

## **El derecho fundamental a la educación**

Lorenzo Cotino Hueso

Profesor titular de Derecho constitucional

Universidad de Valencia

Versión previa a las pruebas de imprenta de “El derecho a la educación”, en NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert y GUAMÁN HERNÁNDEZ, Adoración, *Lecciones Sobre Estado Social y Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Colección: Manuales de Derecho Constitucional, Valencia, 2014, isbn 9788490537916, págs. 415-450.

### **Introducción e historia**

El Tribunal Constitucional definió en su STC 5/1981 la educación como la “actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo e continuidad a la transmisión de determinado cuerpo de conocimientos y valores”. El objetivo fundamental y primordial de la educación es el “pleno desarrollo de la personalidad”. Así se afirma, en la Constitución (art. 27. 2 CE) y en la normativa internacional (artículo 26 DUDH, 13 PIDESC y especialmente el 29. 1 CDN). Con este objetivo, “la educación es medio de realizar y ejercer otros derechos”, un “multiplicador”, “la llave que abre paso a otros derechos humanos” tanto para el individuo cuando para las sociedades en su conjunto<sup>1</sup>. Quizá sea por este motivo que se haya clasificado a la educación como derecho económico, derecho social y derecho cultural, derecho civil y político, derecho de libertad, etc.<sup>2</sup>, que “los abarca a todos.”<sup>3</sup> Tamaña importancia de la educación explica su carácter “primordial”, “indispensable para” una sociedad democrática (TEDH)<sup>4</sup>. Jurídicamente ello se traduce, por ejemplo, en que la dimensión prestacional del derecho se haya reconocido como derecho fundamental de un modo tan intenso<sup>5</sup> (más en la teoría que en la práctica judicial). Siendo la educación el único derecho subjetivo que cuente nítidamente con tal carácter. Como derecho subjetivo, el alumno es el sujeto que ha de estar en el centro del diseño constitucional de la enseñanza y del sistema educativo, 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. 2 CE) <sup>6</sup>. Para lograr tal objetivo y satisfacer el derecho subjetivo, el derecho a la educación se garantiza materialmente a través de una actividad general y particular exigida a los padres o tutores y, por lo que más interesa, una actividad prestacional del Estado que precisa de la configuración legal de un “sistema educativo” (STC 337/1994, FJ 9). La prestación educativa se ha configurado legalmente como servicio público al que se accede y a cuyas reglas cabe someterse, con intensa intervención pública y sin necesariamente someterse a las reglas del mercado. En razón de la libertad de enseñanza, se excluye el monopolio público de la prestación educativa (art. 27. 6 CE).

Como hoy día sigue sucediendo, desgraciadamente, la educación ha sido uno de los campos de batalla donde librar debates políticos generales, especialmente las

---

<sup>1</sup> TOMASEVSKI (2003, pp. 1-2).

<sup>2</sup> CHACÓN MATA (2007, p. 7).

<sup>3</sup> TOMASEVSKI (2003, p. 3).

<sup>4</sup> Así, STEDH, Leyla ahin, de 29 junio 2004, (apartado 46) y en especial, STEDH Timishev, de 13 diciembre 2005 (n 64).

<sup>5</sup> ESTEBAN y LÓPEZ GUERRA (1980 p. 332).

<sup>6</sup> Tesis central de COTINO HUESO (2000 b) y COTINO HUESO (1998).

disputas religiosas. El derecho a la educación no tiene una historia muy larga, al menos como derecho subjetivo y como derecho fundamental. 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.

El Real Decreto de 4 de agosto de 1836 del liberal ministro Istúriz, abandonó la gratuidad de la enseñanza secundaria y superior y la enseñanza primaria paso a ser sólo gratuita para los verdaderamente pobres. Esta norma sentó las bases liberales que luego recogerían normas posteriores y, en especial, la Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857, *Ley Moyano*. Esta ley supuso la “gratuidad relativa para la enseñanza primaria, centralización, uniformidad, secularización y libertad de enseñanza relativa” y fijó la estructura del sistema educativo nacional hasta la ley de 1970.

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.), con el dictador se crearon numerosas escuelas e institutos reduciéndose el analfabetismo. Con la Constitución republicana de 1931, aunque la educación no aparece como derecho subjetivo de forma expresa, claros mandatos suponen el reconocimiento impositivo de su dimensión prestacional (arts. 48-50) y a las regiones autónomas se les reconoce la posibilidad de enseñanza en sus lenguas. De otra parte, se reconoce la libertad de cátedra a los docentes y a los centros religiosos el derecho a enseñar doctrinas católicas.

Con el régimen dictatorial de Franco la educación se empleó políticamente en sentido católico y patriótico. Las leyes fundamentales reconocieron el derecho a una “educación general y profesional” “que nunca podrá dejar de percibirse por falta de medios materiales”<sup>7</sup>, y el derecho a “recibir educación e instrucción y el deber de adquirirlas”<sup>8</sup>. Los cambios que exigió la expansión económica de los años 60 se dieron con la *ley Villar Palasí*, la Ley 14/1970, 4 de agosto, general de educación y financiamiento de la reforma educativa, de corte tecnocrático. Dicha norma 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. Esta ley también conectó el sistema educativo con el laboral.

## Fuentes

### 1.1. Normativa internacional

El derecho a la educación ocupa un lugar primordial en Naciones Unidas y la regulación y la actividad internacional de derechos humanos, con perfiles más concretos que en los ámbitos europeo y español. 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. 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

---

<sup>7</sup> Ley de Principios del Movimiento Nacional, de 17 de mayo de 1958, Declaración IX.

<sup>8</sup> Fuero de los Españoles, de 17 de julio de 1945.

profesorado, etc. La Convención sobre Derechos del Niño de 1989 (CDN), habitual beneficiario del derecho a la educación, transversalmente aborda la educación<sup>9</sup>.

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 1960 y también, la Convención Internacional para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965 (en especial artículos 5 y 7) y, en especial, artículos 10 y 14 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres de 1979 (en adelante Convención contra la discriminación de mujeres de 1979). Respecto de los discapacitados, destaca el artículo 24 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

La regulación del derecho a la educación en el marco regional europeo es menos prolija y menos detallada. Como muestra, el lacónico reconocimiento del “derecho a la instrucción” en el artículo 2 del Protocolo Adicional n.º 1 al CEDH. Ahora bien, su interpretación auténtica por el TEDH acaba teniendo una directa proyección en España. También en el ámbito del Consejo de Europa hay que destacar la regulación de la Carta Social Europea (CSE) que contiene alusiones a la prohibición de trabajo infantil frente a la educación (art. 7), el derecho a la formación profesional (art. 10) y singularmente de los discapacitados (art.15).

En el seno de la Unión Europea, 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, gracias a una importante y normativa interpretada extensivamente por el TJCE. La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 30). La Carta proclama en su artículo 14 el derecho a la educación sin especiales aportaciones y también se reconoce la libre investigación (art. 13). Además, el Espacio Europeo para la Educación Superior o Proceso de Bolonia, que por la vía de hecho y de Derecho internamente, ha obligado a mutar la enseñanza universitaria.

## ***1. 2. Texto constitucional***

La regulación central se contiene en el artículo 27 CE, el más extenso de los artículos que regulan derechos fundamentales, si bien muchos otros preceptos tienen incidencia en la materia<sup>10</sup>. En virtud del artículo 53 CE el derecho a la educación es un

---

<sup>9</sup> Tienen incidencia los artículos 17 (acceso a la información del niño); artículo 18 (obligaciones paternales en desarrollo del niño y apoyo estatal); artículo 19 (medidas educativas 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); artículo 32 (no entorpecer educación y edades y condiciones de trabajo) y artículo 33 (educación frente a las drogas).

<sup>10</sup> En otros se contienen referencias sobre la educación y la enseñanza, como el importante reconocimiento de la libertad de cátedra (art. 20. 1 c) y la libertad científica (art. 20. 1 c), libertades académicas integradas en general en la libertad de enseñanza del artículo 27. 1 CE. El artículo 148. 1. 17ª CE señala competencias asumibles por las Comunidades Autónomas relativas a cultura, investigación y enseñanza de la lengua propia. Y destaca el artículo 149. 1. 30ª CE que establece la competencia exclusiva sobre títulos educativos y desarrollo de las bases de la enseñanza; también 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. 1. 1ª CE). En otros apartados, se contienen menciones particulares al fomento de “la educación sanitaria, la educación física y el deporte” (art. 43. 3 CE) o a la promoción de “la educación de los consumidores y usuarios” (art. 51. 2 CE). En ambos casos se trata de normas principales de fomento ya de por sí de alcance relativo y, en todo caso, no necesariamente deben tener su reflejo en la educación reglada. Ello no impide, obviamente, que tal educación pueda integrarse en los contenidos de la enseñanza.

derecho fundamental con la máxima protección jurídica. Pese a la amplitud del artículo 27 CE<sup>11</sup>, su esencia se contiene en el apartado primero al reconocer el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Este reconocimiento inicial es el esencial a partir del cual se despliegan todos los efectos jurídicos e interpretativos, sin perjuicio del amplio acompañamiento de mandatos, instituciones y garantías del artículo 27 CE. En modo alguno puede reducirse el derecho a la educación a la enseñanza básica que es obligatoria y gratuita según el apartado 4º. También en el 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).

### ***1. 3. Desarrollo legislativo del derecho a la educación***

Ningún derecho fundamental cuenta con un desarrollo legislativo y reglamentario tan amplio como la educación, ni siquiera el acceso a la justicia. Son muchas las leyes y decretos estatales y las Comunidades Autónomas con muchas competencias educativas, especialmente ejecutivas la realizaban a través de multitud de normativa reglamentaria. Sin embargo, desde la LOE de 2006 y la ola de reformas estatutarias se están aprobando leyes autonómicas de cientos de artículos. A ello hay que añadir más de ochenta universidades públicas y privadas con autonomía universitaria (art. 27. 10 CE) y con 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. Y como colofón, más de 20.000 centros educativos, a partir de la autonomía constitucional o legal (arts. 120 y 124 LOE, reforzado por 27. 5 CE para privados) que determinan la regulación respecto de aspectos del derecho a la educación como la participación, la información y formación deberes, normas de convivencia y disciplina, etc.

La Constitución reflejó más bien una tregua que un consenso, dejando la cuestión la materia educativa a expensas del desarrollo legislativo estatal y también autonómico. 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 y fue recurrida por la oposición socialista, dando lugar a una de las primeras sentencias de nuestro Tribunal Constitucional (STC 5/1981). Esta sentencia, aunque superada en materia autonómica, aún asienta las bases del derecho a la educación en España. Frente a la LOECE, el gobierno socialista llegado en 1982 marcó claramente su impronta 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.

