



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

La educación diferenciada en España y su encaje jurídico-constitucional

Presentado por:

Luis Villa Valentín-Fernández

Tutelado por:

Íñigo Sanz Rubiales

Valladolid, julio de 2024

Resumen:

La educación diferenciada es un tema de gran relevancia en el ámbito educativo español, marcado por debates y controversias a lo largo del tiempo. Se destaca la importancia de analizar las fuentes normativas del ordenamiento jurídico español en materia de educación para comprender el contexto en el que se desarrolla la educación diferenciada.

Es importante también estudiar el régimen jurídico educativo español y los cambios que han ido ocurriendo en relación con las competencias educativas y, especialmente, el régimen de los conciertos educativos en España tras la LOMLOE. Es clave en este punto qué interpretación de la educación da la Administración, pues puede interpretarse como un servicio público o un servicio de interés público.

Es muy relevante estudiar el concepto de la educación diferenciada y cuáles son los argumentos que la avalan. Se menciona que los chicos que estudian en colegios de educación diferenciada muestran mayor confianza en sí mismos en diversos ámbitos y obtienen mejores resultados académicos, deportivos y profesionales, con una menor tasa de abandono escolar. Se destaca la relevancia de interpretar las normas nacionales en concordancia con los estándares internacionales de derechos humanos para garantizar la no discriminación en la educación.

Por último, se aborda la evolución de la jurisprudencia respecto a la constitucionalidad de la financiación de estos centros docentes, subrayando la importancia de considerar tanto aspectos pedagógicos como jurídicos en el debate sobre la educación diferenciada en España.

Abstract:

Single-sex education is a highly relevant topic in the Spanish educational landscape, characterized by ongoing debates and controversies. It is crucial to analyze the normative sources of the Spanish legal framework on education to understand the context in which single-sex education develops.

It is also important to study the Spanish educational legal regime and the changes that have occurred regarding educational competencies, particularly the regime of educational agreements in Spain following the LOMLOE. A key point here is how the Administration interprets education, as it can be seen either as a public service or a service of public interest.

It is essential to examine the concept of single-sex education and the arguments that support it. It is mentioned that boys who attend single-sex schools show greater self-confidence in various areas and achieve better academic, athletic, and professional results, with a lower dropout rate. The importance of interpreting national norms in accordance with international human rights standards to ensure non-discrimination in education is emphasized.

Finally, the evolution of jurisprudence regarding the constitutionality of funding these educational institutions is discussed, highlighting the importance of considering both pedagogical and legal aspects in the debate on single-sex education in Spain.

Palabras clave:

Educación diferenciada, Administración pública, competencias educativas, financiación pública, derechos a la educación, libertad de enseñanza.

Key words:

Single-sex education, Public Administration, educational competencies, public funding, right to education, freedom of education.

ABREVIATURAS:

CE - Constitución española.

CEDH – Convenio Europeo de Derechos Humanos.

DUDH – Declaración Universal de Derechos Humanos.

LJCA - Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

LOECE - Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares.

LORDE- Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación.

LOGSE - Ley 1/1990, 3 de octubre de 1990 de ordenación general del sistema educativo´.

LOCE - Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación.

LOE - LO 2/2006, de 3 de mayo, de educación.

LOMCE - LO 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejor de la calidad educativa.

LOMLOE - Ley Orgánica por la que se Modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

PIDCP - Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

PIDESC - Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

RNBCE - Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos, aprobado por el Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre.

STC – Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS – Sentencia del Tribunal Supremo.

TC – Tribunal Constitucional.

TS – Tribunal Supremo.

TEDH – Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ÍNDICE

1.. LA EDUCACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: MARCO GENERAL

- 1.1. FUENTES NORMATIVAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
- 1.2. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: ¿DERECHO DE LIBERTAD O DE PRESTACIÓN?
 - 1.2.1. *Libertad de enseñanza y de los padres en la educación de sus hijos*
 - 1.2.2. *El ideario educativo: un elemento esencial del derecho a la educación y a la libertad de enseñanza*

