



EXIGENCIAS DE LA IGUALDAD EN LA EDUCACIÓN Y LEGITIMIDAD DE ESPECIALIZACIONES NO DISCRIMINATORIAS

Isabel María de los Mozos

El derecho a la igualdad es siempre un derecho relativo por naturaleza: no existe por sí solo en cuanto tal porque, como se ha dicho, se trata de un derecho dependiente de carácter “no autónomo”¹ que se refiere siempre a concretos derechos y/o libertades, aun cuando éstos existen en sí mismos, propiamente porque se reconocen por igual a todos los que son sus titulares en abstracto; de lo contrario no se trataría de derechos y libertades, sino de privilegios, ya fueran activos (facultades exorbitantes), o pasivos (exenciones e inmunidades). De ahí la importancia de la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico². De hecho, en la vigente Constitución española de 1978, el derecho a la igualdad aparece en el art. 14, como pórtico o umbral del Capítulo donde se reconocen, en primer lugar, los derechos funda-

1. Vid., J. SUAY RINCÓN, *El principio de igualdad en la Justicia del Tribunal Constitucional*, IEAL, Madrid 1985, p. 152, donde afirma que la igualdad “es un derecho que no tiene vida propia, aparece siempre en relación con otro”.

2. Cfr., el art. 1.1 CE (Constitución española).

mentales y las libertades públicas de las personas³, así como, en segundo lugar, los derechos y deberes de los ciudadanos⁴, con diferente alcance jurídico en cada caso, en atención a su diferente naturaleza y consecuente gradación de la intensidad de su garantía, pero, en todo caso, por igual.

En la línea apuntada por el Tribunal Constitucional, cabe afirmar que el derecho a la igualdad forma parte del contenido esencial de todos los derechos y libertades de las personas por cuanto representa la normal condición de su reconocimiento formal⁵ y, asimismo, la condición necesaria para su garantía real y efectiva⁶. No es casualidad, por consiguiente, que tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos (en su art. 2)⁷, como los diferentes Tratados internacionales –donde los Estados se comprometen a reconocer y respetar de forma efectiva los derechos humanos y las libertades públicas– contengan normalmente un precepto general, de entrada (como *pórtico* o *umbral*), relativo a la igualdad en cuanto principio de carácter transversal y condición de la propia existencia de tales derechos y libertades.

3. Cfr., Sección primera del Capítulo segundo del Título I de la Constitución: arts. 15 a 29, a cuyo régimen se asimila el derecho a la objeción de conciencia del art. 30.2 del propio texto constitucional.

4. Cfr., la Sección segunda de dicho Capítulo segundo, del Título I de la Constitución, arts. 30 a 38; éstos no son en realidad sólo de los ciudadanos, mientras que algunos de los anteriores sí que son exclusivos de ellos (los del art. 23, con las salvedades del art. 13.2).

5. En la Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 86/1985 (FJ 3), a propósito del derecho a la educación de todos, se afirma que es su contenido esencial y no la regla de la igualdad (del art. 14), lo que debe ser considerado como medida de la constitucionalidad de los actos que puedan afectarle.

6. Vid., J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “Subvenciones al ejercicio de libertades y derechos fundamentales en el Estado social de Derecho: educación y sindicatos”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 47 (1985), p. 404; donde afirma que “lesionar la igualdad es también lesionar la libertad” o el derecho que constituyan el punto de referencia de un trato discriminatorio.

7. Además, dicho art. 2, en su apartado 2, dispone que no habrá distinción de personas, atendiendo a la condición política, jurídica o internacional de los países bajo cuya jurisdicción se encuentren.

Desde esta perspectiva general, como punto de partida, será necesario analizar cuáles son las condiciones negativas y positivas de esa igualdad necesaria, respectivamente, en el reconocimiento formal y en el ejercicio real de todas las facultades que integra el derecho fundamental a la educación (I), para analizar después algunas de las diferencias no prohibidas que las propias libertades educativas generan y que, por tanto, son manifestación de una diversidad educativa legítima (con independencia de su financiación pública), en la medida en que tales diferencias expresen las distintas posibles legítimas opciones que la misma libertad educativa puede comportar (II).

I. IGUALDAD NECESARIA

El derecho a la educación es un derecho humano con una importancia especial, desde el punto de vista de la igualdad real, por cuanto se trata de un derecho cuya efectividad –plena o no– puede condicionar el ejercicio de otros muchos derechos en la vida social. Teniendo en cuenta la finalidad fundamental de la educación y su relevancia para la integración social (art. 27.2 CE⁸), se trata de un derecho que, sin dejar de tener sustantividad propia, en la práctica puede convertirse en condición de ejercicio de otros muchos derechos⁹. De ahí su innegable importancia, desde esta perspectiva finalista e integradora que, a modo de dogma, los partidarios de la “escuela comprensiva” entienden no sólo como fin, sino como el único medio educativo posible que excluye, por tanto, cualquier otra opción legítima por la que pueda inclinarse la oferta escolar para alcanzar ese mismo fin educativo. Sin em-

8. “La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.

9. Vid., J. D. NORDMANN et Alfred FERNÁNDEZ, *Le droit de choisir l'école*, L'Age d'Homme, Lausanne 2000, pp. 18-19.

bargo, es más fácil alcanzar una integración real, también por la educación, desde una conciencia clara de la identidad propia, que desde una visión difuminada de uno mismo y de los límites de la realidad circundante¹⁰.

Para que el derecho a la educación no sea un privilegio de unos cuantos, sino un auténtico derecho humano fundamental de todas las personas, debe existir una igualdad necesaria e irrenunciable tanto en su reconocimiento formal, como en las condiciones precisas para su realización efectiva, que los Poderes públicos deben asegurar y garantizar con las respectivas medidas negativas y positivas, tendentes a que este derecho sea una realidad para todos sus titulares. Esta doble actuación pública, que precisa cualquier libertad en el marco del Estado social de Derecho¹¹ se hace más necesaria con respecto al derecho a la educación por cuanto, como ha destacado el Tribunal Constitucional, “(...) este derecho incorpora, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional”¹².

Partiendo del reconocimiento que la Constitución española vigente efectúa de este derecho en su art. 27¹³, lo primero que se

10. En este sentido se pronunciaba, el día 17 de febrero de 2004, el Director del Departamento de Educación de la Universidad de Navarra, A. RODRÍGUEZ SEDANO, en *La Gaceta de los Negocios*, afirmando que la mayoría de los casos de violencia en los colegios y en la vida social “son fruto de la inhibición que produce la pluralidad sin que previamente se haya constituido la identidad”.

11. El art. 9.2 de la Constitución establece: “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que implique o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

Vid., en este sentido, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Los derechos fundamentales y la acción de los Poderes públicos”, en *Revista de Derecho Político*, 15 (1982), pp. 23-24.

12. Cfr., la ya cit. STC 86/1985 (FJ 3), en *B.J.C.*, 52/53 (1985), p. 1002.

13. Vid., J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “El artículo 27 de la Constitución: análisis de su contenido. Doctrina jurisprudencial. Tratados Internacio-

deduce del precepto, en su apartado 1 (“Todos tienen derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza”), es que el derecho a la educación se predica de todos y que se reconoce en el marco de la libertad de la enseñanza¹⁴. Teniendo en cuenta que los distintos apartados de este artículo 27 desarrollan y confirman lo establecido por su mencionado apartado 1, resulta expresivo referirse al derecho de todos a la “educación en libertad” para sintetizar su contenido inescindible¹⁵ y calibrar el alcance global de las facultades que, en favor de sus titulares, comporta su reconocimiento¹⁶.

Esta impronta constitucional implica la necesidad de igualdad *en y para* la libre opción educativa, lo que exige, en primer lugar, unos mismos derechos y deberes de todos los educandos, como dispone el art. 2.1,a) de la Ley Orgánica de Calidad de la Educación (L.O. 10/2002, a partir de ahora, LOCE)¹⁷; y, en segundo lugar, “una igualdad de oportunidades de calidad”, a la que se refiere el art. 1,a) de la propia LOCE¹⁸. Igualdad que, en último término, debe asegurar el Estado a través de la Alta Inspección Educativa que, entre otras cosas, deberá velar por “el cumplimiento de las condiciones básicas que garanticen la igual-

nales suscritos por España”, en *Aspectos jurídicos del sistema educativo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 1993, pp. 11-58.

14. Vid., fundamentalmente, el art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el art. 18.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, y el art. 13.4 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de igual fecha.

15. Vid., J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “Políticas educativas y libertad escolar”, en *Libertad, igualdad y pluralismo en educación*, Consejería de Educación, Madrid 2003, p. 79.

16. Vid., I. DE LOS MOZOS TOUYA, *Educación en libertad y concierto escolar*, Montecorvo, Madrid 1995 (*passim*).

17. “Todos los alumnos tienen los mismos derechos y deberes, sin más distinciones que las derivadas de su edad y el nivel que estén cursando”.

18. En este precepto se alude a la igualdad de oportunidades como garantía de la equidad, en cuanto principio de calidad del sistema educativo del que parte el articulado de la LOCE.

dad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y deberes en materia de educación”¹⁹.

Las medidas de acción positiva atienden a la igualdad de oportunidades en orden a garantizar el ejercicio real y efectivo de las facultades que entraña el derecho a la educación en libertad, haciéndolo posible y, asimismo, compensando situaciones desiguales de partida cuando proceda; a ellas se alude más adelante (B). Por su parte, las medidas negativas son aquellas que, se formulen como se formulen, se dirigen a asegurar este mismo derecho a todos y comportan prohibiciones, tendentes a evitar que las facultades que integra el derecho a la educación en libertad puedan ser negadas por razones discriminatorias (A).

A) *Medidas negativas*

En primer lugar, obviamente, constituyen una referencia imprescindible de estas medidas negativas las propias normas del art. 27 CE en cuanto, al reconocer y garantizar el alcance de las facultades implicadas en el derecho a la educación en libertad, prohíben por sí mismas todas aquellas configuraciones de este derecho y de los intrínsecamente relacionados con él que supongan violaciones de su propio contenido esencial, por negar alguna o algunas de sus facultades esenciales o vulnerar su alcance objetivo. Por ello, parece necesario tratar, siquiera sea someramente, de las facultades educativas esenciales como obligada referencia objetiva de la igualdad en el derecho a la educación en libertad (1).

Pero, en segundo lugar, habrá que centrarse ya concretamente, en las normas que instrumentan las más importantes medidas negativas protectoras de la igualdad en el derecho fundamental a la educación, que serán las que, partiendo del principio general de la

19. Cfr., los arts. 103 y 104.1,f) de la LOCE.

igualdad, lleven consigo la prohibición de todas aquellas diferenciaciones injustificadas con respecto al reconocimiento real y satisfacción efectiva de este derecho, aludidas por el art. 14 CE. Se trata aquí, en suma, de las normas que prohíben limitar subjetivamente el derecho fundamental a la educación, negando total o parcialmente su contenido esencial en atención a circunstancias subjetivas discriminatorias o, lo que es lo mismo, vulnerando su alcance subjetivo (2).

1. Alcance objetivo de las facultades educativas esenciales

Para concretar las facultades que integra el derecho fundamental a la educación, es necesario tener en cuenta que la operatividad hermenéutica del art. 10.2 CE se extiende al alcance de todas las facultades educativas esenciales, sobre la base de la propia Declaración Universal de Derechos Humanos y de los distintos Tratados internacionales suscritos por España en materia de enseñanza²⁰. Baste, para este análisis, recordar aquí someramente esas facultades educativas esenciales, cuya fundamentación jurídica se ha justificado en otro lugar²¹.

