



european
association
single-sex
education

NEWSLETTER

SUPLEMENTO



LEGALIDAD VIGENTE Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

LEGALIDAD VIGENTE Y CRITERIOS JURISPRUDENCIALES FIRMES EN MATERIA DE EDUCACIÓN DIFERENCIADA

José Luis Martínez López-Muñiz
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Valladolid

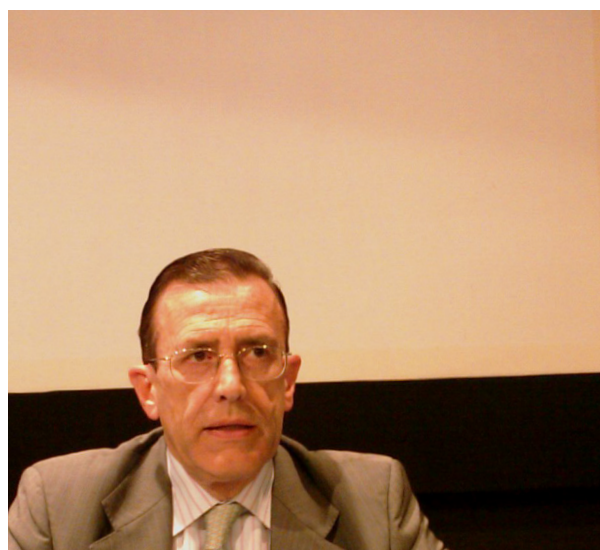
I. LEGALIDAD VIGENTE

La legalidad vigente en materia de educación diferenciada viene determinada en la actualidad en España por las siguientes normas, que se relacionan según su orden de prelación respectiva:

1. Constitución Española de 1978, artículo 27, que, en su apartado 1, garantiza la libertad de enseñanza en el derecho a la educación, con el consiguiente derecho a elegir centro (como ha declarado el TC desde su sentencia 5/1981), y que, consecuentemente, en su apartado 6, reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, lo que, según STC 5/1981 (FJ 8), comporta principalmente el derecho a conformarlos con un "carácter u orientación propios", con arreglo a un "ideario no (...) limitado a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa", que puede, obviamente, "extenderse a los distintos aspectos" de ésta, y, por lo tanto, a determinadas preferencias peda-

la legalidad de la ED viene determinada por la CE y la Convención de la UNESCO, y las leyes orgánicas

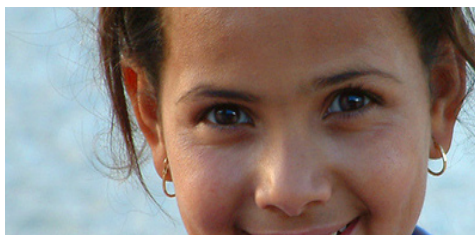
gógicas, dentro naturalmente del debido respecto a "los principios constitucionales"; y que incluye, asimismo, como tiene declarado la STC 77/1985, por unanimidad



del Tribunal, la libertad de dirigir esos mismos centros, tal y como se desprende de lo dispuesto en el artículo 13.4 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales de la ONU, de 1966, ratificado por España en 1977, y dotado de valor interpretativo constitucional por el artículo 10.2 de la propia Constitución.

Debe añadirse que, de lo dispuesto en los artículos 27.4 y 9, 14 y 9.2 de la propia Constitución y de los principios generales sobre la asistencia o ayuda de los Poderes públicos al ejercicio de derechos fundamentales con contenido de libertad pública, se desprende asimismo una prohibición de condicionar dicha asistencia o ayuda públicas de modo que se restrinja de hecho injustificadamente el ejercicio de tales derechos, so capa de favorecer la igualdad de oportunidades para su efectividad.

2. Convención de la UNESCO sobre lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza, de 1960, que, si en su artículo 1º incluye el sexo, como no podría ser de otra forma, entre las causas de diferencia de trato en la educación considerables como discriminación pro-



LAS SENTENCIAS Y LAS LEYES DE EDUCACIÓN EN EL MOMENTO ACTUAL

hibida –ya lo hace también el artículo 14 de la Constitución Española de manera general con respecto a la actuación de los Poderes públicos, y, para todos los derechos humanos, el artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948-, aclara en su artículo 2 que, sin embargo, no tiene tal carácter discriminatorio la organización de sistemas o de centros educativos “separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino”, siempre que “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”. Aclaración ésta, además, que, por el contexto de todo el citado artículo 2º, no sólo se refiere a establecimientos de enseñanza privados sino también a los públicos, ya que para los privados este mismo artículo, en su letra c), salvaguarda más amplia y específicamente, en cualquier caso, “la creación o el mantenimiento de establecimientos de enseñanza privados, siempre que la finalidad de esos establecimientos no sea la de lograr la exclusión de cualquier grupo, sino la de añadir nuevas posibilidades de enseñanza a las que proporciona el poder público, y siempre que funcionen de conformidad con esa finalidad”.

3. Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979, cuyo artículo 10.c) obliga a los Estados Parte a adoptar las medidas apropiadas para “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 constituyan a lograr este objetivo, y, en

particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza”. Como ha dicho el TS (SS de 16.04.2006, FJ 8, y de 11.07.2008, FJ 2), no hay contradicción entre lo dispuesto por este precepto y por el 2º de la Convención de la UNESCO de 1960, puesto que, mientras éste “afirma tajantemente que en las condiciones indicadas la enseñanza separada no discrimina por razón de sexo”, en aquél “se dice que la enseñanza mixta es un medio, no el único, de promover la eliminación de aspectos de la desigualdad por razón de sexo”. Es evidente incluso que entre los otros tipos de educación distintos al de la educación mixta habrá de incluirse la separada o diferenciada, que puede acreditarse incluso quizás como eventualmente más eficiente para la finalidad buscada. Se notará además en todo caso que la Convención de 1979 no quiere en ningún caso imponer la educación mixta, pues sólo habla de estimularla en su caso.

4. Leyes orgánicas educativas:

4.1. LOE (Ley Orgánica reguladora del derecho a la educación, 8/1985, de 3 de julio, en su redacción actualmente vigente, tras sus diversas modificaciones):

a) En el artículo 4.1.b) proclama el derecho de los padres o tutores, en relación con el la educación de sus hijos o tutores, “a escoger centro docente tanto público como distinto de los creados por los poderes

públicos”, y

b) En el artículo 21 reconoce la libertad de toda persona física o jurídica de carácter privado y de nacionalidad española “para la creación y dirección de centros docentes privados, dentro del respeto a la Constitución y a lo establecido en la presente ley”. Los requisitos impondibles para la autorización de los centros serán los mínimos a que se refiere su artículo 14 (artículo 23).

4.2. LOE (Ley Orgánica de Educación, 2/2006, de 3 de mayo):

a) Entre los principios del sistema educativo proclamados en su artículo 1º figura el de “la flexibilidad para adecuar la educación a la diversidad de aptitudes, intereses, expectativas y necesidades del alumnado” [letra e)] y el de “autonomía” (de o en los centros) “para establecer y adecuar las actuaciones organizativas” [letra i)], así como, desde luego, el de “equidad, que garantice la igualdad de oportunidades, la inclusión educativa y la no discriminación y actúe como elemento compensador de las desigualdades” [letra b)] o el de “desarrollo de la igualdad de derechos y oportunidades y el fomento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres” [letra l)];

b) Conforme a su artículo 84, “las Administraciones educativas regularán la admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados de tal forma que garantice el derecho a la educación, el acceso en

► Las leyes educativas españolas no imponen la educación mixta, y permiten la financiación de la Diferenciada

condiciones de igualdad y la libertad de elección de centro por padres y tutores" (ap. 1), sin que en ningún caso pueda haber "discriminación por razón de nacimiento, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social" (ap.3, lo que, obviamente, debe ser entendido de conformidad con lo dispuesto al respecto por la Convención de la UNESCO sobre lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza, de 1960, cuyo texto aclara, como ya se hizo notar, lo que es discriminación en la enseñanza por razón de sexo y lo que no lo es (así como también, por cierto, en razón de la religión o de la lengua), además de proclamar las más amplias posibilidades que, en cualquier caso, deben reconocerse a los centros privados, siempre que no tengan por finalidad excluir sino aportar –o intentar aportar- nuevas posibilidades a una enseñanza más efectiva, por lo que, en modo alguno puede entenderse que se está prohibiendo la separación de alumnos y alumnas en unidades docentes o en centros distintos si con ello tratan de obtenerse con igual o mayor eficacia pedagógica las finalidades propias del sistema educativo, incluida por supuesto la de una mayor igualdad entre ambos sexos; y hay que advertir que, aunque este artículo 84, se refiere sólo a la admisión en centros públicos y privados concertados, aquella prohibición de discriminaciones propiamente tales –que no incluye la separación por sexo- debe entenderse aplicable también –ni más ni menos- a los centros privados no concertados, ya que está establecida, incluso más ampliamente y no sólo para la admisión, por la ya citada Convención de la UNESCO y deriva del artículo 14 de la Constitución.

