retrasos de edad en la progresión ordinaria en el sistema educativo.⁸⁰² Las tasas de repetición de curso en la ESO son del orden del 17-13% por curso⁸⁰³. Y, como dato absolutamente preocupante cabe señalar que un 28,4% del alumnado sale de la ESO sin título alguno. Es especialmente llamativa la diferencia regional, por cuanto que este completo fracaso “sólo” es del 16% País Vasco, 17% Asturias o del 19% en Navarra, mientras que alcanza el 36% de la C. Valenciana o el 33% de Andalucía. Consiguen el título de la ESO en un 78,6% de las mujeres, mientras que sólo un 64,8% de los hombres fracasan mucho más que las mujeres. Y en los centros públicos sólo el 57% de los hombres consiguen el título (un 73,8% de las mujeres).⁸⁰⁴ Y es que la diferencia entre centros público y privados es alarmante, puesto que hay un 18,5% menos de fracaso en los privados. En los públicos consiguen título un 65,3% frente a un 83,8% de los privados.⁸⁰⁵ Esta situación explica medidas recientes como la de facilitar un certificado a quienes finalicen la ESO sin lograr graduarse.⁸⁰⁶

Y los datos no mejoran respecto de la educación no obligatoria, en el llamado abandono temprano de la enseñanza, esto es, población de 18 a 24 años

⁸⁰⁰ Ver al respecto, FERNÁNDEZ ENGUIA, Mariano, MENA MARTÍNEZ, Luis y RIVIERE GÓMEZ Jaime, (2010). Los conceptos pueden responder a diferentes realidades tanto por la no culminación de los estudios, la culminación con retraso, la no continuación., Asimismo, como se verá respecto de los informes PISA, los datos de fracaso pueden ser relativos a los resultados de aprendizaje por el alumnado que cursa los estudios. Los datos que se reflejan son de 2006-2007.

⁸⁰¹ Datos de la obra citada *supra*.

⁸⁰² TABLA 2.3 *Ibidem*.

⁸⁰³ TABLA 2.6 *Ibidem*. 17,1 (en 1º), 15,5 (en 2º), 18,7 (en 3º) y 12,8 (en 4º de la ESO).

⁸⁰⁴ TABLA 2.11 *Ibidem*.

⁸⁰⁵ *Idem*.

⁸⁰⁶ Así en el reciente Real Decreto 1146/2011, de 29 de julio, a través del certificado oficial sobre su escolaridad y el nivel de adquisición de las competencias básicas alcanzadas, con carácter oficial y validez en toda España.

que abandona de forma temprana el sistema educativo no obligatorio⁸⁰⁷. España tiene una tasa de 35 puntos, mientras que la media de la UE (27) está en los 17 puntos y países como Polonia, Eslovenia o República Checa están en los 5 puntos de abandono temprano. Sólo Portugal (y Malta) tienen una tasa peor, con una diferencia extraordinaria de 10 puntos con el siguiente lugar por la cola que es Italia.

Además del abandono o fracaso escolar, pese a que la calidad se afirme con relación al objeto de la educación, vinculado al pleno desarrollo de la personalidad, los derechos humanos y los principios democráticos, lo cierto es que las evaluaciones mundiales se centran en las competencias⁸⁰⁸ y conocimientos adquiridos y el fracaso escolar. Desde esta perspectiva, cabe hacer referencia al Programa Internacional de Evaluación de Estudiantes, comúnmente conocido como “PISA”. “PISA” es el acrónimo del *Programme for International Student Assessment* (Programa para la Evaluación Internacional de los Alumnos), de la OCDE. Este estudio se inició en 1997 como un estudio comparativo, internacional y periódico del rendimiento educativo de los alumnos de 15 años, a partir de la evaluación de ciertas competencias consideradas clave, como son la competencia lectora, la matemática y la científica; estas competencias son evaluadas cada tres años, desde la primera convocatoria que tuvo lugar en 2000. En cada aplicación se estudian los rendimientos de los alumnos en tres competencias: lectora⁸⁰⁹, la matemática⁸¹⁰ y la científica⁸¹¹, pero

⁸⁰⁷ Al respecto, se sigue MEC-INCE (2010), apartado 5. 3º. Ver *Indicadores Gráfico 4.R5: Porcentaje de población de 18 a 24 años que abandona de forma temprana el sistema*, ver <http://goo.gl/R8Y0a>

⁸⁰⁸ “Competencia” es definida por la OCDE como “la combinación de destrezas, conocimientos y actitudes que posee una persona”, según, OCDE (2005). OCDE, *Informe PISA 2003. Aprender para el mundo de mañana*. Madrid, Santillana, 2004, así citado en MEC (2007). MEC, *PISA 2006. Programa para la Evaluación Internacional de Alumnos de la OCDE, Informe español*, MEC, Secretaría General de Educación, Instituto de Evaluación, Madrid, 2007.

⁸⁰⁹ “*Lectura*: La capacidad de un individuo para entender, emplear y reflexionar sobre textos escritos para alcanzar sus objetivos, desarrollar su conocimiento y potencial, y participar en la sociedad. Además de la decodificación y la comprensión literal, la competencia lectora implica la lectura, la interpretación y la reflexión, y una capacidad de utilizar la lectura para alcanzar los propios objetivos en la vida. El enfoque de PISA es “leer para aprender” más que “aprender a leer”; de ahí que no se evalúe a los alumnos en las destrezas de lectura más básicas.” En MEC (2007, p. 21).

⁸¹⁰ “*Matemáticas*: La capacidad de un individuo para identificar y comprender el papel que las matemáticas juegan en el mundo, para sostener juicios fundamentados y para utilizar e interesarse por las matemáticas, de forma que responda a las necesidades de la vida de ese individuo como un ciudadano consciente y reflexivo. La competencia matemática se relaciona con un uso amplio y funcional de esa ciencia; el interés incluye la capacidad de reconocer y formular problemas matemáticos en situaciones diversas.” *Idem*.

⁸¹¹ “*Ciencias*: El grado en el que un individuo:

una de ellas, de forma rotatoria, recibe una atención más profunda, mientras que las otras dos son objeto de un somero sondeo. El primer estudio PISA, que se realizó en el año 2000, tuvo como competencia principal la comprensión lectora. PISA 2003 tuvo como competencia principal las matemáticas y PISA 2006, las ciencias. El de 2009 comenzó un segundo ciclo, centrado de nuevo en la lectura.

Los resultados de España en PISA son muy mejorables. En el análisis de 2007, los resultados de España en Ciencias y Matemática son algo por debajo de la media OCDE⁸¹², siendo especialmente preocupante el descenso y el nivel en comprensión lectora⁸¹³. Los resultados del alumnado extranjero fue 55 puntos inferior a la de los españoles. También, los centros privados obtuvieron un resultado mejor en 38 puntos a los públicos. Esta diferencia se ha mantenido en el informe de 2009 (37 puntos). En 2009, centrado en comprensión lectora, los alumnos españoles tienen una media de 481 puntos (en 2006, fueron 461), frente a los 493 de la media de la OCDE. Shanghai con 556, Corea del Sur (539) o Finlandia (536) están a la cabeza. La diferencia con la media OCED se aminora algo, si bien, España baja 12 puntos respecto de sus resultados de 2000.

Recuerda el Defensor del Pueblo que el fracaso escolar se concentra en la última etapa de la ESO y en los distritos con menor nivel de renta⁸¹⁴. Por cuanto a los extranjeros, señala la institución que los resultados académicos del alumnado de origen inmigrante resultan significativamente peores que los de los alumnos autóctonos, especialmente en los dos últimos cursos de la ESO. La lengua y las matemáticas son las áreas de conocimiento que plantean mayores problemas⁸¹⁵. Los procedentes de América Latina y Europa del Este tienen

- posee conocimiento científico y lo emplea para identificar preguntas, adquirir conocimientos nuevos, explicar fenómenos científicos y extraer conclusiones basadas en la evidencia sobre temas relacionados con la ciencia;

- entiende las características distintivas de la ciencia como forma de conocimiento e investigación;

- demuestra que sabe cómo la ciencia y la tecnología influyen en nuestro entorno material, intelectual y cultural;

- se interesa por temas científicos como un ciudadano que reflexiona. La competencia científica implica tanto la comprensión de conceptos científicos como la capacidad de aplicar una perspectiva científica y de pensar basándose en pruebas científicas. Idem.

⁸¹² En ciencias España queda con de 488 puntos –por debajo del Promedio OCDE en 2006 (500)–, sin diferencia significativa con el Total OCDE (491) y por encima de Total Internacional (461). En matemática los resultados son semejantes a la OCDE.

⁸¹³ El descenso es muy notable en el promedio español, que se sitúa diez puntos por encima del *Total Internacional*, pero 23 por debajo del *Total OCDE* y 31 por debajo del *Promedio OCDE*.

⁸¹⁴ ESCOBAR ROCA (2005 a, p. 65). se indica con referencia a datos publicados en mayo de 2005 y que los porcentajes por Distritos oscilan del 13,3% al 34,4%.

⁸¹⁵ DEFENSOR DEL PUEBLO (2003 a), pp. 9 y ss.). Las causas que se atribuyen al dominio de la lengua autóctona, el tiempo que se lleva residiendo en España, la edad, el nivel de escolarización previa, la nacionalidad o área de origen, los parámetros culturales, el entorno familiar, el ambiente social,

mejores resultados, siendo los africanos los peores aunque por escasa diferencia⁸¹⁶. Los malos resultados y el fracaso escolar (uno de cada seis abandona los estudios) es también preocupación de la Unión Europea⁸¹⁷.

Si no cabe dudar que el derecho a la educación impone políticas para la mejora de resultados de las enseñanzas, es difícil –mas no imposible- exigir jurisdiccionalmente como derecho subjetivo prestacional una pretensión concreta. Más allá de pretensiones genéricas de políticas activas contra el fracaso escolar, quedará en el ámbito de discrecionalidad de la Administración su determinación de acciones concretas. Eso sí, como se verá, la omisión total o parcial de la acción, o la ineficacia de sus resultados sí que podrá ser fiscalizada jurídica y jurisdiccionalmente. Desde otra perspectiva, cabe señalar que el problema jurídico puede darse, como en Alemania desde el ángulo contrario.

Es de mencionar que en Alemania los malos resultados de PISA –mejores que los españoles- han generado un debate constitucional sobre la posibilidad de cambiar la jornada habitual estudiantil –sólo mañanas- a la jornada completa (*ganztagschule*), frente al derecho prioritario de los padres de educar a sus hijos (art. 6. 2º LF)⁸¹⁸.

6. 4. ADAPTABILIDAD DE LA EDUCACIÓN Y LA DETERMINACIÓN DE SUS CONTENIDOS

6. 5. 1. La adecuación de la educación al contexto y necesidades

Según se afirmó con la referencia a las cuatro “a”, la adaptabilidad hace referencia a la pertinencia del currículo y la oferta educativa de acuerdo a contextos y poblaciones específicas. La adaptabilidad a las necesidades de las sociedades y de los alumnos en contextos culturales y sociales variados. Se trata, claro está, de un criterio bien vinculado al ya referido de la aceptabilidad y el derecho a la calidad de la educación. En este ámbito cabe hacer referencia a los contenidos y competencias en la educación y su adecuación al contexto.

las actitudes del profesorado, el número de alumnos y alumnas que acoge el centro, así como la existencia de recursos –materiales y personales- suficientes.

⁸¹⁶ DEFENSOR DEL PUEBLO (2003 b), pp. 236-238).

⁸¹⁷ Datos de PARLAMENTO EUROPEO (2007), p. 1.

⁸¹⁸ Al respecto ENNUSCHAT (2005). Dado el particular marco constitucional alemán, el autor concluye que para imponer la jornada completa debe partirse que los padres son los primeros en apreciar el interés superior del menor, lo que exige mayor fundamentación al Estado para imponer la jornada completa, de ahí que propugne su inclusión pero no obligatoria, sino voluntaria.

De una parte, además de los ya consabidos objetivos de educación para la paz, la tolerancia, la democracia y los derechos humanos, en los tratados y documentos internacionales no es difícil encontrar referencias al conocimiento de su propia identidad, idioma y valores nacionales. Así, entre otros documentos, destaca por su valor normativo y casi constitucional el artículo 29 CDN por cuanto dispone que la educación debe “Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya”. En el artículo 20. 3º se señala que “se prestará particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico.”

De otra parte, en un sentido más próximo al significado de aceptabilidad de la educación, el artículo 28. 3º CDN afirma que la educación ha de “facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza”.

6. 5. 2. La determinación las actuales necesidades o competencias educativas en el ámbito de la Unión Europea

Para el ámbito de la Unión Europea cabe destacar la Recomendación 2006/962/CE, de 18 de diciembre de 2006 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente. Ahí los expertos han determinado las actuales necesidades o competencias, “aquellas que todas las personas precisan para su realización y desarrollo personales, así como para la ciudadanía activa, la inclusión social y el empleo”⁸¹⁹, todas con igual importancia e interrelacionadas.

Cabe remitir a tal documento para seguir en toda su extensión y rigor la definición de tales competencias, así como la determinación de los conocimientos, capacidades y actitudes esenciales relacionados con cada una comunicación en la lengua materna; en lenguas extranjeras (o cooficiales); competencia matemática y competencias básicas en ciencia y tecnología; competencia digital; aprender a aprender; competencias sociales y cívicas; sentido de la iniciativa y espíritu de empresa y, finalmente, conciencia y expresión culturales.

Es sencillo advertir estas finalidades y contenidos en la normativa educativa (por ejemplo, entre los fines del artículo 2 LOE).

⁸¹⁹ *Ibidem.*

Cabe reseñar que la juventud considera que no transmiten suficientes conocimientos correspondientes a las necesidades y los intereses de los jóvenes, como lo son las lenguas extranjeras, que se les prepare para intercambios educativos y programas de movilidad, el uso de las TICs y reclaman que se haga más hincapié en las materias de orden práctico⁸²⁰.

6. 5. 3. La facultad de determinación por el Estado de los contenidos educativos y los límites en razón de los derechos de los padres y la “Educación para la ciudadanía”

La determinación de las competencias a lograr y los contenidos a transmitir es una facultad de la planificación por las Administraciones públicas de la educación (art. 27. 5º CE). Sobre la base de la LOE, el Estado –y sin que sea necesario que lo haga a través de una norma de rango de ley⁸²¹- fija los elementos mínimos como básicos, que son desarrollados por las Comunidades Autónomas⁸²², luego los centros docentes completan, en su caso, el currículo de las diferentes etapas y ciclos en uso de su autonomía (art. 6 LOE).

En el ámbito universitario, respecto de los contenidos de las enseñanzas oficiales, el Gobierno regula las directrices y condiciones, las Comunidades Autónomas autorizan las propuestas de las universidades, con verificación del Consejo de universidades y el Gobierno establece el carácter oficial del título que se inscribe en el correspondiente registro⁸²³. Los títulos universitarios no oficiales se hacen depender de la autonomía universitaria (Disposición adicional

⁸²⁰ Así en el *Libro Blanco de la Comisión sobre un nuevo impulso para la juventud europea*, COMISIÓN EUROPEA (2001 a), donde se afirma que “En muchos países los jóvenes criticaron el funcionamiento de las estructuras educativas, considerando que no transmiten suficientes conocimientos correspondientes a las necesidades y los intereses de los jóvenes.”

⁸²¹ Cabe recordar a este respecto, STS de 30 junio 1994 (RJ 1994\5277) contraria a la alegación de que los aspectos básicos del currículo forman parte de la configuración del derecho a la educación. Ver FJ 10º donde se considera que “por su mismo carácter técnico, no puede pensarse que ese conjunto forme parte intrínseca del núcleo básico de ningún derecho fundamental atinente a la educación” por lo que la deslegalización de la materia es admisible.

⁸²² Véanse *supra* en cada nivel de enseñanza examinado, las referencias a la normativa estatal y el desarrollo autonómico valenciano, tomado como ejemplo. Como se puede observar, se trata de una regulación exhaustiva y abundantísima.

⁸²³ Ver, arts. 34 y 35 LOU y especialmente el Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, donde se regulan las directrices para diseño de títulos de Graduado (art. 12), de Máster Universitario (art. 15) y de las Enseñanzas de Doctorado (art. 18). Asimismo se regula el sistema de verificación y acreditación (arts. 24 y 25), de inscripción en el Registro y sus efectos (art. 26), de renovación de la acreditación de los títulos (art. 27) y de “modificación y extinción de los planes de estudios conducentes a títulos oficiales.”

undécima LOU; Real Decreto 1393/2007). No hay que olvidar, en todo caso, la determinación final de los contenidos a través de los órganos universitarios, como Departamentos e Institutos universitarios con la elaboración de programas o guías marco y, en última instancia el profesor determina los contenidos con su libertad de cátedra⁸²⁴.

En principio, el TEDH concede un amplio margen de discrecionalidad a los Estados en la confección de las enseñanzas a impartir sobre la posición y derechos de los padres⁸²⁵:

“la definición y la elaboración del programa de estudios son, en principio, competencia de los Estados contratantes. [...] No autoriza, ni siquiera a los padres, a oponerse a la integración de tal enseñanza o educación en el programa escolar, sin lo cual cualquier enseñanza institucionalizada correría el riesgo de mostrarse impracticable. Parece en efecto, muy difícil que cierto número de asignaturas enseñadas en el colegio no tengan, de cerca o de lejos, un tinte o incidencia de carácter filosófico.”⁸²⁶

“Se trata, en gran medida, de un problema de oportunidad sobre el que el Tribunal no tiene que pronunciarse y cuya solución puede legítimamente variar según los países y las épocas”.⁸²⁷

No obstante, como recuerda el Tribunal Supremo en su sentencia de 2009 sobre educación para la ciudadanía⁸²⁸, estas posiciones del TEDH quedan algo moduladas recientemente en razón de los derechos de los padres. Ello en todo caso no permite en modo alguno afirmar un derecho a la objeción de conciencia a las enseñanzas impartidas. Así, en los casos Folgero c. Noruega (religión - luterana) y Zengin v. Turquía –religión islámica sunnita- (STEDH de 20 de junio de 2007 y 9 de octubre de 2007). En estas decisiones se reconoce la exención parcial de determinados contenidos curriculares en las disciplinas cuestionadas y el papel neutral e imparcial del Estado cuando se examinan temas concernientes a esta problemática, lo que se reitera en SSTEDH de 4 de diciembre de 2008 (asuntos Kervanci c. Francia y Dogru c. Francia). El Tribunal de Estrasburgo consideró que el deber jurídico absoluto de cursar las materias controvertidas,

⁸²⁴ Las facultades de Centros, Departamentos y profesores en el ámbito universitario, más complejas a raíz de la implantación del proceso de Bolonia, recientemente son analizadas por VIDAL PRADO (2008). Al respecto, también, COTINO (2010)

⁸²⁵ STEDH de 7 de diciembre de 1976, Asunto Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen (ap. 26).

⁸²⁶ STEDH Valsamis contra Grecia de 18 diciembre 1996, nº 28.

⁸²⁷ STEDH de 7 de diciembre de 1976, Asunto Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen (ap. 26).

STEDH Valsamis contra Grecia de 18 diciembre 1996, nº 28.

⁸²⁸ SSTTS sobre la asignatura de Educación para la Ciudadanía, de 11 de febrero de 2009, que resuelven los recursos 905/2008, 1013/2008, 948/2008, y 949/2008, sobre la que se volverá.

sin posibilidad efectiva de dispensa a causa de las propias creencias, vulneraba el art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Siguiendo al Tribunal Supremo (FJ 9º), es posible resumir las ideas principales que sirven al Tribunal de Estrasburgo para decidir estos casos:

“A) La inclusión en los planes de enseñanza de materias obligatorias sobre religión, filosofía y moral que persigan una aproximación a las diferentes religiones y orientaciones filosóficas, de manera que los alumnos adquieran conocimientos de sus propios pensamientos y tradiciones, no contradice el Convenio siempre que estén configuradas equilibradamente y se ajusten en sus contenidos y enseñanza a los principios de objetividad, exposición crítica y respeto al pluralismo.

B) Dicho en negativo, lesiona el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos toda forma de enseñanza que, por prescindir de los requisitos anteriores, tienda al adoctrinamiento religioso o moral.

C) En los casos contemplados en estas sentencias, la infracción del derecho reconocido en el art. 2 del Protocolo nº 1 y del art. 9 del Convenio se produce por el desequilibrio en la definición del currículo de las materias controvertidas –escorada al cristianismo la noruega, orientada al islamismo la turca- y, a partir de esa premisa, por la insuficiencia de los mecanismos de dispensa previstos por el legislador.”

El Tribunal Constitucional ha subrayado este papel de las autoridades respecto de los docentes en la determinación de contenidos⁸²⁹:

“son los planes de estudios establecidos por la autoridad competente, y no el propio profesor, los que determinan cuál haya de ser el contenido mínimo de la enseñanza y son también estas autoridades las que establecen cuál es el elenco de medios pedagógicos entre los que puede optar el profesor (artículo 27.5 y 8) y, de la otra y sobre todo, éste no puede orientar ideológicamente su enseñanza con entera libertad de la manera que juzgue más conforme con sus convicciones.”

Desde la perspectiva del alumno y del derecho a la educación, que es la que aquí interesa, el Tribunal Supremo niega cualquier derecho de los alumnos sobre el contenido de las asignaturas:

“nadie [...] está legitimado por la Constitución para imponer a los demás la enseñanza de cualesquiera otras religiones o sistemas morales dependientes de las convicciones o creencias personales, ni desde luego, es titular de un derecho fundamental a que se les imponga a terceros una obligación de tal naturaleza, en el caso de que

⁸²⁹ STC 5/1981 FJ 8º.

consideren que el contenido ordinario y obligatorio de la enseñanza es suficiente para atender a las exigencias de conducta y conocimientos morales que quieren para sus hijos.”⁸³⁰

Ya en la sentencia de la asignatura “Educación para la ciudadanía” de 2009, frente a las diferentes sentencias de los TSJ, el Tribunal Supremo niega la posibilidad de una objeción de conciencia a la asignatura, tanto general como particular ex artículo 27. 3º CE. El argumento es relativamente sencillo: si la asignatura es admisible constitucionalmente, no cabe la objeción a la misma. Como el Tribunal considera en abstracto que la asignatura es admisible, no cabe la objeción⁸³¹. Este argumento se reitera -con cierta tautología- para apreciar si cabe una particular objeción de conciencia sobre la base del artículo 27. 3º CE. Al afirmarse la constitucionalidad de la asignatura se niega, de nuevo, “un derecho inexistente en el ordenamiento jurídico español” cual es la posible objeción de conciencia a la asignatura.

A mi juicio, se ha seguido la vía que otorga una mayor seguridad jurídica. Otra fundamentación general podría haber dado sustento a cualquier reacción por padres o alumnos en forma de objeción frente a cualquier contenido de las diversas asignaturas que pudiera considerarse sensible. Las garantías y posibilidades de reacción ante abusos, que son necesarias, no necesariamente habrían de encauzarse a través de la posible objeción a la educación, sino por otros medios de reacción jurídica. No debe olvidarse, en este sentido, que la determinación estatal y autonómica de los contenidos son actuaciones administrativas fiscalizables, así como la autorización de manuales. Es más, son ya varias las resoluciones judiciales que han controlado y considerado adoctrinadores manuales o currículos tales contenidos concretos de un manual de

⁸³⁰ Así, en la STS de 31 de enero de 1997 (RJ 1997\597), FJ 2º.

⁸³¹ FJ 4º[...] la idea misma de objeción de conciencia sólo tiene sentido, en principio, cuando se opone a deberes jurídicos válidos, es decir, deberes jurídicos que emanan de una norma que no vulnera ninguna otra norma de rango superior. Si la norma que impone el deber jurídico es inconstitucional –o, tratándose de un reglamento, ilegal-, la respuesta no puede ser nunca la objeción de conciencia, sino la activación de los procedimientos previstos en nuestro ordenamiento jurídico para la anulación de normas: el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, frente a las normas con rango de ley; la impugnación directa o indirecta ante la jurisdicción contencioso-administrativa, frente a las normas reglamentarias. En pocas palabras, en un Estado democrático de derecho, es claro que la reacción frente a la norma inválida no puede consistir en reclamar la dispensa de su observancia, sino en reclamar su anulación.

Así las cosas, lo primero que debe hacerse ahora es determinar si la citada materia Educación para la Ciudadanía es o no ajustada a derecho. Sólo en caso de que la respuesta sea afirmativa, tendrá sentido interrogarse acerca de si existe o no un derecho a la objeción de conciencia frente a ella. ”

la asignatura⁸³² o de un currículo aprobado por una Administración autonómica⁸³³.

Mayor dificultad tiene, no obstante, el control de la efectiva impartición de la asignatura en los centros por el profesorado, especialmente por cuanto la libertad de cátedra puede dificultar el efectivo control de la actividad docente. En todo caso, la docencia no queda exenta de posible control administrativo y directamente por los interesados.

6. 5. 4. La prohibición de adoctrinamiento en razón de la libertad ideológica del alumno

Sin perjuicio de la amplia facultad pública en la determinación de contenidos, no hay que olvidar que, en todo caso, el adoctrinamiento está proscrito. Ahora bien, más que en la determinación del contenido de las enseñanzas, el adoctrinamiento prohibido puede darse en cómo se transmiten los conocimientos y valores por el profesorado. Así lo ha subrayado el TEDH⁸³⁴:

El Estado “vela por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista. Se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada como no respetuosa de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Aquí se encuentra el límite que no debe ser sobrepasado. Tal interpretación se concilia a la vez con la primera frase del artículo 2 del Protocolo, con los artículos 8 a 10 del Convenio y con el espíritu general de este, destinado a proteger y promover los valores de una sociedad democrática [...] Ciertamente, pueden producirse abusos en la manera en que una escuela o un maestro determinados apliquen los textos en vigor, y corresponde a las autoridades competentes velar, con el mayor cuidado, por las convicciones religiosas y filosóficas de los padres no sean contrariadas a este nivel por imprudencia, falta de discernimiento o proselitismo intempestivo.”

⁸³² La interesante y mencionada sentencia de 15 de octubre de 2010 del TSJ-Andalucía en el recurso 368/2009.

⁸³³ La también mencionada sentencia de 14 de enero de 2010, TSJ Castilla -León, (recurso 2789/2010) centrada en la cuestión de la ideología de género.

⁸³⁴ STEDH de 7 de diciembre de 1976, Asunto Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen, nº 53, reiterada recientemente en STEDH de 29 de junio de 2007, Gran Sala, asunto Folgero y otros contra Noruega, nº 84, letras g) y h)].

Se trata de un criterio asumido por el Tribunal Constitucional con relación a la asignatura de Derecho canónico⁸³⁵. Así cabe aplicar esta doctrina respecto de la educación sexual, que no sólo es posible para el TEDH y el TC⁸³⁶, sino que es una obligación jurídico internacional, vinculada también a la prevención del SIDA⁸³⁷ y se recoge en la LOE indirectamente para la enseñanza primaria (art. 17. m) y, especialmente, en la ESO (art. 23 c) y k) LOE).

Aunque quizá pasara algo desapercibido por el debate partidista respecto de esta polémica asignatura de educación para la ciudadanía, la prohibición del adoctrinamiento⁸³⁸ ha sido subrayada por el Tribunal Supremo. El Alto Tribunal ordinario en su reiterada sentencia de 2009 sobre la conflictiva asignatura de

⁸³⁵ ATC 359/1985, de 29 de mayo caso asignatura Derecho Canónico, FJ 2º: “la imposición estatal del estudio del Derecho Canónico para obtener un título académico público no merma en modo alguno la libertad de profesión y expresión, pública o privada, de las propias convicciones religiosas, filosóficas o morales, ni obliga a nadie a declarar su ideología o sus creencias; no afecta a esa esfera de agere licere en que la libertad religiosa consiste fundamentalmente... ni implica violencia para las creencias de la persona [...]. . cabría debatir la existencia de inconstitucionalidad por violación del derecho a la libertad religiosa si los Poderes Públicos impusieran a un no creyente el estudio del contenido ideológico, filosófico o dogmático de una determinada confesión. Cabría entonces indagar si esa imposición se hiciera con carácter apologético o con fines de adoctrinamiento” pero el Alto Tribunal llega a la conclusión contraria precisamente porque, según afirma, “... el Derecho Canónico, en cuanto asignatura basada en la explicación e interpretación de un corpus iuris, como es el Código de Derecho Canónico, no es por su misma naturaleza una disciplina de contenido ideológico, con independencia de que se base en un sustrato dogmático o confesional, cual es la doctrina de la Iglesia Católica. De hecho, muchas disciplinas jurídicas se centran en el estudio de textos legales y teorías jurídicas cuyo sustrato ideológico es identificable. ”.

⁸³⁶ De hecho, la educación sexual era la debatida en los supuestos de STEDH de 7 de diciembre de 1976, Asunto Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen (el “El pequeño libro rojo del cole”) y de STEDH, de 25 de mayo de 2000, asunto Pilar Jiménez Merino, respecto de la sexualidad humana en el marco de ciencias naturales, con un folleto de 42 hojas que provenía de una publicación editada en 1994 por el Departamento de educación del Gobierno autónomo de Canarias. La demandante no asistió al curso en cuestión y se negó a responder a las cuestiones, suspendió y repitió el curso. El Tribunal Constitucional español el 11 marzo 1999 inadmitió el supuesto considerando una ponderación adecuada y el respeto de la neutralidad. El TEDH añade que media libertad de elegir tipo de educación, incluyendo la privada, por lo que no cabía llevar a cabo un trato diferenciado con sus compañeros.

⁸³⁷ “La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer contiene una disposición concreta sobre educación sexual (párrafo h) del artículo 10), con arreglo a la cual los Estados Partes tienen la obligación de asegurar para las niñas y las mujeres el “acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y bienestar de la familia, incluidos la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia”. Como se recuerda en NACIONES UNIDAS- MUÑOZ VILLALOBOS (2006, p. 19, nº 36).

El Comité de los Derechos del Niño, en su Observación general Nº 3 sobre el VIH/SIDA y los derechos del niño, ha interpretado que la CDN afirma el derecho del niño a la educación sexual y destaca “que para que la prevención del VIH/SIDA sea efectiva los Estados están obligados a abstenerse de censurar, ocultar o tergiversar deliberadamente las informaciones relacionadas con la salud, incluidas la educación y la información sobre la sexualidad, y que [...] deben velar por que el niño tenga la posibilidad de adquirir conocimientos y aptitudes que le protejan a él y a otros desde el momento en que empiece a manifestarse su sexualidad (párr. 16)”.

⁸³⁸ Según la RAE, “adoctrinar” es “Instruir a alguien en el conocimiento o enseñanzas de una doctrina, inculcarle determinadas ideas o creencias. ”

educación para la ciudadanía recuerda en esencia que es posible dar “cuenta de la realidad y del contenido de las diferentes concepciones, sin presiones dirigidas a la captación de voluntades a favor de alguna de ellas” “ni siquiera de manera indirecta”⁸³⁹. Del texto de la sentencia pueden extraerse –como lo hace uno de sus magistrados- diversas ideas de interés⁸⁴⁰:

“Primera.- Cuando los proyectos, textos o explicaciones incurran en el adoctrinamiento, derivado de los fines de la educación, ese derecho fundamental hace acreedores a los padres de la tutela judicial efectiva, preferente y sumaria que han de prestarles los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo que habrán de utilizar decididamente cuando proceda las medidas cautelares previstas en la Ley de la Jurisdicción para asegurar que no pierdan la finalidad legítima los recursos que se interpongan.

Segunda.- No se autoriza a la Administración educativa -ni tampoco a los centros docentes ni a los concretos profesores- a imponer e inculcar, ni siquiera de manera indirecta, puntos de vista determinados sobre cuestiones morales que en la sociedad española son controvertidas.

Tercera.- En una sociedad democrática no debe ser la Administración educativa -ni tampoco los centros docentes, ni los concretos profesores-, quien se erija en árbitro de las cuestiones morales controvertidas que pertenecen al ámbito del libre debate en la sociedad civil.

Cuarta.- Cuando deban abordarse problemas derivados de cuestiones morales controvertidas, la materia Educación para la Ciudadanía exige la más exquisita objetividad y el más prudente distanciamiento.”

Como se ha señalado al final del apartado anterior, los interesados (padres y alumnos) habrán de estar vigilantes para que no se incurra en adoctrinamiento prohibido. De así considerarlo, habrán de activar las garantías procedentes.

6. 5. 5. Las nuevas tecnologías en la enseñanza y la excepcionalidad de la enseñanza a distancia desde el punto de vista constitucional

La educación debe lograr el pleno desarrollo de la personalidad, y ello hoy día difícilmente puede lograrse sin la plena integración de las TICs en los procesos educativos, como subrayan textos internacionales de Naciones Unidas

⁸³⁹ SSTS de 11 de febrero de 2009, en concreto recurso 905/2008, FFJJ 6º y 10º.

⁸⁴⁰ El texto procede del punto primero del voto particular de Juan Jose Gonzalez Rivas, quien extracta el fundamento jurídico décimo de la sentencia”.

que, aunque no jurídicos, tienen gran relevancia⁸⁴¹. La “competencia digital” se erige como una de las ocho necesidades y competencias básicas en el marco de la Unión Europea⁸⁴². La LOE ha recibido transversalmente esta competencia digital en todas las etapas educativas. Así se observa ya en el segundo ciclo de educación infantil (art. 14), y de forma creciente en Primaria (art. 17 y 19. 2º), en la ESO (arts. 23 e), 24. 7º y 25. 5º LOE), en Bachillerato y en la formación de personas adultas en la formación a distancia (art. 69 LOE). También en la LOE se recoge la necesidad de formación del profesorado en TICs (arts. 102. 3º y 157 LOE) y de dotación de medios de los centros (art. 112. 2º LOE).

A la vista de lo anterior, considero que las exigencias constitucionales de contextualización del derecho a la educación a la sociedad actual quedan colmadas con la regulación y a lo que hay que estar es a los medios y los resultados. De otra parte, como ya se dijo *supra*⁸⁴³, resulta prematuro considerar que ello implica como integrante del derecho a la educación una obligación de disponer de acceso a las TICs en el centro exigible de modo concreto.

Interesa ahora subrayar que las TICs también pueden incentivar una cuestión hasta ahora no planteada, como lo es que el derecho de acceso a la educación no universitaria lo sea en su formato no presencial sin que ello constituya algo extraordinario o residual, como hasta ahora. En este punto, cabe recordar que a diferencia de la educación universitaria⁸⁴⁴, la enseñanza no presencial no universitaria es completamente residual y subsidiaria en la LOE. Así, la educación no presencial queda reservada para quienes no pueden asistir, art. 3. 9º LOE; cuando la oferta de materias se limite por razones organizativas, art. 34. 5º LOE; posible en la enseñanza de idiomas, art. 60. 3º LOE o en la oferta a personas adultas, arts. 67. 1º y 69. 3º LOE.

⁸⁴¹ Se aboga desde hace años que toda persona pueda adquirir competencias y participar en la sociedad de la información, se propugna una inmersión tecnológica, promoviéndose el uso de las TIC en todos los niveles educativos sí como la formación continua y aprendizaje de adultos, la alfabetización digital. Así, NACIONES UNIDAS (2004 b), especialmente en el apartado 4), “Creación de capacidad”, ver apartados 29 a 33. En el mismo sentido, la Agenda de Túnez para la sociedad de la información, de 28 de junio de 2006, Documento WSIS-05/TUNIS/DOC/6(Rev. 1)-S afirma ciertos compromisos en el nº 90, letras c) d) y k) sobre la creación de capacidades TIC; la promoción de la formación y la educación eficaces y el apoyo a las instituciones educativas, científicas y culturales.

⁸⁴² Competencia digital de la Recomendación PARLAMENTO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2006), apartado 4º.

⁸⁴³ Ver “La dotación de infraestructuras y medios y la facilitación del transporte, libros y medios informáticos”.

⁸⁴⁴ La LOU permite a las universidades determinar el modo de enseñanza presencial, semipresencial o a distancia en su artículo 4. 3.

A la enseñanza a distancia se la ha considerado como la “heredera de la enseñanza libre”⁸⁴⁵ y, en consecuencia no está permitida en España, como se vio respecto de la educación en casa⁸⁴⁶. No obstante, parece tener un importante potencial en reciente legislación autonómica. En este sentido, cabe seguir la Ley 12/2009, del 10 de julio, de educación de Cataluña. En general su artículo 55 que en todo caso mantiene en su apartado 2º el carácter excepcional de esta enseñanza. Sin perjuicio de éste, la potencialidad de esta posible educación a distancia se descubre en otros preceptos que imponen al Departamento de educación programar educación a distancia para compatibilizar con el trabajo para el Bachillerato (art. 61. 4º), la formación profesional (art. 62. 9º), la enseñanza de idiomas (art. 64. 2º) y la educación para adultos (art. 70. 1º). Asimismo, se dispone la creación y regulación del centro singular para la educación no presencial (Disp. Ad. 28ª).

Aún puede sostenerse hoy día puede que en el margen del legislador está considerar como principal la educación presencial en las etapas formativas del menor para el logro de su pleno desarrollo de la personalidad. Es más, la STC 133/2010 sobre escolarización obligatoria parte de la premisa de que el objeto constitucional de la educación se logra con la interacción presencial del educando en la escuela.⁸⁴⁷ Hoy por hoy se afirma con buen sentido que las tecnologías no pueden sustituir a la buena escuela ni al buen docente, que la educación es mucho más que información y comunicación. Ni los textos escolares antes, ni las computadoras hoy, sustituyen el contacto, la interacción humana y el afecto que son base esencial del aprendizaje, especialmente de niños y jóvenes. Se advierte que paradójicamente, puede llegar pronto el día en que sean los ricos quienes accedan a los buenos maestros y maestras, y los pobres quienes deban contentarse con manipular computadoras y máquinas de todo tipo⁸⁴⁸. Sin desconocer este potencial peligro señalado y sin dudar de las bondades de la enseñanza presencial para el libre desarrollo de la personalidad considero que estamos sólo al principio de un camino, y que las carencias que se achacan a las TICs están superándose en muy buena medida y el Derecho habrá de abrirse a las posibles demandas sociales de educación a distancia y formas semipresenciales que puedan darse en la sociedad, convergiendo, en su caso con

⁸⁴⁵ CÁMARA DEL PORTILLO y PARADA (1988, P. 77).

⁸⁴⁶ Ver *infra*: “La educación en casa y su tratamiento jurídico”.

⁸⁴⁷ Como se analizó en su momento, para el Alto Tribunal el objeto constitucional de la educación se logra “más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización” obligatoria (FJ 8º).

⁸⁴⁸ TORRES INSTITUTO (2005, p. 83 y ss.).

las ya analizadas demandas de educación en casa. Las facilidades multimedia que cada día se dan, unidas a los mismos hábitos de los jóvenes en las redes sociales, desdibujan las fronteras entre la educación presencial, semipresencial y no presencial y, sobre todo, atemperan las posibles razones de socialización que justificaban la obligatoriedad de la enseñanza presencial. Obviamente, en la educación no universitaria el principio de la presencialidad como prioritario difícilmente puede sostenerse.

7. OTROS DERECHOS INTEGRANTES DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

7. 1. EL DERECHO Y GARANTÍAS DE LA EVALUACIÓN DEL ALUMNO

Como se señala en el ATC 855/1987, de 8 de julio, en su FJ 2º “Puede entenderse que el derecho a la educación conlleva la articulación del procedimiento, que, con las garantías y cautelas necesarias, haga posible las pruebas o exámenes”. Asimismo, en razón del principio de igualdad (art. 14 CE) y de la interdicción de la arbitrariedad (art 9. 3º CE), y tutela judicial (art. 24 CE), resulta preciso que dicho procedimiento tendente a la evaluación del aprovechamiento y formación adquiridos por el alumnado garantice plenamente la objetividad y guarde una motivación suficiente que lo haga susceptible de revisión jurisdiccional. De este modo, se puede afirmar la naturaleza iusfundamental de este derecho del alumnado a una evaluación objetiva.

7. 1. 1. La amplia regulación estatal y autonómica del derecho a la evaluación y progresión en el ámbito no universitario y los diversos niveles educativos

Sin perjuicio de su naturaleza constitucional, el papel de la ley es determinante en la configuración de este derecho. Para el ámbito no universitario, la LODE reconoce el derecho de los alumnos “A que su dedicación, esfuerzo y rendimiento sean valorados y reconocidos con objetividad” (art. 6. 3º c) LODE), que se desarrolla en las diversas normas de derechos de los alumnos⁸⁴⁹. En general se regula la evaluación como función del profesorado (art. 91. 1 b) LOE) y la fijación de criterios al claustro de profesores (art. 129 c) LOE). Se considera que la evaluación continua es un instrumento que asegura la objetividad en la evaluación del rendimiento educativo del alumnado,

⁸⁴⁹ Así, en el desarrollo estatal, Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, de derechos y deberes de los alumnos, artículo 13 que impone la publicidad de los criterios generales, la comunicación con alumnos y padres al respecto y las posibilidades de reclamación al final de ciclo o curso, según el procedimiento que fijará la Administración.

lo cual requiere la asistencia regular a las clases y actividades programadas⁸⁵⁰. Los criterios de evaluación son “referente fundamental” (art. 10. 3º Real Decreto 1631/2006) y la publicidad de los mismos se entiende como garantía necesaria de la objetividad de la evaluación⁸⁵¹, así como el establecimiento de procedimientos de verificación o aclaraciones a alumnos padres o tutores de la marcha del alumno o de reclamación de calificaciones finales⁸⁵². Es en última instancia la Inspección educativa la que supervisa el proceso de evaluación⁸⁵³.

La evaluación del alumnado está muy relacionada tanto con la permanencia cuanto con la promoción y progresión del alumnado. La LOE señala el modo de evaluación y las decisiones de progreso y continuidad en los distintos niveles educativos. Si bien la cuestión no escapa al vaivén normativo por la falta de consenso político en materia de educación.

En razón de la normativa básica estatal, en Primaria, la evaluación ha de ser “continua y global” (art. 20 LOE) y se dispone la posibilidad de repetir un curso, pasar de ciclo sin adquirir las competencias necesarias pero con refuerzo específico. En Educación infantil la evaluación será “global, continua y formativa”, bajo la práctica educativa de los maestros. (art. 7 Real Decreto 1630/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas del segundo ciclo de Educación Infantil). En la ESO la evaluación será “continua y diferenciada” (art. 28 LOE, y Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, art. 10) y es el conjunto de profesores de forma colegiada quien decide la promoción del mismo. Es posible pasar curso con dos suspensos o, en su caso tres, con posterior refuerzo, y se dan pruebas de recuperación, en su caso extraordinarias. Se puede repetir dos cursos en toda la etapa. La evaluación también “continua y diferenciada” del Bachillerato (art. 36 LOE y arts. 13 y 14 Real Decreto 1467/2007) se lleva a cabo por el profesor de cada materia. El artículo 14. 2º del Real Decreto 1467/2007, de 2 de noviembre permitía matricularse de asignaturas de segundo de Bachillerato a alumnos con tres o cuatro suspensos; no obstante, ello fue anulado en 2009 por el Tribunal Supremo por considerar que no cuenta con la cobertura legal del artículo 36 LOE⁸⁵⁴. En la Formación profesional la evaluación se lleva a cabo por módulos profesionales, de necesaria aptitud para

⁸⁵⁰ Así, por ejemplo, Orden ECI/2572/2007, de 4 de septiembre, sobre evaluación en Educación secundaria obligatoria, artículo 12.

⁸⁵¹ Por ejemplo, para Secundaria, las Ordenes –estatales- de 12 de noviembre de 1992 o Orden ECI/2572/2007, de 4 de septiembre (art. 12. 2º).

⁸⁵² Orden ECI/2572/2007, de 4 de septiembre (art. 12. 3º).

⁸⁵³ Orden ECI/2572/2007, Disposición adicional primera.

⁸⁵⁴ Se trata de la sentencia de 2 de febrero de 2009 (recurso 201/2007) el Tribunal Supremo considera que la norma reglamentaria crea una modalidad de estudio del Bachillerato a través de asignaturas sueltas que no tiene cobertura de la LOE (FJ 9º).

pasar de ciclo (art. 43 LOE). También la LOE contiene algunas referencias a la evaluación de las enseñanzas de régimen especial⁸⁵⁵.

Si no se cumplen los requisitos para la progresión y promoción educativa es posible incluso obligar al alumno a hacer repetir el curso aunque le hubiesen matriculado o ya cursase el siguiente⁸⁵⁶.

Cabe advertir que si la normativa estatal es amplia, la normativa de desarrollo de la evaluación en cada etapa educativa por las Comunidades Autónomas es aún más profusa.

Ahora bien, parece no permitirse a una Comunidad Autónoma que la evaluación de una asignatura pueda ser la realización de un trabajo trimestral en casa. Se justifica esta limitación por cuanto “el alumno que optara por dicha alternativa no accede a todos los contenidos y objetos de la materia [...] una vez que se elige el tema del trabajo, el estudiante sólo recibe el contenido y alcanza el objetivo de dicho tema, no de toda la materia”. El TSJ-Comunidad Valenciana manifiesta también “serias dudas de legalidad por no ajustarse a la legislación básica al permitir la adecuación de los criterios de evaluación a las características individuales y a las circunstancias personales de cada alumno o alumna”.⁸⁵⁷ Hay que advertir que se trataba de un modo de *boicot* a la polémica asignatura de Educación para la ciudadanía en la Comunidad Valenciana.

⁸⁵⁵ Así, artículo 46 respecto de enseñanzas artísticas, y artículo 61 enseñanza de idiomas.

⁸⁵⁶ Así, por ejemplo, STS de 21 abril 1997 (RJ 1997\3008), frente a decisión de que debía abandonar el aula de segundo curso e incorporarse a la de primero.

⁸⁵⁷ Dicho boicot se llevaba a cabo bien con la superación de la misma o bien haciendo un trabajo, o bien presencial pero en lengua inglesa. Así, en razón de la Orden de 10 de junio de 2008, de la Consellería de Educación, por la que se establecen formas de organización pedagógica para impartir la materia Educación para la ciudadanía y los derechos humanos en educación secundaria. La opción de trabajo en casa fue sido suspendida por el TSJ Comunidad Valenciana, auto de 28 de julio de 2008 (recurso 1. 553/08). Además de los argumentos expuestos, advierte el Tribunal que al establecer que será la familia quien elija el texto para elaborar el trabajo “contraviene de forma palmaria lo establecido en la Disposición Adicional 4ª de la Ley Orgánica 2/2006 que dispone que en el ejercicio de la autonomía pedagógica corresponde a los órganos de coordinación didáctica de los centros públicos adoptar los libros de texto y demás materiales”. También se expresan “dudas sobre la competencia del consejero de Educación de la Generalitat para establecer esta opción pedagógica al ser una materia curricular y obligatoria” y considera que su ejecución “causaría daños de imposible o difícil reparación en los alumnos que la seleccionaran pues no habrían cursado la asignatura” por lo que, de estimarse el recurso contra la orden, “deberían repetir la materia”.

7. 1. 2. Restricciones al derecho a la evaluación del alumnado.

El derecho a la evaluación puede verse sometido a algunas limitaciones. Así, en la enseñanza no universitaria la no asistencia a clase puede llegar a suponer la imposibilidad de llevar a cabo la evaluación continua del alumno. Así lo dispone el artículo 44. 2º del Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, de derechos y deberes de los alumnos, en este sentido se dispone que “los Reglamentos de régimen interior establecerán el número máximo de faltas por curso, área y materia y los sistemas extraordinarios de evaluación previstos para estos alumnos.” También, como resultado de una sanción, puede perderse el derecho a la evaluación continua. Se trata de una posibilidad que frente a la norma estatal mantiene alguna Comunidad Autónoma⁸⁵⁸, si bien las nuevas regulaciones por lo general establecen expresamente que las sanciones no afectarán al derecho a la evaluación.

Finalmente, hay que indicar que los centros privados no concertados también deben respetar el derecho a la evaluación; la normativa a aplicar es la misma que para los centros públicos y concertados⁸⁵⁹, si bien, con el fin de compaginar este derecho con el carácter propio del centro, únicamente se recogen algunas particularidades⁸⁶⁰.

⁸⁵⁸ Cabe señalar que el Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, de derechos y deberes de los alumnos eliminó la posibilidad de aplicar la pérdida del derecho a la evaluación continua como sanción, tal y como se disponía en la anterior normativa para las faltas muy graves (artículo 26. 3º a) Real Decreto 1543/1988 de 28 de octubre).

Por el contrario, la normativa valenciana contenía aquella sanción. Así, el ya derogado Decreto 246/1991, de 23 de diciembre, del Consell de la Generalitat Valenciana, sobre derechos y deberes de los alumnos de los centros docentes de niveles no universitarios de la Comunidad Valenciana, cuyo artículo 32. 4º por faltas muy graves imponía “a) Pérdida del derecho a la evaluación continua. El alumno se someterá a las pruebas finales que se establezcan al efecto.” El actual Decreto 39/2008, de 4 de abril no contiene esta sanción.

La actual normativa autonómica no contiene la pérdida de evaluación. Sólo se recoge como pérdida del derecho a la evaluación continua, con derecho a exámenes finales en el artículo 51. 1º g) del Decreto 4/2009, de 23 de enero de la Rioja.

⁸⁵⁹ La Orden de 28 de agosto de 1995, por la que se regula el procedimiento para garantizar el derecho de los alumnos de Educación Secundaria Obligatoria y de Bachillerato a que su rendimiento escolar sea evaluado conforme a criterios objetivos dispone en su apartado primero que “La presente Orden será de aplicación [...] tanto en centros públicos como privados.”

⁸⁶⁰ Como se señala en la Exposición de motivos de la mencionada Orden de 1995 “En el caso de los centros privados [...] resulta necesario arbitrar las medidas que aseguren una evaluación objetiva del rendimiento escolar de los alumnos en ellos matriculados, compaginando así este derecho con el de los centros a establecer su carácter propio.” Con tal fin, la disposición final primera contempla que “las solicitudes de revisión se tramitarán en la forma y por los órganos que determinen sus respectivos reglamentos de régimen interior, siendo de aplicación supletoria la presente Orden en todo lo en ellos no regulado”. Asimismo, se afirma expresamente la posibilidad de reclamación ante los órganos públicos del mismo modo que sucede para el caso de los centros públicos.

7. 1. 3. El derecho a la evaluación en el ámbito universitario

En el ámbito universitario, la LOU reconoce el derecho a “La publicidad de las normas de las Universidades que deben regular la verificación de los conocimientos de los estudiantes” al tiempo que se afirma la garantía de derechos con procedimientos adecuados y, en concreto, “procedimientos de verificación de los conocimientos de los estudiantes” (art. 46. 2º y 3º LOE). Sobre tales bases, hasta hace poco eran las normas universitarias las que determinan los elementos del derecho a la evaluación objetiva de los conocimientos. No obstante, recietemente el Real Decreto 1791/2010, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Estudiante Universitario, especialmente en sus artículos 25 y ss. Regula la materia.

Aunque el Tribunal Constitucional afirma que la elaboración de exámenes y su corrección no forma parte del contenido de la libertad de cátedra⁸⁶¹, la asignación de las tareas de evaluación al profesorado acaba confirmando a éste un amplio margen de discrecionalidad, sin perjuicio de las posibles revisiones administrativas y judiciales. Sobre la base de lo anterior, y en todo caso, los tribunales han dado por buenas normas de evaluación de asignaturas concretas por los órganos universitarios, dictadas por lo general ante excesos de algún profesorado⁸⁶². Se ha afirmado la necesidad de “preservar la libertad de los alumnos de recibir la enseñanza que impartía el recurrente sin discriminación derivada del método elegido para desarrollarla, y evitar las posibilidades de explotación mercantil que pudieran presumirse de la imposición de un solo libro de texto precisamente de la titularidad del actor, que coarta la amplitud de

⁸⁶¹ Resulta expresiva la alusión de la STC 217/1992, de 1 de diciembre, caso profesores contra Estatutos de la Universidad de Sevilla que atribuyen a los Departamentos la fijación del temario de los exámenes, FJ 3º, cuando entrecomilla el supuesto “derecho” a elaborar el temario a exigir a los alumnos. Para negar este “derecho” el Tribunal lo que hace es, sin mayor argumento, señalar “que no puede ser subsumido o englobado en la libertad de cátedra.”

Está claro que si la realización y la corrección de exámenes no son tareas del profesor, en la mismas no podrá proyectarse la libertad y pluralidad precisas. No obstante, si tales funciones sí están atribuidas a éste (lo que es usual), en el ejercicio de las mismas sí que podrá quedar en entredicho la libertad y la pluralidad no de la persona del docente, sino del sistema educativo.

⁸⁶² Así, por ejemplo, STS de 10 febrero 1989 (RJ 1989\100) contra Acuerdo de la Junta de Gobierno de la Escuela Universitaria de Estudios Empresariales de la Universidad Complutense de 13 de diciembre de 1983, por la que se señalan normas para los sistemas de evaluación de los alumnos de Hacienda Pública y Derecho Tributario.

Dichas normas permitían optar por un test o el sistema de evaluación del profesor, al tiempo de “Estimar inadmisibile la imposición de un solo texto”, siendo que el test no podía identificarse con las páginas de un texto concreto.

enfoques y formación de un criterio propio por los alumnos de nivel universitario⁸⁶³.

En la enseñanza universitaria, el –aún vigente- Reglamento de disciplina académica (Decreto de 8 de septiembre de 1954) contempla como sanción disciplinaria la negación directa o indirecta del derecho a realizar los exámenes⁸⁶⁴.

7. 1. 4. La revisión judicial de las evaluaciones: de las dificultades del pasado a las dificultades del futuro

Al abordar la materia de los exámenes, no puede eludirse, aunque con suma brevedad, la compleja cuestión de la posible revisión judicial de las calificaciones atribuidas por los órganos educativos, una vez concluido el proceso de revisión administrativa a cargo de las autoridades educativas respectivas⁸⁶⁵. Por lo general, los problemas suscitados han procedido no de la evaluación educativa, sino de los Tribunales o Comisiones evaluadoras de oposiciones⁸⁶⁶, si bien, no se trata de un problema ajeno a los ámbitos educativos⁸⁶⁷. Inicialmente, ya en vigor la Constitución, los tribunales se limitaban a apreciar los vicios formales y consideraban cuestión vedada como “acto de pura docencia” y no administrativo respecto de la decisión sobre los conocimientos

⁸⁶³ STS de 10 febrero 1989 (RJ 1989\100), FJ 1º.

⁸⁶⁴ De un lado, el artículo 6 c) 1º sanciona las faltas leves con la posible pérdida de la matrícula de una o más asignaturas (y, por ende, la posibilidad de ser evaluado). Sanciones semejantes se regulan para las faltas menos graves, en el apartado b) 1º se prohíbe al alumno examinarse de la totalidad o parte de las asignaturas en todas las convocatorias del año académico, con la consiguiente pérdida de los derechos de matrícula; en el apartado b) 2º se prohíbe realizar exámenes ordinarios en una o más asignaturas. Como es obvio, todas las sanciones que comportan la expulsión suponen la pérdida de la evaluación correspondiente.

⁸⁶⁵ Sobre la materia, en Alemania, IBLER (1998).

⁸⁶⁶ La doctrina jurisprudencial ha ido evolucionando poco a poco en la revisión sustancial de los actos de Tribunales de oposiciones, si bien, no ha acabado de entrar a fiscalizar la corrección y valoración de las pruebas realizadas.

⁸⁶⁷ Destacan en este sentido dos sentencias: la STS (Sala 3ª) de 31 de octubre (RJ 1988/8349) sobre un suspenso en la asignatura de Religión. El Tribunal Supremo estima el recurso entendiendo válida la nota de suspenso otorgada por el Colegio. En aquel momento no existía una regulación del procedimiento de revisión, no obstante el Tribunal reconoce que la Administración educativa encargada tenía derecho a la revisión sin que sea inconveniente la inexistencia de procedimiento. El problema básico estribaba en que se daban informes contradictorios emitidos por el Episcopado y por tres profesores de otros centros educativos, negativo el primero y positivo el segundo. El Tribunal Supremo confirió más valor a los informes episcopales y, por tanto, reconoció el suspenso en la asignatura otorgado por el colegio. En la STS (Sala 3ª) de 25 de abril, (RJ 1990/2773), se desestima el análisis judicial del examen suspendido por una alumna de la Universidad de La Laguna, siguiendo la doctrina de no intromisión en las decisiones técnicas.

exigidos para superar una asignatura⁸⁶⁸. Sin embargo, puede decirse en general que desde hace ya años no hay particular problema judicial en examinar a los examinadores. Las bases jurídicas son la interdicción de la arbitrariedad (art. 9. 3º CE), la necesaria motivación para posibilitar la fiscalización jurisdiccional (art. 24 CE). Esta revisión se lleva a cabo, en todo caso, bajo la presunción *iuris tantum* de acierto de la decisión del órgano especializado que requiere una prueba en contrario:

“Un supuesto éste, en suma, de “discrecionalidad técnica” cuyo cuestionamiento, sobre la presunción “iuris tantum” de certeza y razonabilidad de la actuación administrativa de los tribunales académicos y calificadores, apoyada en la especialización e imparcialidad de los indicados órganos, supone la revisión jurisdiccional del ejercicio prudente y razonable de su arbitrio que, en general y en tanto en cuanto no haya incidencia en derecho fundamental alguno, tiene su asiento en el procedimiento ordinario en donde tiene cabida el examen del ejercicio de aquella potestad, con la advertencia añadida de los límites al efecto de la revisión jurisdiccional; los cuales, por cierto, no son contrarios al artículo 24.1 de la Constitución, como puede verse en la sentencia del Tribunal Constitucional 97/93, de 22 de marzo.”⁸⁶⁹

La generalización en todas las enseñanzas universitarias y no universitarias de la imposición de la evaluación continua va a dificultar sobremanera el control externo de los procesos de evaluación por cuanto los elementos objetivos y revisables se diluyen en muy buena manera y en tanto los exámenes pierden un papel significativo.

7. 2. EL DÉBIL DERECHO A LA PERMANENCIA EN LOS CENTROS Y A LA PROGRESIÓN Y EN EL SISTEMA EDUCATIVO ORDINARIO. EL CASO DE SUPERDOTADOS

Una vez lograda la admisión en un centro educativo se tiene derecho a permanecer en el mismo, así como derecho a mantenerse escolarizado y

⁸⁶⁸ Así en la STS de 26 de enero de 1972, que reitera doctrina de la STS de 14 de marzo de 1970. No obstante, sí que consideraban que los actos precisos para la formulación de la calificación sí eran revisables por estar sujetos a normas. En este sentido, por ejemplo, la STS (Sala 3ª) de 26 de febrero de 1979 (RJ 1981/1000). En aquella ocasión se trataba de la Escuela Oficial de Cinematografía. Asimismo, la STS de 18 de octubre de 1991 (1991/8342) confirmó la sentencia que anuló la revisión por parte de la Universidad de Cantabria de un examen suspendido, dado que tal revisión había desconocido los requisitos de los Estatutos de la Universidad.

⁸⁶⁹ Así, STSJ Aragón, de 23 marzo (JUR 2005\198473), respecto de calificación en ESO. Cita de FJ 1º.

aprogresar hasta el final de la enseñanza obligatoria, salvo cambio por voluntad familiar o aplicación de régimen sancionador. El Tribunal Constitucional, sin discernir en exceso entre uno y otro derechos, ha afirmado que el “derecho de acceder al centro escolar elegido encuentra, obviamente, un imprescindible correlato en la facultad de proseguir la instrucción en el mismo” (ATC 382/1996, de 18 diciembre, FJ 4º). Permanencia y progresión quedan en buena medida vinculados. De un lado, la falta de requisitos para la progresión educativa puede conllevar –en los más de los casos- la no permanencia en un centro concreto. De otro lado, más allá de la permanencia en un centro concreto, se habla de la permanencia en el sistema educativo, o en la Universidad, por ejemplo.

7.2.1. El derecho a la permanencia en el centro educativo

La permanencia en el centro es un derecho algo débil, limitable y deslegalizable a los ojos del Tribunal Constitucional⁸⁷⁰. En el ATC 382/1996 se recuerda que se puede este derecho para “salvaguardar otros derechos o bienes de naturaleza constitucional” y, frente a la severa legalidad en materia de derechos fundamentales, el Tribunal admite como suficientes bases de restricción del derecho las referencias a las normas de convivencia de los centros en la ley (art. 6. 2º LODE), cuyo incumplimiento puede justificar la expulsión en una resolución justificada y no arbitraria. De otro lado, cierra bastante las puertas al alcance constitucional de este derecho de permanencia y sus garantías, cuanto menos para el ámbito de los centros privados y la posibilidad de revisión de las sanciones aplicadas (FJ 4º).

El derecho a la permanencia en el centro puede verse sometido límites en razón de la aplicación del régimen sancionador al alumnado, regulado tanto en la enseñanza no universitaria⁸⁷¹ como –con más problemas- para la enseñanza

⁸⁷⁰ Aunque se menciona indirectamente este derecho frente a sanciones de expulsión arbitrarias en la STC 5/1981, recurso LOECE, FJ 28º, el caso de referencia es el ATC 382/1996, de 18 diciembre, caso sanción en colegio privado sin audiencia a los padres. (reiterado en ATC 333/1997, de 13 octubre, caso castigo y traslado de alumno de 8º de EGB a las dependencias del jardín de infancia del Colegio). Ahí se recuerda la limitabilidad de este derecho para “salvaguardar otros derechos o bienes de naturaleza constitucional”. El Tribunal admite como suficientes las referencias a las normas de convivencia de los centros en la ley (art. 6. 2º LODE), cuyo incumplimiento puede justificar la expulsión en una resolución justificada y no arbitraria. De otro lado, cierra bastante las puertas al alcance constitucional de este derecho de permanencia y sus garantías, cuanto menos para el ámbito de los centros privados y la posibilidad de revisión de las sanciones aplicadas (FJ 4º).

⁸⁷¹ Respecto del Derecho sancionador en la enseñanza no universitaria, el Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, de derechos y deberes de los alumnos y otras muchas normas similares autonómicas, entre las posibles sanciones que afectan al genérico derecho a la permanencia, se regula desde la mera prohibición temporal de la asistencia al centro o a determinadas clases (ver arts. 48 y 53), a la

universitaria⁸⁷². La STEDH de 3 de marzo de 2009, asunto Temel y otros contra Turquía “reitera que el derecho a la educación no excluye, en principio, recurrir a medidas disciplinarias, incluida la expulsión de una institución educacional, para asegurar el cumplimiento de sus normas internas” (nº 45)⁸⁷³. No obstante, en aquel caso estima lesión del derecho a la instrucción por la expulsión disciplinaria de una Universidad a estudiantes que habían pedido clases de lengua kurda como asignatura opcional, esto es, por ejercer su libertad de expresión. En otros supuestos, ha admitido una expulsión cautelar –bastante irregular- durante una investigación criminal al alumno, si bien, mientras tanto se le facilitaban tareas al expulsado y se admitió que se presentara a los exámenes finales⁸⁷⁴.