Pues bien, las facultades propias del contenido esencial del derecho a la educación en libertad son, justamente, las que configuran su inescindible doble dimensión de libertad y de prestación que ha reconocido bien significativamente nuestro Tribunal Constitucional. Son, pues, facultades esenciales inherentes a su dimen-

20. Este precepto de la Constitución dispone, después de haberse referido a la dignidad de la persona humana como fundamento del orden político y de la paz social, que: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España".

21. Vid., I. DE LOS MOZOS TOUYA, *Educación en libertad y concierto escolar*, cit., pp. 145 y ss.

sión de libertad: el derecho a elegir el tipo de educación²², y el derecho de los padres o tutores a escoger para sus hijos o pupilos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones²³. Por su parte, son facultades esenciales inherentes a su dimensión prestacional: el derecho-deber de recibir la educación institucionalizada como básica²⁴ y, por ello, obligatoria²⁵, y el derecho a la financiación pública de la educación institucionalizada como obligatoria y, por ello, gratuita²⁶, así como el derecho a acceder a la ayuda pública en todos los niveles de enseñanza y en condiciones de igualdad²⁷.

22. Vid., el art. 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; el art. 13.3 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; y, el art. 18.4 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. En nuestra Constitución se fundamenta este derecho en el propio art. 27.1, así como, indirectamente, en su relación con los apartados 5 y 6 de este art. 27 (y de éstos entre sí). Vid., las SSTC de 13 de febrero de 1981 (FJ 8) y de 27 de junio de 1985 (FJ 5).

23. Vid., el art. 2 del Protocolo Adicional primero de 1952 al Convenio Europeo de 1950; el art. 18.4 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, de 1966; y, también, el art. 13.3 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del mismo año 1966. En nuestra Constitución su fundamento expreso está en el art. 27.3. Vid., la STC de 13 de febrero de 1981 (FJ 8).

24. Dentro del marco de la oferta real existente y, a falta de otros medios, a través de centros públicos (art. 27.5 y 6 CE).

25. Vid., el art. 26.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; el art. 13.2,a) del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; y, además, el art. 28.1,a) de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 (ratificada por España el 30.XI.1990). En nuestra Constitución, el art. 27.4. Vid., la STC 86/1985, de 10 de julio (FJ 3).

26. Vid., los mismos preceptos citados en la nota anterior y, además, los arts. 2 y 5 del Protocolo Adicional primero de 1952 al Convenio Europeo de 1950. Vid., la STC 77/1985, de 27 de junio (FJ 11).

27. Vid., los arts. 2 y 5 del Protocolo Adicional primero de 1952 al Convenio Europeo de 1950, así como el art. 3,c) de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960. En nuestra Constitución, el propio art. 27.1 en relación con el art. 14. Vid., la STC 86/1985, de 10 de julio (FJ 3).

Además, el derecho a la igualdad en el ejercicio del derecho a la educación comporta también el derecho a que el sistema educativo (la configuración de la enseñanza institucionalizada en sus distintos niveles) y los establecimientos de enseñanza no sean discriminatorios²⁸, de manera que, si ninguna de las facultades esenciales que configuran el derecho a la educación en libertad puede venir negada, impedida o dificultada por el propio sistema con respecto a determinadas personas, tampoco los centros de enseñanza pueden privar o limitar ninguna de esas facultades a sus titulares en atención a circunstancias personales o sociales. Pero, en cualquier caso, esto se refiere ya al alcance subjetivo de tales facultades, al que se alude enseguida.

En suma, todas las facultades objetivas y esenciales del derecho a la educación en libertad deben estar incluidas, todas ellas, en su reconocimiento, para que pueda hablarse de este derecho en cuanto tal y para que, en definitiva, resulte “reconoscible”²⁹. De este modo, si se privase al derecho a la educación de su dimensión de libertad, se convertiría en un hipotético “derecho” a una instrucción impuesta, al margen de todas las indiscutibles libertades públicas espirituales³⁰, que no es el que reco-

28. Vid., el art. 1 de la Convención de 1960 (cit. en la nota anterior). En nuestra Constitución, los arts. 27 y 14.

Vid., J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “La Educación en la Constitución Española (Derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza)”, esta misma revista, *Persona y Derecho*, 6 (1979), con respecto a la prohibición de discriminaciones, en particular, pp. 255 a 261.

29. Cfr., la STC de 8 de abril de 1981, que se refiere a este criterio de reconocibilidad para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales.

30. Entroncadas en la propia naturaleza de la dignidad personal y, en particular, en la libertad de pensamiento, conciencia y religión que, de conformidad con el art. 18 de la Declaración Universal de 1948, incluye la libertad de manifestar la religión o las creencias individual y colectivamente por medio de la enseñanza.

nocen y tratan de garantizar los Tratados internacionales³¹, ni tampoco nuestra Constitución vigente. Habría que afirmar también que, si se le privase de su dimensión prestacional, se estaría reconociendo un puro derecho formal, ajeno por completo a las exigencias ya consolidadas del Estado social de Derecho e inaccesible para casi todos sus titulares, que nada tendría que ver con el real desarrollo personal, ni con la verdadera integración social, en cuanto fines de la educación³².

2. Alcance subjetivo

Conviene subrayar aquí que las causas de discriminación prohibida contenidas en el art. 14 CE³³ son aplicables, en materia de enseñanza, no sólo a los españoles sino también a los extranjeros, sobre la base del art. 13.1 CE³⁴ y, asimismo, de conformidad con el art. 10.2 CE, sobre la base del ya citado art. 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos³⁵. Además, para que no quede lugar a dudas³⁶, la legislación educativa española reconoce a los alumnos extranjeros los mismos derechos que a los nacionales,

31. La propia Declaración Universal de 1948 reconoce el derecho a la educación, en su art. 26, en el marco de las libertades fundamentales y de la opción preferencial de los padres.

32. Aunque de esto se tratará en el apartado de las medidas positivas.

33. “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

34. “Los extranjeros gozarán en España de las mismas libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”.

35. Dicho art. 2.1 declara: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

36. Vid., también, el art. 3.e) de la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, de 1960.

expresamente, tanto en la parte vigente de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación de 1985 (LODE)³⁷, como en el art. 42.4 de la LOCE³⁸. Además, esto viene confirmado también por la Ley Orgánica de Extranjería, donde se establecen los actos discriminatorios y, por tanto, prohibidos, con respecto a los extranjeros en la enseñanza³⁹.

Con todo, hay que advertir que, como se verá enseguida, no toda distinción o diferencia por alguna de las circunstancias mencionadas en el citado art. 14 configuran siempre y necesariamente un trato discriminatorio y, en consecuencia, prohibido; pues, como ha tenido ocasión de declarar el Tribunal Constitucional español, precisamente en materia educativa, “lo que el art. 14 de la CE impide es la distinción infundada o discriminación”⁴⁰. Aun así, es más importante destacar ahora que esta misma Sentencia del Tribunal Constitucional se remite a otra anterior, en la que nuestro Tribunal afirmaba que “la norma debe ser idéntica para todos, comprendiéndolos en sus disposiciones y previsiones con la misma concesión de derechos”⁴¹.

Es precisamente en este mismo sentido como debería interpretarse el Protocolo Adicional Primero de 20 de marzo de 1952, a la Convención Europea de Derechos Humanos de 4 de noviembre

37. Su art. 1.3. dispone: “Los extranjeros residentes en España tendrán también derecho a recibir la educación a que se refieren los apartados uno y dos de este artículo”; uno y otro aluden, respectivamente, a la educación básica (obligatoria y gratuita), y al derecho a acceder a los otros niveles educativos.

38. “Los alumnos extranjeros tendrán los mismos derechos y los mismos deberes que los alumnos españoles. Su incorporación al sistema educativo supondrá la aceptación de las normas establecidas con carácter general y de las normas de convivencia de los centros educativos en los que se integren”.

39. El art. 23 de la L.O. 4/2000 se refiere, en particular, a aquellos que impongan ilegítimamente a los extranjeros que se encuentren regularmente en España condiciones más gravosas que a los españoles o restrinjan o limiten su acceso a la educación, entre otras cosas, en atención sólo a su condición o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad.

40. Cfr., la STC 86/1985 (FJ 3, *in fine*).

41. Vid., la STC 75/1983, de 3 de agosto (FJ 2).

de 1950 (incorporado a nuestro Derecho interno en 1991⁴²), cuando, en su art. 2, dispone que “a nadie se puede negar el derecho a la instrucción”. En efecto, por imperativo del art. 5 del citado Protocolo, es preciso aplicar a los derechos contemplados en él (y, por tanto, al derecho a la educación) el art. 14 de dicha Convención europea, relativo justamente a la igualdad en el goce de los derechos y libertades que reconoce. En consecuencia, ello comporta la obligación de los Estados Parte de reconocer a todos por igual el goce de todas las facultades que integra el derecho a la educación. Cuestión ésta de la que pueden extraerse importantes consecuencias jurídicas, como ha argumentado Martínez López-Muñiz, en particular a propósito del derecho a la financiación pública de la gratuidad de los niveles obligatorios de la enseñanza⁴³, en cuanto facultad esencial al derecho a la educación en libertad⁴⁴, ya se elija la enseñanza pública o la privada⁴⁵.

Hay, sobre todo, una norma internacional que establece más explícitamente, en concreto, prohibiciones de discriminación subjetiva en la educación. Se trata de la Convención relativa a la

42. El instrumento de ratificación es de 27 de noviembre de 1990 (B.O.E. de 12 de enero de 1991), a pesar de que fue firmado por el Reino de España el 23 de febrero de 1978.

43. Vid., J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “Libertad de enseñanza y derecho a la educación en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y su Protocolo Adicional Primero: Estudio particular de sus implícitas exigencias sobre el régimen de la financiación pública de la enseñanza”, en *Lectures*, OIDEL (Organisation Internationale pour le Developpement de la Liberté d’Enseignement), Ginebra 1993; vid., también, de este mismo autor, anteriormente en, *Persona y Derecho*, cit., p. 262 y, después en, *Aspectos jurídicos del sistema educativo*, cit., p. 44.

44. Vid., J. ORTIZ DÍAZ, *La libertad de enseñanza*, Universidad de Málaga, 1980, p. 118.

45. Vid., O. ALZAGA VILLAAMIL, *La Constitución española de 1978 (comentario sistemático)*, Del Foro, Madrid 1978, pp. 259-260; donde afirma que no cabría diferenciar entre enseñanza pública y privada a estos efectos, partiendo del contexto constitucional y, en particular, del propio art. 27.1. Vid., también, J. BARNÉS VÁZQUEZ, “La educación en la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 12 (1984), pp. 44-45.

lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, de 1960⁴⁶, cuya vigencia no puede ser cabalmente discutida por la única razón de remontarse a los años 60⁴⁷, teniendo en cuenta que, además, ha resultado expresa y particularmente confirmada en 1999 por el Comentario General 13 sobre el Derecho a la educación, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, con respecto al alcance del art. 13 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, relativo a este derecho fundamental⁴⁸; como se expondrá más adelante, esa confirmación se ha producido, precisamente, entre otras cosas, a propósito de la legitimidad de la educación diferenciada por razón del sexo⁴⁹.

