

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Educación en igualdad

María Victoria Gálvez Ruiz

Letrada del Gabinete Jurídico
Junta de Andalucía

INTRODUCCIÓN

En el presente texto van a ser objeto de comentario las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 y 24 de julio de 2012, que han avalado la actuación de las Comunidades Autónomas de Cantabria y Andalucía en relación con la financiación de los centros docentes privados concertados que separan por sexos, estimando que no pueden tener subvención pública.

En el caso de Andalucía el presupuesto de hecho viene constituido por la impugnación de la Orden de la Consejería de Educación de 7 de agosto de 2009, por la que se resuelve la solicitud de renovación del concierto educativo con el centro docente privado concertado «ELCHATÓ» de Brenes (Sevilla) para el curso académico 2009/2010. La Orden impugnada acuerda renovar el concierto suscrito condicionando la duración del concierto a un solo año para el supuesto de que el centro no admita a alumnos de ambos sexos.

En este punto, la convocatoria de acceso y renovación de los conciertos venía regulada por el artículo 15 de la Orden de la Consejería de Educación, de 22 de diciembre de 2008, por la que se establecen las normas que regirán la convocatoria para solicitar acogerse al régimen de conciertos educativos o la renovación de los mismos, a partir del curso académico 2009/2010, que había previsto una excepción al plazo de cuatro años, cuando sea imperativo “*garantizar la continuidad en la escolarización del alumnado del propio centro*”, pudiéndose otorgar por el plazo de un año.

Por su parte, el artículo 17.5 de la misma Orden de 22 de diciembre de 2008, ha dispuesto que “*La persona física o jurídica titular del centro se obliga al cumplimiento de lo establecido en la normativa vigente sobre escolarización del alumnado, especialmente en lo relativo a la no discriminación por las razones que en dicha normativa se contemplan en desarrollo del artículo 84.3 de la LOE*”.

La entidad recurrente nunca impugnó las bases de la convocatoria de acceso y renovación de los conciertos educativos.

La Sala de instancia, Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla, Sección Tercera, ha dictado sentencia de fecha 21 de julio de 2011 en el procedimiento seguido por Unión Sindical Obrera cuyo fallo es el siguiente: *“1º Estimar el presente recurso contencioso-administrativo, contra la Orden de la Consejería de Educación, de 7 de agosto de 2009, por la que se resuelve la solicitud de renovación del concierto educativo con el centro docente privado concertado “Elchato” de Brenes (Sevilla), para el curso académico 2009/2010. 2º Declarar la nulidad de la condición impuesta para la renovación del concierto a partir del curso 2010/2011 y, consecuentemente, la vigencia del concierto educativo por período de cuatro años desde el curso académico 2009/2010.”*

La Junta de Andalucía ha recurrido dicha sentencia con fundamento en diversos motivos. Prescindimos del análisis de los motivos formales desestimados por el Tribunal Supremo, señaladamente, la falta de legitimación del Sindicato actor para impugnar la Orden de renovación del concierto que, paradójicamente, no ha sido recurrida por el titular del centro docente privado afectado. Aunque relacionado con el asunto que nos ocupa, sin embargo, vamos a centrar el análisis de los pronunciamientos del Tribunal Supremo en el fondo del asunto, esto es, el de la financiación de los centros docentes privados que segregan por razón de sexo.

El recurso de casación de la Junta de Andalucía en su fundamentación sustantiva ha alegado la infracción de los artículos 43 y 44 del Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos, así como por infracción del artículo 62 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, en la redacción dada por Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo. También la infracción del artículo 84 de la Ley Orgánica 2/2006 y artículo 3.b) del Real Decreto 1635/2009, de 30 de octubre, en relación con los artículos 9 y 14 de la Constitución Española y artículo 15 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, artículos 14 y 24.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, artículo 1.4 del Tratado de Lisboa y Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006. Finalmente, se alegó la infracción de la jurisprudencia constituida por las Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2008 –recurso de casación núm. 675/2005- y de 11 de julio de 2008 –recurso de casación núm. 689/2005-, así como la infracción por errónea aplicación del artículo 27 de la Constitución.