No obstante, en el ámbito disciplinario los tribunales ordinarios españoles han desdibujado este derecho a la permanencia. Así, se ha llegado a afirmar que una expulsión temporal nula por falta de prueba no lesionaba el derecho a la educación⁸⁷⁵.

inhabilitación para cursar estudios en el centro, sin perjuicio de que el derecho de acceso a otros centros quede garantizado (artículo 53. 3º d)). En todo caso, garantiza que “Ningún alumno podrá ser privado del ejercicio de su derecho a la educación ni, en el caso de la educación básica obligatoria, de su derecho a la escolaridad” (artículo 43. 2º).

⁸⁷² Para el ámbito universitario, con carácter general cabe acudir al aún vigente Reglamento de Disciplina Académica de 1954 (Decreto de 8 de septiembre de 1954). De un lado, su artículo 19 dispone las medidas provisionales que se pueden adoptar con ocasión de la incoación de un expediente disciplinario, y ciertamente en términos muy amplios, pues permite “la suspensión [...] de los derechos anejos a la condición de escolar. ”. De otro lado, su artículo 6 se regulan las diversas sanciones que afectan el derecho general de permanencia en el centro universitario: se contempla la negación de la asistencia a una clase o a las de todo el curso, la pérdida de la matrícula de una o más asignaturas, así como la prohibición de exámenes ordinarios de una o varias asignaturas. En los casos más graves se recoge la expulsión temporal o perpetua del centro e, incluso, de los centros comprendidos en el distrito universitario, llegando a la inhabilitación temporal o perpetua de cursar estudios en todos los centros docentes. A salvo de esta última medida disciplinaria, a todas luces inconstitucional en razón de su perpetuidad, pueden considerarse vigentes dichas sanciones. Se comparte así lo afirmado por PEMÁN GAVÍN (1994, p. 448).

⁸⁷³ Remite a resoluciones de la extinta Comisión, caso Yanasık contra Turquía, núm. 14524/89, Decisión de la Comisión de 6 enero 1993, y Sulak contra Turquía, núm. 24515/94, Decisión de la Comisión de 17 enero 1996. Más recientemente en STEDH de 11 de enero de 2011, asunto Ali contra Reino Unido nº 54.

⁸⁷⁴ STEDH de 11 de enero de 2011, asunto Ali contra Reino Unido. El alumno de una escuela secundaria es identificado como autor de la quema de una papelera en una clase del centro educativo. El centro lo expulsó del centro hasta que se resolviera la investigación policial, sin fecha de retorno ni facilitación de medios de recurso contra la decisión –en contra de la normativa escolar. Mientras tantos se remitían trabajos de algunas asignaturas y tres meses después le permitió asistir unos días al centro para presentarse a los exámenes finales. Fue absuelto judicialmente por falta de pruebas. Se invitó a la readmisión y se facilitó un sistema de tutorías y en septiembre el alumno no volvió a la escuela y fue eliminado de las listas del centro, sin informar a los padres. Ver 60 y ss.

⁸⁷⁵ Así, la STSJ Madrid, de 2 de febrero de 2005 (JUR 2005\94173), sobre sanción a niño de 17 años de expulsión temporal de 29 días acordada por agresión grave contra compañera que fue anulada. Ver FJ 4º.

Algún tribunal ha flexibilizado –en exceso a mi juicio-, el derecho a la permanencia cuando se trata de centros plenamente privados, incluso cuando la causa de la no renovación de la matrícula es una sanción encubierta por la confrontación de los padres con la dirección del centro privado⁸⁷⁶. En otras ocasiones los tribunales señalan que no hay derecho a la permanencia en el centro cuando se trata de pasar de una enseñanza no subvencionada a una que sí lo es, como se trata del caso de pretender continuar en un centro en el que se ha cursado la enseñanza no subvencionada de cero a tres años para hacer la que ya está concertada⁸⁷⁷.

7.2.2. El derecho a la progresión en el sistema educativo

El derecho a la progresión en el sistema educativo ordinario puede quedar condicionado por la falta de rendimiento del alumno fijado normativamente. Anteriormente se ha hecho mención de los requisitos académicos y de edad para el acceso y progreso a las diferentes enseñanzas. Y a esta configuración legal

, no implica una lesión del derecho a la educación. La sanción fue anulada por falta de mínima actividad probatoria, pero se consideró razonable su instrucción y se cumplieron las medidas previstas para permitir la continuidad de la enseñanza. Todo ello, sin perjuicio de que genere un derecho a la indemnización de 600 euros por daño moral.

FJ 4º: “El hecho, entendemos, de que se haya impuesto la sanción sin, a nuestro juicio, un mínimo de actividad probatoria de cargo, razón que determina su nulidad por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia, no implica -como sostiene el Ministerio Fiscal- la vulneración del derecho a la educación del sancionado en la medida que la sanción es el resultado -equivocado, en este caso, por atribuir a las sospechas (razonables) el valor de prueba de cargo- de la correcta instrucción de un expediente disciplinario encaminado a la investigación y sanción de unos hechos gravemente atentatorios de la convivencia escolar y de la integridad física y psíquica de una alumna, en los que podría haber tomado parte el expedientado. [...] no hay lesión] pues ignoramos [...] la incidencia que haya podido tener esos 29 días de inasistencia a clase en las evaluaciones finales del curso”.

⁸⁷⁶ STSJ Cataluña, de 10 febrero (JUR 2003\153746), la Escuela no renovó la matrícula a determinados alumnos, lo cual se consideró una expulsión. La Administración dejó sin efecto la “sanción”, lo cual fue anulado en instancia, que ratifica el tribunal. FJ 2º: “esa decisión del centro [no renovación de la matrícula de unos alumnos] no priva a los alumnos del ejercicio de su derecho a la educación [...] porque indiscutiblemente los alumnos han podido matricularse en algún otro centro docente como el de autos, en un centro privado concertado o en un centro público.” Que sea centro privado “no significa que pueda hacer cualquier cosa, como es evidente, ni que no esté sujeto a inspección, pero sería un contrasentido imponerle la escolarización de determinados alumnos. La decisión del centro, por respeto al núcleo esencial de la libertad de una empresa educativa que opera al margen de toda subvención o ayuda pública [...] La solución contraria, aparte de no ser procedente, comportaría la permanente alteración de la comunidad educativa, con graves consecuencias en la finalidad principal de toda actividad docente.”

⁸⁷⁷ Se entiende que extender así el derecho de permanencia sería discriminatorio para quienes no acceden al centro en dicho nivel por no disponer de los recursos necesarios y “con ello se beneficiaría, en consecuencia, a quienes sí disponen de los medios económicos necesarios que estarían, de alguna manera, “comprando” una futura plaza en los ciclos subvencionados de ese mismo Centro”. Así, en la STSJ-Andalucía, de 2 de junio de 2003 (JUR 2003\191806)

cabe remitirse. Asimismo hay que apuntar que según la LOE, la enseñanza básica se desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad, “No obstante, los alumnos tendrán derecho a permanecer en régimen ordinario cursando la enseñanza básica hasta los dieciocho años de edad.” (artículo 4. 2º LOE). El artículo 32. 4º LOE reconoce la posibilidad de permanecer hasta cuatro años para realizar los dos cursos de Bachillerato. Y, como se ha insistido, una vez fijados normativamente tales requisitos el control de su cumplimiento es una cuestión ordinaria, si bien, en tanto en cuanto afecta a un derecho fundamental, cabe exigir incluso una mayor diligencia en la constatación de los mismos.

Los tribunales recuerdan que el derecho prestacional a la educación “lo que no puede garantizar en todo caso es el éxito académico”; el derecho a la permanencia “no es absoluto, sino que encuentra su acomodo en su ejercicio racional y razonable que viene posteriormente regulado en dicha ley”; de este modo que si se exceden los máximos cursos repetibles queda respetado el derecho de permanencia aunque se remita al alumno a otro tipo de programas, como de garantía social⁸⁷⁸. Al igual que respecto del derecho a la permanencia, el papel conferido al desarrollo normativo es muy grande.

Los requisitos de permanencia y progresión se hacen más complejos para alumnos con necesidades especiales, si bien es cierto que la legislación la garantiza específicamente para ellos (arts. 3. 8º LOE) e incluso extiende a los veintiún años (art. 74. 1º LOE). No obstante, no siempre es sencilla la continuidad en el mismo centro, como delatan algunos supuestos ante el Defensor del Pueblo⁸⁷⁹. También surgen particulares problemas con los extranjeros que acceden al sistema educativo en este periodo de 16-18 años. Para el Defensor del Pueblo éstos deben tener la posibilidad de mantenerse, al igual que los alumnos españoles, dentro del régimen ordinario de escolarización hasta los dieciocho años⁸⁸⁰.

Respecto de la permanencia en la Universidad –pública-, los tribunales ordinarios dieron por buena la anterior normativa general estatal de límites de

⁸⁷⁸ STSJ-Andalucía, de 18 de diciembre de 2001 (JUR 2001\66418) respecto denegación de permanencia un año más en ESO por no cumplir normativa. FJ 2º: “lo único que se ha realizado es, dentro del sistema legal, dirigir a la alumna de forma distinta lo que podrá ser una cuestión de legalidad ordinaria pero que no alcanza a lesionar el contenido esencial del derecho fundamental alegado que no ampara el éxito académico del alumno.” Citas del FJ 3º.”

⁸⁷⁹ Así, por ejemplo, el DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 a), pp. pp. 382 y ss. ref. 06039510).

⁸⁸⁰ DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 a), pp. 372 y ss. , ref. 06017484). La Administración ofreció el acceso a la enseñanza de personas adultas, pero no al sistema general. El Defensor del Pueblo señala que la igualdad de condiciones extranjeros españoles que impone la ley de extranjería lleva a extender a extranjeros la posibilidad de mantenerse, al igual que los alumnos españoles, dentro del régimen ordinario de escolarización hasta los dieciocho años.

permanencia en la Universidad⁸⁸¹. Al igual que los tribunales, no considero que las restricciones de progresión y permanencia en la Universidad se consideren contrarias al derecho a la educación ni al libre acceso a la profesión (art. 35 CE)⁸⁸². Ello, sobre la base de lo razonable y objetivo de estas normas, el número limitado de plazas universitarias y la búsqueda e la eficacia de la institución universitaria.

En la actualidad, cada universidad es la que regula el régimen de permanencia (art. 2. 2º LOU) a cargo del Consejo social en el caso de las Universidades públicas (art. 46. 3º LOU). Los tribunales admiten la limitación de número de convocatorias por razones presupuestarias, aunque para evitar situaciones que generasen discriminación se permitan convocatorias de gracia⁸⁸³. En ocasiones se ha admitido el derecho del alumno a un nuevo examen por razones de imposibilidad objetiva de presentación a convocatorias⁸⁸⁴. Las normativas universitarias, obviamente, han de introducir criterios objetivos y razonables cuya lesión podría significar la del derecho a la educación.

7.2.3. El supuesto particular de la promoción y progresión del alumnado superdotado

Un caso particular es el de la progresión educativa del alumnado superdotado o con altas capacidades intelectuales. Y no se trata de algo anecdótico, cuando se cifra en tres cientos mil los alumnos superdotados, de los cuales el 70% tienen bajo rendimiento escolar. Entre el 35% y el 50% se hallan en el fracaso escolar⁸⁸⁵. La LOE presta atención al fenómeno en una Sección sobre “Alumnado con altas capacidades intelectuales” (arts. 71 y ss.) en concreto en sus artículos 76 y 77. Ahí se encuentran mandatos genéricos de valorar

⁸⁸¹ Decreto-ley 9/1975, de 10 de julio y Real Decreto-ley 8/1976, de 16 de junio.

⁸⁸² Cabe remitir a sentencias con relación al Decreto-Ley 9/1975. Así, la STS de 31 de mayo de 1990 (RJ 1990/4401), FJ 2º. En la STS de 23 marzo 1999 (RJ 1999\1539), FJ 2º se afirma que “una circunstancia que razonablemente es demostrativa de la no dedicación a los estudios emprendidos, o de la carencia de aptitud para su superación, no contraviene mandato constitucional alguno, ni en concreto los de la garantía del derecho a la educación (art. 27. 1 CE), o a la libre elección de profesión (art. 35. 1 CE). [El aprovechamiento objetivo] es un instrumento adecuado para procurar que el número necesariamente limitado de plazas universitarias sea ocupado por quienes puedan concluir los estudios y, por ende, para garantizar así el eficaz funcionamiento de la institución. ”

⁸⁸³ Así, STS de 27 de junio de 1989 (RJ 1989/4459).

⁸⁸⁴ En la STS de 7 de mayo de 1992 (RA 1992/3812), se concede la razón a un alumno que no pudo matricularse por segunda vez en el primer curso de Derecho en la Universitat de Barcelona, dado que no había aprobado ninguna asignatura. La cuestión residía en que el alumno había justificado documentalmente su imposibilidad de asistencia a los exámenes por enfermedad.

⁸⁸⁵ Datos de MEC, *Alumnos Precoces, Superdotados y de Altas Capacidades*, MEC, 2000.

tempranamente las necesidades, adoptar planes de actuación y establecimiento de normas para flexibilizar la duración de las etapas del sistema educativo.

Según el amplio régimen actual configurado reglamentariamente por el Estado⁸⁸⁶:

- estos alumnos se escolarizan en contexto escolar normalizado, en centros que puedan prestarles una atención adecuada a sus características. Para un tratamiento específico es precisa la atención temprana.

- Si las medidas que se adoptan en la escolarización ordinaria se consideran insuficientes, con el consentimiento de los padres, se pueden adoptar medidas para flexibilizar la duración de los diversos niveles y etapas del sistema educativo.

- Se puede avanzar curso hasta un máximo de tres veces en la enseñanza básica y una sola vez en las enseñanzas postobligatorias. En casos excepcionales, las Administraciones educativas podrán adoptar medidas de flexibilización sin tales limitaciones.

En 2007 el Tribunal Supremo ratificó la nulidad de una norma estatal que limitaba sin flexibilidad alguna el máximo de cursos a adelantar por el superdotado⁸⁸⁷. Asimismo, el Alto Tribunal ordinario en doctrina reiterada ha

⁸⁸⁶ El régimen normativo actual lo constituye: el Real Decreto 943/2003, de 18 de julio, por el que se regulan las condiciones para flexibilizar la duración de los niveles y etapas del sistema educativo para los alumnos superdotados intelectualmente. Para el ámbito del Ministerio de Educación Ciencia y Deporte, Resolución de 29 de abril de 1996, de la Secretaría de Estado de Educación, por la que se determinan los procedimientos a seguir para orientar la respuesta educativa a los alumnos con necesidades educativas especiales asociadas a condiciones personales de sobredotación intelectual; Resolución de 20 de marzo de 1997, de la Secretaría General de Educación y Formación Profesional, por la que se determinan los plazos de presentación y resolución de los expedientes de los alumnos con necesidades educativas especiales asociadas a condiciones personales de sobredotación intelectual. Cabe tener en cuenta la Orden de 14 de febrero de 1996, por la que se regula el procedimiento para la realización de la evaluación psicopedagógica y el dictamen de escolarización y se establecen los criterios para la escolarización de los alumnos con necesidades educativas especiales.

⁸⁸⁷ STS de 21 de febrero de 2007 (REC. 1379/2003; S. 3.ª) que ratifica la sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2002 que estimó cuestión de ilegalidad y anula el inciso del apartado Tercero 2 de la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 24 de abril de 1996, por la que se regulan las condiciones y el procedimiento para flexibilizar con carácter excepcional, la duración del período de escolarización obligatoria de los alumnos con necesidades educativas especiales asociadas a condiciones personales de sobredotación intelectual, que dice así: “En ningún caso podrá aplicarse la reducción de los dos años en el mismo nivel o etapa educativa”.

La sentencia de la Audiencia Nacional considera ello introduce un límite no existía ni en la LOGSE ni en el –ya derogado– Real Decreto 696/1995, de 28 de abril. El Tribunal Supremo entiende no justificada suficientemente esta limitación “ni el apartado académico ni el pedagógico aportan elemento alguno que muestren la necesidad de imponer una restricción cuando los principios del Reglamento y la LOGSE en que se ampara no gira alrededor de la rigidez. Hay, pues, orfandad argumental respecto a las razones pedagógicas o académicas que hagan necesaria la fijación de un criterio rígido, igual para todos, frente a los principios de flexibilidad e individualidad que establecen Ley y Reglamento.”

excluido del derecho fundamental a la educación o del pleno desarrollo de la personalidad del artículo 27. 2º CE la flexibilización del periodo de escolarización, siendo cuestión de legalidad ordinaria⁸⁸⁸.

7. 3. EL DERECHO A OBTENER EL RECONOCIMIENTO OFICIAL DE LOS ESTUDIOS REALIZADOS Y LOS TÍTULOS CORRESPONDIENTES

7. 3. 1. El reconocimiento de este derecho fundamental

Desde antiguo, el TEDH afirma con claridad que el derecho de acceso a las instituciones educativas es “sólo una parte” del derecho a la educación, puesto que para que este derecho pueda “producir efectos útiles” es “necesario, en particular, que el individuo que lo posee tiene la oportunidad de obtener un beneficio de la educación recibida, es decir, el derecho a obtener, según la normativa de cada estado en una forma u otra, el reconocimiento oficial de los estudios realizados”⁸⁸⁹. Asimismo, para el Tribunal Supremo “El derecho constitucional a la educación se completa necesariamente con la obtención de los títulos, diplomas o calificaciones que correspondan a los estudios realizados con aprovechamiento”⁸⁹⁰.

Los títulos suponen el reconocimiento del aprovechamiento, permiten –en su caso– el acceso profesional y son el medio ordinario para el acceso a los estudios de superiores niveles. De ahí que no sólo quedan vinculados al derecho a la educación, sino al derecho al trabajo (art. 35 CE) y al mismo derecho de acceso a las funciones públicas (art. 23. 2º CE), condicionado en ocasiones por la

⁸⁸⁸ Así, la STS de 1 junio 1993 (RJ 1993\4488), SSTS de 19 de julio de 2002 (RJ 2002\ 8005 y RJ 2002\8006, la STS de 8 febrero 2005 (RJ 2005\919), la STS de 13 noviembre 2006 (RJ 2006\7811) o más recientemente, STS de 21 de febrero de 2007 (REC. 1379/2003; S. 3. ª). En la STS de 8 febrero 2005 (RJ 2005\919), FJ 3º se recuerda del “principio consagrado en el artículo 27. 2 de la Constitución [...] no es posible derivar el derecho del alumno D. David, aunque acredite una superdotación intelectual, al adelanto de un curso escolar, cuando dicho adelanto no se encuentra previsto en precepto alguno con rango legal o reglamentario. Y FJ 6º: “no puede mantenerse que del artículo 27, apartados 1 y 2, de la Constitución ha de deducirse una potestad del Tribunal de instancia para conceder una dispensa de Ley, como es el adelanto de un curso para un alumno superdotado, medida no prevista por el ordenamiento jurídico.”

⁸⁸⁹ Así, desde STEDH de 23 de julio de 1968, caso régimen lingüístico belga. En concreto, apartado F) 4º. Reiterado en Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca, 7 de diciembre de 1976, nº 52; Leyla Sahin contra Turquía (Gran Sala) nº 152 y recientemente en Sentencia de Gran Sala Orsus contra Croacia, de 16 de marzo de 2010 nº 148.

⁸⁹⁰ STS de 11 junio 1996 (RJ 1996\5122), sobre solicitud de homologación de cursos realizados por españoles en un colegio inglés en España. FJ 3º.

ley a la tenencia de títulos⁸⁹¹. La validez de los títulos en toda España justifica la competencia estatal básica de “Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia.” (art. 149. 1º 30ª CE). De ahí la fijación por el Gobierno de “los objetivos, competencias básicas, contenidos y criterios de evaluación de los aspectos básicos del currículo, que constituyen las enseñanzas mínimas” (art. 6. 2º LOE)⁸⁹². Estos títulos “serán homologados por el Estado y expedidos por las Administraciones educativas” art. 6. 5º LOE). Pese a tratarse de una competencia exclusiva estatal, el Tribunal Constitucional ha admitido que una Comunidad Autónoma condicione la expedición del certificado de enseñanza general a la acreditación de un conocimiento suficiente del catalán y del castellano⁸⁹³:

“el precepto puede ser interpretado en el sentido de que no añade una nueva condición ni modifica la establecida en la legislación del Estado, sino que integra esa legislación en relación al contenido de los estudios; y ello en el marco de las competencias que corresponden a la Comunidad Autónoma, tratando de asegurar, en el momento de la expedición del certificado de Graduado Escolar, el logro del objetivo establecido en el art. 14 de la Ley, en relación a la obligatoriedad de la enseñanza de ambas lenguas.”

7. 3. 2. El desarrollo normativo de este derecho en las distintas enseñanzas y en el Derecho comunitario

En el marco de la educación reglada, el derecho a la educación implica un derecho a recibir el respectivo título como contenido del derecho a la educación tiene acogida a lo largo de la LOE para los diferentes niveles y enseñanzas⁸⁹⁴.

Las universidades, por su parte, imparten enseñanzas conducentes a la

⁸⁹¹ Así se recuerda en la STC 337/1994, de 23 de diciembre, normalización lingüística de Cataluña, FJ 18º, con referencia a los argumentos del Tribunal Supremo.

⁸⁹² Artículo 6 LOE, Currículo: [...] “2. Con el fin de asegurar una formación común y garantizar la validez de los títulos correspondientes, el Gobierno fijará, en relación con los objetivos, competencias básicas, contenidos y criterios de evaluación, los aspectos básicos del currículo que constituyen las enseñanzas mínimas a las que se refiere la disposición adicional primera, apartado 2, letra c) de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación. ”

⁸⁹³ STC 337/1994, de 23 de diciembre, normalización lingüística de Cataluña, FJ 18º.

⁸⁹⁴ Para la ESO (art. 31); Bachillerato (art. 37); FP (art. 44); enseñanzas profesionales (art. 50); Artes Plásticas y Diseño de música o de danza (art. 53); Arte Dramático (art. 55). Otros en art. 56, 57, 58, 61 y 65.

obtención de títulos oficiales y con validez en todo el territorio nacional (art. 34. 1º LOU), si bien, también pueden impartir enseñanzas conducentes a la obtención de otros títulos (Disposición adicional undécima Real Decreto 1393/2007). En el ámbito universitario, las enseñanzas oficiales “se estructuran en tres ciclos: Grado, Máster y Doctorado. La superación de tales enseñanzas dará derecho [...] a la obtención de los títulos oficiales correspondientes”, “de carácter oficial y con validez en todo el territorio nacional, que serán expedidos en nombre del Rey por el Rector de la universidad” (art. 35. 1º LOU). Estos títulos surtirán efectos académicos plenos y habilitarán, en su caso, para la realización de actividades de carácter profesional reguladas, de acuerdo con la normativa” (art. 4 Real Decreto 1393/2007). Existe un Registro de Universidades, Centros y Títulos. En Grado y Máster el nivel de aprendizaje conseguido se expresa mediante calificaciones numéricas (“créditos”, art. 5. 2º Real Decreto 1393/2007, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5 del Real Decreto 1125/2003, de 5 de septiembre).

Para facilitar la movilidad, sobre los criterios básicos estatales de convalidación y adaptación de estudios (Art. 36 LOU), cada Universidad ha de hacer pública su normativa sobre el sistema de reconocimiento y transferencia de créditos (art. 6 Real Decreto 1393/2007). Asimismo, se operan sistemas homogéneos de certificación para una sencilla comprensión del título y su entidad tanto dentro de España, como fuera, como el llamado Suplemento Europeo al Título⁸⁹⁵.

La cuestión de homologación de estudios⁸⁹⁶ genera frecuentes quejas ante el Defensor del Pueblo⁸⁹⁷, especialmente respecto de los estudios de extranjeros que han contado hasta hace poco con un sistema ineficaz y colapsado⁸⁹⁸ o la

⁸⁹⁵ Regulado en el Real Decreto 1044/2003 de 1 de agosto, por el que se establece el procedimiento para la expedición por las universidades del Suplemento Europeo al Título.

⁸⁹⁶ Una cuestión bien relevante es la equivalencia de títulos españoles, condiciones de homologación de títulos extranjeros de educación superior, las condiciones para validar, a efectos académicos, la experiencia laboral o profesional y las convalidaciones entre los estudios universitarios y las otras enseñanzas de educación superior. En todos los casos, es el Gobierno, previo informe del Consejo de Universidades quien regula la materia (art. 36 LOU).

⁸⁹⁷ Así, por ejemplo, DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 a), pp. 406 y ss., ref. 06043325), sobre la no inclusión –hasta 2006- de la licenciatura de Ciencias Políticas y Sociología en Catálogo de títulos oficiales creado por la disposición adicional primera del Real Decreto 1497/1987, de 27 de noviembre.

⁸⁹⁸ DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 a), pp. 403 y ss.). Hace un recorrido en la evolución del problema y su tratamiento normativo (del obsoleto Real Decreto 86/1987, al Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero. Los problemas actuales proceden de los llamados “requisitos formativos complementarios”, que son pruebas de conjunto para la homologación, organizadas por cada universidad. El Defensor del Pueblo ha recordado a alguna universidad la obligación de que “señalen de manera inequívoca el contenido y alcance de las mismas y los sistemas de corrección, calificación y reclamación” (05016452, 06002088, 06002217, 06008598, 06038024, 06041089, 06042289, etcétera).

exigencia de documentación innecesaria para la identificación⁸⁹⁹.

En el ámbito de la formación profesional, amén del reconocimiento del derecho al título en la LOE (art. 44), la Ley Orgánica 5/2002, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional regula un sistema integral de formación profesional, cualificaciones y acreditación y crea un Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional (art. 8 Ley Orgánica 5/2002), desarrollado reglamentariamente (Real Decreto 1147/2011, de 29 de julio). Como se adelantó en formación profesional destaca en los últimos tiempos la posibilidad de obtener certificados de profesionalidad⁹⁰⁰ que acreditan el conocimiento adquirido por la experiencia profesional desarrollada a lo largo de los años.

De especial incidencia en la materia es el Derecho comunitario. La cuestión está especialmente vinculada la cuestión al artículo 3, apartado 1, letra c) del Tratado de la Comunidad Europea a fin de la supresión de obstáculos a la libre circulación de personas y servicios, que implica la facultad de ejercer una profesión, por cuenta propia o ajena, en un Estado miembro que no sea aquel en que hayan adquirido sus cualificaciones profesionales. En este sentido, debe seguirse la normativa de reconocimiento de cualificaciones profesionales. Al respecto cabe seguir la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, que define el sistema de reconocimiento (art. 4) títulos de formación de médico, enfermero responsable de cuidados generales, y un sistema de equiparación de títulos (arts. 12 y ss.). Debe destacarse que “Los beneficiarios del reconocimiento de sus cualificaciones profesionales deberán poseer los conocimientos lingüísticos necesarios para el ejercicio de la profesión en el Estado miembro de acogida.” (art. 53).

7. 4. EL DERECHO A RECIBIR LA EDUCACIÓN EN LENGUA COMPRENSIBLE, PERO NO A ELEGIRLA

⁸⁹⁹ El DEFENSOR DEL PUEBLO (2008, pp. 652 y ss. y 622 y ss.) considera esta exigencia contraria a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (07009649).

⁹⁰⁰ Tales certificados “acreditan con carácter oficial las competencias profesionales que capacitan para el desarrollo de una actividad laboral con significación en el empleo” (art. 10. 2º del Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo).

7. 4. 1. Pautas jurisprudenciales sobre la lengua en la educación

Para el TEDH, el derecho a la educación garantiza que la enseñanza sea en una de las lenguas nacionales, pero no la materna ni la que elija el alumno o los padres, sino la que legítimamente establezcan las autoridades sobre bases objetivas. El hecho de obligar a un niño a estudiar en profundidad una lengua nacional que no es la suya propia no es discriminatorio ni implica una “despersonalización”⁹⁰¹. A diferencia de la Constitución de 1931, la Constitución actual no regula directamente la cuestión de la lengua de la enseñanza, pero en cualquier caso, de la misma se deducen una doctrina bastante perfilada⁹⁰². El Tribunal Constitucional señaló pronto que “no puede ponerse en cuestión la legitimidad constitucional de una enseñanza, en que el vehículo de comunicación sea el euskera”⁹⁰³ y ello permite la promoción de escuelas de este tipo. Y la doctrina del TEDH se asumió claramente en la STC 195/1989, de 27 noviembre, Caso gastos de transporte escolar y Generalitat Valenciana. El Tribunal Constitucional indicó que si se reconoce algún derecho de elegir o preferir la lengua de la enseñanza no es de naturaleza constitucional, sino legal⁹⁰⁴.

La STC 337/1994, de 23 diciembre, cuestión sobre la ley catalana de normalización lingüística es la fundamental en la cuestión y de la misma se derivan no pocas reglas:

⁹⁰¹ Así, STEDH régimen lingüístico belga, de 23 de junio de 1968. El TEDH deja claro que el derecho a la educación no impone a los Estados el respeto de las preferencias lingüísticas de los padres en el campo de la educación o de la enseñanza, sino únicamente el de sus convicciones filosóficas y religiosas. Tampoco la garantía de la no discriminación tiene por efecto el garantizar a los hijos o a sus padres el derecho a una instrucción impartida en la lengua de su elección. Para el TEDH, esta lectura “conduciría a resultados absurdos, ya que todos podrían así reivindicar una instrucción impartida en cualquier lengua, en cualquiera de los territorios de las Partes contratantes”. Si se hubiera querido reconocer, lo habrían hecho de forma expresa. En consecuencia, se puede imponer la lengua de la educación según la región y si los padres mandan a sus hijos a otra región es decisión suya. También afirmó que no puede calificarse como empresa de “despersonalización” el hecho de obligar a un niño a estudiar en profundidad una lengua nacional que no es la suya propia.

⁹⁰² Así lo señala la STC 337/1994, de 23 de diciembre, normalización lingüística de Cataluña, FJ 9º.

⁹⁰³ STC 137/1986, de 6 noviembre, caso Ikastolas, FJ 1º.

⁹⁰⁴ Afirma con claridad en su FJ 3º: “El derecho de los padres a elegir para sus hijos centros en los que la educación obligatoria [...] sólo existe en consecuencia en la medida en que haya sido otorgado por la Ley. [...] no ha existido lesión alguna del derecho a la educación garantizado por el art. 27 C. E. , por la muy simple razón de que ese derecho no incluye, como contenido necesario, el de opción lingüística”. Esta doctrina se reiteró en la STC 19/1990, de 12 febrero, caso APA Colegio “Censal” de Castellón que reclaman discriminación de alumnos que eligen valenciano.

-se reafirma que el legislador autonómico puede prescribir el catalán como lengua docente⁹⁰⁵;

- “el contenido del deber constitucional de conocimiento del castellano [...] no puede generar un pretendido derecho a recibir las enseñanzas única y exclusivamente en castellano” ni desde la perspectiva del artículo 3, ni del artículo 27 consagra un derecho a elegir la lengua⁹⁰⁶.

- “el deber constitucional de conocer el castellano (art. 3.1 CE) presupone la satisfacción del derecho de los ciudadanos a conocerlo a través de las enseñanzas recibidas en los estudios básicos.”⁹⁰⁷.

- Esta misma obligación se da respecto de la lengua cooficial, siendo obligatorio que los planes de estudio lleven a conocer la misma⁹⁰⁸,

- Al ser obligatoria la educación de la lengua cooficial, se admite la imposición de un conocimiento suficiente de la misma para acceder al título⁹⁰⁹.

- Es “legítimo que el catalán [...] sea el centro de gravedad de este modelo de bilingüismo, siempre que ello no determine la exclusión del castellano como lengua docente de forma que quede garantizado su conocimiento y uso en el territorio de la Comunidad Autónoma.”⁹¹⁰.

- La Administración competente puede elegir la lengua oficial como lengua de comunicación y materia curricular, “ello asegura que su cooficialidad se traduzca en una realidad social efectiva; lo que permitirá corregir situaciones de desequilibrio heredadas históricamente y excluir que dicha lengua ocupe una posición marginal o secundaria”⁹¹¹.

⁹⁰⁵ STC 337/1994, de 23 diciembre, FJ 9º: “[N]o puede ponerse en duda la legitimidad constitucional de una enseñanza en la que el vehículo de comunicación sea la lengua propia de la Comunidad Autónoma y lengua cooficial en su territorio, junto al castellano (STC 137/1986, caso Ikastolas, FJ 1º), puesto que la oficialidad del castellano “no entraña en modo alguno una marginación o exclusión, *ex Constitutione*, de las demás lenguas” (FJ 9º) Y mal cabe entender que el deber general de conocimiento del castellano pueda llegar a entrañar el derecho a excluir el empleo del catalán como lengua docente.

⁹⁰⁶ *Ibidem*, FJ 9º.

⁹⁰⁷ *Ibidem*, FJ 10º.

⁹⁰⁸ STC 337/1994, de 23 diciembre, FJ 14 y STC 87/1983, FJ 5. º; “del reconocimiento de la cooficialidad del castellano y de la lengua propia de una Comunidad se deriva el mandato para los poderes públicos, estatal y autonómico, de incluir ambas lenguas cooficiales como materia de enseñanza obligatoria en los Planes de Estudio, a fin de asegurar el derecho, de raíz constitucional y estatutaria, a su utilización.”

⁹⁰⁹ STC 337/1994, de 23 diciembre, FJ 17º.

⁹¹⁰ *Ibidem*, FJ 10º.

⁹¹¹ *Idem*.

-En todo caso, para poder cumplir con el objeto de la educación (art. 27. 2º CE) sí que hay derecho a “recibir la educación en una lengua en la que puedan comprender y asumir los contenidos de las enseñanzas que se imparten”. Por ello es necesario asegurar un mínimo dominio “para que su rendimiento educativo no resulte apreciablemente inferior al que hubieran alcanzado de haber recibido la enseñanza en su lengua habitual”⁹¹².

-Las leyes autonómicas deben cumplir estas exigencias con ponderación y progresividad en la configuración, así como introduciendo medidas de apoyo pedagógico adecuados⁹¹³.

-Asimismo, resultan precisas medidas para quienes se incorporan tardíamente a las enseñanzas desde otros territorios, por lo que se exige “medidas de carácter flexible en la ordenación legal de las enseñanzas para atender estas especiales situaciones personales”⁹¹⁴.

Si se respetan estas exigencias, la imposición de la lengua de la educación tampoco lesiona la dignidad y libre desarrollo del estudiante⁹¹⁵, como tampoco lesiona la dignidad la imposición no excluyente- de la lengua cooficial en lo que es la Administración educativa, esto es, más allá del aula⁹¹⁶. Y es que como en cualquier otra Administración se puede afirmar que sea lengua de la Administración educativa, siempre que no se considere “lengua única” ni implique el desconocimiento o exclusión del castellano⁹¹⁷.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo previa a la referida STC 334/1994⁹¹⁸ hay que tomarla siempre con cautelas. En especial cuando el TS ha afirmado la necesidad de organizar la enseñanza universitaria para acercarse a las preferencias lingüísticas de los alumnos⁹¹⁹. O cuando el TS afirmó que no se vulnera derecho a la educación al imponer un idioma, dado que existían en las

⁹¹² *Ibidem*, FJ 11º.

⁹¹³ STC 337/1994, de 23 diciembre, FJ 11º.

⁹¹⁴ *Idem*.

⁹¹⁵ *Ibidem*, FJ 12º.

⁹¹⁶ *Ibidem*, FJ 21º.

⁹¹⁷ *Idem*.

⁹¹⁸ El Tribunal Supremo asume la doctrina del Tribunal Constitucional ya en la STS de 17 abril 1996 (RJ 1996\4627).

⁹¹⁹ Así, STS, de 14 junio 1987 (RJ 1987\4199), Ahí se afirma la frustrada transmisión de conocimientos e ideas si los alumnos no alcanzan a comprender suficientemente la misma y ello sucede si se deja a voluntad del docente la elección de la lengua. Se trata del FJ 4º de la sentencia recurrida aceptado por el TS así como del propio FJ 4º de la sentencia del TS que anula la disposición por cuanto “no asegura a los alumnos castellano-parlantes la enseñanza en su lengua propia, lengua que es la oficial del Estado Español que todos los españoles tenemos el deber de conocer y el derecho a usar.”

proximidades otros centros donde se imparte las clases en castellano⁹²⁰. Estas decisiones partían de la base de un derecho a la enseñanza en lengua materna⁹²¹ que el Tribunal Constitucional ha negado, si bien, cada vez con más matices.

Sin perjuicio de lo anterior, pueden considerarse aceptables otras decisiones:

- Que “debe forzosamente existir una real intercomunicación” entre el docente y los o alumnos y los poderes públicos deben asegurarla⁹²².

.- Que no lesiona el derecho a la educación la obligación de evaluarse en catalán habiéndose integrado voluntariamente en un grupo en catalán en una universidad catalana⁹²³.

- Que si de setenta personas, sobre la base del derecho a elegir la lengua, sólo dos querían la enseñanza en valenciano, es razonable aportar una solución individual para ellos⁹²⁴.

-Que lesiona el derecho a la educación la imposición de una lengua sin haber sido informado previamente. A este respecto, el Defensor del Pueblo exige la información clara de la lengua de la enseñanza, detectándose problemas en los impresos de admisión y matriculación en la primera enseñanza⁹²⁵.

7. 4. 2. La reavivación de la polémica lingüística a partir del Estatuto de Cataluña de 2006 y sus secuelas jurisprudenciales

Pese a estas pautas relativamente claras, el nuevo Estatuto de Cataluña de 2006 ha reavivado la cuestión lingüística en la educación. Del Estatuto ha derivado una ley catalana de educación, recurrida ante el Tribunal Constitucional. Asimismo, la constitucionalidad de lo regulado en el Estatuto se enjuicia en la STC 31/2010, de 28 junio sobre el Estatuto de Cataluña, imponiendo una interpretación bastante lejana de la intención y apariencia del

⁹²⁰ STS de 3 diciembre 1987 (RJ 1987\9376) o la STS de 11 mayo 1988 (RJ 1988\4149).

⁹²¹ STS de 5 de febrero de 1988 (RJ 1988\1260).

⁹²² *Ibidem* FJ 5º: “Ha de significarse que en el ámbito docente el uso del lenguaje por el profesor no tienen una proyección exclusivamente unilateral, sino correlativa a la comprensión por parte de los alumnos, de tal manera que debe forzosamente existir una real intercomunicación entre aquél y éstos.”

⁹²³ STS de 25 octubre 1994 (RJ 1994\8222).

⁹²⁴ Así en la STS de 16 mayo 1990 (RJ 1990\4114).

⁹²⁵ Así, en DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 a), pp. 703 y ss. 05022672 y otras, ver *Recomendación sobre inclusión en impresos de preinscripción en centros docentes de Cataluña, de información sobre derechos lingüísticos de los alumnos, ob. cit. p. 742.*

texto de esta norma. No en vano el Estatuto reconoce el derecho a recibir la enseñanza en catalán y afirma que es la lengua vehicular. En ambos casos se ignora por completo al castellano. Y es más, a partir de la doctrina del Tribunal Constitucional ha emanado una importante sentencia del Tribunal Supremo que en 2011⁹²⁶ que las autoridades catalanas se niegan a ejecutar con importante polémica política al momento de cerrar esta obra.

En buena medida, la STC 31/2010, de 28 junio no viene a aportar nada a lo dicho anteriormente, esencialmente que la oficialidad del catalán no supone que se considere “lengua única” ni que implique el desconocimiento o exclusión del castellano. Como punto de partida, se considera inconstitucional la condición del catalán como lengua “preferente” del artículo 6. 1º del Estatuto pues supone un “perjuicio del equilibrio inexcusable entre dos lenguas igualmente oficiales y que en ningún caso pueden tener un trato privilegiado” Y se adelanta que “el castellano no puede dejar de ser también lengua vehicular y de aprendizaje en la enseñanza.” (FJ 6º). El artículo 35 del Estatuto reconoce el derecho a recibir la enseñanza en catalán y en el apartado 1º se prescribe al catalán como “vehicular y de aprendizaje en la enseñanza universitaria y en la no universitaria”. Y para el Tribunal Constitucional (FJ 24º) sólo se admite tal regulación sobre la base de que el castellano obligatoriamente es también lengua vehicular y no sólo objeto de enseñanza en el proceso educativo”.

Destacan las claras afirmaciones del Tribunal Constitucional (y luego del Tribunal Supremo) de que “los particulares [son] titulares del derecho a recibir la enseñanza en cualquiera de ellas” en el grado que determinen las autoridades, pero en ningún caso con exclusión del castellano⁹²⁷. El Estatuto sólo es admisible bajo el punto de partida de que –aunque el Estado no lo mencione- el castellano también ha de ser lengua vehicular y también hay derecho a recibir la enseñanza en castellano, no sólo en catalán⁹²⁸. En 2011 la Generalitat se niega a

⁹²⁶ STS de 13 diciembre 2010 (RJ 2010\8980).

⁹²⁷ FJ 24º: “nada permite, sin embargo, que el castellano no sea objeto de idéntico derecho ni disfrute, con la catalana, de la condición de lengua vehicular en la enseñanza” pues “[h]emos descartado desde un principio toda pretensión de exclusividad de una de las lenguas oficiales en materia de enseñanza.” Así las cosas, “ambas lenguas han de ser no sólo objeto de enseñanza, sino también medio de comunicación en el conjunto del proceso educativo, es constitucionalmente obligado que las dos lenguas cooficiales sean reconocidas por los poderes públicos competentes como vehiculares, siendo en tales términos los particulares titulares del derecho a recibir la enseñanza en cualquiera de ellas. Por tanto resulta perfectamente «legítimo que el catalán, en atención al objetivo de la normalización lingüística en Cataluña, sea el centro de gravedad de este modelo de bilingüismo», aunque siempre con el límite de que «ello no determine la exclusión del castellano como lengua docente de forma que quede garantizado su conocimiento y uso en el territorio de la Comunidad Autónoma» (STC 337/1994, F. 10).”

⁹²⁸ FJ 20º. Pese a que el Estatuto “omite en su literalidad toda referencia al castellano como lengua docente” “no puede entenderse que su silencio [...] obedezca a un propósito deliberado de exclusión”. Este precepto “no es inconstitucional interpretado en el sentido de que con la mención del

modificación alguna en su sistema educativo lingüístico, frente a lo cual, en julio 2011 el TSJ-Cataluña ha impuesto que ejecute la sentencia en dos meses⁹²⁹, desatándose la polémica política.

Así pues, no hay derecho a elegir la lengua castellana o catalana, pero sí a que las dos lenguas estén razonablemente presentes en el proceso educativo. Este derecho –sin ser nuevo– sí que adquiere una fuerza renovada a partir de estas sentencias.

7. 4. 3. La posibilidad de la enseñanza y evaluación en otras lenguas no oficiales

Los centros extranjeros pueden estar autorizados a impartir enseñanzas docencias con o sin reconocimiento para nuestro sistema educativo. Pero además, también es posible autorizar que parte de las materias del currículo “se impartan en lenguas extranjeras sin que ello suponga modificación de los aspectos básicos del currículo regulados en este real decreto”, según se regula para la ESO y el Bachillerato⁹³⁰. En la Universidad también se pueden impartir en otras lenguas enseñanzas oficiales y no oficiales.

En Galicia y la Comunidad Valenciana parece apostarse por un modelo de educación en lengua extranjera. No es coincidencia que se trate de territorios con lengua cooficial, lo que conlleva un modelo trilingüe. Esta opción, aun lejos de materializarse, ha sido una ocasión más para el debate político partidista y se ha desde sus opositores interpretado como un ataque a la lengua cooficial⁹³¹.

Se ha intentado aprovechar esta opción como uno de los medios de boicot a la polémica asignatura de Educación para la ciudadanía, como el caso de impartirse en inglés en la Comunidad Valenciana en la ESO. Así sucedió en

catalán no se priva al castellano de la condición de lengua vehicular y de aprendizaje en la enseñanza. Por lo mismo, el solo reconocimiento de un derecho a recibir la enseñanza en catalán (primer enunciado del apartado 1 del art. 35 EAC) no puede interpretarse como expresivo de una inadmisibile voluntad legislativa de excepción, de suerte que la interpretación constitucionalmente admisible es la que conduce a la existencia de ese derecho a la enseñanza en castellano. Lo mismo ha de decirse del primer enunciado del apartado 2 del art. 35 EAC.”

⁹²⁹ Auto de 28 de julio de 2011 dictado en recurso 485/32006-E.

⁹³⁰ Respecto de la ESO, Real Decreto 1631/2006, Disposición adicional tercera sobre “Enseñanzas del sistema educativo español impartidas en lenguas extranjeras”; del mismo tenor, para el Bachillerato, Real Decreto 1467/2007, de 2 de noviembre, Disposición adicional cuarta.

⁹³¹ Entre otros, “El modelo trilingüe se abre paso en la escuela. Valencia opta, como Galicia, por una línea educativa única que causa recelos”, en <http://goo.gl/b9dkS> También, “La Generalitat acaba con las líneas de enseñanza en valenciano. Camps deroga por la vía de los hechos la Llei d'Ensenyament”. <http://goo.gl/cJVur> Ambos en *El País*, 31.5.2011.

razón de la Orden de 10 de junio de 2008, de la Conselleria de Educación, por la que se establecen formas de organización pedagógica para impartir la materia Educación para la ciudadanía y los derechos humanos en educación secundaria obligatoria. Esta Orden disponía dos opciones para superar la asignatura, siendo en inglés la opción A y la opción B a través de un trabajo trimestral por el alumno. El TSJ-Comunidad Valenciana no ha permitido que se evalúe la destreza en este idioma en la evaluación de la asignatura⁹³², anulando finalmente estas disposiciones en 2009 por dos motivos: por que no se puede exigir en la evaluación la destreza en el conocimiento de inglés y porque según la normativa aplicable, la iniciativa de impartir en otro idioma debe partir del centro educativo⁹³³.

⁹³² Esta opción fue inicialmente suspendida por el TSJ Comunidad Valenciana, auto de 28 de julio de 2008 (recurso 1. 553/08). Respecto de la opción en inglés, se suspende la ambigua posibilidad de valorar la asignatura no por sus contenidos sino, también, por la adquisición de destrezas en inglés, considerando que la evaluación del idioma distorsiona la evaluación de los contenidos propios de la asignatura. La Comunidad no puede imponer una doble evaluación no contemplada estatalmente.

⁹³³ Tras la suspensión la orden fue finalmente anulada por Sentencia 1097/2009, en el procedimiento ordinario 1391/2008, de 24 de julio de 2009.

8. LOS TITULARES DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y COLECTIVOS TRADICIONALMENTE DISCRIMINADOS

8. 1. LOS SUJETOS EN LA EDUCACIÓN Y LA COMUNIDAD EDUCATIVA

El relator de Naciones Unidas para la educación afirma que los cinco actores clave en educación son “el Gobierno, como proveedor y/o sustentador de la educación pública; el individuo, como sujeto del derecho a la educación; la niñez, con el deber de cumplir con la educación obligatoria; los padres, que son los primeros educadores; y, finalmente, los educadores profesionales, o sea, el personal docente.”⁹³⁴ En los últimos tiempos se habla de la “comunidad educativa”⁹³⁵ o “comunidad de aprendizaje”⁹³⁶, para significar entre otras cosas, la interactividad entre estos agentes, incluso toda la sociedad involucrada en el aprendizaje. Las nuevas tecnologías no hacen sino potenciar esta interactividad. Se trata de una noción incluso acogida por algunos tribunales⁹³⁷.

Como señala Revoiro, el amplio número de sujetos que participan en el proceso educativo es un elemento de complejidad añadida a su tratamiento jurídico constitucional⁹³⁸.

8. 2. EL MENOR COMO TITULAR HABITUAL DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

⁹³⁴ NACIONES UNIDAS- TOMASEVSKI (2004 b, p. 12, n° 39).

⁹³⁵ La expresión se ha incorporado con fuerza a lo largo del Preámbulo y todo el articulado de la LOE, en catorce ocasiones. La expresión parece excluir a los docentes, que son referidos a parte.

⁹³⁶ Con gran detalle sobre el concepto TORRES INSTITUTO (2005, pp. 86 y ss.).

⁹³⁷ La Corte Constitucional de Colombia ha resumido el profundo cambio introducido por los derechos humanos en la educación: “los sujetos del proceso educativo no se dividen entre receptores pasivos de conocimiento y transmisores activos de sabiduría. El principio constitucional que garantiza el libre desarrollo de la personalidad y el derecho de participar en la comunidad educativa ha transformado a los estudiantes en sujetos activos que participan en la educación a través de sus derechos y obligaciones”. TOMASEVSKI (2004 a, p. 379).

⁹³⁸ DÍAZ REVORIO (2002 a, p. 23), igual DOMÍNGUEZ-BERRUETA Y SENDÍN (2005, p. 20).

8. 2. 1. El titular habitual del derecho a la educación es menor de edad

Como se ha afirmado en este estudio⁹³⁹, el alumno, como titular del derecho a la educación, es el eje gravitatorio de todo el régimen constitucional de la enseñanza y del sistema educativo, que no tiene otro fin principal que lograr el pleno desarrollo de su personalidad. El alumno es el *sujeto* central de una enseñanza que, por medio de la libertad y pluralidad, tiene por *objeto* el pleno desarrollo de su personalidad (artículo 27. 2º CE). Además del reconocimiento del derecho a la educación como derecho de acceso a la misma (art. 1 LODE), la legislación educativa reconoce un estatuto de derechos en su condición de alumno (art. 6 LODE⁹⁴⁰, art. 46 LOU)⁹⁴¹.

No está de más recordar con Aláez que los menores no son los exclusivos titulares de este derecho, aunque sí sus principales beneficiarios⁹⁴², o titulares naturales del derecho a la educación⁹⁴³. Este factor condiciona el régimen jurídico de la enseñanza y la misma interacción de este derecho con las libertades de la enseñanza y las potestades y obligaciones en la materia de los agentes educativos implicados.

Por ser los menores titulares naturales del derecho se deriva, de un lado, una presunción *iuris et de iure* de la necesidad de protección del menor y su garantía particular por todos los agentes educativos⁹⁴⁴. De otro lado, el objeto constitucional de la educación (27. 2º CE) se ha de lograr esencialmente en la enseñanza de menores de edad, que es cuando tiene lugar el fundamental desarrollo de la personalidad –al tiempo de ser más posible el riesgo de adoctrinamiento–.

⁹³⁹ *Supra*: “El alumno como sujeto principal del derecho a la educación”.

⁹⁴⁰ Básicamente en el artículo 6 LODE. sin perjuicio de que la misma LOE exprese algunos “derechos” del alumno y, obviamente, concrete muchas posiciones jurídicas subjetivas concretas y exigibles, asimismo, no debe desconocerse la variada legislación de derechos y deberes autonómica y la legislación del menor concurrente. No obstante, también se ha de tener en cuenta el artículo 7. 1º LODE y el recientemente introducido un *pseudo* derecho de huelga en el artículo 8 LODE.

⁹⁴¹ En el ámbito universitario la LOU reconoce un estatuto básico de derechos, sin perjuicio de los desarrollos de las normas universitarias.

⁹⁴² ALÁEZ CORRAL (2003 a, p. 110).

⁹⁴³ TOMASEVSKI (2004 a, p. 354).

⁹⁴⁴ ALÁEZ CORRAL (2003 a, p. 154). Así puede explicarse una intensa garantía del derecho a la educación mismo en la normativa, en la imposición de deberes a padres, centros, docentes y poderes públicos, mecanismos de fiscalización, etc.

8. 2. 2. El ejercicio de los derechos por el menor como medio para alcanzar el objeto constitucional de la educación

Los derechos fundamentales de los menores quedan condicionados a su efectiva capacidad de obrar constitucional⁹⁴⁵. Como recuerda el Tribunal Constitucional, esta capacidad de obrar se hace depender básicamente de la edad, así como del derecho concreto del que se trate y de la concreta madurez o aptitud del sujeto⁹⁴⁶. Este desarrollo de la capacidad para el disfrute de los derechos se aprecia en la CDN:

Artículo 12. 1. Los Estados partes garantizarán al niño, que este en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

Artículo 14. [...] 2. Los Estados partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades

Y tiene su claro reflejo en el ordenamiento jurídico educativo.

Como clara muestra de ello, el Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo de derechos y deberes, en su artículo 2 dispone que “Todos los alumnos tienen los mismos derechos y deberes básicos sin más distinciones que las derivadas de su edad y de las enseñanzas que se encuentren cursando”.

En este sentido, la Disposición adicional segunda señala que “Lo dispuesto en este Real Decreto se aplicará en los centros de educación infantil, educación primaria y educación especial con las adaptaciones que sean precisas de acuerdo con las características y edad de sus alumnos”; ello es así en coherencia con el preámbulo de esta norma, que recuerda que “el Reglamento de régimen interior del centro desarrolla, concreta y adapta los derechos declarados a las especiales condiciones del centro, a su proyecto educativo y a las necesidades propias de la edad y madurez personal de sus alumnos.”

⁹⁴⁵ Señala ALÁEZ CORRAL (2003 a, p. 85) recuerda que la “titularidad del derecho lleva aparejada la presunción constitucional *iuris tantum* de capacidad para ejercerlo autónomamente o capacidad de obrar iusfundamental, la cual sólo puede ser deshecha en virtud de la necesidad de protección del menor. ” Asimismo recuerda que tal capacidad se delimita por la adquisición de una determinada edad; la presencia de una determinada capacidad natural o una determinada madurez intelectual.” El primer criterio es el predominante.

⁹⁴⁶ Entre otras, así lo recuerda la STC 141/2000, FJ5º: “Desde la perspectiva del art. 16 CE. los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales [...] se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar (arts. 162. 1, 322 y 323 C. C. o el art. 30 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). ”

Asimismo, por ejemplo, su artículo 6. 2. 3 recuerda que “El pleno desarrollo de la personalidad del alumno exige una jornada de trabajo escolar acomodada a su edad.” Por cuanto al régimen disciplinario del alumnado, el art. 43 2º d) precisa que “los órganos competentes para la instrucción del expediente o para la imposición de correcciones deberán tener en cuenta la edad del alumno, tanto en el momento de decidir su incoación o sobreseimiento como a efectos de graduar la aplicación de la sanción cuando proceda.” La protección a la menor edad se aprecia, también, en la agravante en la calificación de la falta que supone “Causar daño, injuria u ofensa a los compañeros de menor edad”(art. 45. 2. b)).

En algunos casos –especialmente respecto de los derechos personalísimos– el menor podrá ejercer los derechos fundamentales por sí mismo (*autoejercicio*). Y como señala Aláez, el ejercicio directo por el menor (*autoejercicio*) es la regla general, puesto que el menor puede ejercer por sí mismo todos los derechos fundamentales, aunque no todas las facultades que constituyen su contenido constitucional. El *autoejercicio* es lo propio en la realización de actos naturales, pues el padre o tutor del menor no puede vivir, pensar, hablar y expresarse, desplazarse físicamente, o, incluso reunirse, por ejemplo, en nombre y representación de aquél. El *autoejercicio* facilita el pleno desarrollo de la personalidad. Quien recibe una educación *en y de* los derechos y los principios democráticos adquiere y potencia su capacidad natural para el ejercicio de las libertades.

En otros casos, el menor requerirá de asistencia, apoyo o garantía paterna bajo las facultades de la patria potestad (*heteroejercicio*). El ejercicio indirecto a través de un tercero es lo que prepondera en la realización de actos o negocios jurídicos⁹⁴⁷. Pero esta no es la regla general. Como recuerda Aláez, la Constitución no prevé la incapacidad general del menor para el ejercicio de los derechos. Por ello, no es admisible exigir al menor una capacidad de decidir conforme a criterios propios del mayor de edad.⁹⁴⁸

Pues bien, cabe recordar que el legislador es el principal legitimado para determinar la edad a partir de la cual se puede ejercer el derecho por el propio alumno con mayor o menor plenitud y no faltan ejemplos de ello en el ordenamiento educativo. Así, en el artículo 8 LODE con relación al pseudo derecho de huelga, a partir de tercer curso de la ESO -14-15 años-. El derecho de escoger de centro queda reservado a los padres por el Real Decreto 1635/2009, de 30 de octubre. La elección de la enseñanza religiosa en la actualidad se regula de forma ambigua con remisión a la determinación por las administraciones

⁹⁴⁷ ALÁEZ CORRAL (2003 a. p. 68).

⁹⁴⁸ *Ibidem*, p. 85.

educativa, puesto que lo único que se garantiza es que la voluntad de padres y alumnos serán recogidas, desde la etapa infantil misma bajo la fórmula “Las administraciones educativas garantizarán que los padres o tutores de los alumnos y las alumnas puedan manifestar su voluntad de que éstos reciban o no reciban enseñanzas de religión.” En la actualidad, la regulación se da en las Disposiciones adicionales del Real Decreto 1630/2006 para la Educación Infantil; Real Decreto 1513/2006, Primaria; Real Decreto 1631/2006 para la ESO y Real Decreto 1467/2007 para Bachillerato.

8. 3. DISCRIMINACIÓN SEXUAL EN LA EDUCACIÓN

8. 3. 1. Acciones y propuestas internacionales para la no discriminación por sexo. Un problema en buena medida superado en los países occidentales

La Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960, como se ha adelantado⁹⁴⁹, prohíbe como “discriminación” las limitaciones de acceso o promoción, a personas o grupos, sistemas separados (art. 1). La discriminación por sexo es la que más atención genera mundialmente, siendo diversos datos preocupantes. Así, Se calcula que en la actualidad dos terceras partes de los 875 millones de adultos analfabetos en el mundo, son mujeres⁹⁵⁰ y que no menos de 55 millones de niñas siguen sin estar escolarizadas. Asimismo, en algunos países más del 50% de las mujeres se casan antes de los 18 años de edad y son obligadas a abandonar la educación.⁹⁵¹

Son muchas las causas y las formas que adopta esta discriminación:

“la falta de modelos educativos culturalmente situados y respetuosos de la diversidad; a las largas distancias que deben caminar las niñas hasta las escuelas, a la falta de transporte seguro, a la escasa contratación de maestras, a la limitada atención de niñas con necesidades educativas especiales, a la ausencia de procesos integrales y permanentes de sensibilización y capacitación de género dirigidos a maestras y maestros, al poco interés en la reinserción y permanencia de adolescentes madres y embarazadas, a la falta de educación para la sexualidad y a los costos de matrícula, uniformes,

⁹⁴⁹ Ver *supra* “Eliminación de barreras materiales de acceso...”

⁹⁵⁰ UNESCO, 2005.

⁹⁵¹ NACIONES UNIDAS- MUÑOZ VILLALOBOS (2006, p. 15).

alimentación, libros de texto y materiales didácticos que deben sufragar las familias y que tiene mayor impacto desfavorable para las niñas”.⁹⁵²

También se afirma también que hay⁹⁵³:

“-Bajas expectativas de los maestros y maestras, relacionadas con las habilidades intelectuales, ya que se cree que las niñas son inherentemente menos inteligentes que los niños.

-Los maestros y maestras ofrecen menor retroalimentación a las niñas. Se afirma que las niñas tienen ocho veces menos contacto con los maestros que los niños.

-Los maestros y maestras a menudo reportan más gozo de enseñar a niños que a niñas.

-Las niñas tienen menores expectativas sobre sí mismas en la escuela y fuera de la escuela piensan que su futuro consiste primariamente en ser esposas y madres.

-Las bajas expectativas de las maestras y de las niñas son reforzadas por libros de texto,

currículum y materiales de evaluación en los que no aparecen las figuras femeninas.

-Usualmente los niños tienen suficiente espacio para practicar ciertos deportes, mientras

que a las niñas no se les ofrece el mismo espacio.

-Los premios y logros obtenidos por las niñas no se reportan ni divulgan tan profusamente como los obtenidos por los niños.

-Existe una clara tendencia a utilizar lenguaje sexista.

-Las niñas son víctimas de asaltos sexuales y hostigamiento por parte de maestros y compañeros.

-Las autoridades educativas a menudo no son conscientes de este tipo de ataques e incluso pueden mostrarse reacios a intervenir, especialmente si consideran que semejante conducta es “natural”.”

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres de 1979⁹⁵⁴ obliga a adoptar medidas como: mismas condiciones de orientación en acceso al estudio y capacitación profesional, en todas los niveles y zonas (con especial atención a la educación de la mujer en el mundo rural –art. 14. 1º y 2º d); mismos programas de estudios y exámenes, personal docente y equipos de misma calidad; erradicación de estereotipos machistas; estímulo de la educación mixta; mismas oportunidades para las becas y otras subvenciones; igualdad para las enseñanzas complementarias; lucha

⁹⁵² *Ibidem*, p. 14.

⁹⁵³ *Idem*.

⁹⁵⁴ Aprobada el 18 de diciembre de 1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981.

contra el abandono femenino; igualdad en la educación física; material informativo específico para salud y bienestar familiar (art. 10). Las múltiples acciones mundiales buscan erradicar la discriminación de género en la educación⁹⁵⁵:

Así, en la Plataforma de Acción aprobada en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, se reconoce la necesidad de que la mujer tenga acceso pleno y en condiciones de igualdad a la educación y a la capacitación, así como asegurar el acceso universal a la enseñanza básica. Una de las 12 esferas de preocupación que exigen medidas urgentes de los gobiernos, es la superación de las diferencias por motivos de género que existan en el acceso a la enseñanza primaria y secundaria para el año 2005; y lograr el acceso universal a la enseñanza primaria en todos los países antes del año 2015. Además, los Estados asumieron el compromiso de promover un entorno docente en que se eliminen todas las barreras que impiden la asistencia a la escuela de las adolescentes embarazadas y las madres jóvenes, que incluya, según corresponda, servicios accesibles y asequibles de guardería; educación de los padres a fin de alentar a quienes deben ocuparse del cuidado de sus hijos y hermanos en edad escolar, a reanudar los estudios o a llevarlos a término.

En su 41 periodo de sesiones celebrado en 1997, la Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer de las Naciones Unidas recomendó a los Estados que se adoptaran nuevas medidas para mejorar el acceso de las mujeres a la educación, incluida la incorporación de la perspectiva de género en todas las políticas y programas en el sector de la educación.

En el Plan de Acción de la 5a Conferencia Internacional de Educación para personas Adultas, los Estados se comprometieron a promover la capacitación y la autonomía de la mujer y la igualdad entre los géneros mediante la educación de adultos. En el año 2000, en la Cumbre de Dakar, la comunidad internacional se comprometió, entre otros aspectos, a resolver de una manera definitiva el problema del acceso a la educación antes del año 2015, para ello impulsó diversos objetivos entre los que destaca el de promover la equidad de género y la autonomía de la mujer, cuya meta es eliminar las desigualdades de género en la educación primaria y secundaria preferiblemente para el 2005, y en todos los niveles de la educación antes del final de 2015.