2.....EL RÉGIMEN JURÍDICO EDUCATIVO ESPAÑOL EN LA ENSEÑANZA PRIVADA

- 2.1. EL SISTEMA EDUCATIVO ESPAÑOL Y LAS ADMINISTRACIONES COMPETENTES
 - 2.1.1. *Proceso descentralizador*
 - 2.1.2. *La situación de hoy: descentralización del Estado y funciones de la Administración autonómica*
- 2.2. LA AUTORIZACIÓN COMO TÉCNICA DE CONTROL DE LA LEGALIDAD DE LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA
- 2.3. RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS CONCIERTOS EDUCATIVOS TRAS LA LOMLOE
 - 2.3.1. *Concepto del concierto educativo*
 - 2.3.2. *Naturaleza jurídica del concierto educativo*
 - 2.3.3. *Del consenso al enfrentamiento*
 - 2.3.4. *El copago educativo: tipos de concierto y su funcionamiento*
 - 2.3.5. *Cambios normativos tras la LOMLOE*
 - 2.3.6. *La ruptura de la complementariedad de la oferta estatal y concertada*
- 2.4. LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
 - 2.4.1. *La educación diferenciada hasta la LOMLOE*
 - 2.4.2. *Análisis de la LOMLOE: la nueva posición del legislador*

3. EL DEBATE CONSTITUCIONAL SOBRE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA

- 3.1. ¿ES CONSTITUCIONAL LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA?
 - 3.1.1. *Breve análisis conceptual: confusión actual*
 - 3.1.2. *Argumentos pedagógicos a favor de la educación diferenciada*
 - 3.1.3. *Normas internacionales y derecho comparado: La Convención de 1960 como marco general*
 - 3.1.4. *¿Diferenciación o segregación? Posible vulneración del principio de igualdad del artículo 14 CE*

3.1.5.....	<i>¿Adoctrinamiento en las aulas? Ideario educativo constitucional.</i>
3.2.	LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA Y SU FINANCIACIÓN: DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y EL TRIBUNAL SUPREMO
3.2.1.	<i>Antecedentes jurisprudenciales</i>
3.2.2.	<i>Cambio jurisprudencial de 2008 y vuelta al régimen de conciertos</i>
3.2.3.	<i>Sentencias de 2012</i>
3.2.4.	<i>Sentencias del Constitucional de 2018 a raíz de la LOMCE de 2015</i>
3.2.5.	<i>Sentencia de 2023</i>
4.	CONCLUSIÓN

INTRODUCCIÓN

La educación diferenciada en España ha sido objeto de intensos debates y controversias en el ámbito jurídico y educativo. El presente trabajo se adentra en el encaje jurídico-constitucional de este modelo educativo, analizando sus fundamentos legales, jurisprudenciales y pedagógicos. El objetivo principal de esta investigación es examinar cómo se ha configurado la educación diferenciada en el marco normativo español, considerando su impacto en el derecho a la educación y la no discriminación en el ámbito escolar. En este contexto, se plantea la hipótesis de que la educación diferenciada, cuando se desarrolla respetando los principios de igualdad y equiparabilidad, puede coexistir de manera compatible con el ordenamiento jurídico vigente.

El estado de la cuestión revela un panorama complejo en el que se entrelazan aspectos legales, pedagógicos y sociales en torno a la educación diferenciada. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo ha sido determinante en la evolución de este debate, abordando cuestiones fundamentales como la no discriminación, la libertad de enseñanza y la libertad de los padres para elegir el tipo de educación para sus hijos. Asimismo, se destaca la importancia de considerar las normas internacionales y el derecho comparado en la interpretación de la legislación nacional en materia educativa.

La estructura del estudio se organiza en torno a la revisión de las fuentes normativas del ordenamiento jurídico español en materia de educación, el análisis de la jurisprudencia relacionada con la educación diferenciada y su financiación, y la evaluación de los argumentos pedagógicos a favor y en contra de este modelo educativo. A través de esta estructura, se pretende ofrecer una visión integral y crítica sobre la educación diferenciada en España, considerando sus implicaciones legales y su impacto en el ámbito educativo y social.

1. LA EDUCACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: MARCO GENERAL

1.1. Fuentes normativas de los derechos fundamentales

Como dijo Spinoza,

Yo no afirmo, en efecto, que toda acción conforme a derecho sea la mejor posible. Pues una cosa es cultivar un campo con derecho y otra cultivarlo muy bien; una cosa, digo, es defenderse, conservarse, emitir un juicio, etc., con derecho y otra defenderse, conservarse y emitir un juicio lo mejor posible. Por consiguiente, una cosa es gobernar y administrar la cosa pública con derecho y otra distinta gobernar y administrarla muy bien (1986, p. 1).