c) En su disposición adicional vigesimoquinta, "con el fin de favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres", establece que "los centros que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas, serán objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones recogidas" en la propia LOE, "sin perjuicio de lo dispuesto en los convenios internacionales suscritos por España", que ya hemos visto lo que dicen. De lo que ante todo se deduce que la LOE no impone ni permite exigir que para ser centro concertado un centro privado haya de ser mixto ni en todas



las etapas educativas en la que imparta educación ni en las que concretamente sean objeto de concierto, ya que es evidente que algo sólo puede ser contemplado legalmente como objeto de posible trato preferencial y prioritario si no viene ya impuesto como preceptivo legalmente. Además, esta disposición no tiene rango de ley orgánica sino de ley ordinaria (en virtud de lo dicho en la disposición final séptima de la misma LOE) ni carácter básico (por lo establecido en la disposición final quinta de la LOE), por lo que cualquier ley autonómica puede suprimir su aplicación para el ámbito territorial correspondiente, sin que, por otra parte, ninguna ley autonómica puede introducir imposiciones limitativas de las libertades educativas no contempladas en leyes orgánicas estatales (por lo dispuesto en el artículo 81 en relación con el 27 de la Constitución). Estaría, en fin, la cuestión de interpretar qué signifique el tal principio de coeducación y si se identifica sin más con la escolarización mixta o no plantea unos objetivos que puedan lograrse con mayor eficacia mediante cualquiera de las formas que puede adoptar una educación diferenciada adaptada a las reales diferencias de chicos y chicas, que

Los Titulares de los centros tienen derecho a establecer su carácter propio

aproveche las ventajas pedagógicas que puede comportar la dinámica de grupo de unidades escolares del mismo sexo en los años de la educación primaria y secundaria obligatoria.

d) El artículo 115 reitera el derecho de los titulares de los centros privados a establecer su carácter propio, respetando obviamente los derechos constitucionales y legales de profesores, padres y alumnos, y dispone que la matriculación de un alumno supondrá el (deber de) respeto de este carácter propio del centro. Y ya se dijo que el TC entiende que este carácter propio puede extenderse a los más diversos aspectos pedagógicos, incluidos naturalmente los más básicos sobre el modo de organizar la enseñanza.

e) El artículo 121.6, confirmando lo que es esencial a cualquier centro privado, dispone que "el proyecto educativo de los centros privados concertados, que en todo caso deberá hacerse público, será dispuesto por su respectivo titular e incorporará el carácter propio al que se refiere el artículo 115 de esta Ley.

5. Leyes autonómicas (o de las Comunidades Autónomas).

5.1. La Ley de educación de Andalucía 17/2007, de 10 de diciembre (BOJA, del 26), dice en su artículo 4.1.f) que entre los principios del sistema educativo se encuentra el de "convivencia como meta y condición necesaria para el buen desarrollo del trabajo del alumnado y del profesorado, y respeto a la diversidad mediante el conocimiento mutuo, garantizándose que no se produzca segregación del alumnado por razón de sus creencias, sexo, orientación sexual, etnia o situación económica y social". La dicción literal de este principio general debe ser interpretada de forma que no contradiga las disposiciones superiores antes examinadas. Si eso no fuera posible, querría decir que estamos ante un precepto inconstitucional –y así podría aducirse al recurrir contra los actos de la Administración educativa que lo



aplicasen de ese modo, suscitando cuestión de inconstitucionalidad en el proceso contencioso-administrativo correspondiente-, pues una ley autonómica educativa no puede ir contra las leyes orgánicas ni contra los tratados y convenios internacionales ratificados por España y menos aún contra la Constitución. La noción de segregación connota no sólo separación sino marginación de una persona o grupo de personas, según nos dice expresamente el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia



Español, y es eso efectivamente lo que debe considerarse ya prohibido por la Convención de la UNESCO de 1960, pero no la organización de centros o de unidades docentes dentro de ellos que agrupen solo a alumnos de uno u otro sexo, respectivamente, con finalidades pedagógicas razonables, incluida la consecución efectiva de una más efectiva igualdad entre los sexos, una mejor educación para la convivencia y un más pleno respeto a la diversidad y las diferencias, siempre que se cumplan las condiciones que fija el artículo 2 de la citada Convención de la UNESCO, con las que se trata de evitar precisamente la discriminación marginadora y excluyente prohibida en su artículo 1º. El artículo 4.1.f) de esta Ley andaluza de Educación no puede amparar la imposición de la educación mixta en ningún caso a los centros privados, ni siquiera como requisito para su concertación, pues esta exigencia sólo podría imponerse –si es que constitucionalmente pudiera hacerlo- una ley orgánica estatal.