De conformidad con su art. 1, a los efectos de esta Convención de 1960 que compromete a los Estados Parte a eliminar cualquier exclusión educativa, se entiende por “*discriminación*”, “toda distinción, exclusión, limitación o preferencia”, siempre que esté “*fundada*” en cualquiera de los motivos subjetivos que, a continuación, se mencionan: “la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el ori-

46. Adoptada el 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. Publicada en España, en el Boletín Oficial del Estado de 1 de noviembre de 1969. Cfr. el art. 96.1 CE.

47. Así se ha llegado a sostener en alguna opinión aparecida no hace mucho en la prensa española sin justificación alguna. La Declaración Universal es todavía anterior en el tiempo y, hasta ahora, no se ha discutido ni puesto en cuestión por esta circunstancia temporal.

48. Vid., J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “Educación y enseñanza”, en *El Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias*, Junta General del Principado de Asturias, Oviedo 2003, p. 415; donde pone de relieve que ese Comentario General constituye un importante elemento hermenéutico para determinar el alcance del derecho a la educación.

49. Vid., Comité des droits économiques, sociaux et culturels du Conseil économique et social des Nations Unies, *Observation général 13 sur le droit à l'éducation (art. 13 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels)*, de 8 de diciembre de 1999 (E/C.12/1999/10), entre otros, en el núm. 31.

gen nacional o social, la posición económica o el nacimiento”, y, siempre y cuando tales diferenciaciones *tengan por finalidad o por efecto* destruir la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial: “a) Excluir a una persona o grupo del acceso a los distintos grados o tipos de enseñanza. b) Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o grupo. c) A reserva de lo establecido en el artículo 2º de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; o, d) Colocar a una persona o grupo en una situación incompatible con la dignidad humana”. Es ya de advertir, por tanto, que con toda la importancia de esas referencias sólo serán discriminaciones y habrán de suprimirse y prevenirse, cuando tengan por finalidad o por efecto destruir realmente la igualdad de trato exigible en la enseñanza; cuándo tendrán o no tal efecto contrario a la exigible igualdad es algo que la misma Convención de 1960 aclara con precisiones de la mayor importancia, como se verá más adelante.

Hay que precisar además que el apartado 2 de este mismo art. 1 dispone: “A los efectos de la presente Convención, la palabra “enseñanza” se refiere a la enseñanza en sus diversos tipos y grados, y comprende el acceso a la enseñanza, el nivel y la calidad de ésta y las condiciones en que se da”. No cabe, pues, duda de que se trata, en suma, de la enseñanza institucionalizada por cada sistema educativo con sus contenidos preceptivos o reglados. Además, esta referencia al “acceso” permite ya pasar a la cuestión de las medidas positivas, que los Estados Parte en esta Convención deban adoptar para hacer posible esa igualdad de trato en la enseñanza y, en consecuencia, la efectividad de la ausencia de discriminación.

B) *Medidas positivas*

Lo expuesto hasta aquí, por tanto, no significa que no puedan o, incluso, no deban tomarse en consideración algunas de esas u

otras circunstancias subjetivas y particulares para justificar medidas diferenciadoras distintas que, sobre la base de una diferencia real, tiendan a satisfacer más específica y eficazmente el derecho a la educación en libertad de modo real y efectivo. Es esto, precisamente, lo que justifica todas estas medidas positivas de los Poderes públicos, fundamentando la mal llamada discriminación positiva⁵⁰ —si es, como debiera, una diferenciación justificada— que, como es lógico, sólo estará justificada en la medida en que responda a la necesidad de dar respuesta adecuada a necesidades diferentes o incluso a igualar situaciones injustificadamente desiguales y que, en rigor, sólo deberían mantenerse hasta el momento en que se haya conseguido la igualdad de hecho⁵¹. Con todo, sería preciso concretar qué debe entenderse por esta igualdad de hecho, para evitar convertir aspiraciones abstractas en imposiciones inaceptables, incluso para quienes sean objeto de esa atención preferente, en su caso⁵².

En este sentido, los Estados Parte en la citada Convención de 1960 están comprometidos a adoptar las medidas necesarias no sólo para prohibir las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, sino también para “conseguir la igualdad de posibilidades y de trato en esa esfera”⁵³. A la luz de lo expuesto, se pueden precisar cuáles son las medidas positivas que, en el marco legal interno, hacen posible el pleno reconocimiento y el ejercicio efec-

50. Vid., E. NASARRE, “Libertad de educación e igualdad de oportunidades”, en *Libertad, igualdad y pluralismo en educación*, cit., p. 125; donde se refiere a esto que se denomina “indebidamente” como “discriminación positiva”.

51. Cfr., en este sentido el Comentario General núm. 13 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, cit., *supra*.

52. No debería perderse de vista que la igualdad que hay que conseguir como real debe concretarse en una auténtica igualdad de oportunidades, que no tiene por qué traducirse en igualdad material y numérica, que acabaría por ser, en sí misma, mediatizadora de la propia libertad (so pena de convertir la vida social, la libertad y la justicia, paradójicamente, en una realidad virtual).

53. Cfr., el art. 6 de la ya cit. Convención de 1960.

tivo de este derecho fundamental, contenidas, principalmente, en la todavía reciente LOCE.

La LOCE se refiere a esto, con alcance programático, en su art. 2.2,f) cuando, entre los derechos básicos de los alumnos, establece el derecho “a recibir las ayudas y los apoyos precisos para compensar las carencias y desventajas de tipo personal, familiar, económico, social y cultural, especialmente en el caso de presentar necesidades educativas especiales, que impidan o dificulten el acceso y la permanencia en el sistema educativo”. Esta previsión principal es desarrollada pormenorizadamente, mediante la atribución de competencias específicas a las Administraciones educativas y, asimismo, mediante el reconocimiento de derechos concretos frente a éstas, a lo largo del articulado de la propia Ley.

Así, en orden a conseguir esta igualdad de oportunidades y promover las condiciones para que el derecho a la educación pueda ser efectivamente real para todos sus titulares, la LOCE atiende justo al necesario acceso real y pleno a la enseñanza, a través de la previsión de diferentes medidas de acción positiva que se establecen unas, en función de los diferentes niveles educativos no universitarios (1); otras, en atención a las circunstancias que imposibilitan o dificultan la adquisición de tales niveles educativos (2); otras, por razón de necesidades educativas especiales (3) y, finalmente, otras teniendo en cuenta las carencias educativas de quienes no están en edad escolar (4).

1. *Según los niveles educativos*

Se trata de medidas que tienden a superar obstáculos de orden socio-económico. Primero, para hacer posible la dimensión de libertad del derecho a la educación en los niveles educativos obligatorios, puesto que el derecho a exigir la gratuidad en tales

niveles –garantizada constitucionalmente⁵⁴– no puede depender de una concreta opción. Segundo, para hacer posible el acceso a los niveles no obligatorios de la enseñanza.

Teniendo en cuenta los fines indicados, la propia LOCE ha mantenido, en primer lugar, un sistema de financiación pública de las enseñanzas declaradas gratuitas y obligatorias⁵⁵ que, para hacer posible el derecho a elegir Centros distintos de los públicos, perpetúa, a través de los conciertos escolares⁵⁶, casi todas las mismas deficiencias y distorsiones detectadas ya en la regulación anterior, establecida por la LODE⁵⁷ (aunque el sistema de conciertos haya dado hasta cierto punto buenos resultados⁵⁸, no deja de

54. Cfr., el art. 27.4 CE (“La enseñanza básica es obligatoria y gratuita”).

55. El art. 9.1 de la LOCE recoge explícitamente lo dispuesto por el art. 27.4 CE, cit. *supra*.

56. Cfr., los arts. 75 y ss. de la LOCE.

57. Siguen hoy en vigor muchos de los preceptos que regulaban el régimen del concierto escolar de la LODE, en concreto, los arts. 50, 51, 52.2 y 3, 54 a 56, 57 –salvo letra d)–, y 58 a 63.

Vid., sobre los conciertos, además de la crítica que vengo manteniendo en *Educación en libertad y concierto escolar*, cit., en síntesis, pp. 645 a 650 (Conclusiones 15 a 30), también, “La financiación pública de la educación en España, hoy”, en *Católicos y vida pública, Educar para una nueva sociedad*, 1, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid 2001, en especial, pp. 200-202; en línea similar a la de J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “Los conciertos escolares como instrumentos de marginación del pluralismo escolar: análisis jurídico de sus causas y remedios”, en *Educadores (revista de educación de la F.E.R.E.)*, 165 (1993), pp. 7 a 36. Es interesante también, la aportación de A. AROZAMENA LASO y F. J. ALCANTARILLA HIDALGO, “Los conciertos educativos”, en *Aspectos administrativos del derecho a la educación. Especial consideración de las Universidades públicas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2001, pp. 75 a 145. También, vid., J. M. DÍAZ LEMA, *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro Derecho nacional*, y en el Derecho comparado, Pons, Madrid 1992 y, asimismo, A. ROMEA SEBASTIÁN, *Régimen jurídico de los Centros Concertados*, Thomson/Aranzadi, Pamplona 2003.

58. Vid., en este sentido, G. FERNÁNDEZ FARRERES, “El sistema educativo”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, 57 (2000), p. 76.

ser debatido el modelo de financiación pública⁵⁹). Asimismo, en segundo lugar, esta Ley ha establecido también un sistema de ayudas para la enseñanza no obligatoria⁶⁰.

2. *En función de situaciones de dificultad educativa*

Esto es lo que se denomina educación compensatoria y responde a la necesidad de adoptar una serie de medidas que tratan de superar las circunstancias que dificulten o, incluso, hagan imposible la suficiente satisfacción del derecho a la educación. Entre estas medidas, cabe destacar el acierto de prever, en esta misma línea de acción positiva, el desarrollo de una oferta adecuada de educación a distancia de los diferentes niveles de la enseñanza no universitaria, que garantice el acceso a la educación de quienes no puedan acudir con regularidad a una enseñanza de tipo presencial⁶¹.

Existen otras previsiones que ya estaban contenidas en la Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo (L.O. 1/1990, LOGSE), y que venían desarrolladas por el Real Decreto 299/1996, pero que, ahora, han venido reforzadas por la LOCE, en sus arts. 40 y 41. Estos preceptos parten del objetivo de asegurar a cada educando el derecho individual a una educación de calidad y, de este modo, prevén las medidas necesarias para compensar situaciones de desventaja social, en particular, con respecto a centros y zonas geográficas en las que, por razones socio-económicas y socioculturales, se precise una intervención educa-

59. Vid., J. M. OTERO NOVAS, "Modelos de financiación: marco legal para propuestas alternativas", en *Libertad, igualdad y pluralismo en educación*, cit., pp. 205 a 239.

60. Cfr., el art. 4 de la LOCE.

61. El art. 7.7 de la LOCE dispone: "Para garantizar el derecho a la educación de quienes no pueden asistir de modo regular a los centros docentes, se desarrollará una oferta adecuada de educación a distancia".

tiva diferenciada para garantizar la igualdad de oportunidades y, en especial, con relación al mundo rural.