Dijimos entonces que la sentencia de instancia había realizado una indebida aplicación del artículo 43 del Reglamento en cuanto prevé que los conciertos se renovarán siempre que el centro siga cumpliendo los requisitos que determinaron su aprobación, así como que no se haya incurrido en causas de no renovación previstas en el artículo 62.3 de la LODE - también apartado 4 tras la modificación operada por Ley Orgánica 2/2006 en el momento de adoptarse la resolución recurrida- En la actualidad, apartados 3 y 4 del artículo 62 en la nueva redacción dada por Ley Orgánica 4/2011, de 11 de marzo.

El artículo 84 de la Ley Orgánica 2/2006 regula con carácter básico las condiciones de la **admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados. De dicho precepto son de directa aplicación al caso, los apartados 1 y 3, cuya redacción es la siguiente:**

«1. 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 condiciones de igualdad y la libertad de elección de centro por padres o tutores. En todo caso, se atenderá a una adecuada y equilibrada distribución entre los centros escolares de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo...»

...3. En ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social...»

De la regulación expuesta cabe extraer dos consideraciones: la primera es que las Administraciones educativas tienen competencias para regular la admisión de alumnos en centros públicos y privados; la segunda, que el principio de igualdad ha de ser respetado específicamente en el procedimiento de admisión de alumnos.

En el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía era el Decreto 53/2007, de 20 de febrero, por el que regulan los criterios y el procedimiento de admisión del alumnado en los centros públicos docentes, públicos y privados concertados, a excepción de los universitarios, el que establece en su artículo 4.1 como principio general el de la no discriminación por razón de sexo. En la actualidad sustituido por el artículo 2.3 del Decreto 40/2011, de 22 de febrero.

Por ello se consideró que la Sala de instancia no había aplicado correctamente el artículo 43 del R.D. 2377/85 ni el artículo 62 de la LODE, toda vez que el incumplimiento de las normas de admisión de alumnos sí es causa de la no renovación del concierto.

También hemos sostenido que la Sala de instancia hace una indebida aplicación del mismo artículo 43, apartado 2 del R.D. 2377/1985, infringiendo por inaplicación el artículo 44 del mismo R.D. 2377/85, que prevé la prórroga del concierto durante un año en el supuesto de concurrir causa de denegación de la renovación. En igual sentido, el artículo 62.6 de la LODE en la redacción dada por L.O 2/2006, contiene la previsión según la cual en los supuestos de rescisión del concierto, y con el fin de no perjudicar a los alumnos ya escolarizados en el centro, las Administraciones educativas podrán imponer la rescisión progresiva del concierto.

El recurso de casación sostuvo que la Sala de instancia había infringido dichos preceptos negando a la Junta de Andalucía las competencias que ostenta en relación con la admisión del alumnado en centros privados concertados, impidiendo la efectiva aplicación del mandato legal sobre el principio de igualdad en el procedimiento de admisión de alumnos y consiguientemente, se habían infringido los artículos 44 del R.D. 2377/85 y 62.6 de la LODE al haber anulado la orden impugnada en cuanto al plazo de duración del concierto.

Con respecto al principio de no discriminación por razón de sexo, consideramos que la Sentencia de instancia había infringido en su totalidad el conjunto normativo que resulta de aplicación a la admisión del alumnado en centros docentes privados concertados, constituido por las siguientes normas:

Artículo 84 de la Ley Orgánica 2/2006, artículo 3.b) del Real Decreto 1635/2009, de 30 de octubre, en relación con los artículos 9 y 14 de la Constitución Española y 15 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, artículos 14 y 24.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, artículo 1.4 del Tratado de Lisboa y Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006.

RESUMEN DE LA SENTENCIA

La Sentencia del Tribunal Supremo de veinticuatro de julio de dos mil doce ha estimado el recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía y ha desestimado el recurso contencioso-administrativo, declarando ajustada a derecho la condición impuesta al centro docente privado de admitir a alumnos de ambos sexos para obtener la financiación pública.

Como hemos dicho, vamos a prescindir de los fundamentos de la sentencia

referidos a las infracciones adjetivas y de orden procesal que no han sido acogidas por el Tribunal Supremo.