Otro 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. También la LOGSE normalizó las enseñanzas de régimen especial (artísticas, idiomas, etc.) y reguló elementos de cualificación y formación del profesorado, programación

---

Tiene incidencia directa en educación la mención de los valores constitucionales consagrados (art. 1. 1 CE) y los fundamentos del orden político (art. 10. 1 CE), muy conectados con el objeto constitucional de la educación (art. 27. 2 CE). También las libertades de la enseñanza quedan vinculadas con la libertad ideológica y religiosa (art. 16 CE) y con las libertades informativas (art. 20 CE), artículo donde se encajó a la libertad de cátedra. El derecho a la educación también conecta con la libre profesión (art. 35 CE), puesto que en muchas ocasiones el acceso a la profesión queda condicionado con el derecho al acceso y a obtener títulos. También en general la educación está conectada principios rectores.

<sup>11</sup> Un resumen del precepto se expone en la STS, de 9 marzo 1987 (RJ 1987\1913), FJ 3.

docente, innovación y la investigación educativas, así como la orientación educativa y profesional. El último gobierno socialista aprobó la Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, de Participación, Evaluación y Gobierno de los Centros Docentes, derogada y actualizada por la posterior LOE. El primer gobierno popular hizo una “reforma de las humanidades”, intentando fortalecer contenidos de lengua y humanidades con una marcada reacción desde territorios nacionalistas. En la segunda legislatura popular y con mayoría absoluta, se aprobaron tres importantes leyes en el sector. La Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (LOCE), que tuvo una fuerte contestación política, no llegó a implantarse con la llegada del gobierno socialista, que aprobó la Ley Orgánica 2/2006, de 3 mayo, de Educación (LOE). De la LOE cabe subrayar dos elementos: que derogaba la anterior LOCE y que implantó la asignatura Educación para la ciudadanía. El 9 de diciembre de 2013 el Partido Popular aprobó la Ley Orgánica 8/2013, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), que reformó la LOE, con una fuerte contestación de la comunidad educativa, partidos políticos y sindicatos.

En el ámbito universitario, el gobierno socialista aprobó la Ley Orgánica 11/1983, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria (LRU) 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. Sobre la base de esta ley se crearon centros universitarios en casi todas las poblaciones de más de 50.000 habitantes.

Casi veinte años después, el gobierno popular aprobó la Ley Orgánica 6/2001, de Universidades, muy fuertemente contestada desde las filas socialistas y desde las universidades. No obstante, los posteriores gobiernos socialistas no la han derogado ni modificado en lo esencial. Con la LOU se pretendió adecuar al triple de universidades creadas en la etapa constitucional, el importante desarrollo descentralizador autonómico en este ámbito y del desarrollo mismo de la autonomía universitaria.

El ámbito de la formación profesional no había tenido una regulación legal específica. Con el segundo gobierno popular se aprobó la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio. La ley crea el Sistema Nacional de Cualificaciones y Formación Profesional, gira sobre la noción de “cualificación profesional” y el Catálogo de Cualificaciones Profesionales es el marco de referencia de los títulos y certificados, oficiales para todo el territorio español y crea la posibilidad de obtener certificados de profesionalidad que acreditan el conocimiento adquirido por la experiencia profesional desarrollada a lo largo de los años.

Puede afirmarse en general que el Estado despliega importantes facultades de contenido “esencialmente normativo” quedando en poder de las Comunidades Autónomas una extensa y heterogénea gama de competencias de carácter fundamentalmente ejecutivo<sup>12</sup>. Ello sin perder de vista la reserva de competencias a favor de las universidades en razón de la autonomía universitaria (art. 27. 10 CE), dejando limitadas, por tanto, las del Estado y las Comunidades Autónomas (STC 26/1987, FJ 5). Los reformados Estatutos de autonomía desde 2006 ha dispensado una especial atención a la educación. Más allá del simbolismo de la recepción estatutaria en sí, de estos preceptos se derivan escasas novedades o aportaciones de contenido jurídico. Al albur de la LOE y del reconocimiento estatutario del derecho a la educación parece haberse activado la espoleta al fenómeno de las (muy extensas) leyes

---

<sup>12</sup> En este sentido, SSTC 6/1982 y 48/1985. 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. 30º CE),

autonómicas de educación<sup>13</sup>. Textos de cientos de artículos que de un lado, codifican y eleva a legal la ya muy extensa normativa que reglamentaria y de otro lado, en las comunidades más reivindicativas como Cataluña, 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.

### **Estructura y contenido**

El artículo 27. 1 CE distingue entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. El derecho a educar debe ubicarse en el ámbito de la libertad de enseñanza y el derecho a la educación debe reservarse para el derecho a recibir la educación<sup>14</sup>, que es el que aquí interesa. De ello se deriva que el derecho a la educación es más derecho de prestación y el de educar, más de libertad<sup>15</sup>. También por ello se dice que el derecho a la educación queda más vinculado a la igualdad y la libertad de enseñanza a la libertad<sup>16</sup>.

Nos encontramos ante un “derecho público subjetivo de prestación”<sup>17</sup>, un “derecho de carácter social”, en definitiva un derecho subjetivo con una principal “dimensión prestacional, por lo que los poderes públicos deben procurar su efectividad”<sup>18</sup>. 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”<sup>19</sup>. Para el TEDH, 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 recibida<sup>20</sup>, también señala que el derecho a la educación “garantiza el acceso a la educación elemental que es de primordial importancia para el desarrollo del niño.”<sup>21</sup> O que “impone [...] organizar y financiar la enseñanza pública”<sup>22</sup>. “En cuanto a la extensión de estos medios y al modo de organizarlos o de subvencionarlos, el Convenio no impone obligaciones determinadas.”<sup>23</sup>

---

<sup>13</sup> Así sucede con la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de Andalucía (186 artículos), la Ley de Cantabria 6/2008, de 26 de diciembre, de Educación de Cantabria (157 artículos) y la más reciente Ley 12/2009, del 10 de julio, de educación de Cataluña (204 artículos). Se preparan leyes en Aragón (anteproyecto de 2008, con 147 artículos), Castilla la Mancha (borrador de 2009, con 175 artículos) o Extremadura.

<sup>14</sup> Así, por ejemplo, la STS de 12 mayo 2003, (RJ 2003\4735), FJ 7.

<sup>15</sup> STC 86/1985, FJ 3.

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO (1996, p. 160).

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA (1988, pp. 36-37); CASTILLO CÓRDOVA (2006, pp. 156 y 238).

<sup>18</sup> STC 86/1985, caso Órdenes del MEC sobre régimen de subvenciones a Centros docentes privados, FJ 3.

<sup>19</sup> Así, STS de 22 diciembre 2003, con cita de STS 8 de julio de 1986 ( RJ 1986, 4229).

<sup>20</sup> STEDH Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca de 7 diciembre 1976, núm. 23, ap. 52; STEDH régimen lingüístico belga, de 23 de junio de 1968, pgs. 30-32, aps. 3-5).

<sup>21</sup> STEDH, Timishev, de 13 diciembre 2005, apartado 64 in fine.

<sup>22</sup> STEDH Alejandro Jiménez Alonso y Pilar Jiménez Merino, fundamento de Derecho 1, con remisión a STEDH Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen, de 7 diciembre 1976 ap. 50.

<sup>23</sup> STEDH régimen lingüístico belga, de 23 de junio de 1968, interpretación del tribunal, n 3.

## **2. .1. La extensión del derecho a la educación**

La educación –reglada- se recibe en centros públicos, centros concertados o centros privados, así como universidades públicas o privadas, recibiendo todos ellos diversas denominaciones.

El art. 3 de la LOE organiza el sistema educativo en etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza. Las enseñanzas son: la educación básica (educación infantil y educación primaria); la educación secundaria obligatoria; la educación secundaria posobligatoria (bachillerato, la formación profesional de grado medio, las enseñanzas profesionales de artes plásticas y diseño de grado medio y las enseñanzas deportivas de grado medio); la educación superior (enseñanza universitaria, las 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 constituyen la educación superior) y educación de personas adultas. La LOE denomina enseñanza “básica” a la internacionalmente denominada enseñanza “elemental” (art. 26 DUDH) o “primaria” (art. 13 PIDESC, 29 CDN), que ha de ser “obligatoria” e inequívocamente gratuita. Internacionalmente no se determina la edad que comprende, pero lo habitual es entre los 6-11 años.

Internacionalmente, entre la enseñanza básica obligatoria y la superior se reconoce la enseñanza secundaria, que viene a incluir la enseñanza general, así como la enseñanza técnica y la profesional<sup>24</sup>. Esta enseñanza secundaria ha de ser generalizada, accesible y progresivamente gratuita. 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).

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 (art. 31. 2 LOE).

De los 16-18 años, se accede a la educación secundaria postobligatoria general, esto es, Bachillerato o la Formación Profesional de Grado medio. El Bachillerato capacita para acceder a la Formación profesional de grado superior y a los estudios superiores y universitarios (arts. 32 y ss. LOE) La formación profesional supera a la enseñanza reglada y se aproxima al sentido más amplio de formación y aprendizaje.

La enseñanza superior (artículo 3. 3 LOE) la componen los niveles “superiores” de formación profesional, las enseñanzas artísticas, profesionales de artes plásticas y diseño y las enseñanzas deportivas, así como las enseñanzas universitarias. Aunque la obligación de prestación del Estado no sea absoluta, sigue existiendo la obligación de satisfacer la prestación educativa<sup>25</sup>. Sin tapujos así lo afirma el TEDH<sup>26</sup> y el Tribunal Constitucional para toda la enseñanza no obligatoria<sup>27</sup>.

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

---

<sup>24</sup> Artículo 13 PIDESC, artículo 28 CDN.

<sup>25</sup> DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 50).

<sup>26</sup> STEDH Hasan y Eylen Zengin, de 6 de junio de 2006, n 46, que concluye 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. Así se reitera en el la STEDH, Mürsel Eren, de 7 febrero 2006, apartado 46.

<sup>27</sup> STC 232/2007, recurso ley de extranjería, FJ 8: “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”.

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”<sup>28</sup>. Últimamente esta educación fundamental se traduce en la satisfacción de las “necesidades básicas de aprendizaje”<sup>29</sup>: El aprendizaje para toda la vida, la formación continua y permanente, la educación de adultos y otras nociones que cada día tienen más cabida en numerosos documentos y textos internacionales, al punto que la Carta de los derechos fundamentales reconoce el derecho a la educación “y al acceso a la formación profesional y permanente.” (art. II-74).

## **2. 2. El contenido: asequibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad**

En el ámbito internacional de los derechos sociales se afirma que para cumplir con las obligaciones de un derecho –en nuestro caso, educación- los Estados deben satisfacer las “cuatro a”<sup>30</sup>, es decir respetar, proteger y llevar a efecto cada una de las “características fundamentales”: disponibilidad (o asequibilidad), accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad<sup>31</sup>.

*a) Asequibilidad: presupuesto suficiente, escuelas y maestros necesarios, infraestructura y dotaciones pertinentes*

El artículo 2 PIDESC obliga a los Estados a la plena efectividad de los derechos “hasta el máximo de los recursos de que disponga”, lo que se traduce en una obligación de prioridad de gasto y, cuanto menos, una justificación evidente para reducir el gasto público respecto de cada derecho. La máxima fundamentalidad del derecho a la educación condiciona las políticas presupuestarias. No obstante, jurídicamente ello sólo se traduce en obligaciones programáticas en la LOE como la del artículo 155 LOE, en todos los casos, de escasa exigibilidad jurídica.