En el fondo, el eterno debate sobre la educación en España –en el que no nos ponemos de acuerdo– tiene todo lo que ha perseguido al legislador a lo largo de la historia democrática española. Eso es lo que explica que en España no haya un consenso entre los legisladores, los políticos y, por tanto, los ciudadanos, en lo que respecta a la educación y el modelo que queremos. Y Spinoza lo resume muy bien en este párrafo, que trata de trasladar –y lo hago yo también– al lector la siguiente cuestión: ¿Nos contentamos con garantizar el derecho a la educación o es necesario que las leyes promulgadas hagan justicia con las finalidades de la educación? El problema es que la realidad histórica nos hace terminar, muchas veces, por imponer un determinado sistema o finalidad de educación: liberalismo, marxismo, personalismo, etc. Es recomendable apartarse de esas visiones fragmentarias y tratar de poner en práctica lo que recoge la Declaración Universal de Derechos Humanos:

“La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y

promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz”.¹

En España hay mucha discusión en lo que se refiere a la educación, lo que se refleja en su régimen jurídico educativo. Ha sido –y continúa siendo– un tema de diversas controversias y debates que se ha plasmado en numerosas leyes de educación, conflictos jurisdiccionales y movilización social. En este contexto, hay que analizar las normas del ordenamiento jurídico español en materia de educación para, después, abordar el tema de la educación diferenciada, que es el objeto de este trabajo.

Por ello, como primerísima fuente normativa en materia educativa en nuestro país encontramos la Constitución Española y, en concreto, del artículo 27 de la Constitución Española. Como bien llegó a decir CARLOS VIDAL PRADO, “Es de sobra conocido el hecho de que la elaboración del art. 27 de la Constitución constituyó una de las pruebas más difíciles de superar para lograr el consenso necesario en el proceso constituyente, hasta el punto de que el modo de reconocimiento de los derechos educativos y la libertad de enseñanza motivó que dejara la Ponencia Constitucional el representante del entonces primer partido de la oposición, Sr. Peces-Barba, comprometiéndose de esta manera el éxito de la tarea constituyente”.²

El debate sobre este artículo de la Constitución Española fue de los más importantes en las Cortes Constituyentes del 78. Ya desde este momento, el debate se planteaba esencialmente en un enfrentamiento que puede resumirse en dos posiciones: el pluralismo escolar frente la escuela única, aunque pluralista.³ Lo que ha ocurrido en España desde la consagración del derecho a la educación y todas sus vertientes en ese artículo 27, se llegó a denominar “guerra escolar”, ya que a partir del momento de la promulgación de la Constitución, las Cortes Generales han estado enfrentadas, entre

¹ *vid.* Art. 26.2 DUDH.

² VIDAL PRADO, C., *El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*, colección Debates Constitucionales, Marcial Pons y Fundación Giménez Abad, 2017, p. 437.

³ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “La educación en la Constitución española”, *Persona y Derecho*, 1979, p 217.

otras cosas, por el modelo educativo; muchos de los cambios de gobierno y de legislatura ha supuesto un cambio en el régimen jurídico de la educación, y son muchas las ocasiones en las que el Tribunal Constitucional ha tenido que interpretar esas leyes, apaciguando con ello, aunque no en su totalidad, esa “guerra escolar” que todavía hoy –y más aun con la última ley en materia de educación, la LOMLOE⁴– sigue sucediendo en nuestro país.

Este conflicto se ha ido reflejando en las diferentes leyes orgánicas en materia de educación. Entre las principales leyes han de citarse la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (LORDE); Ley 1/1990, 3 de octubre de 1990 de ordenación general del sistema educativo (LOGSE); LO 9/1995, de 20 de noviembre, de la participación, la evaluación y el gobierno de los centros docentes; Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (LOCE); LO 2/2006, de 3 de mayo, de educación (LOE); Y LO 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE). Estas leyes no necesariamente representan redacciones completamente nuevas. Por ejemplo, la LOMCE es una modificación de la LOE. La nueva Ley Orgánica que se está aplicando en educación es una reforma de la LOE llamada LOMLOE, cuyo acrónimo significa Ley Orgánica por la que se Modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

Antes de pasar a analizar el artículo 27 CE, es necesario señalar que el mismo precisa de una interpretación sistemática con otras disposiciones constitucionales relacionadas: la libertad de cátedra del artículo 20.1 y el artículo 16.1 que consagra la libertad ideológica y religiosa; si bien, especialmente importante es mencionar su relación con el artículo 10.2, que obliga a interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, de conformidad con la *Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*.⁵

⁴ Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

⁵ El derecho a la educación y la libertad de enseñanza se encuentran recogidos el artículo 26 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)*, el 13 del *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)*, el 18.4 del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)*, el 2 del *Protocolo Adicional del Convenio Europeo de Derechos Humanos* o el 14 del *Convenio de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*.