En cuanto al fondo de lo planteado, el fundamento jurídico sexto de la sentencia reproduce lo vertido en la Sentencia de 23 de julio de 2012 que se ha pronunciado sobre la misma cuestión suscitada en la Comunidad Autónoma de Cantabria y en aplicación de esta doctrina concluye que aunque la enseñanza separada por sexos no es contraria a la legislación vigente, otra cosa es que pueda ser objeto de concertación con fondos públicos. En el caso de Cantabria, a diferencia de Andalucía, el recurso contencioso-administrativo fue desestimado en la instancia, por lo que parte de la fundamentación jurídica de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera, de 22 de junio de 2011 ha sido incorporada a la doctrina del Tribunal Supremo.

Destaca el Tribunal Supremo que la Sentencia de Cantabria sentó tres afirmaciones sobre la cuestión: 1ª que en el Reglamento regulador de los conciertos educativos no existe una remisión estática sino dinámica a los “requisitos que determinaron la aprobación del concierto”; 2ª que el Tribunal Supremo ha reconocido expresamente la legalidad de la “educación diferenciada”, pero que sólo la educación obligatoria impartida en régimen de “coeducación” puede ser financiada con recursos públicos; 3ª que dicha doctrina es acorde con la Disposición Final Vigésimo quinta de la L.O. 2/2006 cuando se refiere a la “coeducación en todas las etapas”, resultando compatible con la distinción “coeducación/educación diferenciada en alguna de las etapas objeto del concierto”.

La Sentencia de Cantabria refiere el artículo 84.3 LOE como la causa material y esencial de la resolución denegatoria del concierto. De otra parte, rechaza que la facultad de decidir sobre la admisión de los alumnos en centros sostenidos con fondos públicos forme parte del contenido esencial del derecho constitucional de dirección del centro, acogiendo la doctrina del Tribunal Supremo contenida en la Sentencia de 9 de diciembre de 1987. Por ello, si la coeducación es una exigencia actual en el vigente régimen jurídico, no cabe entender que los centros siguen cumpliendo los requisitos que determinaron la aprobación inicial del concierto.

El Tribunal Supremo reitera en estas sentencias lo que ya dijo en la jurisprudencia anterior constituida esencialmente por las Sentencias de 6 de abril y 11 de julio de 2008. En estas sentencias el Tribunal Supremo ya manifestó que “Ni la *LODE* ni la *LOCE* reconocen a los titulares de los centros concertados el derecho a

establecer en ellos un sistema de enseñanza diferenciada como parte integrante de su derecho de creación y dirección de centros privados y que, por esta razón, deba ser aceptado como un contenido adicional de lo directamente establecido en el artículo 27 CE.”

Es por ello que el Alto Tribunal concluye que *“El sistema de enseñanza mixta, en el caso de los centros concertados, es una manifestación o faceta más de esa competencia sobre la admisión del alumnado que corresponde a la Administración educativa que financia dichos centros concertados; esto es, forma parte de esa intervención estatal que limita el derecho de dirección de los centros privados que reciben ayudas públicas en virtud de lo establecido en el artículo 27.9 CE”.*

Contiene la Sentencia una última precisión, aludiendo a la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2010 según la cual la educación separada por sexos era admisible en España y autorizada conforme a la Convención de la UNESCO de 14 de diciembre de 1960 y que dejó de serlo para los centros docentes sostenidos con fondos públicos con la derogación de la L.O. 10/2002 por la L.O. 2/2006, que introdujo en el artículo 84 como criterio de no discriminación el del sexo, imponiendo, en palabras del Tribunal Supremo, el criterio de la coeducación en los centros docentes sostenidos con fondos públicos.

Ambas Sentencias de 23 y 24 de julio de 2012 contienen un interesante voto particular formulado por el Magistrado Excmo. Sr. D. Antonio Martí García que disiente de la mayoría y considera que la educación diferenciada no genera discriminación por razón de sexo. Si bien admite que la regulación se ha visto alterada con la L.O. 2/2006, considera que la ley otorga prioridad a la coeducación pero que admite plenamente la educación diferenciada que no tiene por qué ser excluida de la financiación pública. El fundamento esencial de este voto es la Convención de la UNESCO de 1960 que considera no discriminatorios los sistemas de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los del sexo femenino, *“...siempre que estos sistemas y establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes en el acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes”.*