La programación de la enseñanza (art. 25.5 CE) supone definir las necesidades prioritarias, objetivos de actuación y asignación de recursos, “de acuerdo con la planificación económica general del Estado.” (art. 27 LOE), armonizando la oferta de plazas con la demanda (art. 109 LOE, art. 43 LOU). Desde la perspectiva del derecho a la educación, tiene singular relevancia la fijación del número máximo de alumnos a admitir o ratio. Al respecto, los tribunales conceden un importante margen de discrecionalidad a los poderes públicos. Pero no a los centros concertados<sup>32</sup> cuando los padres y madres les requieren para que se amplíe dicha ratio para lograr el acceso del menor en el centro deseado.

---

<sup>28</sup> OG 13, párrafo 22.

<sup>29</sup> *Ibidem*, párrafo 23.

<sup>30</sup> Destaca TOMASEVSKI (2004 a) también, (2004 b, p. 342 y p. 349). También en TORRES INSTITUTO (2005, p. 25).

<sup>31</sup> Al respecto, NACIONES UNIDAS (2004, pp. 10 y ss.). Como se recuerda en NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC (1999 b, nº 50). Este esquema se inició con vivienda y alimentación (Observación general nº 4 y nº 12 respectivamente), pasando luego al ámbito de la educación.

<sup>32</sup> La conflictividad jurídica se ha dado por cuanto al margen de maniobra de los centros concertados en la determinación de plazas frente a la Administración. Interesa la STS de 30 de junio de 2008.



El mandato de creación de centros docentes por los poderes públicos (art. 27. 5 CE) es una obligación de Derecho objetivo<sup>33</sup> que, sin embargo, no genera derecho subjetivo alguno a exigir que se creen centros educativos, como han insistido los tribunales<sup>34</sup>. Sin embargo, bajo criterios de razonabilidad<sup>35</sup> 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.

Los sujetos privados pueden prestar el servicio público educativo como una forma de titularidad o gestión<sup>36</sup>, quedando sometidos al régimen de la prestación del servicio público<sup>37</sup>. Internacionalmente no hay obligación jurídica de subvención a centros privados. Y 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 hacerlo<sup>38</sup>. Eso sí, de darse un régimen de subvenciones, no puede producirse discriminación<sup>39</sup>. En cambio, en España pesa un mandato constitucional de ayudar a los centros docentes (27. 9 CE), que para el Tribunal Constitucional se trata de un derecho de configuración legal, pero limitado, en especial, por el principio de no discriminación<sup>40</sup> y a la obligación de someter el sistema de financiación a las condiciones objetivas de la normas<sup>41</sup>. Las subvenciones a los centros a través de los conciertos educativos sí están condicionadas a las limitaciones presupuestarias<sup>42</sup>; por lo que procede el establecimiento de criterios y preferencias para la concesión<sup>43</sup>. Ahora bien, una vez cumplidos los requisitos legales del acceso a la subvención o concierto educativo, la falta de disponibilidad presupuestaria no puede ser una barrera<sup>44</sup>. Y, con especial interés, en los últimos años se ha pasado a exigir que la Administración pruebe que no cuenta con fondos suficientes, sin que sea suficiente una mera alegación de restricciones presupuestarias<sup>45</sup>. Así, se ha derivado un especial deber de motivación cuyo desconocimiento supone la vulneración del derecho a la

---

<sup>33</sup> Se afirma la obligación de creación de centros en el voto particular de Díaz Picazo STC 5/1981, n 22.

<sup>34</sup> STC 86/1985, caso Órdenes del MEC sobre régimen de subvenciones a Centros docentes privados, FJ 4. STC 195/1989, Caso gastos de transporte escolar y Generalitat Valenciana, FJ 4. Ver, STS , de 16 mayo 1990 (RJ 1990\4114), FJ 2, con referencia a SSTS de 14 de septiembre de 1987 (RJ 1987\6002) y de 30 de enero de 1988 (RJ 1988\379).

<sup>35</sup> 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).

<sup>36</sup> STS de 22 diciembre 2003 (RJ 2003\9151). Sobre el tema, destacan los trabajos de DÍAZ LEMA (1994), (1995) y (2006).

<sup>37</sup> Ver STS de 24 de marzo de 1997 (RJ 1997, 2447) y STS de 22 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9031).

<sup>38</sup> STEDH régimen lingüístico belga, de 23 de junio de 1968.

<sup>39</sup> Así se expresa en OG 13, párrafo 54.

<sup>40</sup> STC 86/1985, FJ 3.

<sup>41</sup> 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).

<sup>42</sup> Constante jurisprudencial, entre otras, STS de 28 abril 1987 (RJ 1987\3165), FJ 4.

<sup>43</sup> STS de 3 julio 1987 (RJ 1987\5199), FJ 2

<sup>44</sup> STS de 22 abril 1987 (RJ 1987\2995), FJ 3.

<sup>45</sup> En la línea de exigencia de motivación en materia de conciertos, así la STS , de 8 de noviembre de 2004 (JUR 2005, 13993).

educación<sup>46</sup>. También, diversas sentencias vinculan la denegación de un concierto a “los apartados uno, cuatro, seis y nueve del artículo 27 de la Constitución<sup>47</sup>, a la libertad de creación de centros<sup>48</sup> o al principio de igualdad<sup>49</sup>.”

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. Por ello, la existencia de medios forma parte del contenido subjetivo del derecho fundamental<sup>50</sup>. Sin embargo, sólo ante circunstancias concretas cabrá considerar que hay vulneración del derecho subjetivo a la educación<sup>51</sup>, al menos a la vista de la cicatera jurisprudencia en la materia. En algunos supuestos, 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 (artículos 81. 3 y 82. 2 LOE), en tales casos, sí que se trata de prestaciones exigibles.

Por cuanto a la subvención o prestación de los libros de texto, son las Comunidades Autónomas quienes por diversas fórmulas han asumido un papel subvencional<sup>52</sup>, colaborando también algunos ayuntamientos<sup>53</sup>. Cuanto menos hasta la crisis. La gratuidad de los libros de texto se ha reconocido como derecho subjetivo<sup>54</sup> en el Estatuto de autonomía de Andalucía (art. 21. 5). Respecto de los medios vinculados a las nuevas tecnologías, la legislación se señala la necesidad de formación del profesorado en TICs (arts. 102. 3 y 157 LOE) y de dotación de medios de los centros (art. 112. 2 LOE). La reforma de 2013 afirma la promoción de las plataformas y entornos virtuales de aprendizaje, la compartición de recursos didácticos y la “competencia digital docente”, así como la necesaria interoperabilidad de las herramientas (art. 111 bis) Aunque en el futuro próximo se hace impensable una educación sin alfabetización digital y medios electrónicos suficiente, 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.

*b) Accesibilidad: Garantías de acceso y admisión, la eliminación de barreras materiales y asequibilidad efectiva a las enseñanzas*

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

---

<sup>46</sup> Así, la STS , 3ª, 7ª, de 27 de septiembre de 2004, ( RJ 2004, 5682). También, STS de 1 febrero 2005 (RJ 2005\1011) y STS , de 21 mayo 2007 (RJ 2007\5863).

<sup>47</sup> STS de 25 junio 1988 (RJ 1988\4728).

<sup>48</sup> Se vincula el apartado 6 y 9 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 2. En el mismo sentido la STS de 27 noviembre 1995 (RJ 1995\8820).

<sup>49</sup> Ver STS de 24 mayo 1990 (1990\5432), FJ 1. También en la STS de 12 mayo 2003 (RJ 2003\4735), FJ 2.

<sup>50</sup> ALÁEZ CORRAL (2003 a, p. 134).

<sup>51</sup> Se ha dicho que se lesiona el derecho subjetivo si la gran distancia hace ilusoria la educación, DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 47). En sentido similar, FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO (1996, p. 178) y DÍAZ REVORIO (2002 a, p. 59).

<sup>52</sup> 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.

<sup>53</sup> Ver, CEAPA (2008).

<sup>54</sup> Con permiso de la STC 247/2007, recurso Estatuto de autonomía de la Comunidad Valenciana, FJ 15.

la educación sea efectivamente asequible al titular del derecho y, en los más de los casos, a sus familias<sup>55</sup>. Aunque no tiene reconocimiento expreso en la Constitución, el derecho a la elección de centro educativo se considera como fundamental por el Tribunal Constitucional<sup>56</sup>, el Tribunal Supremo<sup>57</sup> y la doctrina<sup>58</sup>, quedando especialmente vinculado con el derecho a elegir formación moral y religiosa<sup>59</sup>. A este reconocimiento puede coadyuvar la normativa internacional<sup>60</sup>. También, este derecho ha sido reconocido por ley (art. 4. 1 b) LODE; art. 2 Real Decreto 366/1997). Ahora bien, se trata de un derecho bien pobre por cuanto a su contenido efectivo, puesto que queda en el derecho a que en el proceso de escolarización se pueda mostrar la preferencia por un centro y que el sistema esté configurado de modo que se tenga en cuenta la opción realizada<sup>61</sup>. Y nada más. La plaza finalmente atribuida puede no corresponderse siquiera con las preferencias mostradas<sup>62</sup>. Tampoco hay derecho a que en toda área educativa “exista una alternativa de elección entre Centros Públicos y Privados”<sup>63</sup>, ni un derecho constitucional a elegir centros en los que se eduque en lengua determinada<sup>64</sup>. 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”<sup>65</sup>. Por ello, no constituye discriminación que el resultado del proceso selectivo haga que el centro escolar resulte más cercano a casa a unos que a otros<sup>66</sup>.

Aunque esté asegurada la escolarización, ante la limitación de plazas en los centros, el procedimiento de admisión resulta crucial. 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 concertados<sup>67</sup>. La LOE regula los elementos básicos de los procedimientos de admisión<sup>68</sup> (actualizados en la reforma de 2013), como los criterios de prioridad para atribuir plazas para las enseñanzas obligatorias y las no obligatorias (arts. 84 y 85 LOE), bases organizativas y garantías (art. 86), también el equilibrio de alumnos con necesidades especiales en los diversos centros (art. 87). Sobre estas bases, las autonomías determinan los criterios y

---

<sup>55</sup> OG 13, párrafo 50.

<sup>56</sup> Se reconoce desde la STC 77/1985 (FJ 5) y en el ATC 382/1996 FJ 4.

<sup>57</sup> Prontamente en STS de 8 julio 1986 (RJ 1986\4229), FJ 2.

<sup>58</sup> Esta naturaleza constitucional la afirman FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO (1996, p. 205); DÍAZ REVORIO (2002 a, p. 42) lo considera implícito. DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 107-108).

<sup>59</sup> ATC 382/1996, FJ 4, reiterado en ATC 333/1997, FJ 4, con fundamentación no muy acertada.

<sup>60</sup> Derechos de escoger educación (art. 26. 3 DUDH), de escoger escuelas distintas de las públicas (art. 13. 3 PIDESC). Este apoyo en la normativa internacional lo expresa la STS de 23 marzo 1993 (RJ 1993\4962), FJ 2.