Asimismo, la Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2002/23, “El derecho a la educación” en su punto 4. Insta a todos los Estados a que:

b) Tomen todas las medidas adecuadas para suprimir los obstáculos que limitan el acceso efectivo a la educación, en especial de las niñas, incluidas las menores embarazadas, y de los niños que viven en zonas rurales, los niños pertenecientes a grupos minoritarios, los niños indígenas, los niños migrantes, los niños refugiados y desplazados internamente, los niños afectados por conflictos armados, los niños discapacitados, los niños afectados por el virus de la inmunodeficiencia humana y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida (VIH/SIDA) y los niños privados de libertad:

⁹⁵⁵ Se sigue de ROCHÍN DEL RINCÓN, Jaime “Derecho a la educación”, dispuesto en la red sin otra referencia. p. 4.

– Tomando todas las medidas legislativas necesarias para prohibir explícitamente la discriminación en la enseñanza fundada en la raza, el color, la ascendencia, el origen nacional, étnico o social, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, la propiedad, la discapacidad, el nacimiento u otra condición, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza”.

En los últimos tiempos destaca el informe especial del relator de Naciones Unidas para la educación en 2006 con no pocas recomendaciones respecto de la asequibilidad, de la accesibilidad, la aceptabilidad y, también, con relación a la adaptabilidad⁹⁵⁶.

Los países occidentales han superado básicamente los problemas de acceso femenino. Por cuanto América del Norte y Europa Occidental se señala que la escolarización ronda el 90% en preescolar y el 95% en primaria y del 90% en secundaria. La paridad entre los sexos en la enseñanza secundaria se ha logrado totalmente, o casi, en los dos tercios de los países y las diferencias son en detrimento de los varones, por ejemplo en el Reino Unido y Suecia, en razón de sus deficientes resultados comparado con las mujeres.⁹⁵⁷ De hecho, en nuestro país las mujeres superan a los hombres en la enseñanza postobligatoria. No obstante, en España se han detectado tasas de escolarización obligatoria menores en niñas norteafricanas, en edades obligatorias⁹⁵⁸. También en España persisten preocupantes tendencias de concentración de mujeres en determinadas enseñanzas universitarias⁹⁵⁹.

⁹⁵⁶ NACIONES UNIDAS- MUÑOZ VILLALOBOS (2006), con conclusiones y recomendaciones (pp. 25 y ss.).

⁹⁵⁷ Así, en UNESCO, *Informe de Seguimiento de la EPT en el Mundo. Educación para todos. Hacia la igualdad entre los sexos*, UNESCO, 2000.

⁹⁵⁸ DEFENSOR DEL PUEBLO (2003 b), p. 272), ver recomendación 8ª.

⁹⁵⁹ *Ibidem*: “Pese a que el número de mujeres matriculadas en la enseñanza superior es superior al de los hombres, es excesiva su concentración en las disciplinas consideradas “femeninas”, por ejemplo educación, ciencias sociales, letras, servicios y programas relacionados con la salud. Las mujeres pueden necesitar una titulación más elevada para competir con éxito por el logro de un empleo, un salario igual y un puesto de dirección. ”

En las enseñanzas universitarias, en el curso 2006-2007. Destaca el sexo femenino con un 54,3%. Ahora bien, mientras que en Ciencias de la Salud alcanzan el 74,2%, y son el 62,8% en Ciencias sociales y jurídicas y el 62,9% en Humanidades, sólo un 27,4% del alumnado de las Enseñanzas técnicas son mujeres. MEC-CONSEJO DE COORDINACIÓN UNIVERSITARIA (2008).

8. 3. 2. El sexo como criterio para el acceso y admisión a la educación: la educación separada y diferenciada

a) Perspectiva internacional y comparada del problema

Una cuestión polémica es la de la constitucionalidad de la educación separada o diferenciada⁹⁶⁰ frente a la coeducación conjunta de los sexos.

En perspectiva internacional, la educación separada de sexos no es discriminatoria en virtud del artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960 “siempre que estos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes”⁹⁶¹. Y el Tribunal Supremo ha sido muy tajante afirmando que esta Convención “adquiere rango de definición del derecho fundamental a la libertad de enseñanza”⁹⁶². Esta visión internacional permisiva de la educación separada se ratifica desde el Comité PIDESC⁹⁶³. De igual modo, la Convención sobre Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer de 18 de diciembre de 1979 en su

⁹⁶⁰ Al respecto, no jurídicamente, SALOMONE (2007). También, específicamente, www.educaciondiferenciada.com

⁹⁶¹ A artículo 2: “En el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1 de la presente Convención:

a) La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que estos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes”.

⁹⁶² La sentencia Tribunal Supremo de 24 febrero 2010 (RJ 2010\4077), FJ 3º afirma que “El sentido del texto es indiscutible. Se trata de Derecho positivo vigente en nuestro país que, por voluntad del artículo 10.2 de la Constitución, adquiere rango de definición del derecho fundamental a la libertad de enseñanza, no una mera proclama o declaración de voluntad, perdida en el etéreo campo de las buenas intenciones de tantas declaraciones internacionales. Y como tal norma de rango constitucional, proclama un derecho que prevalece sobre el Decreto objeto de recurso, que no puede contradecir su contenido”.

⁹⁶³ Así, NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 b, nº 33).

NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC, Observación General n.º 13. *El derecho a la educación* (art. 13 del PIDESC). Doc. E/C. 12/1999/10, de 8 de diciembre de 1999, nº 33: “En algunas circunstancias, se considerará que la existencia de sistemas o instituciones de enseñanza separados para los grupos definidos por las categorías a que se refiere el párrafo 2 del artículo 2 no constituyen una violación del Pacto. A este respecto, el Comité ratifica el artículo 2 de la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (1960)”.

artículo 10. c) habla de estimular la enseñanza mixta, pero no niega otros modelos de educación⁹⁶⁴.

Aunque minoritaria, en otros países, este tipo de educación está presente incluso en la red pública, como sucede en EEUU, Alemania y, más recientemente en Francia. En Alemania existen 392 escuelas públicas en todo el país para el curso 2008-2009. En los Länder alemanes de Berlín y Renania del Norte, por iniciativa de los socialistas y de los “verdes”, se iniciaron en 1998 clases diferenciadas en algunas asignaturas. En Nueva Gales del Sur, el estado más poblado de Australia, las solicitudes de plaza en las escuelas públicas mixtas se redujeron un 50% en 2001, a favor de las escuelas diferenciadas. La parlamentaria del liberal-conservador Partido Moderado Chris Heister, presidenta de la Comisión para el Estudio de la Educación en Suecia, sostenía en su informe de julio de 2004 que la educación actual fracasaba porque desprecia las diferencias entre los sexos. Y recomendaba que se organicen clases diferenciadas para chicas y para chicos, porque no era lícito imponer idénticas conductas y modelos educativos a los alumnos de ambos sexos.⁹⁶⁵

b) El conflictivo pasado, presente y futuro de la cuestión en España

En España, la situación normativa y judicial ha sido un despropósito. Hasta la LOE, la legislación española eludía mencionar la prohibición de discriminar por sexo en la admisión de alumnos, como si el artículo 14 CE permitiese exclusiones por no ser reiterado en la legislación⁹⁶⁶. Los tribunales se han acogido a los argumentos internacionales y de legislación infraconstitucional para dar por buena la educación separada y la financiación de la misma. Basándose en la falta de referencia a la prohibición de discriminación de sexo en el –ya derogado- Real Decreto 366/1997, de 14 de marzo, se concluía que: “el mero hecho de que se enseñe sólo a niños o a niñas no es en sí mismo discriminatorio por razón de sexo siempre que los padres o tutores puedan elegir,

⁹⁶⁴ Artículo 10: “c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos en enseñanza.”

⁹⁶⁵ Al respecto, voz “Educación diferenciada” <http://es.wikipedia.org/wiki/Diferenciada>

⁹⁶⁶ Así, hasta 2006 los artículos 20. 2 y 53 de la LOE, y el artículo 3 del –ya derogado- Real Decreto 366/1997. También lo hizo el artículo 72. 3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación.

en un entorno gratuito de la enseñanza, entre los centros existentes en un determinado territorio”.⁹⁶⁷

El Tribunal Supremo afirmaba rotundamente que “este tipo de educación es lícita no se discute” con apoyo del texto internacional mencionado, dice que “no se puede asociar la enseñanza separada con la discriminación por razón de sexo” y que la normativa internacional “deja abierta la cuestión”. El Tribunal Supremo hasta 2008 considera que si la enseñanza pública es mixta es una opción que no puede ser impuesta a todos los centros, especialmente en razón del artículo 27. 3º CE y el derecho a elegir centro y el derecho de ideario de los centros (art. 27. 6º CE). Sobre tales bases, no veía problemas para la financiación pública de la enseñanza separada⁹⁶⁸.

En esta línea, se han anulado reglamentos autonómicos en Andalucía (2006)⁹⁶⁹ o Castilla la Mancha (2010)⁹⁷⁰ porque “subrepticamente” incluían la

⁹⁶⁷ Audiencia Nacional dictó Sentencia de 20 de diciembre de 1999 que desestimó recurso contra la renovación y el acceso al régimen de conciertos educativos de centros docentes privados de Asturias del Opus Dei, impugnada por la UGT, ratificada por el Tribunal Supremo.

⁹⁶⁸ STS de 26 junio 2006 (RJ 2006\ 5967), que ratifica la sentencia de la Audiencia Nacional. (FJ 8º). La sentencia de la Audiencia afirmaba que “el mero hecho de que se enseñe sólo a niños o a niñas no es en sí mismo discriminatorio por razón de sexo siempre que los padres o tutores puedan elegir, en un entorno gratuito de la enseñanza, entre los centros existentes en un determinado territorio” basándose en la falta de referencia a la discriminación de sexo en derogado el Real Decreto 366/1997, de 14 de marzo.

El Tribunal Supremo afirma rotundamente el que “este tipo de educación es lícita no se discute” (FJ 8º) con apoyo del texto internacional mencionado, dice que “no se puede asociar la enseñanza separada con la discriminación por razón de sexo” y que la normativa internacional “deja abierta la cuestión”. Considera que si la enseñanza pública es mixta es una opción que no puede ser impuesta a todos los centros, especialmente en razón del artículo 27. 3º CE y el derecho a elegir centro y el derecho de ideario de los centros (art. 27. 6º CE), sobre tales bases, no ve problemas para la financiación pública de la enseñanza separada.

⁹⁶⁹ La STSJ Andalucía, de 11 mayo 2006 (JUR 2006\ 203094), estima recurso contencioso contra Decreto 77/2004, de 24 de febrero, Decreto 72/1996, de 20 de febrero, Orden de 25-03-2004 y Orden de 16-02-1999, de la Junta de Andalucía, sobre a criterios de admisión de alumnos en centros públicos y concertados, en los que se incluye la no discriminación por sexo y se añade que cada uno de los centros deberá informar a la comunidad educativa de que en el mismo se escolarizarán tanto alumnos como alumnas.

La sentencia, desde la perspectiva competencial considera que la Comunidad Autónoma no puede implantar nuevos requisitos para adquirir o mantener la condición de centro concertado que no se recogen en la LODE (FJ 5º). Se considera que el Estado expresamente opta por no incluir el sexo entre los criterios por los que no discriminar y se ata a la Convención de 1960 (FJ 6º) para no considerar discriminatoria la admisión basada en sexo, por lo que anula los preceptos andaluces.

⁹⁷⁰ La sentencia Tribunal Supremo de 24 febrero 2010 (RJ 2010\4077) respecto del Decreto 22/2004, de 2 de marzo de Castilla la Mancha y desarrollo normativo en las Órdenes de 12 de marzo de 2004 y su inclusión de la prohibición de discriminación por sexo. De forma sorprendente, se considera no aplicable el artículo 84. 3º LOE sino la anterior LOCE. Se anula el Decreto autonómico recurrido porque “introduce de modo subrepticio un nuevo criterio de no discriminación, el de sexo, en el artículo 2.4, que contraviene lo establecido en la Ley Orgánica vigente”. La “educación separada por sexos era conforme en España y estaba autorizada de acuerdo con la Convención” (FJ 4º).

prohibición de discriminación por razón de sexo en contra de la voluntad del legislador estatal previo a la LOE.

Y es que la situación actual ha variado, legislativa y jurisprudencialmente. De un lado, la LOE ya no omite la prohibición de discriminación por razón de sexo en la admisión (art. 84. 3º LOE). Y ello no debería permitir más equívocos por los tribunales, aunque se observen posiciones esquizofrénicas en 2010⁹⁷¹. Y lo que es más importante, la LOE opta por preferenciar un modelo educativo al priorizar a los centros que desarrollen la coeducación. (Disp. Ad. 22ª LOE). De otro lado, destaca ya comentada jurisprudencia del TS desde 2007, que excluye del contenido esencial del derecho fundamental a la dirección de centros la admisión de alumnos, dejándolo en manos del desarrollo normativo. Y en la STS de 11 julio 2008 (RJ 2008\6755) se afirma con claridad que “[e]l sistema de educación diferenciada, en lo que se refiere a los centros concertados, no forma parte del contenido esencial del derecho a la dirección que corresponde a sus titulares como una manifestación del derecho a la libertad de enseñanza reconocida en el artículo 27 CE” (FJ 9º). Y como la legislación no reconoce a los centros la potestad de establecer un sistema de enseñanza diferenciada, se trata de una competencia “que corresponde a la Administración educativa que financia dichos centros concertados”.

Sobre estas bases, son las administraciones educativas las que dan o no cobertura al sistema de educación diferenciada, al ser responsables de desarrollar la regulación básica de la admisión de alumnos y de conciertos educativos. Una reciente sentencia de 2011 ha exigido cobertura normativa para la supresión de un concierto con un centro concertado de educación separada⁹⁷².

Cabe señalar, por último, que un proyecto de ley que no verá la luz en 2011, la Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, en su artículo 16.2 expresamente dota de cobertura legal a la exclusión de financiación a la educación separada. Así se dispone que “Los centros educativos que excluyan del ingreso en los mismos a grupos o personas individuales por razón

⁹⁷¹ Se hace referencia a la sentencia Tribunal Supremo de 24 febrero 2010 (RJ 2010\4077) sobre reglamentos de Castilla la Mancha que incorporaban la prohibición de discriminación. Pese a estar aprobada la LOE, se considera estos decretos eran desarrollo de la LOCE anterior y por tanto contravenían la misma y que la nueva regulación de la LOE había de ser desarrollada específicamente. Así pues, se considera nulo un decreto conforme a la normativa actual LOE que prohíbe la discriminación, porque deberían redactarse del mismo modo, pero como desarrollo de la misma.

⁹⁷² La STSJ Asturias nº 517/2011 de 12 mayo (JUR 2011\206827) frente a la supresión de una unidad de 1º de primaria, se afirma –FJ 4º– que la Administración “debió de establecerlo de forma expresa en la resolución en la que se aprobaron las normas que rigen la convocatoria, lo que pone de manifiesto que no existe una normativa que impida a los dichos Centros concurrir al régimen de conciertos”.

de alguna de las causas establecidas en esta Ley [art. 2, entre otras, de sexo], no podrán acogerse a cualquier forma de financiación pública.”

Ante la falta de una regulación estatal de la materia, el mapa de la educación separada –subvencionada– en España, queda en manos de las decisiones normativas que adopten las respectivas Comunidades Autónomas.

A mi juicio, la educación diferenciada no está proscrita constitucionalmente y con claridad está admitida internacionalmente. Dentro del marco constitucional se permite un amplio abanico: desde que los centros públicos optasen por la enseñanza separada (siempre en condiciones reales de acceso a la prestación educativa a alumnos y alumnas, así como calidad, medios, recursos, etc.) hasta que se impusiera la coeducación incluso en la enseñanza privada no subvencionada, sin que ello constriñese necesariamente la libertad de enseñanza, de los padres y de los centros. Asimismo, como parece la situación actual, los poderes públicos pueden permitir la educación diferenciada, pero en desventaja para las subvenciones respecto de la educación mixta, sin que ello constituya discriminación. Se trata de una decisión legítima que debe adoptar y asumir del legislador en su legítima definición de la política educativa. Y como se ha dicho, hasta hace bien poco había eludido la cuestión y ahora queda en manos de cualquier Comunidad Autónoma a falta de una decisión estatal.

8. 4. EL ACCESO A LA EDUCACIÓN POR LOS EXTRANJEROS Y SU INTEGRACIÓN EDUCATIVA

8. 4. 1. El pleno reconocimiento jurisprudencial del derecho a la educación de los extranjeros

Respecto de la educación de los extranjeros⁹⁷³, las cuestiones básicas que se suscitan son la extensión completa del derecho a la educación a los extranjeros en situación irregular, la identidad de régimen jurídico educativo de extranjeros con los alumnos nacionales y las dificultades de integración e incorporación en el sistema educativo del alumnado extranjero.

⁹⁷³ Recientemente EMBID IRUJO (2004) y PÉREZ VERA (2006), a la sazón magistrada del Tribunal Constitucional que iba a resolver la STC 237/2007. No se ha podido acceder al texto, si bien el título manifiesta una tesis que se vio confirmada por la sentencia. Asimismo, CEBOLLA BOADO y LARIOS PATERNA (2009) dedican una breve monografía al respecto recientemente. El trabajo de Larios (pp. 57 y ss.) es jurídico y afronta la perspectiva de la concentración de inmigrantes como límite a su pleno ejercicio.

Los refugiados y los apátridas sí que tienen internacionalmente reconocido el mismo trato que los nacionales respecto de la educación elemental y en la postobligatoria, cuanto menos, el mismo trato que los extranjeros⁹⁷⁴. Amén del reconocimiento jurídico, en ocasiones como en Alemania se dan barreras reales para el acceso efectivo a la educación por refugiados⁹⁷⁵.

Respecto de los extranjeros irregulares la normativa internacional no parece apoyar la extensión de derechos educativos⁹⁷⁶, incluso se niega de forma expresa⁹⁷⁷. Y España no ha firmado ni ratificado la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares que sí reconoce el acceso a la educación en condiciones igualdad sin perjuicio de la situación de legalidad de los padres (art. 30)⁹⁷⁸ y sólo una recomendación internacional señala la igualdad de los extranjeros irregulares⁹⁷⁹.

⁹⁷⁴ Así, por cuanto a los refugiados en razón del artículo 22 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 28 de julio de 1951 y el artículo 22 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas adoptada el 28 de septiembre de 1954 por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 526 A (XVII), de 26 abril de 1954.

⁹⁷⁵ NACIONES UNIDAS- MUÑOZ VILLALOBOS (2007 a) pp. 17 y ss. En diversos estados federales se excluyen a refugiados del sistema escolar ordinario y se incorporan a sistemas especiales, como la “Escuela de derecho”. Ello genera problemas y disfuncionalidades burocráticas, así como por el hecho de que la inscripción no es obligatoria y los padres de refugiados muchas veces temerosos no siempre quieren registrarse convenientemente. Asimismo la especialidad del sistema les aleja, por ejemplo de la oportunidad de recibir formación profesional

⁹⁷⁶ La Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960 en su artículo 3 contiene diversas previsiones de igualdad de trato de extranjeros y nacionales, si bien, todas pueden ser leídas en clave de extranjeros residentes legales, como es muestra el artículo 3 e) [los Estados Partes se comprometen a: ...] Conceder, a los súbditos extranjeros residentes en su territorio, el acceso a la enseñanza en las mismas condiciones que a sus propios nacionales. ”

⁹⁷⁷ Los tratados ciertamente parecen excluir a los extranjeros que residen ilegalmente. Así, el Anexo a la Carta Social Europea por cuanto al ámbito de aplicación afirma con claridad que “1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, párrafo 4, y en el artículo 13, párrafo 4, las personas a que se refieren los artículos 1 al 17 sólo comprenden a los extranjeros que, siendo súbditos de otras partes contratantes, residan legalmente o trabajen regularmente dentro del territorio de la parte contratante interesada, entendiéndose que los artículos precitados se interpretarán a la luz de las disposiciones contenidas en los artículos 18 y 19. ” Ahora bien, “Esta interpretación no excluye la extensión de derechos análogos a otras personas por una parte contratante cualquiera. ”

⁹⁷⁸ Convención en el marco de Naciones Unidas (Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990). El estado de firmas y ratificaciones disponible en <http://goo.gl/sltuD>

⁹⁷⁹ La Recomendación (aprobada en el 65 período de sesiones del Comité, 4 de mayo de 2005), del Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial afirma que se reconoce el derecho a la educación a todos los niños con independencia de la situación administrativa. Ello es secundado –sin valor vinculante alguno– para la Unión Europea por el Comité de expertos de derechos fundamentales en UNIÓN EUROPEA (2005, p. 127).

Al respecto de la materia, cabe mencionar el informe de 2010 sobre migrantes, refugiados y solicitantes de asilo del Relator de Naciones Unidas⁹⁸⁰.

Sin perjuicio de lo que dispongan los tratados internacionales, la STEDH de 13 diciembre 2005, asunto Timishev contra Rusia, ha dejado claro que vulnera el derecho de instrucción negar la educación elemental a un niño porque su padre no reuniera los requisitos administrativos de residencia legal⁹⁸¹. Para ello, el TEDH (nº 64 y ss.) recuerda el valor primordial del derecho a la educación, que “prohíbe negar el derecho a la educación. Esta disposición no tiene excepciones” “No hay duda de que el derecho a la educación garantiza el acceso a la educación elemental que es de primordial importancia para el desarrollo del niño.” (nº 64), por tanto “Su exclusión de la escuela fue por tanto incompatible” (nº 66).

Yendo más allá, en 2007 el Tribunal Constitucional español afirma en plenitud el derecho a la educación del extranjero irregular, también para las enseñanzas no obligatorias, y con ello el acceso a las becas. Sobre la base de la dignidad de la persona y de que el derecho a la educación incluye el acceso a la enseñanza no obligatoria afirma el Tribunal que “el derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE corresponde a “todos”, independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España”⁹⁸². Esta contundente posición cierra cualquier debate constitucional posible. Antes, sólo quedaba clara la no posible diferenciación respecto del ámbito comunitario en razón del TJCE⁹⁸³. En España y según lo expuesto, queda garantizado a todo extranjero legal o ilegal el acceso a la educación obligatoria y postobligatoria, al tiempo del acceso al sistema de becas. Tras la sentencia ha sido suspendida alguna convocatoria de becas que aún arrastra la tradicional exigencia de ser

⁹⁸⁰ NACIONES UNIDAS- MUÑOZ VILLALOBOS (2010). Me permito señalar que, a diferencia de otros de los informes, no se encuentran llamativas reflexiones de naturaleza jurídica o propuestas concretas significativas en este informe.

⁹⁸¹ El padre demandante, checheno en Kabardino-Balkaria, que prohíben a los antiguos residentes de la República de Chechenia obtener la residencia permanente. En 2000 se denegó el acceso a la escuela a sus hijos de nueve y siete años, en Nalchik, porque el padre no pudo presentar su tarjeta de emigrante que tuvo que entregar para recibir la indemnización por los bienes perdidos en Chechenia.

⁹⁸² STC 236/2007, de 7 noviembre, recurso a la Ley Orgánica 4/2000 de extranjería, FJ 8º. El Tribunal Constitucional fundamenta su extensión del derecho sobre la base de los derechos del CEDH, reconocidos “a toda persona dependiente de la jurisdicción de un Estado contratante”. Esta expresión contenida en el art. 1 CEDH, interpretada conjuntamente con el art. 14 CEDH (Caso Irlanda contra Reino Unido, de 18 de enero de 1978, § 238; Caso Príncipe Hans-Adams II de Lichtenstein, de 12 de julio de 2001, § 46), debe entenderse que incluye también a aquellas personas no nacionales que se encuentren en una situación irregular o ilegal.”

⁹⁸³ El Derecho comunitario prohíbe que se puedan exigir derechos de inscripción complementarios a los estudiantes nacionales de otros Estados miembros, así, en *Blaizot c. Universidad de Lieja y otros*, 2 de febrero de 1988, asunto 24/86 (Asunto *Blaizot* contra Universidad de Lieja).

residente para su obtención⁹⁸⁴. También se ha aplicado la sentencia por el TS para permitir que un Decreto catalán ampliase el reconocimiento del derecho a la educación a los no residentes en contra del texto de la Ley orgánica⁹⁸⁵

Cuestión diferente al derecho a la educación del extranjero irregular es que su situación de ilegalidad no queda sanada por el hecho de que estudie, por ejemplo, en la universidad. El derecho a la educación no legaliza la situación de irregularidad de un extranjero⁹⁸⁶.

En otros países, también de la Unión Europea, se mantiene incertidumbre – jurídica- sobre el derecho de acceso a la educación no elemental por los extranjeros en situación irregular⁹⁸⁷. En concreto, en Alemania la escolarización del niño ilegal activa obligatoriamente el sistema de expulsión, con la negativa consecuencia de que los padres evitan tal escolarización para no ser expulsados⁹⁸⁸. Del ámbito del Derecho comunitario europeo cabe recordar que se garantiza el acceso a la enseñanza general o la formación profesional a los hijos de un nacional de un Estado miembro que esté o haya estado empleado en el territorio de otro Estado miembro y residan en el territorio⁹⁸⁹, siendo que el TJCE

⁹⁸⁴ El auto de octubre de 2008 de la Sala 3 de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional sobre la base de la STC suspendió de manera cautelar la resolución de la Secretaría de Estado de Educación y Formación de 6 de mayo de 2008, la cual excluía de la convocatoria de becas a todos los alumnos extracomunitarios que cursasen estudios no obligatorios (Universidad, Bachillerato o Formación Profesional), afectando no sólo a aquellos que están en España en situación irregular, sino también a los que están con permiso de estudios.

⁹⁸⁵ Se trataba del artículo 4.6 del Decreto 188/2001, de 26 de junio, de los extranjeros y su integración social en Cataluña, que se mantiene en la STS de 10 marzo 2009. RJ 2009\2957.

⁹⁸⁶ La STS de 20 abril 1999 (RJ 1999\4527) FJ 2º afirma que “el derecho a la educación reconocido en el artículo 27 de la Constitución no resulta en sí mismo vulnerado por el hecho de que para hacerlo efectivo en España sea menester cumplir con los requisitos establecidos con carácter general por la legislación vigente para la estancia en este país por parte de los extranjeros.”

⁹⁸⁷ Como recuerda la relatora especial para la educación, en 37 países el derecho a la educación está oficialmente limitado a los ciudadanos y residentes, entre ellos Chipre, Eslovaquia, Eslovenia, Grecia, Hungría, Luxemburgo y República Checa. Al respecto de algunos de estos –y otros países de la Unión- cabe seguir las medidas adoptadas en los informes del Comité de expertos de 2005 y 2006. Así, TOMASEVSKI (2003, p. 8).

⁹⁸⁸ NACIONES UNIDAS- MUÑOZ VILLALOBOS (2007 a) N° 72: “272. [...] los niños ilegales son completamente excluidos del sistema escolar obligatorio en la mayoría de los estados federales. Esto se agrava por el hecho de que los directores tienen el deber de llamar a la oficina de inmigración si reciben información sobre un niño ilegal, que tiene graves consecuencias sobre el derecho a la educación de los niños, porque las familias con una situación de residencia ilegal tienen que hacer frente a la amenaza de que un director puede llamar a la oficina de inmigración si intentan enviar a sus hijos a la escuela.”

⁹⁸⁹ Artículo 12 Reglamento n° 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad: “Los hijos de un nacional de un Estado miembro que esté o haya estado empleado en el territorio de otro Estado miembro serán admitidos en los cursos de enseñanza general, de aprendizaje y de formación profesional en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado, si esos hijos residen en su territorio.”

en su sentencia del Pleno, de 17 septiembre 2002 ha perfilado el alcance de este precepto en un sentido bastante extensivo⁹⁹⁰.

8. 4. 2. Datos básicos y problemas que suscita el fenómeno de la extranjería en la educación

Amén de la extensión y alcance del derecho, como se ha adelantado, uno de los problemas básicos es el de la integración del alumnado extranjero.

El número de alumnos extranjeros en la educación no universitaria se ha multiplicado por diez en diez años, siendo un 11,6 % en 2007, si bien un 9,6 en 2009-2010 (15,9 en Baleares o La Rioja, 3,3% Extremadura)⁹⁹¹. Se ha pasado de 107.303 alumnos en 1999-2000 a 762.746 en 2009-2010⁹⁹². En 1998 la población nacida en el extranjero representaba el 3% de la población residente total. Este porcentaje se ha prácticamente cuadruplicado en 2007, situándose en 11,6% en 2007, llegando al 14,1% en 2011⁹⁹³.

De 63.044 extranjeros en el curso 96-97 a 608.040 en 2006-2007 y 754.757 en 2008-9 (últimos datos). En 2007, enseñanza Infantil, primaria y ESO se detectan los mayores ascensos, algo más atemperados en Bachillerato (de 5.490 a 25.382). Por Comunidades Autónomas varían las ratios, sobre una media de 8,4% nacional. Baleares, Madrid, Cataluña o Comunidad Valenciana superan

Los Estados miembros fomentarán las iniciativas que les permitan seguir los mencionados cursos en las mejores condiciones”.

⁹⁹⁰ Así, ha afirmado que “1 Los hijos de un ciudadano de la Unión Europea que se han instalado en un Estado miembro, mientras su progenitor ejercía su derecho a residir como trabajador migrante en dicho Estado miembro, tienen derecho a residir en su territorio para seguir en él cursos de enseñanza general, de conformidad con el artículo 12 del Reglamento (CEE) núm. 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad. A este respecto, no tienen ninguna relevancia que los padres se hayan divorciado entre tanto, que sólo uno de sus progenitores sea ciudadano de la Unión y dicho progenitor ya no sea trabajador migrante en el Estado miembro de acogida o que los hijos no sean ellos mismos ciudadanos de la Unión.

2 Cuando los hijos disfrutan del derecho a residir en un Estado miembro de acogida para seguir en él cursos de enseñanza general de conformidad con el artículo 12 del Reglamento núm. 1612/68, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que permite al progenitor que tenga efectivamente la custodia de dichos hijos, con independencia de su nacionalidad, residir con ellos de forma que se facilite el ejercicio de ese derecho, aunque, entre tanto, los padres se hayan divorciado o el progenitor que tenga la condición de ciudadano de la Unión Europea ya no sea trabajador migrante en el Estado miembro de acogida.”

⁹⁹¹ MEC (2010 b), p. 7).

⁹⁹² *Idem*.

⁹⁹³ Según el INE 2011, a primero de enero de 2011 residían en el país casi 6,7 millones de personas nacidas fuera de sus fronteras (de los cuales casi un millón habían adquirido la nacionalidad española).

dicha media con diferencia respecto de Extremadura, Galicia o Asturias que no alcanzan el 4%. En 2010, el alumnado extranjero procede mayoritariamente de América Latina (38,7%), de Europa (28,5%) y África (21,9 %).

Entre los problemas más importantes debe señalarse:

- el racismo en la escuela, que es una realidad⁹⁹⁴: dos tercios de los alumnos rechazan trabajar junto a marroquíes y gitanos y casi la mitad de los adolescentes españoles (un 46%) están nada o poco dispuestos a trabajar con un latinoamericano. Y más de la mitad rechazaría a un judío como compañero de pupitre. Los mejor aceptados son los europeos occidentales y los estadounidenses.

Del lado algo más positivo, más del 90% de los estudiantes de secundaria no apoya a los grupos que promueven la xenofobia o la violencia contra marroquíes, gitanos y judíos, aunque sigue habiendo un 8% que declara abiertamente su simpatía por ellos.

- un fracaso escolar más acuciante. La puntuación en el Informe PISA 2006 (último accesible) revela datos de los extranjeros es 55 puntos inferior a la de sus compañeros nativos. Y el Defensor del Pueblo señala los resultados académicos significativamente peores.⁹⁹⁵,

- son víctimas del acoso en doble medida que los nacionales. El alumno extranjero duplica en porcentaje a la del alumnado autóctono en el padecimiento de conductas de exclusión social y de la forma más grave de amenazas, como es la de la conducta de amenaza con armas.⁹⁹⁶.

- Las divergencias religiosas del alumnado, en especial el inmigrante, también es un elemento a tener en cuenta⁹⁹⁷.

Los factores que inciden en los particulares problemas del alumnado extranjero son diversos⁹⁹⁸, si bien, entre los más importantes son la dificultad del

⁹⁹⁴ *El País*, Jueves, de 24 de junio de 2008, “Dos tercios de los alumnos rechazan trabajar junto a marroquíes y gitanos”, con referencia a un estudio del Observatorio Estatal de Convivencia Escolar, organismo del Ministerio de Educación.

⁹⁹⁵ Así, en DEFENSOR DEL PUEBLO (2003 a), p. VIII).

⁹⁹⁶ Así, DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 a), p. 254).

⁹⁹⁷ SÁNCHEZ FERRIZ y ELÍAS (1995).

⁹⁹⁸ DEFENSOR DEL PUEBLO (2003 b), pp. 9 y ss.). Se señalan los diversos factores, a saber: dominio de la lengua autóctona, tiempo que se lleva residiendo en España, edad, nivel de escolarización previa, nacionalidad o área de origen, “parámetros culturales”, entorno familiar, ambiente social, actitudes del profesorado. Y se señala que “Del análisis conjunto de todas las opiniones del profesorado, se puede concluir que por encima de todos estos factores habría que destacar otros dos, de los que en gran medida dependen todos los anteriormente señalados que son: el número de alumnas y alumnos

idioma, así como, especialmente, la concentración de extranjeros en centros públicos y especialmente en contextos sociales más conflictivos y la falta de recursos adecuados.

8. 4. 3. Algunas propuestas de solución y tratamiento jurídico del fenómeno. Especial atención al fenómeno de la concentración y la integración tardía

Para el Defensor del Pueblo las soluciones propuestas pasan, básicamente, porque la integración plena sea un objetivo prioritario, un conocimiento particular de este alumnado, su redistribución equilibrada en los centros públicos y privados del sistema educativo, la formación del profesorado, materiales didácticos específicos, el apoyo específico lingüístico, ampliación de horarios y servicios de los centros, el aseguramiento de la escolarización en la ESO niñas de algunos países donde parece existir algún riesgo; el fortalecimiento de los contenidos transversales para la integración y, sobre todo, la potenciación en la población española de la necesaria integración⁹⁹⁹. Algunas de estas propuestas tienen su eco en la normativa autonómica¹⁰⁰⁰.

Un problema particular es el de la concentración de extranjeros en determinados centros, por lo general, públicos¹⁰⁰¹, que ahora se aborda en general si bien está conectado con la cuestión de la segregación de gitanos que se analiza *infra*¹⁰⁰². La recepción de extranjeros es muy desigual, suponiendo un 10, 2% del alumnado en centros públicos (10, 2%) que en centros privados (4,6%). En 2008-2009 el 82% de los extranjeros van a centros públicos y un 14,1% a la enseñanza concertada y un 3,8% a la privada¹⁰⁰³. Como desde hace años subraya el Defensor del Pueblo, importantes capas de la sociedad parecen querer huir de

inmigrantes que acoge el centro y la existencia de recursos –materiales y personales- suficientes (Cuesta Azofra, 2000). ”

⁹⁹⁹ De todo interés, ver DEFENSOR DEL PUEBLO (2003 b), pp. 261 y ss. recomendaciones).

¹⁰⁰⁰ Por ejemplo, la Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana, artículo 35, Integración social del alumnado.

¹⁰⁰¹ Como se ha señalado recientemente LARIOS PATERNA (2009) dedica su atención sobre el particular, en especial, pp. 75 y ss. En todo caso, como a continuación se sigue, ha sido el Defensor del Pueblo –e instituciones afines- quienes más atención han prestado a la materia. Sobre el tema es de interés también el Informe extraordinario de 2008 del Sindic de Greuges de Catalunya, *La segregación escolar en Catalunya*, de 135 páginas, disponible en <http://goo.gl/81BMB>

¹⁰⁰² *Infra*: “Las particularidades respecto de alumnos gitanos, presos y trabajadores”.

¹⁰⁰³ Este dato concreto en MEC 2010, p. 7.

los extranjeros y los centros concertados parecen situarse como un refugio¹⁰⁰⁴. Internacionalmente, se apuesta por medidas contundentes que eviten la concentración de alumnos extranjeros¹⁰⁰⁵. También el Defensor del Pueblo propone diversas medidas¹⁰⁰⁶:

“Debe evitarse la concentración excesiva de alumnado de origen inmigrante y con mayor motivo aún si ésta se produce en centros educativos en los que se dan circunstancias económicas y sociales que exigen medidas de compensación educativa adicionales a las que de por sí exige la escolarización de este tipo de alumnado. Hay que supervisar con extrema atención los procesos de admisión de alumnos en centros sostenidos con fondos públicos para que se respeten los criterios previstos en las normas y que tanto el sector de titularidad pública como el de titularidad privada-concertada asuman la responsabilidad que les corresponde de acuerdo con el peso específico que tienen en el sistema educativo.” “Si las circunstancias lo requieren, deben introducirse en ese régimen de admisión de alumnos las medidas preventivas o cautelares precisas para garantizar esta adecuada distribución del alumnado.” Incluso “medidas proporcionadas de limitación del derecho a la libre elección de centro educativo para que la suma de voluntades individuales no impida o dificulte el pleno ejercicio del derecho a la educación.”

Y, en consecuencia, recomienda:

- Informar, mediante campañas específicas o cualquier otro medio que se estime suficiente, a los colectivos inmigrantes o a sus organizaciones representativas sobre la gratuidad de la escolarización en centros privados-concertados en los niveles de escolarización obligatoria y de la identidad de los criterios de admisión de alumnos en estos centros y en los centros de titularidad pública.

- Incrementar el control de las autoridades educativas sobre el proceso de admisión de alumnos en centros sostenidos con fondos públicos a fin de garantizar su transparencia y la adecuación a las normas que lo regulan.

- Adoptar las medidas normativas y organizativas precisas para que la escolarización de alumnos de origen inmigrante en centros privados concertados responda al peso específico de este sector en el conjunto de la oferta de plazas en los niveles de educación objeto de concierto.

- Arbitrar las medidas necesarias, a través de cupos de reserva u otras similares, que posibiliten una equilibrada distribución del alumnado de origen inmigrante entre los distintos centros educativos, con independencia de su titularidad.

¹⁰⁰⁴ Ver, DEFENSOR DEL PUEBLO (2003 a), pp. 409 y ss., en concreto 414 y ss.).

¹⁰⁰⁵ Las preocupaciones en el ámbito internacional son similares. Así, NACIONES UNIDAS-MUÑOZ VILLALOBOS (2004, pp. 20 y ss.) n° 88, 89, 90 y 100.

¹⁰⁰⁶ El Defensor del Pueblo es claro en DEFENSOR DEL PUEBLO (2003 a), pp. VI-VII).

- Establecer, cuando existan razones que lo justifiquen, limitaciones al derecho a la libre elección de centro, debidamente proporcionadas al fin que se pretende conseguir, cuando la concentración de alumnado de origen inmigrante, por sí misma o por su coincidencia con otros colectivos de alumnos precisados de medidas de apoyo o de compensación educativa o con las circunstancias del centro educativo o su entorno socioeconómico, impidan o dificulten gravemente el adecuado desenvolvimiento del servicio educativo.”¹⁰⁰⁷.

En muchas ocasiones, y especialmente en su incorporación, el alumnado extranjero tiene necesidades educativas especiales. A este respecto, la LOE afirma la equilibrada distribución de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo (art. 84 y especialmente art. 87 LOE), estableciendo proporciones que deban ser escolarizados en cada centro, garantizando los recursos necesarios (art. 87. 1º LOE). Como garantía del proceso de escolarización de estos alumnos, se pueden reservar plazas de centros públicos y privados, así como autorizar hasta un 10% el número máximo de alumnos para garantizar las necesidades de incorporación tardía (art. 87. 2º LOE). Ello tiene reflejo en la normativa autonómica¹⁰⁰⁸.

La integración tardía en el sistema educativo es uno de los grandes retos respecto de este colectivo¹⁰⁰⁹. Debe favorecerse la incorporación de los mismos y “en todo caso” debe garantizarse en la edad de escolarización obligatoria (Art. 78. 1º LOE). La incorporación debe hacerse “atendiendo a sus circunstancias, conocimientos, edad e historial académico” (Art. 78. 2º LOE) y deben existir programas específicos para los alumnos que presenten graves carencias lingüísticas o en sus competencias o conocimientos básicos, a fin de facilitar su integración en el curso correspondiente (art. 79 LOE). No en vano, y como se verá, el derecho a la educación debe satisfacerse en lengua comprensible al alumno. Especialmente polémicas son las medidas de educación segregadora de extranjeros, previa a su incorporación ordinaria, como en Cataluña¹⁰¹⁰. Son medidas no habituales en Europa. La vía de la segregación sólo se da en países

¹⁰⁰⁷ DEFENSOR DEL PUEBLO (2003 b), pp. 265-266, recomendaciones).

¹⁰⁰⁸ Así, por ejemplo, artículo 30. 4º del Decreto 33/2007, de 30 de marzo, del Consell de la Comunitat Valenciana y en su desarrollo, artículo 41 sobre Escolarización sobrevenida de la Orden del Conseller de Cultura, Educación y Deporte, de 27 de abril de 2007.

¹⁰⁰⁹ Téngase en cuenta que un español que haya vivido fuera puede reunir las mismas necesidades especiales que el extranjero.

¹⁰¹⁰ Se ha suscitado polémica por cuanto se trate de una educación segregadora la medida en Cataluña de crear “Espacios de Bienvenida Educativa”, centros previos a la escolarización ordinaria del alumnado para aquellos inmigrantes mayores de ocho años que presenten mayores dificultades lingüísticas y culturales y que quieran acceder al sistema educativo a mitad de curso, permanecen el los mismos hasta nueve meses. La cuestión ha sido profunda y ampliamente analizada por SINDIC DE GREUGES DE CATALUÑA (2008).

con un índice bajo de inmigración, como Finlandia (un 2,3% de la población en 2007) donde se da la segregación por seis meses y se propone ampliarlo a un año o dos para ser más efectivo. En otros países las medidas son las clases de “equiparación de nivel” en Francia, clases adicionales en Reino Unido, o el refuerzo fuera de los centros en Alemania, aunque con mucha variedad.¹⁰¹¹ A mi juicio, estas medidas *a priori* no son inconstitucionales siempre que no tengan otras finalidades encubierta, sino precisamente un medio transitorio para el logro de una mejor integración y eficaz disfrute del derecho a la educación del extranjero. El relator de Naciones Unidas para el derecho a la educación ha señalado que las medidas de segregación generan discriminación¹⁰¹².

Finalmente, ya respecto de las enseñanzas universitarias, son habituales los problemas por la exigencia de pruebas de acceso en España. Ello ya no se da para alumnos procedentes de la Unión Europea o de países con acuerdos internacionales ex art. 38. 5º LOE. Aun felicitándose por este avance normativo, el Defensor del Pueblo sí que insiste en el sistema obsoleto de baremación de calificaciones según el sistema de procedencia¹⁰¹³. Ello adquiere ahora más importancia si cabe tanto para españoles como para extranjeros, en competencia por la plaza en razón de sus calificaciones. Así, especialmente sucede en el caso de Ciencias de la Salud, donde la convergencia con alumnos de otros países parece sentirse negativamente por los españoles en razón de la conversión de calificaciones que parece privilegiar a extranjeros de algunos países¹⁰¹⁴.

¹⁰¹¹ Se sigue la información de “La segregación no tiene aliados”, en *El País*, de 21 de julio de 2008.

¹⁰¹² NACIONES UNIDAS- MUÑOZ VILLALOBOS (2010) nº 38, p. 12.

¹⁰¹³ DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 a), p. 401). Al respecto cabe tener en cuenta el sistema de calificaciones europeo, desarrollado por el Real Decreto 1125/2003, de 5 de septiembre, que estableció el sistema europeo de créditos y el sistema de calificaciones en las titulaciones universitarias de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional, señalando expresamente la escala numérica aplicable a los resultados obtenidos por cada alumno, junto a su correspondiente calificación cualitativa. No obstante, se insiste en la necesidad de un sistema único no sólo para el Espacio Europeo de Educación Superior. La cuestión se retoma especialmente en DEFENSOR DEL PUEBLO (2008, pp. 645 y ss.).

¹⁰¹⁴ DEFENSOR DEL PUEBLO (2008, pp. 645 y ss.). Respecto de países bastante “generosos” en tales calificaciones, pp. 645 y ss., sobre quejas de no admitidos en estas ramas, (07023152, 07023274, 07028290, 07028431, 07028749, 07029899, 07035548, etcétera). La aplicación de las instrucciones contenidas en la mencionada Resolución de 7 de mayo de 2007 ha originado también numerosas quejas, que señalaban la incidencia negativa que ha tenido en el proceso de admisión 2007-2008 para los alumnos procedentes del sistema español, que aspiraban a obtener plaza en los centros con mayor demanda, al considerar que favorece especialmente a los estudiantes que proceden de sistemas académicos en los que los cursos previos a la universidad adolecen objetivamente de menor dificultad académica. Ob. cit. p. 647, refs: (07017773, 07021757, 07022507, 07023074, 07023153, etcétera).

8. 5. ACCESO EFECTIVO A LA EDUCACIÓN POR DISCAPACITADOS Y EL –NUEVO- DERECHO FUNDAMENTAL A UNA EDUCACIÓN INCLUSIVA E INTEGRADORA

8. 5. 1. El reciente reconocimiento internacional de la educación integradora y las medidas que implica

Las personas con discapacidad constituyen la minoría más extensa del mundo, alrededor del 10 por 100 de la población mundial, es decir, 650 millones de personas, padece algún tipo de discapacidad¹⁰¹⁵ y entre un 15 y un 20% de todos los alumnos tienen necesidades especiales en algún momento de su itinerario educativo¹⁰¹⁶. Hasta 2006 las referencias a los discapacitados en los tratados internacionales eran bien escasas. La CDN en su artículo 23 sobre niños con discapacidad, impone la obligación del Estado de velar por que el niño discapacitado “tenga un acceso efectivo a la educación, la capacitación [...] y reciba tales servicios con el objeto de que el niño logre la integración social y el desarrollo individual” La Carta Social Europea sí que reconoce el derecho a la formación profesional en su artículo 15. En el marco de la Carta Social Europea destaca la condena a Francia por discriminación por no adoptar las medidas educativas suficientes respecto de los autistas¹⁰¹⁷. También, importantes documentos internacionales programáticos desde 1990 prestan atención a la educación inclusiva¹⁰¹⁸:

Así, la Conferencia Mundial sobre la Educación para Todos, celebrada en Jomtien (Tailandia), en 1990, donde se estableció el objetivo bien conocido en la actualidad de la “educación para todos”, a fin de promover la igualdad y el acceso universal a la educación. En 1993 se dio un paso más con la aprobación de las “Normas Uniformes

¹⁰¹⁵ DEFENSOR DEL PUEBLO (2008, p. 758)..

¹⁰¹⁶ NACIONES UNIDAS- MUÑOZ VILLALOBOS (2007 b) Ahí se cita el trabajo de Jonsson, Ture, Wiman, Ronald. *Education, Poverty and Disability in Developing Countries*, Poverty reduction sourcebook, junio, 2001, p. 11, donde se señala que “entre los 500 y 600 millones de personas (de los que 120 a 150 millones son niños, y de ellos entre el 80 y el 90% vive en la pobreza en los países en desarrollo)”.

¹⁰¹⁷ Decisión de fondo de 4 de noviembre de 2003, Reclamación nº 13/2002, Autismo-Europa vs. Francia. El Comité concluye que la situación de Francia viola los artículos 15. 1º y 17. 1º de la Carta Social europea. Se alegaba que los niños y adultos autistas eran discriminados por no disfrutar el derecho a la educación reconocido para las personas con discapacidad. El Comité (nº 54) considera que en Francia no se han dado los avances suficientes, especialmente fija la atención en que la proporción de autistas escolarizados sigue siendo “extremadamente débil y significativamente inferior a la proporción verificada en el supuesto de los demás niños, discapacitados o no” y que “existe una insuficiencia crónica de estructuras de acogida o de apoyo para autistas adultos.” Se sigue de JIMENA QUESADA (2007, pp. 211-230).

¹⁰¹⁸ Sobre el tema, recientemente, LÓPEZ TORRIJO (2009).

sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad”, que se centran, como indica su título, en la igualdad de oportunidades y la participación de las personas con discapacidad en todos los aspectos de la sociedad. En 1994 se aprobó la “Declaración de Salamanca de principios, política y práctica para las necesidades educativas especiales” de la UNESCO, en la que se afirmaba la necesidad de impartir enseñanza a todos los alumnos dentro del sistema común de educación. En concreto, en su párrafo 2 se afirma: “Las escuelas ordinarias con esta orientación integradora representan la medida más eficaz para combatir las actitudes discriminatorias, crear comunidades de acogida, construir una sociedad integradora y lograr la educación para todos”.

En el Foro Mundial sobre la Educación, celebrado en Dakar, del 26 al 28 de abril de 2000, se reiteró la necesidad de centrarse en el acceso a la educación y la inclusión de los alumnos de entornos desaventajados y marginados. Para alcanzar esta meta, en el comentario detallado del Marco de Acción de Dakar se hace hincapié en que “los sistemas educativos deberán ser integrales, buscando activamente a los niños que no estén matriculados y atendiendo con flexibilidad a la situación y las necesidades de todos los educandos” (párr. 33).

En 2006 el TEDH ha dejado al ámbito de discrecionalidad del Estado el tratamiento de las necesidades especiales tanto en centros ordinarios como en centros especiales¹⁰¹⁹:

“En cuanto a los alumnos con necesidades particulares, el Tribunal admite que la elección entre escuelas únicas para todos, estructuras muy especializadas y estructuras unificadas con secciones especializadas no es fácil y que ninguna solución parece ideal; se trata de un ejercicio difícil de equilibrio entre los distintos intereses en juego. Conviene aquí recordar que, teniendo en cuenta el margen de apreciación de que disponen los Estados en materia de educación, no se puede prohibir la creación de escuelas diferentes para niños con dificultades o el establecimiento de programas de formación especiales para responder a las necesidades especiales.”

Podría discutirse el derecho a la educación inclusiva para los discapacitados, que conlleva que la educación especial sea excepcional y residual. Sin embargo, en diciembre de 2006, la Asamblea General en su resolución 61/106 aprobó la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Y aunque muy pocos países del mundo la han ratificado, sí que lo ha hecho España (sólo Hungría y Croacia de la Unión Europea) y está en vigor¹⁰²⁰. Ahí no se garantiza cualquier educación, sino una educación inclusiva.

¹⁰¹⁹ La STEDH de 7 febrero 2006, asunto D. H. y otros contra la República checa Apartado 47.

¹⁰²⁰ Convención ratificada el 30 de marzo de 2007 (BOE 21 abril 2008) y se encuentra en vigor desde 2008 en razón de superar las 20 ratificaciones, aunque son pocas más con las que cuenta. Estado de ratificaciones en <http://goo.gl/r30Qt>

Su amplio artículo 24 reconoce expresamente el derecho a la educación de las personas con discapacidad, garantizando su no exclusión del sistema de educación general, en concreto de la enseñanza primaria y secundaria gratuita y obligatoria, con calidad y en pie de igualdad con otros. Asimismo, se ha de asegurar el acceso general a la educación terciaria, capacitación profesional, educación para adultos y aprendizaje durante toda la vida sin discriminación y en pie de igualdad con otros.

Una muestra más de la emergencia de la materia es que en 2007 se publica un informe específico del Relator de Naciones Unidas sobre el derecho a una educación inclusiva. Ahí se afirma “la posibilidad de que todos los niños, niñas y adolescentes, independientemente de sus condiciones o diferencias, aprendan juntos”¹⁰²¹. Y se afirma, a su vez, que este derecho se niega en el mundo de forma desproporcionada¹⁰²². En el informe se señalan distintos elementos básicos a seguir¹⁰²³:

- a) Reconocer la educación inclusiva como derecho
- b) Identificar normas comunes en relación con el derecho a la educación
- c) Establecer las normas mínimas en relación con los factores determinantes subyacentes del derecho a la educación
- d) Garantizar un plan de transición
- e) Determinación de las personas a las que corresponde cumplir las obligaciones y responsabilidades que les corresponden
- f) Suministro de recursos
- g) Establecimiento de mecanismos de vigilancia y evaluación.”

Y el Relator concluye con no pocas recomendaciones de todo interés, entre otras, la capacitación de profesionales, alentar a las personas con discapacidad a capacitarse como maestros, transferir a estudiantes de educación especial a clases ordinarias con apoyo, garantizar la participación de los estudiantes con discapacidad, intentar lograr clases más reducidas, al ser más eficaces, revisar los planes de estudios conforme las mejores prácticas, asegurar la accesibilidad de las instalaciones escolares¹⁰²⁴

¹⁰²¹ NACIONES UNIDAS- MUÑOZ VILLALOBOS (2007, p. 2).

¹⁰²² *Ibidem*, p. 5, nº 7: “7. Es indiscutible que las personas con discapacidad de ambos sexos y de todas las edades tienen derecho a la educación. Lamentablemente también es indiscutible que en la actualidad está muy generalizada la práctica de no reconocer este derecho a un número desproporcionado de personas con discapacidad de ambos sexos y de todas las edades en la mayor parte del mundo. ”

¹⁰²³ *Ibidem*, p. 5, nº 7.

¹⁰²⁴ “Conclusiones”, en *Ibidem*, nº 84 y ss. pp. 24 y ss.

8. 5. 2. El nuevo derecho fundamental en España y su proyección jurídico normativa

En razón de la ratificación por España de este Convenio de 2006 y su entrada en vigor, el derecho a la educación del artículo 27 CE se traduce *vía* artículo 10. 2º CE en el derecho a una educación inclusiva que hace de la educación especial segregada una excepción residual. Se niega constitucionalmente, por tanto, el paradigma de la educación segregada¹⁰²⁵. Ahora bien, la educación separada en todo caso sigue existiendo como en el caso de la enseñanza del Brille que puede ser en una escuela separada¹⁰²⁶.

Este nuevo derecho tiene un componente prestacional esencial, puesto que no sólo se trata de integrar a los discapacitados en las escuelas ordinarias, sino que exige el apoyo adicional. De lo contrario, cuando la integración se confunde con inclusión el resultado es el aislamiento del alumno en el sistema ordinario¹⁰²⁷. Y se subraya el problema que surge cuando “los estudiantes con discapacidad son ubicados simplemente en las escuelas regulares sin el apoyo adicional requerido para atender sus necesidades individuales. La “integración” de los estudiantes con discapacidad sin plena inclusión puede llevar al aislamiento del estudiante y, en último término, constituir un obstáculo para atender las necesidades educacionales de todos los estudiantes.”¹⁰²⁸ La reciente STS de 9 de mayo de 2011¹⁰²⁹ considera la lesión del derecho fundamental a la educación por la falta de medios en un centro de educación especial por el incumplimiento de las exigencias normativas. Pero lo hace porque el afectado es un discapacitado con falta de medios en un centro de atención especial¹⁰³⁰. Bien es cierto que las exigencias prestacionales son más intensas al respecto de un discapacitado, no obstante, se integran con mucha mayor claridad en el contenido del derecho a la educación cuando se trata de la educación inclusiva,

¹⁰²⁵ En palabras del relator NACIONES UNIDAS- MUÑOZ VILLALOBOS (2007 b), p. 7, nº 11.

¹⁰²⁶ NACIONES UNIDAS- MUÑOZ VILLALOBOS (2007 b) nº 40, p. 15.

¹⁰²⁷ *Ibidem*, nº 40, p. 15.

¹⁰²⁸ *Idem*.

¹⁰²⁹ STS de 9 mayo 2011. RJ 2011\4100.

¹⁰³⁰ FJ 8º: “otra bien diferente que esos mismos criterios deban trasladarse sin más a supuestos tan singulares como el que aquí tenemos. Porque, ciertamente, es singular la situación de los niños con TEA. Por padecerlo se encuentran en una posición de desigualdad de partida que les hace acreedores de una respuesta de las Administraciones educativas adecuada a sus necesidades, bien particulares. No es la suya, por tanto, una situación comparable a la de los ciudadanos frente a los que, en principio, cabe hacer valer límites a sus pretensiones como los que menciona la sentencia. En este caso, los poderes públicos deben hacer frente a una exigencia cualificada desde el punto de vista constitucional: la propia del derecho a la educación del artículo 27 de la Constitución, reforzada por el principio de protección de los discapacitados que enuncia su artículo 49 y, sobre todo, por el mandato de su artículo 9.2 de remover los obstáculos a una plena igualdad.”

puesto que sin medios suficientes pasa a ser una entelequia. Sin embargo, en el caso juzgado era un centro de atención especial y el criterio de la discapacidad en sí no puede ser el que determine que se trate o no de una lesión del derecho fundamental o de la legalidad ordinaria.

La normativa española en la materia de discapacidad a tener en cuenta es muy prolija e incide más o menos directamente en el ámbito educativo¹⁰³¹.

a) La educación especial en las enseñanzas no universitarias

Para las enseñanzas no universitarias la LOE sitúa entre los alumnos necesitados específicamente de apoyo al “Alumnado que presenta necesidades educativas especiales” (arts. 73 y ss.), esto es, quienes padecen circunstancias de discapacidad o diferente capacidad psíquica o sensorial o que manifiesten trastornos graves de conducta. Su escolarización se “regirá por los principios de normalización [o integración escolar¹⁰³²] e inclusión y asegurará su no discriminación y la igualdad efectiva en el acceso y la permanencia en el sistema educativo”. También se afirman y definen en el Real Decreto 334/1985, de 6 de marzo, de Ordenación de la Educación Especial los principios de sectorización¹⁰³³ e individualización¹⁰³⁴.

La escolarización en centros de educación especial era “excepcional” y previo informe motivado (art. 13 sobre educación infantil del derogado Real Decreto 696/1995), esto es, “sólo se llevará a cabo cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios.” (art. 74 LOE, art. 1 Real Decreto 334/1985, de 6 de marzo, de Ordenación de la Educación Especial.). Periódicamente se evaluarán los resultados para revisar la modalidad de escolarización a fin de la mayor

¹⁰³¹ Así, la Ley 13/1982, Ley 51/2003, Ley 27/2007, Ley 49/2007. Entre la normativa de desarrollo, de interés es el Real Decreto 505/2007, el Real Decreto 1494/2007; el Real Decreto 366/2007; Real Decreto 1417/2006; Real Decreto 1414/2006 y Real Decreto 1865/2004.

¹⁰³² Real Decreto 334/1985, de 6 de marzo, de Ordenación de la Educación Especial, Exposición de motivos: “Conforme al principio de normalización, las personas disminuidas no deben utilizar ni recibir servicios excepcionales más que en los casos estrictamente imprescindibles. Consecuentemente con ello, ha de tenderse a que dichas personas se beneficien, hasta donde sea posible, del sistema ordinario de prestaciones generales de la comunidad, integrándose en ella. La aplicación del principio de normalización, en el aspecto educativo, se denomina integración escolar.”

¹⁰³³ “El principio de sectorización, por su parte, implica acercar y acomodar la prestación de los servicios en este caso, educativos al medio en que el disminuido desarrolla su vida; lo que supone ordenar esos servicios por sectores geográficos, de población y de necesidades.

¹⁰³⁴ Finalmente, “el principio de individualización de la enseñanza se concreta en que cada educando disminuido reciba precisamente la educación que necesita en cada momento de su evolución.”

integración. El derecho a la educación de este alumnado se extiende a todos los niveles y educaciones que sean posibles, regulándose la educación primaria, ESO y bachillerato y en la formación profesional reglada.

La permanencia puede extenderse hasta los veintiún años. Para el caso de no poderse lograr los objetivos de la educación obligatoria (primaria, ESO) se fomentarán su integración sociolaboral con programas de garantía social con ofertas adecuadas para ellos, con reserva de plazas en la formación profesional (art. 75 LOE). También hay que tener en cuenta las exigencias de accesibilidad y el cumplimiento de la legislación al respecto (art. 110 LOE). El reciente Real Decreto 1146/2011, de 29 de julio que permite todos los alumnos al finalizar la ESO, si no obtienen el título de Graduado, reciban un certificado oficial sobre su escolaridad y el nivel de adquisición de las competencias básicas alcanzadas que tendrá carácter oficial y validez en toda España.

La implantación del resto de las novedades será obligatoria a partir del curso 2012-2013 aunque las administraciones educativas podrán adelantar su implantación en el próximo curso 2011-2012.

b) La educación especial en las enseñanzas universitarias

En el ámbito universitario, la LOU ha aumentado las previsiones normativas anteriores¹⁰³⁵. Ahora se incluyen referencias específicas: la no discriminación en el ingreso en los centros, permanencia en la Universidad y ejercicio de sus derechos académicos (artículo 46.2 *b* LOU) así como una extensa Disposición Adicional 24ª LOU que recuerda el principio de no discriminación e igualdad de oportunidades, incluye diversos mandatos genéricos y reenvía a normativa diversa.

La Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, establece medidas para garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Asimismo, la gratuidad de la enseñanza universitaria se reconoce desde la Ley 13/1982, de 7 de abril, también de forma

¹⁰³⁵ Y es que la anterior LRU (Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria) no hacía especial referencia a la situación de discapacidad. No obstante, el –ya derogado– Real Decreto 696/1995, de 28 de abril, de Ordenación de la Educación de los alumnos con necesidades educativas especiales concretas exigía las adaptaciones para las pruebas de acceso a la universidad y una reserva de “hasta un 3%” de plazas para discapacitados.

expresa en la LOU, que en su reforma de 2007 ya la vincula a la superación del 33 % de discapacidad. En esta Disposición adicional 24ª destaca su apartado sexto por cuanto reconoce “el derecho a la exención de tasas y precios públicos”. Asimismo, cabe hacer referencia a la mención legal de la adopción de “medidas de acción positiva”. Esta expresión legal puede reforzar la legitimación constitucional de estas medidas, así como el respecto de los derechos humanos y los principios de accesibilidad universal en los planes de estudios

El Defensor del Pueblo ha venido recomendando desde 1994 que se adopten medidas para garantizar el acceso a la universidad, así como respecto de la valoración de la situación económico-familiar de los solicitantes de una beca o ayuda para estudios universitarios¹⁰³⁶. Particularmente ha puesto su atención en los últimos años en la gratuidad de los estudios universitarios para los discapacitados y su real vigencia en las universidades¹⁰³⁷.

Al Defensor del Pueblo llegan diversos supuestos de problemas con el transporte escolar en la enseñanza no obligatoria, como barrera de acceso a la misma¹⁰³⁸, de dificultades para la educación inclusiva en centros en el extranjero no preparados para ello¹⁰³⁹ o deficiencia en las instalaciones y dotaciones en la educación especial o en los centros ordinarios de inclusión.

Cabe señalar que España cuenta con el primer europeo con síndrome de Down que ha obtenido dos títulos universitarios, amén de sus reconocimientos como actor¹⁰⁴⁰.

8. 6. LAS PARTICULARIDADES RESPECTO DE ALUMNOS GITANOS

¹⁰³⁶ Así se ha señalado cuando el solicitante o algún familiar esté afectado de minusvalía, así como la preferencia para obtener beca a los solicitantes en cuya familia esté afectado de minusvalía alguno de sus miembros, recibiendo en todas estas actuaciones la máxima colaboración y receptividad del departamento mencionado.