3. Por razón de necesidades educativas especiales

Partiendo del principio de adaptabilidad del sistema educativo⁶², la LOCE ha previsto la posibilidad de flexibilizar el sistema con respecto a los alumnos superdotados⁶³, y con respecto a los discapacitados⁶⁴. A los primeros, no obstante, los deja fuera de la Sección donde regula la situación de los segundos, a los que identifica exclusivamente como alumnos con necesidades educativas especiales. Respecto de los alumnos superdotados, la Ley parece dejar la puerta abierta para que, en su caso, pudieran existir centros especializados⁶⁵ para este tipo de alumnos⁶⁶ y, por otra

62. Establecido en el art. 7.5, con respecto a todos los niveles educativos no universitarios: "Las enseñanzas a que se refieren los apartados anteriores se adaptarán a los alumnos con necesidades educativas especiales". Es un principio afirmado en documentos de la ONU, vid., el Informe presentado a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU por Katarina TOMASEVSKI, Relatora Especial sobre el derecho a la educación (en el 56º período de sesiones); vid., E/CN.4/2000/6 /Add.2 (9 de diciembre de 1999); donde alude a la "adaptabilidad" de la educación a los cambios sociológicos y económicos, en cuanto proceso constante que requiere una vigilancia amplia y continua.

63. Cfr., el art. 43 de la LOCE.

64. Cfr., los arts. 44 a 48 de la LOCE.

65. El art. 43.4 de la LOCE dispone: "Las Administraciones educativas adoptarán las medidas necesarias para facilitar la escolarización de estos alumnos en centros que, por sus condiciones, puedan prestarles una atención adecuada a sus características".

66. Sin embargo, no parece que esta posibilidad resulte muy coherente con el principio de integración que aplica la propia Ley para los alumnos discapacitados. En realidad, el ideal debería ser no dejar de atender la diferencia de unos y otros, sin generar por ello su separación, siempre que resulte posible desde un punto de vista operativo.

Por otra parte, se puede intuir quizás que el nivel educativo general podría descender, si se incorporase siempre a los discapacitados y, al mismo tiempo, se apartase siempre a los superdotados (sin entrar aquí en la dificultad de defi-

parte, prevé la necesidad de una preparación específica del profesorado que tenga que atenderlos⁶⁷.

Los arts. 44 a 48 de la LOCE establecen reglas específicas para los alumnos que tengan algún tipo de discapacidad física, psíquica y sensorial, temporal o permanente, sobre la base de la no discriminación, normalización e integración. Su escolarización se realizará, según los casos, en grupos ordinarios, en aulas especializadas de centros ordinarios, en centros de educación especial o mediante escolarización combinada⁶⁸. La oferta de centros sostenidos con fondos públicos deberá ser suficiente para asegurar su escolarización, y deberá ser sufragada con recursos públicos complementarios⁶⁹.

El Real Decreto 696/1995 contenía una regulación de la enseñanza para alumnos con necesidades educativas especiales, aunque su sistema de escolarización ha resultado flexibilizado por la LOCE. Por otra parte, la reciente Ley de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, Ley del Estado 5/2003, contiene una genérica regulación de protección de los discapacitados, que resulta de aplicación tanto a la enseñanza pública como a la privada, en virtud de su art. 3,d) y e).

Además, la LOCE establece que los centros escolares de nueva creación, sostenidos con fondos públicos, deberán cumplir las normas de accesibilidad y eliminación de barreras que les sean de

nir de un modo preciso y unívoco a éstos, ya que no es infrecuente que un superdotado pueda, al mismo tiempo, tener algún tipo de discapacidad psíquica de adaptabilidad a la vida social).

67. El art. 43.5 de la LOCE dispone: "Corresponde a las Administraciones educativas promover la realización de cursos de formación específica relacionados con el tratamiento de estos alumnos para el profesorado que los atienda. Igualmente adoptarán las medidas oportunas para que los padres de estos alumnos reciban el adecuado asesoramiento individualizado, así como la información necesaria que les ayude en la educación de sus hijos".

68. Cfr., el art. 45.1 de la LOCE.

69. Cfr., art. 47.1 de la LOCE.

aplicación⁷⁰. Finalmente, la propia Ley establece, también, el deber de las Administraciones públicas de promover ofertas formativas adaptadas a las necesidades específicas de los alumnos discapacitados, cuando no puedan conseguir los objetivos previstos en la enseñanza básica⁷¹.

4. En atención a las carencias educativas

Se trata de la llamada educación de adultos, que la LOCE regula bajo la rúbrica: “Del aprendizaje permanente: enseñanzas para las personas adultas”⁷². Se regula en los arts. 52 a 55 de esta Ley⁷³, y tiene por finalidad: “adquirir, actualizar, completar y ampliar” las capacidades y conocimientos de los ciudadanos, para su desarrollo personal o profesional. Se dirige preferentemente a aquellas personas que no hayan podido completar la enseñanza básica y, asimismo, pretende responder a las necesidades educativas específicas de grupos sociales desfavorecidos e, incluso, promover la integración de las personas inmigrantes.

Destacan, entre estas medidas, las que prevé el art. 52.4, cuyo tenor literal dispone: “En los establecimientos penitenciarios y hospitales se garantizará a la población reclusa y hospitalizada la posibilidad de acceso a estas enseñanzas”. El acceso por esta vía a los distintos niveles del sistema educativo podría ser un importante cauce de reinserción social⁷⁴ que, sin embargo, se encuentra

70. Según el art. 47.3, que, también en atención a los alumnos discapacitados, prevé programas de ayuda a los centros sostenidos con fondos públicos para que eliminen las barreras de movilidad o comunicación en tales centros.

71. Cfr., art. 48 de la LOCE.

72. Vid., el art. 13.2,d) del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

73. Los artículos de la LOGSE que se referían a esto han quedado derogados por la LOCE.

74. Como finalidad a la que debería orientarse toda pena privativa de libertad. Cfr., el art. 25.2 CE.

en la actualidad muy poco desarrollado desde el punto de vista de la política penitenciaria.

II. DIVERSIDAD LEGÍTIMA

Ya se ha dicho que hay diferenciaciones no discriminatorias y, por lo mismo, legítimas. Es necesario referirse aquí a cuáles pueden ser esas diversas diferenciaciones que, por no contradecir la igualdad, resultan admisibles y, por tanto, legítimas, en el ejercicio del derecho a la educación en libertad, cuya efectividad podrá ser además más plena si existe la posibilidad de optar por diversas ofertas educativas diferenciadas, justamente en atención a su propia especificidad. Se tratará, pues, de especializaciones no discriminatorias que las propias libertades educativas pueden legítimamente generar, sin que puedan quedar eliminadas, restringidas, ni mediatizadas por razón de su obligada, en su caso, financiación pública.

Para concretar qué diferenciaciones pueden ser entendidas como diversidad legítima, puede servir de referencia la ya citada Convención de 1960, relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza⁷⁵, por cuanto se refiere, *ex profeso*, a una serie de diferencias que considera no discriminatorias si se producen en el marco y con los condicionamientos que dispone la propia Convención. En ella se mencionan distintos tipos específicos de ofertas de enseñanza diferenciada, en atención a distintas causas: en razón del género masculino o femenino del educando, por motivos de orden religioso o de orden lingüístico y, asimismo, en atención a la titularidad no pública de la oferta educativa.

75. Publicada en España, en el Boletín Oficial del Estado de 1 de noviembre de 1969, por lo que forma parte del propio Derecho español. Cfr., el art. 96.1 CE.

De todas estas causas, la primera y la última se cuestionan hoy por algunos en España en la medida en que afectan a los centros privados sostenidos con fondos públicos, cuya financiación obligaría supuestamente a rechazar la legitimidad de su propia especificidad en el primer caso (A), o a imponer injustificadamente medidas discriminatorias y limitadoras en el segundo (B); ambas son abordadas desde esta perspectiva. De las otras dos causas de legítima diferenciación, contempladas por el art. 2.b) de la Convención de 1960⁷⁶, la basada en motivos religiosos se presenta normalmente en la práctica unida a la titularidad no pública del centro, pero no se tratará aquí específicamente de ninguna de las dos para no sobrepasar los límites de este trabajo. Hay sobre ellas buenos estudios y en este mismo número de esta revista se abordan algunos de sus aspectos por otros autores.

A) En razón del género

De entrada, este tipo de enseñanza diferenciada aparece como una de esas diferencias no discriminatorias a los ojos de la Convención de 1960 ni, por tanto, prohibidas. Su legitimidad sólo dependerá de que se dé en el marco y con las condiciones que dicha Convención dispone en el apartado a) del ya citado art. 2, cuyo tenor literal es, por sí solo, suficientemente expresivo, por mucho que pretendan desconocerlo algunas posiciones voluntaristas que tratan de imponerse con un supuesto valor universal y exclusivo. La coeducación de ambos sexos en unos mismos cen-

76. Dispone que no se considerarán situaciones discriminatorias: "La creación o el establecimiento, por motivos de orden religioso o lingüístico, de sistemas o establecimientos separados que proporcionen una enseñanza conforme a los deseos de los padres o tutores legales de los alumnos, si la participación en esos sistemas o la asistencia a estos establecimientos es facultativa y si la enseñanza en ellos proporcionada se ajusta a las normas que las autoridades competentes puedan haber fijado o aprobado, particularmente para la enseñanza del mismo grado".

tros y aulas es una posible opción educativa, tan respetable como cualquiera de las posibles contrarias si se plantea como verdadera y libre opción⁷⁷, pero –como se justifica más adelante–, sumamente antijurídica y reproable (y precisamente por discriminatoria)⁷⁸, si se plantea como la única y posible opción educativa a imponer necesariamente a todos los educandos.

El citado art. 2,a) de la Convención de 1960 dispone que no será discriminatorio en el sentido de su art. 1: “La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que estos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente cualificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes”.

A la vista de este precepto, en España, donde la Convención está vigente desde 1969 –y cuya vigencia, a partir de 1978, ha resultado no sólo ratificada, sino también reforzada por el ya citado art. 10.2 CE⁷⁹–, se puede afirmar que la enseñanza diferenciada para chicos o para chicas es plenamente legítima, en la medida en que no impida el acceso a los distintos niveles educativos –particularmente a los obligatorios– y cuente con unos programas iguales o equivalentes (desde el punto de vista de los contenidos educativos propios de cada nivel) y, siempre y cuando los medios materiales y personales para dicha enseñanza sean también equi-

77. En este mismo sentido, se pronunciaba recientemente J. L. GARCÍA GARRIDO, “El dogma de la coeducación”, en el diario *ABC* (24 de febrero del 2004).

78. Para un análisis sobre la jurisprudencia constitucional relativa a la discriminación de género en general, vid., F. REY MARTÍNEZ, *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón del sexo*, McGraw-Hill, Madrid 1995, es especial, pp. 9 a 38.

79. Que la convierte, como ya ha quedado expuesto, en un importante criterio de interpretación del Derecho constitucional interno, junto con el resto de los Tratados internacionales suscritos por España en esta materia educativa.

valentes. La Convención no obliga desde luego a una educación diferenciada, pero tampoco a lo contrario; de ella se desprende únicamente que cabe ofertar y elegir enseñanza diferenciada, siempre que ello no altere la igualdad de las condiciones en que deba desarrollarse, para uno u otro sexo, y que ese tipo de enseñanza y los centros que la impartan no pueden ser tratados como si incurriesen en discriminación o en conducta menos beneficiosa para el interés general y público, sino como manifestaciones del derecho a la educación en libertad y de la libertad de enseñanza que deben protegerse en igualdad⁸⁰.