<sup>61</sup> Se coincide plenamente con DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, pp. 110 y ss.). También GALLEGO ANABITARTE (1994, p. 95) y DÍAZ REVORIO (2002 a, p. 102).

<sup>62</sup> STC 77/1985, FJ 5.

<sup>63</sup> STS de 22 diciembre 2003 (RJ 2003\9151), FJ 6.

<sup>64</sup> “Sólo existe en consecuencia en la medida en que haya sido otorgado por la Ley”. STC 195/1989, FJ 3.

<sup>65</sup> *Ibidem*, FJ 4.

<sup>66</sup> *Idem*.

<sup>67</sup> STC 77/1985, FJ 5.

<sup>68</sup> Para FP, Real Decreto 1538/2006.

puntuaciones de admisión, al tiempo de configurar el sistema y garantías de su aplicación.

Más allá de la elección, 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. El acceso a la universidad aunque no generalizado, debe ser en condiciones de igualdad, méritos, con accesibilidad y tendente a la gratuidad (art. 26 DUDH)<sup>69</sup>. Como afirma el Tribunal Constitucional alemán, hay un derecho a ser admitido en una universidad, siempre que por ley se determinen los criterios justos que permitan un acceso real<sup>70</sup>. Los artículos 42 y ss. de la LOU y el artículo 38 de la LOE (art. 38) regulan básicamente la materia y han sido reformados en 2013 dotando de mayor poder al Gobierno para la fijación de normas y criterios de admisión, si bien, concediendo gran autonomía a las universidades para fijar los procedimientos de admisión.

Los tratados internacionales garantizan la gratuidad de la enseñanza “elemental y fundamental” (art. 26. 1 DUDH) o “primaria” (art. 13. 1 PIDESC). En España, del artículo 27. 4 CE deriva un mandato claro de gratuidad de la enseñanza básica, y esta obligación se integra en el contenido subjetivo del derecho a la educación exigible<sup>71</sup>. La Constitución traslada al legislador la determinación qué es la enseñanza “básica”, si bien, bajo los límites de lo razonable y no arbitrario. Cualquier regresividad requeriría una especial justificación para admitirse. La LOE establece que “La educación primaria y la educación secundaria obligatoria constituyen la educación básica.” (art. 3. 3 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). 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 del Bachillerato y la formación profesional (grado medio), una laberíntica legislación conduce a la gratuidad sólo en los centros públicos<sup>72</sup>. Así pues, y sin ánimo alguno de dar ideas, entre las medidas anticrisis cabría limitar la gratuidad de la enseñanza secundaria en centros públicos, por ejemplo, en razón de la renta de los padres.

Por cuanto al alcance de la “gratuidad”, “viene referida al servicio educativo en sentido estricto, concretándose en la ausencia de tasas académicas”<sup>73</sup>. Como se dijo, la gratuidad se extiende por ley a servicios escolares de transporte, comedor o internado en los casos de zonas rurales donde sea necesaria la escolarización en municipios próximos

---

<sup>69</sup>: “el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos”. Artículo 13. 2 c) PIDESC: no debe ser “generalizada”, sí accesible y tendente a la gratuidad. Art. 28 CDN, disponible “sobre la base de la capacidad” Al respecto, cabe destacar OG 13, párrafo 19. En España, se afirma el derecho de acceso a la universidad por FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO (1996, p. 179).

<sup>70</sup> 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. La ley de Hamburgo, fue inconstitucional por cuanto el legislador no determinó las restricciones y la forma y criterios de admisión.

<sup>71</sup> Así, recientemente, CASTILLO CÓRDOVA (2006, pp. 247 y ss.).

<sup>72</sup> Cabe seguir la Disp. final 4ª LOE que mantiene vigente la Ley 12/1987, de 2 de julio que señala en su artículo 1 la gratuidad para niveles del antiguo sistema de enseñanza. Asimismo, cabe tener en cuenta el artículo 71 del Real Decreto 83/1996.

<sup>73</sup> DOMÍNGUEZ-BERRUETA y SENDÍN (2005, p. 47), que indican que en sentido similar Satrústegui y De Esteban. También, DÍAZ REVORIO (2002 a, p. 59).

(art. 82. 2 LOE). Las instancias internacionales subrayan que la supresión de tasas no debe ser nominal y no pueden ser sustituidas por otras vías socavadas y “voluntarias”<sup>74</sup>. En nuestro país ha sido masiva, consentida y generalizada la práctica de cobros por parte de los centros concertados a través de vías indirectas. Y ello a pesar de que las claras prohibiciones de la LOE<sup>75</sup>.

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. Ello obliga a “implantar un sistema adecuado de becas” (art. 13. 2 PIDESC). Para el Tribunal Constitucional las becas y ayudas son parte del derecho fundamental, elemento nuclear del sistema educativo, de obligada “existencia y real aplicación,” y los elementos básicos para obtenerlas forman parte de la posición jurídica fundamental del contenido del derecho a la educación, iguales en toda España (art. 149. 1º. 1ª CE)<sup>76</sup>. La ley reconoce como “derecho” el acceso al sistema de becas y ayudas, (art. 6. 1. g) LODE; art. 83. 1 LOE; art. 31. 1 del Real Decreto 732/1995), también para el ámbito universitario (art. 45 LOU). También un inmigrante irregular<sup>77</sup> goza de este derecho a becas para la enseñanza universitaria. La no discriminación en el acceso a becas también viene exigida por el Derecho de la Unión Europea<sup>78</sup>.

*c) Aceptabilidad: El derecho a una educación de calidad y la evitación del fracaso escolar*

La calidad de la educación “con objeto de lograr un nivel excelente para todos” constituye un objetivo internacionalmente reconocido<sup>79</sup>. El Tribunal Constitucional afirmó que el derecho a la educación “para no estar vacío de contenido debe cumplirse con unas garantías mínimas de calidad”, vinculando tal exigencia con el artículo 149.1.1. CE (STC 5/1981, FJ 27 ). La proclamación de la calidad como derecho subjetivo, tiene un componente simbólico más que jurídico, dada la dificultad para determinar jurídicamente el contenido de la calidad como derecho. Según establece la normativa española, por un lado, la calidad de la educación queda vinculada al logro de los objetivos de la educación (así expresamente el art. 4. 1. a) LODE)<sup>80</sup>, y que por ello sea

---

<sup>74</sup> NACIONES UNIDAS- TOMASEVSKI (2004 b, p. 11, n 20); OG 11, párrafo 7. En la doctrina, TOMASEVSKI (2004 a, p. 365) y TORRES INSTITUTO (2005,p. 28).

<sup>75</sup> La LOE ley subraya que la educación objeto de concierto es gratuita (art. 51. 1 LOE), 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. 2 y 3 LOE), siendo que toda actividad de este tipo debe ser voluntaria (art. 51. 4 LOE).

<sup>76</sup> STC 188/2001, FFJJ 4 y 5.

<sup>77</sup> STC 236/2007, FJ 8.

<sup>78</sup> 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 Nordrehin-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).

<sup>79</sup> La Resolución de la Comisión de Derechos Humanos 2002/23, “El derecho a la educación”, n 4 c y d). También, sexto y último objetivo de UNESCO (2000 a). Desde entonces hay una Dirección de Calidad en la UNESCO.

<sup>80</sup> 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).

“aceptable”, al tiempo de “adaptada” a las necesidades; por otro lado, 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 indicadores<sup>81</sup>. Tales indicadores son un instrumento valioso para el control jurídico del cumplimiento del derecho a la educación y su conexión con la realidad. 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. Sin embargo, los malos resultados de la enseñanza en España y el estrepitoso fracaso escolar, difícilmente pueden ser corregidos jurídicamente alegando la vulneración del derecho a la calidad.

*d) Adaptabilidad de la educación y la determinación de sus contenidos*

La adaptabilidad hace referencia a la pertinencia del currículo y la oferta educativa de acuerdo a contextos y poblaciones específicas<sup>82</sup>. Además de la educación para la paz, la tolerancia, la democracia y los derechos humanos, etc. en los textos internacionales no es difícil encontrar referencias al conocimiento de su propia identidad, idioma y valores nacionales (art. 20. 3 y 29. 1 c) CDN)<sup>83</sup>. Y, en todo caso, la educación ha de “facilitar el acceso a los conocimientos técnicos y a los métodos modernos de enseñanza” (art. 28. 3 CDN). La programación de la enseñanza (art. 27. 5 CE) incluye la determinación de competencias y contenidos. Sin necesitar ley por no suponer aspecto “intrínseco” al derecho a la educación<sup>84</sup>, el Estado fija los elementos mínimos como básicos, que son desarrollados por las Comunidades Autónomas<sup>85</sup>, luego los centros docentes completan, en su caso, el currículo de las diferentes etapas y ciclos en uso de su autonomía (art. 6 LOE). La reforma de 2013 viene a redistribuir el peso de unos y otros en la fijación de objetivos y contenidos, habiéndose sido acusada de cierta recentralización en la materia por la asunción de mayores porcentajes de contenidos por el gobierno central. No obstante, habrá que estar a la aplicación efectiva de la normativa porque se conceden también facultades importantes a las Comunidades Autónomas. La regulación estatal y autonómica es abundantísima. La conferencia de rectores y cada universidad se suman a los agentes que determinan los contenidos en la enseñanza superior. En todo caso, el TEDH concede a los Estados frente a los padres una intensa potestad discrecional para fijar los contenidos de la educación<sup>86</sup>, como también el Tribunal Constitucional (STC 5/1981 FJ 8.). Eso sí, el adoctrinamiento está proscrito, como el TEDH subraya<sup>87</sup> y afirma el Tribunal Constitucional (ATC 359/1985, FJ 2), prohibición en la que ha insistido recientemente el Tribunal Supremo respecto de la

---

<sup>81</sup> 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 (2007, pp. 158 y ss.) con fundamentación jurídica.

<sup>82</sup> OG 13, párrafo 7 y TOMASEVSKI (2004 a, p. 349).

<sup>83</sup> También, NACIONES UNIDAS (2002), artículo 4.

<sup>84</sup> STS de 30 junio 1994 (RJ 1994\5277), en especial FJ 10.

<sup>85</sup> Se trata de una regulación estatal y autonómica exhaustiva y abundantísima.

<sup>86</sup> STEDH Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen, de 7 de diciembre de 1976 (ap. 26); STEDH Valsamis, de 18 diciembre 1996, n 28. Más recientemente, Alejandro Jiménez Alonso y Pilar Jiménez Merino, Folgero contra Noruega, de 20 de junio de 2007 y Hasan Zengin, de 9 de octubre de 2007, sobre educación religiosa y de orientaciones filosóficas.

<sup>87</sup> STEDH Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen, de 7 de diciembre de 1976, n 53, reiterada recientemente en STEDH Folgero y otros, de 29 de junio de 2007, n 84, letras g) y h)] o Hasan Zengin contra Turquía, de 9 de octubre de 2007.

asignatura “Educación para la ciudadanía”<sup>88</sup>.