5.2. No hay por ahora más leyes autonómicas, aunque se conozcan algunos anteproyectos en estado más o menos avanzado de elaboración, sobre los cuales, digan lo que digan en su día, si se convierten en leyes, habría que hacer las mismas observaciones que acaban de hacerse.

6. Disposiciones reglamentarias sobre admisión de

► No hay, en España, ninguna norma válida que exija que la escuela sea mixta para recibir financiación



alumnos en centros sostenidos con fondos públicos.

6.1. El Real Decreto 366/1997, de 14 de marzo, por el que se regula el régimen de elección de centro educativo, que sigue constituyendo una norma de aplicación general, pero sólo de carácter supletorio con respecto a las regulaciones autonómicas, aplicándose, en consecuencia, únicamente de forma directa y plena en Ceuta y Melilla y en los centros educativos estatales en el extranjero, no contiene norma alguna que pueda entenderse como impositiva de educación mixta en ningún tipo de centro.

6.2. La generalidad de las Comunidades Autónomas han ido aprobando Decretos de sus respectivos Consejos de Gobierno estableciendo las normas reglamentarias sobre la admisión, particularmente, por lo común, en centros públicos y privados concertados. Es muy común que reiteren la prohibición de discriminación por razón del sexo que hoy, como vimos, se contiene ya en la LOE, pero sin añadir determinaciones que obliguen a entender que con ello se exige en todos esos centros la educación mixta. Algunos sí que han querido explicitar, sin embargo, su pretensión de imponer una escolarización mixta en cualquier centro concertado (Decreto 77/2004, de Andalucía, Decreto 22/2004 de Castilla La-Mancha), pero han sido luego anulados por los Tribunales de Justicia, como no podía ser de otra manera. En efecto, cualquier disposición reglamentaria autonómica que imponga tal escolarización como obligatoria a todos los centros concertados

o interesados en concertarse incurriría en ilegalidad e inconstitucionalidad, por imponer exigencias que, como se ha dicho, no se contienen en las leyes orgánicas estatales y están reservadas a ellas (si es que incluso ellas pueden llegar a imponer tal exigencia). Puede afirmarse, pues, que no hay Decretos autonómicos en vigor que impongan la coeducación y que si los hubiera, podría instarse su anulación judicial directamente o cuando pretendieran aplicarse.

RESUMEN:

1. En el ordenamiento jurídico-educativo vigente en toda España, no existe (ni ha existido nunca, puede añadirse) norma alguna con rango de ley orgánica y carácter básico que exija o permita exigir la escolarización mixta para ser o seguir siendo centro privado concertado, y ni siquiera que la establezca como necesaria en los centros públicos.

2. La igualdad en el derecho a la educación en libertad, requerida por la Constitución, es contraria a cuanto comporte discriminación en el sentido establecido por la Convención de la UNESCO de 1960, que expresamente excluye de ella la separación escolar por el sexo que cumpla la condición de que todas las personas, sea cual sea su sexo, puedan satisfacer su derecho a la educación en condiciones equivalentes.

3. La Constitución garantiza el derecho a elegir el centro educativo que se considere preferible de entre los que cumplan las mínimas condiciones legales que deben fijarse, y a hacerlo con financiación pública en la enseñanza obligatoria sin otras condiciones adicionales que las que requiera garantizar el buen fin de esa financiación. Los padres tienen derecho a preferir, con todas las consecuencias, centros de educación diferenciada.

4. La Constitución garantiza la libertad de crear y dirigir centros docentes sin más límites, en cuanto a su configuración, que los justificadamente establecidos por ley orgánica. Forma parte hoy de esta libertad el conformar los centros docentes con alguna de las modalidades de la educación diferenciada, de suerte que sean sólo para chicos o sólo para chicas, o la enseñanza se organice en ellos en todo o en parte en unidades distintas para alumnos y alumnas.



► La Constitución garantiza la libertad de crear y dirigir centros

5. Toda norma legislativa o reglamentaria autonómica que no pueda interpretarse de conformidad con todo lo anterior, debe considerarse ilegítima, inválida y susceptible, en suma, de anulación por el Tribunal Constitucional (mediante, al menos, la pertinente cuestión judicial de inconstitucionalidad, si se trata de una ley) o por los órganos de la Jurisdicción contencioso-administrativa (si se trata de normas reglamentarias).

II. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES FIRMES

Se exponen a continuación los criterios sostenidos por los Tribunales de lo contencioso-administrativo, competentes en la materia, en relación con el derecho a la escolarización diferenciada, separada o especializada por razón del sexo en centros privados concertados. No se ha generado jurisprudencia explícita sobre el derecho a ese mismo tipo de escolarización en centros públicos, ni tampoco en relación con los centros privados no concertados. El Tribunal Constitucional no se ha pronunciado aún directamente de



ningún modo.

Todos los pronunciamientos que hasta ahora han hecho estos Tribunales han recaído en litigios suscitados con anterioridad a la entrada en vigor de la LOE, que es la primera ley orgánica educativa que ha prohibido expresamente la discriminación por razón del sexo en la admisión en centros educativos sostenidos con fondos públicos. Aunque ya se ha dicho más arriba la interpretación que debe hacerse de esto, que, en realidad, no permite en rigor afirmar que con ello haya cambiado en nada nuestro ordenamiento jurídico básico en la materia.

1. Los Tribunales Superiores de Justicia, situados en varias Comunidades Autónomas, han coincidido en afirmar en múltiples sentencias que las Comunidades Autónomas no pueden condicionar los conciertos escolares a que los centros privados interesados practiquen la coeducación, ni obligar en consecuencia a admitir en todo centro concertado, sin atención a su carácter propio, a alumnos de uno y otro sexo: Se han pronunciado en este sentido los Tribunales Superiores de La Rioja, (sentencia de 25.11.2002), Cataluña (auto de 8.10.2004), Castilla La-Mancha (sentencias de 10.11.2004, que anulan el Decreto 22/2004), Galicia (sentencia de 31.05.2006, que anula una Orden de la Consellería de Educación que obligaba a matricular a un varón en una escuela de restauración femenina) y Andalucía (sentencias de 11.05.2006 –que anuló el Decreto 77/2004- y de 7.09.2006). Lo han hecho las más de las veces invocando expresamente el artículo 2 de la Convención de la UNESCO de 1960.

Una última sentencia de 28.01.2008 del Tribu-



► El Supremo ya ha dado el visto bueno a la Educación Diferenciada en el 2006



nal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha ha vuelto a anular el Decreto castellano-manchego 22/2004, así como la Orden que lo desarrollaba y aplicaba, en cuanto exijan la coeducación mixta en todos los centros concertados. Lo ha hecho ahora en un proceso contencioso-administrativo ordinario (las sentencias de 2004 fueron dictadas en sendos procedimientos especiales de protección de derechos fundamentales) y por la razón que expone en su FD 6º de no haberse respetado la reserva de la cuestión a ley orgánica conforme al artículo 81.1 de la Constitución.

Parece que esta última sentencia ha sido recurrida ante el Supremo por la Comunidad de Castilla-La Mancha, y si es así no es firme. Veremos que también fueron recurridas las sentencias de 2004 del mismo Tribunal Superior de Justicia de esta región, lo que ha dado lugar a las sentencias del Supremo que se recogen más abajo. De las resoluciones citadas de los demás Tribunales Superiores de Justicia parece que es firme el auto del de Cataluña y la sentencia del de La Rioja, y no se dispone en este momento por el autor de esta nota de datos seguros sobre si han sido recurridos ante el Supremo las sentencias de los de Andalucía y Galicia.

Por otra parte, el Tribunal Superior

de Justicia de Valencia, en sentencia de 11.02.2003, siguiendo un criterio ya sostenido anteriormente por el de La Rioja, denegó legitimación activa al sindicato recurrente para pretender la anulación de una Orden de la correspondiente Consejería valenciana relativa a conciertos con centros que practican la educación diferenciada. Veremos que ya hay sentencia del Supremo confirmándola.

2. La Audiencia Nacional fue, en realidad, la que inauguró esta jurisprudencia, con su sentencia de 20.12.1999, proclamando la plena legalidad de los conciertos concedidos en su día por el Ministerio de Educación a varios colegios asturianos dedicados únicamente a alumnos o alumnas.