Conviene subrayar aquí que, en 1999, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha reafirmado expresamente este criterio —de que no constituye discriminación la enseñanza separada por razón del sexo bajo las referidas condiciones—, en el n. 33 de su Comentario General núm. 13 sobre el derecho a la educación⁸¹. Por otra parte, también en este mismo año 1999, el Informe presentado por la Sra. Katarina Tomasevski a la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, afirmaba sin expresar objeción alguna que en el Reino Unido siguen existiendo escuelas no mixtas y que, de ellas, son más numerosas las destinadas a las niñas, porque “según algunos datos las muchachas obtienen resultados particularmente buenos en las escuelas no mixtas”⁸².

80. El propio art. 2,a) de la Convención obliga a considerar incluso legítimo un sistema en el que también los centros públicos (todos o algunos), en los niveles de primaria y secundaria, estuvieran especializados por razón del género.

81. En él se interpreta el alcance del art. 13 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales de 1966 (cit., supra). Vid., J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “Legitimidad de los colegios concertados especializados por razón del sexo”, en *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, La Ley, 5022/año XXI (marzo de 2000), p. 3; y también, “Educación y enseñanza”, en *Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias*, cit., p. 415, donde también destaca esto.

82. Relatora Especial, sobre el derecho a la educación (en el 56º período de sesiones); vid., E/CN.4/2000/6 /Add.2, ya cit. (de 9 de diciembre de 1999).

La realidad es que el ritmo de maduración precisamente de ordinario antes de llegar a la Universidad es diferente para los hombres y para las mujeres, por lo que esta circunstancia no debería ser irrelevante a la hora de valorar la conveniencia de proyectar la correspondiente diferencia en el ámbito de la enseñanza. Por ello, ya antes de que en 1960 se reconociese esto, implícitamente para los niveles no universitarios, por la mencionada Convención, en 1952 se produjo en el marco internacional y en este mismo ámbito el reconocimiento expreso de la conveniencia de tomar en consideración las diferencias individuales entre los sexos y, en particular, las relativas al ritmo del desarrollo psicofisiológico, por medio de la Recomendación núm. 34 de la UNESCO, dirigida a los Ministros de Instrucción pública con respecto al acceso de las mujeres a la educación⁸³; cuestión ésta que no parece que pueda cambiar por mucho tiempo que pase y que, si se admitía como una realidad evidente entonces, no puede dejar de admitirse ahora, cuando no es menos evidente el diferente ritmo del desarrollo personal de los chicos y las chicas antes de llegar a la mayoría de edad⁸⁴.

83. Vid., Conférence internationale de l'éducation, *Recommandations (1934-1977)*, 3^a ed., UNESCO, Paris 1979, p. 105; donde, a propósito de las medidas de orden general, aplicables a todos los tipos de enseñanza, en el apartado 12 puede leerse: "En aucun cas, la séparation des sexes ne devrait être pour les filles une cause d'exclusion; dans le cas où il n'existe qu'une seule école, celle-ci devrait être soit mixte, soit ouverte alternativement aux deux sexes; de toute manière, les maîtres devraient être préparés à tenir compte des différences entre les sexes comme de différences individuelles, notamment dans le rythme du développement psycho-physiologique".

84. Vid., en Canadá, R. CLOUTIER, "La réussite scolaire des garçons: un défi á multiples facettes", en *Vie pédagogique*, 127 (2003), pp. 9-12, en especial, p. 11; donde se insiste en la necesidad de aceptar el hecho de que los chicos y las chicas son biológicamente diferentes, unida a la conveniencia de no combatir la masculinidad en la escuela y reordenar la coeducación para ofrecer contextos educativos más respetuosos con los estilos de aprendizaje de los chicos y las chicas.

Y unos años después de la citada Convención de 1960, la Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, de 7 de noviembre de 1967, insistía en la equiparación de las ya referidas condiciones uniformes (en cuanto a los contenidos y medios educativos), dentro de la enseñanza diferenciada para chicas, añadiendo algunas otras más, desde su específica perspectiva⁸⁵, pero partiendo de la posibilidad de que existan establecimientos de enseñanza diferenciada, en los niveles no universitarios, como se desprende de la letra b) de su art. 9⁸⁶. Posteriormente volvió a insistir en esto la Convención de 1979, sobre eliminación de toda forma de discriminación hacia la mujer⁸⁷; en su art. 10,c) se refería también a que los Estados Parte en esta Convención, a fin de asegurar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres en la educación, deben adoptar las medidas apropiadas para eliminar todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino, mediante el estímulo de la educación mixta, así como de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo⁸⁸; lo que patentemente tampoco cierra la posibilidad de la enseñanza diferenciada para lograr ese mismo objetivo⁸⁹.

85. Cfr., el art. 9, relativo a la necesidad de asegurar los mismos derechos a la mujer que al hombre, en materia de educación en todos los niveles.

86. Conforme a este precepto, se reconoce a las mujeres, en particular: "La misma selección de programas de estudios, los mismos exámenes, personal docente del mismo nivel profesional, y locales y equipo de la misma calidad, *ya se trate de establecimientos de enseñanza mixta o no*". El subrayado es mío.

87. Ratificada por España el 16 de diciembre de 1983 (B.O.E. de 21 de marzo de 1984).

88. Para asegurar iguales condiciones entre hombres y mujeres en materia de educación, el cit. art. 10 se refiere en las letras a) y b) a la necesidad de asegurar las mismas condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional, acceso a los estudios y obtención de diplomas (en todos los niveles y zonas), así como el acceso a los mismos programas, exámenes y medios personales y materiales para las enseñanzas. En este contexto la letra c) dispone: "La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que con-

Lo cierto es que el tema de la educación diferenciada para niños y para niñas sigue siendo, hoy, un problema debatido⁹⁰, que responde a una realidad psicológica distinta e indiscutible, aunque, desde el punto de vista pedagógico, los expertos no se ponen de acuerdo sobre lo que sea en el fondo más ventajoso y mejor para los educandos y su integración social⁹¹. Lo que no deja lugar a dudas, sin embargo, es la justificación jurídica de la legitimidad de este tipo de educación diferenciada en nuestro Derecho interno, tal y como ha precisado Martínez López-Muñoz⁹². En esta misma línea puede insistirse, ahora, en que ni existe discriminación prohibida alguna derivada del reconocimiento legal de la posibilidad de que exista una educación diferenciada por esta razón (1), ni existe laguna al respecto, propiamente dicha, en la legislación educativa en España (2).

1. *No existe discriminación prohibida en el reconocimiento legal de la educación diferenciada por razón del sexo*

El propio sistema educativo español tiene como uno de sus objetivos la efectividad de la igualdad de derechos entre sexos, en

tribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza”.

89. Vid., J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, “Legitimidad de los colegios concertados especializados por razón del sexo”, en *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, La Ley, cit., p. 3.

90. Vid., en este sentido, el Informe anual de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomasevski, presentado ante la ONU, el 7 de enero de 2002, de conformidad con la resolución 2001/29 de la Comisión de Derechos Humanos (E/CN.4/2002/60).

91. Vid., en este mismo número de esta Revista, una fundamentación filosófica muy interesante de la diferenciación educativa, por razón del sexo, en J. M. BARRIO MESTRE, “Sobre la coeducación”.

92. Vid., J. L., MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, “Legitimidad de los colegios concertados especializados por razón del sexo”, en *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, La Ley, cit., *passim*.

los términos ya establecidos por la LOGSE⁹³, que han sido reformulados por la LOCE en su art. 1,b), cuando, establece, como principio que rige el sistema educativo, “la capacidad para transmitir valores que favorezcan (...) la igualdad de derechos entre los sexos”.

Por otra parte, no existen en nuestro Derecho previsiones específicas relativas sólo al acceso de la mujer a la educación, aunque algunas normas autonómicas se refieren a la coeducación en el marco de la lucha contra la discriminación de la mujer. Cabe destacar la Ley valenciana 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre hombres y mujeres, donde se dispone que la Administración educativa potenciará la igualdad real desde el sistema coeducativo de enseñanza⁹⁴; y que, “para implantar y garantizar la igualdad de sexos”, fomentará mecanismos de formación adaptados a los distintos niveles, “mediante la aprobación y seguimiento de la ejecución de planes anuales de coeducación en cada nivel educativo”⁹⁵. Pero una cosa es que el sistema en su conjunto sea coeducativo –por más que se esté forzando la expresión– en el sentido de abarcar con verdadera igualdad a ambos sexos, y otra que todos y cada uno de los centros deban practicar la coeducación en todo el centro y en cada aula.

Para que la previsión de la coeducación propiamente dicha pudiera ser obligatoria debería venir así expresamente establecida por ley orgánica, por cuanto comporta una limitación a la libertad escolar⁹⁶ que sólo tal tipo de ley estatal podría hacer⁹⁷. Además, las limitaciones que este tipo de leyes pueden establecer al regular el ejercicio de los derechos fundamentales o de las libertades

93. Cfr., el art. 2.3,c) de la LOGSE.

94. Cfr., el art. 5.2 de la cit. Ley valenciana.

95. Cfr., el art. 8 de la cit. Ley valenciana.

96. Es decir, a la libertad de quienes realizan la oferta educativa y que constituye el marco necesario del ejercicio del derecho a la educación en libertad (art. 27.6 CE).

97. Como se desprende de los artículos 81, 53.1 y 149.1,30ª de la Constitución.

públicas deben, en todo caso, respetar su contenido esencial y, en su caso, estar suficiente o proporcionadamente justificadas. Así, una ley orgánica que desarrollase, en su día, de otro modo el alcance normativo del reconocimiento jurídico del derecho a la educación no podría imponer la coeducación y excluir la enseñanza diferenciada por razón del sexo. Y no tanto, porque no existe ahora, ni parece previsible, una cadencia igual en el desarrollo personal de los hombres y mujeres, sino sobre todo porque no parece posible encontrar una justificación suficiente —que no vaya contra la libertad de pensamiento, científica, religiosa y pedagógica— para que la ley imponga esa enseñanza, y menos aún como modo único y obligatorio para tener el apoyo de los fondos públicos a que todos tienen igual derecho, sin que pueda constituir una razón legítima de semejante imposición calificar de discriminatoria la enseñanza separada, dado lo establecido al respecto por los textos internacionales ya comentados.

El hecho de que existan corrientes pedagógicas encontradas en este asunto demuestra que existen razones, en cualquier caso⁹⁸, que justifican una diferenciación educativa legítima y que a la igualdad de derechos entre ambos sexos se puede llegar por medios educativos diferentes⁹⁹, entre los que cabe no sólo la coedu-

98. Vid., Fred A. MAEL, “Single-sex and Coeducational Schooling: Relationships to Socioemotional and Academic Development”, en *Review of Educational Research*, Summer 1998, vol. 68, núm. 2, pp. 101 a 129 y su amplísima bibliografía; asimismo, V. GARCÍA HOZ, “El debate sobre la coeducación”, en *Actualidad docente*, Madrid, octubre 1995. Ambos trabajos son citados como referencias importantes para esta cuestión por J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÍZ, en “Legitimidad de los colegios concertados especializados...”, cit., p. 4.