¹⁰³⁷ DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 a), pp. 319 y ss.). (2008, pp. 682 y ss.): “en la mayoría de las universidades alcanza el total del precio aunque no sea en primera matrícula afectando la exención total sólo a la primera matrícula en alguna de ellas la mayor parte de las universidades conceden la exención a todas las personas matriculadas en sus centros, y que hayan acreditado un grado de minusvalía de al menos el 33 por 100, a excepción de las universidades de la Comunitat Valenciana, que exigen para la exención un mínimo de 65 por 100 de discapacidad, en el supuesto de que los ingresos brutos anuales de la unidad familiar superen los 60. 101,22 euros”.

¹⁰³⁸ *Ibidem* pp. 380 y ss.). ref: (05022849 y 05023732).

¹⁰³⁹ *Ibidem* 382 y ss.). ref: (06039510).

¹⁰⁴⁰ Se trata de Pablo Pineda, premio Concha de Plata en el Festival de San Sebastián 2009 y licenciado en Magisterio y Psicopedagogía.

La segregación de gitanos en la educación ha sido una cuestión especialmente polémica en el marco europeo. En diversos países se escolarizan a los niños romaníes en escuelas especiales para niños con ligera discapacidad mental (Hungría, Eslovaquia, República Checa). Ello ha generado una grave preocupación en ámbitos internacionales mundiales y europeos¹⁰⁴¹, así como alguna Recomendación del Consejo de Europa al respecto¹⁰⁴².

En 2001 el TEDH resolvió un caso que incidentemente afectaba a la educación. Señaló que una medida de ordenación urbanística de emplazamiento de caravanas de gitanos no había lesionado el derecho a la educación de los niños¹⁰⁴³. La cuestión se aborda frontalmente en diversas sentencias desde 2006. Así, la STEDH de 7 febrero 2006, asunto D.H. y otros contra la República checa, a la que sigue la STEDH de 5 de junio de 2008, Sampanis y otros contra Grecia; la inicial STEDH de 17 de julio de 2008, asunto Orsus y otros contra Croacia, luego revocada por la Sentencia de Gran Sala Orsus contra Croacia, de 16 de marzo de 2010.

En el caso D. H. y otros contra la República checa¹⁰⁴⁴ y como punto de partida, el TEDH considera dentro del ámbito de discrecionalidad del Estado el

¹⁰⁴¹ Así, en actividades del Comité de Naciones Unidas Derechos Humanos (documento CCPR/O/78/SVK, punto 18); del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (E/C.12/1/Add. 81, punto 18); el Comité sobre los Derechos del Niño (CRC/C/15/Add. 201, párr. 54), Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI, segundo informe sobre Suecia, CRI (2003) 7, § 46 y 61), todo ello reflejado en UNIÓN EUROPEA (2005 Y 2006).

¹⁰⁴² Recomendación del Comité de Ministros R (2000) 4, de 3 de febrero de 2000, relativa a la educación de los niños romaníes y gitanos en Europa. [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec\(2000\)4&Sector=secCM&Language=lanEnglish](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=Rec(2000)4&Sector=secCM&Language=lanEnglish)

¹⁰⁴³ Así, la STEDH 18 enero 2001, asunto Coster contra el Reino Unido. Se afirma que el art. 8 del CEDH impone a los Estados contratantes la obligación positiva de permitir a los gitanos continuar en su modo de vida, pero no les obliga a una política social tan extensa como prever todos los emplazamientos debidamente equipados que necesiten para la instalación de caravanas. Por cuanto al tema de interés, los demandantes alegaban que las medidas de ordenación del territorio tuvieron como consecuencia impedir que sus hijos gozaran del beneficio de una enseñanza satisfactoria, puesto que los hijos mayores no volvieron a la escuela después de que abandonaran su terreno. Sin embargo, el TEDH (n.º 137) no lo considera probado. “El Tribunal observa que los dos primeros hijos de los demandantes, que tienen ahora más de 16 años, dejaron la escuela y comenzaron a trabajar y que los menores frecuentan la escuela próxima a su domicilio. Constata que los demandantes no han probado su motivo de queja según el cual a sus hijos se les ha negado efectivamente el derecho a la instrucción debido a las medidas de ordenación denunciadas. Así, no hubo violación del artículo 2 del Protocolo núm. 1 del Convenio.”

¹⁰⁴⁴ Se alegaba básicamente que las pruebas de capacidad intelectual para detectar necesidades educativas especiales, al estar adaptadas a la lengua y entorno cultural checos generan resultados negativos para los niños gitanos, constituyendo una discriminación indirecta. Entre 1996 y 1999, los demandantes fueron colocados, directamente o tras cierto lapso de tiempo pasado en escuelas primarias, en escuelas especiales en Ostrava. Éstas constituyen una categoría de escuelas especializadas y están destinadas a los niños que presentan deficiencias intelectuales que no pueden formarse en escuelas primarias «ordinarias» o especializadas. Según la Ley, dicha colocación es decidida por el director de la escuela, sobre la base de los resultados de un examen de la capacidad intelectual del niño efectuado en un centro de orientación psicopedagógica, y a reserva del consentimiento de uno de los padres o del tutor

tratamiento de la inclusión educativa, permitiendo el tratamiento de las necesidades especiales tanto en centros ordinarios como en centros especiales¹⁰⁴⁵. Sin perjuicio de ello, se analiza severamente la posible discriminación directa o indirecta que supone el trato educativo diferente a los gitanos. Como se afirma en el caso Orsus, se trata de evaluar si “hay una política de colocar a los alumnos romaníes de forma automática en clases separadas en las escuelas involucradas”¹⁰⁴⁶, lo cual sería también inadmisibles. Y la decisión final de si hay lesión de la no discriminación en relación con la educación se hace depender del caso concreto. No se estima discriminación en el caso D. H.; sí en el caso Sampanis. Y la Gran Sala en 2010 sí que estima discriminación y revoca su decisión de 2008 en el caso Orsus contra Croacia.

En el caso D. H. entiende el TEDH que las escuelas especiales no son sólo para los gitanos, sino para los que tengan las necesidades especiales y que se probó que no acudían por criterios de raza, sino en razón de pruebas psicológicas objetivas y profesionales. En aquel caso estima que los test eran por profesionales en la materia y la selección de quienes debían hacerlas no era por raza sino por deficiencias. Tampoco eran por raza las normas de colocación del alumnado en los centros¹⁰⁴⁷. Además, se tuvo en cuenta que se contaba con un consentimiento suficientemente informado de los padres suficiente¹⁰⁴⁸. No se estima violación a pesar de “que las estadísticas revelan cifras inquietantes y que hay que perfeccionar la situación general en la República checa concerniente a la educación de los niños gitanos, el Tribunal no puede concluir, en las circunstancias de la causa, que las medidas tomadas contra los demandantes fuesen discriminatorias.”¹⁰⁴⁹.

En la STEDH de 5 de junio de 2008, Sampanis y otros contra Grecia 2008¹⁰⁵⁰ se invierte la carga de la prueba de la discriminación indirecta contra los gitanos (nº 77 y ss.) y se entiende que las autoridades no justificaron suficientemente el trato diferente dispensado y se concluye que hubo una discriminación basada en el

legal del niño. Los demandantes habían consentido en la colocación de los niños en una escuela especial, incluso habían solicitado expresamente dicha medida, incluso tuvieron la posibilidad de pasar de una escuela especial a una escuela primaria. Varios aprobaron exámenes de capacidad y pasaron a escuelas ordinarias.

¹⁰⁴⁵ STEDH de 7 febrero 2006, asunto D. H. y otros contra la República checa, ap. 47º, ya cit.

¹⁰⁴⁶ STEDH Orsus 16 de marzo de 2010 nº 152.

¹⁰⁴⁷ Asunto D. H, nº 48 y 49; luego lo reitera en Orsus nº 68, si bien esta sentencia es revocada por la Gran Sala Orsus el 16 de marzo de 2010.

¹⁰⁴⁸ *Ibidem*, nº 50 y 51.

¹⁰⁴⁹ *Ibidem*, nº 52.

¹⁰⁵⁰ las autoridades no inscribieron a los niños romaníes en la escuela y luego los colocaron en clases especiales en un anexo del edificio principal de la escuela primaria, todo ello combinado con un número de incidentes racistas por los padres no gitanos.

origen gitano. La sentencia subraya la importancia de implantar pruebas objetivas para evaluar las necesidades especiales de los alumnos gitanos para evitar cualquier equívoco (nº 92). Asimismo se considera que el consentimiento de los padres gitanos no tiene relevancia alguna por cuanto no se puede renunciar a derechos (nº 93).

En la revisión por la Gran Sala del caso Orsus contra Croacia en su sentencia de 2010 se analiza la posible discriminación indirecta, básicamente si las medidas de trato educativo diferenciado sobre la base del conocimiento de la lengua del país “e incluso sin intención discriminatoria por parte de las autoridades estatales [...] se aplicó sólo a los miembros de un grupo étnico en particular”¹⁰⁵¹. Y sobre esta base se examina la justificación objetiva y razonable de la medida diferenciadora. La Gran Sala en 2010 entiende que no había fundamento jurídico claro, que las pruebas para asignar a los romaníes no medían su conocimiento del croata y diversas circunstancias delataban incoherencias en la medida de separación si el motivo era el conocimiento del lenguaje, como la falta de planes de formación específicos, la distribución concreta de alumnos y, finalmente, los resultados mismos de la medida en ralización con el absentismo y deserción escolar de los romaníes.

En el caso de España no se da esta polémica en un nivel muy importante. No obstante, se detecta –como en Grecia- una alta tasa de deserción escolar y el absentismo de los niños romaníes¹⁰⁵². Como recuerda Escobar¹⁰⁵³, en algunas Comunidades Autónomas para la integración social de los niños gitanos en el sistema educativo¹⁰⁵⁴. Asimismo se apunta la tendencia de las familias no gitanas a cambiar de colegio a sus hijos cuando en este ingresa un número importante de alumnos gitanos¹⁰⁵⁵.

8. 7. SINGULARIDADES POR CUANTO A PRESOS Y EL ALCANCE DE LA DIMENSIÓN SUBJETIVA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LOS TRABAJADORES

¹⁰⁵¹ STEDH Orsus 16 de marzo de 2010 nº 155.

¹⁰⁵² Así, UNIÓN EUROPEA (2005 y 2006).

¹⁰⁵³ ESCOBAR ROCA (2005 a, pp. 212 y ss.).

¹⁰⁵⁴ Así, por ejemplo, la Ley de Madrid 4/2002 prevé el fomento de la incorporación temprana del alumnado gitano a la *educación* infantil y la creación de programas dirigidos a la mejora del rendimiento del alumnado gitano en *educación* primaria, a apoyar la transición del alumnado a la *educación* secundaria obligatoria y al desarrollo de espacios socioeducativos con alumnado gitano fuera del centro *escolar*. Como afirma el autor, en general, este tipo de previsiones logran escasos resultados, dada la flexibilidad de las previsiones normativas (que habilitan actuaciones administrativas sin fijar obligaciones concretas) y las dificultades de penetración pública en un sector tradicionalmente reacio a modificar sus costumbres, sin olvidar la entrada en juego de otros derechos en colisión.

¹⁰⁵⁵ Al respecto, COMISIÓN EUROPEA (2004, p. 19).

El informe del Relator de educación para el Consejo de Naciones Unidas en 2009 es relativo al derecho a la educación de las personas privadas de libertad¹⁰⁵⁶. El amplio estudio, interpretación autorizada del artículo 13 PIDESC concluye la necesidad de que los Estados pongan a disposición de todos los presos, estén condenados o en prisión preventiva, programas educativos que abarquen al menos el plan de estudio de la enseñanza primaria obligatoria y, de ser posible, también de la secundaria¹⁰⁵⁷. Así mismo se señala el necesario control previo sistemático y apropiado de todos los reclusos para establecer planes de educación individuales, con la plena participación del recluso¹⁰⁵⁸. De igual modo se recomienda que los programas de educación deberían estar integrados con los del sistema de educación pública para que sea posible continuar los estudios tras la excarcelación¹⁰⁵⁹. También se insiste en la necesidad de bibliotecas¹⁰⁶⁰, capacitación del profesorado¹⁰⁶¹ y la imprescindible evaluación y la supervisión de las autoridades¹⁰⁶². Además, se dan recomendaciones específicas respecto a los niños y las mujeres en prisión y otros grupos marginados¹⁰⁶³.

Respecto de los presos, el Tribunal Constitucional ha afirmado que “Es claro que los internos en un centro penitenciario gozan del derecho a la educación -art. 27.1 CE- y así lo reconocen los arts. 55 y siguientes LOGP. Pero tal derecho queda sujeto a las «modulaciones y matices» derivadas de su situación de sujeción especial, que obliga a «acatar las normas de régimen interior reguladoras de la vida del establecimiento» [art. 4.1 b) LOGP]”¹⁰⁶⁴. Tales modulaciones, pueden conllevar que dejen de tener acceso a los medios informáticos en razón de un cambio de centro penitenciario, por ejemplo¹⁰⁶⁵.

Por su parte, el Defensor del Pueblo ha tenido ocasión de recomendar que los cambios de módulo en un mismo centro no deben interrumpir su asistencia a clase¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁵⁶ NACIONES UNIDAS- MUÑOZ VILLALOBOS, Vernor (2009).

¹⁰⁵⁷ *Ibidem*, nº 91.

¹⁰⁵⁸ *Ibidem*, nº 92.

¹⁰⁵⁹ *Ibidem*, nº 94.

¹⁰⁶⁰ *Ibidem*, nº 95.

¹⁰⁶¹ *Ibidem*, nº 96.

¹⁰⁶² *Ibidem*, nº 97.

¹⁰⁶³ *Ibidem*, nº 101.

¹⁰⁶⁴ STC 140/2002, de 3 junio, caso del preso que pide ordenador en la cárcel de “El Dueso”, FJ 4º, con remisión a la STC 175/2000, de 26 de junio por cuanto a las modulaciones de derechos de los presos.

¹⁰⁶⁵ *Ibidem*, FJ 5º.

¹⁰⁶⁶ Así, DEFENSOR DEL PUEBLO (2008, p. 1. 430). Recomendación para que, cuando los internos sean cambiados de módulo dentro de un mismo centro penitenciario, no sea interrumpida su asistencia a clase, de modo que se incorporen de forma automática al grupo que por nivel le corresponda

Por cuanto al derecho a la educación de los trabajadores, en su sentido amplio hay que vincularlo a la formación profesional, que “comprende el conjunto de acciones formativas que capacitan para el desempeño cualificado de las diversas profesiones, el acceso al empleo y la participación activa en la vida social, cultural y económica” e “Incluye las enseñanzas propias de la formación profesional inicial, las acciones de inserción y reinserción laboral de los trabajadores, así como las orientadas a la formación continua en las empresas, que permitan la adquisición y actualización permanente de las competencias profesionales”¹⁰⁶⁷. Su tratamiento, obviamente, excede el marco de este estudio.

Sí que hay que tener en cuenta, en todo caso, la dimensión iusfundamental del derecho a la educación en el ámbito de las relaciones laborales. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha excluido que las obligaciones que comporta la dimensión subjetiva prestacional del derecho a la educación recaigan sobre los particulares y empresarios. En este sentido, “El Tribunal Constitucional niega que “sea posible integrar en el art. 27.1 de la Constitución [...] el derecho constitucional del trabajador a exigir del empleador, con entera subordinación de su autonomía organizatoria, la disposición de los turnos de trabajo de modo tal que resulten compatibles no ya con la educación -en este caso universitaria- del trabajador, sino más concretamente con la dedicación requerida por una determinada opción académica”. Y se niega por cuanto “la carga prestacional del derecho a la educación[...] sólo sobre los poderes públicos pesa”¹⁰⁶⁸

Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que dimensión objetiva de este derecho impulsa al legislador ordinario a adoptar medidas para facilitar el logro del derecho a la educación. Y estas medidas han tomado la forma de derechos subjetivos, eso sí, de configuración legal. Así, aunque no deriven del derecho subjetivo fundamental a la educación, actualmente se reconocen “derechos” en el artículo 23 del Estatuto de los Trabajadores a permisos, preferencias en turnos, adecuación de jornada, etc.¹⁰⁶⁹.

en el nuevo módulo, sin que puedan aducirse motivos burocráticos para retrasar su incorporación. (06009268).

¹⁰⁶⁷ Art. 9 Ley Orgánica 5/2002, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional.

¹⁰⁶⁸ En este sentido, la STC 129/1989, de 17 julio, caso estudiantes de Derecho que trabajan en Ciudad Sanitaria “Virgen del Rocío” en turno fijo de noche, FJ 5º. Se trataba de trabajadores de mantenimiento en el ámbito sanitario que estuvieron adscritos al turno fijo de noche por su condición de alumnos oficiales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla hasta que fueron asignados al turno rotatorio de mañana, tarde y noche. El Tribunal Central de Trabajo negó el derecho a disfrutar de aquél turno, lo cual ratifica el Tribunal Constitucional.

¹⁰⁶⁹ Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Artículo 23. Promoción y formación profesional en el trabajo: “1. El trabajador tendrá derecho: [...] Al disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes, así como a una preferencia a elegir turno de trabajo, si tal es el régimen instaurado en la empresa, cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional.

A la adaptación de la jornada ordinaria de trabajo para la asistencia a cursos de formación profesional o a la concesión del permiso oportuno de formación o perfeccionamiento profesional con reserva del puesto de trabajo.

2. En los convenios colectivos se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos.”

En algún supuesto se ha aprovechado el conflicto por los turnos para poder asistir a clases para propiciar un despido. En este caso los tribunales consideraron que se trataba de aprovechar el interés del trabajador para asistir a clase para despedirlo.¹⁰⁷⁰ También, se ha entendido que las concesiones empresariales en esta materia pueden variar en razón del no aprovechamiento académico de los beneficios concedidos¹⁰⁷¹.

9. PADRES, DOCENTES Y LOS PODERES PÚBLICOS Y SUS COMPETENCIAS EN EDUCACIÓN

9.1. LOS PADRES U OTRAS PERSONAS RESPONSABLES DE LA EDUCACIÓN DEL MENOR

Los padres u otras personas responsables de la educación del menor¹⁰⁷² son los “primeros educadores”¹⁰⁷³, al tiempo de responsables de que sus hijos

¹⁰⁷⁰ STSJ Madrid (Social), de 21 mayo (AS 2002\2373). La empresa no mantiene la reducción de jornada para los estudios universitarios, el trabajador deja de asistir al trabajo diversos días alegando la asistencia a clase, y tras amonestación de concluye con un despido.

¹⁰⁷¹ STSJ Navarra (Social), de 25 julio (JUR 2001\271188), solicitaba que se le reconozca el derecho a que se le asigne el turno de mañana mientras curse estudios en la Universidad a Distancia. Se disfrutaba del privilegio durante 12 años, pero la empresa no lo mantiene después de que el trabajador no acreditase su aprovechamiento académico, FJ 3º.

¹⁰⁷² Se sigue en este sentido a DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 24). Y EMBID IRUJO (1981, p. 673) quien subraya el deber de tutelar los intereses del menor, que si ellos no cumplen corresponderá al tutor o, en su caso, a la administración competente.

En esta dirección, ALÁEZ CORRAL (2003 a, p. 122). Por relaciones paterno-filiales se han de entender no sólo aquéllas en que el ordenamiento atribuye efectos jurídicos al vínculo biológico de la paternidad, sino también aquellas otras en que el ordenamiento ha equiparado totalmente a las primeras

reciban la educación a la que tienen derecho. El TEDH afirma que los padres “tienen el deber natural de asegurar la educación de sus hijos”, así como informarse de las posibilidades que ofrece el Estado y en su caso impugnar decisiones de las autoridades en bien de su hijo¹⁰⁷⁴. Como reza la CDN “Su preocupación fundamental será el interés superior del niño” (art. 18. 1º CDN), que “debe ser el principio rector de los responsables de su educación y orientación”¹⁰⁷⁵. Los padres son los primeros destinatarios de la obligación y al Estado le corresponde una función supervisora y aseguradora¹⁰⁷⁶, como ratifica el artículo 39. 3º CE¹⁰⁷⁷.

De este modo se explica que la patria potestad “se ejercerá siempre en beneficio de los hijos” “y comprende” el deber de “educarlos y procurarles una formación integral” (art. 154 Código Civil)¹⁰⁷⁸. Castán afirma la concepción de *función* de la patria potestad, como un poder de protección, un derecho y deber las construcciones y marcos conceptuales elaborados en relación con los derechos de los padres o tutores en favor de los hijos¹⁰⁷⁹. Algo calificado por el Tribunal Supremo en sentencia de 26 de noviembre de 1955 “como simple medio para el cumplimiento del deber”¹⁰⁸⁰. Díez Picazo y Gullón afirman que el Código Civil “pone especial énfasis en que el ejercicio de la patria potestad se encuentra siempre funcionalizado. No se ejerce en interés del padre, sino en beneficio del hijo”¹⁰⁸¹. Desde la perspectiva constitucional, Aláez señala que las facultades paternas lejos de ser derechos van orientados al cumplimiento de una función constitucional, una “mera función tuitiva de los padres al servicio del desarrollo de la personalidad”¹⁰⁸².

(relación paterno-filial adoptiva) o parcialmente en lo que se refiere a las potestades y deberes de guarda y custodia (acogimiento familiar en sus diversas modalidades).

¹⁰⁷³ TOMASEVSKI (2004 a).

¹⁰⁷⁴ La STEDH de 7 febrero 2006, asunto D. H. y otros contra la República checa, nº 51.

¹⁰⁷⁵ Así, el Principio nº 7 de la Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959: “El interés superior del niño debe ser el principio rector de los responsables de su educación y orientación, dicha responsabilidad incumbe, en primer lugar, con sus padres.”

¹⁰⁷⁶ ALÁEZ CORRAL (2003 a, pp. 90-91).

¹⁰⁷⁷ Artículo 39. 3º CE: “Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda:

¹⁰⁷⁸ Código Civil, artículo 154: “1. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades: [...] 1º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.”

¹⁰⁷⁹ CASTÁN VÁZQUEZ (1960, pp. 34 y 178).

¹⁰⁸⁰ *Ibidem*, p. 35.

¹⁰⁸¹ DÍEZ PICAZO y GULLÓN (1995, p. 284).

¹⁰⁸² ALÁEZ CORRAL (2003 a, p. 12).

ALÁEZ CORRAL, Benito, *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003, p.

La importancia que tiene la educación para alcanzar el pleno desarrollo de la personalidad es tal que su negación por parte de los padres puede llegar a acarrear la pérdida de la patria potestad, es decir, llegar a justificar una injerencia muy grave en el derecho a la vida privada y familiar¹⁰⁸³. De la STEDH de 24 de marzo de 1988 (asunto Olsson contra Suecia) se deriva, indirectamente, el derecho esencial alumnos recibir educación por encima de los padres. Como señala el TEDH, la negación del derecho a la educación de los hijos causada por los padres puede llegar a acarrear la pérdida de la patria potestad, es decir, llegar a justificar una injerencia tan grave en el derecho a la vida privada y familiar¹⁰⁸⁴. Según se dijo al determinar el concepto constitucional de educación, los padres tienen la obligación prestacional de brindar una formación integral a sus hijos. Como consecuencia, queda comprendido en el derecho a la educación la garantía jurídica por el Estado del cumplimiento de este deber por los padres.

Sin perjuicio sus deberes y obligaciones, los padres también tienen reconocido derechos subjetivos en el ámbito de la educación. Así, la Constitución reconoce el “derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que este de acuerdo con sus propias convicciones” (art. 27. 3º CE)¹⁰⁸⁵. Ahora bien, los tribunales recuerdan que este derecho no ampara un pretendido derecho a la no escolarización bajo el pretexto de los padres de que sólo ellos han de impartir la educación que estimen conveniente¹⁰⁸⁶. También la ley reconoce facultades a los padres que, además, tienen cobertura constitucional. Ya a nivel legal (art. 4 letras b y c) LODE), se regula un estatuto de derechos y deberes de los padres a partir de los mandatos constitucionales o con naturaleza propiamente legal, “en relación con la educación de sus hijos” (art. 4 LODE). Se trata, básicamente, del reconocimiento del derecho a la información y la participación en el proceso educativo y en los centros (art. 4. 1 a) d) e) f) y g) LODE. Asimismo, el derecho a la asociación (art. 22 CE) se reconoce a los padres para el contexto específico de la educación (art. 5. 1º LODE).

¹⁰⁸³ En este sentido, el TEDH, en el Asunto Olsson de 24 de marzo de 1988 señala que las medidas adoptadas por la Administración danesa separando a los hijos de sus padres quedaban justificadas “sobre todo, por la falta de aptitud de éstos para dispensar a aquéllos los cuidados y la educación que necesitaban”. No obstante, pese a reconocer tales razones como “suficientes” y “necesarias”, en aquella ocasión el TEDH acabó inclinándose a favor de los padres por cuanto la separación fue absoluta (espacial y temporalmente), lo cual resultaba también negativo para el mejor desarrollo de los hijos.

¹⁰⁸⁴ En este sentido, el TEDH, en el Asunto Olsson de 24 de marzo de 1988.

¹⁰⁸⁵ Buena parte de la doctrina en contra, como Aláez en diversos de sus trabajos aquí citados. EMBID IRUJO (1981, p. 674). NOGUEIRA (1988, pp. 159-160). De otra parte, consideran que no es un derecho subjetivo sino un interés legítimo con tutela privilegiada, DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 27).

¹⁰⁸⁶ SAP Málaga de 6 junio (AC 2005\1654), FJ 3º.

Como los padres suplen la falta de capacidad de obrar iusfundamental del menor, son ellos como representantes los que ejercen en beneficio de aquel los derechos fundamentales del menor¹⁰⁸⁷. En este sentido, corresponde a los padres el ejercicio todas las facultades dimanantes del derecho a la educación, no ya como derechos, sino como deberes. Así se observa en el artículo 5. 2º LODE):

Artículo 5 LODE: “2.º Asimismo, como primeros responsables de la educación de sus hijos o pupilos, les corresponde:

a) Adoptar las medidas necesarias, o solicitar la ayuda correspondiente en caso de dificultad, para que sus hijos o pupilos cursen las enseñanzas obligatorias y asistan regularmente a clase.

b) Proporcionar, en la medida de sus disponibilidades, los recursos y las condiciones necesarias para el progreso escolar.

c) Estimularles para que lleven a cabo las actividades de estudio que se les encomienden.

d) Participar de manera activa en las actividades que se establezcan en virtud de los compromisos educativos que los centros establezcan con las familias, para mejorar el rendimiento de sus hijos.

e) Conocer, participar y apoyar la evolución de su proceso educativo, en colaboración con los profesores y los centros.

f) Respetar y hacer respetar las normas establecidas por el centro, la autoridad y las indicaciones u orientaciones educativas del profesorado.

g) Fomentar el respeto por todos los componentes de la comunidad educativa».”

El incumplimiento más grave de estos deberes, amén de las consecuencias civiles de retirada de la patria potestad u otras situaciones similares, puede abocar a la persecución penal por dejar “de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad” (art. 226 CP), cabiendo denuncia del Ministerio Fiscal, además del menor o de los mismos padres (art. 228 CP).

9. 2. LOS RESPONSABLES ÚLTIMOS –Y MÁS IMPORTANTES- DE LA EDUCACIÓN: CENTROS Y DOCENTES Y EL REFORZAMIENTO DE SU AUTORIDAD

Los docentes, educadores, maestros, profesores y los centros o universidades en los que se integran son decisivos en la determinación concreta del derecho a la educación. Los docentes son los prestadores reales del servicio educativo, los que ejecutan la actividad material en que consiste la prestación.

¹⁰⁸⁷ ALÁEZ CORRAL (2003 a, p. 93).

Por ello, esta actividad, por muy normada que esté, se hace depender, en términos jurídicos, de la discrecionalidad técnica de los profesores y maestros; al fin y al cabo, depende del buen hacer de los docentes que va mucho más allá de los mínimos exigibles jurídicamente. Los docentes y los centros *están en la primera línea* del ejercicio del derecho a la educación y del logro efectivo del objeto de la educación, especialmente en los niveles educativos con menores.

La educación queda, pues, en manos de más de setecientos mil docentes en España¹⁰⁸⁸ integrados en más de 25 mil centros educativos¹⁰⁸⁹ y 71 universidades¹⁰⁹⁰.

Tanto docentes como centros quedan particularmente garantizados por las libertades de la enseñanza¹⁰⁹¹. Los docentes están investidos de una libertad fundamental específica, la libertad de cátedra (art. 20. 1º c) CE). Los centros, en el caso de los privados cuentan con la facultad iusfundamental de dirección –con la autonomía inherente a tal dirección–, así como de establecimiento de ideario (art. 27.6º CE). Los centros docentes públicos cuentan con autonomía de naturaleza legal (art. 120 LOE). Las universidades –públicas y privadas– ven garantizada de forma iusfundamental su autonomía (art. 27. 10º CE).

Como el resto de las libertades de la enseñanza, estas libertades no se reconocen por el interés subjetivo del docente o del centro. El profesional de la docencia ya cuenta con la libertad profesional en virtud del artículo 35 CE y los centros privados con la libertad de dirección de empresa (art. 38 CE). El plus iusfundamental aportan las libertades de la enseñanza trae causa no en el interés subjetivo de sus titulares, sino del objetivo del logro del objeto de la educación y la libertad de la ciencia. Así, estas libertades no protegen al profesor para que no se asista a clase o no imparta los contenidos correspondientes. En razón del

¹⁰⁸⁸ El profesorado total en Enseñanzas de Régimen General en 2006-2007 es de 613. 082 (449. 012 -73,2%-en centros públicos y 164. 070 -26,8%-en privados). En 2009-2010 son 680.381 en centros públicos y 184.700 en centros privados. En la universidad, en 2004-2005, suman un total de 98. 710 (90. 309 de Universidades públicas), de los cuales 52. 238 son funcionarios (57,85) (Catedráticos y profesores titulares) frente a 38. 071 contratados (42,2%). MEC (2008)

¹⁰⁸⁹ En 2006-7 hay un total de 23. 233 centro de educación de régimen general, de los que 16. 500 (71%) son públicos y 6. 733 (29%) privados. En enseñanzas de régimen especial hay 2. 052 centros, de los que 1. 277 (62%) son públicos y 775 (38%) privados. *Ibidem*.

¹⁰⁹⁰ El alumnado universitario se distribuye en 71 universidades, 48 públicas (67,6%) y 23 privadas (32,4%). MEC-CONSEJO DE COORDINACIÓN UNIVERSITARIA (2008).

¹⁰⁹¹ A diferencia del derecho a la educación, las libertades de la enseñanza han atraído – desproporcionadamente a mi juicio- el interés doctrinal en España. De hecho quien suscribe no se ha resistido a tal investigación, incluso proponiendo nuevas perspectivas con las que abordar estas libertades en diversos estudios. Sin embargo, no es el objeto de esta investigación. Entre la muy notable bibliografía, por su sencillez y complitud, me permito destacar la monografía de RODRÍGUEZ COARASA (1997).

derecho a la educación del alumno no puede alegarse la libertad de cátedra del docente para no asistir a clase o no impartir los contenidos de la asignatura, o impartir otros no vinculados a las materias de las que es responsable. Ahora bien, que no gusten los medios o modos del docente en el ejercicio de su actividad no necesariamente lesionará el derecho a la educación u otros derechos del alumno. Y como señala alguna sentencia los alumnos no podrán dejar de asistir a las clases de un profesor por sus discrepancias de este tipo¹⁰⁹².

El Título III (arts. 91 y ss.) de la LOE incluye una amplia regulación de la función docente. Entre otros aspectos se regulan diversos deberes jurídicos de los profesores en sus funciones de programación, evaluación, orientación, tutoría e información, así como su deber de implicación y participación en la actividad docente y del centro, “bajo el principio de colaboración y trabajo en equipo”. Sin perjuicio de la regulación jurídica de sus cometidos y de la a veces compleja posibilidad del control jurídico del cumplimiento de los deberes jurídicos del profesor, lo cierto es que el logro del objetivo de la educación va mucho más allá de los mínimos exigibles jurídicamente al docente y pasa por su buen hacer y entrega más allá de lo exigible. De ahí se explica que se den expresiones normativas del reconocimiento y estima de la función social del profesorado en la LOE (Cap. IV, arts. 103 y ss. LOE).

La percepción social, y especialmente desde el propio colectivo de los docentes, es la de la pérdida de la autoridad y respeto del profesorado por parte de la sociedad en general, los padres y madres y los alumnos en particular. Políticamente se ha canalizado esta percepción por la Presidenta de la Comunidad de Madrid en 2010 y jurídicamente se ha traducido en ley, así la Ley 2/2010, de 15 de junio, Ley de Autoridad del Profesor de Madrid, que ha sido copiada por algunas Comunidades Autónomas gobernadas por el Partido Popular, así la Ley 15/2010, de 3 de diciembre, Ley de Autoridad del Profesorado de la Comunidad Valenciana y la Ley 2/2011, de 1 de marzo, Ley de autoridad del profesor y de la convivencia en los centros educativos de La

¹⁰⁹² STSJ Madrid, de 15 de septiembre de 2004, sobre recurso de los padres de una alumna de Bachillerato sometida a expediente disciplinario por su inasistencia a clases de inglés, que pretendieron justificar por el comportamiento inmoral del profesor de la asignatura, puesto que, por ejemplo, el primer día del curso realizó un coloquio sobre Bill Clinton y Mónica Lewinsky, o que se utilizase un cartel sobre el uso de los preservativos como material pedagógico, se entregase a los alumnos material de trabajo con el verbo to fuck, o se afirmase que ciertos autores habían visto favorecida su labor literaria gracias a las drogas. Los padres justificaron la conducta de su hija y denunciaron que el ejercicio de la libertad de cátedra del profesor había excedido los límites recogidos en el 20. 4CE. Sin embargo, el TSJ declaró “no hay prueba alguna de que el ejercicio de la libertad de cátedra por el profesor de inglés, mediante la propuesta o dirección de un coloquio sobre el tan mencionado tema, o incluso a través de los otros actos que se le atribuyen, supusiera un atentado a cualquier faceta, psíquica o moral, de sus discípulos, ni la infracción de ningún derecho de los menores de edad declarado en la normativa que los afecta.”

Rioja. La ley madrileña se fundamenta en la “crisis preocupante del conjunto de las instituciones educativas y del papel del profesor” (Exposición de Motivos), cuyo “resultado ha sido un descenso de la valoración social de la función docente y una pérdida de autoridad de los profesores que se manifiesta no sólo en episodios graves, aunque afortunadamente aislados, de violencia escolar, sino también en una tendencia a la indisciplina en las aulas.” Estas leyes reconocen la condición de autoridad pública a directores, equipo directivo y profesores (art. 5 de la ley madrileña). El valor es más simbólico que jurídico, puesto que aunque se facilita la presunción de veracidad (art. 6) en sus informes y declaraciones, difícilmente se podía negar tal presunción. Al no tratarse de norma penal, no sirve para considerar autoridad pública al profesorado por cuanto las agresiones al mismo.

También es más simbólico que jurídico afirmar en un precepto (art. 4) que el profesor gozará de “Respeto y consideración hacia su persona por parte de los alumnos, los padres y los demás profesores.” Otros elementos sí que tienen mayor alcance jurídico, como es la dotación de cobertura legal –no sólo reglamentaria- de la “Potestad para tomar decisiones rápidas, proporcionadas y eficaces (art. 4. d) y en particular para adoptar medidas correctoras ante el incumplimiento de las normas de convivencia (art. 10) y medidas cautelares provisionales (art. 11). Y es que los centros y docentes tienen unas facultades de ordenación que pueden fundamentar diversos límites a las libertades y derechos de los alumnos.

En el caso de los centros privados, la aceptación del ideario es una obligación jurídica para el alumno –y sus padres- (lo cual expresa el art. 115 LOE)¹⁰⁹³, que tienen que respetarlo y no atacarlo, al igual que sucede con los profesores¹⁰⁹⁴. En el caso de los centros públicos, aunque no se trate del ideario educativo o carácter propio –que en puridad no pueden tener en razón de la neutralidad educativa y no estar garantizado constitucionalmente- adquiere gran relevancia el “proyecto educativo” del centro regulado en el artículo 121 LOE. No en vano, ahí se recogen los “valores, los objetivos y las prioridades de actuación”, el tratamiento transversal de las materias, la atención a la diversidad, el plan de convivencia, y la no discriminación y la inclusión son valores obligados. El proyecto educativo se traslada a las normas de convivencia y su aplicación misma. En consecuencia, dicho proyecto educativo podría, en su caso,

¹⁰⁹³ Es por ello que se impone la obligación de hacerlo público antes del proceso de preferencia y elección de centros y en el caso de variar el ideario ha de informarse de ello y no tener efecto antes de que se haya podido matricular el alumno en el curso subsiguiente (art. 115 LOE).

¹⁰⁹⁴ STC 5/1981, recurso LOECE, FJ 10°.

suscitar conflictos concretos con el derecho a la educación de los alumnos, que de forma concreta cabría enjuiciar.

9.3 LOS VARIADOS PODERES PÚBLICOS RESPONSABLES DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Sin perjuicio de los deberes de los padres, el derecho a la educación obliga principalmente a los poderes públicos, y más por cuanto su dimensión prestacional. En ello están implicados los parlamentos estatal¹⁰⁹⁵ y autonómicos. Al legislador autonómico, por su parte, le queda un espacio regulador en lo que no compete exclusivamente al Estado, con singular protagonismo en el ámbito lingüístico educativo en los territorios con cooficialidad. Los parlamentos no sólo tienen responsabilidad legislativa, sino también en las funciones presupuestarias y de asignación de recursos, tan importantes para la educación, así como las técnicas del control parlamentario realizan crítica pública de la labor de la Administración educativa.

El Ejecutivo y la Administración estatal retiene un papel regulador de lo básico, muy importante en la educación, también es organizador e impulsor de la cooperación educativa autonómica en materia no universitaria, puesto que esta cooperación se organiza particularmente en el ámbito universitario. Sin embargo, el Estado retiene escasas atribuciones ejecutivas, centradas en materia de evaluación y calidad, si bien en materia de becas guarda un protagonismo el Estado, superpuesto en ocasiones con las autonomías. Como se dirá, la alta inspección del Estado queda hoy día muy limitada. Este poder ejecutivo ha pasado a las Administraciones autonómicas, las principales responsables de la administración y programación de la enseñanza, del personal docente, así como de la inspección educativa.

También el desarrollo infralegal autonómico es muy importante en el desarrollo concreto de las disposiciones estatales y para la puesta en marcha efectiva de la actividad prestacional y de la dotación de recursos.

¹⁰⁹⁵ El Legislador estatal “desarrolla” el derecho a la educación y las libertades de la enseñanza (art. 81 CE), al tiempo que garantiza las condiciones básicas del ejercicio del derecho en igualdad en toda España (art. 149. 1º. 1ª CE), también regula en exclusiva “las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos” y los elementos básicos de la educación (art. 149. 1º. 30ª CE), así como el régimen general de la enseñanza. También la regulación esencial y organizativa de las becas compete al Estado. En el ámbito de investigación, retiene su papel de coordinación.

Por cuanto al Poder judicial, y como ya se sustenta más adelante¹⁰⁹⁶, la garantía básica del derecho a la educación no se hace depender en la realidad de jueces y tribunales. Ello no obsta que haya un importante *corpus* jurisprudencial en materia educativa que ha llevado a que este trabajo incorpore unas quinientas menciones de la jurisprudencia constitucional y unas quinientas de la justicia ordinaria. En todo caso, los temas que llegan a los tribunales se concentra en conciertos educativos, el régimen lingüístico y en los últimos tiempos en la prohibición de adoctrinamiento frente a la polémica asignatura de educación para la ciudadanía generada por la LOE de 2006. Los conflictos educativos no suelen llegar a los tribunales, el grueso de la garantía del derecho a la educación queda en los docentes y centros mismos, en los órganos de escolarización, la inspección educativa y los servicios de la administración educativa, dependientes en última instancia de las autonomías en su práctica totalidad. También los *ombudsmen* estatal y autonómicos tienen una actividad significativa en este derecho. Todo ello se analiza con mayor detenimiento en el ámbito de las garantías.

9. 4. DISTRIBUCIÓN COMPETENCIAL. ESTADO, COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y UNIVERSIDADES

La determinación del papel de las Comunidades Autónomas resulta de determinar el alcance de las competencias exclusivas del Estado en la materia, así como el alcance del “desarrollo” del derecho fundamental a la educación y de otros derechos y libertades implicados en la enseñanza solo compete a la ley orgánica (art. 81 CE), esto es, al legislador orgánico que sólo puede ser estatal y no autonómico. En tanto en cuanto la competencia estatal de desarrollo es del legislador orgánico y la competencia de la regulación básica también es normativa, puede afirmarse en general que la educación constituye, en definitiva, una competencia compartida en la que el Estado despliega importantes facultades de contenido “esencialmente normativo” quedando en poder de las CCAA una extensa y heterogénea gama de competencias de carácter fundamentalmente ejecutivo¹⁰⁹⁷. Y debe también tenerse en cuenta que la autonomía universitaria consagrada constitucionalmente implica una reserva de

¹⁰⁹⁶ Ver *infra* las Garantías jurisdiccionales y no jurisdiccionales del derecho a la educación.

¹⁰⁹⁷ En este sentido, SSTC 6/1982, de 22 de febrero y 48/1985, de 28 de marzo. En tanto en cuanto la competencia de “desarrollo” (art. 81 CE) del derecho a la educación es del legislador orgánico estatal y la regulación básica es una competencia normativa exclusiva (149. 1. 30ª CE),

competencias a favor de las universidades, limitando, por tanto, las del Estado y las Comunidades Autónomas¹⁰⁹⁸.

Respecto del “desarrollo” del derecho a la educación, el Tribunal Constitucional sólo lo ha definido vagamente. Debe entenderse en el sentido de que corresponde al Estado -en la acepción del mismo que venimos utilizando- la función de definir los principios normativos y generales y uniformes de ordenación de las materias enunciadas en tal art. 27 de la CE¹⁰⁹⁹. Sobre la teoría, debe recordarse que el “desarrollo” a que hace alusión el artículo 81 CE viene referido a la regulación de los “aspectos esenciales” sustanciales y necesarios del contenido de los derechos, el “desarrollo directo del derecho fundamental considerado en abstracto o en cuanto tal” (sentencia 173/1998, FJ 7º). En este sentido, el desarrollo incluye¹¹⁰⁰: la definición y delimitación de las facultades o poderes que el derecho concede a su titular; la delimitación misma de sus titulares; el alcance del mismo entre privados; las garantías fundamentales necesaria para preservarlo frente a las injerencias de los poderes públicos; la precisión de los límites “directos” y restricciones al contenido normal delimitado, que no supongan meras restricciones al tiempo, modo y lugar de ejercicio de los derechos.

Asimismo, por su dimensión prestacional-institucional, en la educación es muy frecuente y natural la colaboración de la ley orgánica con la ley ordinaria (que puede ser autonómica) en las “materias conexas”. Es más, como señala el Tribunal Constitucional, es igual de habitual es la regulación reglamentaria de la “ordenación del ámbito institucional o vital en el que los derechos han de existir” sobre los elementos básicos y esenciales de desarrollo marcados por la norma orgánica¹¹⁰¹.

¹⁰⁹⁸ STC 26/1987, de 27 de febrero, recurso Gobierno vasco a la LRU, FJ 5º en la que se advierte sobre cómo la delimitación de competencias sobre las Universidades presenta una “estructura peculiar respecto de otros sectores consistente en que a las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas hay que añadir las derivadas de la autonomía de las universidades que limitan necesariamente aquéllas”.

¹⁰⁹⁹ STC 77/1985, de 27 junio, FJ 15º.

¹¹⁰⁰ Síntesis a partir de sentencias 140/1986, FJ 5; 101/1991, FJ 2; 127/1994, FJ 3º; 173/1998, FFJJ 7º y 8º, 292/2000, FJ 11º y 53/2002, FJ 12º).

¹¹⁰¹ En este sentido STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 3º: “no existe, de principio, imposibilidad constitucional para que la Ley Orgánica llame a la ordinaria a integrar en algunos extremos sus disposiciones «de desarrollo», dando así lugar, y con las mismas garantías constitucionalmente exigibles (sentencia 83/1984, fundamento jurídico 4.º), a una colaboración entre normas que no diferirá en este plano de la integración entre distintos preceptos de la relación que en los casos de reserva de Ley pueda establecerse entre esta última fuente y el Reglamento.

Existen casos, cuando se trata de la reserva para el «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas», en que, por lo demás, tal tipo de remisión será difícil de obviar. Cuando no se está ante derechos de libertad, sino prestacionales o de participación de este último carácter son los

Lo anterior se afirma desde la perspectiva de la reserva de ley orgánica al legislador, que debe conectarse, sobre todo con la competencia exclusiva de las normas básicas de la educación.

En un primer momento el Tribunal Constitucional identificó los aspectos sustanciales del derecho a la educación con lo reservado al Estado y a las materias conexas con lo permitido a las Comunidades Autónomas con competencias¹¹⁰². No obstante, más tarde la cuestión se hace más compleja. En la STC 137/1986, de 6 noviembre, el “desarrollo” del artículo 81 CE se distancia de la competencia exclusiva en las “normas básicas” del artículo 149. 1. 30ª CE, de modo que lo que el Estado regule de forma orgánica excediendo de lo que es su competencia básica es sólo supletorio en las Comunidades Autónomas con competencia en la materia. La clave era, pues, la “indagación material, que permita identificar cuáles, de entre las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica, encierran «normas básicas para el desarrollo del art. 27», porque sólo son ellas, respecto de estas Comunidades, las que marcan el límite infranqueable para las disposiciones autonómicas.”¹¹⁰³

Esta situación no obstante, tampoco puede considerarse en la actualidad pese a no darse una decisión directamente relativa a la competencia educativa. Como recuerda Revoiro, el Tribunal Constitucional parece haber virado sobre la base de que el “desarrollo” estatal orgánico, aun no siendo una norma competencial, implica un límite infranqueable a riesgo de ser las leyes autonómicas inconstitucionales por vulnerar el artículo 81 CE (STC 173/1998, de 23 de julio), pero la consideración de lo orgánico, debe tener en cuenta la existencia de competencia de las Comunidades Autónomas en educación¹¹⁰⁴.

enunciados en el art. 27. 7 de la Constitución, el «desarrollo» de los derechos es también, inevitablemente, ordenación del ámbito institucional o vital en el que los derechos han de existir y puede no acomodarse a los criterios de política legislativa que se consideren atendibles la plena integración de todas estas normaciones en el texto que adquirirá la especial rigidez de la Ley Orgánica. En estos términos, la opción del legislador orgánico en favor de la remisión al ordinario puede ser confirmándose, así también, que la separación de círculos competenciales no puede ser absoluta una técnica sustitutiva de la igualmente constitucional consistente en la inclusión en la propia Ley Orgánica de normaciones ajenas ya al ámbito reservado («materias conexas»).

¹¹⁰² En la sentencia 5/1981 sobre la LOECE el Tribunal Constitucional parece aproximar la reserva de ley orgánica a la competencia básica estatal, de modo que el desarrollo será siempre estatal y sólo las “materias conexas” es posible ser reguladas por las Comunidades Autónomas (FJ 22 y 23).

¹¹⁰³ STC 5/1981, FJ 3º.

¹¹⁰⁴ Revoiro apuesta claro porque las Comunidades Autónomas no regulen lo establecido con carácter orgánico DÍAZ REVORIO (2002 a, pp. 163-164). P. 164 “la reserva de ley orgánica del artículo 81 debe delimitarse específicamente en el caso de los derechos educativos armonizando el artículo 81. 1º y la competencia estatal del artículo 149. 1. 30º. No puede haber ámbito reservado a la ley orgánica dentro del espacio competencial de las Comunidades Autónomas. El “desarrollo” del artículo 27 que debe contenerse en una Ley orgánica no puede invadir las competencias autonómicas derivadas del 149. 1.

Se puede coincidir con Revoiro cuando intenta esenciar la relación entre el “desarrollo” del legislador orgánico y la “regulación básica” de la educación como competencia exclusiva¹¹⁰⁵:

-la reserva de ley orgánica debe matizarse en el ámbito educativo, relacionando los artículos 81. 1.º y 149. 1.º 30ª CE.

-Una vez delimitada así la materia reservada a ley orgánica, en ningún caso las Comunidades Autónomas pueden aprobar normas de ningún rango en ese ámbito.

- Toda la materia regulada por ley orgánica es básica ex artículo 149. 1, pero no todas las normas básicas han de aprobarse con carácter de ley orgánica por el Estado, cabiendo ser por ley ordinaria e incluso por reglamento.

-A lo anterior me permito añadir que la flexibilización de la reserva de ley orgánica en materia educativa afirmada por el Tribunal Constitucional permitiendo normas conexas –estatales y autonómicas- e incluso reglamentarias, “facilita” en cierto modo el ensamblaje entre lo orgánico y lo básico, dando mayor juego a las Comunidades Autónomas.

9. 5. LA FIJACIÓN COMPETENCIAL EN RAZÓN DE LA ACTUAL SITUACIÓN LEGISLATIVA

Más allá de las bases teóricas, del seguimiento jurisprudencial y legislativo puede seguirse el marco de delimitación de las competencias estatales y autonómicas.

En razón de la legislación vigente, resulta en manos del Estado aquello que se considera orgánico y lo que se configura como básico en la LODE, LOE y LOU.

º 30ª a contrario, (y, a la inversa, las competencias autonómicas no pueden coincidir con el ámbito reservado a la Ley orgánica). ”

¹¹⁰⁵ Un resumen de su posición DÍAZ REVORIO (2002 a, pp. 164-165).

9. 5. 1. La importante determinación de competencias en razón de la LODE

La LODE no contiene una determinación concreta de lo que dentro de ella es orgánico, aunque sí fija lo que considera básico, como a continuación se aprecia. Se ha afirmado que “la norma básica entre las básicas es la LODE”¹¹⁰⁶ que afirma varias materias que “En todo caso, y por su propia naturaleza”, corresponden al Estado (D. Ad. 1ª LODE)¹¹⁰⁷:

- “La ordenación general del sistema educativo”, ámbito material amplio de difícil precisión que en buena medida implica la determinación misma de qué es lo básico¹¹⁰⁸.

- “La programación general de la enseñanza”, en los términos del artículo 27 LODE.

- “La fijación de las enseñanzas mínimas”, currículos, principios, organización y contenidos mínimos que se observan a lo largo de la LOE.

- “La regulación de las demás condiciones para la obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales válidos en todo el territorio español”, que coincide con la competencia exclusiva constitucional y la legislación educativa está plagada de regulaciones al respecto y de remisiones a normativa exclusiva del Gobierno en estas materias.

- “La alta inspección y demás facultades que, conforme al artículo 149. 1. 30 de la Constitución, le corresponden para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos.” Esta competencia básica ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional pese a no expresarse en el texto constitucional. La alta inspección no se confunde con la “inspección técnica”, no se puede vaciar esta competencia, si bien, se debe aceptar colaboración con la Administración autonómica¹¹⁰⁹.

¹¹⁰⁶ DÍAZ REVORIO (2002 a).

¹¹⁰⁷ De otro lado, la LODE excluye de la regulación autonómica” aquellas materias cuya regulación encomienda esta Ley al Gobierno”, lo cual sucede en tres ocasiones (arts. 12. 2º, 14. 1º y 31. 2º LODE) que luego se analizan conjuntamente con remisiones semejantes de la LOE.

¹¹⁰⁸ El Tribunal Constitucional ha venido a dar cobertura a esta materia de “ordenación general” en su STC 5/1981, de 13 febrero, recurso a la LOECE, FJ 27º y STC 6/1982, de 22 de febrero, caso alta inspección, FJ 3º.

¹¹⁰⁹ La alta inspección “constituye una competencia de vigilancia, pero no un control genérico e indeterminado que implique dependencia jerárquica de las Comunidades Autónomas respecto a la Administración del Estado” (SSTC 32/1983, de 28 de abril y 42/1983, de 20 de mayo). Su noción “no puede perfilarse genéricamente, haciendo abstracción de la naturaleza de las actividades sobre las que ha de proyectarse” (STC 194/1984, de 28 de junio), Otorga al Estado la facultad de “comprobar si los libros

9. 5. 2. La compleja fijación de competencias en virtud de la LOE

La LOE excluye la actividad normativa de las Comunidades Autónomas por tres vías: al determinar lo que es regulación orgánica; al fijar lo que son normas de la competencia básica del Estado y, también, en sus remisiones al desarrollo reglamentario por el Gobierno, con exclusión por tanto, de la regulación autonómica. Como a continuación se expone, la verdadera exclusión de la acción normativa autonómica se da en la primera y tercera de estas vías.

a) Lo orgánico en la LODE

Por cuanto a la regulación orgánica –vedada a las autonomías, cabe examinar los contenidos de los que preceptos se han considerado orgánicos en virtud de la Disposición Final Séptima. De tal análisis se desprende que se ha considerado orgánicos preceptos relativos a los principios y fines de la educación, la estructura de las enseñanzas y su denominación, la determinación de la enseñanza básica, la definición del aprendizaje a lo largo de la vida, los elementos definitorios del currículo. En cada nivel de educación, la determinación de los principios generales, los objetivos y principios pedagógicos, si los hay, la organización de los cursos, también en el caso de la ESO, la definición de los programas de diversificación curricular y de cualificación profesional inicial. También se considera orgánica la prueba de acceso a la universidad, la enseñanza básica de personas adultas. En el ámbito de las necesidades educativas especiales, los “Principios”, la escolarización en general y en particular de los alumnos con altas capacidades intelectuales y de integración tardía en el sistema.

Respecto de la compensación de las desigualdades en educación, se consideran orgánicos los principios, las garantías y regulación general de la escolarización, la igualdad de oportunidades en el mundo rural, la regulación general de becas y ayudas al estudio. Por cuanto de la admisión de alumnos, es orgánica la regulación de condiciones específicas de admisión de alumnos en etapas postobligatorias, la clasificación de los centros y la programación de la

y material se adecuan a las enseñanzas mínimas” (STC 6/1982, de 22 de febrero), así como la de velar por el cumplimiento de los requisitos de acceso de un nivel de enseñanza a otro o el correcto ejercicio de los derechos lingüísticos.

red de centros. A cerca de los centros privados, su denominación y todo el sistema de conciertos educativos, sus módulos y la modificación de los conciertos.

Con relación a la participación en el funcionamiento y el gobierno de los centros, los principios generales y el régimen general de la participación en el funcionamiento y el gobierno de los centros públicos y privados concertados. También es orgánica la composición del Consejo Escolar y sus competencias. Orgánicamente se regula el claustro de profesores, composición y competencias, también de los centros privados concertados, así como la duración del mandato de los órganos de gobierno.

b) Lo básico en la LOE

Según se ha visto, lo que se regula como orgánico queda excluido de la normación autonómica. A diferencia de lo orgánico que suele ser bastante más concreto y determinado, las normas que se consideran básicas en la LOE (D. F. 5ª) son mandatos genéricos, referencias a medidas de fomento, finalidades a perseguir o posibilidades de actuar a las Administraciones autonómicas:

Así, la promoción del aprendizaje a lo largo de la vida, la regulación de la concertación de políticas educativas, la cooperación entre Administraciones y los programas de cooperación territorial, aspectos de la oferta y recursos educativos. Algunos elementos de la enseñanza infantil en su ordenación, principios pedagógicos oferta de plazas y organización. De la ESO, posibles adaptaciones al currículo, actuación de los centros respecto de los principios pedagógicos y oferta de programas de cualificación profesional inicial. Del bachillerato, los principios pedagógicos. De la formación profesional, la posibilidad de programar elementos de y ofertar cursos destinados a la preparación, posibles fórmulas de colaboración para los estudios de enseñanzas artísticas superiores, fomento de programas de investigación en tales enseñanza, la posibilidad de enseñanza a distancia en idiomas; la posibilidad de las escuelas de idiomas de formar profesorado u otros colectivos. La posible colaboración de las Administraciones educativas con otras administraciones en la formación de alumnos, de conexiones con la formación laboral. Los principios de la metodología de la enseñanza para adultos, su posibilitación para reclusos. El mandato genérico de formación del profesorado y su formación permanente. La posibilidad de crear reconocimientos, los principios de los programas de formación permanente, la promoción de las TICs y la formación en lenguas extranjeras en el profesorado. Respecto de la evaluación de la función pública docente, medidas de transparencia y de fomento de la evaluación voluntaria, mandatos de disposición de medios informáticos en los centros públicos, de apoyos específicos, ofrecimiento de servicios y actividades complementarios; el mandato de regular el

funcionamiento de los órganos de coordinación docente y de orientación y el trabajo en equipo, el mandato de trabajo de forma coordinada por el equipo directivo, el fomento de su actuación. La posibilidad de elaborar y realizar planes de evaluación de los centros educativos y autoevaluación de los centros, así como de la evaluación de la función directiva. El mandato de que se regule la inspección educativa. Finalmente, la posibilidad de estimular la gestión conjunta de centros con las Administraciones locales o convenios de colaboración específicos.

c) La exclusión de normativa autonómica a través de remisiones a reglamento estatal

La Disposición final 6ª LOE sigue la misma técnica de la Disposición adicional 1ª LODE en la determinación de lo básico a través de remisiones a la normativa a desarrollar por el Gobierno –central-. Bajo esta fórmula de remisión a reglamento estatal la materia queda en principio vedada a la regulación autonómica. Y son muchas las ocasiones en las que se produce este fenómeno, que se puede agrupar por materias.

Las remisiones al Gobierno son muy variadas. Pese a suponer la exclusión de regulación a las Comunidades Autónomas, en la mayoría de los casos exigen la consulta a las mismas para adoptar la decisión, según se indica a continuación vienen referidas a distintos ámbitos, a saber:

- Cuestiones variadas de no poca importancia, como establecer los aspectos básicos a los que deben someterse los conciertos (art. 116. 3º LOE); regular el régimen fundamental de las becas y ayudas al estudio (Art. 83. 3º LOE); fijar normas para flexibilizar la duración de cada una de las etapas del sistema educativo para los alumnos con altas capacidades intelectuales, con independencia de su edad (art. 77 LOE, con consulta previa a las Comunidades), o aprobar el calendario de aplicación de la LOE y de implantación de los currículos de las enseñanzas (Disp. Adicional primera, con consulta previa).

- Actividades con una dimensión respecto del exterior: la regulación de los centros extranjeros en España (art. 12. 2º LODE); la regulación y la gestión de los centros docentes públicos españoles en el exterior (art. 107. 4º LOE), así como el establecimiento, en el marco de la cooperación internacional de currículos mixtos de enseñanzas del sistema educativo español y de otros sistemas educativos, conducentes a los títulos respectivos (Art. 6. 6º LOE, con consulta previa).

- La fijación de requisitos mínimos de los centros: en general, para impartir las enseñanzas con garantía de calidad (art. 14. 1º LODE), de los centros que

impartan enseñanzas deportivas (art. 64. 6º LOE, con consulta previa) o los requisitos mínimos y plazos para adaptarse los centros a las exigencias de educación infantil (Disp. Transitoria 9ª, con consulta previa).

- Establecimiento de regulaciones organizativas y orgánicas: las normas que determinen la representación numérica de los miembros del Consejo Escolar del Estado, así como su organización y funcionamiento (art. 31. 2º LODE); composición y funciones de Consejo Superior de Enseñanzas Artísticas (art. 45. 4 LOE, con consulta previa); normativa básica de participación en los centros que impartan enseñanzas artísticas superiores (art. 118. 6º LOE); estructura y funciones del Instituto de Evaluación (art. 142. 2º LOE, con consulta previa), así como la organización, régimen de personal, dependencia y procedimientos de actuación de la Alta Inspección el Estado (art. 150. 3º LOE, con consulta previa respecto de los procedimientos de actuación).

-La determinación de estructura básica de los estudios y contenidos curriculares mínimos, así en general respecto de los aspectos básicos del currículo que constituyen las enseñanzas mínimas (art. 6. 2º LOE); en el marco de la cooperación internacional los currículos mixtos para títulos respectivos (Art. 6. 6º LOE); estructura de las modalidades, las materias específicas de cada modalidad y el número de estas materias que deben cursar los alumnos de Bachillerato (art. 34. 3º LOE, con consulta previa); los aspectos básicos del currículo en los estudios de formación profesional (art. 39. 6º LOE, con consulta previa), o de las enseñanzas deportivas (art. 64. 6º LOE, con consulta previa); definir la estructura y el contenido básicos de los diferentes estudios de enseñanzas artísticas superiores (art. 58. 1º LOE, con consulta previa).

-Determinaciones sobre los títulos y la validez de los mismos: el régimen de reconocimiento recíproco entre los estudios de bachillerato y los ciclos formativos de grado medio a fin de que puedan ser tenidos en cuenta los estudios superados, aun cuando no se haya alcanzado la titulación correspondiente (art. 34. 8º LOE, con consulta previa); establecer las titulaciones correspondientes a los estudios de formación profesional, así como los aspectos básicos del currículo (art. 39. 6º LOE, con consulta previa); regular el régimen de convalidaciones entre los estudios universitarios y los ciclos formativos de grado superior de artes plásticas y diseño (art. 53. 4º LOE, oído el Consejo de coordinación universitaria); establecer las titulaciones correspondientes a los estudios de enseñanzas deportivas (art. 64. 6º LOE, con consulta previa a las Comunidades) y el régimen de convalidaciones entre estudios universitarios y estudios de enseñanzas deportivas de grado superior (art. 65. 4º LOE, con consulta previa y oído el Consejo de coordinación universitaria).

-En el ámbito del profesorado, las remisiones al desarrollo por el Gobierno son numerosas. De una parte, se centran en el establecimiento de las titulaciones académicas correspondientes y tener la formación pedagógica y didáctica que el Gobierno establezca para ejercer la docencia en las diferentes enseñanzas (art. 100. 2º LOE). Este tipo de requisitos se reiteran para determinar qué enseñanzas de primaria requieren una especialización o cualificación del profesorado (art. 93. 2º LOE, con consulta previa), o establecer habilitaciones universitarias específicas para impartir educación primaria (art. 93. 1º LOE, con consulta previa), secundaria (art. 94 LOE, con consulta previa), formación profesional (art. 95. 1º LOE, con consulta previa) y enseñanzas artísticas (Art. 96. 1º LOE, con consulta previa), respecto de las cuales también puede introducir exigencias adicionales para el profesorado (art. 96. 2º LOE, con consulta previa) o establecer la figura de profesor emérito (art. 96. 2º LOE, con consulta previa). También se remite al desarrollo por el Gobierno –central- para establecer habilitaciones específicas para impartir enseñanzas deportivas (art. 98. 1º LOE, con consulta previa). De otra parte, hay diversas remisiones al desarrollo básico respecto del estatuto del docente. Así, desarrollará reglamentariamente bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos docentes para garantizar el marco común básico de la función pública docente (Disposición adicional 6ª. 1 LOE); establecer las condiciones y los requisitos para que los funcionarios pertenecientes a alguno de los cuerpos docentes puedan excepcionalmente desempeñar funciones en una etapa o, en su caso, enseñanza distintas de las asignadas a su cuerpo con carácter general (Disposición adicional séptima, con consulta previa); establecer las condiciones para permitir el ingreso en el cuerpo de catedráticos de música y artes escénicas (Disposición adicional novena 4º LOE, con consulta previa); determinar, a efectos de docencia, la equivalencia de otras titulaciones distintas a las exigidas (Disp. Ad. 9ª. 8º LOE) o el establecimiento, reforma o adaptación de las modalidades cíclicas de cada enseñanza y de los títulos correspondientes (Disposición adicional 11ª 2º LOE)

Asimismo, se contienen diversas remisiones en exclusiva al desarrollo por el Gobierno del ámbito universitario, que se analizan conjuntamente con las establecidas por la LOU.