ANÁLISIS DE LA FUNDAMENTACIÓN DE LA SENTENCIA

El fondo del asunto, ha sido ya tratado por el Tribunal Supremo, en Sentencias de 16 de abril de 2008 –recurso núm. 675/2005- y de 11 de julio de 2008 –recurso núm. 689/2005-, que manifiestan la necesidad de que los cen-

tros concertados admitan en su oferta educativa a alumnado de ambos sexos, declarando por un lado, que el derecho constitucional de dirección de centro, no incluye la competencia sobre admisión del alumnado, pudiendo existir limitaciones, y por otro, que los centros están obligados a cumplir las normas generales de admisión. Ambas Sentencias se remiten a otras dos Sentencias paradigmáticas: la STC 77/1985, de 27 de junio, y STS de 9 de diciembre de 1987, Apelación nº1177/1987.

El Tribunal Supremo ha concluido lo siguiente:

1.- La admisión diferenciada no forma parte del derecho a la dirección.

Respecto a esta circunstancia, las Sentencias del Alto Tribunal resuelven, como hemos dicho, lo siguiente:

“El sistema de educación diferenciada, en lo que se refiere a los centros concertados, no forma parte del contenido esencial del derecho a la dirección que corresponde a sus titulares como una manifestación del derecho a la libertad de enseñanza reconocida en el artículo 27 CE.

(...) Ni la LODE ni la LOCE reconocen a los titulares de los centros concertados el derecho a establecer en ellos un sistema de enseñanza diferenciada como parte integrante de su derecho de creación y dirección de centros privados y que, por esta razón, deba ser aceptado como un contenido adicional de lo directamente establecido en el artículo 27 CE.

Consiguientemente, carece de fundamento esa vulneración a la configuración legal del derecho fundamental reconocido en dicho artículo 27 CE que la sentencia recurrida viene a atribuir a las normas reglamentarias impugnadas por esa mención del “sexo” contenida en ellas que anula.

No podría objetarse, por tanto, que las condiciones de acceso a la educación para ambos sexos, sea una facultad decisoria que forme parte del contenido esencial del artículo 27 CE, toda vez que el Tribunal Constitucional (STC 77/1985, de 27 de junio) ha precisado que el derecho de dirección de los centros no es absoluto, y pueden imponerse límites, sin perjuicio del derecho a la creación de los centros concertados.

La STS de 9 de diciembre de 1987, Apelación nº 1177/1987, a la que se remiten las Sentencias que resuelven la cuestión, haciendo suya la doctrina del Tribunal Constitucional, ya destacó lo siguiente:

“El titular de un centro concertado no tiene un derecho constitucionalmente reconocido, co-

mo reiteradamente se sostiene en la demanda, a la admisión de sus alumnos. El derecho fundamental a crear y dirigir centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales, como una de las manifestaciones del derecho a la libertad de enseñanza (art. 27.1 de la Constitución), no comprende el derecho a la elección del alumnado, al menos cuando se trata de centros sostenidos con fondos públicos”

(...) En los centros concertados el titular no ostenta derecho alguno, y menos de base constitucional, a la elección del alumnado; lo que pesa sobre él es la responsabilidad del estricto cumplimiento de las normas generales sobre la admisión de alumnos, bajo la supervisión del Consejo Escolar del Centro llamado a garantizar su cumplimiento (art. 21,1 del Real Decreto 2375/1985 en relación con los arts. 57,c) y 62,1.d) de la LODE)”.

2.- La potestad de establecer límites es inherente a la financiación de los centros concertados.

Según las Sentencias del Tribunal Supremo, *“El sistema de enseñanza mixta, en el caso de los centros concertados, es una manifestación o faceta más de esa competencia sobre la admisión del alumnado que corresponde a la Administración educativa que financia dichos centros concertados; esto es, forma parte de esa intervención estatal que limita el derecho de dirección en los centros privados que reciben ayudas públicas en virtud de lo establecido en el artículo 27.9 CE”*.