### **2. 3. Otros derechos y facultades que también integran el derecho a la educación**

Más allá de lo subrayado, existen otros derechos y facultades que integran el derecho a la educación como son:

- la articulación del procedimiento, que, con las garantías y cautelas necesarias, haga posible las pruebas o exámenes” (ATC 855/1987, de 8 de julio, FJ 2), que garantice la objetividad y guarde una motivación suficiente que lo haga susceptible de revisión jurisdiccional. El derecho a la evaluación continua puede restringirse por no asistir a clase (art. 44. 2 Real Decreto 732/1995) o como sanción.

- 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 4). La regulación fija así como los requisitos de edad o rendimiento fijados las pruebas de progresión (como las nuevas introducidas por la reforma de 2013). Resulta polémica la progresión de los 300.000 alumnos superdotados<sup>89</sup> (arts. 76 y 77 LOE). Según el régimen actual (Real Decreto 943/2003), si las medidas ordinarias se consideran insuficientes se pueden flexibilizar la duración de los diversos niveles y etapas del sistema educativo hasta un máximo de tres veces en la enseñanza básica y una sola vez en las enseñanzas postobligatorias, regla que hoy día excepcionalmente se puede también flexibilizar<sup>90</sup>.

- El derecho a obtener el reconocimiento oficial de los estudios realizados y los títulos correspondientes<sup>91</sup>. La validez de los títulos en toda España justifica la competencia estatal básica del artículo 149. 1 30ª CE.

- También el derecho a la educación incluye el derecho a recibir la educación en lengua comprensible, no a elegirla<sup>92</sup>. Como es sabido la cuestión es social, política y jurídicamente conflictiva y ha suscitado cambios a partir de la STC 31/2010, sobre el Estatuto de Cataluña afirma que “los particulares [son] titulares del derecho a recibir la

---

<sup>88</sup> SSTS de 11 de febrero de 2009, en concreto recurso 905/2008, FFJJ 6 y 10.

<sup>89</sup> Datos de MEC (2000).

<sup>90</sup> STS de 21 de febrero de 2007 (REC. 1379/2003; S. 3.ª) se ratifica la sentencia de la Audiencia Nacional de 30 de septiembre de 2002 y anula una norma estatal que limitaba sin flexibilidad el máximo de cursos a adelantar.

<sup>91</sup> STEDH régimen lingüístico belga, de 23 de junio de 1968. En concreto, apartado F) 4 42 o STS de 11 junio 1996 (RJ 1996\5122), FJ 3 .

<sup>92</sup> 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. No es discriminatorio ni implica una “despersonalización” el hecho de obligar a un niño a estudiar en profundidad una lengua nacional que no es la suya propia. STEDH régimen lingüístico belga, de 23 de junio de 1968. La CE no regula directamente la cuestión, pero hay una jurisprudencia bastante perfilada, siendo básica la STC 337/1994, cuestión sobre la ley catalana de normalización lingüística. De esta sentencia derivan no pocas reglas de interés: el catalán puede ser lengua docente (FJ 9), así como el “centro de gravedad”. La Administración competente es la que elige la lengua de comunicación (FJ 10), incluso más allá del aula, donde en todo caso no puede prohibir el uso del castellano (FJ 21). No hay ningún derecho constitucional a elegir lengua (FJ 9) y con la enseñanza en estudios básicos se satisface el deber de conocer el castellano (FJ 10). También es obligatorio conocer la lengua cooficial (FJ 14 y STC 87/1983, FJ 5) y se admite la imposición de un conocimiento suficiente de la misma para acceder al título (FJ 17). Eso sí, sobre la base del artículo 27. 2 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”. De ahí que se dan unas exigencias para asegurar un mínimo dominio, con ponderación y progresividad y medidas de apoyo, también medidas flexibles para quienes se incorporan tardíamente a las enseñanzas desde otros territorios(FJ 11).

enseñanza en cualquiera de ellas [las lenguas]” en el grado que determinen las autoridades, pero en ningún caso con exclusión del castellano” (FJ 24º), “el castellano también ha de ser lengua vehicular y también hay derecho a recibir la enseñanza en castellano, no sólo en catalán” (FJ 20º). Desde 2010 se han dado diversos incumplimientos de sentencias del TS por las autoridades educativas de Cataluña. Con notoria polémica, la reforma de la LOE de 2013 ha reforzado la posición del castellano tanto como lengua vehicular “en una proporción razonable” así como en los contenidos de enseñanza. También, para garantizar que los hijos puedan recibir enseñanza en castellano el Estado puede llegar a asumir el estado el coste de la escolarización en centros privados si fuera la única vía (Disp. Ad. 38ª LOE). También es polémica la posibilidad de impartir materias del currículo en lenguas extranjeras, lo cual también ha sido reforzado en 2013.

## Sujetos

### *El menor como titular natural del derecho a la educación y los colectivos específicos*

El alumno es el *sujeto* central de la enseñanza. La legislación educativa reconoce un estatuto de derechos en su condición de alumno (art. 6 LODE, art. 46 LOU). Aunque son sus principales beneficiarios<sup>93</sup>, los menores no son los exclusivos titulares de este derecho, pero sí los titulares naturales del derecho a la educación<sup>94</sup>. Este factor condiciona todo el régimen jurídico de la enseñanza y el estatuto de los miembros de la comunidad educativa, puesto que, de un lado, se deriva una presunción *iuris et de iure* de necesidad de protección y garantía particular por todos los agentes educativos<sup>95</sup>. De otro lado, el objeto constitucional de la educación (27. 2 CE) se ha de lograr esencialmente en la enseñanza de menores de edad, que es cuando tiene lugar el fundamental desarrollo de la personalidad.

*a) La no discriminación por sexo en la educación. El sexo como criterio para el acceso y admisión a la educación: la educación separada y diferenciada*

La prohibición de discriminación protege específicamente en la educación también a mujeres, discapacitados y extranjeros, así como por ejemplo, niños con SIDA<sup>96</sup>. También está especialmente prohibida la discriminación racial y contra minorías<sup>97</sup>. O, por ejemplo, hay que ser especialmente vigilante ante sistemas de clasificación temprana de los alumnos sobre la base de su capacidad, como el caso alemán<sup>98</sup>. Respecto de los contenidos, la igualdad en general y en particular la de sexo es elemento transversal del contenido de las enseñanzas (arts. 23-25, Ley Orgánica 3/2007), incluso en el ámbito universitario (art. 3. 5 Real Decreto 1393/2007). En la LOE es una constante. Y todo ello se proyecta en la prolija normativa estatal y autonómica curricular así como en el proyecto educativo del centro educativo (art. 121. 2 LOE). Más allá de los contenidos, en los centros ha de existir una persona que impulse medidas educativas que fomenten la igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres,

---

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 110.

<sup>94</sup> TOMASEVSKI (2004 a, p. 354).

<sup>95</sup> ALÁEZ CORRAL (2003 a, p.154).

<sup>96</sup> Así, NACIONES UNIDAS-Comité de Derechos del Niño (2001, n 10).

<sup>97</sup> *Ibidem*, n 11.

<sup>98</sup> Se describe y analiza en NACIONES UNIDAS- MUÑOZ VILLALOBOS (2007 a).



designada por el Consejo escolar (art. 126. 2 LOE), órgano que tiene la competencia de favorezcan 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 Convención de 1960 contra la discriminación en la enseñanza prohíbe como “discriminación” las limitaciones de acceso o promoción, a personas o grupos, sistemas separados (art. 1). Los países occidentales han superado básicamente los problemas de acceso femenino<sup>99</sup>, al punto de que las mujeres superan a los hombres en la enseñanza postobligatoria, aunque se han detectado tasas de escolarización obligatoria menores en niñas norteafricanas, en edades obligatorias<sup>100</sup>. Persisten en todo caso preocupantes tendencias de concentración de mujeres en determinadas enseñanzas universitarias<sup>101</sup>.

Una cuestión polémica es la de la constitucionalidad de la educación separada o diferenciada<sup>102</sup> frente a la coeducación conjunta de los sexos. Este tipo de educación está presente incluso en la red pública, como sucede en EEUU, Alemania y, más recientemente en Francia<sup>103</sup>. En perspectiva internacional, la educación separada no es discriminatoria “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” (artículo 2 de la Convención de 1960 contra la discriminación en la enseñanza). A nuestro juicio, en el marco constitucional cabe tanto optar por la enseñanza separada en los centros públicos, cuanto, en el extremo contrario, sería posible imponer la coeducación conjunta incluso en la enseñanza privada no subvencionada. Se trata de una decisión legítima que debe adoptar y asumir del legislador. En España, la actuación normativa y judicial al respecto ha sido un verdadero despropósito. Baste únicamente señalar su último estadio: las SSTs de 23 y 24 de julio de 2012 concluyeron a partir de la LOE que los centros educativos privados que estén financiados con fondos públicos no pueden llevar a cabo una enseñanza que separe a niños y niñas. Y la reacción del legislador en 2013 ha sido contundente: “En ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto.” (art. 84. 3º LOE).

#### *b) El acceso a la educación por los extranjeros y su integración educativa*

Respecto de los extranjeros<sup>104</sup>, entre otras cuestiones, se suscita la de la extensión completa del derecho a la educación a los irregulares. Y lo cierto es que la normativa internacional no parece apoyar la extensión de derechos educativos<sup>105</sup>, incluso se niega

---

<sup>99</sup> Así, en UNESCO (2000 b).

<sup>100</sup> DEFENSOR DEL PUEBLO (2003 b), p. 272), recomendación 8ª.

<sup>101</sup> En Ciencias de la Salud, 74,2% son mujeres, y son el 62,8% en Ciencias sociales y jurídicas y el 62,9% en Humanidades. Pero sólo un 27,4% en las Enseñanzas técnicas. MEC-CONSEJO DE COORDINACIÓN UNIVERSITARIA (2008).

<sup>102</sup> Al respecto, no jurídicamente, SALOMONE (2007).

<sup>103</sup> Datos de interés en voz “Educación diferenciada” <http://es.wikipedia.org/wiki/Diferenciada>

<sup>104</sup> Recientemente EMBID IRUJO (2004) y PÉREZ VERA (2006), a la sazón magistrada del Tribunal Constitucional que iba a resolver la STC 237/2007.

<sup>105</sup> Así parece implícito en la Convención de 1960 contra la discriminación en la enseñanza (art.3 c) y España no 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 (Resolución 45/158, de 18

de forma expresa<sup>106</sup>. Sin embargo, en 2005 el TEDH ha afirmado para toda persona el derecho de acceso a la educación elemental<sup>107</sup> y, yendo más allá, el Tribunal Constitucional español ha extendido a todos el acceso a las enseñanzas no obligatorias y el acceso al sistema de becas<sup>108</sup>. De este modo son nulas las convocatorias de becas que exigen ser residente para su obtención<sup>109</sup>. Ahora bien, el derecho al estudio postobligatorio no legaliza la situación de irregularidad<sup>110</sup>. El Derecho comunitario europeo 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 que residan en el territorio<sup>111</sup>, siendo que el TJCE en su sentencia del Pleno, de 17 septiembre 2002 ha perfilado el alcance de este precepto en un sentido bastante extensivo.