9. 5. 3. La determinación de competencias en la LOU

En virtud de la autonomía universitaria se reservan diversas competencias a las universidades. La STC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 5º advierte cómo la delimitación de competencias sobre las Universidades presenta una “estructura

peculiar respecto de otros sectores consistente en que a las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas hay que añadir las derivadas de la autonomía de las universidades que limitan necesariamente aquéllas”. Y es que la autonomía universitaria consagrada constitucionalmente implica una reserva de competencias a favor de las universidades, limitando, por tanto, las del Estado y las Comunidades Autónomas.

Quizá pueda pensarse que son las Comunidades Autónomas las que quedan algo más constreñidas¹¹¹⁰, aunque lo cierto es que las competencias autonómicas en universidades son de gran relevancia¹¹¹¹. De otra parte, en materias de competencia estatal es una constante que la propuesta surja de los órganos de cooperación autonómica y de cooperación universitaria.

a) Lo orgánico en la LOU

La LOU expresa, de un lado, cuáles son sus desarrollos orgánicos y, por tanto, vedados a la acción normativa autonómica en funciones, autonomía, creación, acceso, estudios, becas y ayudas, derechos, personal de administración, presupuestos, fundaciones, centros en el extranjero o integración en el EEES.

Analizando los preceptos señalados como orgánicos se observa que son los relativos a la definición de las Funciones de la Universidad: de la autonomía universitaria, de la naturaleza pública y privada de las Universidades, su creación y reconocimiento, la creación de Universidades privadas y centros universitarios privados y su régimen jurídico. También es orgánica la regulación de los centros de educación superior adscritos a universidades y su estructura, la determinación de los órganos de gobierno y representación de las Universidades privadas, los elementos generales de la función docente. Es orgánica la definición de los títulos universitarios y en especial de los títulos oficiales, la estructura de las enseñanzas oficiales, la regulación del doctorado. También es orgánica la regulación general de la investigación y la transferencia del conocimiento así como especialmente el acceso a la Universidad y a los distintos ciclos de los estudios universitarios y la oferta de plazas en las Universidades públicas, los límites máximos de admisión de estudiantes. Es orgánica la regulación general que contiene sobre becas y ayudas al estudio y derechos y deberes de los estudiantes. Respecto del personal, sólo es orgánica la definición del personal de administración y

¹¹¹⁰ DÍAZ REVORIO (2002 a, p. 181).

¹¹¹¹ Así, la determinación presupuestaria, la aprobación de los Estatutos, la relación de universidades, la reorganización universitaria en el territorio, las facultades en la aprobación de nuevos títulos, la investigación y la gestión de las becas y ayudas, no son en modo alguno espacios de poca importancia, quedando en manos que las Comunidades Autónomas.

servicios (art. 73) y del personal docente e investigador, su definición, las retribuciones, selección, provisión de las plazas, formación y movilidad, situaciones. También es orgánica la regulación de la representación y participación, la autonomía económica y financiera, el patrimonio de la Universidad, la programación y presupuesto, desarrollo y ejecución de los presupuestos, así como la colaboración con otras entidades o personas físicas, la creación de fundaciones u otras personas jurídicas, la creación y supresión de centros universitarios en el extranjero. Tiene carácter orgánico la regulación de de la integración en el espacio europeo de enseñanza superior, de las enseñanzas y títulos y de la movilidad de estudiantes, del deporte en la universidad y la coordinación en la materia.

b) Lo básico en la LOU por remisión al Gobierno

De otro lado, aunque no se exprese como en el caso de la LODE y la LOE, también cabe inferir qué es lo básico, excluido de la regulación autonómica, a partir de las numerosas remisiones a la regulación por el Gobierno –central- que se contienen en diversas materias¹¹¹².

- Así, respecto de cuestiones variadas de no poca importancia: la regulación de las condiciones para que las universidades sometan a evaluación y seguimiento el desarrollo efectivo de las enseñanzas oficiales, así como el procedimiento para su acreditación (art. 31. 4º LOU); el régimen general de las becas y ayudas al estudio (art. 45 LOU); la regulación del “estatuto del estudiante universitario” (art. 46. 5º LOU), las disposiciones necesarias para la coordinación general de las actividades deportivas de las universidades (art. 91. 2 LOU) y la regulación específica de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (Disp. Ad. 2ª LOU).

- Por cuanto al acceso y admisión a la universidad, se regulan en exclusiva por el Estado, las normas básicas para la admisión de los estudiantes que soliciten ingresar en los centros universitarios, siempre con respeto a los principios de igualdad, mérito y capacidad (art. 42. 3º LOU), los procedimientos para el acceso a la universidad de quienes, acreditando una determinada experiencia laboral o profesional, no dispongan de la titulación académica legalmente requerida al efecto con carácter general (art. 42. 4º LOU) o el acceso a la Universidad de los mayores de veinticinco años y de los titulados de

¹¹¹² Cabe señalar que de las numerosas remisiones al Gobierno, sólo en algunos casos se hace referencia al carácter básico de la regulación reglamentaria. Así sucede respecto de los requisitos de creación y reconocimiento de Universidades (art. 4. 3º LOU); los requisitos básicos de los Centros de educación superior adscritos a universidades (art. 11 LOU); las normas básicas de admisión de estudiantes (art. 42 LOU), el régimen general de las becas y ayudas al estudio (art. 45 LOU) o las normas básicas del acceso de mayores de 25 años (D. AD. 25º LOU).

Formación Profesional (Disp. Ad. 25ª LOU). Asimismo, el Gobierno fijará los límites máximos de admisión de estudiantes (art. 44 LOU) y fijará las condiciones para el acceso a los distintos ciclos de los estudios universitarios (Disp. Ad. 15ª LOU). Debe recordarse que la LOE también contiene reservas de regulación por el gobierno en materia de las características básicas de la prueba de acceso a la universidad (art. 38. 3º LOE); la normativa básica de procedimientos de solicitud de plaza, matriculación y de incorporación de los mismos a la universidad de su elección para que la desarrollen las universidades (art. 38. 6 LOE) y la facultad de determinar el acceso a estudios universitarios por medio del título de Técnico Superior en formación profesional (art. 44. 2º LOE).

-También son exclusivas del Estado, diversa regulación sobre actividades con una dimensión respecto del exterior, en concreto, la creación, supresión y regulación de los centros dependientes de Universidades españolas sitos en el extranjero, que impartan enseñanzas conducentes a la obtención de títulos universitarios de carácter oficial y validez en todo el territorio nacional (art. 85. 1º LOU) y el marco general y régimen de acceso a los Centros que impartan enseñanzas con arreglo a sistemas educativos extranjeros. (art. 86 LOU).

-La fijación de requisitos mínimos para la creación y reconocimiento de Universidades (art. 4. 3º LOU) y los requisitos básicos de los centros de educación superior adscritos a universidades (art. 11. 4º LOU) quedan también en exclusiva para el Estado.

- El establecimiento de regulaciones organizativas y orgánicas: como aprobar el reglamento del Consejo de Universidades elevado por éste para su aprobación (art. 30. 2º LOU) o la regulación de la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación a propuesta de la Conferencia General de Política Universitaria (art. 31. 3º LOU).

c) Determinaciones sobre los títulos y la validez de los mismos y el profesorado

En materia de títulos y la validez de los mismos se ha determinado por la LOU como básico:

-el procedimiento y las condiciones para la inscripción de los títulos universitarios de carácter oficial y con validez en todo el territorio nacional (art. 35. 1º LOU).

- La aprobación –final- por el Gobierno del carácter oficial de un título (Art. 35. 4º LOU).

También se reservan como materias básicas diversas cuestiones sobre Convalidación o adaptación de estudios, validación de experiencia, equivalencia de títulos y homologación de títulos extranjeros en virtud del artículo 36 LOU.

- También compete al Gobierno estatal, la regulación de los “términos” para la obtención de los títulos oficiales de Grado, Máster y Doctorado (Art. 37 LOU).

-Las normas que establecen los criterios para la obtención del título de Doctor (art. 38 LOU).

- Adoptar medidas que aseguren que los títulos oficiales expedidos por las universidades españolas se acompañen del suplemento europeo al título (art. 88. 1º LOU).

- Las normas necesarias para que la unidad de medida del haber académico sea el crédito europeo (art. 88. 2º LOU).

- El régimen, organización y funcionamiento del Registro de universidades, centros y títulos (Disp. Ad. 20ª LOU).

- La LOE por su parte, y en esta materia, remite al Gobierno respecto del régimen de convalidaciones entre estudios universitarios y estudios de formación profesional de grado superior (art. 44. 3º LOE).

En el ámbito del profesorado universitario se considera básico:

- la regulación del procedimiento de acreditación del profesorado (art. 57. 1º LOU);

- del procedimiento de acreditación para Catedráticos de universidad y de exención de pertenencia al cuerpo de titulares de universidad (art. 60. 1º LOU);

- las peculiaridades del Personal de cuerpos de funcionarios docentes universitarios que ocupen plaza vinculada a servicios asistenciales de instituciones sanitarias (art. 61º LOU);

- el régimen retributivo del personal docente e investigador universitario perteneciente a los cuerpos de funcionarios (art. 69. 1º LOU) y de algunas retribuciones adicionales (art. 69. 2º LOU).

10. LÍMITES Y RESTRICCIONES AL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y SU TRATAMIENTO JURÍDICO CONSTITUCIONAL

10. 1. LA CONSTATACIÓN DE UNA INTERVENCIÓN EN EL DERECHO FUNDAMENTAL PRESTACIONAL A LA EDUCACIÓN

Los límites al derecho a la educación¹¹¹³ deben tratarse tanto como derecho fundamental de la máxima protección¹¹¹⁴ cuanto como derecho social prestacional¹¹¹⁵. Esta segunda perspectiva es la que más interesa y la que más requiere de elaboración dogmática. Desde su consideración como derecho prestacional, resulta de interés tener en cuenta una construcción dogmática que aquí se elabora a partir del Comité-DESC. Esta construcción en buena medida puede superponerse o complementarse con los requisitos a los límites de los derechos fundamentales. De otra parte, cabe tener en cuenta el análisis ya efectuado *supra*¹¹¹⁶.

El punto de partida para analizar los límites o restricciones, con especial importancia respecto del derecho a la educación, es un juicio de relevancia constitucional de la afectación pues “no basta con cualquier vulneración de la legalidad para considerar producida la de ese derecho fundamental. Deberá ser una infracción constitucionalmente relevante. Es decir, que por su naturaleza o alcance produzca efectivamente esa lesión.”¹¹¹⁷. Éste es un juicio de lo razonable para excluir lo que no son verdaderas incisiones en el contenido de un derecho del sujeto. Los criterios pueden ser de todo tipo sin ninguna regla demasiado fija: la intensidad del daño inflingido, desde cualquier perspectiva, incluso económica

¹¹¹³ Entre los tratadistas del derecho a la educación, no se abordan por lo general los límites. Destaca, aun con brevedad DÍAZ REVORIO (2002 a, pp. 64 y ss.).

¹¹¹⁴ Al respecto, COTINO HUESO (2007), ESCOBAR ROCA (2005 b) BASTIDA (2004), MEDINA GUERRERO (1996), entre otros.

¹¹¹⁵ Sobre las restricciones a los derechos sociales, destacan Principios de Limburgo, cit. n° 46-73. En particular para educación, NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 b), n° 42, 44, 45 y 59.

¹¹¹⁶ En general respecto de “El derecho a la educación como derecho subjetivo fundamental prestacional” (4. 1) y, en dicho apartado en los epígrafes, “La concurrencia de diversas categorías y nociones para preservar contenidos del derecho a la educación frente a la variable interposición normativa”, así como “La habitual desfundamentación por los tribunales del derecho subjetivo fundamental y las vías de “rescate” de la constitucionalidad”.

¹¹¹⁷ STS de 13 marzo 2006, RJ 2006\1108, FJ 5°.

o desde una percepción social, cantidad de afectados real o potencial, lesión en las finalidades que tiene el reconocimiento de un derecho, importancia por constituir un posible precedente o puerta abierta hacia el futuro, etc.¹¹¹⁸ Habrá de afectarse negativa y significativamente a una o más de las facultades que integran el contenido descrito del derecho, al suponer una dificultad, una prohibición o reacciones o castigos por su ejercicio. Y no hay que olvidar que como derecho prestacional el derecho a la educación es un derecho a resultados, por lo que será posible inferir jurídicamente cuándo el resultado efectivo es que no se logre el contenido obligado del derecho a la educación, en especial al observar las consecuencias del incumplimiento¹¹¹⁹.

La vulneración de los derechos prestacionales por lo general se produce “cuando un Estado, por acción u omisión, desarrolla una política o práctica que vulnera deliberadamente o pasa por alto las obligaciones”¹¹²⁰ que el derecho comporta.

Aunque no es lo más habitual, puede haber una regresión por comisión directa. Se trata de acciones legislativas o administrativas que impliquen una disminución del contenido de los derechos establecido con anterioridad. Se comete “por la derogación o suspensión oficiales de las disposiciones legislativas necesarias; la denegación activa; por una discriminación de carácter legislativo o por la fuerza; el apoyo activo a medidas adoptadas por terceros; disposiciones legislativas o de políticas manifiestamente incompatibles con obligaciones jurídicas preexistentes medida deliberadamente regresiva; la obstrucción deliberada o la interrupción del logro progresivo de un derecho; la reducción o el mal uso de inversiones públicas concretas, cuando la reducción o el mal uso tengan como consecuencia la anulación de los derechos y no vayan acompañados por medidas adecuadas para garantizar derechos mínimos de subsistencia para todos.”¹¹²¹

En todo caso, lo más frecuente es que las vulneraciones de un derecho prestacional como el derecho a la educación se produzcan a través de actos de omisión¹¹²² o incapacidad¹¹²³ para adoptar las medidas; para cumplir sus

¹¹¹⁸ Aunque no se trate del juicio de relevancia instaurado en 2007 para la admisión de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, lo que tenga “trascendencia constitucional” tendrá la relevancia para el análisis constitucional de la restricción objeto de estudio. Al respecto cabe acudir a la STC (Pleno) 155/2009, de 25 de junio de 2009. En la doctrina, MATIA PORTILLA, Francisco Javier (2009).

¹¹¹⁹ ARANGO (2005, p. 129). Como afirma este autor para los derechos sociales el “derecho subjetivo se torna reconocible debido a las consecuencias de su no reconocimiento.”

¹¹²⁰ Directrices de Maastricht sobre Violaciones de los DESC, cit. , nº 11.

¹¹²¹ Por actos de comisión (Directriz nº 14).

¹¹²² Tampoco será nada frecuente una omisión absoluta de acción, que supusiera la total inactividad para la satisfacción del derecho. ESCOBAR ROCA (2008).

obligaciones jurídicas; por no adoptar las medidas apropiadas; por no reformar o no derogar disposiciones legislativas incompatibles con una obligación; por no poner en vigor disposiciones legislativas o de no poner en práctica políticas destinadas a hacer efectivas las obligaciones; por no regular las actividades de individuos o grupos a fin de impedir que violen los derechos económicos, sociales y culturales; por no velar por la efectividad, entre otros medios con la elaboración y aplicación de criterios e indicadores que permitan evaluar el cumplimiento; por no eliminar con prontitud los obstáculos así como por no tener en cuenta sus obligaciones jurídicas internacionales.

El Comité DESC señala algunos ejemplos de violaciones del derecho a la educación: “la adopción de leyes, o la omisión de revocar leyes que discriminan a individuos o grupos, por cualquiera de los motivos prohibidos, en la esfera de la educación; el no adoptar medidas que hagan frente a una discriminación de hecho en la educación; la aplicación de planes de estudio incompatibles con los objetivos de la educación expuestos en el párrafo 1 del artículo 13; el no mantener un sistema transparente y eficaz de supervisión del cumplimiento del párrafo 1 del artículo 13; el no implantar, con carácter prioritario, la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos; el no adoptar “medidas deliberadas, concretas y orientadas” hacia la implantación gradual de la enseñanza secundaria, superior y fundamental, de conformidad con los apartados b) a d) del párrafo 2 del artículo 13; la prohibición de instituciones de enseñanza privadas; el no velar por que las instituciones de enseñanza privadas cumplan con las “normas mínimas” de educación que disponen los párrafos 3 y 4 del artículo 13; la negación de la libertad académica del cuerpo docente y de los alumnos; el cierre de instituciones de enseñanza en épocas de tensión política sin ajustarse a lo dispuesto por el artículo 4.”¹¹²⁴

Hay que subrayar que si se trata de educación privada (de gran importancia en España), hay responsabilidad por la omisión de la diligencia debida para corregir el comportamiento de actores no estatales¹¹²⁵.

La mayoría de la restricciones del derecho a la educación serán vulneraciones constatables de la dimensión prestacional del derecho sobre la base de datos de la realidad. En los más de los casos, una vez constatada la restricción, la misma constituirá en sí una vulneración del derecho a la educación. En otras ocasiones, habrá que analizar la admisibilidad constitucional de la restricción o límite al que se ha sometido al derecho.

¹¹²³ Directrices de Maastricht sobre Violaciones de los DESC, cit. , n° 15.

¹¹²⁴ NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 b, n° 49).

¹¹²⁵ Directrices de Maastricht sobre Violaciones de los DESC, cit. , n° 18.

10. 2. LOS REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD DE LOS LÍMITES DEL DERECHO FUNDAMENTAL PRESTACIONAL A LA EDUCACIÓN

Una vez constatada la restricción del derecho fundamental, cabe acudir a la doctrina general de admisibilidad de los límites de los derechos. En este sentido y en primer término, para que la restricción pueda ser considerada admisible constitucionalmente habrá de contar con suficiente base legal, certeza y previsibilidad. La exigencia de legalidad parece relajarse algo respecto de los derechos sociales¹¹²⁶. No obstante, al tratarse de un indudable derecho fundamental cabe acudir a los requisitos exigidos en este sentido por el Tribunal Constitucional.¹¹²⁷

Si la restricción de que se trate cuenta con suficiente base legal, para que sea admisible habrá de superar el oportuno juicio de constitucionalidad de la restricción¹¹²⁸. Y sólo son admisibles los límites deben proceder de otro derecho o bien constitucional, que tengan una justificación objetiva y razonable y sean proporcionales, en el sentido de idóneos, los menos gravosos para el derecho y ponderados¹¹²⁹.

¹¹²⁶ Al respecto, téngase en cuenta *supra*: “El alcance de las reservas de ley en un derecho necesitado de regulación”. Los requisitos de legalidad de las restricciones de los derechos sociales son más tibios en razón del artículo 4 PIDESC: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.”

¹¹²⁷ STC 292/2000, FJ 11º. “[L]a Constitución ha querido que la Ley, y sólo la Ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental. Los derechos fundamentales pueden ceder, desde luego, ante bienes, e incluso intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que experimenten sea necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental restringido (STC 57/1994, de 28 de febrero, FJ 6º y STC 18/1999, de 22 de febrero, FJ 2º)”.

FJ 15º: “el legislador pueda imponer limitaciones al contenido de los derechos fundamentales o a su ejercicio [...] éstas pueden vulnerar la Constitución si adolecen de falta de certeza y previsibilidad en los propios límites que imponen y su modo de aplicación. De suerte que la falta de precisión de la Ley en los presupuestos materiales de la limitación de un derecho fundamental es susceptible de generar una indeterminación sobre los casos a los que se aplica tal restricción.”

¹¹²⁸ Un claro resumen de los “pasos” a seguir para el juicio de admisibilidad de los límites, COTINO HUESO (2007).

¹¹²⁹ “[S]ólo ante los límites que la propia Constitución expresamente imponga al definir cada derecho o ante los que de manera mediata o indirecta de la misma se infieran al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos constitucionalmente protegidos, puedan ceder los derechos fundamentales (sentencias 11/1981, FJ 7.º; 2/1982, FJ 5.º, 110/1984, FJ 5.º), y de otra que, en todo caso, las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho «más allá de lo razonable» (sentencia 53/1986, FJ 3.º), de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar

En términos de los derechos sociales este test parece algo más débil que el análisis que corresponde al derecho a la educación como derecho fundamental. En todo caso cabe seguir diversos parámetros de utilidad. Desde la consideración como derecho prestacional, si se alega que la violación del derecho es por incapacidad y no por voluntad de incumplimiento, el Estado “tiene la obligación de probar que así ocurre en realidad”¹¹³⁰ y, en todo caso, tiene la obligación de corregir de inmediato la medida¹¹³¹.

Bien es cierto que en la realización de este juicio de admisibilidad de los límites, cabe introducir criterios de “razonabilidad” para valorar la infracción constitucional. Y, por ello, podrá aducirse una “reserva de lo posible” en el sentido de aquello que el individuo puede exigir razonablemente a la sociedad.”¹¹³² Esta cuestión debe ponerse en relación con lo afirmado *supra* respecto de la necesidad de dotaciones presupuestarias suficientes por los Estados.

Para el caso del derecho a la educación el Comité DESC en su Observación General n.º 13 reitera estos requisitos de las restricciones, señalando que no ha puede haber “indulgencia ante la imposición de limitaciones por parte del Estado” por lo que ante una restricción se “tiene la obligación de justificar esa grave medida respecto de cada uno de los elementos definidos en el artículo 4”¹¹³³. Cualquier medida regresiva debe ser “objeto de grandes prevenciones” y el Estado “tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga el Estado Parte”¹¹³⁴.

La garantía última es la lesión de la sustancia o contenido mínimo o esencial, pues, “tal regulación nunca debe dañar la sustancia del derecho a la

que las medidas limitadoras sean «necesarias para conseguir el fin perseguido» (sentencias 62/1982, FJ 5.º; 13/1985, FJ 2.º) y ha de atender a la «proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se le impone» (sentencia 37/1989, FJ 7.º) y, en todo caso, respetar su cometido esencial (sentencias 11/1981, FJ 10; 196/1987. FFJJ 4.º, 5.º y 6.º; 197/1987, FJ 11), si tal derecho aún puede ejercerse.”¹¹²⁹

¹¹³⁰ Directrices de Maastricht sobre Violaciones de los DESC, cit. , nº 13.

¹¹³¹ NACIONES UNIDAS (2004, p. 30): “Sin embargo, cuando el retroceso se haga evidente, el Estado deberá, con arreglo a sus obligaciones generales estipuladas en el Pacto, actuar de inmediato para corregir la medida. La obligación de hacer efectivos progresivamente los derechos económicos, sociales y culturales implica que no debe producirse, por acción u omisión, un retroceso que resulte en un nivel inferior de disfrute de los derechos. ”

¹¹³² Así formulada por ARANGO (2005, p. 333).

¹¹³³ NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 b, nº 44).

¹¹³⁴ *Ibidem*, (1999 b, nº 45).

educación”¹¹³⁵, esto es, el “contenido esencial” del derecho¹¹³⁶. Como recuerda el TEDH, el derecho a la educación requiere de regulación “que puede variar en el espacio y en el tiempo según las necesidades y recursos de la comunidad y de las personas. No hay ni que decir que tal regulación nunca debe dañar la sustancia del derecho a la educación”¹¹³⁷.

De este tipo de restricciones pueden considerarse las limitaciones de acceso a enseñanzas no obligatorias y, en particular, a la universidad. Como punto de partida hay que delimitar el alcance de este derecho que se ha expuesto, para determinar si se da o no una restricción. Asimismo, hay que recordar las exigencias alemanas a los *numeros clausus*¹¹³⁸, aplicables también en España¹¹³⁹ que, en general y en nuestro país se cumplen, como apunta Revoiro¹¹⁴⁰. En algún supuesto, el Tribunal Supremo da el visto bueno a las restricciones de acceso a través de la programación de la enseñanza en razón de los límites “físicos” y “reales” de plazas, y por atribuirse bajo criterios objetivos no discriminatorios en razón de las puntuaciones¹¹⁴¹. No obstante, hay que estar al caso concreto.

10. 3. EL TRATAMIENTO PARTICULAR DE LOS CONFLICTOS CON OTROS DERECHOS

También, puede haber supuestos de conflicto del derecho educativo del alumno con otros derechos fundamentales, como puedan ser los derechos

¹¹³⁵ Así lo recuerda en STEDH de 7 febrero 2006 asunto Mürsel Eren contra Turquía (nº 44) con remisión al Caso Asunto Lingüístico Belga nº 5).

¹¹³⁶ Artículo 53. 1º CE, sobre este concepto, por todos, STC 11/1981, de 11 de abril FJ 8º.

¹¹³⁷ Así lo recuerda en STEDH de 7 febrero 2006 asunto Mürsel Eren contra Turquía (nº 44) con remisión al Caso Asunto Lingüístico Belga nº 5).

¹¹³⁸ Como se hizo referencia al abordar la admisibilidad constitucional de los sistemas de acceso y admisión en los estudios no obligatorios y universitarios, el Tribunal Constitucional federal alemán en su famosa sentencia de la Sala primera de 18 de julio de 1972 recuerda que el derecho al acceso a la profesión puede ser restringido por una ley. Los requisitos para la constitucionalidad de tales restricciones es que, obedezcan a una limitación de capacidad y si la selección y distribución de los aspirantes se lleva a cabo de acuerdo con criterios justos, con oportunidad real para los aspirantes de acceder a la universidad. El legislador es quien debe desarrollar los presupuestos y condiciones de estas restricciones y la universidad pueden reglamentar particularidades adicionales. En el caso de la ley de Hamburgo, fue inconstitucional por cuanto el legislador no determinó las restricciones y la forma y criterios de admisión.

¹¹³⁹ En este sentido, FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO (1996, pp. 181-183). se sigue por la 2ª ed. , p. 181, pese a señalar que el tema se complica en España por haberse constitucionalizado en el artículo 27. 1 un derecho de prestación. Ver pp. 181-183.

¹¹⁴⁰ Señala DÍAZ REVORIO (2002 a, pp. 65-66). que nuestra legislación viene a cumplir los requisitos de la cobertura legal de la medida administrativa; la total utilización de la capacidad de admisión de los centros existentes y que los criterios de selección sean los apropiados.

¹¹⁴¹ STS de 9 junio 1986 (RJ 1986\3368), FJ 3º:

constitucionales de los agentes educativos (ideario o carácter propio de los centros privados o la libertad de cátedra o el derecho de huelga de trabajadores de centros docentes, por ejemplo). En estos supuestos, no es necesaria una previsión legal del límite o restricción, por proceder directamente de la Constitución¹¹⁴². Una vez se determina que efectivamente están en conflicto los dos derechos, en principio, sólo cabe acudir al juicio de proporcionalidad y, en particular a la ponderación entre los dos derechos en litigio. La resolución se da caso por caso, sin que exista jerarquía alguna de derechos y libertades, sino soluciones concretas a los casos particulares¹¹⁴³.

En el caso del derecho de huelga en educación, la autoridad responsable debe hacer la previsión de los servicios mínimos de centros y docentes¹¹⁴⁴. No determinar los servicios mínimos –y no la huelga en sí- puede ser la causa de la lesión del derecho a la educación. Esta fijación de servicios no supone una afectación de las libertades de los docentes, puesto que no determina el contenido y la forma de la enseñanza y está dirigida a preservar el derecho a la educación¹¹⁴⁵. En razón del artículo 10 del Real Decreto-ley 17/1977 es la autoridad gubernativa quien habrá de fijar los servicios mínimos. En el caso de las Universidades será el Rector de la Universidad y en el ámbito no universitario y por lo general, serán las Consejerías de educación competentes.

¹¹⁴² Así, expresamente la STC 77/1985, de 27 junio, recurso LODE (FJ 9º): “la no expresión por parte del legislador de un límite a un derecho constitucional expresamente configurado como tal no significa sin más su inexistencia, sino que ese límite puede derivar directamente del reconocimiento constitucional o legal, o de ambos a la vez, de otro derecho que pueda entrar en colisión con aquél.”

¹¹⁴³ Obviamente, no se esconde que si lo que está en juego son claras incisiones en los derechos de la personalidad, a no sufrir torturas e integridad, estos parten de una relativa ventaja en la ponderación frente a otros derechos. De igual modo, no es difícil atribuir a las libertades de la enseñanza una “posición preferente” en el balance –como a las libertades informativas-, dotándolas de una “garantía institucional” que refuerza su protección. Más allá del interés individual del centro o docente que ejerza estos derechos, se observa la función instrumental que tiene la libertad para el sistema democrático, resultando, pues, vigorizadas en la ponderación.

¹¹⁴⁴ Así, en el caso que resuelve la STSJ Castilla y León, Burgos, núm. 610/2001 (Sala de lo Social), de 2 octubre (AS 2001\4285), el tribunal señala que la Universidad SEK podía haber previsto medida para garantizar los derechos a ser examinados los alumnos, pero no se llevó a cabo.

¹¹⁴⁵ Así, la STS de 16 octubre 2001 (RJ 2001\8605), que ratifica STSJ Madrid de 11-12-1996, recurso de la Federación de Enseñanza de Comisiones Obreras contra un Acuerdo del rector de la Universidad Nacional de Educación a Distancia de 11-03-1992; mediante éste se habían fijado los servicios mínimos para la huelga convocada el personal laboral. En el FJ 2º se admite la solución “Es la que mejor se ajusta a la significación que ha sido atribuida a ese concepto de «autoridad gubernativa» por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y también a la naturaleza y ámbito de funciones que corresponden a las Universidades en el perfil institucional que para ellas resulta de su principal normativa reguladora. Y es, asimismo, la que resulta más coherente con la finalidad que cumplen los servicios mínimos en una huelga que afecte a una Universidad. [...] La fijación de servicios mínimos [...] no está enderezada a preservar la libertad académica, sino el derecho a la educación.”

10. 4. RESTRICCIONES DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN POR APLICACIÓN DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO Y EL RÉGIMEN DE DEBERES DEL ALUMNO

10. 1. 1. Los deberes y obligaciones del alumnado y su fundamentación

El alumnado, además de derechos tiene obligaciones y responsabilidades, en razón del deber básico de estudio. Básicamente quedan reflejados en el art 6. 2º LODE y normativa infralegal¹¹⁴⁶ así como en el artículo 46. 1º LOU¹¹⁴⁷ y la reciente normativa infralegal de desarrollo en el ámbito univesitario¹¹⁴⁸.

La asistencia a las clase, el seguimiento de las explicaciones de los profesores, la realización de las actividades exigidas por los docentes o el centro educativo en orden a maximizar la formación que se presta; como es obvio, el deber de estudio también incluye la exigencia de la acción misma de estudiar. Asimismo, el deber de estudio implica el necesario respeto del derecho al estudio de los compañeros y, por ende, incluye la obligación de mantener actitudes que no dificulten el estudio de los demás (en general, ver art. 22 Real Decreto 732/1995).

Estos deberes se justifican en razón de la necesidad del adecuado orden y la convivencia en el centro educativo a fin de posibilitar el derecho a la educación y el ejercicio de los derechos por todos los agentes educativos. Así, las nociones de “disciplina escolar” o el “orden del centro” cobran su sentido en el marco de la propia finalidad constitucional de la enseñanza. La existencia de un régimen disciplinario es una de las garantías del respeto de los derechos de los miembros de la comunidad educativa, incluidos los propios derechos del alumnado como señalase el TEDH¹¹⁴⁹ o el Tribunal Supremo¹¹⁵⁰.

¹¹⁴⁶ Art. 10 Real Decreto 732/1995. Y el deber se especifica en el artículo 35 d) Y en los artículos 36 y ss. (respeto de la dignidad, integridad, intimidad, convicciones de todos los miembros de la comunidad educativa –artículo 36-; no discriminación –artículo 37-; respeto del proyecto educativo o el carácter propio del centro, de acuerdo con la legislación vigente –artículo 38-; cuidado de los bienes muebles y las instalaciones del centro y respetar las pertenencias de los otros miembros de la comunidad educativa –artículo 39-.

¹¹⁴⁷ Artículo 46 LOU, Derechos y deberes de los estudiantes: [...] 1. El estudio es un derecho y un deber de los estudiantes universitarios.

¹¹⁴⁸ Real Decreto 1791/2010, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Estudiante Universitario.

¹¹⁴⁹ La aplicación de sanciones disciplinarias constituye uno de los procedimientos por los que la escuela se esfuerza en alcanzar la finalidad para la que se le ha creado, incluido el desarrollo y la formación del carácter y el espíritu de los alumnos” (STEDH asunto Valsamis c/ Grecia, de 18 de diciembre de 1996).

10. 1. 2. Las restricciones del derecho a la educación en razón del Derecho sancionador, sus límites y admisibilidad constitucional

El Derecho sancionador educativo¹¹⁵¹ concreta los deberes cuyo incumplimiento constituye infracción¹¹⁵². Algunas de las sanciones que comporta no afectan en sí al derecho a la educación. Por ejemplo, a partir del artículo 48 Real Decreto 732/1995, sanciones leves: amonestaciones, comparecencia ante el Jefe de estudios, realización de trabajos o tareas, suspensión de participación en actividades extraescolares o el cambio de grupo como sanción grave (art. 53 c). En la normativa autonómica puede destacarse las actividades para ONGS en el anterior Decreto 292/1995 canario o la prohibición aparatos electrónicos (art. 36, Decreto 39/2008, de 4 de la Comunidad Valenciana).

No obstante, muchas sanciones sí que afectan en mayor o menor medida el derecho a la educación, al suponer la negación o restricción del derecho a la evaluación¹¹⁵³, la suspensión en la recepción del servicio educativo o el cambio

¹¹⁵⁰ La STS de 12 mayo 1995 (RJ 1995\5286) relativa a sanción a un joven de 16 años de Consejo Escolar del Instituto «ED» de Logroño de expulsión -primero perpetua- y después de inhabilitación por dos años para cursar enseñanzas en el centro donde venía recibiendo, que había sido anulada, recuerda que el respeto al profesorado es un bien protegible “El respeto al profesorado a quien incumbe la enseñanza es parte de esa convivencia en el centro y sin el cual la educación no pueda propia y eficazmente ni impartirse ni recibirse.” FJ 1º.

¹¹⁵¹ La doctrina es bien escasa, para el ámbito no universitario, AGOUÉS MENDIZÁBAL (2001), para el ámbito universitario PEMÁN GAVÍN (1994), también, COTINO (2000).

¹¹⁵² En el Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, de derechos y deberes de los alumnos se habilita a los centros a la concreción de las conductas contrarias a la convivencia escolar, si bien se tipifican las que se consideran más graves, a saber: los actos de indisciplina, injuria u ofensas graves contra los miembros de la comunidad educativa; la reiteración, en un mismo curso escolar, de conductas contrarias a las normas de convivencia establecidas por cada centro; la agresión grave física o moral o la discriminación grave contra los demás miembros de la comunidad educativa; la suplantación de personalidad en actos de la vida docente y la falsificación o sustracción de documentos académicos; los daños graves causados por uso indebido o intencionadamente en los locales, material o documentos del centro o en los bienes de otros miembros de la comunidad educativa; los actos injustificados que perturben gravemente el normal desarrollo de las actividades del centro; las actuaciones perjudiciales para la salud y la integridad personal de los miembros de la comunidad educativa del centro, o la incitación a las mismas y, por último, el incumplimiento de las sanciones impuestas. (artículo 52).

¹¹⁵³ Para la Universidad, de forma más o menos directa, artículo 6 c) 1 , b) 1 y 2 Reglamento de disciplina académica (Decreto de 8 de septiembre de 1954). En no universitarias, “Pérdida del derecho a la evaluación continua. El alumno se someterá a las pruebas finales que se establezcan al efecto” (art. 32 del ya derogado Decreto 246/1991 Comunidad Valenciana). La actual normativa no contiene la pérdida de evaluación. Como se señaló, la actual normativa por lo general preserva el derecho a la evaluación. La sanción sólo se recoge como pérdida del derecho a la evaluación continua, con derecho a exámenes finales en el artículo 51. 1º g) del Decreto 4/2009, de 23 de enero de la Rioja.

de centro o la expulsión¹¹⁵⁴. Aunque en algunas sentencias, sin demasiado atino, se ha afirmado que estas restricciones se dan sin comportar “privación” del derecho a la educación, escolaridad o educación obligatoria¹¹⁵⁵. En todo caso, en abstracto las sanciones disciplinarias en el ámbito educativo están admitidas por el TEDH¹¹⁵⁶, por el Tribunal Constitucional¹¹⁵⁷ y el Tribunal Supremo¹¹⁵⁸. El Tribunal Supremo en 2009 no deja de subrayar la “suma importancia” de estas

¹¹⁵⁴ Ver arts. 48 y 53 y medidas cautelares en art. 54 Real Decreto 732/1995). La “expulsión” queda regulada expresamente en la norma catalana. En todos los casos de la educación obligatoria, su aplicación conlleva medidas de nueva escolarización.

¹¹⁵⁵ En la STS 9 de mayo de 1994(1994/4370) expresamente se afirma que no hay privación por cuanto (FJ 6º) no les ha privado del derecho a la escolarización, simplemente les ha privado del «derecho de asistencia al centro durante 14 y 12 días, sin que ello implique la pérdida de la evaluación continua y sin perjuicio de que conlleve la realización de determinados deberes a trabajos en el domicilio del alumno». También cabe discrepar de la STSJ Madrid núm. 74/2005, de 2 febrero (JUR 2005\94173) sobre expulsión de 29 días acordada por la quema de la capucha de la sudadera de su compañera de clase. El tribunal estima que la nulidad de la sanción por inexistencia de suficiente actividad probatoria de cargo no implica, necesariamente, que el derecho a la educación del menor se haya visto negativamente comprometido.

¹¹⁵⁶ La expulsión queda admitida expresamente por el TEDH. Así, en la STEDH asunto Valsamis c/ Grecia, de 18 de diciembre de 1996 el Tribunal destaca que la sanción de expulsión escolar, que no puede considerarse como una medida exclusivamente educativa y puede tener un cierto impacto psicológico sobre el alumno que la sufre, no deja de ser de duración limitada y no supone más que el alumno expulsado esté excluido de la asistencia a la escuela. Más recientemente, en la STEDH de 3 de marzo de 2009, asunto Temel y otros contra Turquía “reitera que el derecho a la educación no excluye, en principio, recurrir a medidas disciplinarias, incluida la expulsión de una institución educacional, para asegurar el cumplimiento de sus normas internas” (nº 45). De igual modo en la STEDH de 11 de enero de 2011, asunto Ali contra Reino Unido (nº 54).

¹¹⁵⁷ Expresamente, en el ATC 382/1996, de 18 diciembre, caso sanción en colegio privado sin audiencia a los padres, FJ 4º. Asimismo, en el ATC 333/1997, de 13 octubre se aborda el castigo de alumno de 8º de EGB (13-14 años) del Colegio “Santa Clara Schools”, centro privado no concertado, y traslado a las dependencias del jardín de infancia del Colegio, ubicado en otra calle, por proferir palabras malsonantes a dos profesoras y una alumna. Se analizan las sentencias de instancia para considerar que hicieron una valoración razonable (FJ 4º).

¹¹⁵⁸ En la STS, de 7 marzo 2002 (RJ 2002\5077) se alegaba que la sanción por copiar que obligaba al traslado de localidad para continuar los estudios lesionaba el libre desarrollo de su personalidad y a la libertad de residencia, lo cual rechaza de plano el tribunal, sin excesiva fundamentación, FJ 4º.

La STS de 7 junio de 1999 (RJ 1999\5018) versa sobre Resolución del Rector de la Universidad Complutense de Madrid, que impuso sanción de un año de expulsión temporal de todos los centros propios o adscritos a dicha Universidad por la comisión de una falta grave por copia en la asignatura Derecho civil II con un aparato a través del cual, desde el exterior del aula, le era transmitido el contenido de las preguntas que aquella debía exponer. Se aplicó el Reglamento de Disciplina Académica de 8 de septiembre de 1954. El Tribunal Supremo señala que el derecho a la educación, FJ 2º, “es compatible con las atribuciones de la Administración educativa para restringir su disfrute a quien, con motivo de las pruebas encaminadas a verificar sus conocimientos (art. 27. 1 y 3 de la LRU), incumple obligaciones que son exigibles en la situación de sujeción especial en que se hallan los estudiantes matriculados en los centros universitarios, siempre que tales sanciones sean congruentes al fin del mantenimiento de la disciplina académica y proporcionadas a la gravedad de la infracción, circunstancias que concurren en nuestro caso, en el que debe además ponderarse la limitada duración temporal de la sanción impuesta y la posibilidad que ha tenido la estudiante sancionada de cursar los estudios de Derecho en centros de alguna de las otras Universidades existentes incluso en la misma ciudad de Madrid”.

normas como “herramienta fundamental” en la formación del alumno¹¹⁵⁹. Y es que para el TEDH “La imposición de castigos disciplinarios es una parte integral del proceso por el que una escuela busca conseguir el objeto para el que fue fundada, incluido el desarrollo y modelado del carácter y potencialidad mental de sus alumnos”¹¹⁶⁰.

Ahora bien, la aplicación misma del Derecho sancionador no puede vulnerar los derechos fundamentales, como la libertad de expresión¹¹⁶¹ o el mismo derecho a la educación¹¹⁶². Obviamente, las sanciones disciplinarias tampoco pueden afectar al derecho a no sufrir torturas. Así se recoge en los artículos. 28. 2º, 19 y 37 CDN. Como señala el Comité CDN en su reciente observación general nº 8 de 2006 dedicada a la cuestión: “No hay ninguna ambigüedad: la expresión “toda forma de perjuicio o abuso físico o mental” no deja espacio para ningún grado de violencia legalizada contra los niños.”¹¹⁶³.

En España, se recuerda la prohibición de “correcciones contrarias a la integridad física y a la dignidad personal” en el artículo 43. 2º del Real Decreto 732/1995. La cuestión de los correctivos físicos y psíquicos ha generado importantes resoluciones del TEDH¹¹⁶⁴ y en los últimos años la acción del

¹¹⁵⁹ Así en la criticable STS de 16 diciembre 2009 (RJ 2010\2862) FJ 3º y el FJ 4º de la sentencia recurrida que reproduce.

¹¹⁶⁰ STEDH de 11 de enero de 2011, asunto Ali contra Reino Unido (nº 54).

¹¹⁶¹ STEDH de 3 de marzo de 2009, asunto Temel y otros contra Turquía, por expulsión de seis meses a estudiantes de universidad que simplemente pidieron una asignatura opcional en lengua curda.

¹¹⁶² Una expulsión temporal puede admitirse si permite la continuación de los estudios facilitando tareas, tutoría, presentación a los exámenes finales, etc. Así STEDH de 11 de enero de 2011, asunto Ali contra Reino Unido.

¹¹⁶³ Al respecto destaca la reciente NACIONES UNIDAS-Comité de Derechos del Niño (2006). Cita de nº 18. Ver, también, nº 44 y ss.

¹¹⁶⁴ En la STEDH caso Tyrer contra el Reino Unido, de 25 de abril de 1978, sobre la institucionalización de los castigos corporales sobre niños en la Isla de Man -territorio bajo la dependencia de la Corona británica-, una agresión entre compañeros de escuela supuso al alumno la condena a tres azotes, en modo alguno simbólicos. Para el TEDH aquello implicó un trato degradante con gran humillación, prohibido por el artículo 3 CEDH.

En la STEDH caso Campbell y Cosans, de 25 de febrero de 1982, la expulsión temporal del alumno Jeffrey Cosans durante casi todo un año escolar, tuvo por motivo la oposición -suya y de sus padres- a que sufriera o se expusiera a sufrir un castigo corporal, para el Tribunal, “No se puede considerar razonable una condición así para asistir al centro docente”. El TEDH entendió que la mera amenaza de pegar a los niños en las escuelas escocesas -mayoritariamente admitida- “no dejará de ser *degradante*, en el sentido del artículo 3, por el mero hecho de que esté consagrada por el transcurso del tiempo e incluso cuente con la general aprobación”. En el supuesto concreto no estimó la suficiente gravedad aunque sí la lesión del artículo 2 del Protocolo 1º, porque el alumno fue expulsado casi un curso por negarse él y sus padres a la posibilidad de ser sometido a castigos físicos.

En la STEDH, asunto Costello-Roberts c/ Reino Unido, de 25 de marzo de 1993, el TEDH recuerda que la prohibición de tratos degradantes alcanza tanto a las escuelas públicas como privadas, por lo que tenía que prohibir el recurso a cualquier castigo corporal –no obstante añadió- “que no fuera moderado o razonable”. Así pues, la valoración del alcance de la gravedad es determinante. En esa ocasión no se entendió de gravedad suficiente el castigo de tres golpes con una zapatilla gimnástica de

Comité Europeo de Derechos Sociales ha sido determinante al condenar a diversos países por los resquicios que su legislación dejaba a los castigos corporales domésticos y educativos¹¹⁶⁵. El Tribunal Constitucional en su auto 333/1997, de 13 octubre se aborda el castigo de alumno de 8º de EGB (13-14 años) del Colegio “Santa Clara Schools”. La clave en los terrenos dudosos reside en que la intensidad y finalidad de la medida correctora lleven a reputarla como trato degradante prohibido, por rebasar un “umbral mínimo de severidad”¹¹⁶⁶. pues siguiendo al TEDH, “para que el trato sea “degradante” debe ocasionar también al interesado -ante los demás o ante sí mismo- una humillación o un envilecimiento que alcance un mínimo de gravedad”¹¹⁶⁷

10. 1. 3. La exigencia constitucional de rango de ley de la normativa disciplinaria y la inconstitucionalidad actual

En el ámbito no universitario, la única regulación estatal en que pudiera apoyarse la regulación de deberes, infracciones y sanciones de los alumnos es la mera referencia de la LODE al “respeto a las normas de convivencia dentro del centro docente” (art. 6.2 LODE). Asimismo, la remisión a normas cuyo establecimiento se confía a la autonomía de los centros privados no concertados (art. 25 LODE). Sobre esta mera referencia, hay desde antiguo una regulación reglamentaria estatal del régimen de derechos y deberes que incluye el Derecho

suela de caucho en el trasero del joven, por encima del pantalón, sanción conforme al reglamento disciplinario en vigor en el internado en el que residía un estudiante inglés. El TEDH no otorgó la razón al demandante pese a que “le inspirasen ciertas preocupaciones” que la sanción fuese automática y tardase tres días en ser ejecutada. El Tribunal casi se exculpa de su decisión llegando a afirmar que no quería dar la impresión que aprueba, en modo alguno, el mantenimiento del castigo corporal en el sistema disciplinario escolar.

¹¹⁶⁵ Así, sus decisiones de condena de 7. 12. 2004, en la Reclamación 17/2003 (Grecia); 18/2003 (Irlanda); 19/2003 (Italia); 20/2003 (Portugal); 21/2003 (Bélgica). Puede seguirse en JIMENA QUESADA 2007.

¹¹⁶⁶ En el ya referido el ATC 333/1997, de 13 octubre se aborda el castigo de alumno de 8º de EGB (13-14 años) del Colegio “Santa Clara Schools”, centro privado no concertado, y traslado a las dependencias del jardín de infancia del Colegio, ubicado en otra calle, por proferir palabras malsonantes a dos profesoras y una alumna. En concreto se examina la cuestión para considerar que no alcanzó a ser un trato degradante ni por la finalidad ni por los medios. La situación pese a que “fue desagradable y enojosa e, incluso, puede admitirse que, en determinados aspectos, pudiera resultarle humillante. [...] sin embargo, [...] es imprescindible que alcance un mínimo de gravedad para que opere la garantía consagrada en el art. 15 CE. Y, en este supuesto, no cabe entender traspasado este umbral mínimo de severidad, resultando absolutamente determinante en esta apreciación el hecho de que, durante el limitado período tiempo en que el alumno estuvo en el jardín de infancia, recibiera diariamente las clases pertinentes de forma individualizada”.

¹¹⁶⁷ STEHD de 25 de febrero de 1982, nº 28; reiterado en la STEDH Castello-Roberts c. el Reino Unido, de 25 de marzo de 1993, nº 30.

sancionador (Real Decreto 732/1995)¹¹⁶⁸. Esta norma estatal que convive con numerosas regulaciones autonómicas. Hasta hace bien poco, todas las normas autonómicas eran de rango reglamentario. Tras la LOE de 2006 ha habido una ola de nueva regulación autonómica de decretos de normas de convivencia, derechos y deberes y régimen sancionador y en la práctica totalidad de los casos (salvo las leyes gallega y de la Rioja¹¹⁶⁹) se trata de reglamentos:

Así, los decretos autonómicos son los que siguen: Decreto 85/1999, de 6 abril, que regula los derechos y deberes del alumnado y las correspondientes normas de convivencia en los centros docentes públicos y privados concertados no universitarios de Andalucía . Decreto 279/2006, de 4 de julio, sobre derechos y deberes del alumnado y regulación de la convivencia en los centros educativos no universitarios de Cataluña y Decreto 15/2007, de 19 de abril, por el que se establece el marco regulador de la convivencia en los centros docentes de la Comunidad de Madrid; Decreto 51/2007, de 17 de mayo, Regula los derechos y deberes de los alumnos y la participación y los compromisos de las familias en el proceso educativo, y establece las normas de convivencia y disciplina en los Centros Educativos de Castilla y León; Decreto 39/2008, de 4 de abril, de la Comunidad Valenciana que regula la Convivencia en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos y sobre los derechos y deberes del alumnado, padres, madres, tutores o tutoras, profesorado y personal de administración y servicios; Decreto 50/2007, de 20 de marzo, que establece los derechos y deberes del alumnado y normas de convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Decreto 249/2007, de 26 de septiembre que regula los derechos y deberes del alumnado y normas de convivencia en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos del Principado de Asturias; Decreto 3/2008, de 8 de enero, de convivencia Escolar en Castilla-La Mancha; Decreto 4/2009, de 23 de enero, de La Rioja, que regula la convivencia en los centros docentes y establece los derechos y deberes de sus miembros; Decreto 73/2011, de 22 de marzo que establece la Carta de derechos y deberes de los miembros de la comunidad educativa y las bases de las normas de convivencia en los centros educativos no universitarios de la Comunidad Autónoma de Aragón; Decreto Foral 47/2010, de 23 de agosto, de derechos y deberes del alumnado y de la convivencia en los centros educativos no universitarios públicos y privados concertados de la Comunidad Foral de Navarra; Decreto 121/2010, de 10 de diciembre, que establece los derechos y los deberes de los alumnos y las normas de convivencia en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos de las Illes Balears; y, el más reciente, Decreto 114/2011, de 11 de

¹¹⁶⁸ En vigor, el tantas veces aludido Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que se establecen los derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia en los centros, antes el Real Decreto 1543/1988, de 28 de octubre, sobre derechos y deberes de los alumnos.

¹¹⁶⁹ Ley 4/2011, de 30 de junio, de Galicia, de convivencia y participación de la comunidad educativa y Ley 2/2011, de 1 de marzo Ley de autoridad del profesor y de la convivencia en los centros educativos de La Rioja.

mayo, que regula la convivencia en el ámbito educativo de la Comunidad Autónoma de Canarias.

La inconstitucionalidad de la situación hasta ahora era a mi juicio palmaria por la falta de legalidad exigible que dote de cobertura a la regulación reglamentaria del ámbito no universitario público¹¹⁷⁰. Así lo he afirmado desde hace años¹¹⁷¹. Puede discutirse si muchas obligaciones que se imponen y muchas de las sanciones son límites directos al derecho a la educación. De ser así, la inconstitucionalidad es evidente porque regulación de tales restricciones directas sería “desarrollo” que en virtud del artículo 81 CE requiera de ley orgánica¹¹⁷². Y no cabe duda que la regulación orgánica (art. 6 LODE) no determina mínimamente tales restricciones. Aun negando que se requiera ley orgánica, no puede dudarse que el establecimiento de obligaciones, infracciones y sanciones suponer la regulación de restricciones al ejercicio del derecho a la educación. Y por ello, se exige ley (art. 53. 1 CE). En la misma dirección, considero que, al establecerse conductas, infracciones y sanciones, sin duda se trata de Derecho sancionador, por lo que rige la exigencia de legalidad del artículo 25. 1º CE¹¹⁷³.

El Tribunal Constitucional viene a admitir la regulación autonómica de los deberes¹¹⁷⁴, si bien, también considera como “muy oportuno” que la regulación

¹¹⁷⁰ Lo más parecido a una cobertura legal –y en todo caso insuficiente a mi juicio- es la Ley 1/1993, de 19 de febrero, que regula la Escuela Pública Vasca, que en su artículo 15 dispone que: “1. Desde el respeto a los derechos individuales y sociales del alumnado en el ámbito escolar, el Gobierno Vasco regulará, mediante decreto, previo informe del Consejo Escolar de Euskadi, los derechos y los deberes de los alumnos.

2. El alumnado de los centros de la Escuela Pública Vasca tiene derecho a un tratamiento disciplinario exento de arbitrariedades y a la existencia de garantías procedimentales en la imposición de sanciones. El decreto previsto en el apartado anterior de este artículo regulará las faltas de los alumnos y sus correspondientes sanciones, así como el procedimiento para su imposición, que contará en todo caso con la audiencia del interesado, sin perjuicio de las acciones civiles o penales que pudieran derivarse de las mismas.”

¹¹⁷¹ Se sostiene en COTINO HUESO (2000 b).

¹¹⁷² El desarrollo incluye la definición y delimitación de las facultades o poderes que el derecho concede a su titular; la delimitación misma de sus titulares; alcance del mismo entre privados, garantías fundamentales necesaria para preservarlo frente a las injerencias de los poderes públicos; precisión de los límites y restricciones al contenido normal delimitado, que no supongan meras restricciones al tiempo, modo y lugar de ejercicio de los derechos (entre otras, sentencias 101/1991, FJ 2; 127/1994, FJ 3º; 173/1998, FFJJ 7º y 8º, 292/2000, FJ 11º y 53/2002, FJ 12º).

¹¹⁷³ Como se señalaba en la STC 133/1987, del 21 de julio, FJ 4º “el principio de legalidad en el ámbito del derecho sancionador estatal implica, por lo menos, estas tres exigencias: La existencia de una ley (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*); lo que significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador.”

¹¹⁷⁴ STC 5/1981, de 13 febrero, recurso LOECE, FJ 24º: “No se habla en él [Artículo 37 LOECE] de derechos, sino de deberes de los alumnos. Su conexión con materia de derechos fundamentales es muy débil. No hay inconveniente en permitir su modificabilidad por leyes de las Comunidades, siempre que la

de las faltas de disciplina con posible expulsión el centro sean reguladas por ley orgánica, como garantía del derecho a la educación¹¹⁷⁵. Aún admitiendo la regulación autonómica y no la ley estatal orgánica, se precisaría una ley que regulase el régimen sancionador. Sólo desde 2010 y 2011 varias leyes autonómicas sobre la autoridad del profesorado o sobre la convivencia educativa sí que han incluido en mayor o menor medida el ámbito disciplinario sancionador. En estos casos se ha dotado en mayor¹¹⁷⁶ o menor¹¹⁷⁷ medida, de cobertura legal a las restricciones al ejercicio de derechos y al establecimiento de infracciones, así como a las correcciones y medidas cautelares. Sólo en estos excepcionales casos podría admitirse la constitucionalidad de la situación. En todos los demás casos, la actual regulación reglamentaria disciplinaria es inconstitucional por falta de base legal. También lo sería, claro está, la fijación de tipos sancionadores y sanciones por los reglamentos de régimen interior de los centros sin la correspondiente cobertura legal¹¹⁷⁸. La remisión a tales reglamentos de régimen interior por un Decreto sin cobertura legal, obviamente, no repara la falta de legalidad en la fijación de infracciones o sanciones. Y en ocasiones tales Decretos, como el reciente Decreto 73/2011, de 22 de marzo de Aragón, remiten a la regulación de estas normas, incluso para ampliar infracciones o sanciones¹¹⁷⁹. En otras ocasiones sólo se permite que “concreten” lo dispuesto reglamentariamente.¹¹⁸⁰

alteración que se introduzca sea de índole semejante a los deberes, muy genéricos y de naturaleza no política, que aquí se contienen.

¹¹⁷⁵ STC 5/1981, de 13 febrero, recurso LOECE, FJ 28º: “El artículo 39 afecta de manera esencial al derecho fundamental que todos los ciudadanos tienen a la educación (artículo 27. 1 de la Constitución). De nada serviría reconocer este derecho en el texto constitucional si luego fuese posible sancionar arbitrariamente a los alumnos dentro de los centros por supuestas faltas de disciplina cuya consecuencia última pudiera ser la expulsión del centro; con ello se imposibilitaría o al menos se dificultaría el ejercicio real de ese derecho fundamental. Eso es lo que trata de evitar el artículo 39 de la LOECE y por lo mismo su inclusión en la ley orgánica es muy oportuna ya que otorga una garantía al citado derecho fundamental sin la cual el desarrollo normativo del mismo podría ser ineficaz.”

¹¹⁷⁶ Se regula de forma completa el régimen sancionador en Galicia y La Rioja; Ley 4/2011, de 30 de junio, de Galicia, de convivencia y participación de la comunidad educativa y Ley 2/2011, de 1 de marzo Ley de autoridad del profesor y de la convivencia en los centros educativos de La Rioja.

¹¹⁷⁷ Así, aunque no directamente en la madrileña Ley 2/2010, de 15 de junio, su artículo 10 regula el “Incumplimiento de las normas de convivencia”, así como dota de poder corrector y de aplicación de medidas cautelares al profesorado. Como copia de la ley madrileña, la Ley 15/2010, de 3 de diciembre, Ley de Autoridad del Profesorado de la Comunidad Valenciana.

¹¹⁷⁸ De forma expresa se afirmaba en el Decreto 292/1995, de 3 de octubre, derechos y deberes del alumnado de Canarias, Disp. Ad. 1ª, que “Los Reglamentos de Régimen Interior de los centros no podrán tipificar conductas sancionables ni establecer sanciones no contempladas en el presente Decreto, fijando normas de convivencia que garanticen el correcto desarrollo de las actividades académicas, el respeto entre todos los miembros de la comunidad educativa y el correcto uso de las dependencias, instalaciones y material pedagógico del centro.”

¹¹⁷⁹ Es el reciente Decreto 73/2011, de 22 de marzo de Aragón en su artículo 58 dispone que “Son conductas contrarias a las normas de convivencia las que se enumeran a continuación y aquellas otras

Ante esta situación en el caso de la educación pública, cualquier juez podría inaplicar los inconstitucionales reglamentos sancionadores por vicio de legalidad sancionadora.

Sin embargo,, los tribunales no han tenido preocupación alguna por la cuestión. El Tribunal Constitucional no ha abordado la materia¹¹⁸¹ y abiertamente el TS la había eludido¹¹⁸². Y la situación ha empeorado, puesto que forzado por las alegaciones de las partes, en una muy criticable sentencia, el Tribunal Supremo en 2009¹¹⁸³ debilita al máximo cualquier garantía de legalidad. Así, ha permitido que una mera norma de convivencia dictada por un centro educativo regule infracciones y sanciones. El Tribunal Supremo se justifica en lo importantes que son estas normas de convivencia para la formación del menor, en que hay una relación de especial sujeción y en que basta como todo apoyo legal la muy lacónica referencia que hace el artículo 6. 2º LODE al deber de “respeto a las normas de convivencia dentro del centro docente”. Así, entiende que estas normas de convivencia de régimen interior no son reglamentos independientes. Es más, el Tribunal Supremo no niega la afirmación de la sentencia recurrida, para quien estas normas de convivencia que fijan conductas obligatorias, infracciones y sanciones tan siquiera son Derecho sancionador que

que supongan incumplimiento de las normas establecidas por los centros en sus reglamentos de régimen interior”. Y en el artículo 52. 2º se dispone que “Las normas de convivencia del centro, recogidas en su Reglamento de régimen interior, establecerán las correcciones que correspondan a las conductas de los alumnos que incumplan las citadas normas, de acuerdo con lo establecido en este decreto.”

¹¹⁸⁰ El Decreto 51/2007, de 17 de mayo de Castilla y León, artículo 37. 2º permite “concretar estas conductas con el fin de conseguir su adaptación a los distintos niveles académicos, modalidades de enseñanza y contexto de cada centro.”

¹¹⁸¹ No se ha planteado ningún caso en el Tribunal Constitucional en el que fuera exigible el principio de legalidad en materia disciplinaria educativa. En el mencionado ATC 382/1996, de 28 de diciembre (FJ 4º), al tratarse de la corrección disciplinaria en un centro privado no concertado, no se abordó la materia particular. En el recurso a la LODE, la STC 77/1985, de 27 junio, su FJ 14º e, no puede ser a mi juicio sustento de legalidad en el ámbito sancionador.

¹¹⁸² Abiertamente, el Tribunal Supremo eludió la cuestión en la STS (Sala 3ª) de 9 de mayo de 1994 (BDA 1994/4370). A un alumno de un centro público, se le sancionó impidiéndosele la asistencia a clase por dos semanas, siendo que tal sanción no está estipulada legalmente, sino sobre la base del Real Decreto 1543/1988, de 28 de octubre, antecedente del RD 732/1995 de derechos y deberes. El Tribunal apelado había aplicado la clásica consecuencia de reconocer la existencia de una relación de especial sujeción (la relajación del principio de legalidad). El Tribunal Supremo, escapó a la doctrina del Tribunal Constitucional afirmando que la “travesura” objeto del asunto no merecía profundizar en cuestiones como la tutela o el principio de legalidad aducidos (FJ 3º), sin llegar a cuestionarse el fundamento de la Sentencia apelada.

Más recientemente se alegó la vulneración del principio de legalidad y tipicidad sancionadora en la STS 677/2009 de 13 octubre (RJ 2009\5565) (Sala de lo Civil, Sección 1ª). El Tribunal no da respuesta a la alegación, si bien, cabe recordar que se trataba de un centro privado.

¹¹⁸³ STS de 16 diciembre 2009 (RJ 2010\2862), FJ 3º. Ver también el FJ 4º que de la sentencia recurrida que no niega el Tribunal Supremo.

deba respetar el principio de legalidad sancionadora¹¹⁸⁴. Esta posición, que aquí se niega, había sido afirmada por Aláez¹¹⁸⁵.

Considero criticable esta posición del Tribunal Supremo que no es reiterada y cabe esperar que rectifique o sea refutada por el Tribunal Constitucional. La situación, pues, lleva a que una mera norma de un centro determine conductas, infracciones y sanciones.