Según lo dispuesto en el artículo 27.9 CE respecto a los centros concertados, *“Los poderes públicos ayudarán a los Centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca”*, y la STC 77/1987, de 27 de junio determina que este precepto implica el establecimiento de límites por parte de los Poderes Públicos, siempre en atención a los principios constitucionales, al expresar que:

“Ahora bien, tampoco puede aceptarse el otro extremo, esto es, el afirmar, como hacen los recurrentes, que del art. 27.9 de la C.E. se desprende un deber de ayudar a todos y cada uno de los Centros docentes solo por el hecho de serlo, pues la remisión a la Ley que se efectúa en el art. 27.9 de la C.E. puede significar que esa ayuda se realice teniendo en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales. Ejemplos de éstos podrían ser el mandato de gratuidad de la enseñanza básica (art. 27.4 de la C.E.), la promoción por parte de los poderes públicos de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (arts. 1 y 9 de la C.E.) o la distribución más equitativa de la renta regional y personal (art. 40.1 de la C.E.). El legislador se encuentra ante la necesidad de conjugar no solo diversos valores y mandatos constitucionales entre sí, sino también tales mandatos con la insoslayable limitación de los recursos disponibles. Todo ello, desde luego, dentro de los límites que la Constitución establece.

(...) *Una de estas limitaciones es la que resulta de la intervención estatal, respaldada constitucionalmente por el art. 27.9 de la C.E., para el caso de Centros con respecto a los cuales los poderes públicos realizan una labor de ayuda, particularmente a través de la financiación total o parcial de la actividad, al disponer que «los poderes públicos ayudarán a los Centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca» con lo que, a salvo, repetimos, lo arriba dicho sobre el contenido esencial del derecho en cuestión, supone la posibilidad de establecer condicionamientos y limitaciones legales del mismo respecto a dichos Centros».*

El requisito exigido para el otorgamiento del concierto educativo, en cuanto a la necesidad de ofrecer el acceso a la educación a ambos sexos, no es sino una manifestación de los límites que las Administraciones Educativas pueden establecer con relación a los centros concertados, sin que ello afecte en ningún caso al derecho de contenido en el artículo 27 CE, pues en primer término corresponde a los poderes públicos fijar las condiciones esenciales del desenvolvimiento de la enseñanza, y en segundo lugar respecto a los centros concertados, ello no es sino una consecuencia lógica del régimen de financiación de dichos centros, a lo que debe añadirse la preponderancia que el interés público tiene en este tipo de decisiones administrativas amparadas en la Ley, que en el presente caso sólo pretenden lograr la plena igualdad y no discriminación en el acceso a la educación.

Y es que como ha dicho el Tribunal Constitucional en Sentencia de 10 de julio de 1985, Recurso nº 1985\86, “...los recursos públicos no han de acudir, incondicionadamente, allá donde vayan las preferencias individuales”.

En fin, que la doctrina del Tribunal Supremo considera que la admisión de ambos sexos en centros concertados es un límite impuesto por los Poderes Públicos como consecuencia de los mandatos constitucionales, que no afecta al derecho esencial de dirección y que es consustancial al régimen de financiación de dichos centros.

Como hemos expuesto, el Tribunal Supremo considera que la regulación sustantiva de la materia tiene un antes y un después del artículo 84.3 LOE (LO 2/2006).

Disentimos de dicha consideración por cuanto existe un conjunto normativo de primer orden que resulta de aplicación y que fundamentaría el mismo fallo aun sin la existencia del específico mandato de la LOE. Podemos citar las siguientes normas:

1. Normativa estatal.

Hemos de partir del conjunto normativo que regula el derecho a la igualdad y no discriminación, toda vez que la no renovación del concierto encuentra su motivación en la falta a ese principio esencial, que encuentra plasmación tanto en el ámbito europeo, nacional, como autonómico. Ya la Constitución, en su artículo 9.2 CE, encomienda a los poderes públicos, incluido el poder legislativo, promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo (y de los grupos en que se integra) sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, estableciendo el artículo 14 CE el derecho a la igualdad.

Este mandato y derecho constitucional se materializa y desarrolla en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para igualdad efectiva de mujeres y hombres, que tras un preámbulo en el que se define la igualdad entre hombres y mujeres como un “principio jurídico universal”, regula este derecho en todos sus ámbitos, estableciendo su artículo 14 como principio de actuación de los poderes públicos, “*El compromiso con la efectividad del derecho constitucional de igualdad entre mujeres y hombres*”.