Este precepto de la carta magna española consagra el derecho a la educación como derecho fundamental, ya que se ubica en la sección primera, capítulo segundo del título primero de la misma. Está compuesto por diez apartados, lo cual ya hace entrever que este artículo ha dado y sigue dando mucho de sí desde el punto de vista del conflicto jurisdiccional y de la interpretación del Constitucional. Al ser un derecho fundamental, por ende, tiene especial relevancia por el amplio sistema de garantías jurisdiccionales que se prevén en el artículo 53.1 y 53.2 del mismo texto constitucional para este tipo de derechos. Por un lado, el 53.1 recoge que todos los derechos fundamentales “(...) vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades (...)”.⁶ El artículo 53.2, por otra parte, establece las garantías jurisdiccionales de protección de dichos derechos: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”.

La Constitución impone un mandato a los poderes públicos, obligándolos a todos a desarrollar los artículos de la Carta Magna, respetando siempre su contenido esencial. Este mandato, junto con el hecho de que el artículo 27 incluye, por un lado, un derecho a la libertad –la libertad de enseñanza– y, por otro, un derecho prestacional a la educación, ha generado tensiones entre el modelo educativo de izquierdas y el conservador. Estas tensiones se trasladaron a las Cortes Generales, donde las sucesivas normativas reguladoras fueron objeto de intensos debates parlamentarios y, posteriormente, impugnadas ante el Tribunal Constitucional, como he mencionado anteriormente. Además, los derechos y libertades en materia de educación se protegen según lo establecido en el artículo 161.1 a), que se refiere al recurso de inconstitucionalidad que se puede presentar contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley ante el Tribunal Constitucional.⁷

⁶ vid Art. 53.1 CE

⁷ Puede ser interpuesto, en base al art. 162.1 a), por el presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados, cincuenta senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las Comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de estas.

Hay otras figuras, además del recurso de inconstitucionalidad, como la del Defensor del Pueblo, que supervisa la actividad de la Administración o la posibilidad de utilizar el recurso de amparo siguiendo unos requisitos. A nivel europeo, hay ciertas garantías en sede revisoría judicial con el fin de proteger los derechos fundamentales.

En lo que respecta al recurso de amparo, dado que la educación es un derecho fundamental, puede ser presentado por cualquier persona, física o jurídica, que tenga un interés legítimo, así como por el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal⁸. A diferencia del recurso de inconstitucionalidad, que solo protege contra acciones positivas de los poderes públicos y tiene como objetivo la anulación mediante un procedimiento de revisión, el recurso de amparo no solo puede cumplir esa función, sino también declarar el derecho o el derecho fundamental de un tercero. Además, puede activar la jurisdicción del Tribunal Constitucional para que este declare que determinadas personas poseen un derecho fundamental que debe ser protegido y satisfecho.

El artículo 53.2, que mencioné anteriormente, establece las garantías jurisdiccionales para la protección de los derechos y libertades reconocidos en el artículo 27⁹. Una de las garantías jurisdiccionales más relevantes, ya que obliga al sector público, es la protección jurisdiccional ordinaria. Por otro lado, para cumplir con el mandato constitucional del artículo 53.1, el legislador ha creado varios procedimientos. En el caso que nos ocupa, es especialmente relevante el procedimiento preferente y sumario, regulado en los artículos 114-122bis de la Ley 29/1998, LJCA, que permite impugnar cualquier actuación administrativa que vulnere alguno de los artículos de la sección primera del capítulo segundo del Título Primero de la Constitución, incluyendo actos, disposiciones, actividades materiales de la Administración e inactividad administrativa.

⁸ vid. Art 162.1. b)

⁹ “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la sección primera del capítulo segundo ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”.

1.2. El derecho a la educación en la Constitución Española: ¿derecho de libertad o de prestación?

Dentro del amplio artículo 27 CE se distingue entre derecho a la educación y libertad de enseñanza. La doctrina y la jurisprudencia han denominado esta diferenciación de otra manera: derecho de libertad y derecho de prestación. A primera vista, puede parecer expresivo que la Constitución trate el derecho a la educación como derecho humano fundamental, mientras que el derecho a enseñar lo considera como una libertad pública.

El derecho de todos a la educación, por tanto, incorpora una dimensión prestacional, “en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles de enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4.º de este art. 27”¹⁰. Los derechos de prestación son un mandato constitucional hacia los poderes públicos, es decir, se imponen a estos; y, no sólo supone el deber de abstenerse de hacer algo –en el caso de los derechos de libertad–, sino también de cumplir con el mandato de forma efectiva¹¹.