3. El Tribunal Supremo (Sección 7ª de su Sala 3ª) en sentencia de 26.06.2006, de particular trascendencia, confirmó la sentencia de 1999 de la Audiencia Nacional y estableció con rotundidad que a la vista de los textos internacionales ratificados por España relativos al asunto, "que, ciertamente –afirma textualmente el FD 8º de la Sentencia–, por mandato del artículo 10.2 de la Constitución, han de informar la interpretación de las normas sobre los derechos y libertades en ella reconocidas, no se puede asociar la enseñanza separada con la discriminación por razón de sexo". Dijo expresamente que la enseñanza mixta es "una opción que no puede ser impuesta. Especialmente, cuando la Constitución reconoce a los padres el derecho a elegir la educación que desean para sus hijos, garantiza la libertad de creación de centros docentes y a partir de las previsiones de sus artículos 16 y 27, la LODE ampara el derecho de los titulares de los centros privados a definir su carácter". Los pronunciamientos de este FD 8º de la mencionada sentencia de 2006 han sido íntegramente confirmados y reproducidos más recientemente en sentencia de la misma Sala y Sección, de 11.07.2008, a la que nos referimos de nuevo más adelante. No hay constancia de que la sentencia de 2006 haya sido impugnada ante el Tribunal Constitucional, por lo que sería firme y marcaría un criterio del más alto Tribunal del Poder Judicial que ya ha sido reiterado como válido por segunda vez en esa otra sentencia de 2008.

La Sección 4ª de la misma Sala 3ª, por sentencia de 27.02.2008



Últimas actuaciones del TS

El TS adoptó recientemente una posición desconcertante, que todavía no es firme



ha confirmado por su parte la sentencia del Tribunal Superior de Valencia de 2003 afirmando la falta de legitimación activa de un sindicato como el entonces recurrente para cuestiona judicialmente el otorgamiento de conciertos a centros de educación diferenciada. No sabemos con certeza si el sindicato ha recurrido contra esta sentencia, pues podría intentar llegar al Tribunal Constitucional. Si lo hubiera hecho no sería aún un criterio firme

III. NUEVA POSICIÓN DESCONCERTANTE DEL

TRIBUNAL SUPREMO, AÚN NO FIRME.

1. Dos sentencias, sustancialmente coincidentes de 2008 (16.04 y 11.07, ya citada), de la misma sección 7ª de la sala 3ª del Tribunal Supremo que dictó la de 26.06.2006, han removido aparentemente la seguridad jurídica que habían contribuido a asentar todas las sentencias antes mencionadas, sin excepción. Las dos se han dictado en recursos de casación del Gobierno autonómico contra las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 2004, que han sido revocadas. Pero hay que tener claro que ninguna de ellas tiene aún el efecto de cosa juzgada, pues ninguna de ellas ha adquirido firmeza. Sus pronunciamientos siguen aún pendientes de la resolución de los recursos que se han interpuesto contra ellas. La primera fue objeto de recurso por

CECE el 1.07.2008 ante la misma Sala 3ª del Supremo en la forma del denominado incidente de nulidad de actuaciones, conforme a su nueva regulación por la Ley Orgánica 6/2007 que lo ha establecido como requisito previo a la interposición de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, y la segunda ha sido directamente recurrida en amparo ante este alto Tribunal por CIFASA. El 4 de noviembre de 2008 se ha notificado a CECE un auto del 30 de septiembre anterior, de la sección 7ª de la sala 3ª del Supremo, que desestima la nulidad de actuaciones por ella solicitada, pero se está en plazo para interponer ahora recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Sólo si no se interpusiera cobraría firmeza la sentencia de 16.04.2008 y este mismo nuevo auto.

2. Parte importante de la argumentación del Supremo en estas dos nuevas sentencias fue asimismo aplicada ya en otra sentencia del año anterior (2007), recaída asimismo en casación contra una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha sobre el mismo Decreto 22/2004, que lo anuló por sustraer a los titulares de los centros la facultad de decidir sobre la admisión en los centros privados concertados para asignarla a las Comisiones administrativas de escolarización. Esa sentencia de 2007 ha sido impugnada por FERE y Educación y Gestión ante el Tribunal Constitucional en amparo, por violación del artículo 27.6 de la Constitución principalmente.

3. Las tres sentencias se resienten de un grueso defecto de enfoque procesal por parte de la Sala juzgadora, que ha mantenido un criterio arbitrariamente