Uno de los problemas básicos es el de la integración del alumnado extranjero, que en la educación no universitaria se ha multiplicado por diez en diez años, siendo un 11,6 % en 2007, con cierto descenso desde entonces por la crisis. El racismo en la escuela es una realidad<sup>112</sup>, además los extranjeros tienen mayor fracaso escolar<sup>113</sup> y son víctimas del acoso en doble medida que los nacionales<sup>114</sup>. Los factores que inciden en los particulares problemas del alumnado extranjero son diversos<sup>115</sup> y también las soluciones propuestas<sup>116</sup>, a veces con eco en la normativa autonómica<sup>117</sup>. Las divergencias religiosas también es un elemento a tener en cuenta<sup>118</sup>. Otro problema, como desde hace años subraya el Defensor del Pueblo, es que importantes capas de la sociedad parecen

---

de diciembre de 1990), con su artículo 30 para educación. Y la Recomendación de 4 de mayo de 2005 no tiene fuerza jurídica. Ver UNIÓN EUROPEA (2005, p. 127).

<sup>106</sup> Anexo a la CSE “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”.

<sup>107</sup> STEDH Timishev, de 13 diciembre 2005, ver n 64 y ss.

<sup>108</sup> STC 236/2007, recurso a la Ley Orgánica 4/2000 de extranjería, FJ 8.

<sup>109</sup> Auto de octubre de 2008 –se conoce sólo por referencia periodísticas- de la Sala 3 de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional por el que suspende de manera cautelar la resolución de la Secretaría de Estado de Educación y Formación de 6 de mayo de 2008.

<sup>110</sup> STS de 20 abril 1999 (RJ 1999\4527) FJ 2.

<sup>111</sup> 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.

<sup>112</sup> *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.

<sup>113</sup> La puntuación en el Informe PISA 2006 de los extranjeros es 55 puntos inferior a la de sus compañeros nativos. Y el Defensor del Pueblo señala los resultados académicos significativamente peores en DEFENSOR DEL PUEBLO (2003 a), p. VIII).

<sup>114</sup> Así, DEFENSOR DEL PUEBLO (2007 a), p. 254).

<sup>115</sup> DEFENSOR DEL PUEBLO (2003 b), pp. 9 y ss.), entre los más importantes son la dificultad del idioma, así como, especialmente, la concentración de extranjeros en centros públicos y especialmente en contextos sociales más conflictivos y la falta de recursos adecuados.

<sup>116</sup> DEFENSOR DEL PUEBLO (2003 b), pp. 261 y ss. recomendaciones). Las soluciones propuestas pasan, básicamente, porque la integración plena sea un objetivo prioritario, a 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 integración.

<sup>117</sup> Ver para la Comunidad Valenciana, Ley 12/2008, de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia de la Comunitat Valenciana, artículo 35, Integración social del alumnado.

<sup>118</sup> SÁNCHEZ FERRIZ y ELÍAS (1995).

querer huir de los extranjeros y los centros concertados parecen situarse como un refugio, mientras que en los centros públicos un 10, 2% son extranjeros, sólo un 4, 6% en centros privados (4,6%)<sup>119</sup>. Internacionalmente, se apuesta por medidas contundentes que eviten la concentración<sup>120</sup> y el Defensor del Pueblo propone diversas medidas, sobre todo, el establecimiento de cupos de reserva para asegurar el promedio correspondiente<sup>121</sup>. Otro problema es que, en muchas ocasiones y especialmente en su incorporación, el alumnado extranjero tiene necesidades educativas especiales. La falta de satisfacción de estas necesidades educativas especiales –ya se trate de extranjero o de cualquier sujeto con las mismas, supone, sin duda, una lesión del derecho a la educación en su dimensión prestacional, si bien queda muy vinculado con el desarrollo legal y normativo de esta cuestión. A este respecto, la LOE contiene diversas garantías para la equilibrada distribución de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo (art. 84 y especialmente 87 LOE)<sup>122</sup>. La integración tardía en el sistema educativo es uno de los grandes retos respecto de este colectivo. En estos casos, debe favorecerse la incorporación de los mismos y “en todo caso” debe garantizarse en la edad de escolarización obligatoria (art. 78 LOE). “[A]tendiendo a sus circunstancias, conocimientos, edad e historial académico” (Art. 78. 2 LOE), deben existir programas específicos a fin de facilitar su integración en el curso correspondiente (art. 79 LOE). Especialmente polémicas son las medidas de educación segregadora de extranjeros, previa a su incorporación ordinaria, como en Cataluña<sup>123</sup>. Son medidas no habituales en Europa<sup>124</sup>. Consideramos que en abstracto no son inconstitucionales, sino precisamente un medio transitorio para el logro de una mejor integración y eficaz disfrute del derecho a la educación del extranjero. Pero obviamente no pueden erigirse en un fraude para encubrir una voluntad discriminadora.

*c) Acceso efectivo a la educación por discapacitados y el (nuevo) derecho fundamental a una educación inclusiva*

Entre un 15 y un 20% de todos los alumnos tienen necesidades especiales en algún momento de su itinerario educativo<sup>125</sup>. El TEDH en febrero de 2006 dejó al ámbito de discrecionalidad del Estado el tratamiento de las necesidades especiales tanto en centros ordinarios como en centros especiales<sup>126</sup>. Ahora bien, en diciembre de 2006, la Asamblea General en su resolución 61/106 aprobó la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España en 2007 y ya en vigor. Este tratado

<sup>119</sup> Ver, DEFENSOR DEL PUEBLO (2003 a), pp. 409 y ss., en concreto 414 y ss.).

<sup>120</sup> NACIONES UNIDAS- MUÑOZ VILLALOBOS (2004, pp. 20 y ss. n 88, 89 y 100).

<sup>121</sup> DEFENSOR DEL PUEBLO (2003 a), pp. VI-VII) y (2003 b), pp. 265-266, recomendaciones). Además de la señalada, campañas específicas a los inmigrantes para informarles de la gratuidad de los centros concertados, incrementar el control de las autoridades.

<sup>122</sup> Con reflejo en la normativa autonómica, por ejemplo, artículo 30.4 Decreto 33/2007 de la Comunidad Valenciana y artículo 41 de la Orden del Conseller de Cultura, Educación y Deporte, de 27 de abril de 2007.

<sup>123</sup> “Espacios de Bienvenida Educativa” en Cataluña para inmigrantes mayores de ocho años que presenten mayores dificultades, que permanecen en los mismos hasta nueve meses.

<sup>124</sup> La segregación sólo se da en países con un índice bajo de inmigración, como Finlandia. En Francia hay clases de "equiparación de nivel", clases adicionales en Reino Unido, o el refuerzo fuera de los centros en Alemania, ver “La segregación no tiene aliados”, en *El País*, de 21 de julio de 2008.

<sup>125</sup> NACIONES UNIDAS- MUÑOZ VILLALOBOS (2007 b), se cita el estudio de Jonsson, Ture, Wiman, Ronald.

<sup>126</sup> STEDH D.H. y otros, de 7 febrero 2006, n 47.

obliga a la educación inclusiva (art. 24)<sup>127</sup>. En consecuencia, el derecho a la educación del artículo 27 CE se traduce vía artículo 10. 2 CE en el derecho a una educación inclusiva que hace de la educación especial segregada una excepción residual<sup>128</sup>, sin perjuicio de que siga existiendo de forma subsidiaria<sup>129</sup>. En virtud de este derecho, no sólo se trata de integrar a los discapacitados en las escuelas ordinarias, sino que exige el apoyo adicional que, de lo contrario, conllevaría al aislamiento del alumno en el sistema ordinario<sup>130</sup>.

La normativa española es muy prolija e incide más o menos directamente en el ámbito educativo<sup>131</sup>. 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. LOE), entre los que están 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 escolar<sup>132</sup>] e inclusión y asegurará su no discriminación y la igualdad efectiva en el acceso y la permanencia en el sistema educativo”. También se afirman en otras normas los principios de sectorización e individualización<sup>133</sup>. La escolarización en centros de educación especial es “excepcional”<sup>134</sup>. Periódicamente se evaluarán los resultados para revisar la modalidad de escolarización a fin de la mayor integración. El derecho a la educación de este alumnado se extiende a todos los niveles y educaciones que sean posibles (artículos 14-16 Real Decreto 696/1995) y su permanencia puede extenderse hasta los veintiún años. Con el reconocimiento del nuevo derecho fundamental a la educación inclusiva se hace más intensa la obligación de cumplir con las necesidades educativas especiales, pues se integran en la respectiva facultad prestacional del derecho a la educación. Cabe tener en cuenta, entre otros, el artículo 6.1 h) LODE así como exigencias de accesibilidad y el cumplimiento de la legislación al respecto (art. 110 LOE, Ley 51/2003). En las universidades, el artículo. 46.2 b) y una amplia Disp. Ad. 24ª LOU que entre otras cosas se reconoce “el derecho a la exención de tasas y precios públicos”.

---

<sup>127</sup> Su 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

<sup>128</sup> Se niega por tanto el paradigma de la educación segregada, NACIONES UNIDAS- MUÑOZ VILLALOBOS (2007 b) pág 7, n 11. Ver también, UNESCO (2005, p. 9).

<sup>129</sup> NACIONES UNIDAS- MUÑOZ VILLALOBOS (2007 b, n 40, p. 15).

<sup>130</sup> *Idem*.

<sup>131</sup> Así, la Ley 13/1982, Ley 51/2003; Ley 49/2007, Ley 27/2007. La normativa de desarrollo de interés es el Real Decreto 505/2007; Real Decreto 1494/2007; Real Decreto 366/2007; Real Decreto 1417/2006; Real Decreto 1414/2006; Real Decreto 1865/2004.

<sup>132</sup> Real Decreto 334/1985, de 6 de marzo, de Ordenación de la Educación Especial, lo define en su Exposición de motivos.

<sup>133</sup> *Idem*, que se reciba la educación que se necesita según individuo.

<sup>134</sup> Artículo 13 Real Decreto 696/1995, de Ordenación de la Educación de los alumnos con necesidades educativas especiales, artículo 74 LOE y artículo 1 Real Decreto 334/1985, de 6 de marzo, de Ordenación de la Educación Especial

*d) Las particularidades respecto de alumnos gitanos, presos y trabajadores*

La segregación de gitanos en la educación ha sido una cuestión especialmente polémica en el marco europeo<sup>135</sup>. El TEDH<sup>136</sup> en su STEDH D.H. y otros de 7 febrero 2006 considera dentro del ámbito de discrecionalidad del Estado el tratamiento de la inclusión educativa, permite el tratamiento de las necesidades especiales tanto en centros ordinarios como en centros especiales (ap. 47). Entiende asimismo 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 (ap. 48 y 49) y que, además, se contaba con un consentimiento paterno suficiente (ap. 50 y 51). En el caso de España no se da esta polémica, si bien se detecta (como en Grecia) una alta tasa de deserción escolar y el absentismo de los niños romaníes<sup>137</sup>.