En el caso de la enseñanza universitaria la situación es más compleja. La LOU (art. 46. 1º) remite a la regulación de cada Universidad respecto de los derechos y deberes, sin referencia alguna al Derecho sancionador. Ello implicaría una remisión en blanco inconstitucional pues claro está que en ningún caso sería una ley la norma universitaria que ha de regular el régimen disciplinario¹¹⁸⁶. Ahora bien, no se requiere el rango de ley y resulta salvada la inconstitucionalidad en tanto en cuanto sigue vigente el Reglamento de disciplina académica (Decreto de 8 de septiembre de 1954). Ello es así por ser una norma previa a la Constitución. Cuestión diferente es que se entendiera derogada por ser contraria a la ley de leyes en razón de la Disposición derogatoria tercera. Y este alegato ha sido negado por el TS¹¹⁸⁷. No obstante, se ha reconocido la necesidad de ley sancionadora expresamente en el reciente Real Decreto 1791/2010, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Estudiante Universitario. Su Disp. Ad. 2ª obligaba en el plazo de un año a la presentación de un “proyecto de ley un proyecto de ley reguladora de la potestad disciplinaria”. Se reconoce, pues, la necesidad de legalidad sancionadora en la materia.

¹¹⁸⁴ Se reproduce –sin valoración– la afirmación de que “las conductas tipificadas como infracciones disciplinarias y sus correspondientes “sanciones” no tienen propiamente tal naturaleza, sino que su finalidad es esencialmente educativa” (FJ 4º), por lo que no hay vulneración de legalidad sancionadora ni de jerarquía normativa.

¹¹⁸⁵ Se trata del enfoque de ALÁEZ CORRAL (2003 a). por cuanto afirma que “la imposición de semejantes obligaciones y medidas disciplinarias [...] parece tratarse de una delimitación del ámbito de ejercicio de aquella libertad personal en el ámbito *escolar* y no de una limitación-sanción en el sentido constitucional del término, aunque se adopten con un buen número de garantías propias del *principio de legalidad* de los procedimientos administrativos sancionadores” (p. 157). Afirma (p. 158) que se trata de “una delimitación de los mismos [derechos del menor] motivada también en la necesidad de proteger y garantizar el derecho a la *educación* del propio menor afectado, cuando no simples regulaciones del ejercicio de esos derechos.”

¹¹⁸⁶ Y ello aunque el régimen sancionador estuviese regulado en la misma norma de los Estatutos de la Universidad, puesto que se trata de una norma aprobada por Decreto de la autonomía (art. 6. 2º LOU), no siendo, por tanto, ley formal.

¹¹⁸⁷ Así se alegó en la STS de 7 marzo 2002 (RJ 2002\5077) FJ 2º.

La referencia a una relación especial de sujeción¹¹⁸⁸ en el ámbito educativo no sirve para salvar esta anómala situación, máxime mediando una regulación legal tan extensa y actual del fenómeno educativo. Aún en el caso de flexibilizarse el principio de legalidad sancionadora en razón de la autonomía universitaria –como ha sucedido en el ámbito local- sería preciso fijar por ley los criterios mínimos de antijuridicidad y las bases para establecer las sanciones¹¹⁸⁹. Sin embargo, parece que para el Tribunal Supremo en 2009 la mera existencia de esta especial relación lo pueda todo.

Cabe matizar que para centros privados y privados concertados y universidades privadas, al no tratarse de Derecho sancionador no se exige la legalidad sancionadora del artículo 25 CE. No obstante, en razón de los artículos 53 y 81 CE, aunque se trate del ámbito jurídico privado, al tratarse de límites a un derecho fundamental, en la ley habrían de contenerse al menos elementos y presupuestos mínimos de certeza respecto de la restricción del derecho a la educación. Y ello no se da hoy día. En 2009 el TS eludió contestar a la alegación de falta de legalidad sancionadora respecto de la expulsión de un alumno de un colegio privado¹¹⁹⁰.

10. 1. 4. La exigencia de garantías en aplicación del Derecho sancionador educativo

Amén del antedicho vicio de falta de ley que conlleva la inconstitucionalidad, en todo caso, en la aplicación del régimen sancionador deben respetarse las diversas garantías propias de este ámbito¹¹⁹¹. En el marco de

¹¹⁸⁸ En el ámbito educativo, COTINO HUESO (2000 b). En general sobre esta categoría, entre otros muchos, COTINO HUESO (1999).

¹¹⁸⁹ Así, STC 25/2004, de 26 de febrero, que en virtud del artículo 25 CE impone a la ley la fijación de “criterios mínimos de antijuridicidad conforme a los cuales cada Ayuntamiento puede establecer los tipos de infracciones, sin que ello implique la definición de tipos, ni siquiera genéricos, sino de criterios que orienten y condicionen la valoración de cada municipio a la hora de establecer los tipos de infracción. Por otro, y por lo que se refiere a las sanciones, del art. 25. 1º deriva la exigencia, al menos de que la ley reguladora de cada materia establezca las clases de sanciones que pueden establecer las ordenanzas municipales; tampoco se exige aquí que la ley establezca una clase específica de sanción para cada grupo de ilícitos, sino una relación de las posibles sanciones que cada Ordenanza municipal puede predeterminar en función de la gravedad de los ilícitos administrativos que ella misma tipifica.”

¹¹⁹⁰ STS 677/2009 de 13 octubre (RJ 2009\5565) (Sala de lo Civil, Sección 1ª). Ante la alegación expresa, el TS no da contestación alguna.

¹¹⁹¹ A raíz de la STC 18/1981, de 8 de junio ha sido una constante en la doctrina constitucional la exigencia de trasladar los principios que informan el derecho penal al ámbito sancionador.

Para el ámbito educativo lo señalaron también prontamente EMBID IRUJO (1981, PP. 654 Y SS.). Así, desde primera edición, FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO (1996, p. 172).

la enseñanza pública, es necesario que la imposición de sanciones se lleve a cabo a resultas de haberse practicado un procedimiento. En tal procedimiento es preciso el conocimiento por el inculcado (y, de ser menor o incapaz, de sus padres) tanto de los hechos imputados y de las sanciones que en su caso se puedan imponer, así como la identidad del instructor y autoridad competente. De igual modo, en el proceso debe darse la audiencia al inculcado, y por ende, la posibilidad de defenderse por medio de pruebas. Finalmente, la decisión adoptada, una vez notificada, deberá ser susceptible de recurso.

En principio la regulación estatal recoge tales garantías. Así, para la suspensión del derecho de asistencia a clases o al centro por una falta no grave, el Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, de derechos y deberes de los alumnos exige la audiencia al alumno y de ser menor, de los padres en una comparecencia de la que se levantará acta, con lo que se viene a garantizar el derecho a un procedimiento. En el caso de ser una falta grave, que comporte la suspensión de la asistencia por más de tres días lectivos u otras sanciones mayores, se exige la tramitación de un expediente cuya incoación se comunicará al alumno (y a sus padres), quienes cuentan con diversas garantías en el proceso (recusación del instructor, información de los cargos y sanción propuesta, audiencia). Una vez notificada la sanción, dispondrán también de la posibilidad del recurso ante las autoridades educativas superiores¹¹⁹². La normativa autonómica también recoge garantías¹¹⁹³. En el ámbito universitario, en tanto se aplique el Reglamento de Disciplina Académica de 1954 (Decreto de 8 de septiembre de 1954) son respetadas las garantías exigibles en el procedimiento establecido en su artículo 14, todo ello complementado con la normativa general sancionadora¹¹⁹⁴.

Por cuanto a la exigencia constitucional de tales garantías, el Tribunal Constitucional en una afirmación marcada por el hecho de que se tratara de un centro privado ha considerado que el derecho a la educación protege frente a expulsiones arbitrarias, pero que las garantías procedimentales son cuestión de

Derecho a un tratamiento disciplinario exento de arbitrariedades y a la existencia de garantías procedimentales en la imposición de sanciones.

¹¹⁹² Véase al respecto el artículo 49 y 51 y ss. Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, de derechos y deberes de los alumnos.

¹¹⁹³ Por ejemplo, la Ley 1/1993, de 19 de febrero, que regula la Escuela Pública Vasca dispone en su artículo 15. 2º que “El alumnado de los centros de la escuela pública vasca tiene derecho a un tratamiento disciplinario exento de arbitrariedades y a la existencia de garantías procedimentales en la imposición de sanciones [...] el procedimiento [...] contará en todo caso con la audiencia del interesado, sin perjuicio de las acciones civiles o penales que pudieran derivarse de las mismas.

¹¹⁹⁴ Al respecto, no obstante, cabe seguir las afirmaciones de PEMÁN GAVÍN (1994, pp. 451 y ss.) en concreto en las pp. 451 y ss. sobre la necesidad de complementar lo dispuesto en el artículo 14 Reglamento de Disciplina Académica de 1954 (Decreto de 8 de septiembre de 1954) con las normas administrativas generales.

legalidad, no de constitucionalidad¹¹⁹⁵. A mi juicio, en el ámbito de la enseñanza privada la exigencia de estas garantías puede flexibilizarse, si bien, en todo caso, tanto las normas propias del centro o Universidad privada cuanto su actuación, deberán respetar el genérico principio de no arbitrariedad, cuya vulneración podrá ser advertida por la justicia ordinaria y, en su caso, por la constitucional¹¹⁹⁶.

¹¹⁹⁵ Así en el ATC 382/1996, de 18 diciembre, caso sanción en colegio privado sin audiencia a los padres, FJ 4º:” El derecho fundamental a la educación, empero, como señalamos líneas arriba, aunque en principio ofrece cierta protección frente a las expulsiones arbitrarias, en modo alguno exige el respeto escrupuloso de todas y cada una de las garantías procedimentales que sobre el particular puedan pergeñarse; razón por la cual no incumbe a este Tribunal, sino exclusivamente a la jurisdicción ordinaria, determinar si el Real Decreto 1543/1988 impone o no la audiencia previa a los padres y, en su caso, velar por su cumplimiento.”

La STS 9 de mayo (1994/4370) tampoco es excesivamente escrupulosa con las garantías del sancionado respecto de una sanción de inasistencia por dos semanas a dos alumnos. Respecto del ne bis in idem, se acude a que se trata de una relación de supremacía especial.

¹¹⁹⁶ En el ATC 382/1996 el Tribunal Constitucional analizó elementos mínimos y consideró que “existió una *base razonable* para que el centro adoptase la sanción de expulsión, y que, además, se cumplieron los *requisitos mínimos* exigidos para su imposición.

La flexibilidad respecto de centros privados en ocasiones es excesiva. Así, se han admitido sanciones encubiertas de no renovación de la matrícula en la STSJ Cataluña de 10 febrero de 1999 núm. 148/2003 (JUR 2003\153746).

11. PROTECCIÓN Y GARANTÍAS DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

11. 1. UNA APROXIMACIÓN A LAS GARANTÍAS DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LAS PARTICULARIDADES DE SU EJERCICIO POR EL ALUMNO MENOR DE EDAD

Se analizan ahora las “garantías” del derecho a la educación en un sentido amplio, esto es, como medios de realización del derecho ¹¹⁹⁷ y como institutos jurídicos para facilitar su ejercicio y reaccionar ante los diversos incumplimientos del contenido de este derecho que ha sido descrito. Debe tenerse en cuenta, de un lado, que ya se ha hecho referencia a muchas de tales garantías (reserva de ley, programación educativa y creación de centros, conciertos educativos, becas y ayudas, gratuidad de la enseñanza, evaluación de la educación, garantías de la evaluación del alumnado, régimen disciplinario del alumnado, etc.). Y a lo dicho cabe remitir. De otro lado, a continuación se examinan como garantías lo que son derechos integrantes de la educación a los que se podría haber hecho ya referencia (por ejemplo la participación educativa, acceso a diversa información y orientación).

Luego se observan las garantías del ámbito internacional, las garantías de naturaleza administrativa ordinaria, especialmente la inspección educativa, las garantías específicas respecto de la escolarización y admisión y el acoso escolar. También se siguen las facultades de actuación de fiscalía, defensores y administraciones independientes para concluir analizando las garantías judiciales y los diversos procedimientos posibles.

Como se dirá, los docentes, los centros educativos y las administraciones responsables son las garantías naturales y más efectivas de las facultades que contiene el derecho a la educación. Como sucede con otros derechos prestacionales, la actuación de otras instituciones y, en especial, de la jurisdicción queda en un plano bastante más residual y subsidiario y para las patologías más acuciantes o singulares. Asimismo, al igual que con otros derechos sociales, la inmediatez de la relación educativa y de las necesidades son

¹¹⁹⁷ Así, por ejemplo DOMÍNGUEZ-BERRUETA Y SENDÍN (2005, p. 55). DÍAZ Revorio (2002 a, pp. 68). Ambos hacen referencia a creación de centros docentes, ayudas a los centros, programación de la enseñanza, inspección y homologación del sistema educativo).

elementos inhibitorios para que los titulares del derecho a la educación ejerzan efectivamente las garantías de las que disponen. De este modo, pese a las severas dificultades reales por las que atraviesa en la realidad el derecho a la educación muchas posibles lesiones del derecho llegarán, si acaso al ámbito del centro educativo o a la administración responsable, mas no a los tribunales.

Por cuanto al ejercicio de las garantías, cabe advertir con carácter general que cuando el alumno es un menor o un incapaz, su representación administrativa o procesal se ejerce por sus padres o tutores, sin perjuicio de la actuación del Ministerio Fiscal en interés del menor, a la que se hará referencia más tarde.

Así, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (LEC) señala que quienes no estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (art. 7. 1º LEC) habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley (art. 7. 2º LEC). Si no hubiera quien lo represente o asista “el tribunal le nombrará, mediante providencia, un defensor judicial, que asumirá su representación y defensa hasta que se designe a aquella persona. (art. 8. 1º LEC) y el Ministerio Fiscal asumirá la representación y defensa de éste hasta que se produzca el nombramiento de aquél. (art. 8. 2º LEC). La falta de capacidad para ser parte y de capacidad procesal podrá ser apreciada de oficio por el tribunal en cualquier momento del proceso (art. 9 LEC).¹¹⁹⁸

En el ámbito educativo la normativa reconoce su capacidad de obrar del menor o en ámbitos determinados, lo cual tiene alcance administrativo. En este punto, cabe recordar que el artículo 30 de la Ley 30/1992 sobre capacidad de obrar del menor reenvía a las normas especiales que haya sobre el particular. Hay, pues, que saber cuándo el menor tiene reconocidas diversas capacidades de actuar en el ámbito educativo. De un lado, en el seno de la relación educativa (seguimiento de la docencia, realización de exámenes y actividades, etc.) con sus efectos jurídicos. De otro lado, en sus relaciones jurídicas en diversos ámbitos, como puedan ser sus facultades en la impugnación de exámenes, en la participación educativa, en la elección de asignaturas (como religión o especialidades según la edad), audiencia, participación y denuncia en procedimientos de convivencia escolar, mediación y sancionadores, etc.

Asimismo, el menor cuenta con la posibilidad de audiencia en todo procedimiento en razón de su madurez (art.12 CDN y art. 9 LOPJM). También, merced al artículo 158 del Código Civil, el menor puede instar directamente el

¹¹⁹⁸ Sobre el tema, en general, ALÁEZ CORRAL (2003 a, pp. 196 y ss.).

aseguramiento del cumplimiento de los deberes de los padres, en nuestro caso, en razón del deber de educación. Finalmente, a partir de los catorce años puede declarar como testigo (art. 361 LEC).

11. 2. DERECHOS Y DEBERES DE INFORMACIÓN Y ORIENTACIÓN Y SU NATURALEZA IUSFUNDAMENTAL

En el ordenamiento educativo son diversas las obligaciones jurídicas de información a padres o alumnos. Como a continuación se observa y por lo general, la información es una garantía de diversos de los derechos de padres, alumnos, centros y docentes, así como instrumento con relación a la admisión, evaluación y progresión del alumno. Estas obligaciones se expresan como “derechos” y, en la mayoría de los casos, se integran en el contenido mismo del derecho fundamental a la educación.

En primer lugar, es obligatorio para el centro público o privado dar a conocer su proyecto educativo (art. 121. 3º LOE) y, en el caso de los centros privados, también el carácter propio del mismo y cualquier modificación que éste tenga (art. 115 LOE). Esta obligación de información se reconoce como “derecho” de alumno en el artículo 16. 2 a) del Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo¹¹⁹⁹. Se trata de una garantía tanto del derecho a la elección de centro, de elección de enseñanza religiosa y moral, de la libertad de conciencia de alumnos y padres, de los derechos de los docentes y de los centros privados así como la autonomía de los centros públicos¹²⁰⁰. El conocimiento previo supone la aceptación del proyecto educativo o del carácter del centro para alumnos y padres¹²⁰¹ y considero que debe considerarse como integrante del derecho a la educación. Reglamentariamente, la obligación de información se extendía al Reglamento de régimen interior, al tiempo de prohibirse informar sobre “el nivel

¹¹⁹⁹ Como garantía de la libertad de conciencia en este artículo, se reconoce el derecho a “a) La información, antes de formalizar la matrícula, sobre el proyecto educativo o sobre el carácter propio del centro.”

¹²⁰⁰ El Magistrado Díaz Picazo en su famoso voto particular a la STC 5/1981 afirmó la obligación de publicidad del “ideario” (hoy “carácter propio”) del centro educativo privado, en su punto 8º “La formulación del ideario debe ser pública, sintética e inequívoca, para que pueda ser conocida y comprendida por los padres de los alumnos y por cualquier otra persona eventualmente interesada[...] una vez establecido, el ideario pasa a ser un elemento objetivo y propio de la institución escolar y su arbitraria modificación o sustitución por el titular conllevaría una conducta fraudulenta en relación con los padres”.

¹²⁰¹ Así, respecto del carácter propio o ideario, ver artículo 115. 2º LOE. Respecto del proyecto educativo, el artículo 84. 9º LOE, sobre Admisión de alumnos.

socioeconómico y cultural de las familias con hijos ya escolarizados”¹²⁰². En alguna ocasión, se ha subrayado la obligatoriedad de informar del ideario por cuanto pueda afectar a la admisión de alumnos en centros de educación diferenciada por sexos¹²⁰³. Asimismo, existen obligaciones de correcta información sobre los derechos lingüísticos en territorios con lengua cooficial, materia que en ocasiones suscita problemas que ha evidenciado el Defensor del Pueblo¹²⁰⁴.

En segundo lugar, la “información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales” es una exigencia impuesta por el artículo 28. 1º d) CDN. Y en virtud del artículo 10. 2º CE, esta obligación de información queda integrada en el contenido constitucional del derecho a la educación. La ley ha reconocido este “derecho básico” del alumno dispuesto en el artículo 6. 3º d) LODE, y se concreta reglamentariamente tanto el derecho como la obligación¹²⁰⁵. El ámbito de la formación profesional esta obligación queda particularmente reforzada y concretada por ley (arts. 14 y 15 Ley Orgánica 5/2002).

También relacionado con esta materia, la LOE obliga al acceso a la información sobre las ofertas de aprendizaje permanente (art. 5. 6º LOE). En alguna norma autonómica se concreta que “El servicio de tutoría escolar a nivel individual y de grupo clase constituye para los Centros un instrumento obligatorio de garantía de este derecho”¹²⁰⁶.

Por cuanto a la información educativa, la LODE reconoce a los padres el derecho “A estar informados sobre el progreso del aprendizaje e integración

¹²⁰² La obligación se desarrollaba para el ámbito estatal en el artículo 5 Real Decreto 366/1997, de 14 de marzo, por el que se regula el régimen de elección de centro educativo, si bien el Real Decreto 1635/2009, de 30 de octubre no contempla la cuestión de forma concreta, ni su desarrollo en la Orden EDU/770/2010, de 23 de marzo.

¹²⁰³ DEFENSOR DEL PUEBLO (2008, p. 604 y ss. ref. 07030621). Una alumna de la Comunidad de Madrid solicitó y obtuvo la asignación de plaza, pero no le dejaron matricularse en determinado centro privado concertado que había establecido como parte de su carácter propio la educación diferenciada dirigida al alumnado masculino. No había sido informada.

¹²⁰⁴ Tema al que se ha aludido anteriormente. Ver, DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 a), pp. 703 y ss.).

¹²⁰⁵ Como derecho, en el Real Decreto 732/1995, artículo 14. Como obligación, entre la múltiple normativa estatal y autonómica, por ejemplo, en secundaria el Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las Enseñanzas Mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria (artículo 19. Tutoría y orientación). Se concreta con exigencias concretas en la Orden ECI/2220/2007, de 12 de julio, artículo 12. Orientación y tutoría, al que cabe remitir por su extensión.

¹²⁰⁶ Reconocido como derecho en el artículo 20. 1º del Decreto foral 417/1992, de 14 de diciembre, por el que se establecen los derechos y deberes de los alumnos de centros de niveles no universitarios en Navarra. Ver también apartado 4º. Actualmente vigente el Decreto Foral 47/2010, de 23 de agosto.

socio-educativa de sus hijos” (art. 4. 1º d), lo cual se concreta reglamentariamente¹²⁰⁷. Para las universidades, la LOU reconoce a los alumnos el derecho a “el asesoramiento y asistencia por parte de profesores y tutores en el modo en que se determine” (art. 46. 2º)¹²⁰⁸, quedando reglamentariamente fijadas un mínimo de horas de tutoría y asistencia semanales¹²⁰⁹.

En tercer lugar, las obligaciones de información también traen causa del derecho a la evaluación objetiva. Para la evaluación los criterios de evaluación son “referente fundamental”¹²¹⁰ y la publicidad de los mismos se entiende como garantía necesaria de la objetividad de la evaluación e incluso se recoge como “derecho”¹²¹¹. Sin perjuicio de que la concreción de este derecho en cada nivel y tipo de educación sea cuestión de legalidad, a mi juicio, el conocimiento previo de los criterios y formas de evaluación debe ser considerado contenido constitucional del derecho a la educación.

Asimismo, en cuarto lugar, el Tribunal Constitucional ha considerado “esencial para el ejercicio del derecho a la educación por parte de los alumnos” “publicar al comienzo de cada curso el calendario académico”¹²¹². Ante tal afirmación, debe entenderse integrada la obligación en el ámbito constitucional del derecho. Más allá del contenido del derecho a la educación, se ha insistido en la importancia en la información a los inmigrantes tanto sobre los procedimientos de admisión y acceso (en especial para incrementar su

¹²⁰⁷ Concretado con exigencias concretas en primaria en el artículo 11. 1º de la Orden ECI/2571/2007, de 4 de septiembre. Para secundaria, artículo 12. 3º de la Orden ECI/2572/2007, de 4 de septiembre.

¹²⁰⁸ La fórmula de reconocimiento es “En los términos establecidos por el ordenamiento jurídico, los estudiantes tendrán derecho a:” tal información. La normativa interna de cada universidad regula la forma de ejercicio de este derecho.

¹²⁰⁹ En este sentido, el Real Decreto 898/1985, sobre régimen del profesorado en su artículo 9 sobre “Régimen de dedicación” dispone como obligaciones docentes semanales un mínimo de horas de tutoría y asistencia, “ocho horas lectivas y seis horas de tutorías o asistencia al alumnado” para Profesores con régimen de dedicación a tiempo completo y “tres horas lectivas, y un número igual de horas de tutoría y asistencia al alumnado” para profesores a tiempo parcial.

¹²¹⁰ Esta fórmula se reitera en la diversa normativa estatal. Así, para secundaria en la exposición de motivos y el artículo 10. 3º del Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre. Para Bachillerato, artículo 12. 3º del Real Decreto 1467/2007, de 2 de noviembre.

¹²¹¹ Como se señaló, la normativa autonómica sobre evaluación es muy prolija. En todo caso, el Reglamento orgánico de los Institutos de Educación Secundaria (aprobado por Real Decreto 83/1996, de 26 de enero) en su artículo 16 reconoce el “Derecho a la objetividad en la evaluación”. También, para secundaria en la Orden ECI/2572/2007, de 4 de septiembre, sobre evaluación en Educación secundaria obligatoria, artículo 12. 2º. Para Educación primaria en la Orden ECI/2571/2007, de 4 de septiembre, el artículo 11.

¹²¹² STC 235/1991, de 12 diciembre, FJ 4º, a efectos de considerar o no básica la competencia. El Tribunal Constitucional no obstante, señala que “el contenido concreto del calendario académico no puede calificarse de básico”.

penetración en centros concertados) cuanto en las posibilidades de participación en la vida escolar¹²¹³.

11. 3. LA PARTICIPACIÓN EN LA ENSEÑANZA

11. 3. 1. El acogimiento específico del principio participativo en el artículo 27 CE

La Constitución garantiza la participación en la enseñanza¹²¹⁴ a través de dos instancias participativas diferenciadas¹²¹⁵. De un lado, la participación en la programación general de la enseñanza (art. 27. 5º CE):

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

De otro lado, y de mayor relevancia, la participación en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos (art. 27. 7º CE):

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

A juicio de Nicolás, los apartados 5º y 7º son una concesión del partido centrista al partido socialista, transacción que posibilita constitucionalmente la cogestión democrática de la educación en el posible supuesto de un gobierno socialista¹²¹⁶.

La participación en la enseñanza es un principio¹²¹⁷ del que dimanarían obligaciones, si bien estas obligaciones se han acabado configurando como

¹²¹³ Así, por ejemplo, DEFENSOR DEL PUEBLO (2003 b), pp. 264 y ss.), Recomendación 11ª.

¹²¹⁴ Sobre el tema, monográficamente, GARCÍA HERRERA (1997), GARCÍA SORIANO (2000), DÍAZ LEMA (2002).

¹²¹⁵ Esta doble naturaleza de las instancias participativas se explica y subraya en la STS de 15 de marzo de 1990 (RJ 1990\2505), reiterada en STS de 26 abril 1990, RJ 1990\3566, FJ 1º.

¹²¹⁶ NICOLÁS MUÑIZ (1983, p. 337).

¹²¹⁷ En este sentido Domínguez-Berrueta señala que se ha calificado “erróneamente como derecho fundamental, lo que no es otra cosa que un principio, una regla objetiva que debe informar nuestro sistema educativo”, DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 182). Se coincide con estos autores, si bien la afirmación del Tribunal Constitucional a la que luego se hace referencia y ellos

derecho fundamental por el Tribunal Constitucional¹²¹⁸. La Constitución ha expresado y garantizado para el ámbito educativo el valor superior del pluralismo político (art. 1. 1º CE) y más concretamente el principio material de participación del artículo 9. 2º CE y de la participación de la juventud expresada también en términos generales en el artículo 48 CE¹²¹⁹ de emergente relevancia para la Unión Europea¹²²⁰, una concreción también de la participación en la administración o servicio público (arts. 105 CE).

Esta particular intensidad del principio participativo en la enseñanza puede justificarse tanto por tratarse, la educativa de una “función afecte directamente a la calidad de la vida o al bienestar general” (como sucede con la participación en la Seguridad Social, art. 129 CE), cuanto porque los sujetos de la comunidad educativa cuentan con un estatuto de libertades singularmente garantizado¹²²¹ que se refuerza con las diversas facultades de participación.

En general, afirma la LOE que “La participación es un valor básico para la formación de ciudadanos autónomos, libres, responsables y comprometidos con los principios y valores de la Constitución” (art. 118. 1º LOE) y que las Administraciones la han de fomentar efectivamente (art. 118. 2º LOE) y la “garantizarán” (art. 119. 1º LOE) y “favorecer” respecto de los alumnos (art. 119. 4º LOE).

también mencionan (STC 47/1999, de 20 de marzo, FJ 6º), obliga ya a considerar que de la proclamación de tal principio de participación en la educación dimana un derecho constitucional que se ha considerado como fundamental. Y ello sin perjuicio del importante papel de la interposición legislativa.

¹²¹⁸ Así al menos y con claridad respecto de la participación en el control y gestión de los centros del apartado 7º, como más adelante al respecto de este apartado se concreta.

¹²¹⁹ Sobre el tema, RUIZ RICO y CONTRERAS (1996) y RALLO LOMBARTE (1993). ESCOBAR ROCA (2005 a, p. 80 y ss.).

¹²²⁰ Sobre este espacio regional, ESCOBAR ROCA (2005 a, pp. 91-92). Cabe destacar el *Libro Blanco de la Comisión, de 21 de noviembre de 2001, sobre un nuevo impulso para la juventud europea* [COM (2001) 681 final. Respecto de la participación de la juventud cabe remitir especialmente a su análisis en el apartado 9. La UE ha alentado a que se incluya la dimensión de la juventud en las políticas sectoriales de la Unión y de los Estados miembros. De interés, punto 8. 37 Carta europea de los Derechos del Niño. También Resolución del Consejo, de 25 de noviembre de 2003; y los ha 38 COM (2004) 341 final. 39 COM (2001) 681 final. También, Resultan de interés las Conclusiones del Consejo y de los Ministros de Educación, de 25 de noviembre de 1991, relativa a un programa piloto de asociaciones escolares multilaterales en la Comunidad Europea.

¹²²¹ DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 182) afirman que para alguno vinculado a la libertad de enseñanza. EMBID IRUJO (1981, p. 667) lo vincula al derecho a la educación. También, PRIETO DE PEDRO (1978, p. 521). A mi juicio, mayor acierto tienen quienes lo consideran como algo autónomo, así, FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO (1996). DÍAZ REVORIO (2002 a, p. 42) DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 182-183) acaban afirmando que se trata de un principio derivado de la libertad de enseñanza.

11. 3. 2. La participación en la programación general de la enseñanza

Respecto de la participación en la programación general de la enseñanza (art. 27. 5º CE), en el ámbito no universitario, está regulada básicamente en la LODE (Título II, arts. 27-35), sin perjuicio de un ámbito de regulación autonómico muy amplio. Por cuanto a la participación social¹²²², se opta por una participación más orgánica que funcional¹²²³.

Así, se crea un aparato institucional en los diferentes niveles estatal, autonómico –siendo posibles otros niveles- a través de órganos colegiados (art. 29 LODE) de carácter consultivo, como el Consejo Escolar del Estado¹²²⁴ con composición tanto de agentes educativos como sectores afectados¹²²⁵ (art. 30 LODE), con funciones consultivas y realización de informes anuales (arts. 32 y 33 LODE). La consulta aunque no vinculante es obligatoria y su carencia supone una vulneración de la participación¹²²⁶. Los consejos se dan también para el ámbito autonómico (art. 34 LODE) y se pueden establecer en otros ámbitos territoriales (art. 35 LODE).

En las universidades, la participación social se canaliza orgánicamente a través del Consejo Social de cada universidad (art. 14 LOU).

La verdadera eficacia de estos mecanismos de participación en la programación se ha puesto en entredicho¹²²⁷.

¹²²² Cabe recordar los mecanismos de cooperación gubernamental estatal-autonómica a través de la Conferencia de educación.

¹²²³ Distinción conceptual que se sigue de GARCÍA DE ENTERRÍA (1989), pags. 437-452.

¹²²⁴ Regulado reglamentariamente por Real Decreto 694/2007, de 1 de junio, por el que se regula el Consejo Escolar del Estado.

¹²²⁵ La STS de 17 de octubre de 1997 acepta a los sindicatos de trabajadores como sector afectado.

¹²²⁶ En STS de 20 de septiembre de 1993, se señala que dado que en cada Comunidad Autónoma existe un Consejo Escolar, la falta de consulta al mismo, supone una vulneración del derecho de participación de aquéllos a quienes debe consultarse al no ser oído por la correspondiente Consejería antes de dictar una Orden que afectaba al ámbito de “programación general”.

¹²²⁷ Ciertamente, quien suscribe no conoce más que la documentación que estos órganos generan. Esta puesta en duda se da, por ejemplo, en DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 198).

11. 3. 3. El derecho fundamental a la participación en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos

a) El reconocimiento del derecho subjetivo a la participación en el control y gestión a padres y a alumnos en función de la edad

El principio de participación en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos (art. 27. 7º CE) es el que más interés y proyección real tiene. El Tribunal Constitucional ha afirmado este principio como “derecho fundamental”, “un derecho sustantivo y no [...] la garantía de una situación jurídica” (STC 47/1990, de 20 de marzo, caso Instrucción MEC prohibiendo ser directores a los Profesores de Religión, FJ 6º)¹²²⁸. Hurtar a los participantes su posibilidad de participar usurpando las competencias de los órganos de participación, puede suponer la lesión de este derecho¹²²⁹.

Y la legislación subraya el carácter de derecho subjetivo de este tipo de participación, tanto para padres como alumnos. Así, los alumnos tienen reconocido como derecho “básico” la participación en el funcionamiento y en la vida del centro (art. 6. 3º g) LODE). Este derechos se perfila en la regulación reglamentaria estatal y autonómica respecto de la Junta de delegados, elecciones de los representantes y sus garantías frente a sanciones, asociaciones de alumnos, derechos de información, etc. Cabe recordar la abundante regulación autonómica tanto del régimen de derechos y deberes cuanto los reglamentos orgánicos. La regulación estatal queda como supletoria en estas materias. En el Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, de derechos y deberes de los alumnos, artículos 19 y ss. a los que remitir.

Además de derecho, la participación se afirma también como deber para el alumno, especialmente en materia de convivencia. Así, en el artículo 6. 4º e) LODE se afirma el deber de: “Participar y colaborar en la mejora de la convivencia escolar y en la consecución de un adecuado clima de estudio en el centro, respetando el derecho de sus compañeros a la educación y la autoridad y orientaciones del profesorado.” También en el artículo 40 del Real Decreto

¹²²⁸ “Este precepto reconoce un derecho fundamental de participación de los Profesores, los padres, y, en su caso, los alumnos en el control y gestión de todos los Centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, «en los términos que la Ley establezca». ” De ahí deriva una reserva de ley fuerte que priva al reglamento de la posibilidad de restringir derechos “de participación establecidos por la Ley, añadiendo requisitos nuevos y más gravosos para acceder a órganos”.

¹²²⁹ Es el caso analizado en la STS de 26 mayo 1992 (RJ 1992\5366), si bien, frente a la sentencia recurrida, no considera que se diera el caso.

732/1995. Luego se hará referencia a diverso desarrollo autonómico al respecto. Esta cuestión ha sido objeto de atención por el Defensor del Pueblo¹²³⁰.

También, en la LODE se reconocen los derechos de los padres a participar en el proceso de enseñanza y aprendizaje de sus hijos; en la organización, funcionamiento, gobierno y evaluación del centro educativo y a ser oídos en aquellas decisiones que afecten a la orientación académica y profesional de sus hijos (art. 4. 1º LODE). Como se dijo respecto de los padres, este derecho a la participación se torna deber tanto para mejorar el rendimiento de los hijos en las actividades educativas cuanto para la evolución del proceso educativo (art. 4. 2º LODE). Las Asociaciones de padres y de alumnos tienen la finalidad de promover la participación de padres en la gestión del centro (arts. 5. 2º y 7. 2º LODE) y materialmente tienen gran relevancia en la práctica. Ahora bien, el Tribunal Constitucional declaró desde antiguo que es inconstitucional que se obligue a formar parte de una asociación para poder participar en los órganos colegiados electivos¹²³¹.

No debe olvidarse que la participación concedida a los padres y madres por la Constitución no tiene otro sentido que la defensa de los intereses de sus hijos, es decir, de los alumnos. Mientras los alumnos gradualmente van adquiriendo la madurez y capacidad de representar sus intereses, sus facultades de participación va desplazando a la de sus padres. El normador determina las edades conforme se reconocen las facultades según se considera la capacidad de ejercicio de los diversos derechos y facultades y lo debe hacer en la ley. Pese a que como se dijo, recae reserva de ley¹²³², ello se regula mayormente a través de normas reglamentarias.

En virtud de la actual regulación, desde el primer curso de la ESO se puede ser elegido para el Consejo Escolar, aunque los alumnos de los dos primeros cursos de la ESO no podrán participar en la selección o el cese del director (art. 126. 5º LOE). La situación para los centros concertados y privados es más incierta, simplemente se señala en el artículo 58 LODE que “Los alumnos

¹²³⁰ Ver DEFENSOR DEL PUEBLO (2000, p. 269).

¹²³¹ Así, en la STC 5/1981, de 13 febrero, recurso LOECE, FJ 19º: “¿Hasta qué punto es constitucional exigir el cauce asociativo? [...] el derecho de asociación, reconocido por nuestra Constitución en su artículo 22. 1, comprende no sólo en su forma positiva el derecho de asociarse, sino también en su faceta negativa, el derecho de no asociarse. [...] hay que declarar que tal precepto es inconstitucional y que los padres podrán elegir sus representantes y ser ellos mismos elegidos en los órganos colegiados de gobierno del centro por medio de elecciones directas sin que tal elección haya de realizarse a través del cauce asociativo y debiendo interpretarse en este sentido los artículos 26. 1. A. d, 26. 1. B. d, 28. 1 «in fine» y 18. 2. b todos ellos de la ley impugnada.”

¹²³² Cabe recordar lo ya expuesto sobre la actual insuficiencia de la regulación de los derechos fundamentales de los menores en normas infralegales, que habrían de ser orgánicas en los más de los casos siguiendo a ALÁEZ CORRAL (2003 a, pp. 165 y ss.).

participarán en las deliberaciones y decisiones del Consejo Escolar del centro.” Cabe acudir a los Reglamentos orgánicos de primaria y secundaria y de nuevo advertir que las Comunidades Autónomas tienen facultad de regulación por lo que la normativa estatal es supletoria, lo mismo sucede respecto de los centros privados¹²³³.

Dado que los alumnos son mayores de edad, en las enseñanzas universitarias ya no hay lugar a la participación paterna, siendo el alumnado quien asume plenamente la representación de sus intereses.

En la LODE, según reforma de 2006 por la LOE se expresa también el reconocimiento de la capacidad para la participación por cuanto al derecho de reunión en el artículo 8, en virtud del cual es a partir del tercer curso de la educación secundaria obligatoria que se puede ejercer el pseudo derecho de huelga que ahí se reconoce.

b) El amplio margen concedido al normador estatal, autonómico y universitario para la regulación de la participación en el control y gestión

Es de destacar que el Tribunal Constitucional dota al legislador de un muy amplio margen de discrecionalidad para concretar el modelo y alcance de la participación y respecto de qué centros sostenidos con fondos públicos debe darse, sin que tenga el normador más límites que la reserva de ley y el respeto del contenido esencial y otros derechos fundamentales¹²³⁴. Y “[E]ste derecho puede revestir, en principio, las modalidades propias de toda participación, tanto informativa como consultiva, de iniciativa, incluso decisoria, dentro del ámbito propio del control y gestión, sin que deba limitarse necesariamente a los aspectos secundarios de la administración de los Centros”, según el legislador decida¹²³⁵.

¹²³³ Así, como no podía ser de otra forma, se excluye a los educandos de la participación en la enseñanza infantil y quedan también prácticamente excluidos en la educación primaria. En este sentido, el Real Decreto 82/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de las escuelas de educación infantil y de los colegios de educación primaria a la hora de señalar la composición numérica de los Consejos escolares, otorga la representación de los intereses de los alumnos a los padres. Sin perjuicio de que los alumnos de educación primaria (no la infantil) puedan estar representados con voz, pero sin voto (artículo 8. 7º).

¹²³⁴ STC 5/1981, de 13 febrero, recurso LOECE, FJ 15º.

¹²³⁵ STC 77/1985, de 27 junio, recurso LODE, FJ 21º.

Por ejemplo, por cuanto “el artículo 27.7 de la Constitución es [...] un derecho de configuración legal¹²³⁶”.

Respecto de qué legislador –estatal o autonómico– es quien decide, se considera “básico” y, por tanto, competencia estatal “El carácter de la participación que se reconozca a profesores, padres y, en su caso, alumnos y, de otra parte, la determinación genérica y general, para todo el territorio del sistema de órganos en que esa participación haya de expresarse”¹²³⁷. Por las Comunidades Autónomas es posible fijar la existencia de órganos distintos de los estatales¹²³⁸. Asimismo, la configuración autonómica puede configurar un modelo de participación con mayor “dosis de autogestión” o representación municipal que la regulación estatal¹²³⁹. Lo que no podría la Comunidad Autónoma es regular “escuelas públicas organizadas de modo radicalmente diferente al contenido en la Ley Orgánica [...], con lo cual se violaría tanto el art. 81 de la Constitución como su art. 149.1º 1ª, y 30º”¹²⁴⁰.

En el ámbito universitario, la conformación normativa de la participación se hace depender en buena medida de los estatutos y normas internas universitarias, dentro del marco que la LOU establece.

Por cuanto a la participación en los centros educativos privados, el artículo 27. 7º CE sólo impone la participación en los “centros sostenidos con fondos públicos”, por lo que está claro es que la participación no se exige constitucionalmente en los centros privados no sostenidos con fondos públicos. Pero tampoco se prohíbe que el legislador imponga la participación en los centros privados¹²⁴¹. Así, la participación en centros privados, si es que la hay, no

¹²³⁶ FJ 6º. STS de 10 diciembre 2007. RJ 2008\895, frente a una Orden de Murcia que imponía un 75% para adoptar la jornada escolar continua.

¹²³⁷ STC 137/1986, de 6 noviembre, caso Ikastolas, FJ 4º.

¹²³⁸ *Ibidem*, FJ 5º.

¹²³⁹ *Idem*.

¹²⁴⁰ STC 5/1981, de 13 febrero, recurso LOECE, FJ 25º. En sentencias posteriores, como las citadas, se intenta atemperar esta afirmación.

¹²⁴¹ En este sentido la STC 77/1985, de 27 junio, recurso LODE, FJ 28º: “la fórmula constitucional del art. 27, núm. 7, de la C. E. , que emplea los términos «Centros sostenidos por la Administración con fondos públicos» resulta extremadamente amplia en cuanto deja a la libre apreciación del legislador lo que haya de entenderse por Centros con tal sostenimiento, sin que pueda, pues, identificarse «sostenimiento» con «financiación total», y sin que se excluya, pues, la participación de la comunidad escolar de los Centros parcialmente financiados por la Administración. Pero, además, tampoco resulta del art. 27, núm. 7, de la C. E. una prohibición al legislador de regular el régimen de participación en cualquier tipo de Centros, siempre que, desde luego, se garantice el respeto del contenido esencial de los derechos del titular y demás miembros de la comunidad escolar. Si el art. 27, núm. 7, de la C. E. confiere una legitimación constitucional a la regulación de esta participación en los Centros sostenidos por fondos públicos, ello no es óbice a que esa regulación, en los términos y con los límites que se ha indicado, se extienda a los Centros a los que se refieren las disposiciones aquí impugnadas. ”

tiene naturaleza constitucional¹²⁴². Aunque podría variar, la LODE afirma que los centros privados no concertados “podrán” establecer sus mecanismos de participación (art. 26 LODE), con lo cual la materia queda a discreción de la dirección de los centros.

c) La regulación vigente de la participación en la gestión y control para centros públicos y privados

Sobre las anteriores bases constitucionales, procede recordar la regulación vigente. El artículo 19 LODE señala que el principio de participación “inspirará las actividades educativas y la organización y funcionamiento de los centros públicos” y la participación en el gobierno de los centros por la comunidad educativa se realiza a través del Consejo Escolar (art. 119. 2º LOE). La LOE regula para los centros públicos (arts. 126 y ss.) la composición del Consejo Escolar (art. 126 LOE) y sus competencias (art. 127 LOE), así como el Claustro de profesores (128-130 LOE). El artículo 133 LOE hace referencia a que en la selección del Director, además de darse un concurso de méritos, ha de participar la comunidad educativa con un procedimiento de selección con participación de representantes del centro correspondiente y la Administración, con un tercio de profesorado y otro tercio otros miembros del Consejo Escolar (art. 135 LOE). También el Consejo Escolar puede iniciar o proponer el cese justificado (art. 138 d) LOE).

Respecto de los privados concertados, la participación obviamente afecta al derecho a la dirección del centro, por lo que el “límite máximo del derecho a la intervención en el control y gestión de los Centros sostenidos con fondos públicos estaría [...] en el respeto al contenido esencial de los derechos de los restantes miembros de la comunidad escolar y, en este caso, del derecho del titular a la creación y dirección del Centro docente” (ex art. 27. 6º CE)¹²⁴³. El Tribunal Supremo ha admitido que se regule por el poder público¹²⁴⁴ el procedimiento de constitución y designación de los órganos de gobierno de los

Al respecto del alcance de “centros sostenidos con fondos públicos”, FERNÁNDEZ-MIRANDA (1988, p. 144). DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, pp. 188-189).

¹²⁴² MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ (1979, p. 281-282).

¹²⁴³ STC 77/1985, de 27 junio, recurso LODE, FJ 21º, sobre la admisibilidad del sistema de elección del Director del centro y sus requisitos (FFJJ 22 y ss.).

¹²⁴⁴ La regulación principal se ha mantenido en la LODE, si bien el desarrollo puede tener procedencia autonómica o supletoriamente estatal (reglamentos orgánicos).

centros concertados y el control de dicho procedimiento¹²⁴⁵. Y admite que ello implica la regulación de “múltiples y delicados aspectos” para el centro, así como facultades de control para que la normativa se cumpla de forma homogénea¹²⁴⁶. La regulación principal se mantiene en la LODE (arts. 55 y ss.), ahí se afirma que además del Consejo Escolar pueden haber otros órganos de participación (art. 55 LODE). La ley regula la composición y funciones del Consejo Escolar (arts. 56 y 57 LODE), que integra representantes elegidos por padres y alumnos (a partir de primero de ESO). La elección y cese del Director del centro concertado es previo acuerdo del titular del centro con la mayoría absoluta del Consejo, ante desacuerdos, con mecanismos de ternas propuestas por el Consejo Escolar (art. 59 LODE). Debe recordarse que el incumplimiento de normas de participación puede suponer un incumplimiento leve, e incluso grave, del concierto educativo (art. 62 1º b) y 2 a) LODE).

A lo anterior cabe añadir que legalmente se ha incluido la participación paterna en las Comisiones de escolarización que velan por la igualdad en la aplicación de las normas de admisión (art. 86. 2º LOE), a las que más adelante se hace referencia.

Para el ámbito Universitario, el papel de las normas universitarias es muy relevante en la concreción de la participación del alumnado. Por razones obvias de la mayoría de edad del alumnado, los padres no tienen derechos participativos¹²⁴⁷. Respecto de los alumnos, se garantiza en general el “derecho” a “[s]u representación en los órganos de gobierno y representación de la Universidad, en los términos establecidos en esta Ley y en los respectivos Estatutos o normas de organización y funcionamiento” (art. 46. 2º LOU).

La LOU señala la existencia de diversos órganos de gobierno y representación de carácter electivo directo o indirecto (art. 13 LOU), colegiados (Consejo Social, Consejo de Gobierno, Claustro Universitario, Juntas de Escuela y Facultad y Consejos de Departamento) o unipersonales (Rector, Vicerrectores, Decanos, Directores de Escuelas, de Departamentos y de Institutos

¹²⁴⁵ Es interesante sobre el tema en general la STS de 24 marzo 1997 (RJ 1997\2447). Ahí se afirma que el procedimiento de elección de órganos es “el primer e imprescindible instrumento para la efectividad de un derecho” de participación del artículo 27. 7º CE. (FJ 2º). Que esta regulación procedimental no afecta el contenido esencial del derecho a la dirección de centros (FJ 2º). La amplia justificación se sintetiza en el FJ 3º y está basada en el papel de los poderes públicos para promover la igualdad real (art. 9. 2 CE); la caracterización de la enseñanza concertada como servicio público y la obligada eliminación de condiciones de desigualdad en el ejercicio de derechos fundamentales, al quedar los centros concertados dependientes de una misma Administración educativa.

¹²⁴⁶ Y que la regulación procedimental necesariamente ha de abordar “múltiples y delicados aspectos” para asegurar la homogeneidad en los centros. *Ibidem* FJ 2º y FJ 5º sobre mecanismos de control.

¹²⁴⁷ En el mismo sentido, EMBID IRUJO (1982, p. 210).

Universitarios de Investigación). El alumnado conforma el cuerpo electoral del que surgen los órganos colegiados, integrando los mismos: Consejo Social¹²⁴⁸, Consejo de Gobierno¹²⁴⁹, Claustro (art. 16. 3º y 4º LOU), Junta de Facultad o Escuela (art. 18 LOU), Consejo de Departamento (art. 19 LOU). En el caso de los órganos unipersonales, sólo en el caso del Rector (art. 20. 2º y 3º LOU) el alumnado puede tomar parte en la elección¹²⁵⁰.

Respecto de las Universidades privadas su autonomía privada y universitaria refuerza sus facultades de regulación de la participación, si bien, debe quedar “asegurada, mediante la participación adecuada de la comunidad universitaria, la vigencia efectiva en las mismas de los principios y libertades” (art. 6. 5º LOU). Las normas de organización y funcionamiento han de asegurar “mediante una participación adecuada, la representación de los diferentes sectores de la comunidad universitaria de forma que propicie la presencia equilibrada entre mujeres y hombres” (art. 27. 1º LOU).

Con todas las dificultades y riesgos que supone un juicio sobre la realidad de la participación en la educación, con cautelas y con carácter general puede decirse que en el ámbito no universitario la mayoría de padres y madres no suelen adoptar un papel activo, y en general quienes lo hacen suelen ser padres y madres voluntariosos y habitualmente muy comprometidos con la enseñanza pública. Por su parte, los alumnos tienen escaso interés –y seriedad- en la participación¹²⁵¹. Se ha afirmado incluso que la participación de alumnos es una “farsa” en la que el alumno no “pinta casi nada”¹²⁵². La participación e implicación de padres y alumnos inmigrantes es aún más limitada¹²⁵³. En el

¹²⁴⁸ Depende de la regulación autonómica, si bien, al menos un alumno forma parte del Consejo Social. Ver art. 14. 3º LOU.

¹²⁴⁹ La concreción depende del desarrollo normativo universitario, pero la participación del alumnado debe garantizarse ex art. 15. 2º LOU.

¹²⁵⁰ No sucede así respecto del resto: Decanos, Directores de Escuela, Directores de Departamento o Directores de Institutos Universitarios de Investigación, que son elegidos por el profesorado.

¹²⁵¹ En este sentido FERNÁNDEZ ENGUITA, M. *Poder y participación en el sistema educativo*, Paidós, Barcelona, 1992, p. 87-88, citado por DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 185): “Los alumnos tienen escaso interés en participar en los órganos de gestión. Son pocos los que se presentan a delegados. Las elecciones no se toman en serio. Presentan poca disposición a discutir los asuntos de los consejos y otros órganos ante su celebración. El interés decrece con el tiempo.

¹²⁵² DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 186).

¹²⁵³ Así, DEFENSOR DEL PUEBLO (2003 b), pp. 16, 253 y 274 y ss.). p. 16: “El propio profesorado trata de buscar las razones que explican esta escasa participación y, entre ellas, señalan el *desconocimiento de la lengua*, una *actitud diferente a la de los padres autóctonos* hacia la institución escolar, las *bajas expectativas* sobre el éxito académico de los hijos e hijas, la *falta de tiempo*, el *bajo nivel socio-educativo*, la *escasez de recursos económicos* y, en algunos casos, la *desestructuración familiar*. [...] por ejemplo, en el mundo islámico son los profesores quienes acuden al domicilio de sus alumnos y alumnas para informar a sus progenitores acerca de los progresos escolares (Regil, 2002).”

ámbito universitario, la atonía generalizada del alumnado (su participación en elecciones no supera, en la mayoría de los casos el 10%)¹²⁵⁴ se combina con una vinculación muy partidista y politizada de las asociaciones y representantes de alumnos, con muy escasa conexión con los intereses de la generalidad del alumnado.

11. 4. EL LÍMITE DEL TRABAJO INFANTIL COMO GARANTÍA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Como recuerda Escobar¹²⁵⁵, la edad mínima para trabajar y la escolarización del niño son dos caras de la misma moneda. Si el trabajo infantil se prohíbe por las consecuencias directas que puede tener sobre el desarrollo del niño, las consecuencias indirectas no son menos importantes, pues el trabajo merma sus posibilidades de escolarización, con el irreversible efecto que una educación insuficiente acarrea para el desarrollo de su personalidad. Es por ello que se pueda considerar que la prohibición y límites del trabajo de menores, derivan no sólo de la genérica protección del menor, sino del mandato de la existencia de una educación básica y obligatoria.

Desde el panorama internacional, no son pocas las prevenciones al respecto¹²⁵⁶. Así, en el ámbito de la OIT cabe tener en cuenta el Convenio de la OIT nº 138 (1973), relativo a la edad mínima de admisión al trabajo de los menores. Por su parte, el artículo 32. 1º de la CDN reconoce el “el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación”, para lo cual deben adoptarse “medidas legislativas, administrativas, sociales y educacionales” (32. 2º) como edades mínimas de trabajo, que no fija.

En general se fija la edad de 15 años para la admisión en el trabajo, siendo de 18 para trabajos peligrosos¹²⁵⁷. Son también diversas las previsiones en el

¹²⁵⁴ Las tasas de participación oscilan entre el 0,8% y el 26%, en el caso de las elecciones a Rector, y entre el 2% y el 31,6%, en el caso de las elecciones a representantes de estudiantes (MARTÍN CORTÉS y LORENTE FONTANEDA (2011, p. 16). Las elecciones a la Universidad Complutense en 2011 contaron con una muy alta participación, de un 17,62% de estudiantes. El 70% de los alumnos nunca vota en elecciones universitarias, SOLER y otros (2012, en prensa).

¹²⁵⁵ ESCOBAR ROCA (2005 a, p. 37).

¹²⁵⁶ *Ibidem*, p. 370). Más detalles sobre la vinculación global entre la educación gratuita y obligatoria y la eliminación del trabajo infantil pueden encontrarse en TOMASEVSKI (2004 b, pp. 39-56.).

¹²⁵⁷ Se establece en 18 años la edad mínima de admisión a todos los empleos o trabajos que, por su naturaleza o las condiciones en que se realice, puedan resultar peligrosos para la salud, la seguridad o moralidad de los niños. Cuando no se trate de un trabajo peligroso, la admisión al empleo no deberá ser

ámbito de la Unión Europea que garantizan la finalización de la escolarización obligatoria, destacando el artículo 32 de la Carta europea de Derechos Fundamentales que proclama la prohibición del trabajo infantil, además de otros documentos¹²⁵⁸. El Derecho derivado comunitario prohíbe el acceso a un empleo permanente antes de los 16 años, y en todo caso, antes de haber finalizado su periodo de escolarización obligatoria. Hay que tener en cuenta especialmente la Directiva 94/33/CE del Consejo, de 22 de junio de 1994 fija en general en 15 años la edad mínima para trabajar excepto actividades culturales, deportivas, artísticas y publicitarias, sometido a autorización.

Por su parte, el TEDH ha apoyado la vulneración del artículo 4 CEDH porque una niña de 15 años, de nacionalidad togolesa trabajó como empleada doméstica en una situación sin ser escolarizada¹²⁵⁹. Ya en España¹²⁶⁰ la edad mínima para trabajar está establecida en los 16 años (art. 6.1 Estatuto de los Trabajadores, coincidente con el término de la escolarización obligatoria¹²⁶¹).

11. 5. GARANTÍAS Y CONTROLES ADMINISTRATIVOS DE LA PRESTACIÓN EDUCATIVA

11. 5. 1. El control y la inspección educativa estatal y autonómicas

Aunque la inspección educativa no supone todo el control administrativo

inferior a la edad en que cesa la obligación escolar o, en todo caso, a los 15 años, que es la edad mínima general, edad que se rebaja inicialmente a los 14 en los países cuya economía no esté suficientemente desarrollada (art. 2 Convenio OIT). Por último, para lo que se denomina trabajos ligeros, la edad mínima de admisión desciende a 13 años, rebajados a 12 en los países en vías de desarrollo (art. 7 Convenio OIT). En este ámbito cabe también tener en cuenta el Convenio de la OIT sobre las Peores Formas de Trabajo Infantil Convenio OIT nº 182 (1999) y Recomendación adoptada en la 87ª Sesión de la OIT en 1999.

Por su parte, el CONVENIO (No. 29) de la OIT relativo al trabajo forzoso u obligatorio impide que niños menores de 18 años sean sujetos a trabajo forzoso u obligatorio (art. 11. 1º), salvo que se trate de una “Extensión del personal escolar, alumnos y profesores, así como del personal administrativo en general”

¹²⁵⁸ Así, el punto 8.39 de la Carta europea de los Derechos del Niño añade una cláusula de protección del menor contra todo tipo de explotación económica. El artículo 7 de la Carta social europea (que no es de los reforzados por su particular sistema de compromisos) fija en 15 años la edad mínima de admisión al trabajo” (art. 7. 1º) y prohíbe “que los niños en edad escolar obligatoria sean empleados en trabajos que les priven del pleno beneficio de su educación” (art. 7. 3º CSE).

¹²⁵⁹ STEDH, asunto *Siliadin c. Francia*. Sentencia de 6 de julio de 2005, par. 128 y 128.

¹²⁶⁰ ESCOBAR ROCA (2005 a, p. 202 y ss.).

¹²⁶¹ Actualmente no se permite, como resultaba tradicional, el trabajo de menores de 16 años en empresas familiares. Entre los 16 y los 18 años se distingue entre capacidad laboral plena y capacidad laboral condicionada a la previa autorización, expresa o tácita, de su representante legal del menor (arts. 7 b) ET y 162 CC).

de la educación, bien es cierto que concentra el mismo. La necesidad de cumplir y hacer cumplir las obligaciones que comporta el derecho a la educación por su especial componente prestacional está presente en la Constitución. Así, “Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes” (art. 27. 8º CE) y también está presente la cuestión de la atribución de competencias estatales, tanto la garantía de la igualdad (art. 149. 1º. 1ª CE) cuanto “el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia” (art. 149. 1º. 3ª CE)¹²⁶².

Asimismo, cabe recordar con el TEDH que “El derecho fundamental de toda persona a la educación es un derecho garantizado por igual a los alumnos de las escuelas estatales e independientes, no se hace ninguna distinción entre los dos[...] el Estado no puede eximirse de la responsabilidad delegando sus obligaciones a los organismos privados o particulares”¹²⁶³. En otros momentos se hizo referencia a otras facultades públicas relevantes en materia de planeamiento, programación, financiación, creación y subvención de centros, becas y ayudas, etc. También la inspección y control estatales tienen fundamentación constitucional.

Respecto de la inspección y control administrativos¹²⁶⁴, cabe señalar que éstos se extienden también a los centros privados no concertados¹²⁶⁵. Las bases de la materia son reguladas por el Estado en un Título específico y se da un muy amplio margen normativo y ejecutivo a las Comunidades Autónomas (art. 148 LOE). Son las Comunidades Autónomas las que establecen el modelo de organización y funcionamiento de la inspección.

Al nivel estatal hoy día corresponde la “Alta inspección educativa”¹²⁶⁶, competencia que no se puede vaciar pero el Estado debe aceptar la colaboración

¹²⁶² “30.ª Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia.”

¹²⁶³ STEDH asunto Costello-Roberts contra Reino Unido, de 25 de marzo de 1993, nº 27.

¹²⁶⁴ La inspección educativa se institucionaliza en la etapa contemporánea desde el Real Decreto de 30 de marzo de 1849. La profesionalización de la inspección se da con la Ley General de Educación de 1970. Con la descentralización en educación a salvo de la Alta Inspección del Estado, el control e inspección se realiza por las Comunidades Autónomas, como a continuación se expone.

¹²⁶⁵ STSJ Cataluña, de 10 febrero junio de 1999 núm. 148/2003 JUR 2003\153746), FJ 2º, respecto de un colegio privado no concertado que no había renovado la matrícula de unos alumnos como sanción encubierta, se alegaba por la Escuela la incompetencia del Departamento y al respecto se afirmaba “No se puede ignorar que se trata de un centro privado que no recibe subvención pública alguna. Eso no significa que pueda hacer cualquier cosa, como es evidente, ni que no esté sujeto a inspección”.

¹²⁶⁶ La Alta Inspección nace con el Real Decreto 480/1981, de 6 de marzo de 1981, del Ministerio de Educación, por el que se crean las Altas Inspecciones del Estado en materia de enseñanza no universitaria en el País Vasco y Cataluña. Hoy día está regulada por Real Decreto 1330/1997 crea las áreas funcionales de Alta Inspección, integradas en las correspondientes Delegaciones del Gobierno, en

con la Administración autonómica¹²⁶⁷. La alta inspección “constituye una competencia de vigilancia, pero no un control genérico e indeterminado que implique dependencia jerárquica de las Comunidades Autónomas respecto a la Administración del Estado” (SSTC 32/1983, de 28 de abril y 42/1983, de 20 de mayo). Su noción “no puede perfilarse genéricamente, haciendo abstracción de la naturaleza de las actividades sobre las que ha de proyectarse” (STC 194/1984, de 28 de junio), Otorga al Estado la facultad de “comprobar si los libros y material se adecuan a las enseñanzas mínimas” (STC 6/1982, de 22 de febrero), así como la de velar por el cumplimiento de los requisitos de acceso de un nivel de enseñanza a otro o el correcto ejercicio de los derechos lingüísticos.

En teoría, la alta inspección queda vigilante de los principios y normas constitucionales así como de las normas y decisiones de competencia estatal, como pueda ser la vigilancia de los currículos educativos¹²⁶⁸ (art. 149 y ss. LOE, D. Ad. 23 LOU). Lo cierto es que hoy día se dedica básicamente a la homologación y convalidación de títulos y estudios extranjeros en enseñanza no universitaria, seguida la entrega de títulos universitarios¹²⁶⁹.

Hoy día el control más efectivo se da por la “inspección educativa” que realizan las Comunidades Autónomas, que vigila el cumplimiento de la legalidad y supervisa y controla pedagógica y organizativamente a los centros, la dirección, la práctica docente, la evaluación educativa (art. 151 LOE). La inspección se ejerce por funcionarios públicos del Cuerpo de Inspectores de Educación (art. 152 LOE), que cuentan con facultades de conocimiento directo, examen y comprobación de documentación y entrevistas (art. 153 LOE). No debe olvidarse, de otra parte, que para los centros concertados la LODE incluye un particular régimen sancionador (art. 72 y ss. LODE), las diversas infracciones que ahí se regulan, pueden dar lugar a apercibimientos, multas e incluso la rescisión del concierto y, con ella, muy probablemente al cierre del colegio.

las Comunidades Autónomas del País Vasco, Cataluña, Galicia, Andalucía, Comunidad Valenciana, Canarias y la Comunidad Foral de Navarra. Esta creación se extiende a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears por Real Decreto 2535/1998 de 27 de noviembre y a las Comunidades Autónomas de Aragón, Asturias, Cantabria, Castilla y León, Castilla-La Mancha, Extremadura, Madrid, Murcia y La Rioja por Real Decreto 1448/2000 de 28 de julio. Orgánicamente está integrada en el Ministerio de Administraciones Públicas a través de la Delegación del Gobierno en cada Comunidad Autónoma, mientras que funcionalmente depende del Ministerio de Educación, Política Social y Deporte. Al respecto, GALVÁN PALOMO (2009).

¹²⁶⁷ Al respecto, puede seguirse DÍAZ REVORIO (2002 a, pp. 177-179).