99. Un sociólogo francés se ha referido recientemente a lo que ha calificado como las trampas de la enseñanza mixta, vid., Michel FIZE, *Les pièges de la mixité scolaire*, Presses de la Renaissance, 2003; donde pone en cuestión el tabú de la coeducación como panacea educativa y afirma que no es ningún dogma. Esta obra ha abierto un importante debate en Francia sobre la cuestión, del que se han hecho eco *L'Express* (28 de agosto del 2003) y *Le Figaro* (1 de septiembre del 2003).

cación sino también la educación diferenciada¹⁰⁰, dependiendo de las ofertas de enseñanza y de la opción educativa que elija cada quien, como parte de la dimensión esencial de libertad que integra el derecho a la educación. Todas las normas internacionales suscritas por España en esta materia reconocen la diferencia y, cuando se inclinan por la coeducación, lo hacen sin excluir la educación diferenciada (que dan por supuesta), como modelo educativo legítimamente alternativo.

Baste lo anterior para justificar, en fin, que no existe –bajo las necesarias condiciones de equiparación– discriminación alguna en no prohibir la educación diferenciada o, lo que es lo mismo, en su reconocimiento jurídico como libre y legítima posibilidad, en la medida en que se trata precisamente de una diferencia de trato suficientemente justificada en una realidad diversa e indiscutible en cuanto tal. Hay que recordar que el criterio de la jurisprudencia constitucional, como ya se ha indicado anteriormente, es que lo que el art. 14 CE prohíbe es la distinción infundada, que es lo que constituye discriminación¹⁰¹. No existe pues, discriminación,

100. El servicio de *Aceprensa* 67/2002 informaba de que el Departamento de Educación de EE.UU. había dado nuevas instrucciones, que facilitarían establecer escuelas públicas (o determinadas clases) separadas para chicos y chicas, si los profesores y padres lo considerasen beneficioso para los alumnos. El servicio *Aceprensa* 39/2004 da cuenta de que en EE.UU. el Gobierno ha publicado su propuesta de normativa al respecto, que está abierta a discusión pública y que se espera dé lugar a una nueva regulación dentro de pocos meses; esta apertura a la enseñanza diferenciada cuenta con apoyos republicanos y demócratas, como el de Hillary Clinton.

101. Es jurisprudencia constante del Tribunal Constitucional afirmar que el principio de igualdad ante la Ley, garantizado en el art. 14 de la CE, “impone al legislador el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentran en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad, que desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada carezca de justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación a dicha justificación” (vid., la STC 212/2001, y asimismo, las SS TC, 76/1990, 214/1994, 134/1996, 117/1998 y 46/1999).

donde la diferencia está fundada en la propia realidad diferente de los procesos de aprendizaje según el género.

Por tanto, aun cuando la Constitución dispone que el Estado debe garantizar las condiciones básicas que aseguren la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales¹⁰² ello no significa, sin embargo, que pueda imponer un determinado contenido a esos derechos, excluyendo las distintas, posibles y legítimas opciones que pueda comportar su propio ejercicio, cuando, como en el caso de la educación, se trate de derechos de libertad. Imponer una determinada forma de ejercer el derecho a la educación, comporta excluir todas las demás formas posibles de ejercerlo y, en definitiva, supone privar, en la medida correspondiente, al derecho a la educación de su componente esencial de libertad, que deja de ser posible en ese punto, para convertirse en un hipotético derecho (sólo prestacional) a una instrucción pretendidamente aséptica pero, en realidad, determinada por una ideología. En tal caso, estaríamos realmente en presencia de una discriminación contra todos aquellos que considerasen más adecuado el cauce educativo de la educación diferenciada y a los que, o bien simplemente se les prohibiría e impediría tal opción, o bien sólo podrían disfrutar de ella si dispusieran de los recursos económicos para financiarse el “capricho”, cerrando tal posibilidad a las familias de pocos recursos.

2. No existe en nuestro Derecho laguna relativa al reconocimiento o no de este tipo de educación diferenciada

En suma, es evidente que las normas públicas no pueden ni excluir, ni imponer, lo que tan sólo resulta opinable, cercenando sin razón las libertades de todos o las de quienes no pueden sufragarse con sus propios medios su ejercicio. Si, como ya se ha

102. Cfr., el art. 149.1, 1ª CE.

dicho, la legislación orgánica en materia de enseñanza no contiene exclusión alguna de la posibilidad misma de una educación diferenciada en razón del género, no se puede decir que exista una laguna legal, sino simplemente que nuestra legislación permite esa posibilidad educativa, junto a otras, como una posibilidad legítima que obedece al reconocimiento de la libertad de enseñanza ampliamente entendida y a las diversas posibilidades que, en este marco¹⁰³, permite el ejercicio efectivo del derecho a la educación. Pero es que además ni cabe desconocer que el art. 2 de la Convención de la UNESCO de 1960 forma parte del ordenamiento jurídico español¹⁰⁴ —no hay, pues, laguna legal—, ni el resto de nuestra legislación educativa es parca en preceptos, algunos de los cuales —con carácter imperativo y no desplazable por las Comunidades Autónomas— fundamentan sobradamente esta opción de la educación diferenciada por razón del género como, por otra parte, viene reconociendo la escasa, pero, constante jurisprudencia al respecto.

En este sentido, la cuestión de la educación, diferenciada o no, responde a una doble opción. En primer lugar, la de los titulares del derecho a la educación, cuyo ejercicio corresponde a sus padres o tutores por representación (art. 3,b) de la LOCE)¹⁰⁵, y, en segundo lugar, la de quienes ejercen la iniciativa escolar, creando centros privados o, en su caso, públicos (art. 64 de la LOCE).

Conviene destacar por cierto, que, cuando la creación es pública, en principio, forma parte de la discrecionalidad de la Admi-

103. En cuanto principio organizativo de la actividad de enseñanza; vid. al respecto, A. FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, "Enseñanza", en *La Constitución española de 1978 (Comentarios a las Leyes Políticas dirigidos por O. Alzaga Villaamil)*, III, Edersa, Madrid 1983, p. 179.

104. Cfr., el art. 96 CE en relación con el art. 1 del Código Civil.

105. Vid., sobre la obligada mediación preferente de los padres o tutores legales, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, "Configuración y alcance de los derechos y libertades educativas en la Convención de 1989: algunas consecuencias", en *Revista Española de Pedagogía*, 190 (1991), en especial, pp. 424-427.

nistración educativa la opción por la coeducación o por la educación diferenciada, ya que en la LOCE nada se dice sobre un supuesto carácter necesariamente mixto de los centros públicos e, incluso, cabe entender que esta cuestión podría corresponder, en su caso, a cada centro, en aplicación del marco general que determinen las Administraciones educativas y en el ejercicio de su autonomía pedagógica, concretada en el correspondiente proyecto educativo (art. 68.1 y 2 de la LOCE).

Cuando se trate de centros privados, la opción por la enseñanza diferenciada o no dependerá de su carácter propio, que deberá quedar incorporado al proyecto educativo de los centros concertados; lo cual significa, por otra parte, que el carácter propio no se identifica específicamente con el proyecto educativo, y así es reconocido por la LOCE (art. 68.5)¹⁰⁶.

Es especialmente importante, en orden a demostrar la legitimidad de la educación diferenciada y su fundamento normativo, que el art. 73 de la LOCE, al establecer el carácter propio de los centros privados (ex art. 27.6 de la Constitución), dispone que la elección del centro comporta a su vez la aceptación del carácter propio¹⁰⁷. Esto significa que si el centro privado, financiado pú-

106. Es destacable, también, que nada se dice en la LOCE del proyecto educativo de los centros privados no concertados; quizás porque la autonomía sea un concepto que juega en el ámbito jurídico-público, frente al Poder público, pero que se presume en sí misma en la iniciativa privada. En tal caso, cabe entender que la aplicación de este precepto (art. 68.5) a los centros concertados (privados financiados con fondos públicos) es una modulación impuesta por razón de la financiación pública, que está en sí misma muy poco o nada justificada, desde la estricta perspectiva de la libertad pública de creación y dirección de centros de enseñanza.

107. Vid., J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, "Requisitos y efectos del carácter propio de los centros educativos", en *Ius Canonicum*, vol. XXXIX, n. 77 (1999), pp. 15 a 25. Sin perjuicio de que la libertad de conciencia de los alumnos deba ser respetada en cualquier centro público o privado (concertado o no); vid., también, en este sentido y en el mismo número de la propia *Revista*, J. OTADUY, "Carácter propio de los centros educativos y libertad de conciencia", en *Ius Canonicum*, cit., pp. 27 a 42.

blicamente o no¹⁰⁸, se ofrece específicamente para chicos o para chicas, quienes lo elijan libremente no podrán pretender que el centro admita también a los alumnos del sexo opuesto. No cabe aceptar una oferta escolar diferenciada, legítimamente determinada por el titular del centro, en su caso, en el ejercicio de su propia libertad escolar, y después cuestionarla o tratar de alterarla. En definitiva, la libertad en la enseñanza que reconoce la Constitución justifica, en efecto, genéricamente, la legitimidad de las ofertas escolares sólo para chicos o sólo para chicas, tal y como ha declarado, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, de 25 de noviembre de 2002.

Los preceptos que acaban de citarse establecen positivamente el marco normativo que permite realizar una oferta educativa diferenciada (sólo para chicos o chicas), ya sea pública o privada y, en este caso, financiada públicamente o no, en la medida en que el régimen de los conciertos escolares no puede dejar de garantizar el carácter propio de los centros privados y, en consecuencia, su oferta específica, como ha reconocido la Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de febrero de 2002¹⁰⁹. Este criterio ha venido a reforzar el ya declarado por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de noviembre de 1999, que declaró la legitimidad de los colegios concertados especializados por razón del sexo, por considerar esa oferta escolar específica como una manifestación concreta de la libertad en la enseñanza¹¹⁰.

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 1999 se apoyó al respecto en una norma del Reglamento básico de conciertos como criterio complementario, para sostener que la oferta diferenciada

108. Porque, en ese precepto, la Ley reconoce el carácter propio de los centros privados, con independencia de su financiación pública o privada, tal y como avaló en su día el Tribunal Constitucional (STC 77/1985, FJ 8 y 9).

109. Cfr., su fundamento jurídico octavo.

110. Vid., J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, "Legitimidad de los colegios concertados especializados por razón del sexo", en *Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, La Ley, cit., p. 2.

no era ilegítima porque no se aludía al sexo entre las prohibiciones relativas a la admisión de alumnos en los centros públicos y concertados. El contenido de ese precepto se encuentra hoy literalmente repetido, con respecto a los centros públicos, por el art. 72.3 de la LOCE (en los mismos términos que recogía ya la LODE, en el art. 20.2 con respecto a los centros públicos, y en el art. 53, que se remitía al anterior, respecto de los centros concertados), aunque no exista ahora una norma expresa de remisión a este precepto entre las que regulan el régimen de los centros concertados en la propia Ley. El citado art. 72.3 de la LOCE dispone: “En ningún caso habrá discriminación en la admisión de alumnos por razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento”.