En materia educativa, el artículo 24.1 de la citada Ley Orgánica 3/2007, tiene por objeto la integración del principio de igualdad en la política de educación, ordenando a las Administraciones educativas garantizar “*un igual derecho a la educación de mujeres y hombres a través de la integración activa, en los objetivos y en las actuaciones educativas, del principio de igualdad de trato, evitando que, por comportamientos sexistas o por los estereotipos sociales asociados, se produzcan desigualdades entre mujeres y hombres*”.

Ello sin perjuicio de la específica plasmación del principio de igualdad en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, que en su artículo 84.3 determina que “*En ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”.

Tras las modificaciones operadas por la anterior Ley, el artículo 6.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, expresa que “*Todos los alumnos tienen los mismos derechos y deberes, sin más distinciones que las derivadas de su edad y del nivel que estén cursando*”.

Además, en desarrollo de la LOE, el Real Decreto 1635/2009, de 30 de octubre, por el que se regulan la admisión de los alumnos en centros públicos y privados concertados, los requisitos que han de cumplir los centros que imparten el primer ciclo de la educación infantil y la atención al alumnado con ne-

cesidad específica de apoyo educativo, viene a instaurar en el apartado 3.b) de su artículo 3 que *“En la admisión de alumnos no podrá establecerse discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social ni podrá condicionarse al resultado de exámenes o pruebas. Los únicos requisitos exigibles serán los derivados de la edad o los exigidos por la ordenación académica para una determinada enseñanza o curso para el que se solicita plaza”*.

2. Normativa autonómica.

La Administración Autónoma Andaluza cumple con el mandato constitucional y estatutario de promover las condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, en el específico campo de la educación, así como con las normas internacionales y de nuestro ordenamiento jurídico en la materia. De este modo, el artículo 15 del Estatuto de Autonomía para Andalucía establece que *“Se garantiza la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en todos los ámbitos”*, añadiendo el artículo 52.1 que la Comunidad Autónoma tiene competencias exclusivas en materia de enseñanza no universitaria

En este sentido, la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, contempla en su artículo 4.1, como principio de actuación de los poderes públicos, *“La igualdad de trato entre mujeres y hombres, que supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, en los ámbitos económico, político, social, laboral, cultural y educativo, en particular, en lo que se refiere al empleo, a la formación profesional y a las condiciones de trabajo”*.

Por otra parte, el artículo 4.1 del Decreto 53/2007, de 20 de febrero, por el que se regulan los criterios y el procedimiento de admisión del alumnado en los centros docentes públicos y privados concertados, a excepción de los universitarios, preceptúa que *“En ningún caso habrá discriminación en la admisión del alumnado por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*, hoy sustituido por el artículo 2 del Decreto 40/2011.

La Ley Andaluza 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención del Menor, reitera en su artículo 2 lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, y especifica en el artículo 11.2 que *“La educación tendrá un carácter compensador de las desigualdades en origen de los menores, que posibilite una efectiva igualdad de oportunidades”*.

3. Normativa internacional y europea.

El artículo 29 de la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas

de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, establece: “1. “*Los Estados parte se comprometen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos, y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena*”. 2. *Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las Entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado*”.

El artículo 10 de la Convención de Naciones Unidas de 18 de diciembre de 1979, sobre Eliminación de todas las formas de discriminación, ratificada por España mediante Instrumento de 16 de diciembre de 1983, es suficientemente esclarecedor sobre las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en el ámbito de la educación, en el que expresamente se propugna 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, así como garantizar las mismas condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional.

El Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, que en su artículo 1.4 dispone que “*La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres*”.

La Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato, entre hombres y mujeres, en asuntos de empleo y ocupación, que regula la aplicación del principio de igualdad al acceso a todos los tipos y niveles de orientación profesional, formación profesional superior y reciclaje profesional. De esta norma nos interesa destacar que constituye derecho positivo y que vincula a las Administraciones Públicas que habrán de adecuar su propia normativa a la misma, por virtud del principio de prevalencia del Derecho Comunitario.