¹²⁶⁸ Siguiendo a GALVÁN PALOMO (2009) tiene dos partes diferenciadas, una de seguimiento y análisis del sistema educativo de la comunidad autónoma, que suele reflejarse en informes y memorias, y otra, de gestión burocrática, para el ejercicio de las competencias sobre homologación de títulos y estudios extranjeros que al Estado compete.

¹²⁶⁹ GALVÁN PALOMO (2009).

11. 5. 2. Las garantías administrativas son las naturales del derecho a la educación

Más allá de la inspección educativa, la amplia regulación de la prestación educativa y del contenido que comporta el derecho a la educación debe ser respetada, protegida, cumplida, no obstaculizada y facilitada por las Administraciones. En muchos casos los titulares del derecho o sus representantes instarán el ejercicio de sus derechos frente a las administraciones (solicitudes de escolarización, matrículas, solicitudes de becas y ayudas, revisiones de exámenes, expedición de títulos u homologaciones) o bien serán las administraciones quienes acometan numerosas actividades en la prestación del servicio educativo o revisarán las actuaciones practicadas por los centros privados y concertados. En todos estos supuestos, desde el docente a los responsables de cada unidad, órgano o departamento, tendrán la potencialidad de afectar el derecho o interés legítimo vinculado a las exigencias normativas. Si así sucede, podrá el afectado –o sus representantes- interponer los correspondientes recursos (art. 107 Ley 30/1992) y reclamaciones. Al respecto, y por su conexión cabe remitir a la protección jurisdiccional (contencioso administrativa) a la que luego se hace referencia. En todo caso, no sin antes señalar que a mi juicio la administrativa es la garantía ordinaria y natural para hacer valer las diversas facultades que integra el derecho a la educación.

11. 5. 3. Los órganos de escolarización y las especiales garantías de la igualdad en la aplicación de las normas de admisión en la escolarización

Como se ha visto, una parte relevante del contenido del derecho a la educación es la escolarización misma y el cumplimiento de las normas aplicables en igualdad requiere una particular garantía. La legislación subraya esta necesidad y a tal fin establece un sistema de áreas de influencia y de Comisiones de escolarización obligatorias siempre que haya más demandas de plazas que plazas en un centro educativo público o concertado de un área educativa encargadas del cumplimiento de la normativa de admisión y están compuestas por la Administraciones y los diversos agentes educativos (art. 86. 2º LOE).

La normativa autonómica es la que perfila estas garantías. Así, por ejemplo en la Comunidad Valenciana el Decreto 33/2007¹²⁷⁰. Ahí se determinan los diversos órganos de escolarización (Decreto 33/2007, arts. 12. 1º y 13. 4º y 5º) y entre ellos las Comisiones de Escolarización diversas, fijando las competencias en la admisión de los Centros (art. 12. 2º, 3º y 4º) y de las Comisiones de escolarización (art. 14) y señalando las vías de recurso posibles (art. 31 para centros públicos).

Pese a la existencia de estas garantías, la percepción social sigue siendo la de la falta de transparencia y la práctica imposibilidad de fiscalización de la correcta aplicación de las normas de admisión, especialmente en los centros concertados que llevan a cabo la gestión del procedimiento de admisión. La protección de datos del menor, la grave dificultad para contar con elementos que permitan demostrar la vulneración de las normas y la avocación al recurso jurisdiccional que durará años son formidables barreras inhibitorias para los padres del alumno no admitido. Y ello pese a que la vulneración de las normas de admisión es una infracción grave, cuya comisión puede salir muy caro al centro educativo concertado.

11. 5. 4. Control y garantías por los órganos de gobierno de los centros docentes

Los centros docentes universitarios o no universitarios tienen atribuciones importantes en la garantía de los derechos y facultades que ampara el derecho a la educación. Se trata de órganos participados por la comunidad educativa que cuentan con autonomía –ya sea legal, ya sea constitucional en el caso de centros privados (art. 27. 6 CE) y las Universidades (art. 27. 10º CE). Sin perjuicio de las competencias de las administraciones educativas, la primera garantía de los derechos educativos y el primer lugar de exigencia de los mismos será ante los órganos de gobierno de los centros.

En el caso de los centros no universitarios, sin perjuicio del amplio desarrollo legal (autonómico) y reglamentario (estatal y autonómico), la LOE regula los centros docentes en su Título IV (arts. 107 y ss.) y también la LODE, especialmente para centros privados y concertados. En general, la existencia y

¹²⁷⁰ Decreto 33/2007, de 30 de marzo, del Consell, por el que se regula el acceso a los centros docentes públicos y privados concertados que imparten enseñanzas de régimen general.

actuación misma de todos los órganos, con la planificación y organización mismas, son una garantía de los derechos educativos. Cabe destacar instrumentos como el proyecto educativo (art. 121 LOE), proyecto de gestión donde se expresa la ordenación y uso de recursos de los centros públicos (art. 123 LOE), el establecimiento de las normas de organización y funcionamiento (art. 124 LOE), incluidas las normas de convivencia o la programación general anual (art. 125 LOE) y docente. Asimismo, los centros son los responsables primeros de la admisión de alumnos, elemento esencial de la efectividad del derecho a la educación (art. 127 LOE, respecto del Consejo escolar).

Los distintos órganos de gobierno tienen expresamente atribuidas funciones de control y garantía. Así, el Consejo Escolar del centro (art. 127 LOE, art. 57 LODE para centros concertados) entre otras funciones es en general el responsable de adoptar los instrumentos antedichos; conoce de conflictos y puede revisar decisiones disciplinarias del director (art. 127 f) LOE), proponiendo medidas para la mejor convivencia y derechos en el centro (apdo. g). El claustro de profesores (art. 129 LOE) formula propuestas y en especial aprueba el currículo y aspectos educativos de la programación (apdo. b), fija criterios sobre orientación, tutoría, evaluación y recuperación de los alumnos (apdo. c). El Director del centro educativo (art. 132 LOE, art. 54 LODE para centros privados) asume la dirección pedagógica (art. 132 c) LOE), garantiza el cumplimiento de las normas (art. 132 d) LOE), impone las medidas disciplinarias y agiliza la resolución de conflictos (art. 132 f) LOE).

En el ámbito de las Universidades, además de la regulación general de la desde la perspectiva de garantía que aquí se atiende, el Consejo de Gobierno, establece las líneas estratégicas y programáticas de la Universidad, así como las directrices y procedimientos para su aplicación (art. 15 LOU), que desarrolla el Rector (Art. 20 LOU). Los centros, institutos y departamentos y la dirección de los mismos tienen las atribuciones que se vinculan en muchos casos con la efectividad misma de los derechos educativos en el ámbito universitario.

11. 6. GARANTÍAS FRENTE AL ACOSO ESCOLAR ENTRE ALUMNOS ("BULLYING")

11. 6. 1. El acoso escolar: noción, datos y derechos en juego

La violencia, abuso y acoso entre iguales¹²⁷¹ en el ámbito escolar, esto es, entre alumnos, aunque se trata de un problema ancestral y desgraciadamente asumido culturalmente, es objeto de preocupación en los últimos años, y de interés creciente por las instituciones¹²⁷². No se hace ahora referencia al también muy preocupante tema de los ataques a los docentes¹²⁷³ que también dificultan sobremanera el proceso educativo atacando una piedra angular, la autoridad docente¹²⁷⁴.

Uno de cada cuatro alumnos afirma ser víctima de insultos (27%) o de motes ofensivos (26,6%). La exclusión social se da activa (no dejar participar) o pasivamente (ignorar). Un 10,5% afirma ser víctima por ser “ignorado” o de “esconder cosas de otros” (16%), amenazado (6,4%). Sólo un 0,9% de “acoso sexual”. Casi un tercio y más de un décimo afirman “ignorar” o “no dejar participar” a compañeros, un tercio les insultan (32,4%), o “ponen motes

¹²⁷¹ Las FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2005) analiza los diversos conceptos y modalidades: “Debe deslindarse el acoso escolar de los incidentes violentos, aislados u ocasionales entre alumnos o estudiantes. El acoso se caracteriza, como regla general, por una continuidad en el tiempo, pudiendo consistir los actos concretos que lo integran en agresiones físicas, amenazas, vejaciones, coacciones, insultos o en el aislamiento deliberado de la víctima, siendo frecuente que el mismo sea la resultante del empleo conjunto de todas o de varias de estas modalidades. La igualdad que debe estructurar la relación entre iguales degenera en una relación jerárquica de dominación-sumisión entre acosador/es y acosado. Concorre también en esta conducta una nota de desequilibrio de poder, que puede manifestarse en forma de actuación en grupo, mayor fortaleza física o edad, aprovechamiento de la discapacidad de la víctima etc.

El acoso se caracteriza también por el deseo consciente de herir, amenazar o asustar por parte de un alumno frente a otro. Todas las modalidades de acoso son actos agresivos en sentido amplio, ya físicos, verbales o psicológicos, aunque no toda agresión da lugar a acoso. El acoso en su modalidad de exclusión social puede manifestarse en forma activa (no dejar participar) en forma pasiva (ignorar), o en una combinación de ambas.

Sobre el concepto, también, DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 b), pp. 33 y ss.).

¹²⁷² Al respecto, ESCOBAR ROCA (2005 a). Especial atención dedica el DEFENSOR DEL PUEBLO (2000). (2007 b). En todo caso, Destaca, por su calidad, la *Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil*.

¹²⁷³ En este sentido, DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 b, P. 251) afirma: “ No obstante, cabe recordar que, con respecto a las relaciones con el profesorado, casi la mitad de las alumnas y alumnos admite observar “a veces” que “algunos alumnos se meten con el profesorado”, mientras que un 18,1 por 100 dice observarlo “en muchos casos”. A su vez, un 43 por 100 responde haber visto “a veces” en su centro que “algún profesor se mete con un alumno”, mientras que un 6,6 por 100 lo ha visto “en muchos casos”. Estos resultados corroboran la existencia de este tipo de conflictos si bien no permiten hacer una comparación más precisa. ” De todo interés y reciente, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2008).

¹²⁷⁴ La Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª, sentencia de 23 de mayo de 2008 considera que la agresión de un alumno a su profesor con resultado de amputación de un dedo no es subsumible en el tipo de atentado a la autoridad. Por el contrario, la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Las Palmas en diciembre de 2010 condena por atentado a la autoridad la agresión a un profesor (referencia periodística). Sobre el tema, por todos, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2008).

ofensivos” (29%) y uno de cada veinte afirman “pegar” (5,3%) o “meten miedo” (4,3%). Por cuanto a los testigos, nueve de cada diez presencian insultos (89,8%) o “motes ofensivos (88,9%), y cuatro de cada cinco presencian que se “ignora” a compañeros (82,9%) o casi la mitad afirma ver robos (45,5%)¹²⁷⁵. Estos actos de acoso suelen ser cometidos en la clase¹²⁷⁶ por chicos sobre chicos¹²⁷⁷, entre 12 y 14 años¹²⁷⁸.

Bien es cierto, desde 2004, con el suicidio en el País Vasco de Jokin, tras sufrir el acoso¹²⁷⁹ se da una mayor preocupación y sensibilidad social. No obstante, en todo caso y en general hay un descenso de las diversas formas de agresiones en los últimos años¹²⁸⁰. Y a todo ello hay que añadir el *ciberbullying* que se propaga geoméricamente entre nuestros jóvenes, entre los que cada día hay más acosadores y víctimas aprovechando las facilidades de la telefonía móvil, la red y las redes sociales en la difusión de videos, intimididades y datos personales, etc. El grado de penetración de las redes sociales –especialmente *Tuenti*- entre los más jóvenes es enorme¹²⁸¹ Y ya existen algunas condenas por estas actividades a través de la red¹²⁸².

Los daños del acoso son muy importantes tanto para la víctima¹²⁸³, quien en ocasiones es primero aislada y debe dejar su propio centro educativo. Y también

¹²⁷⁵ Ver DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 b), pp. 237 y ss.), sobre conclusiones de los resultados de encuestas sobre conclusiones de los resultados de encuestas. El descenso se aprecia por comparación de estos datos con los correspondientes al estudio anterior DEFENSOR DEL PUEBLO (2000, p.).

¹²⁷⁶ *Ibidem*, p. 172.

¹²⁷⁷ *Ibidem*, p. 156.

¹²⁷⁸ Así, según datos de FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2005). Esto, como más tarde se señala, imposibilita la persecución penal.

¹²⁷⁹ Jokin tenía 14 años cuando se arrojó al vacío cerca de su casa, en Hondarribia, en septiembre de 2004. Sufría acoso escolar desde hacía un año. .

¹²⁸⁰ Así se desprende en a lo largo de, especialmente en conclusiones. Ver DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 b), pp. 237 y ss.). El descenso se aprecia por comparación de estos datos con los correspondientes al estudio anterior de 2000.

¹²⁸¹ En abril de 2011 son 10,7 millones los usuarios de Tuenti, red social especialmente popular entre menores de edad. En virtud de la normativa de protección de datos se precisa más de 14 años para acceder a estas redes, cuestión diferente es la posibilidad de fiscalizar el cumplimiento de esta exigencia. Sobre el tema, por todos, INTECO-AGPD (2009).

¹²⁸² Así por ejemplo en la Sentencia 7/2010 de 29 enero de la AP Murcia (JUR 2010\135992) por difundir imagen en *Tuenti* para que formularan comentarios despectivos sus compañeros. La víctima sufría acoso por obesidad en su clase desde hace años. La Sentencia 32/2011, de 24 de mayo de 2011 (recurso 35/2011) de la Audiencia Provincial de Segovia confirma la sentencia de 21 de febrero de 2010 del Juzgado de Instrucción nº 4 de Segovia que condena a dos jóvenes por humillar a otra utilizando para ello la red social *Tuenti* y crearle un perfil falso. Ver <http://goo.gl/McK8s>

¹²⁸³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2005): “Los menores acosado pierden la capacidad de concentración en las explicaciones y en los estudios, pierden confianza en si mismos y sus niveles de autoestima alcanzan cotas mínimas, generándoles incapacidad para poner fin por sí mismos a la situación, y para solicitar ayuda de los adultos.

los perjuicios son graves para el mismo menor que acosa ¹²⁸⁴. Obvio es decir que el daño se extiende a todos los compañeros, testigos –frecuentemente mudos- en un ambiente de terror e impunidad¹²⁸⁵ que, además, dificulta la persecución jurídica de estas conductas. En este sentido la Fiscalía General señala la posible aplicación de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de Protección a Testigos y Peritos.

Esta lesión de la integridad física y moral del alumnado es también un ataque al derecho a la educación mismo, puesto que la enseñanza en este contexto dificulta sino imposibilita el logro del objeto constitucional de la educación del artículo 27. 2º CE. Tanto la CDN como la Constitución contienen obligaciones diversas para la protección del niño de estas conductas y toda case de maltrato:

En la perspectiva constitucional, obviamente el artículo 10. 1º, 15 o 27.2º quedan afectados y exigen ser garantizados de forma eficaz.

Por su parte, la CDN impone a los Estados partes las siguientes obligaciones: 1) se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada (art. 3.3); 2) adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual, mientras el niño se encuentre bajo la custodia de los padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo (art. 19.1); 3) adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención (28.2).

Esa necesidad de especial protección del niño frente a toda clase de maltrato está latente en un amplio número de artículos de la CDN (artículos 2, 11, 16, 19, 32, 33, 34, 35, 36, 37, 38 y 39).

Por otra parte, la CDN establece que la educación debe estar encaminada al desarrollo de la personalidad, el respeto de los derechos humanos, el respeto de los padres

En ocasiones, la reacción es totalmente negativa para la víctima que tiene que abandonar el centro educativo ante las dificultades de erradicar a los acosadores o incluso se dan supuestos en los que el mismo centro educativo –erróneamente- aconseja a todos sus compañeros que no se relacionen con ella, esto es, excluirla socialmente. ”

¹²⁸⁴ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2005): “a largo plazo existen altas probabilidades de que el acosador escolar asuma permanentemente ese rol durante su vida adulta, proyectando los abusos sobre los más débiles en el trabajo (mobbing) y/o en la familia (violencia doméstica, violencia de género). Por ello se ha podido decir que este tipo de acoso debilita los cimientos de la sociedad civilizada. ”

¹²⁸⁵ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2005). Respecto de los testigos mudos, DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 b), p. 184): “Aunque casi la mitad de los *testigos* dice intervenir si la víctima es amiga o amigo, hay algo menos de un tercio que dice intervenir aunque no lo sea. ”

y la propia identidad cultural y nacional, la vida responsable en una sociedad con espíritu de comprensión, paz, tolerancia e igualdad, y el respeto al medio ambiente natural (artículo 29).

11. 6. 2. Respuestas jurídico-criminales frente al acoso escolar

No es fácil catalogar o determinar cuáles son las conductas de acoso¹²⁸⁶. En todo caso, se trata de la realización de “novatadas” y, en general, las conductas susceptibles de producir en las víctimas “sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física y moral” y conductas, como desnudar a un detenido y obligarle a realizar flexiones, etc. comportamientos que exceden de la necesidad de la detención con una finalidad envilecedora¹²⁸⁷.

Desde las perspectiva penal, las conductas de acoso pueden quedar en el tipo residual del artículo 173.1 del Código Penal, que castiga al que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral. Si además de atentado a la integridad moral se produce lesión se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos¹²⁸⁸. También, cabe tener en cuenta la posible inducción al suicidio (art. 143. 1 Código Penal), algo desgraciadamente ya sucedido en España en el caso *Jokin*. Entre las medidas penales al acosador cabe la libertad vigilada y las prestaciones a la comunidad, con efectos positivos para el menor acosador.

Además de la reacción penal, la LORPM permite amplias posibilidades de poner fin al expediente a través de una conducta activa socializadora del menor infractor bien disculpándose ante la víctima, bien asumiendo compromisos reparadores, bien realizando una actividad educativa¹²⁸⁹. En los supuestos en que pese a poder ser encuadrados los hechos en el concepto social amplio de acoso no puedan los mismos subsumirse en ningún tipo penal, tan siquiera en la falta de vejación injusta del artículo 620 del Código Penal¹²⁹⁰, habrá de remitirse copia

¹²⁸⁶ Aunque alejado del Acoso Escolar, resulta de interés la tipificación de las conductas de acoso en el Protocolo de actuación frente al acoso laboral en la Administración General del Estado aprobado por Resolución de 5 de mayo de 2011, de la Secretaría de Estado para la Función Pública.

¹²⁸⁷ La STS nº 489/2003, de 2 de abril advierte que no se puede presentar un catálogo de conductas susceptibles de ser incluidas en el tipo penal, incluye las conductas analizadas por la STEDH de 18 de enero de 1978 (caso Irlanda contra Reino Unido), que son las citadas.

¹²⁸⁸ Así en virtud de la regla concursal del art. 177 del CP. En FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2005). Se remite a STS 1218/2004.

¹²⁸⁹ Así, en FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2005).

¹²⁹⁰ Precepto que castiga con multa a quienes “de modo leve, amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, o los saquen en riña, como no sea en justa defensa, y salvo que el hecho sea

de lo actuado a la dirección del centro docente de los menores implicados para que adopte las iniciativas que estime oportunas¹²⁹¹.

Debe recordarse que la aplicación de una medida disciplinaria educativa no impide la reacción penal en razón de la STC 2/2003, de 16 de enero, que considera que la imposición de dos sanciones, una administrativa inicial y otra penal, no entraña exceso en la respuesta punitiva de los poderes públicos a la infracción cometida cuando la primera sanción queda embebida en la segunda¹²⁹².

No cabe respuesta penal antes de los catorce años, siendo la edad de los acosadores generalmente entre los 12 y 14 años. En estos supuestos hay que remitir lo actuado a la Dirección del centro para que se adopten las medidas disciplinarias correspondientes¹²⁹³.

11. 6. 3. La responsabilidad del centro por el acoso

Se puede exigir al centro educativo responsabilidad por el acoso escolar sucedido. En los centros públicos, los parámetros serán los de la responsabilidad patrimonial administrativa, que luego se aborda. Tal responsabilidad puede exigirse en el marco de la persecución penal (en la aplicación supletoria de los art. 120 y 121 CP)¹²⁹⁴ o en su caso, se puede exigir al centro educativo responsabilidad civil por el acoso escolar cometido ex artículo 1903. 5º Código Civil:

Las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad durante los períodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia

constitutivo de delito” o “causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve.”

¹²⁹¹ Conclusión nº 12 de FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2005).

¹²⁹² En definitiva, y en aplicación de los criterios expuestos ha de concluirse con que: 1) si no existe la triple identidad serán compatibles las sanciones disciplinarias impuestas en el centro escolar con las impuestas por la jurisdicción de menores 2) si existe la triple identidad la previa tramitación del expediente disciplinario no impide la tramitación de expediente de menores conforme a la LORPM 3) en este último caso habrá de tenerse en cuenta la sanción impuesta en el ámbito escolar, ya desistiendo conforme al art. 18 LORPM[...] ya modulando la naturaleza o la extensión de la medida que se imponga.

¹²⁹³ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2005). Conclusión nº 5.

¹²⁹⁴ Así, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2005). Se señala la posibilidad de demandar al Centro docente en la aplicación supletoria de los art. 120 y 121 CP se ha pronunciado la SAP Álava Secc. 1ª. de 27 de mayo de 2005, referida específicamente a un supuesto de *bullying*.

del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias.

[...] La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño.”

Y aunque este precepto señale que puede probarse la diligencia por el centro educativo, el Tribunal Supremo prácticamente ha objetivizado esta responsabilidad.

Así, por ejemplo, lo recuerda para el bullying la sentencia de dieciocho de diciembre de dos mil ocho de la Sección Décima de la Audiencia de Madrid que a continuación se hace referencia. “Es doctrina del Tribunal Supremo que recoge la sentencia de 10 de marzo de 1997, que menciona la resolución combatida, afirma que “La nueva redacción del artículo 1903, establece según el general sentir de la doctrina y de la jurisprudencia de esta Sala, una responsabilidad prácticamente objetiva, en cuanto señala que las personas o entidades que sean titulares de un Centro docente de enseñanza no superior, responderán por los daños y perjuicios que causen sus alumnos menores de edad, durante los periodos de tiempo en que los mismos se hallen bajo el control o vigilancia del profesorado del Centro, desarrollando actividades escolares o extraescolares y complementarias”. Es decir, se soslaya prácticamente el elemento de culpabilidad.”

También la SAP Álava Secc. 1ª. de 27 de mayo de 2005 esta referida específicamente a un supuesto de bullying y aplica el artículo 1903. 5º CC¹²⁹⁵. Con similares argumentos se ha considerado reiteradamente responsable civil al titular del centro de internamiento respecto de los hechos cometidos por los menores internados¹²⁹⁶. Recientemente se ha reconocido esta responsabilidad en un caso que trascendió a la opinión pública gracias al tesón del padre del alumno acosado¹²⁹⁷. En el *quantum* indemnizatorio se incluyen los daños morales¹²⁹⁸

¹²⁹⁵ En esta sentencia se declara frente a la alegación del Centro docente de haber desplegado toda la diligencia de un buen padre de familia, conforme al art. 1903 CC, que “es diáfano que no fue así, puesto que un buen padre de familia, desde una perspectiva responsabilizadora y de imposición de límites, fundamentos de cualquier planteamiento educativo, no puede permitir que unos niños sometan a un verdadero acoso escolar a otra niña...” En esta resolución se resalta también que con respecto a los padres del menor “existía una obligación de darles a conocer lo que estaba pasando a su hija, para que éstos pudieran actuar de diferentes maneras en el plano personal o institucional”.

¹²⁹⁶ SSAP Zaragoza, sec. 1ª, nº 174/2004, de 28 de abril; Valladolid, sec. 2ª, nº 933/2003, de 23 de diciembre; Valladolid, sec. 2ª, nº 758/2002, de 22 de octubre. Citada por la Fiscalía.

¹²⁹⁷ La sentencia de dieciocho de diciembre de dos mil ocho de la Sección Décima de la Audiencia de Madrid, revoca sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Alcobendas de noviembre de 2007 que exculpó al Colegio Suizo de Alcobendas (Madrid) por el acoso que sufrió uno de sus alumnos. Se afirma que el Colegio Suizo ignoró el acoso escolar que sufrió durante dos años uno de sus alumnos, de

la carga de la prueba incumbe al dañador o causante del ilícito, que ha de acreditar su conducta exonerativa o que el ilícito no se ha producido por una conducta responsable...”

Pues bien, en este caso, y en aplicación del criterio que siguió la reseñado resolución, al margen de que, según máximas de experiencia, a cualquier persona, y especialmente a una niño de once años, el padecimiento de esos actos ejecutados por otras personas, que en este caso son sus propios compañeros de colegio, produce esa sensación de impotencia, zozobra, indefensión, humillación, etc. Y que según los estudios científicos sobre el “bullying”, los acosados se sienten avergonzados y su autoestima se destruye, generando en la víctima sentimientos de culpabilidad; se configura así una situación que, sin duda, puede encuadrarse en el concepto de daño moral que ha elaborado el Tribunal Supremo.”

11. 6. 4. Respuestas jurídicas no criminales frente al acoso escolar

Frente al acoso escolar, la respuesta jurídica descansa en tres ejes: protección de la víctima con cesación inmediata del acoso, respuesta educativa-sancionadora al agresor, modulada según sus circunstancias psico-socio familiares y según la entidad de los hechos cometidos y, en su caso, reparación de daños y perjuicios¹²⁹⁹. En una perspectiva más amplia, las vías de solución del problema son muy variadas, como ha señalado el Defensor del Pueblo¹³⁰⁰. En este sentido, destacan los mecanismos de prevención y una tendencia creciente a resolver los problemas en el mismo centro por medio de mecanismos de detección y resolución de conflictos, a través de órganos de encuentro de profesorado, padres y alumnos¹³⁰¹, así como planes y programas de intervención conjuntos¹³⁰², equipos de orientación psicopedagógica¹³⁰³ y una participación

11 años, tolerando la grabación en el propio aula de uno de los episodios violentos en el que se aprecia cómo durante un recreo varios estudiantes se burlan del chico y le golpean con un estuche blando en la cabeza, las piernas y la espalda. Todo fue bien conocido por la opinión pública a través de los medios de comunicación. Y todo ello, sin adoptar las medidas de precaución para evitar que estos hechos se produjeran, en detrimento del daño psicológico del chaval. La sentencia ensalza el comportamiento de los padres del niño por demostrar “un denodado esfuerzo por proteger y defender a su hijo, haciendo uso de todos los medios a su alcanza, incluidos de comunicación”. La Audiencia condena al centro escolar a indemnizar con 30. 000 euros a la familia del menor afectado más las costas por *culpa in vigilando* al no impedir que los alumnos siguieran acosando al chico, una situación que incluso se trató en reuniones escolares y no fue “aislado” y “ocasional”, sino que lo grabado “evidencian que se trataba de una más de las situaciones de acoso y menosprecio a las que era sometido en el ámbito escolar”.

¹²⁹⁸ Al respecto se acude al “precedente” citado de la sentencia de la AP Álava, sec. 1ª, S 27-5-2005.

¹²⁹⁹ FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2005).

¹³⁰⁰ DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 b), pp. 256 y ss.).

¹³⁰¹ Esto se recomendaba en el informe de 2000, DEFENSOR DEL PUEBLO (2000)..

¹³⁰² DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 b), pp. 265).

activa en la definición del reglamento de régimen interior de sus centros y la posible concreción de medidas a adoptar¹³⁰⁴. Así, en los últimos años se han desarrollado los observatorios estatal (Real Decreto 275/2007, de 23 de febrero) y autonómicos de convivencia escolar¹³⁰⁵.

La LOE recibe transversalmente el interés en la convivencia y solución de conflictos, pues se trata de fines generales y particulares de la educación. Asimismo la LOE señala la existencia de Plantes de Convivencia integrados en los proyectos educativos de los centros públicos o privados (art. 121. 2º LOE). De igual modo, se obliga a que las “normas de organización y funcionamiento, que deberán incluir las que garanticen el cumplimiento del plan de convivencia” (art. 124. 1º LOE). El artículo 127 LOE atribuye al Consejo Escolar competencias en la resolución de conflictos y cumplimiento de normativa con facultades en cuestiones de lesión de la convivencia. La propuesta de medidas de mejora de la convivencia pueden partir del Consejo Escolar (art. 127 g) LOE), del Claustro de profesores (art. 129 g) LOE) o del Director (art. 132 f) LOE).

Una regulación similar se da para los centros privados¹³⁰⁶ y todo puede quedar desarrollado por la normativa autonómica, como en Cataluña o Madrid¹³⁰⁷.

Asimismo, por cuanto al derecho a la educación de víctimas y acosadores, la LOE afirma la necesidad de asegurar “la escolarización inmediata de las alumnas o alumnos que se vean afectados por cambios de centro derivados de actos de violencia de género o acoso escolar. Igualmente, facilitarán que los centros educativos presten especial atención a dichos alumnos.” (D. Ad. 21ª

¹³⁰³ *Ibidem* pp. 267.

¹³⁰⁴ *Ibidem* pp. 269.

¹³⁰⁵ Por ejemplo, en la Comunitat Valenciana del Observatorio para la Convivencia Escolar, por el Decreto 233/2004, de 22 de octubre.

¹³⁰⁶ Sobre los centros concertados, véase sobre todo el artículo 57 LODE respecto del Consejo Escolar. En los centros privados no subvencionados, la autonomía es mayor, si bien se hace mención a que tienen que definir normas de convivencia (art. 25 LODE).

¹³⁰⁷ Ya existían disposiciones autonómicas con regulación en materia de convivencia. No obstante, ajustados a estas disposiciones de la LOE, cabe destacar el Decreto 15/2007, de 19 de abril, por el que se establece el marco regulador de la convivencia en los centros docentes de la Comunidad de Madrid o el Decreto 279/2006, de 4 de julio, sobre derechos y deberes del alumnado y regulación de la convivencia en los centros educativos no universitarios de Cataluña. En éste, por ejemplo, se recogen las competencias del Consejo Escolar y claustro de profesores (art. 7).

También cabe tener en cuenta el Decreto 15/2007, de 19 de abril, por el que se establece el marco regulador de la convivencia en los centros docentes de la Comunidad de Madrid. Ahí se determinan las competencias en materia de convivencia del Director (art. 5), Jefe de Estudios (art. 6), profesorado (art. 7), Consejo Escolar (art. 8), Comisión de Convivencia (art. 9), a lo que cabe remitir.

LOE). El cambio de centro puede darse tanto respecto de la víctima como del acosador¹³⁰⁸.

Entre la abundante normativa autonómica sobre derechos y deberes de los alumnos y convivencia escolar es generalizada la regulación de comisiones de convivencia en Comunidad Valenciana¹³⁰⁹, Canarias¹³¹⁰, Andalucía¹³¹¹ y las referidas de Cataluña¹³¹² o Madrid¹³¹³, entre otras. Destaca especialmente la regulación catalana más reciente de la “mediación como proceso educativo de gestión de conflictos”¹³¹⁴, en los que un tercero imparcial ayuda a los alumnos en conflicto a un acuerdo de resolución al que se someten voluntariamente, como estrategia preventiva en conflictos escolares, pudiendo evitar la reacción disciplinaria si se cumple el acuerdo adoptado¹³¹⁵. Además de la mediación, las tendencias de actuación son la creación de archivos de registros que recojan todo tipo de incidencia de violencia¹³¹⁶, que facilite el conocimiento para poder

¹³⁰⁸ Así, por ejemplo, DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 a), p. 385, referencia, 05032206). Se trata de la queja de una “madre de un alumno de otro instituto de educación secundaria, también de la ciudad de Madrid, se refería a las agresiones físicas de que venía siendo objeto su hijo por parte de un grupo de alumnos del centro, que en diversas ocasiones le habían golpeado y habían esgrimido navajas con las que le habían amenazado.

La urgente tramitación de esta queja ante la Consejería de Educación de la Comunidad de Madrid ha permitido comprobar que por la Dirección de Área Territorial competente, una vez investigados los hechos y constatado que el alumno agredido se negaba a continuar asistiendo al instituto por temor a posibles nuevas agresiones, había autorizado de forma inmediata el cambio de centro de dicho alumno (05032206).”

¹³⁰⁹ La Comisión de Convivencia del Consejo Escolar del centro docente, prevista en la Orden de 31 de marzo de 2006, y en el actual artículo 11 del Decreto 39/2008, de 4 de abril.

¹³¹⁰ En Canarias, ya en su anterior Decreto 292/1995, de 3 de octubre, artículo 6. Actualmente rige el Decreto 114/2011, de 11 de mayo que establece diversos órganos.

¹³¹¹ En Andalucía se da una amplia regulación en su Decreto 85/1999, de 6 abril, que regula los derechos y deberes del alumnado y las correspondientes normas de convivencia en los centros docentes públicos y privados concertados no universitarios. Se regula su existencia en el artículo 30. 2 del Decreto 486/1996, de 5 de noviembre, sobre Órganos Colegiados de Gobierno de los Centros docentes públicos y privados concertados. Y en el Decreto 85/1999 se considera obligatoria en su artículo 4, con composición plural, funciones recogidas en el artículo 5.

¹³¹² Decreto 279/2006, de 4 de julio, sobre derechos y deberes del alumnado y regulación de la convivencia en los centros educativos no universitarios de Cataluña. Su artículo 6 regula su existencia obligatoria, de composición plural y sus funciones.

¹³¹³ En el Decreto 15/2007, de 19 de abril, se regula en su artículo 9 la Comisión de convivencia del Consejo Escolar, de constitución obligatoria y composición plural, asignándose también sus funciones.

¹³¹⁴ Así se intitula el Título III del citado Decreto 279/2006, de 4 de julio de Cataluña (arts. 23 y ss.).

¹³¹⁵ Según la norma referida *supra*, ver los artículos 23, 24, 25, 27 y 28.

¹³¹⁶ En este sentido, en la Comunidad Valenciana, Orden de 4 de octubre de 2005, del conseller de Cultura, Educación y Deporte, establece la creación del archivo de registros sobre convivencia escolar y la Orden de 12 de septiembre de 2007, de la Consellería de Educación la que dispone el procedimiento de notificación de cuantas incidencias supongan violencia ejercida sobre personas o bienes y que, por su intensidad, consecuencias o reiteración, perjudiquen la convivencia en los centros docentes.

diagnosticar un tratamiento, los planes de convivencia y el reflejo de la materia en el Proyecto educativo, según se refiere en la LOE como elementos de reflexión y prevención¹³¹⁷.

También se incluyen propuestas de regulación de “Unidades específicas”, aulas para atender integralmente a alumnos con problemas de personalidad o conducta para su integración social¹³¹⁸, “aulas de convivencia”¹³¹⁹ para favorecer la reflexión de problemas así como planes de formación. Este tipo de medidas deben acogerse en ocasiones con cautelas. Y es que, por ejemplo, en algunos casos estas aulas de convivencia pueden considerarse como un simple eufemismo, un medio para apartar a los alumnos conflictivos del resto de los compañeros y no perturbar la marcha de las clases.

11. 7. GARANTÍAS EXTRAJUDICIALES: FISCALÍA, OMBUDSMEN Y ADMINISTRACIONES INDEPENDIENTES EN EL ÁMBITO EDUCATIVO

11. 7. 1. Fiscalía de menores

La Fiscalía de menores es un puente entre el control administrativo y las garantías jurisdiccionales¹³²⁰ que puede asumir, o en su caso promover, la representación y defensa en juicio y fuera de él de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismos¹³²¹. En virtud de la LOPJM pueden adoptar medidas cautelares o acciones judiciales civiles y penales, de oficio, a instancia del menor afectado o de sus representantes legales, para la protección de sus derechos fundamentales, y en particular de su derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, o de su derecho de asociación (arts. 4. 2º y 4º y 7. 2º LOPJM). Asimismo, puede defender los derechos del menor, velar por sus intereses y por el respeto de las

¹³¹⁷ En la Comunidad Valenciana, en este mismo sentido, la Orden de 31 de marzo de 2006, por la que se regula el plan de convivencia de los centros docentes establece la obligatoriedad por parte de estos de elaborar y poner en marcha a partir del curso 2006-2007 planes de convivencia, entendidos como programas de actuación adaptados a los distintos contextos, que facilitarán la prevención de situaciones conflictivas y agilizarán la resolución pacífica de los problemas que pudieran producirse.

¹³¹⁸ En el Decreto 39/2008 de la Comunidad Valenciana se regulan en su artículo 9 las “Unidades específicas”.

¹³¹⁹ Artículo 10 Decreto 39/2008 de la Comunidad Valenciana o en el artículo 45 del Decreto 114/2011 de Canarias.

¹³²⁰ ALÁEZ CORRAL (2003 a, pp. 186 y ss.).

¹³²¹ Así, según el artículo 3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

garantías procesales que redunden en su beneficio (art. 6 LORPM). Para todo ello, pueden adoptar medidas de atención inmediata, declaración de desamparo y consiguiente asunción de la tutela por ministerio de la Ley de la entidad pública competente (arts. 5, 5, 14, 18 y 21,4 LOPJM). Todas estas actuaciones podrán traer causa de lo sucedido en el ámbito escolar.

11. 7. 2. Defensor del pueblo, figuras afines y especializadas y su actividad en el ámbito educativo

En el ámbito educativo cobran especial interés las actuaciones extrajudiciales a través de defensorías tanto generales como especializadas en menores o en el ámbito educativo y universitario. Pese a existir órganos administrativos de control y denuncia y a la posible fiscalización jurisdiccional, la naturaleza de la relación educativa, la inmediatez de las soluciones requeridas y que muchas reclamaciones no tengan soporte jurídico, facilitan la introducción de este tipo de garantías.

En el ámbito universitario la LOU ha recogido la experiencia creciente en los últimos años de las figuras del Defensor o Síndicos universitarios y los ha hecho obligatorios en las estructuras universitarias (art. 46 y D. Ad. 14ª LOU). En el ámbito no universitario no son habituales estas figuras especializadas para el ámbito de la educación, si bien existe algún supuesto regulado de “Defensor del Estudiante” o “Defensor del Alumnado”¹³²².

La actuación de *ombudsmen* confluye por cuanto a la actuación respecto de la Administración educativa así como la garantía del menor, habitual ejerciente del derecho a la educación. El control de la Administración educativa es un área de interés tradicional con un apartado diferenciado en sus memorias anuales¹³²³ dedicándose la atención, según la confluencia de reclamaciones a instalaciones escolares, escolarización, admisión de alumnos, educación especial, violencia escolar (en educación no universitaria. En la enseñanza universitaria la atención

¹³²² Así, en el caso canario, ya regulado tras su existencia fáctica, a partir del derogado Decreto 292/1995, de 3 de octubre. Se trata de una figura independiente integrada en la Administración educativa con facultades de admisión de toda queja o reclamación por alumnos o padres o tutores ante vulneraciones de derechos o perjuicio de intereses legítimos. El Defensor ha de ser un docente elegido por los centros, con diversas funciones y facultades de información y garantías en su actuación, según se regulaba ampliamente en los artículos 60-66. El reciente Decreto 114/2011, de 11 de mayo lo regula en su artículo 75 y ss.

¹³²³ Así, en la Memoria del Defensor del Pueblo se incluye el análisis en el apartado “Supervisión de la actividad de las administraciones públicas”, en el relativo a “Aspectos sanitarios, educativos y ocupacionales” y, ahí, en un título dedicado a la “Administración educativa”.

se centra en el acceso, la cuestión de homologaciones de títulos extranjeros así como las becas de estudio y de investigación. Asimismo, se han dado estudios monográficos, de gran interés, como los relativos al acoso escolar, al alumnado extranjero en España¹³²⁴ o, el más reciente en 2011, sobre la transmisión de valores democráticos en el proceso educativo¹³²⁵. Se ha afirmado que el 40% de las intervenciones por tramitaciones individuales del Defensor del Pueblo están vinculadas al ámbito educativo¹³²⁶, siendo cuanto menos un 22%¹³²⁷.

A lo largo del presente estudio en cada material se ha hecho referencia a muchas actuaciones¹³²⁸. En la perspectiva del menor, es un ámbito de actuación habitual del Defensor del Pueblo y de las figuras afines autonómicas¹³²⁹, en muchos casos un Adjunto especializado se encarga de la materia¹³³⁰. En la Comunidad de Madrid (donde no existe figura autonómica de Defensor del Pueblo) existe un “Defensor del Menor”¹³³¹ que ha tenido particular visibilidad en los medios por su especialización. Una figura similar se ha previsto por ley recientemente en la Comunidad Valenciana (Comisionado del Menor-Pare d’Òrfens)¹³³².

¹³²⁴ Son los trabajos analizados a lo largo de este estudio y ya citados: DEFENSOR DEL PUEBLO (2000). (2007 b). (2003 a) (2003 b).

¹³²⁵ DEFENSOR DEL PUEBLO (2011).

¹³²⁶ Así se afirma en el “España”. Actuación de la defensoría por países, pp. 609-625, en ESCOBAR ROCA (2009)., en concreto, p. 611.

¹³²⁷ Así se desprende del examen de DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 a).

¹³²⁸ En la elaboración de este estudio se ha seguido las memorias anuales del Defensor del Pueblo y sus documentos especializados al respecto. No obstante, lo cierto es que la actuación en estas materias ha generado documentación de total interés y calidad desde las respectivas figuras afines, que, no obstante, no ha sido posible introducir en este estudio. Un análisis a la actuación del Defensor del Pueblo español en el ámbito educativo, recientemente

¹³²⁹ Estas figuras existen en Andalucía, Aragón, Asturias, canarias, Castilla y León, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia, Navarra, País Vasco y Rioja.

¹³³⁰ Así, para el Defensor del Pueblo español (art 10. 1 c) LOPJM. En el ámbito autonómico en el caso del Sindic de Greuges catalán (art. 34. 6 de la Ley 14/1984, de 20 de marzo, de la Generalidad de Cataluña, del Sindic de Greuges) o uno de los Vicealedores del pueblo gallego (art. 9. 1. c) de la Ley 3/1997, de 9 de junio, de la Comunidad de Galicia, de la familia, la infancia y la adolescencia), o “Defensor del menor andaluz”, adjunto del Defensor del Pueblo Andaluz (Disposición Adicional Primera de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor, por la que se da una nueva redacción al art. 8. 1 de la Ley 9/1983, de 1 de diciembre, del Defensor del Pueblo Andaluz).

¹³³¹ La Ley 5/1996, de 8 de julio, de la Comunidad de Madrid, del Defensor del Menor.

¹³³² Así, por Ley 12/2008, de 3 de julio de 2008, de la Generalitat, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana, regulado en el Título VII, artículos 162 y ss.

11. 7. 3. Agencias especializadas con creciente incidencia en educación, como las relativas a la protección de datos

El uso generalizado de las nuevas tecnologías digitales, internet y la telefonía móvil y últimamente, la eclosión de las redes sociales penetra con fuerza en el ámbito educativo y del menor. Al tratamiento masivo de datos de menores –o alumnos adultos- por las administraciones educativas y los centros y universidades, hay que añadir la generalización de las videocámaras de seguridad, la toma ilícita de imágenes del profesorado y de otros alumnos por los alumnos, la ulterior difusión en la red con finalidades espurias, como el antedicho *ciberbullying*.

Éstos y muchos otros fenómenos han llevado a que las autoridades independientes Estatal¹³³³ y autonómicas¹³³⁴ dedicadas a la protección de datos y cada día más a toda la privacidad muestren especial sensibilidad por el sector educativo y los fenómenos de menores vinculados al ámbito escolar. Las actuaciones van desde la tramitación de las denuncias por los particulares, hasta las actuaciones de oficio y los muy interesantes estudios monográficos y guías de tratamiento de datos para el ámbito escolar y universitario¹³³⁵.

Dada la emergencia del derecho fundamental a la protección de datos y la asunción de un papel activo por estas agencias, cada vez es más frecuente acudir a esta garantía ante muchos supuestos que podrían vehicularse por la vía civil, penal o disciplinaria. No debe olvidarse que las sanciones de la LOPD son, por lo general, muy elevadas (art. 45 LOPD).

11. 8. GARANTÍAS JURISDICCIONALES

¹³³³ Agencia Española de Protección de Datos www.agpd.es, con competencia para ámbito público y privado.

¹³³⁴ En la actualidad, la de la Comunidad de Madrid, la de Cataluña y País Vasco. Su competencia se limita al control de las administraciones, en nuestro caso, educativas y universitarias.

¹³³⁵ Destacan las publicaciones de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid: APDCM 2008, 2005, 2004. Asimismo, el trabajo ya mencionado, INTECO-AGPD (2009).

11. 8. 1. La justiciabilidad en el marco del derecho a la educación y algunas de sus barreras

En general, los derechos sociales prestacionales presentan tradicionales problemas de justiciabilidad¹³³⁶. En todo caso, en virtud del PIDESC, cuando un derecho reconocido no se puede ejercer plenamente sin una intervención del poder judicial, es necesario establecer recursos judiciales¹³³⁷ prácticos y eficaces que alcancen también la omisión en la satisfacción del derecho¹³³⁸ y, para ello, deben instrumentarse las normas y garantías para alcanzar una reparación adecuada del derecho¹³³⁹. Respecto de los discapacitados, el Relator ha criticado el papel de los tribunales, por cuanto no siempre están suficientemente formados en la materia¹³⁴⁰.

Al menos en teoría, los problemas generales de justiciabilidad de los derechos sociales no habrían de afectar al derecho a la educación, derecho subjetivo reconocido como fundamental y con las máximas garantías en la Constitución. El derecho a la educación, sin duda, es un derecho justiciable¹³⁴¹. No obstante, no siempre es sencillo el control judicial para detectar regresiones o retrocesos u omisiones parciales que lesionen efectivamente el contenido obligado del derecho a la educación, como juzgar que no se aportan los medios materiales y presupuestarios suficientes y apropiados y hasta el máximo de las

¹³³⁶ Como se señala desde el COMITÉ DESC, NACIONES UNIDAS (2004, p. 25). Sobre el particular, el enfoque de ABRAMOVICH (2004) es de rotunda claridad y sirve para levantar el velo de la tradición en la afirmación de la difícil justiciabilidad de estos derechos. ABRAMOVICH y COURTIS (2002). Cabe también seguir las garantías de los derechos sociales analizadas por PISARELLO (2007) y el más reciente estudio general sobre los derechos sociales que encabeza la gran obra que dirige ESCOBAR (2011).

¹³³⁷ NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1997), Observación General n.º 9, apartado 3º.

¹³³⁸ El NACIONES UNIDAS (2004, p. 29).

¹³³⁹ En los Principios de Limburgo se hace hincapié (principio 19). También, NACIONES UNIDAS-COMITÉ DESC (1990, nº 5). Las Directrices de Maastricht también contienen las disposiciones siguientes: “Acceso a las vías de reparación. (22); *Reparación adecuada* (23) y *Prohibición de toda aceptación oficial de las violaciones* (24), a las que cabe remitir.

Por su parte, y en concreto para el derecho a la educación, NACIONES UNIDAS- MUÑOZ VILLALOBOS (2004, p. 12). hace referencia a esta obligación en el marco de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Dilicia Yean y Violeta Bosica* (Nº 12. 189). Ahí, se puso de manifiesto la importancia de los mecanismos judiciales o casi judiciales para luchar contra la discriminación en el contexto de la educación. Las demandantes afirmaron haber sufrido la violación del derecho a la nacionalidad y del derecho a la educación, mientras que el Gobierno de la República Dominicana alegó que las demandantes no habían agotado los recursos internos. La Comisión indicó que, como no existían recursos internos efectivos en ese caso, éste era admisible.

¹³⁴⁰ NACIONES UNIDAS- MUÑOZ VILLALOBOS (2007 b), p. 16, con referencia a casos concretos de Argentina, Australia, el Canadá, Colombia, Costa Rica, los Estados Unidos de América, Irlanda, la India e Israel. Ver también, UNIÓN EUROPEA (2004).

¹³⁴¹ Así, textualmente, NACIONES UNIDAS- MUÑOZ VILLALOBOS (2007 b) p. 12, n. 54.

posibilidades, determinar que no se reformen o deroguen disposiciones, o decidir, por ejemplo, que no se ha impedido adecuadamente que terceros lleven a cabo la violación del derecho a la educación.

Algunos casos internacionales ilustran cómo se van superado algunos problemas de la justiciabilidad del derecho a la educación. Si bien en ocasiones “la jurisprudencia existente explora aspectos que se hallan en la frontera entre los procesos políticos y los jurídicos”¹³⁴². Así, en Gran Bretaña se enjuicia si se hizo todo lo que razonablemente se pudo para garantizar los servicios de educación, puesto que 300 alumnos quedaron sin ella¹³⁴³; en Filipinas se analiza el cumplimiento del mandato constitucional de dar prioridad presupuestaria a la educación¹³⁴⁴; en la República checa se determina el alcance de la gratuidad con relación a otros gastos en material y libros¹³⁴⁵. En Nueva York (EEUU) el Tribunal Supremo ha determinado obligaciones de número suficiente de docentes y empleados, tamaño de clases y edificios adecuados y accesibles, planes de estudios apropiados, con recursos y seguridad¹³⁴⁶. Con relación a los bonos o cheques escolares, el Tribunal Supremo de Colombia en contra del elitismo y los exagerados los argumentos económicos anula diversos preceptos

¹³⁴² TOMASEVSKI (2003, p. 11). Señala la autora que la asignación de recursos se considera, por lo general, una decisión política, y los tribunales, órganos no electivos, no pueden usurpar las prerrogativas de los parlamentarios elegidos. Esas causas judiciales han sido con frecuencia una respuesta a las tendencias recientes hacia la privatización y mercantilización de la educación, y especialmente al respaldo internacional de los bonos escolares.

¹³⁴³ El tribunal decidió que el organismo había hecho cuanto estaba a su alcance para resolver el problema y que, por consiguiente, no había vulnerado su obligación legal. Así en *R. c. Inner London Education Authority, ex parte Ali* [1990] C. O. D. 317, [1990] 2, Admin. L. R. 822, 828B. Así, TOMASEVSKI (2003, p. 8).

¹³⁴⁴ En las Filipinas un grupo de senadores impugnó en 1991 la constitucionalidad de la asignación presupuestaria de 86. 000 millones de pesos para el servicio de la deuda en comparación con los 27. 000 millones de pesos asignados a la educación. La Constitución de Filipinas obliga al Gobierno a atribuir la prioridad presupuestaria más alta a la educación. La cuestión planteada era decidir si un servicio de la deuda tres veces superior a la asignación presupuestaria para la educación era inconstitucional. El tribunal concluyó que la educación había sido la prioridad presupuestaria más alta, pero que el servicio de la deuda era necesario para salvaguardar el crédito del país y, por consiguiente, la supervivencia de su economía. Tribunal Supremo de Filipinas, *Guingona, Jr. c. Carague*, G. R. N° 94571, 22 de abril de 1991.

¹³⁴⁵ El tribunal ha aclarado que “gratuito” significa que en la educación primaria el Estado sufraga el costo de establecer las escuelas, su funcionamiento y conservación y que no debe exigirse la enseñanza, y añade: “El Estado sufraga la parte esencial de estos gastos; ahora bien, no tiene la obligación de soportarlos todos”. Tribunal Constitucional de la República Checa, sentencia US 25/94 del 13 de junio de 1995.

¹³⁴⁶ En el caso *Campaign for Fiscal Equity et al. v. The State of New York et al.* [719 NYS 2d 475] (*Campaña por la equidad fiscal y otros c. el Estado de Nueva York y otros*) (2001) ya cit. Se cita por NACIONES UNIDAS- MUÑOZ VILLALOBOS (2004, n° 55).

legales¹³⁴⁷. Y el sistema de bonos escolares fue declarado parcialmente inconstitucional en Puerto Rico en 1993, el primer lugar donde se estableció en razón de la separación Iglesia-Estado¹³⁴⁸.

Sin perjuicio de lo anterior, el derecho a la educación tiene un contenido bastante delimitable, como en este estudio se ha pretendido fijar. También, deben tenerse en cuenta las referencias que se ha hecho al alcance del derecho fundamental como tal y el papel del desarrollo normativo del derecho. A partir de estas premisas, en la mayoría de los casos no deben darse particulares problemas de justiciabilidad.

No obstante, no puede omitirse el hecho de la notable dilación de la Justicia en España y en particular del ámbito contencioso. En muchos casos, este hecho inhibirá acudir a los tribunales para la restauración de derechos y ello a pesar de la posible adopción de medidas cautelares (art. 129 LJCE) o la tramitación por la vía especial de protección preferente y sumaria de derechos fundamentales. Es por ello que interesa dar protagonismo a las ONGs u otras entidades del ámbito de la educación. Como recomienda a los Estados la Federación Iberoamericana de Ombudsmen, el derecho a la educación implica “Garantizar el acceso a los Tribunales de Justicia [...] a las organizaciones no gubernamentales de defensa de los Derechos Humanos en general y del derecho a la educación en particular, en especial para la defensa de los derechos e intereses colectivos asociados a la educación.”¹³⁴⁹

11. 8. 2. Vías de reacción frente a los actos que afecten al derecho a la educación, especialmente por la actuaciones administrativas

Los supuestos relativos a la educación pueden darse en todos los órdenes jurisdiccionales, si bien, deben concentrarse en el ámbito contencioso administrativo. Y es que, de un lado, en muchos casos, son las Administraciones las primeras obligadas por los contenidos garantizados por este derecho; de otro lado, por cuanto en su función de control y fiscalización de los centros públicos y privados la decisión finalmente recurrible será una actuación administrativa. Así sucederá en casos de acceso y elección de centros, revisión de exámenes,

¹³⁴⁷ TOMASEVSKI (2003, p. 12). Tribunal Supremo de Colombia, solicitud de Andrés De Zubiria Samper de que se declarara inconstitucional parte del artículo 203 de la Ley N° 115 de 1994 (fallo de 6 de noviembre de 1997, C-560/97).

¹³⁴⁸ Tribunal Supremo de Puerto Rico, *Asociación de Maestros c. José Arsenio Torres*, 30 de noviembre de 1994, 94 DTS 12:34. Ya cit. TOMASEVSKI (2003, pp. 11-12).

¹³⁴⁹ “Recomendaciones a los Estados”, en ESCOBAR (2009, pp. 726-737, p. 729).

progresión educativa, becas y ayudas, responsabilidad patrimonial de la Administración, aplicación régimen sancionador al alumnado o a los centros concertados, conciertos educativos, discriminación, conflictos de competencia o atribuciones, etc.

Los mecanismos procesales para hacer efectivo el derecho dependen de la situación jurídica concreta. En general, cuando se trate de actuaciones obligadas por el derecho que no han sido satisfechas, se pasaría por la reclamación formal previa ante la Administración por la actividad o inactividad que vulnere el derecho (art. 29. 1º LJCA)¹³⁵⁰. Si en tres meses “la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados” (art. 29. 1º LJCA) queda expedita la vía contenciosa. Y “el demandante podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas.” (art. 32. 1º LJCA). Por esta vía, claro está, también podrán solicitarse las indemnizaciones de daños y perjuicios por la no efectividad de los derechos reconocidos (art. 31. 2º LJCA).

En los casos de inactividad no pueden obviarse los límites de la tutela judicial puesto que “este remedio no permite a los órganos judiciales sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el Derecho”¹³⁵¹. Pese a que la sentencia judicial no podría determinar en qué modo garantizar los derechos que requieren una acción positiva por parte de la Administración¹³⁵², sí que puede obligar al resultado y efectivo reconocimiento del derecho y ante el incumplimiento por la Administración podría acudir a los diversos instrumentos de ejecución de sentencia, especialmente los del artículo 108 LJCA sobre condenas a actuar.

En otras situaciones jurídicas, frente a la actuación administrativa, una vez agotada la vía previa (art. 25 LJCA), se solicitará su nulidad, que si afecta el contenido del derecho a la educación podrá ser nulidad de pleno derecho por vulneración de derecho fundamental (art. 62. 1º Ley 30/1992). Además de la

¹³⁵⁰ El presupuesto de esta reclamación por inactividad –y el posterior contencioso judicial- es que la Administración “esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella” (art. 29. 1º LJCA), no mediando dicha actividad, hay infracción del ordenamiento jurídico (art. 70. 2º LJCA). Como se ha señalado, la ley exige una reclamación previa frente a la inactividad, como reza la Exposición de Motivos de la LJCA (IV), lo que “persigue es sencillamente dar a la Administración la oportunidad de resolver el conflicto y de evitar la intervención judicial”.

¹³⁵¹ Exposición de Motivos de la LJCA (IV).

¹³⁵² Así, la STS 26 febrero 1993 afirmó que “el gobierno no puede ser compelido por mandato derivado de una sentencia a su ejercicio [de la potestad reglamentaria] en un determinado sentido, o dicho en otros términos que pueda ser condenado a dictar un Reglamento con un determinado contenido, lo que excedería de las facultades de la Jurisdicción” (cito por STS de 16 de enero de 1998).

nulidad, también podrá lograrse el reconocimiento de la “situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda” (art. 31. 2º LJCA).

En todos los casos, el recurso contra el acto, disposición, requerimiento para el cese de la vía de hecho, transcurso del plazo fijado para la resolución o inactividad administrativa podrá plantearse por la vía ordinaria correspondiente o por el Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona (art. 114 y ss. LJCA) con la agilidad en su tramitación, y sin ser necesario agotar la vía administrativa previa y otras particularidades.

Si el recurso es directo frente a una disposición general, no cabe recurso administrativo (art. 107 Ley 30/1992) sino directo ante la jurisdicción contenciosa, pudiendo optarse por la vía ordinaria o las especialidades de la vía de derechos fundamentales. La sentencia podrá lograr la nulidad de la disposición, pero no determinar el contenido de ésta (art. 71. 2º LJCA).

11. 8. 3. Exigencia judicial de responsabilidad por daños en centros educativos

Un potencial ámbito de actuación judicial será respecto de los daños producidos en los centros escolares o universidades. Como se ha señalado respecto del acoso escolar, si se discute una responsabilidad penal, en el procedimiento penal se podrá dilucidar la responsabilidad civil del centro educativo privado o público (art. 146 Ley 30/1992). Cuando se trate de centros o universidades privados se dará el parámetro de responsabilidad ex artículo 1903. 5º Código Civil. Como se dijo respecto del *bullying*, se trata de una responsabilidad de los centros educativos que los tribunales han conformado casi objetivamente, donde “se soslaya prácticamente el elemento de culpabilidad”¹³⁵³. Y si se trata de daños producidos en los centros escolares y universidades públicas o por servidores públicos, la responsabilidad será objetiva y directa (art. 106 CE, arts. 139 y ss., en especial 145 Ley 30/1992). La resolución administrativa de la oportuna reclamación de responsabilidad podrá ser objeto de recurso contencioso (art. 2 LJCA).

¹³⁵³ Sentencia de 18 de diciembre de dos mil ocho de la Sección Décima de la Audiencia de Madrid, caso Colegio Suizo de Madrid, texto disponible en la red.

11. 8. 4. La particular protección penal en el ámbito educativo

Desde la perspectiva penal, en el ámbito escolar bien pueden producirse la mayoría de los tipos penales, si la víctima es un docente, no parece que éstos sean considerados pública en interpretación del artículo del Código Penal. Como se ha expuesto *supra*¹³⁵⁴ diversas leyes de autonomías gobernadas por el Partido Popular en 2010 y 2011 han aprobado leyes de reforzamiento de la autoridad del profesor, no obstante, no tienen alcance penal alguno. Si las conductas se cometen por el profesorado pueden ser de aplicación diversas circunstancias agravantes (art. 22. 2º y 7º del Código Penal) y pueden ser especialmente penados los docentes en casos de acoso sexual (art. 188. 1º Código Penal), más si se aprovecha una situación de superioridad (art. 188. 2º Código Penal) y la víctima es especialmente vulnerable, por edad o discapacidad, por ejemplo (art. 188. 3º Código Penal). Igual sucede respecto de los delitos contra la salud pública relacionadas con las drogas (arts. 368, 368 y 372 Código Penal).

También, cabe tener en cuenta los delitos de abandono de familia, menores o incapaces por los padres o tutores (arts. 226 y 228 Código Penal), que pueden ser cometidos por los padres o tutores ante la no escolarización de sus hijos causada por abandono malicioso o conducta desordenada¹³⁵⁵. Como se dijo¹³⁵⁶, los tribunales han excluido la criminalización de los padres o tutores que no escolarizan voluntariamente por objetar al sistema educativo y facilitar la educación en casa¹³⁵⁷, aunque afirman que la no escolarización lesiona el derecho a la educación¹³⁵⁸.

11. 9. GARANTÍAS INTERNACIONALES

¹³⁵⁴ Ver el apartado “Los responsables últimos –y más importantes- de la educación: centros y docentes y el reforzamiento de su autoridad” y la referencia a las agresiones a los profesores en el apartado sobre acoso escolar. Sobre el tema, por todos, FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2008).

¹³⁵⁵ La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia núm. 238/2002 (Sección 10), de 30 abril (JUR 2002\185690) afronta un caso de toxicomanía materna y dejación de asistencia escolar obligatoria. La Administración declaró el desamparo de dos niños al constatarse la dejación escolar y sanitaria.

¹³⁵⁶ Apartado “Del derecho al deber. Obligatoriedad de la enseñanza y escolarización obligatoria”

¹³⁵⁷ La referida STS de 30 de octubre de 1994 (penal, 1669/1994) excluye la vía penal frente a modelos de enseñanza familiares o de comunidades cerradas.

¹³⁵⁸ También se hizo referencia a la sentencia de la Audiencia Provincial Málaga núm. 548/2005, de 6 de junio (AC 2005\1654) estima la situación de desamparo por la no escolarización, a pesar de que se consideraba suficiente la enseñanza impartida por los padres. En algún supuesto se ha señalado que el internamiento en una Colonia en vez de una vida familiar “normal” no es causa de situación de desamparo, quedando la escolarización garantizada (sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla núm. 829/1999 (Sección 6), de 23 noviembre (AC 1999\2211)).

En el plano internacional¹³⁵⁹, cabe señalar que la cooperación y asistencia internacionales para el logro del derecho es una obligación en la Observación general n° 3 con diverso sustento jurídico¹³⁶⁰. De igual modo, la negociación y la ratificación de acuerdos internacionales por los Estados no pueden afectar negativamente al derecho a la educación. Asimismo, los Estados tienen la obligación de que sus acciones como miembros de las organizaciones internacionales, comprendidas las instituciones financieras internacionales, tengan debidamente en cuenta el derecho a la educación. Ahora bien, más allá de las obligaciones jurídicas, las posibilidades de fiscalización de las mismas son bien discutibles.