Parece posible pensar que esta norma (que podrá entenderse aplicable también a los centros privados –concertados o no–), no haya empleado el término discriminación en el sentido riguroso de la jurisprudencia constitucional¹¹¹, y que su finalidad haya querido ser, simplemente, prohibir la inadmisión de alumnos fundada en cualquiera de las razones que recoge el precepto, entre las que no se encuentra el sexo. Se trataría, entonces, de una previsión legal que confirmaría como razón adicional, aunque sea por esa vía negativa, tanto la ausencia de laguna legal al respecto, como la legitimidad de este tipo de enseñanza diferenciada; y, obviamente, ésta no podría ser excluida, en ningún caso, por una norma de rango inferior a la ley, que ampliase esas prohibiciones establecidas legalmente, por lo mismo que ninguna norma reglamentaria puede añadir requisitos nuevos para la admisión. Esto último es justo lo que pretendió una norma del Gobierno andaluz, en su día, dando lugar a su correspondiente anulación por el Tribunal Supremo, mediante Sentencia de 17 de junio de 1999¹¹².

111. Vid., la jurisprudencia cit., *supra*.

112. Vid., la Sentencia de la Sección 3ª de la Sala 3ª del T.S., de 17 de junio de 1999 (Aranzadi 6302/99), donde se anula una norma andaluza que pretendía imponer la repetición en cada centro del proceso de admisión de alum-

También en su día, el Gobierno andaluz pretendió ampliar las prohibiciones de la ley en la admisión de alumnos de los centros concertados¹¹³, incluyendo expresamente la relativa al sexo en el art. 4 del Decreto 72/1996¹¹⁴, cuya Orden de desarrollo (de 16 de febrero de 1999) permanece hoy suspendida cautelarmente por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, mediante Auto de 21 de febrero de 2000. En él se acoge literalmente la argumentación de la recurrente, destacando que el citado precepto del Decreto había sido también impugnado, en cuanto la Administración andaluza lo invocaba como fundamento de la legalidad de la Orden recurrida, y afirmando que: “del principio de no discriminación proclamado en el Decreto, a la obligatoriedad de admitir niños y niñas en los colegios hay un salto cualitativo. Hay un abismo. Lo primero no conduce a lo segundo. Los centros mixtos pueden ser igual o más discriminatorios (también por razones de sexo) que los de enseñanza separada (...)”¹¹⁵.

nos, al comenzar cada uno de los niveles educativos concertados (Preescolar, EGB, Bachillerato y FP).

Por cierto que la LOCE ha querido salir al paso, en parte, de lo que se pretendía en el asunto relativo a dicha Sentencia, estableciendo en su art. 72.2: “En los centros sostenidos con fondos públicos que impartan varios niveles educativos, el procedimiento inicial de admisión se realizará al comienzo de la oferta del nivel inferior de los que sean objeto de financiación”.

Sobre la potestad reglamentaria y, asimismo, la relación entre la ley y el reglamento, en general, vid., recientemente, A. GALLEGU ANABITARTE, “Potestad reglamentaria constitucional y legal”, y A. MENÉNDEZ REXACH, “Ley y Reglamento en España”, en S. ROSADO PACHECO, *Derecho Europeo Comparado sobre Ley y Reglamento*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid 2003, respectivamente, en pp. 11 a 52 y 93 a 119.

113. Recogidas hoy en el ya citado art. 72.3 de la LOCE y entonces en el art. 20.2 de la LODE.

114. Decreto del Gobierno andaluz, de 20 de febrero de 1996, *por el que se regulan los criterios de admisión de alumnos y alumnas en los Centros docentes públicos y concertados de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a excepción de los universitarios*.

115. Es interesante reseñar que este Auto de suspensión de la Orden recurrida va firmado por los 21 Magistrados de la Sala de lo Contencioso-

El mismo Auto se refiere expresamente a que la Convención de 1960 forma parte del Derecho español desde 1969, declarando la legitimidad de la enseñanza diferenciada por razón del género y recordando que, según el Tribunal Constitucional (STC 77/1985), las condiciones que determine el legislador para otorgar ayudas públicas a los centros de enseñanza no pueden contrariar los derechos y libertades educativas presentes en el propio artículo 27 CE (a la luz del art. 10.2 CE), debiendo asimismo configurar el régimen de ayudas en el respeto al principio de igualdad (sin discriminar, por tanto, a los centros que opten legítimamente por una enseñanza especializada sólo para chicos o sólo para chicas, como se desprende de este Auto).

Pues bien, en Andalucía y en aplicación de la LOCE, acaba de ser aprobado el Decreto 77/2004, de 24 de febrero, en términos similares a los del citado Decreto de 1996; habrá que esperar a la Orden que lo desarrolle para valorar su legalidad, tal y como previsiblemente tendrá que efectuar la Jurisdicción contencioso-administrativa. Es muy probable –y sería además justo– que ésta vaya a pronunciarse en la misma dirección que apuntaba el citado Auto de suspensión del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, si tenemos en cuenta que, en realidad, la LOCE y su contexto constitucional en 2002 no ha modificado en absoluto lo que a propósito de esto establecía ya la LODE en 1985, en el mismo contexto constitucional. Similar normativa a la del Gobierno andaluz es la aprobada por el actual Gobierno catalán para regular la admisión en los centros concertados¹¹⁶, del mismo modo que

Administrativo de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. Dicho Auto cuenta con un extenso Voto particular que, sin embargo, no contiene razones suficientemente convincentes. A él se adhirieron dos Magistrados, de modo que los disidentes de la suspensión cautelar, por razones de fondo, representan tan sólo un 14% de los Magistrados que integraron la Sala.

116. Cfr., el Decreto 252/2004, de 1 de abril, que puede afectar a más de 18.000 alumnos de centros no mixtos en Cataluña.

otros gobiernos autonómicos gobernados por el partido socialista¹¹⁷.

De prosperar tales medidas, se negaría la libertad de elegir este tipo de educación diferenciada a todos aquellos que pretendan hacer valer su derecho a la educación gratuita, mediante el acceso a centros concertados. De este modo, la financiación pública, en lugar de ser instrumento de efectividad del derecho a la educación en libertad, se convertiría en un instrumento para cercenar la propia opción educativa (tan esencial al propio derecho a la educación que nuestra Constitución reconoce). Es, en fin, evidente por lo ya expuesto, la completa inconstitucionalidad de tales pretensiones reglamentarias y autonómicas, lesivas de la reserva de ley orgánica y de las competencias constitucionales del Estado.

B) *Ofertas educativas no gubernamentales: algunas precisiones*

La legitimidad de las ofertas educativas diferenciadas por corresponder a iniciativas escolares de titularidad privada o, dicho de otro modo, distintas de las públicas, es la consecuencia propia del reconocimiento de la libertad de enseñanza¹¹⁸, en los términos sancionados por el art. 27.6 CE¹¹⁹, que vienen avalados, además,

117. Cfr., el Decreto de la Consejería de Educación de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, de 2 de marzo del 2004 y la Orden que lo desarrolla del día 12 del mismo mes y año (en DOCM de 5 y 17 de marzo del 2004, respectivamente). Cfr., también, el Decreto de la Consejería de Educación, Ciencia y Tecnología de la Junta de Extremadura, de 9 de marzo del 2004 (DOE de 13 de marzo).

118. Vid., U. VALERO, "Libertad de enseñanza", en *Razón y fe*, 944-945 (1976), pp. 162 y 163, donde se refiere a la libertad de enseñanza en cuanto principio cuya fuerza obligatoria no deriva, en rigor, ni de las declaraciones internacionales, ni de las leyes, "sino de las exigencias de la naturaleza misma y de la dignidad de la persona humana".

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

por distintas normas internacionales ya citadas¹²⁰. Esta legitimidad viene también confirmada por la LOCE desde la otra perspectiva de la actividad de enseñanza, es decir, desde la posición del titular del derecho a la educación¹²¹, cuando reconoce expresamente, en su art. 3.1,b), el derecho a “la libre elección del centro”¹²². Dicha posibilidad de elegir se da, como es lógico, en el marco del reconocimiento jurídico de una oferta plural, que comporta una legítima diversidad de ofertas escolares específicas, dotadas cada una de ellas de un carácter propio que, a su vez, viene determinado por el ideario¹²³, cuando la oferta no corresponde a la titularidad del Poder público¹²⁴ y, en consecuencia, es privada¹²⁵.

Vid., A. EMBID IRUJO, “Libertad de creación de centros de enseñanza y potestades administrativas de supervisión y control”, en *Aspectos administrativos del derecho a la educación. Especial consideración de las Universidades públicas*, cit., pp. 147 a 220.

120. Cfr., fundamentalmente, los artículos: 18 de la Declaración Universal de 1948; 18.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966; y, 13.4 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de ese mismo año.

121. También reconocida por normas internacionales y, en especial, por el art. 13.3 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

122. Vid., *supra*, su fundamentación normativa internacional y constitucional.

123. El Tribunal Constitucional ha afirmado, en este sentido, que “el establecimiento de ideario, en cuanto determina el carácter propio del centro, forma parte del acto de creación” (FJ 8, párrafo segundo, de la Sentencia que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra la LOECE, cfr., B.J.C. 1 (1981), p. 33).

124. Pues el ideario de los centros públicos, en principio, debe ser abierto a la pluralidad dentro de lo requerido por el ordenamiento jurídico; vid., en este sentido, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, “El derecho a la educación en la Constitución española”, en núm. ya cit. de esta misma *Revista*, p. 278.

125. Vid., el RD 1537/2003, de 5 de diciembre (BOE, 10.12.03), por el que se establecen los requisitos mínimos de los centros que impartan enseñanzas escolares de régimen general.

Pues bien, como no podía ser menos, la Convención de la UNESCO de 1960 reconoce expresamente, en su art. 2,c), que la creación o el mantenimiento de establecimientos privados de enseñanza no constituye una discriminación prohibida, en el sentido de su art. 1, en las siguientes circunstancias: “siempre que la finalidad de esos establecimientos no sea lograr la exclusión de cualquier grupo, sino la de añadir nuevas posibilidades de enseñanza a las que proporciona el poder público, y siempre que funcionen de conformidad con esa finalidad, y que la enseñanza dada corresponda a las normas que hayan podido prescribir o aprobar las autoridades competentes, particularmente para la enseñanza del mismo grado”.

Sentado lo anterior, la misma Convención añade, en su art. 3,b), que los Estados Parte se comprometen a adoptar las medidas necesarias, incluso legislativas, “para que no se haga discriminación alguna en la admisión de los alumnos en los establecimientos de enseñanza”. Ello quiere decir que todos los titulares del derecho a la educación deben ser tratados con criterios de igualdad en el momento de pedir su admisión a los correspondientes centros escolares y que, por tanto, las medidas que se adopten para establecer preferencias que ordenen la admisión de alumnos, en atención a la posibilidad de que en un mismo centro pueda haber más demanda escolar que puestos ofertados, no pueden tener carácter discriminatorio en ningún caso, es decir, no pueden limitar o restringir sin una justificación proporcionada el derecho a la libre opción educativa.

Es necesario destacar que en España, entre las normas relativas a la admisión de alumnos en los centros sostenidos con fondos públicos que se aplican, por tanto, a los centros privados concertados, se establece, de entrada, un criterio de admisión (el primero de todos ellos) que encaja de lleno en una de las discriminaciones proscritas por el art. 1 de la Convención de 1960. Tales normas se recogen hoy en la Disposición Adicional 5ª de la LOCE y vienen a reproducir, en parte, el ya derogado art. 20.2 de la LODE. En

dicha Disposición se establece, para el caso de que no existan plazas disponibles en tales centros, que serán “criterios prioritarios: la renta per capita de la unidad familiar, proximidad del domicilio, existencia de hermanos matriculados en el centro, concurrencia de discapacidades en el alumno o en alguno de sus padres o hermanos y condición legal de familia numerosa”. A esto se añade la concurrencia de enfermedad crónica en el alumno que exija un especial seguimiento de la dieta que se le prescriba médicamente y, además, se dispone que en los niveles no obligatorios se podrá tener en cuenta el expediente académico.