Respecto de los presos, el Tribunal Constitucional afirma su derecho a la educación pero “sujeto a las modulaciones y matices derivadas de su situación”<sup>138</sup>, que, pueden conllevar que dejen de tener acceso a los medios informáticos en razón de un cambio de centro penitenciario, por ejemplo<sup>139</sup>. El Defensor del Pueblo ha recomendado que los cambios de módulo en un mismo centro no interrumpen su asistencia a clase<sup>140</sup>.

Por cuanto al derecho a la educación de los trabajadores, más allá de su claro vínculo con la formación profesional, legalmente se han reconocido “derechos” en el artículo 23. 1 del Estatuto de los Trabajadores a permisos, preferencias en turnos, adecuación de jornada, etc.<sup>141</sup>

***Los padres u otras personas responsables de la educación del menor***

El TEDH afirma que los padres “tienen el deber natural de asegurar la educación de sus hijos”<sup>142</sup>, “Su preocupación fundamental será el interés superior del niño” (art. 18 CDN). Los padres son los primeros destinatarios de la obligación y al Estado le corresponde una función supervisora y aseguradora<sup>143</sup>, como ratifica el artículo 39. 3 CE. 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) 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 familiar<sup>144</sup>. Ello no obsta que

---

<sup>135</sup> En diversos países se escolarizan a los niños romaníes en escuelas especiales para niños con ligera discapacidad mental (Hungria, Eslovaquia República Checa). Ello ha generado una grave preocupación en ámbitos internacionales mundiales y europeos (todo ello reflejado en UNIÓN EUROPEA (2005 Y 2006), así como la Recomendación CONSEJO DE EUROPA (2000).

<sup>136</sup> Previamente, la STEDH Coster, de 18 enero 2001, señaló que una medida de ordenación urbanística de emplazamiento de caravanas de gitanos no había lesionado el derecho a la educación de los niños.

<sup>137</sup> Así, UNIÓN EUROPEA (2005 y 2006).

<sup>138</sup> STC 140/2002, caso del preso que pide ordenador en la cárcel de “El Dueso”, FJ 4, con remisión a la STC 175/2000, por cuanto a las modulaciones de derechos de los presos.

<sup>139</sup> *Ibidem*, FJ 5.

<sup>140</sup> Así, DEFENSOR DEL PUEBLO (2008, p. 1.430, ref. 06009268).

<sup>141</sup> Conflictividad en sentencias STSJ Madrid (Social) de 21 mayo (AS 2002\2373) y STSJ Navarra (Social), de 25 julio (JUR 2001\271188), ver, FJ 3.

<sup>142</sup> La STEDH D.H. y otros, de 7 febrero 2006, n 51.

<sup>143</sup> ALÁEZ CORRAL (2003 a, pp. 90-91).

<sup>144</sup> En este sentido, el TEDH, en el Asunto Olsson de 24 de marzo de 1988.

tengan reconocido 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. 3 CE). 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 conveniente<sup>145</sup>. También la ley reconoce a los padres su derecho a la información y la participación en el proceso educativo y en los centros (art. 4 letras b y c) LODE) o el derecho a la asociación para el contexto específico de la educación (art. 5. 1 LODE). En ocasiones, los padres suplen la falta de capacidad de obrar y ejercen en beneficio de menor sus derechos<sup>146</sup>, no ya como derechos, sino como deberes (art. 5. 2 LODE): la efectiva escolarización, el disfrute de las ayudas y becas existentes, la dotación de los recursos y condiciones posibles para el progreso escolar, así como el compromiso y estímulo del progreso de sus hijos (art. 5. 2 LODE). El incumplimiento más grave de estos deberes puede tener consecuencias civiles e incluso penales.

### ***Docentes y centros***

Los docentes y los centros están en la primera línea del ejercicio del derecho a la educación, que finalmente depende del buen hacer de los docentes. La educación queda, pues, en manos de más de 700.000 docentes en España<sup>147</sup> integrados en más de 25.000 centros educativos y unas 90 universidades.

Tanto docentes como centros quedan particularmente garantizados por las libertades de la enseñanza<sup>148</sup> (libertad de cátedra, art. 20. 1 c) CE; creación y dirección de centros privados, carácter propio, art. 27.6 CE; autonomía legal de centros públicos, art. 120 LOE y las universidades gozan de autonomía (art. 27. 10 CE). Que al alumno (o sus padres) no le gusten los medios o modos del docente no necesariamente lesiona el derecho a la educación u otros derechos del alumno, quien no puede dejar de asistir a las clases de un profesor por sus discrepancias de este tipo<sup>149</sup>. Al mismo tiempo, 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, conocido previamente, es una obligación jurídica para el alumno (y sus padres) (art. 115 LOE), que tiene que respetarlo y no atacarlo, si bien no hay que “convertirse en apologista del mismo”<sup>150</sup>. En el caso de los centros públicos, el proyecto educativo del centro (art. 121 LOE) y su proyección en las normas de convivencia y la aplicación de las mismas podría, en su caso, suscitar conflictos concretos con el derecho a la educación de los alumnos, que de forma concreta cabría enjuiciar.

### ***Instituciones y órganos de garantía de la educación***

Pese a las severas dificultades reales por las que atraviesa en la realidad el

---

<sup>145</sup> SAP Málaga de 6 junio (AC 2005\1654), FJ 3.

<sup>146</sup> ALÁEZ CORRAL (2003 a, p. 93).

<sup>147</sup> El profesorado total en Enseñanzas de Régimen General es de 613.082 (449.012 -73,2%-en centros públicos y 164.070 -26,8%-en 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)

<sup>148</sup> La doctrina es muy abundante, por su claridad, RODRÍGUEZ COARASA (1997).

<sup>149</sup> STSJ Madrid, de 15 de septiembre de 2004.

<sup>150</sup> STC 5/1981, FJ 10.

derecho a la educación muchas posibles lesiones del derecho no llegan nunca a los tribunales. Lo cual no quiere decir que no cuente con garantías efectivas. 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.

En un sentido amplio, “garantías” del derecho a la educación son medios de realización del derecho, institutos jurídicos para facilitar su ejercicio y reaccionar ante los diversos incumplimientos. Y en este sentido son muchas tales garantías: reserva de ley, programación educativa y creación de centros, conciertos educativos, becas y ayudas, gratuidad de la enseñanza, garantías de la evaluación del alumnado, régimen disciplinario del alumnado, etc. A las anteriores, cabe añadir el “derecho básico” (artículo 6. 3 d) LODE) de información y orientación a alumnos y padres, o de criterios de evaluación<sup>151</sup>. También es un derecho de naturaleza fundamental el de la participación en la enseñanza (art. 27.7º CE), con amplio desarrollo legislativo. Como se ha adelantado, de singular relevancia es la garantía administrativa, en particular la Inspección educativa. La “Alta inspección educativa” (art. 149 y ss. LOE, D. Ad. 23 LOU) hoy día es casi residual y el control educativo real se da por la “inspección educativa” de las Comunidades Autónomas. 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, de ahí la importancia de los órganos de escolarización y las especiales garantías de la igualdad en la aplicación de las normas de admisión en la escolarización, sobre las bases del artículo 86 LOE, LA normativa autonómica es la que perfila estas garantías. 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. Aunque se trata de un problema ancestral y desgraciadamente asumido culturalmente, la violencia, abuso y acoso entre iguales en el ámbito escolar, esto es, entre alumnos, es objeto de preocupación en los últimos años, y de interés creciente. Es más, el *ciberbullying* con todas sus modalidades que se propaga geoméricamente entre nuestros jóvenes. La reacción institucional en todos los niveles cada vez es más importante, así como insuficiente. El uso generalizado de las nuevas tecnologías, internet y la telefonía móvil suscitan para el menor enormes peligros para su privacidad así como su integridad, con actividades ilícitas frecuentemente vinculadas con el ámbito escolar. Frente a los ilícitos, a las anteriores garantías cabe sumar la creciente atención del fenómeno por la Agencia Española de Protección de Datos y las agencias autonómicas.

A las garantías anteriores frente a estos fenómenos hay que subrayar que 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. 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, Consejo Escolar, claustro de profesores, Director del centro educativo). En las Universidades (art. 27. 10º CE, Consejo de Gobierno, Rector centros, institutos y departamentos y la dirección de los mismos, así como la emergente figura del defensor universitario.

Asimismo, en el ámbito educativo y por la especial vinculación con el menor,

---

<sup>151</sup> STC 235/1991, FJ 4.

cabe tener en cuenta la actuación de fiscalía. La Fiscalía de menores puede adoptar medidas cautelares o acciones judiciales civiles y penales, de oficio, a instancia del menor afectado o de sus representantes legales. También puede defender los derechos del menor, velar por sus intereses y por el respeto de las garantías procesales que redunden en su beneficio (6 LORPM). La Fiscalía puede 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.

La actuación de los ombudsmen tiene especial interés en el ámbito escolar. Entre un 20 a un 40% de las actuaciones individuales del Defensor del Pueblo están vinculadas a la educación<sup>152</sup>, constituyendo un apartado diferenciado en sus memorias anuales. Y ello es extensible a las figuras afines autonómicas<sup>153</sup> y los defensores del menor<sup>154</sup>.

A todas las garantías anteriores cabe añadir, obviamente, la actuación judicial. Los supuestos relativos a la educación tienden a concentrarse en el ámbito contencioso administrativo, puesto que son los poderes públicos los primeros obligados y también lo son del control y fiscalización de los centros públicos y privados. Debe señalarse que, como derecho fundamental prestacional, la protección judicial de este derecho desde 1978 ha sido –y es– muy timorata y conservadora.

Finalmente, cabe observar las garantías internacionales. En el ámbito mundial son típicos los sistemas de informes periódicos o puntuales ante comités de expertos: así en el marco de la CDN, de la que emanan observaciones generales y finales respecto de cada país, lo que también sucede en el marco del PIDESC (con quejas individuales) u otros convenios que transversalmente afectan a la educación<sup>155</sup>. 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 conciliadora. 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 2004<sup>156</sup> por parte del Consejo de Derechos Humanos (antigua Comisión de Derechos Humanos) y el Consejo Económico y Social.

---

<sup>152</sup> Se afirma un 40% en ESCOBAR ROCA (2009, p. 611). Mi examen de la Memoria de 2006 lleva supone 3.289 quejas individuales de un total de 14.903 (22%).

<sup>153</sup> Estas figuras existen en Andalucía, Aragón, Asturias, Canarias, Castilla y León, Cataluña, Comunidad Valenciana, Galicia, Navarra, País Vasco y Rioja.

<sup>154</sup> En Madrid - Ley 5/1996- y Comisionado del Menor-Pare d'Òrfens en Comunidad Valenciana, Ley 12/2008, artículos 162 y ss.

<sup>155</sup> Comités correspondientes de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial y de la Convención contra la discriminación de mujeres de 1979. 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 de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), de 7 de junio de 2004. Cuarto informe. Teóricamente, quinquenal, Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, de 28 de abril de 2004; Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 7 de julio de 2004.

<sup>156</sup> 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).