El punto de partida respecto de las garantías internacionales ha sido expresado con acierto recientemente:

“solamente se puede luchar contra las violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales si las normas internacionales se incorporan paulatinamente a las estructuras jurídicas nacionales y se intensifican la justiciabilidad y efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales a nivel local. Sería imposible que cada violación de los derechos humanos fuera juzgada en un foro internacional. La jurisdicción primaria para imponer judicialmente el respeto de los derechos humanos sigue siendo la del derecho nacional. Por consiguiente, el derecho internacional de los derechos humanos insiste en el establecimiento de mecanismos nacionales que impongan el respeto y la protección de los derechos humanos.”¹³⁶¹

Bajo este convencimiento, nada obsta a analizar el sistema internacional de garantías respecto del derecho a la educación. Entre ellos, el más habitual es el sistema de informes periódicos o puntuales ante Comités de Expertos. Así, sucede en el caso de la Convención de Derechos del Niño¹³⁶², de la que emanan

¹³⁵⁹ Como se señaló al respecto del reconocimiento internacional del derecho a la educación, sobre estos temas cabe seguir, ESCOBAR ROCA (2009). también, por conexión ESCOBAR ROCA (2005 a) Asimismo, síganse los diversos trabajos citados de TOMASEVSKI, así como CHACÓN MATA.

¹³⁶⁰ NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 b, n° 56): “El párrafo 1 del artículo 2 y el artículo 23 del Pacto, el Artículo 56 de la Carta de las Naciones Unidas, el artículo 10 de la Declaración Mundial sobre Educación para Todos y el párrafo 34 de la parte I de la Declaración y Programa de Acción de Viena destacan la obligación de los Estados Partes en lo referente a la prestación de la asistencia y cooperación internacionales para el pleno ejercicio del derecho a la educación. ”

¹³⁶¹ NACIONES UNIDAS (2004, p. 25).

¹³⁶² No está previsto un mecanismo de comunicaciones interestatales o de queja individuales. El Comité de Derechos del Niño es el órgano principal encargado de controlar la aplicación en Derecho interno de las obligaciones Convencionales asumidas por los Estados partes (arts. 43, 44 y 45). El Comité está compuesto por 18 expertos y su función básica consiste en el examen de los informes (iniciales y periódicos) que los Estados tienen la obligación de presentar (art. 44). El Comité no tiene potestad para imponer “sanciones”, aunque tiene la facultad de recomendar a la Asamblea General que solicite al

observaciones generales¹³⁶³ así como Observaciones finales respecto de cada país¹³⁶⁴. En ocasiones, estos informes también reflejan la posibilidad de quejas individuales, como en el caso del PIDESC, u otros convenios que transversalmente afectan a la educación¹³⁶⁵, del Comité DESC surgen también informes finales de cada país¹³⁶⁶. La Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza tiene su propio protocolo encaminado a resolver las diferencias e inobservancias surgidas en la aplicación de este instrumento, a través de una comisión conciliadora¹³⁶⁷.

En el marco de Naciones Unidas es significativa la labor del relator especial para el derecho a la educación, a partir de mandatos a un experto independiente en 1998 y 2004¹³⁶⁸ por parte del Consejo de Derechos Humanos – antigua Comisión de Derechos Humanos - y el Consejo Económico y Social. Sus informes con diagnósticos y propuestas temáticas o por países o territorios son una literatura indispensable en la materia¹³⁶⁹. También en el ámbito de Naciones Unidas¹³⁷⁰ no debe obviarse la confluencia de órganos, como UNICEF, con oficinas en muchos países para la puesta en marcha de las observaciones o recomendaciones del Comité DESC. De igual modo, agencias especializadas

Secretario General la realización de estudios sobre cuestiones concretas, tal como se hizo en 1993, para evaluar el impacto de los conflictos bélicos en los niños.

¹³⁶³ Comité de Derechos del Niño: http://www.unhchr.ch/spanish/html/mem2/6/crc_sp.htm

Por ejemplo, la importante NACIONES UNIDAS-Comité de Derechos del Niño (2001).

¹³⁶⁴ Así, Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño (CDN), de 13 de junio de 2002, tras examinar el segundo informe periódico de España. en principio deben darse cada cinco años.

¹³⁶⁵ Así, los Comités correspondientes de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. También, téngase en cuenta la reciente Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de diciembre de 2006. Respecto de España, cabe tener en cuenta las Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR), de 28 de abril de 2004; Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 7 de julio de 2004.

¹³⁶⁶ Así, el último, Observaciones Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), de 7 de junio de 2004. Cuarto informe. Teóricamente, quinquenal.

¹³⁶⁷ Protocolo por el que se instituye una Comisión de Conciliación y Buenos Oficios facultada para resolver las controversias que puedan plantearse entre Estados Partes en la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza.

¹³⁶⁸ En su resolución 1998/33, la Comisión de Derechos Humanos se nombró a Katarina Tomasevski (Croacia) relatora especial en educación. Los trabajos de esta autora –en publicaciones científicas- constituyen un referente de interés. En agosto del 2004, la Comisión, por su resolución 2004/25, prorrogó el mandato por un período de tres años, siendo esta vez el Sr. Vernor Muñoz Villalobos (Costa Rica).

¹³⁶⁹ Así, cronológicamente, cabe destacar: NACIONES UNIDAS- TOMASEVSKI (2002) (2004 a) (2004 b). NACIONES UNIDAS- MUÑOZ VILLALOBOS (2004) (2006) (2007 a) y b) (2007), (2008), (2009) y (2010).

¹³⁷⁰ Resoluciones sobre educación NACIONES UNIDAS http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=99

convergen en materia educativa, como la OIT, la UNESCO¹³⁷¹, ACNUR y la OMS.

Ya en el ámbito regional europeo, en el marco de la Carta Social Europea y con especial incidencia respecto de extranjeros, discapacitados y en materia de formación profesional, caben las reclamaciones colectivas¹³⁷². En materia de protección de castigos físicos del menor y del autismo, han sido significativas en los últimos años. En todo caso, destaca la fiscalización propiamente jurisdiccional del TEDH del derecho a la instrucción, reconocido en virtud del Protocolo 1 a la que se hizo referencia al comentar la regulación internacional y puntualmente a lo largo del estudio.

Como se dijo, en el seno de la Unión Europea, la libre circulación de trabajadores y las cualificaciones para acceder al mercado de trabajo hacen de la formación profesional y las enseñanzas universitarias una materia que afecta al Derecho comunitario. Desde esta perspectiva pueden llegar al orden jurisdiccional estas materias bien por recursos de las instituciones y Estados, bien a través de la cuestión prejudicial de individuos.

¹³⁷¹ Informes UNESCO de educación para todos <http://goo.gl/pZ5g8>

¹³⁷² Al respecto del sistema, sígase JIMENA QUESADA (2007).

BIBLIOGRAFÍA

GENERAL, RELEVANTE PARA EL TEMA

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.
- ABRAMOVICH, Víctor, “Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados”, en ZALAUQUETT, José (coord.), *Grupo de reflexión regional. Temas de derechos humanos en debate*, Santiago, Instituto de Defensa Legal y Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2004. Este trabajo supone las conclusiones de ABRAMOVICH y COURTIS (2002).
- ALEXY Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ARANGO, Roberto, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, (con prólogo de Robert Alexy), Legis-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2005.
- BASTIDA, Francisco J. y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.
- BAÑO LEÓN, José M, “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 24, 1988.
- BOCKENFÖRDE, Erns-Wolfgang, *Escritos sobre Derechos Fundamentales*, Ed. Nomos-Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.
- CASTÁN VÁZQUEZ, José M. *La patria potestad*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1960.
- COTINO HUESO, Lorenzo (2007) *Derecho constitucional II. Derechos fundamentales. Materiales docentes de innovación educativa*, Publicaciones de la Universidad de Valencia, Col·leccio Laboratori de Materials, 2007, 525 páginas. Disponible en <http://goo.gl/e05HZ>
- DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. VI, (6ª ed.), Tecnos, Madrid, 1995.

ESCOBAR, Guillermo:

- (2005 b) *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Trama, Madrid, 2005.
- (2008) (Dir.), *Lecciones sobre Derechos humanos y derechos sociales. Materiales del Curso de las Defensorías del Pueblo Iberoamericanas*, pendiente de publicación, Alcalá de Henares, 2008.
- (2011) (Dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.

ESTEBAN Jorge de y LÓPEZ GUERRA, Luis, *El régimen constitucional español*, Labor, Barcelona, 1980.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *El sistema constitucional español*, Dykinson, 1992.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo:

- (1989) “Principios y modalidades de la participación ciudadana en la vida administrativa”, en GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael (coord.), *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, Págs. 437-452.
- (2006) con FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho administrativo II*, Civitas, Madrid, 2006.

GOERLICH, Francisco José y otros, *Actividad y territorio. Un siglo de cambios*, Fundación BBVA-IVIE, 2007.

JIMENA QUESADA, Luis, (2007) *La Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

JIMÉNEZ BLANCO, Antonio, “Garantías institucionales y derechos fundamentales en la Constitución”, en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Vol. II, Civitas, Madrid, 1991, págs. 635-649.

LUCAS VERDÚ, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, voz “Garantías institucionales”, Tomo X, Francisco Seix, Barcelona, 1960.

MARTÍN RETORTILLO Lorenzo y DE OTTO Y PARDO Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988.

MEDINA GUERRERO, Manuel, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Mc Graw Hill, Madrid, 1996.

PAREJO ALFONSO, Luciano, *Garantía institucional y autonomías locales*, Instituto de estudios de administración local, Madrid, 1981.

PECES BARBA, Gregorio, *La elaboración de la Constitución de 1978*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, “La positividad de los derechos sociales: su enfoque desde la Filosofía del Derecho”, *Derechos y libertades*, nº 14, 2006.

PISARELLO, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.

PORRAS RAMÍREZ, José María, “Caracterización y garantía de los derechos de prestación en el Estado constitucional”, en *Derecho constitucional y cultura*, Tecnos, Madrid, 2004.

SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, traducido. por F. Ayala, 2ª ed., Madrid, Alianza, 1982.

ESPECÍFICA DE EDUCACIÓN Y ENSEÑANZA

AGOUÉS MENDIZÁBAL, Carmen, “El régimen disciplinario en los centros docentes de educación no universitaria”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 61, 2, 2001, págs. 211-248.

ALÁEZ CORRAL, Benito:

- *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003. Se sigue por la versión electrónica dispuesta en su web.

- “Símbolos religiosos y derechos fundamentales en la relación escolar”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año nº 23, nº 67, 2003, págs. 89-128.

- “El derecho a la educación del menor como marco delimitador de los criterios de admisión a los centros escolares sostenidos con fondos públicos”, en *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Fundación Europea Sociedad y Educación, Madrid, 2006, págs. 89-108. Se sigue por su disposición en la página personal del autor, con numeración propia, 19 páginas.)

- “Ideario educativo constitucional y respeto a las convicciones morales de los padres: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo sobre ‘Educación para la ciudadanía’”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº. 5, 2009, págs. 24-33.

-”Ideario educativo constitucional y respeto a las convicciones morales de los padres: a propósito de las sentencias del Tribunal Supremo sobre ‘Educación para la ciudadanía’, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº. 5, 2009, págs. 24-33.

ALZAGA VILLAAMIL, Óscar, *Por la libertad de enseñanza*, Planeta, Barcelona, 1985.

APDCM, *Guía de protección de datos personales para Universidades Públicas*, APDCM, Madrid, 2004.

APDCM, *Guía de protección de datos personales para Centros Educativos Públicos*, APDCM, Madrid, 2005.

APDCM, *Protección de datos personales para Centros Educativos Públicos*, Thompson-Aranzadi, Cizur, 2008.

ATRIA, Fernando (2007), *Mercado y ciudadanía en la educación*, Flanes Indiano, Chile.

BALDUS, Christian, “Calidad: ¿para qué, para quién? Una perspectiva alemana y continental sobre el llamado proceso de Bolonia”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº. 4, 2009 (Ejemplar dedicado a: El proceso de Bolonia), págs. 14-19.

BARNES VÁZQUEZ, Javier, “La educación en la constitución de 1978 (Una reflexión conciliadora)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 12, 1984, págs. 23-65.

BERRUEZO ALBÉNIZ, María Reyes y CONEJERO LÓPEZ, Susana (coords.), *El largo camino hacia una educación inclusiva: la educación especial y social del siglo XIX a nuestros días: XV Coloquio de Historia de la Educación, Pamplona-Iruñea, 29, 30 de junio y 1 de julio de 2009* (Vol. 1, 2009), págs. 161-170. Disponible en *Dialnet*.

CÁMARA DEL PORTILLO, Diego y PARADA VÁZQUEZ, José Ramón, “La enseñanza libre y el derecho a examen en la educación universitaria”, en *Revista de administración pública*, nº 117, 1988, págs. 71-98. Disponible en *Dialnet*.

CÁMARA VILLAR, Gregorio:

-”Sobre el concepto y fines de la educación en la Constitución española” en *X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales*, Vol. III, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, págs. 2159 a 2191.

-”Constitución y educación (los derechos y libertades del ámbito educativo a los veinte años de vigencia de la Constitución de 1978)”, en GUMERSINDO TRUJILLO,

Luis y otros (coords.), *La experiencia constitucional: (1978-2000)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, págs. 265-306.

- "El derecho de la educación de los extranjeros en España (art. 9)", en MOYA ESCUDERO Mercedes, *Comentario sistemático a la Ley de Extranjerías* Comares, Granada, 2001, págs. 605-637.
- "El derecho a la educación", en MOLINA NAVARRETE, Cristóbal y otros (coords.), *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, págs. 979-1034.
- (2007 a) "Las necesidades del consenso en torno al derecho a la educación en España", en *Revista de educación*, nº 344, 2007 (Ejemplar dedicado a: Consenso y disenso: ¿es posible el pacto social en educación?), págs. 61-82. Disponible en *Dialnet*.
- (2007 b) "Educación para la Ciudadanía y promoción de los Derechos Humanos", en *Temas para el debate*, nº. 149 (abril), 2007 (Ejemplar dedicado a: Educación para la ciudadanía), págs. 39-41.
- (2007 c) "Educación y enseñanza", en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, ORTEGA ALVAREZ, Luis, CÁMARA VILLAR, Gregorio y MONTILLA MARTOS, José Antonio (coords.), *Reformas estatutarias y distribución de competencias*, Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2007, págs.. 513-524.

CAPITÁN DÍAZ, Alfonso:

- *Historia de la educación en España*, Dykinson, Madrid, 1991.
- *Educación en la España contemporánea*, Ariel, Barcelona, 2000.
- *Breve historia de la educación en España*, Alianza Editorial, Madrid, 2002.

CARRERAS SERRA, Francesc de, "A cada uno lo suyo: las culpas propias y las culpas de Bolonia", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº. 4, 2009 (Ejemplar dedicado a: El proceso de Bolonia), págs.4-13.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis:

- "La dimensión objetiva o prestacional del derecho fundamental a la educación", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 9, 2005, págs. 75-90.
- *Libertad de cátedra en una relación laboral con ideario: hacia una interpretación armonizadora de las distintas libertades educativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

CEBOLLA BOADO, Héctor, “Inmigración y educación: del shock demográfico al debate sobre el rendimiento”, en CEBOLLA BOADO, Héctor y LARIOS PATERNA, María Jesús, *Inmigración y Educación*, CEPC-Foro Inmigración y Ciudadanía, Madrid, 2006, págs. 9-55.

CEAPA, *Gratuidad de los libros de texto en las Comunidades Autónomas, (Curso 2007-2008)*, Confederación Española de Asociaciones de Padres y Madres de Alumnos 2008, dispuesto en http://www.stecyl.es/informes/070911_Informe_libros_texto_CEAPA.pdf

CHACÓN MATA, Alfonso:

-”El uso de indicadores para justificar y exigir el derecho a la educación: Apuntes para un debate”, en *Actualidades Investigativas en Educación*, Vol. 6, Nº. 2, 2006. Disponible en *Dialnet*.

“Contenido y alcance del derecho a la educación en el ámbito internacional”, en *Actualidades Investigativas en Educación*, Vol. 7, Nº. 2, 2007. Disponible en *Dialnet*.

COMISIÓN EUROPEA:

-(2001 a) *Libro Blanco de la Comisión, de 21 de noviembre de 2001, sobre un nuevo impulso para la juventud europea* [COM (2001) 681 final - no publicado en el Diario Oficial].

-(2001 b) *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: Plan de acción eLearning - Concebir la educación del futuro*, COM(2001)172, 28.3.2001.

-(2001 c) Comunicación de la Comisión “Hacer realidad un espacio europeo del aprendizaje permanente”

-(2004) *The Situation of Roma in an Enlarged European Union*, Comisión Europea, Bruselas 2004, disponible en (http://europa.eu.int/comm/employment_social/publications/2005/ke6204389_en.pdf)

-(2005) Comunicación de la Comisión relativa a las políticas europeas en el ámbito de la juventud – Responder a las expectativas de los jóvenes en Europa – Aplicación del Pacto europeo para la juventud y promoción de la ciudadanía activa (30.5.2005). COM(2005) 206.

- (2006 a) *Comunicación de la Comisión sobre eficiencia y equidad en los sistemas europeos de educación y formación* (8.9.2006). COM(2006) 481.

- (2006 b) Comunicación de la Comisión «Aplicar el programa comunitario de Lisboa: Fomentar la mentalidad empresarial mediante la educación y la formación» (13.2.2006). COM(2006) 33.
- (2006 c) Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo relativa al refuerzo de la cooperación con terceros países en materia de enseñanza superior - COM(2001) 385 final.
- (2006 d)-Comunicación de la Comisión «Cumplir la agenda de modernización para las universidades - Educación, investigación e innovación» COM(2006) 208 (10.5.2006).
- (2006 f) Comunicación de la Comisión sobre el seguimiento del Libro Blanco, “Un nuevo impulso para la juventud europea”: Aplicación de los objetivos comunes de participación e información de los jóvenes a fin de promover su ciudadanía europea activa (20.7.2006).
- (2007) *Comunicación de la comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: “Fomentar la plena participación de los jóvenes en la educación, el empleo y la sociedad”*, COM(2007) 498 final, Bruselas, 5.9.2007.

CONFERENCIA MUNDIAL SOBRE LOS DERECHOS DEL HOMBRE, Declaración y programa de acción de Viena, Adoptados por la Conferencia Mundial sobre los Derechos del Hombre, el 25 de junio de 1993.

CONSEJO DE EUROPA:

- (1985) Recomendación nº R (85) 7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la enseñanza y el aprendizaje de los derechos humanos en las escuelas, *de 14 de mayo de 1985, durante la 385ª reunión, que recomienda favorecer la enseñanza y el aprendizaje de los derechos humanos según sugerencias detalladas en un anexo*
- (2000) Recomendación del Comité de Ministros R (2000) 4, de 3 de febrero de 2000, relativa a la educación de los niños romaníes y gitanos en Europa.
- (2002) *Recomendación del Comité de Ministros R (2002) 6, de 15 de Mayo de 2002, sobre la educación superior en las políticas de aprendizaje permanente*
- (2004) *Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa Rec (2004) 13, de 17 de noviembre de 2004, sobre la participación de los jóvenes en la vida local y regional; en el ámbito de la Unión Europea.*

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA:

- (2002) Resolución del Consejo de 27 de junio de 2002 sobre la educación permanente.

-(2003) Resolución del Consejo, de 25 de noviembre de 2003 “Hacer de la escuela un ambiente de aprendizaje abierto para prevenir y luchar contra el abandono de los estudios y el malestar de los jóvenes y favorecer su inclusión social”.

- (2007) Conclusiones del Consejo 8771 (2007) sobre las futuras perspectivas de la cooperación europea en el ámbito de la política de juventud (25.5.2007).

CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA y COMISIÓN EUROPEA, *Educación y Formación* 2010 C 142/1: Programa de trabajo detallado para el seguimiento de los objetivos de los sistemas de educación y formación en Europa (14.6.2002).

COTINO HUESO, Lorenzo:

- (1998) “Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo”, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 22/23, 1998, número monográfico doble dedicado a la libertad de cátedra y la autonomía universitaria págs. 89-136.

- (1999) “Relaciones de especial sujeción: su diversa evolución en Alemania y España. (Particular seguimiento de la jurisprudencia constitucional, contencioso-administrativa y militar de la presente década), en *Revista del Poder Judicial*, (3ª época), número 55, 1999 (III), págs. 291-324

-(2000 a) (coord.), *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza. (Análisis jurídico-práctico a la luz de las exigencias constitucionales)*, Generalitat Valenciana, Valencia, 2000. Disponible en *Dialnet*.

-(2000 b)-”Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis”, en (2000 a), págs. 99-155. Disponible en *Dialnet*.

-(2009) “El derecho de acceso a las nuevas tecnologías y su recepción constitucional y en el Estatuto de la Comunidad Valenciana”, en RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca (coord.), *La influencia del Derecho valenciano en las disciplinas tecnológicas*, Universidad Politécnica de Valencia-Tirant lo Blanch, Valencia, 2009. págs. 181-198. (acceso completo en la red)

-(2010) “El Derecho constitucional ante el proceso de Bolonia: qué enseñar y cómo aspirar a poder hacerlo”, en COTINO HUESO, Lorenzo y PRESNO LINERA, Miguel (eds.), *Innovación educativa en Derecho constitucional. Recursos, reflexiones y experiencias de los docentes*, PUV (Publicaciones de la Universidad de Valencia), Valencia, 2010 (ISBN 879-84-693-0407-05). 290 páginas, págs. 33-52. acceso completo en www.uv.es/derechos

(2011 a) “Internet y derechos humanos” en AA. VV., Diccionario iberoamericano de derechos humanos y fundamentales, (Guillermo Escobar, ed.), Federación Iberoamericana de Ombudsmen, 2011 de próxima publicación en www.portalfio.org

CRUZ MIÑAMBRES, J. E., *El derecho fundamental a la educación*, Universidad Complutense, Madrid, 1988.

DE OTTO, Ignacio, *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, CEC. Madrid, 1985.

DEFENSOR DEL PUEBLO:

-(2000) *Violencia escolar: el maltrato entre iguales en la educación secundaria obligatoria*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2000.

-(2003 a) “Análisis descriptivo de las condiciones de escolarización”, primer volumen de *La escolarización del alumnado de origen inmigrante en España: análisis descriptivo y estudio empírico*, 2 vol., Defensor del Pueblo, Madrid, 2003.

-(2003 b) “Estudio empírico sobre la situación educativa, Recomendaciones, Anexos”, segundo volumen de *La escolarización del alumnado de origen inmigrante en España: análisis descriptivo y estudio empírico*, 2 vol., Defensor del Pueblo, Madrid, 2003.

-(2007 a) *Informe anual 2006 y debates en las Cortes Generales*, (2 vol.), edición preparada por el Área de Publicaciones del Defensor del Pueblo, Congreso de los Diputados, Madrid, 2007.

-(2007 b) *Violencia escolar: el maltrato entre iguales en la educación secundaria obligatoria 1999-2006. (Nuevo estudio y actualización del informe 2000)*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2007.

-(2008) *Informe anual 2007 y debates en las Cortes Generales*, (2 vol.), edición preparada por el Área de Publicaciones del Defensor del Pueblo, Congreso de los Diputados, Madrid, 2008.

-(2011) *La presencia de los valores democráticos en el proceso educativo. Seminario organizado por el Defensor del Pueblo en colaboración con la Fundación Valsáin para la Defensa y Promoción de los Valores Democráticos (Madrid, 5 y 6 de mayo de 2010)*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2011.

Fecha de creación: 03/05/2011

Tipología: Informe monográfico

DÍAZ LEMA, José Manuel:

- (1992) *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro Derecho nacional y en el Derecho comparado*, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- (1994) “El régimen de las autorizaciones de los Centros privados de Enseñanza no universitaria”, en *Revista de Administración Pública*, nº 133, 1994, págs. 441-462. Disponible en *Dialnet*.
- (2006), “La reforma de los conciertos educativos en el contexto constitucional (1985-2005)”, en ESTEBAN VILLAR, Mercedes y otros (coords.), *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Fundación Europea Sociedad y Educación, 2006, págs. 143-174.

DÍAZ REVORIO, Francisco Javier:

- (1998) “El derecho a la educación”, en *Parlamento y Constitución. Anuario*, nº 2, 1998, págs. 267-305. Disponible en *Dialnet*.
- (2002 a) *Los derechos fundamentales del ámbito educativo en el ordenamiento estatal y autonómico de Castilla-La Mancha*, Ediciones parlamentarias de Castilla – La Mancha, [s. l], 2002.
- (2002 b) “Comunidades autónomas y educación”, en *Revista jurídica de Castilla - La Mancha*, nº 32, 2002, págs. 85-130.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ Luis María, “Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009, donde determina la inexistencia de un derecho a la objeción de conciencia en la materia de Educación para la Ciudadanía”, *Revista de derecho de Extremadura*, nº. 4, 2009, págs. 538-596. Disponible en *Dialnet*.

DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel Ángel y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel, *Derecho y educación: régimen jurídico de la educación*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca 2005.

ELIPE SONGEL, Juan Antonio, *Historia Constitucional del Derecho a la Educación en España*, Poder- Punto y Coma, Valencia, 2003.

EMBED IRUJO, Antonio:

- (1981) “El contenido del derecho a la educación”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 31, 1981, págs. 653-682.
- (1982) *Las libertades en la enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1982.
- (1985) “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la enseñanza”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año nº 5, nº 15, 1985, págs. 181-204.
- (2000) *La enseñanza en España en el umbral del siglo XXI: consideraciones jurídicas*, Tecnos, Madrid, 2000.

- (2002 a) “Enseñanza no universitaria”, *Temas de Derecho constitucional*, Iustel, 2002.
 - (2002 b) “Enseñanza universitaria”, *Temas de Derecho constitucional*, Iustel, 2002.
 - (2004) “Minorías sociales y derecho a la educación (consideración especial de los extranjeros y su acceso y permanencia en la Universidad) “, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 123, 2004, págs. 375-398.
 - (2006) “El acceso de los alumnos a los centros docentes en la educación universitaria: el papel de la administración pública”, en ESTEBAN VILLAR, Mercedes y otros (coords.), *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Fundación Europea Sociedad y Educación, 2006, págs. 123-142 también en EMBID IRUJO, Antonio, “El acceso de los alumnos a los centros docentes en la educación no universitaria. El papel de la Administración pública”, en *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, nº. 30, 2006, págs. 5-18.
 - (2008) “La educación para la ciudadanía en el sistema educativo español. Reflexiones jurídicas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año nº 28, nº 83, 2008, págs. 11-56.
 - (2009) “Educar a ciudadanos: reflexiones en torno a las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009 sobre la “Educación para la ciudadanía””, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº. 4, 2009 (Ejemplar dedicado a: El proceso de Bolonia), págs. 40-49.
- ENNUSCHAT, Jörg, “Escuela de jornada completa (Ganztagsschule) y derechos fundamentales”, en *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, nº 52, 2005, Págs. 445-460.
- ESCOBAR, Guillermo:
- (2005 a) (Dir.), *Niñez y adolescencia, III Informe sobre derechos humanos*, Federación Iberoamericana de Ombudsman, Trama editorial, Madrid, 2005. Disponible en la red.
 - (2009) (Dir.), *Educación*, VI Informe sobre Derechos Humanos, FIO, Federación Iberoamericana de Ombudsman, Trama editorial, 2009. Disponible en la red.
- ESTEBAN VILLAR, Mercedes y otros (coords.), *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Fundación Europea Sociedad y Educación, 2006, págs.
- EXPÓSITO, Enriqueta:
- (1995) *La libertad de cátedra*, Tecnos, Madrid, 1995.

- (2007) “La regulación de los derechos en los nuevos Estatutos de Autonomía”, en *Revista d'estudis autonòmics i federals*, nº 5, 2007, Págs.. 147-202.

FERNÁNDEZ ENGUITA, M. *Poder y participación en el sistema educativo*, Paidós, Barcelona, 1992

FERNÁNDEZ SORIA, Juan Manuel, “Igualdad y libertad de elección de centro docente: una cuestión polémica para un acuerdo necesario”, en *Revista de educación*, nº 344, 2007 (Ejemplar dedicado a: Consenso y disenso: ¿es posible el pacto social en educación?), págs. 41-60. Disponible en *Dialnet*.

FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, Ana, “Libertades. Derecho a la educación”, GARRIDO MAYOL, Vicente, GARCÍA COUSO, Susana y ÁLVAREZ CONDE, Enrique (coords.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Vol. 2, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 507-540.

FERNÁNDEZ ENGUITA, Mariano, MENA MARTÍNEZ, Luis y RIVIERE GÓMEZ Jaime, (2010) *Fracaso y abandono escolar en España*, Obra Social Fundación “la Caixa”, Colección Estudios Sociales, Barcelona, disponible en <http://goo.gl/wzLYb>

FERNÁNDEZ-MIRANDA, Alfonso:

- (1988) *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución española*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 1988.
- (2006) “El derecho a la educación y la libertad de enseñanza en el mercado educativo”, en ESTEBAN VILLAR, Mercedes y otros (coords.), *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Fundación Europea Sociedad y Educación, 2006, págs. 37-68.
- (1996) con SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel, “Comentario a los artículos 20 y 27”, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (coord.), *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, tomos II y III, EDERSA, Madrid, 1984 (1ª ed.) y 1996 (2ª ed.), se sigue por la 2ª ed.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, FGE:

- (2005) *Instrucción 10/2005 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento del acoso escolar desde el sistema de justicia juvenil*, de 6 de octubre de 2005. Disponible en la red.
- (2008), *Consulta 2/2008: Calificación jurídico-penal de las agresiones a funcionarios públicos en los ámbitos sanitario y educativo*, de 12 Diciembre de 2008. Disponible en la red.

- FORTES MARTÍN, Antonio, “Bolonia o la supernova: la “explosión” del proceso de Bolonia y el tránsito del modelo de enseñanza al de aprendizaje”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº. 4, 2009 (Ejemplar dedicado a: El proceso de Bolonia), págs. 30-39.
- FREIXES SANJUÁN, Teresa, “Derecho a la educación y libertad de enseñanza en la universidad”, en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año nº 3, nº 6, 1998, págs. 169-192. Disponible en *Dialnet*.
- GALLEGRO ANABITARTE, Alfredo, *Derechos Fundamentales y Garantías Institucionales, análisis doctrinal y jurisprudencia: (derecho a la educación, autonomía local y opinión pública)*, Civitas -UAM, Madrid, 1994.
- GALVÁN PALOMO, Francisco, “La Alta Inspección de Educación”, en *Revista de la Asociación de Inspectores de Educación de España*, abril 2009 - nº 10, disponible en http://adide.org/revista/index.php?option=com_content&task=view&id=284&Itemid=63
- GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel, “Participación, valores y derecho en el sistema educativo”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 48, 1997, págs. 173-203
- GARCÍA SORIANO, María Vicenta, “Participación”, en COTINO 2000.
- GARRIDO FALLA, Fernando, *Comentarios a la Constitución*, Civitas. Madrid, 1980.
- GIL CASTELLANO, José, “La libertad de cátedra y de enseñanza”, en *Actas del Simposio alemán-colombiano-español en Konstanz, Seminario internacional “La Protección de los Derechos Fundamentales en el Estado social y democrático”* 10-16 de junio de 2008, Universidad de Konstanz (Alemania)-DAAD, de próxima publicación en los Estudios de Derecho público de la Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2009.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel José, “Bases constitucionales para la escolarización del alumnado en un estado plural: introducción”, en ESTEBAN VILLAR, Mercedes y otros (coords.), *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Fundación Europea Sociedad y Educación, 2006, págs. 29-36.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda, “Libertad religiosa y derecho a la educación: un comentario sobre la asignatura ‘Educación para la ciudadanía y derechos humanos’”, en
- GUILLÉN LÓPEZ, Enrique, “Derechos, principios y objetivos educativos”, en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco, ORTEGA ALVAREZ, Luis, CÁMARA

VILLAR, Gregorio y MONTILLA MARTOS, José Antonio (coords.), *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2008, págs. 537-549.

GUZMÁN VALDIVIA, Isaac, “Fundamentos filosófico-sociales de la educación”, en *Persona y Derecho*, nº XIV, 1979.

HERMO, Javier y BIZZOZERO, Lincoln (2008), “El Acuerdo General de Comercio de Servicios y la educación superior. Temas en debate, estado de las negociaciones y opciones de regulación de los países de la región”, en TANCREDI, Beatriz (ed.) (2008) *Tendencias de la educación superior en América Latina y el Caribe. Contribuciones a los documentos síntesis*, UNESCO, IESALC, ASCUN, Colombia. (acceso en la red).

IBLER, Martin, “El derecho a la tutela judicial en el Estado de Derecho de la Ley Fundamental de Bonn Especial consideración del derecho de exámenes”, en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 22/23, 1998, Págs.. 185-202.

INTECO-AGPD, *Estudio sobre la privacidad de los datos personales y la seguridad de la información en las redes sociales online*, Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación (INTECO) y a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), febrero 2009, acceso en:

JIMENA QUESADA, Luis:

- (1996) “La posición constitucional de Alemania en el contexto europeo: revisión del concepto de democracia beligerante”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núms. 14/15, 1996, págs. 191-215.
- (2005) “El conocimiento del ordenamiento constitucional: condición necesaria de calidad del sistema educativo”, en PEÑA GONZÁLEZ, José (coord.), *Libro Homenaje a D. Iñigo Cavero Lataillade*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, Págs.. 383-414

JIMÉNEZ EGUIZABAL, Alfredo (coord.), *Repensar y construir el Espacio Europeo de Educación Superior: políticas, tendencias, escenarios y procesos de innovación*, Dykinson, Madrid, 2009.

JOACHIM FALLER, Hans, “Alcance y significado de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación en la República Federal de Alemania”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, (monográfico sobre educación), año nº 3, Nº 7, 1983, págs. 13-70. Disponible en *Dialnet*.

LARIOS PATERNA, María Jesús, “El derecho a la educación de los inmigrantes: la concentración como límite a su pleno ejercicio”, en CEBOLLA BOADO,

Héctor y LARIOS PATERNA, María Jesús, *Inmigración y Educación*, CEPC-Foro Inmigración y Ciudadanía, Madrid, 2006, págs. 57-86.

LÓPEZ MEDEL, Jesús:

-(1984) *Libertad de enseñanza, derecho a la educación y autogestión*, Fragua, Zaragoza, 1984.

-(1985) “Hacia una filosofía del derecho a la educación”, en *Revista de Ciencias de la Educación*, n° 122, 1985, págs. 237-241.

LÓPEZ TORRIJO, Manuel, “El derecho a una educación (inclusiva) de las personas con discapacidad en las Declaraciones Internacionales”, en BERRUEZO y CONEJERO LÓPEZ (2009).

MARTÍN CORTÉS Irene y LORENTE FONTANEDA Javier, (2011), *La Participación Política de los Estudiantes Universitarios – Estudio sobre Representación y Participación de los Estudiantes en la Universidad*, UIMP-Escuela de Participación Estudiantil.

MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José, “Derecho a la educación”, en MANGAS MARTÍN Araceli y NORBERTO GONZÁLEZ ALONSO, Luis (coords.), *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, Madrid, 2008, págs. 308-319.

MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José María *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Dykinson, Madrid, 2003

MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ, José Luis:

-(1979), “La educación en la Constitución española: derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza”, en *Persona y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, n° 6, 1979, monográfico dedicado a: Libertad de Enseñanza, págs. 215-296.

-(2006) “Responsabilidad y control administrativo de las libertades en la enseñanza: introducción”, en ESTEBAN VILLAR, Mercedes y otros (coords.), *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Fundación Europea Sociedad y Educación, 2006, págs. 109-122.

MATIA PORTILLA, Francisco Javier (2009), “La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86, mayo-agosto, págs. 343-368.

MAURER, H. (2011), *Derecho administrativo. Parte General*, Marcial Pons, Barcelona.

Ministerio de Educación y Ciencia, MEC:

- (1978), *Educación y Constitución*, (vol. 1), Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1978.
- (2000) *Alumnos Precoces, Superdotados y de Altas Capacidades*, MEC, 2000.
- (2004 y ss.) *Las cifras de la Educación en España. Estadísticas e indicadores*, Oficina de Estadística, desde curso 2000-2001, publicado en 2004 y sucesivos, disponibles en.
- (2007 a) *PISA 2006. Programa para la Evaluación Internacional de Alumnos de la OCDE, Informe español*, MEC, Secretaría General de Educación, Instituto de Evaluación, Madrid, 2007.
- (2007 b) *Datos y cifras curso escolar 2006/2007*, Ministerio de Educación y Ciencia, Secretaría General Técnica, Oficina de Estadística, 2006, disponible en <http://www.mec.es/mecd/estadisticas>
- (2008 y 2009) *Datos y cifras curso escolar 2007/2008- 2008/2009*, Ministerio de Educación y Ciencia, Secretaría General Técnica, Oficina de Estadística, 2008 y 2009, disponible en <http://www.mec.es/mecd/estadisticas>
- (2010 a) *PISA 2009. Programa para la Evaluación Internacional de Alumnos de la OCDE, Informe español*, MEC, Secretaría General de Educación, Instituto de Evaluación, Madrid, 2007.
- (2010 b) *Datos y cifras curso escolar 2010/11*, Ministerio de Educación y Ciencia, Secretaría General Técnica, Oficina de Estadística, disponible en <http://www.mec.es/mecd/estadisticas>
- (2011 a) *Las cifras de la educación en España. Curso 2008-2009* (Edición 2011). <http://goo.gl/jURVi>

MEC-CONSEJO DE COORDINACIÓN UNIVERSITARIA (2008) (2009) (2011), *Datos Básicos del Sistema Universitario Español. Curso 2006/2007 y 2007/2008 y 2010-2011* MEC-Consejo de Coordinación Universitaria, 2008, 2009 y 2011 disponibles en <http://goo.gl/WCYOr> .

MEC-INCE (2010), *Sistema estatal de indicadores de la educación. Edición 2010*. <http://goo.gl/T9GNf>

NACIONES UNIDAS:

- (2000) Declaración del Milenio de la Organización de las Naciones Unidas de 8 de septiembre del 2000, Resolución 55/2 denominada “Declaración del Milenio”. <http://www.undp.org/spanish/mdgsp/>

- (2002) *Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas*, Aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992.
- (2004 a) *Los derechos económicos, sociales y culturales, Manual de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, Serie de Capacitación Profesional n.º 12, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004, accesible en http://documentostics.com/component/option,com_docman/task,doc_download/gid,1468/Itemid,5/
- (2004 b) *Declaración de Principios de Ginebra, Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información “Construir la sociedad de la información: un desafío global para el nuevo milenio”*, Documento WSIS-03/GENEVA/4-S12 de mayo de 2004.
- (2005) Resolución 2005/21. El derecho a la educación, Resolución de 15 de abril de 2005 aprobada en la 51ª sesión de la Comisión. (E/CN.4/RES/2005/21)
- (2006) *Agenda de Túnez para la sociedad de la información*, de 28 de junio de 2006, Documento WSIS-05/TUNIS/DOC/6(Rev.1)-S

NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC:

- (1990) Observación general n.º 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), 14 de diciembre de 1990. Doc. E/1991/23.
- (1997) Observación General n.º 9, *Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Relación entre las sanciones económicas y el respeto de los derechos económicos, sociales y culturales* (17º período de sesiones, 1997), U.N. Doc. E/1998/22 (1997).
- (1999 a) Observación General n.º 11. *Planes de acción para la enseñanza primaria* (art. 14 del PIDESC). Doc. E/C.12/1999/4, de 10 de mayo de 1999.
- (1999 b) Observación General n.º 13. *El derecho a la educación* (art. 13 del PIDESC). Doc. E/C.12/1999/10, de 8 de diciembre de 1999.

NACIONES UNIDAS- MUÑOZ VILLALOBOS, Vernor:

- (2004) *Informe sobre el derecho a la educación*, de 17 de diciembre de 2004, (Relator de educación para el Consejo de Naciones Unidas, Vernor Muñoz Villalobos). Documento E/CN.4/2005/50.
- (2006) *Informe sobre el derecho a la educación de las niñas*, de 8 de febrero de 2006, (Relator de educación para el Consejo de Naciones Unidas, Vernor Muñoz Villalobos). Documento, E/CN.4/2006/45

- (2007 a) *Informe “Misión a Alemania”*, (Relator de educación para el Consejo de Naciones Unidas, Vernor Muñoz Villalobos), Documento A/HRC/4/29/Add., de 9 de marzo de 2007.
- (2007 b) *Informe sobre el derecho a la educación de las personas con discapacidades*, de 19 de febrero de 2007 (Relator de educación para el Consejo de Naciones Unidas, Vernor Muñoz Villalobos). Documento A/HRC/4/29.
- (2009) *El derecho a la educación de las personas privadas de libertad*, de 2 de abril de 2009 de diciembre de 2004, (Relator de educación para el Consejo de Naciones Unidas, Vernor Muñoz Villalobos). Documento A/HRC/11/8.
- (2009) *El derecho a la educación de las personas privadas de libertad*, de 2 de abril de 2009, (Relator de educación para el Consejo de Naciones Unidas, Vernor Muñoz Villalobos). Documento A/HRC/11/8.
- (2010) *El derecho a la educación de los migrantes, los refugiados y los solicitantes de asilo*, de 16 de abril de 2010, (Relator de educación para el Consejo de Naciones Unidas, Vernor Muñoz Villalobos). Documento A/HRC/14/8.

NACIONES UNIDAS- TOMASEVSKI, Katarina:

- (2002), *Informe sobre el derecho a la educación. “Misión a los Estados Unidos de América”*, (Relatora de educación para el Consejo de Naciones Unidas, Katarina Tomasevski), de 17 de Enero de 2002, 58º período de sesiones, doc. E/CN.4/2002/60.
- (2004 a) *Informe sobre el derecho a la educación*, de 25 de enero de 2004, (Relatora de educación para el Consejo de Naciones Unidas, Katarina Tomasevski), Documento E/CN.4/2004/45.
- (2004 b) *Informe El derecho a la educación: “Misión a Colombia”*, de febrero de 2004, (Relatora de educación para el Consejo de Naciones Unidas, Katarina Tomasevski). Documento E/CN.4/2004/45.

NACIONES UNIDAS-Comité de Derechos del Niño:

- (2001) Observación General n.º 1. *Párrafo 1 del artículo 29: Propósito de la educación*. Doc. CRC/GC/2001/1, de 17 de abril de 2001.
- (2003) Observación General n.º 3 sobre el VIH/SIDA y los derechos del niño y las directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos (E/CN.4/1997/37), de 17 de marzo de 2003,
- (2006) Observación General n.º 8, 42º período de sesiones, Ginebra, 15 de mayo a 2 de junio de 2006: *El derecho del niño a la protección contra los castigos*

corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros).
[http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CRC.C.GC.8.Sp?OpenDocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CRC.C.GC.8.Sp?OpenDocument)

NAVARRO RUIZ, José Carlos, “La política educativa y de formación profesional ante el Tratado Constitucional para Europa. El Espacio Europeo de Educación Superior”, en GARRIDO MAYOL, Vicente, GARCÍA COUSO, Susana y ÁLVAREZ CONDE, Enrique (coords.), *Comentarios a la Constitución Europea*, Vol. 3, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 995-1027.

NAYA GARMENDIA Luis María y DÁVILA BALSERA, Paulí (coords.), *El derecho a la educación en un mundo globalizado*, (Vol. II), Erein, 2006.

NOGUEIRA, Rosario, *Principios constitucionales del sistema educativo español*, Centro de Publicaciones del MEC, Madrid, 1988.

OCDE, *Informe PISA 2003. Aprender para el mundo de mañana*. Madrid,

PAREJO ALFONSO, Luciano, “La autonomía de las universidades”, en *VI Curso sobre régimen de las universidades públicas*, Almería, 2002.

PARLAMENTO EUROPEO (2007), *Resolución del Parlamento Europeo, de 27 de septiembre de 2007, sobre eficiencia y equidad en los sistemas europeos de educación y formación (2007/2113(INI))*.

PARLAMENTO Y CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA (2006) *Recomendación 2006/962/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2006, sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente*.

PEMÁN GAVÍN, Juan, “El régimen disciplinario de los estudiantes universitarios: sobre la vigencia y aplicabilidad del Reglamento de disciplina académica (Decreto de 8 de septiembre de 1954)”, *Revista de Administración Pública*, nº 135, septiembre-diciembre de 1994, págs. 435- 471.

PÉREZ MURCIA, Luis Eduardo:

(2004) *Sistema de Seguimiento y Evaluación de la Política Pública Educativa a la Luz del Derecho a la Educación*, Defensor del Pueblo de Colombia, Serie DESC, Bogotá. Accesible a texto completo en <http://goo.gl/PJHnH>

(2007) “La exigibilidad del derecho a la educación a partir del diseño y la ejecución de las políticas públicas educativas”, en *Revista Estudios Socio-Jurídicos* (Colombia), Vol. 9, nº. Extra 1, págs. 142-165. Disponible en *Dialnet*.

PÉREZ VERA Elisa, “El derecho a la educación y el derecho a la formación profesional como derechos fundamentales de los que son titulares los inmigrantes”, JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J. y ADAM MUÑOZ, María

Dolores, (coords.), *La educación y la formación profesional de los inmigrantes*, Universidad de Córdoba, Servicio de Publicaciones, Córdoba, 2006, págs. 9-24.

PRIETO DE PEDRO, Jesús, “Consideraciones sobre la enseñanza en la Constitución”, en *Lecturas sobre la Constitución* (Tomás Rodríguez, Ramón, dir.), UNED, 1978, págs. 503-529.

PRIETO SANCHÍS, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 22, 1995.

Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, junio de 1986, grupo de distinguidos expertos Comisión Internacional de Juristas, la Facultad de Derecho de la Universidad de Limburgo (Maastricht) y el Instituto Urban Morgan para los Derechos Humanos de la Universidad de Cincinnati (Ohio, Estados Unidos).

PUELLES BENÍTEZ, Manuel de:

- (1980) *Educación e ideología en la España contemporánea: (1767-1975)*, Labor, Barcelona, 1980.

- (1988) *Textos sobre la educación en España (siglo XIX)*, UNED, Madrid, 1988.

- (1991) *Educación e ideología en la España contemporánea*, Labor, Barcelona, 1991.

- (1992) “Las reformas educativas en nuestro contexto histórico” en *Cuenta y razón*, nº 63, 1992, págs. 69-75. Disponible en *Dialnet*.

- (2000) “Política y educación: Cien años de historia”, *Revista de educación*, nº Extraordinario 1, 2000, págs. 7-36.

- (2007 a) “¿Cómo conciliar valores y fines en educación?”

- (2007 b) “¿Pacto de estado?: la educación entre el consenso y el disenso”, en *Revista de educación*, nº 344, 2007 (Ejemplar dedicado a: Consenso y disenso: ¿es posible el pacto social en educación?), págs. 23-40. Disponible en *Dialnet*.

RALLO LOMBARTE, Artemi, “La juventud como titular de derechos constitucionales”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº2, (1993), págs. 105-118.

RAMÍREZ, Manuel, “La socialización política en España: una empresa para la democracia”, en *Sistema* nº. 34, 1980.

REDONDO Ana, “La igualdad de oportunidades en el ejercicio del derecho a la educación en libertad”, en ESTEBAN VILLAR, Mercedes y otros (coords.),

Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas, Fundación Europea Sociedad y Educación, 2006, págs. 69-88.

REDONDO GARCÍA, Ana María:

- (2003) *Defensa de la Constitución y Enseñanza Básica Obligatoria (integración Educativa Intercultural y Homeschooling)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.
- (2006) “Integración de la diversidad y educación básica obligatoria”, *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Vol. 2, CARRASCO DURÁN, Manuel y otros (coord.), Págs.. 4905-4924, 2006, disponible en www-en.us.es/cidc/Ponencias/minorias/AnaRedondo.pdf

RODRÍGUEZ COARASA, Cristina, *La libertad de enseñanza en España*, Tecnos, Madrid, 1997.

ROLLNERT LIERN, Göran:

- (1995) “¿Existe un derecho constitucional a recibir la totalidad de la enseñanza en lengua española oficial del estado? (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 337 / 1994), en *Revista General de Derecho*, 1995, (607), págs. 3335-3352
- (1998) “Las libertades ideológico-educativas en la jurisprudencia constitucional”, en *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº 22/23, 1998, número monográfico doble dedicado a la libertad de cátedra y la autonomía universitaria, págs. 67-88.
- (2008) “La neutralidad ideológica del Estado y la objeción de conciencia a la educación para la ciudadanía”, en *Revista de Derecho político de la UNED*, 2008

ROMEA SEBASTIÁN, Ángel, *Régimen jurídico de los centros concertados*, Aranzadi, Cizur Menor, 2003.

RUBIO LLORENTE, Francisco, “Constitución y Educación”, en SÁNCHEZ AGESTA Luis (ed.) *Constitución y economía. La ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales*. Centro de Estudios y Comunicación Económica, Madrid, 1977, págs. 97 y ss.

RUIZ RICO, Juan José. y CONTRERAS, Manuel, “Comentario al art. 48 CE”, en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (coord.), *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución Española de 1978*, tomos II y III, EDERSA, Madrid, 1984 (1ª ed.) y 1996.

SALGUERO SALGUERO, Manuel:

-(1997) “Socialización política y lealtad a la Constitución”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 97, 1997, págs. 319-332. Disponible en *Dialnet*.

- (1999) “La cultura de los derechos fundamentales como garantía de la democracia”, en *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año nº 4, nº 7, 1999, págs. 441-466. Disponible en *Dialnet*.

SALOMONE, Rosemary “Igualdad y diferencia. La cuestión de la equidad de género en la educación”, *Revista Española de Pedagogía*, año LXV, n. 238, septiembre-diciembre 2007, pág. 433-446, disponible en la red.

SALVADOR MARTÍNEZ, María, “Sobre el contenido objetivo de los derechos fundamentales”, en APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel (coord.), *Derechos constitucionales y pluralidad de ordenamientos*, CEDECS, Barcelona, 2001, Págs.. 199-218.

SÁNCHEZ DE VEGA, Agustín, “La prestación de la educación”, en *Revista jurídica de Castilla y León*, nº. Extraordinario 1, 2004 (Ejemplar dedicado a: 25 años de Constitución), págs. 229-238. Disponible en *Dialnet*.

SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio:

-(1984), *La Restauración y su Constitución política*, Universidad de Valencia, Valencia, 1984

(2002) con ELÍAS, Cristina, *Nuevo reto para la escuela. Libertad religiosa y fenómeno migratorio. Experiencias comparadas*, CIPC-Generalitat Valenciana, 2002.

-(1995) con JIMENA QUESADA, Luis, *La enseñanza de los derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1995.

SINDIC DE GREUGES DE CATALUÑA, Informe extraordinario de 2008, *La segregación escolar en Cataluña*, de 135 páginas, disponible en http://www.sindic.cat/site/files/docs/60_SEGREGACIÓN%20ESCOLAR.pdf

SOLER, Pere y otros (2012, en prensa), “La participación de los estudiantes en la universidad: dificultades percibidas y propuestas de mejora”, en *Revista de Educación*, 358. Mayo-agosto 2012, disponible en la red.

TIANA FERRER, Alejandro:

- (2007), “A la búsqueda del consenso en educación: la experiencia de la LOE”, en *Revista de educación*, nº 344, 2007 (Ejemplar dedicado a: Consenso y disenso: ¿es posible el pacto social en educación?), págs. 83-100. Disponible en *Dialnet*.

- (2009) *Por qué hicimos la ley organica de educación*, Wolters Kluwer España, Madrid, 2009.

TIRAPU MARTÍNEZ, Daniel, “Notas sobre el derecho a la educación en la Constitución Europea”, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 8, 2005.

TOMASEVSKI, Katarina:

- (2003) *Contenido y vigencia del derecho a la educación*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José (Costa Rica), 2003. Dispuesto en
- (2004 a) “Indicadores del derecho a la educación”, en *Revista IIDH*, nº 40, 2004, págs. 341-388.
- (2004 b) *El asalto a la educación*, Colección Libros de Encuentro Intermón Oxfam, Barcelona, 2004.
- (2005) “Has the Right to Education a Future Within the United Nations? A Behind-the-Scenes Account by the Special Rapporteur on the Right to Education 1998-2004”, en *Human Rights Law Review* 5: 2 [2005], págs. 205 -237.
- (2006), “Dulces palabras, amargos hechos: el panorama global de la educación”, en NAYA GARMENDIA Luis María y DÁVILA BALSERA, Paulí (coords.), *El derecho a la educación en un mundo globalizado*, (Vol. I), Erein, 2006, págs. 21-42.

TORRES, Rosa María, “Derecho a la educación es mucho más que acceso a la escuela”, en NAYA GARMENDIA Luis María y DÁVILA BALSERA, Paulí (coords.), *El derecho a la educación en un mundo globalizado*, (Vol. I), Erein, 2006, págs. 43-58

TORRES DEL MORAL, Antonio, en el prólogo a RODRÍGUEZ COARASA, Cristina, *La libertad de enseñanza en España*, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 15-20.

TORRES INSTITUTO, Rosa María (coord.), *12 tesis para el cambio educativo Justicia educativa y justicia económica*, Estudio encargado por el Movimiento Internacional de Educación Popular y Promoción Social FE Y ALEGRÍA Fronesis www.fronesis.org Julio 2005.

TRONCOSO REIGADA, Antonio, “La clase de religión y su alternativa constitucional”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 45, 1, 1996, Págs.. 241-289.

UBERTINI, Claudia, “La reforma de la Universidad italiana en el marco del proceso de Bolonia: situación actual y perspectivas”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº. 4, 2009 (Ejemplar dedicado a: El proceso de Bolonia), págs. 20-29.

UNESCO:

- (1974) Recomendación de la Unesco de 19 de noviembre de 1974 sobre la Educación para la comprensión, la cooperación y la paz internacionales y la educación relativa a los derechos humanos y las libertades fundamentales.
 - (1976) Recomendación relativa al desarrollo de la Educación de Adultos”, de 26 de noviembre de 1976.
 - (1991) *Directrices para la Elaboración de Planes de Estudio y Libros de Texto en la Educación Internacional*, 61 páginas, disponible en la red, en inglés, Guidelines for Curriculum and Textbook Development in International Education, 1991.
 - (1993) Plan mundial de acción para la educación en pro de los derechos humanos y la democracia, aprobado por el Congreso internacional sobre la educación en pro de los derechos humanos y la democracia, de Montreal de 1993.
 - (2000 a) *Marco de Acción de Dakar, Educación para Todos: cumplir nuestros compromisos comunes*, texto adoptado por el Foro Internacional sobre Educación, Dakar, 26 a 28 de abril de 2000, disponible en <http://www2.unesco.org/wef/en-conf/dakframeng.shtm>.
 - (2000 b) *Informe de Seguimiento de la EPT en el Mundo. Educación para todos. Hacia la igualdad entre los sexos*, UNESCO, 2000
 - (2005) *Guidelines for Inclusion: Ensuring access to education for all*, United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization, France, 2005.
 - (2006) *Informe de Seguimiento de la Educación para Todos en el Mundo*, 2006.
 - (anual) Informe de educación para todos en el mundo, http://portal.unesco.org/education/es/ev.php-URL_ID=49629&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html
- UNIÓN EUROPEA, 2004, 2005, 2006, *Report on the situation of fundamental rights in the European Union and its member states: conclusions and recommendations*, disponible en la red
- VIDAL PRADO, Carlos, “Libertad de cátedra y organización de la docencia en el ámbito universitario”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 84, 2008, pags. 61-103.
- ZUMAQUERO, José Manuel, *Los derechos educativos en la Constitución española*, EUNSA, Pamplona, 1984.

RESOLUCIONES JUDICIALES RELEVANTES PARA LA EDUCACIÓN Y ENSEÑANZA

LAS SENTENCIAS DEL TEDH

- STEDH asunto relativo a algunos aspectos del régimen lingüístico belga en la enseñanza, de 23 de junio de 1968.
- STEDH asunto Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, de 7 diciembre 1976.
- STEDH asunto Tyrer contra Reino Unido de 25 abril 1978.
- STEDH, asunto Campbell y Cosans v. Reino Unido, 25 de febrero de 1982.
- STEDH casos Kosiek y Glasenapp respectivamente, ambos contra Alemania, de 28 de agosto de 1986.
- STEDH, asunto Olsson contra Suecia, de 24 de marzo de 1988.
- caso Renata Leuffen contra Alemania 9 de julio de 1992, de la extinta Comisión europea de derechos humanos.
- STEDH asunto Costello-Roberts contra Reino Unido, de 25 de marzo de 1993.
- STEDH, asunto De Moor contra Bélgica, de 23 junio 1994.
- STEDH asunto Efstratiou y caso Valsamis, ambos contra Grecia, de 18 de diciembre de 1996.
- STEDH asunto Boujifa contra Francia, de 21 de octubre de 1997.
- STEDH asunto Vogt contra Alemania, de 26 de septiembre de 1995.
- STEDH asunto Larissis y otros contra Grecia, de 24 de febrero de 1998.
- STEDH asunto Valsamis c/ Grecia, de 18 de diciembre de 1996.
- Alejandro Jiménez Alonso y Pilar Jiménez Merino contra España, STEDH, asunto Coster contra el Reino Unido, de 18 enero 2001.
- STEDH, asunto Leyla ahin contra Turquía, de 29 junio 2004.
- STEDH, asunto Siliadin contra Francia. Sentencia de 6 de julio de 2005.
- STEDH, asunto Timishev contra Rusia, de 13 diciembre 2005.
- STEDH, asunto Konrad de Fritz y otros contra Alemania de 11 de septiembre de 2006.
- STEDH, asunto D.H. y otros contra la República checa, de 7 febrero 2006.
- STEDH, asunto Mürsel Eren contra Turquía de 7 febrero 2006.
- STEDH (Gran Sala) asunto Folgero y otros contra Noruega, de 29 de junio de 2007.
- Hasan y Eylen Zengin de 9 de octubre de 2007.
- de 5 de junio de 2008, Sampanis y otros contra Grecia 2008.
- STEDH, asunto Orsus y otros contra Croacia. Sentencia de 17 de julio de 2008, luego revocada por la sentencia de Gran Sala Orsus contra Croacia, de 16 de marzo de 2010.
- STEDH de 3 de marzo de 2009, asunto Temel y otros contra Turquía.

STEDH de 3 noviembre 2009, asunto Lautsi contra Italia, revocada por sentencia de Gran Sala de 18 de marzo de 2011.

STEDH de Gran Sala, asunto Orsus contra Croacia, de 16 de marzo de 2010.

STEDH de 11 de enero de 2011, asunto Ali contra Reino Unido.

STEDH de Gran Sala de 18 de marzo de 2011 que revoca la sentencia de 3 noviembre de 2009, asunto Lautsi contra Italia.

SENTENCIAS DEL TJCE MÁS IMPORTANTES:

STJCE Gravier v. Ciudad de Lieja, 13 de febrero de 1985, Asunto 293/8. En Blaizot c. Universidad de Lieja y otros, 2 de febrero de 1988, asunto 24/86

STJCE *Comett II*, Reino Unido y otros contra Consejo de las Comunidades Europeas , sentencia de 11 de junio de 1991, asuntos acumulados C-51/89, 90/89 y 94/89.

STJCE Vicent Blaizot contra la Universidad de Lieja y otros, de 2 de febrero de 1988, cuestión prejudicial asunto 24/86.

STJCE Carbonari y otros contra Università degli studi di Bologna y otros, de 25 de febrero de 1999, asunto C-131/97.

STJCE Carmina di Leo contra Land Berlin, de 13 de noviembre de 1990, C-308/89.

STJCE Landesamt für Ausbildungsförderung Nordrhein-Westfalen v. Lubor Gaal, de 4 de mayo de 1995, Caso C-209/03

STJCE Echternach y Moritz contra Ministro holandés de Educación y Ciencia de 15 de marzo de 1989 (asuntos acumulados 389/87 y 390/87

STJCE de Pleno de 17 de septiembre de 2002, asunto C-413/99, Baumbast y R contra Secretary of State for the Home Department

STJCE Nationale Raad van de Orde van Architecten contra Ulrich Egle, de 21 de enero de 1992, Asunto C-310/90. sobre reconocimiento de títulos en el sector de la arquitectura.

STJCE Anita Graener contra Ministro de Educación y el Vocational Education Committee de la Ciudad de Dublin, de 28 de noviembre de 1989, asunto C-379/87.

STJCE, Pilar Allué y Carmel Mary Coonan y otros contra Università degli studi di Venezia y Università degli studi di Parma, de 2 de agosto de 1993, Asuntos acumulados C-259/91, C-331/91 y C-332/91.

STJCE, Steven Malcolm Brown contra The Secretary of State for Scotland, de 21 de junio de 1988, Asunto 197/86.

STJCE, Comisión contra Grecia, de 15 de marzo de 1988, asunto 147/86.

RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL MÁS RELEVANTES PARA LA EDUCACIÓN Y ENSEÑANZA:

STC 5/1981, de 13 febrero, recurso a la LOECE.

- ATC 359/1985, de 29 de mayo caso asignatura Derecho Canónico.
- STC 77/1985, de 27 junio, recurso LODE.
- STC 86/1985, de 10 julio, caso Ordenes del MEC sobre régimen de subvenciones a Centros docentes privados.
- STC 26/1987, de 27 de febrero, recurso Gobierno vasco a la LRU.
- STC 137/1986, de 6 noviembre, caso Ikastolas.
- ATC 855/1987, de 8 de julio.
- STC 129/1989, de 17 julio, caso estudiantes de Derecho que trabajan en Ciudad Sanitaria “Virgen del Rocío” en turno fijo de noche.
- STC 195/1989, de 27 noviembre, Caso gastos de transporte escolar y Generalitat Valenciana.
- STC 19/1990, de 12 febrero, caso APA Colegio “Censal” de Castellón que reclaman discriminación de alumnos que eligen valenciano.
- STC 47/1990, de 20 de marzo, caso Instrucción MEC prohibiendo ser directores a los Profesores de Religión.
- STC 235/1991, de 12 diciembre, caso Cataluña contra el Real Decreto 898/1985, de 30 de abril, sobre régimen del profesorado universitario
- STC 217/1992, de 1 de diciembre, caso profesores contra Estatutos de la Universidad de Sevilla que atribuyen a los Departamentos la fijación del temario de los exámenes.
- STC 260/1994, de 3 de octubre, caso secta “Niños de Dios”.
- STC 337/1994, de 23 diciembre, cuestión de inconstitucionalidad sobre la ley catalana de normalización lingüística.
- ATC 382/1996, de 18 diciembre, caso sanción en colegio privado sin audiencia a los padres.
- STC 134/1997, de 17 julio, caso conflicto de competencias Baleares-MEC.
- ATC 333/1997, de 13 octubre, caso castigo y traslado de alumno de 8º de EGB a las dependencias del jardín de infancia del Colegio
- STC 188/2001, de 20 septiembre, caso Orden MEC sobre becas vs. Generalitat de Cataluña.
- STC 140/2002, de 3 junio, caso del preso que pide ordenador en la cárcel de “El Dueso”.
- STC 38/2007, de 15 febrero, cuestión LOGSE-Acuerdo Santa Sede, profesores de religión.
- STC 128/2007, de 4 junio, profesores de religión, aplica STC 38/2007.
- STC 236/2007, de 7 noviembre, recurso a la Ley Orgánica 4/2000 de extranjería.
- STC 31/2010, de 28 junio, sentencia Estatuto de Autonomía de Cataluña.
- STC 133/2010, de 2 de diciembre, caso escolarización obligatoria.