Los tres primeros criterios estaban ya previstos en ese mismo orden por la LODE; a ellos, se añaden ahora otros tres criterios más, que son los relativos a las discapacidades, a la condición de familia numerosa y a la referida enfermedad crónica. De todos ellos, a la luz de la Convención, dos resultan especialmente problemáticos con respecto a los niveles educativos obligatorios: el que se refiere a la situación económica de las familias (1) y el que se refiere a la zona geográfica más próxima al centro (2).

Antes de aludir a los problemas que tales criterios pueden plantear, no está de más destacar que, aunque el Tribunal Constitucional se pronunció ya a propósito de estos criterios prioritarios, afirmando su compatibilidad con la libertad de elección educativa (por no suponer ninguna adscripción forzosa)¹²⁶, sin embargo, no entró a valorar su validez constitucional de fondo porque, como reconoció el propio Tribunal, ésta no fue propiamente cuestionada por los recurrentes (porque no atacaron su posible arbitrariedad o falta de legitimidad sustantiva)¹²⁷.

126. Vid., la STC 77/1985, que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra la LODE (FJ 5).

127. Ibid., donde el Tribunal afirma: “Los recurrentes no niegan la competencia del Legislador para establecer criterios ordenadores, ni aducen que los criterios establecidos para seleccionar, de entre todas las solicitudes de admisión presentadas en función de las preferencias educativas de los padres y tutores, aquellas que puedan ser atendidas resulten arbitrarias”.

1. *La posición económica*

Como ha quedado expuesto, la Convención de 1960 obliga a los Estados Parte a impedir que haya discriminación alguna en la admisión de alumnos en los establecimientos de enseñanza y, además, su art. 1 considera discriminatoria toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada, entre otras causas, en la posición económica, cuando tenga por efecto destruir la igualdad en la esfera de la enseñanza. Y así sucede en este caso, en concreto, con respecto al ejercicio del derecho a la libre opción educativa de todos los educandos, sujetos, a la vez, al deber de cursar la enseñanza obligatoria, que la Constitución declara igualmente como gratuita para todos¹²⁸ con el fin de hacer posible y asegurar la libertad en el cumplimiento a esa obligación (que es al mismo tiempo un derecho prestacional y de libertad). Estos son, por lo demás, los términos incondicionados en que se establece la gratuidad de la enseñanza obligatoria en el art. 27.4 CE¹²⁹, así como en la ya citada Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989.

En la medida en que se trate de niveles educativos universalmente obligatorios y gratuitos, objetiva y subjetivamente, no ca-

128. Cfr., *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, I, Cortes Generales, Madrid 1980, pp. 1148 y 1149; donde se recoge la enmienda *in voce* al texto de la Ponencia, con relación al que después sería el art. 27.4 CE. En dicha enmienda el Prof. LÓPEZ RODÓ defendió que el texto se modificase: “De tal manera que el apartado quedaría redactado así: *La enseñanza básica es obligatoria y gratuita para todos*”. ROCA JUNYENT, al explicar la posición de la Ponencia, justificó el rechazo de la expresión “para todos” por considerarla “tan obvia” que: “nos parece innecesario incorporarla. No será obligatoria y gratuita para unos sí y para otros no y, por tanto, es evidente que no tiene sentido”.

129. Vid., F. GARRIDO FALLA et alii, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 2ª ed., Madrid 1985, p. 555; donde sostiene: “si el art. 27-4 se interpreta en el sentido de que la gratuidad de la enseñanza básica alcanza a los centros privados, entonces la obligación de financiar viene impuesta por la lógica misma del sistema”.

brá la posibilidad misma de que exista una dificultad económica relativa al coste de la enseñanza que impida el ejercicio de ese derecho-deber en libertad por quienes carezcan de medios. Por ello, el nivel de renta –más bajo o más alto– no puede determinar ni un mejor, ni un peor derecho a elegir y obtener una concreta plaza escolar, en cuanto el ejercicio de la opción no depende de la renta familiar (por ser un nivel educativo gratuito) y, en consecuencia, la posibilidad de ejercer la opción educativa debe reconocerse a todos con independencia de su posición económica con respecto a tales niveles educativos obligatorios y gratuitos. Sin embargo, es evidente que en los niveles educativos no obligatorios, en la medida en que tampoco sean gratuitos, las exigencias mismas de la igualdad justifican la necesidad de dar preferencia para la financiación pública a quienes tengan los niveles de renta más baja, justo para hacer posible la opción educativa a quienes no podrían ejercerla por falta de medios y para, en consecuencia, compensar así una diferencia de partida que, de lo contrario, haría imposible la efectividad del derecho a la educación en libertad.

Es preciso insistir en que, con respecto a los niveles obligatorios y gratuitos, si la renta per capita se utiliza como criterio prioritario para la admisión de alumnos en los centros sostenidos con fondos públicos, se estará haciendo una distinción injustificada¹³⁰, porque, si no deben ser favorecidos quienes más contribuyen con el pago de sus impuestos a los fondos públicos (ya que en esto último consiste la solidaridad coercible que deben gestionar los Poderes públicos), tampoco tienen por qué ser discriminados y limitados, en el ejercicio de una libre opción que de-

130. Este criterio está además expresamente desautorizado en la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de marzo de 1984, cuyo n. 3 declara: “La admisión de un niño en una escuela que reciba fondos públicos no puede estar supeditada a la situación económica de los padres, ni al origen social, racial o étnico del niño; los criterios determinantes deben ser sus aptitudes y sus preferencias”.

be reconocerse a todos por igual, como parte esencial del derecho a la educación.

No existe ninguna razón que justifique un trato de favor o preferencia, ni tampoco ninguna restricción, que pueda derivarse de la renta familiar menor o mayor con respecto a estos niveles de la enseñanza obligatoria. De lo contrario, esa libre opción educativa quedará injustamente favorecida o limitada y, en consecuencia, quedará también destruida esa igualdad en la esfera de la enseñanza que la Convención de 1960 pretende asegurar, mediante el compromiso de los Estados Parte tendente a evitar la enseñanza separada por motivos económicos y, asimismo, a asegurar mejor la integración social que deriva directamente del carácter obligatorio y gratuito en estos niveles educativos.

2. La zona geográfica

El otro criterio prioritario que puede resultar problemático en su aplicación para la admisión de alumnos en los centros sostenidos con fondos públicos, desde el punto de vista de la igualdad, es el que se refiere a la proximidad geográfica. A diferencia del criterio anterior, éste sí parece obedecer a una cierta justificación proporcionada por cuanto, en condiciones iguales de elección, parece razonable dar algún tipo de prioridad a quienes se encuentren más cerca del centro escolar elegido (de modo similar a lo que sucede con otros criterios legales prioritarios, como el de tener hermanos matriculados en el mismo centro).

En efecto, este criterio permite facilitar la efectividad de la opción, en atención a un aspecto objetivo y general que tiende a racionalizar de algún modo el proceso de admisión. Con todo, este criterio prioritario no debe ser priorizado, ni absolutizado; únicamente valdrá en la medida en que se aplique como un criterio más, junto con otros, y en la medida en que no dé lugar a una preferencia basada exclusivamente en pertenecer a un deter-

minado grupo social, localizado geográficamente, como sucede con los asentamientos de gitanos o de inmigrantes en determinados barrios o zonas geográficas. De lo contrario, se estaría propiciando una segregación escolar prohibida en la propia Convención de 1960, por condicionar la efectividad de la financiación pública a “preferencias o restricciones basadas únicamente en el hecho de que los alumnos pertenezcan a un grupo determinado”. Y es esto justo lo que el art. 3,d) de la Convención obliga a los Estados Parte a no admitir¹³¹.

Por tanto, absolutizar este criterio, aplicándolo de modo desproporcionado, puede generar segregación, en lugar de facilitar la integración escolar libre y en condiciones de igualdad. La realidad social cambiante, derivada del fenómeno de la inmigración, y de la localización de diferentes grupos humanos más o menos homogéneos en las aglomeraciones urbanas, aconseja buscar alternativas razonables a este criterio prioritario en estos casos o, al menos, medidas complementarias que tiendan a asegurar la integración, evitando que se generen guetos, en cuanto agrupaciones obligadas *de facto*, como consecuencia de circunstancias que se convierten en condiciones casi ineludibles para el ejercicio del derecho a la educación que, de ese modo, no se dará propiamente en libertad, ni con la necesaria igualdad de oportunidades en la calidad.

Con respecto a esto que ha dado en llamarse la zonificación escolar, es interesante una Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1984¹³², porque anuló unas Órdenes Ministeriales de 1984 donde se regulaban las subvenciones a centros escolares de

131. Los Estados se comprometen a: “d) No admitir, en la ayuda, cualquiera que sea la forma que los poderes públicos puedan prestar a los establecimientos de enseñanza, ninguna preferencia ni restricción fundadas únicamente en el hecho de que los alumnos pertenezcan a un grupo determinado”.

132. Cfr., *Aranzadi* 250/1985 y el comentario de J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, “Subvenciones al ejercicio de libertades...”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, cit., p. 410.

diferentes niveles educativos, en lo relativo a los preceptos que imponían la escolarización con carácter exclusivo del alumnado de una zona. Lo realmente destacable es que esta Sentencia del Supremo fue recurrida en amparo por el Fiscal General del Estado y el Tribunal Constitucional no modificó, ni desautorizó ninguno de los argumentos que en ella se contenían en contra de la zonificación¹³³. Lo cierto es que el Tribunal Constitucional no ha enjuiciado tampoco aún, la proporcionalidad o no de este criterio geográfico prioritario en la admisión de alumnos de los centros sostenidos con fondos públicos.

III. CONCLUSIÓN.

En primer lugar, es preciso subrayar que la igualdad en la enseñanza no sólo exige el reconocimiento jurídico y consiguiente garantía en favor de todos los titulares del derecho a la educación (en su inescindible doble dimensión prestacional y de libertad), de unas mismas facultades esenciales, sino también la adopción por los Poderes públicos de medidas positivas –entre las que se encuentra la financiación pública (de carácter necesario, en los niveles educativos obligatorios)– para hacer posible la realización efectiva y plena de dicha igualdad.

Y, en segundo lugar, la necesaria financiación pública de los niveles educativos obligatorios no puede servir para cercenar el contenido primario de libertad del derecho a la educación, en que consiste la opción educativa (y a cuya efectividad responde dicha financiación), pretendiendo deslegitimar y, en consecuencia, negar especializaciones en la enseñanza que carecen de efecto discriminatorio –según la Convención de 1960–, por cuanto no hacen sino concretar posibles opciones legítimas específicas de la

133. Vid., la STC 86/1985, en B.J.C., 52-53 (1985).

propia libertad escolar (como es el caso de la enseñanza diferenciada por razón del género). Tal financiación, por otra parte, no puede utilizarse tampoco para limitar el ejercicio de la opción educativa con normas que establezcan preferencias basadas en circunstancias que las hagan discriminatorias, en sí mismas (nivel económico familiar) o por el modo desproporcionado de su imposición (proximidad geográfica), a la luz de la propia Convención de 1960.