Ya en el ámbito regional europeo, en el marco de la Carta Social Europea caben las reclamaciones colectivas<sup>157</sup>, significativas en los últimos años en materia de protección de castigos físicos del menor y del autismo. En todo caso, destaca la fiscalización propiamente jurisdiccional del TEDH del derecho a la instrucción, con más de veinte sentencias aquí examinadas. La educación excede en principio de las competencias de la Unión Europea, si bien hay una gran expansión e importante institucionalización<sup>158</sup>. Y la actividad realizada puede ser objeto de revisión jurisdiccional.

### Los límites y restricciones y el deber de educación

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”<sup>159</sup> que el derecho comporta. Puede haber una regresión por comisión directa<sup>160</sup>, aunque lo más frecuente es que las vulneraciones del derecho a la educación se produzcan a través de actos de omisión<sup>161</sup> o incapacidad<sup>162</sup>. Si se trata de educación privada, hay responsabilidad por la omisión de la diligencia debida para corregir el comportamiento de actores no estatales<sup>163</sup>. Finalmente, 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”<sup>164</sup> y, en todo caso, tiene la obligación de corregir de inmediato la medida<sup>165</sup>.

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. También, para que la restricción sea admisible habrá de contar con suficiente base legal<sup>166</sup>, certeza y previsibilidad<sup>167</sup>. Si así es, habrá de realizarse el oportuno juicio

---

<sup>157</sup> Ver JIMENA QUESADA (2007).

<sup>158</sup> En el seno de la Comisión Europea existe la Dirección General de Educación y Cultura. El Parlamento Europeo tiene una Comisión de Cultura y Educación. Una de las formaciones en que se reúne el Consejo de la Unión Europea es el Consejo de Educación, Juventud y Cultura. Es relevante la acción del 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.

<sup>159</sup> Directrices de Maastricht sobre Violaciones de los DESC, cit., n 11.

<sup>160</sup> Se tratará de “la derogación o suspensión oficiales de las disposiciones legislativas necesarias; la denegación activa; 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; medidas deliberadamente regresivas; 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”. Directrices de Maastricht sobre Violaciones de los DESC, cit., n 14.

<sup>161</sup> Tampoco será nada frecuente una omisión absoluta de acción, que supusiera la total inactividad para la satisfacción del derecho. ESCOBAR ROCA (2008).

<sup>162</sup> Directrices de Maastricht sobre Violaciones de los DESC, cit., n 15.

<sup>163</sup> *Ibidem*, n 18.

<sup>164</sup> *Ibidem*, n 13.

<sup>165</sup> NACIONES UNIDAS (2004, p. 30).

<sup>166</sup> “[L]a Constitución ha querido que la Ley, y sólo la Ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental”, STC 292/2000, FJ 11.

<sup>167</sup> STC 292/2000, FJ 15.

de constitucionalidad de la restricción. 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 ponderados<sup>168</sup>. Finalmente, “tal regulación nunca debe dañar la sustancia del derecho a la educación”<sup>169</sup>, esto es, el “contenido esencial” del derecho<sup>170</sup>.

Ello es así, al menos en la teoría, puesto que cuando se trata de proteger como derecho fundamental la dimensión social prestacional de la educación, nuestros tribunales miran hacia otro lado. Para ello basta ver la STS de 9 de mayo de 2011<sup>171</sup>, pionera por considerar 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 se estimó la lesión porque el afectado era un discapacitado con falta de medios en un centro de atención especial. Lamentablemente, 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.

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 generan deberes concretos cuyo incumplimiento puede suponer la aplicación del Derecho sancionador y, con él, la restricción del derecho a la educación. Además de la legalidad, en la aplicación del régimen sancionador deben respetarse las diversas garantías propias de este ámbito<sup>172</sup>, que en principio la regulación educativa recoge<sup>173</sup>. Para el Tribunal Constitucional las garantías procedimentales son cuestión de legalidad, no de constitucionalidad y no parece muy escrupuloso<sup>174</sup>.

El deber de la educación genera diversas obligaciones tanto para el estudiante cuanto para sus padres (si es menor), como lo son: la escolarización obligatoria, la asistencia a clase o la obligación de estudio y rendimiento. En este sentido, hay que tener en cuenta el fenómeno de la enseñanza libre y de la “educación en casa” (*homeschooling*) admitida históricamente en España<sup>175</sup>. El Código civil<sup>176</sup> exige formación integral del menor sin especificar que ello implique la necesaria escolarización. No obstante, desde la Ley 14/1970 la legislación asume que la obligatoriedad de la educación sólo se satisface con la escolarización, sin prever sistemas que garanticen la educación sin la escolarización ordinaria. Asimismo, la legislación estatal, autonómica, e incluso local impone el deber general de comunicar a

---

<sup>168</sup> STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 8.

<sup>169</sup> STEDH Mürsel Eren, de 7 febrero 2006 a (n 44) con remisión a STEDH régimen lingüístico belga, de 23 de junio de 1968 n 5).

<sup>170</sup> Artículo 53. 1 CE, sobre este concepto, por todos, STC 11/1981, FJ 8.

<sup>171</sup> STS de 9 mayo 2011. RJ 2011\4100.

<sup>172</sup> Doctrina desde STC 18/1981. Para el ámbito educativo EMBID IRUJO (1981, pp. 654 Y SS.); FERNÁNDEZ-MIRANDA y SÁNCHEZ NAVARRO (1996, p. 172).

<sup>173</sup> COTINO (2000), cabe tener en cuenta las puntualizaciones de PEMÁN GAVÍN (1994, pp. 451 y ss.).

<sup>174</sup> ATC 382/1996, FJ 4. Nada escrupulosa la STS 9 de mayo (1994/4370).

<sup>175</sup> 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.).

<sup>176</sup> Artículo 154 respecto de la patria potestad o el artículo 142 respecto de los alimentos.

las autoridades una posible no escolarización<sup>177</sup>.

El TEDH admite la escolarización forzosa, dejando su elección a los Estados<sup>178</sup>. Penalmente, la no escolarización puede considerarse 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). Ante la no escolarización, los jueces suelen dar una respuesta muy diferente se trate de un supuesto de desamparo<sup>179</sup> o de “objeción” al sistema educativo. Cuando no es por abandono, el Tribunal Supremo ha excluido la criminalización de los padres o tutores<sup>180</sup>, aunque se afirma que la no escolarización lesiona el derecho a la educación<sup>181</sup>. La STC 133/2010, de 2 de diciembre avala que el legislador imponga la escolarización obligatoria, fundamentada en el mejor logro del objeto constitucional de la educación del artículo 27. 2º CE, por el contacto del alumno en clase.

## Bibliografía

ALÁEZ CORRAL, Benito:

- *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003. Se sigue por la versión electrónica dispuesta en su web.

-“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.

APDCM, *Protección de datos personales para Centros Educativos Públicos*, Thompson-Aranzadi, Cizur, 2008.

BARNES VÁZQUEZ, Javier, “La educación en la constitución de 1978 (Una reflexión conciliadora)”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n 12, 1984, págs. 23-65.

CÁMARA VILLAR, Gregorio:

-“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

---

<sup>177</sup> Artículo 13. 2 Ley orgánica 1/1996. Autonómica, por ejemplo, la reciente 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 (art. 31, Del deber de los padres y representantes legales). La Administración local tiene atribuido “participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria” (art. 25.2 n) Ley de bases de régimen local).

<sup>178</sup> En este sentido, primero la extinta Comisión europea de derechos humanos (caso Renata Leuffen contra Alemania 9 de julio de 1992) y más recientemente el TEDH (STEDH Konrad de Fritz y otros, de 11 de septiembre de 2006), afirmando la falta consenso en la materia, por lo que deja la cuestión al ámbito de discrecionalidad de los Estados.

<sup>179</sup> Como en el caso de la SAP Valencia núm. 238/2002 (Sección 10), de 30 abril (JUR 2002\185690).

<sup>180</sup> La interesante STS de 30 de octubre de 1994 (Penal, 1669/1994) excluye la vía penal frente a modelos de enseñanza familiares o de comunidades cerradas. También, ver Sentencia SAP Granada núm. 112/1996, de 29 febrero, ARP 1996\88).

<sup>181</sup> SAP 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 (SAP Sevilla núm. 829/1999 (Sección 6), de 23 noviembre (AC 1999\2211).

- Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, págs. 265-306.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis: *Libertad de cátedra en una relación laboral con ideario: hacia una interpretación armonizadora de las distintas libertades educativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.
- COTINO HUESO, Lorenzo:
- (2012 a): *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012
  - (2012 b): “Derecho a la educación”, en ESCOBAR ROCA, Guillermo (dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2012
  - (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*.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier:
- (1998) “El derecho a la educación”, en *Parlamento y Constitución. Anuario*, n 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.
- 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.
- EMBID IRUJO, Antonio:
- (2000) *La enseñanza en España en el umbral del siglo XXI: consideraciones jurídicas*, Tecnos, Madrid, 2000.
- ESCOBAR, Guillermo:
- (2009) (Dir.), *Educación*, VI Informe sobre Derechos Humanos, FIO, Federación Iberoamericana de Ombudsman, Trama editorial, 2009. Disponible en la red.
  - (2011) (Dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.
- 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.
  - (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.
- 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 n 3, n 6, 1998, págs. 169-192. Disponible en *Dialnet*.
- LÓPEZ CASTILLO, Antonio, ÁLVAREZ JUNCO, José y FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, *Educación en valores: ideología y religión en la escuela pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

MEC *Datos y cifras curso escolar* Ministerio de Educación y Ciencia, Secretaría General Técnica, Oficina de Estadística, disponible en <http://www.mecd.gob.es/servicios-al-ciudadano-mecd/estadisticas.html>

MEC (2010): *PISA 2009. Programa para la Evaluación Internacional de Alumnos de la OCDE, Informe español*, MEC, Secretaría General de Educación, Instituto de Evaluación, Madrid, 2007.

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.

NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC:

OG 11: 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.

OG 13: 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.

PÉREZ ESPARRELLS, Carmen y MORALES SEQUERA, Susana (2012): “La descentralización de la enseñanza no universitaria en España: análisis de convergencia desde la perspectiva del gasto”, en *Presupuesto y Gasto Público* 67/2012, págs. 137-160, Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos, diciembre de 2012. Acceso completo en internet.

PÉREZ MURCIA, Luis Eduardo, “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, n. Extra 1, 2007, págs. 142-165. Disponible en *Dialnet*.

PUELLES BENÍTEZ, Manuel de:

- (1991) *Educación e ideología en la España contemporánea*, Labor, Barcelona, 1991.

- (2007 b) “¿Pacto de estado?: la educación entre el consenso y el disenso”, en *Revista de educación*, n 344, 2007 (Ejemplar dedicado a: Consenso y disenso: ¿es posible el pacto social en educación?), págs. 23-40. Disponible en *Dialnet*.

RODRÍGUEZ COARASA, Cristina, *La libertad de enseñanza en España*, Tecnos, Madrid, 1997.

ROLLNERT LIERN, Göran:

-(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

SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio:

-(1995) con JIMENA QUESADA, Luis, *La enseñanza de los derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1995.

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*, n 40, 2004, págs. 341-388.