La Resolución del Consejo, de 5 de diciembre de 1994, sobre calidad y atractivo de la formación profesional, establece como principios que “*Todos los jóvenes de uno u otro sexo deberían tener acceso a una formación profesional inicial reconocida. Hombres y mujeres deberían tener garantizadas las mismas oportunidades al pasar de la*

formación inicial a la vida profesional. Garantizar la igualdad de oportunidades para todos por lo que se refiere al acceso y a la adquisición de una formación profesional de calidad implica asimismo la existencia de múltiples estructuras y centros que ofrezcan este tipo de formación”.

La Decisión del Consejo de 27 de noviembre de 2000, por la que se establece un programa de acción comunitario para luchar contra la discriminación.

Las Conclusiones del Consejo y de los Ministros de Educación de 31 de mayo de 1990, sobre el fomento de la igualdad de oportunidades entre los sexos en la formación inicial y la formación permanente de los profesores.

En definitiva, el Tribunal Supremo en estas dos últimas sentencias no hace sino consolidar una línea jurisprudencial conforme a la cual corresponde al legislador ordinario determinar si la educación separada puede ser sostenida con fondos públicos.

COMENTARIO FINAL

Llama la atención que el debate jurídico sobre la aplicación del principio de igualdad en el ámbito de la educación se haya centrado en la contraposición de los sistemas educativos de coeducación o educación mixta y educación separada, cuando ni el conjunto normativo analizado ni los actos de aplicación de las Administraciones Públicas se han pronunciado expresamente sobre los mismos.

La única salvedad, recogida en las sentencias que venimos comentando, se encuentra en la Disposición Adicional Vigésima Quinta de la LOE (L.O. 2/2006) que se rubrica “fomento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres” y que efectivamente prioriza y otorga preferencia a los centros docentes que desarrollen el principio de coeducación.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha ido mucho más allá proclamando que a partir de la LOE se impone definitivamente el sistema de educación mixta, quedando excluida de la financiación pública la educación separada.

No obstante, y dado que la controversia se ha producido en el ámbito de la admisión de los alumnos en los centros concertados, es preciso distinguir entre

la oferta educativa y el modelo de enseñanza, pues consideramos que el principio de igualdad se ha de hacer efectivo en ambos casos, pero que en los supuestos objeto de enjuiciamiento ha desplegado su eficacia únicamente en el de la oferta educativa, es decir, la aplicación del principio de igualdad de alumnos y alumnas en el acceso a los distintos centros docentes. Otra cosa distinta es que una vez que accedan en condiciones de igualdad, el modelo de enseñanza sea diferente para cada sexo.

Si se analiza detenidamente la actuación administrativa impugnada, ésta en modo alguno impone un modelo educativo, pues se limita a exigir al centro docente que oferte las plazas escolares a niños y a niñas en condiciones de igualdad si quiere acogerse al concierto educativo.

Desde el prisma de la igualdad es preciso distinguir entre oferta educativa y enseñanza separada, y desde esta consideración es perfectamente válida la fundamentación del voto particular que contienen las sentencias comentadas cuando afirma que la educación separada no es discriminatoria “...*siempre que estos sistemas y establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes en el acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes*”.

Ocurre, sin embargo, que la recta aplicación de esa doctrina hubiese llevado igualmente a desestimar el recurso contencioso-administrativo, puesto que los centros docentes a los que se ha denegado la renovación del concierto no tienen la misma oferta educativa para ambos sexos y esta circunstancia sí supone una grave discriminación, desde una doble perspectiva, discriminación por razón de sexo y discriminación socioeconómica, toda vez que los centros docentes privados no concertados sí tienen la misma oferta escolar en la educación separada.

Es de destacar que la materialización del principio de igualdad no requiere de un previo agravio para su establecimiento, al tratarse no sólo de un derecho constitucional, sino de un auténtico principio inspirador, que no puede quedar al arbitrio de los particulares, ni tampoco de los poderes públicos.

En definitiva, la igualdad en el acceso a la educación se basa en un principio constitucional, que informa el resto de normas estatales y autonómicas sobre la materia, y que se reproducen en el ámbito europeo e internacional, por lo que una eventual modificación de la LOE, no tiene por qué afectar a la validez de las actuaciones administrativas que garantizan el principio de igualdad en la educación.