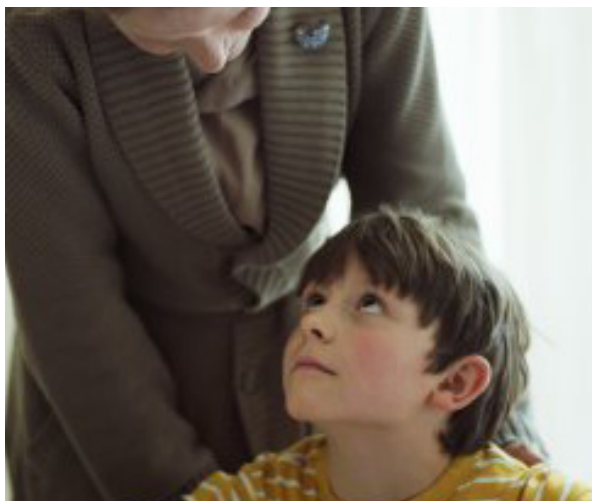


► Las sentencias sobre el asunto manchego tienen un defecto de enfoque procesal

reductivo del alcance de su propia competencia y de la de los Tribunales Superiores de Justicia (la sala de lo contencioso-administrativo de Albacete, del Tribunal de Castilla La-Mancha, en este caso) al resolver recursos contencioso-administrativos tramitados por el procedimiento especial de derechos fundamentales. Viene este procedimiento exigido por el artículo 53.2 de la Constitución y se caracteriza por su preferencia y sumariedad como modo de protección más rápido y efectivo de los derechos fundamentales considerados más importantes por la Constitución, entre los que se encuentran los relativos a la educación de su artículo 27. La Sala juzgadora ha mantenido su equivocado criterio invocando una jurisprudencia ya antigua, contra la que se estableció precisamente la regulación legal hoy vigente de ese procedimiento especial, contenida en los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y muy especialmente lo que se dispone en sus artículos 114.2 (pueden hacerse valer en este procedimiento las mismas pretensiones que en el procedimiento ordinario, siempre que tengan por objeto restablecer o preservar los derechos y libertades fundamentales a los que se refiera el recurso) y 121.1 (la sentencia estimará el recurso cualquiera que sea la infracción jurídica en que hubiera incurrido la actuación recurrida, violando con ello en una u otra medida el derecho o libertad de que se trate). Y ha identificado, sin razón justificada alguna, el contenido protegible de un derecho o libertad fundamental con sólo su contenido



esencial. Como si lo que, aunque no sea esencial, resulte reconocido por el ordenamiento jurídico con respecto a ese derecho o libertad, no pudiera protegerse por este procedimiento especial más rápido. Por eso esas sentencias han acabado cifrando su fallo en la consideración de si organizar centros diferenciados por razón del sexo o sólo para alumnos de uno u otro sexo (o de si la admisión por el titular de los centros concertados) constituye o no parte del contenido esencial de la libertad de crear y dirigir centros docentes que la Constitución reconoce en su artículo 27.6. El auto de 30.09.2008 se reitera en esa posición, aunque no contesta a la argumentación expuesta en el planteamiento del incidente de nulidad sobre lo que debería comprenderse en la tutela judicial efectiva solicitada frente a un Decreto autonómico que condiciona los conciertos escolares con exigencias limitativas de dicha libertad no previstas en las leyes orgánicas reguladoras de los conciertos escolares y de las libertades y derechos educativos.



4. Confunden luego esas sentencias contenido esencial de un derecho o libertad fundamental con contenido regulado en las leyes orgánicas, cuando, para la Constitución (artículo 53.1), es contenido esencial solamente el núcleo duro del contenido de un derecho o libertad de los comprendidos en sus artículos 15 a 38, que no puede ser desconocido, conculcado o desprotegido

Mirando hacia delante

por las leyes (orgánicas, para los derechos y libertades de los artículos 15 a 29, y ordinarias, particularmente para los demás), y que en último extremo toca reconocer al Tribunal Constitucional.

5. Invertiendo principios firmemente asentados sobre el sentido y alcance de las libertades, consideran expresamente que, en materia de libertades educativas, lo que no se contempla expresamente en las leyes orgánicas como facultad o “competencia” integrante de una libertad pública no forma parte de aquel “contenido esencial”, que el auto identifica con el que contenido sin más de esa libertad, cuando lo que es esencial a toda libertad es que pueda ejercerse sin más límites precisamente que los establecidos por las leyes (orgánicas, en el caso de las libertades educativas), por muy afectada que pueda estar por derechos fundamentales. Es decir toda restricción de una libertad pública no impuesta o permitida por una ley orgánica, es pura y simplemente ilícita, inconstitucional. Las libertades se someten negativamente, no positivamente, al ordenamiento jurídico: éste fija sus límites extrínsecos, pero no puede conformarlas intrínsecamente de forma exhaustiva: quae non prohibita, permissa intelliguntur.

6. Las dos sentencias y el auto de 2008 parecen dar a entender (y lo mismo la de 2007 con respecto al aspecto específico de que se ocupa) que las facultades del titular de una libertad educativa que no están especificadas en ley



orgánica (o en sentencias del Tribunal Constitucional), como no forman parte de su contenido esencial, pueden ser excluidas o suprimidas por la Administración como condición para recibir la financiación pública que se instrumenta en los conciertos. Pero la financiación pública del derecho a elegir educación –particularmente la básica, declarada constitucionalmente obligatoria y gratuita (art. 27.4 CE)- y, reflejamente, de la libertad de dirección de los centros que la imparten mediante conciertos, no puede acompañarse sino de las restricciones o limitaciones de las libertades implicadas que establezcan las mismas leyes orgánicas que regulan dicha financiación y su instrumentación por conciertos. Sólo la ley orgánica puede determinar las restricciones o limitaciones de la dimensión de libertad de los derechos fundamentales a los que se destine una financiación pública. Sólo la ley orgánica esta constitucionalmente legitimada (artículo 81.1) para hacer la valoración pertinente de su justificación, aunque luego, lógicamente, su aplicación concreta haya de asignarse a la Administración educativa competente.

7. Resulta arbitraria e inconstitucional –además de contradecir a la Ley 29/1998- la distinción entre cuestiones de legalidad ordinaria y de orden constitucional cuando se trata de la tutela efectiva de un derecho o libertad fundamental



El TS lesiona el derecho a la tutela judicial

como cualquiera de los educativos. La determinación del alcance de estos derechos y libertades se produce progresivamente por la norma constitucional y luego por las normas legislativas competentes, que incluso en algunos aspectos menores, siempre sobre la base de lo dispuesto en éstas, pueden tener aún algunos complementos reglamentarios. Ninguna norma inferior puede desconocer o violar la dispuesto en una superior y si lo hace en relación con un derecho o libertad fundamental, es evidente que está lesionando a éste. Y toda norma o decisión administrativa que imponga restricciones o límites a un derecho o libertad fundamental no contemplados ni en la Constitución ni en las leyes, sea cual sea la razón que se invoque, no sólo infringe el ordenamiento jurídico, sino que a la vez inexorablemente lesiona dicho derecho o libertad fundamental, incluso aunque hipotéticamente no lesionase el supuesto contenido esencial sino otros elementos o aspectos determinados expresa o implícitamente por el ordenamiento constitucional o legal como propios de dicho derecho o libertad. Por eso los Tribunales de Justicia del orden contencioso-administrativo tienen que tutelar de modo efectivo a cualquiera que vea lesionado uno de sus derechos o libertades fundamentales, por infringirse el ordenamiento jurídico que los determina y tutela en cualquiera de sus aspectos. Y lo tienen que hacer con especial rapidez y cuidado precisamente en el procedimiento especial establecido cabalmente para la protección de tales derechos fundamentales, por imperativo constitucional (artículo 53.2). La distinción entre legalidad ordinaria y orden constitucional sólo tiene sentido en la actuación del Tribunal Constitucional, al que le corresponde velar por el respeto de éste pero no de aquélla. Lo que es no es, desde luego, el caso del Supremo ni de ningún tribunal contencioso-administrativo. El Supremo está lesionando con ello el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE), que es especialmente intenso en materia de derechos fundamentales (artículo 53.2 CE).

Valladolid, 6 de noviembre de 2008



Actuaciones posteriores

Mientras tanto, desde las diferentes organizaciones afectadas por las actuaciones del TS, se han ido llevando a cabo actuaciones de defensa.

En lo que mira a la ED, tanto las EFAS como la patronal CECE han interpuesto recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional, reclamando su derecho.

Los recursos presentados se basan en los siguientes preceptos de la Constitución Española:

1. Artículo 24, que garantiza el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos.
2. Artículo 53.2, que asegura esa tutela judicial efectiva, por un procedimiento judicial preferente y sumario, cuando se trata de proteger derechos y libertades fundamentales como los relativos a la educación.
3. Artículo 27.1 y 6, que garantizan la libertad de enseñanza para crear y dirigir centros educativos con un carácter propio sin otras limitaciones que las que se establezcan por ley orgánica (artículo 81)
4. Artículo 14 de la Constitución, que garantiza la igualdad.



Es de especial aplicación, con los efectos establecidos por el artículo 10.2 de la misma Constitución, el artículo 2 de la Convención de la UNESCO de 14 de diciembre de 1960, relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza y el artículo 14.4 del Pacto Internacional de Derechos económicos, sociales y culturales, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966, por el que los Estados Partes reconocen que nada de lo dispuesto sobre el derecho a la educación "se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza a condición de que se respeten los principios" sobre los objetivos que deben alcanzarse y "la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado". Una libertad que, indudablemente, está al servicio del derecho preferente de los padres a determinar la educación de sus hijos, proclamado por el artículo 26.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y especialmente en relación con sus propias convicciones religiosas y morales y sus preferencias pedagógicas, como han particularizado el mismo Pacto Internacional de 1966 y otros textos internacionales.