Esos medios de prestación del derecho de todos a la educación y, por tanto, para la realización de este derecho fundamental son: una ordenación general del sistema educativo, de cuya garantía expresamente se encargan a los poderes públicos ex art. 27.5 CE y que, en síntesis, se desglosa, en lo siguiente, mediante una triple referencia a la «programación general de la enseñanza», a la «creación (y ayuda) de centros docentes», y a la «participación efectiva de todos los sectores afectados (en el control y gestión de centros sostenidos con fondos públicos)»¹².

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ explica el derecho a la educación como un derecho-deber que se desprende del apartado cuarto del artículo 27 CE: “la enseñanza básica es

¹⁰ STC 86/1985, FJ 3

¹¹ BAEZ SERRANO, R., *Educación diferenciada y conciertos públicos*, tesis doctoral, 2015, p. 18 y 19

¹² LÓPEZ CASTILLO, A., “El derecho a la educación”, *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, 2018, pág. 975

obligatoria”. Dice que es evidente que de ello se desprende un derecho de todos los ciudadanos al que no pueden renunciar y que la educación básica es un deber público general. Este derecho-deber se consagró también en la DUDH de 1984. El derecho-deber a la educación básica supone claramente una restricción de la libertad de elegir si educarse o no, pero está justificado en el bien común. Y, para que se dé cumplimiento a ese derecho-deber constitucional, el Estado (los poderes públicos) lleva a cabo unas prestaciones públicas que funcionan como servicio público.

El carácter prestacional del derecho a la educación se reconoce innegable y se ve reforzada con la proclamación de la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza básica, proyectada también sobre la enseñanza no obligatoria, independientemente de que no se imponga en esta última la gratuidad ni obligatoriedad ¹³. En el fondo, es propio de una sociedad democrática velar por su Estado del Bienestar (y del Estado velar por el bienestar de la sociedad), y la educación es uno de esos puntos en los que los Poderes públicos tienen el deber de realizar mayores prestaciones públicas para facilitar el ejercicio de, en este caso, el derecho a la educación.

Pese a todo, como ya señalé al principio, no todo es consenso y la polémica que hubo en las Cortes Constituyentes a raíz de este derecho sigue hoy muy latente en España; sobre todo, cuando se habla de financiación pública de centros privados. La polémica siempre está servida, porque cada gobierno adopta un criterio distinto respecto a la financiación de centros privados. Y más polarización hay si esos centros privados tienen como parte de su ideario la educación diferenciada.

Cuando se aborda el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, ambos conceptos se reflejan en una diversidad de contenidos y responsables. Es particularmente interesante observar cómo, durante estas cuatro décadas, la doctrina ha mantenido consistentemente los puntos esenciales e inalienables del artículo 27.

En atención a la educación diferenciada, es cierto que dependiendo del autor, el contenido del derecho a la educación puede variar en cuestiones relevantes; por ejemplo, respecto al acceso a los centros de enseñanza, algunos autores defienden que este se

¹³ STC 236/2007

encuentra dentro del derecho a la educación, sin más limitaciones que las establecidas por razones de interés público, mediante el instrumento normativo adecuado; y otros, afirman que el derecho a la elección de centro se sitúa dentro de la libertad de enseñanza. Esto que, en realidad, está tildado de un fuerte contenido ideológico, tiene mayor relevancia de lo que uno puede pensar, ya que no es lo mismo interpretar el acceso a los centros de enseñanza como un derecho de prestación que como un derecho de libertad de enseñanza.

Imaginemos, por ejemplo, la hipótesis de que una Administración educativa procediese a “dictar normas generales adscribiendo a los alumnos a los diversos Centros, con independencia de las preferencias de padres o tutores”¹⁴: el cuestionamiento del derecho sería ya sistemático, no ocasional. Sería un ejemplo claro de aplicación del derecho a la elección de centro docente dentro del marco de la libertad de enseñanza, no del derecho de prestación, ya que existiría arbitrariedad por parte de los Poderes públicos.

1.2.1. Libertad de enseñanza y de los padres en la educación de sus hijos

Este tema es sensible, porque en él se entrecruzan elementos e intereses diversos que incluyen el derecho a la educación y su garantía por el Estado, y el derecho de los padres a que sus hijos sean educados de conformidad con sus personales opciones religiosas o morales, protegido por el artículo 2 del Protocolo I al Convenio Europeo de Derechos Humanos¹⁵.

En el fondo, la cuestión clave es determinar cuáles son las misiones que corresponden a los padres y a los poderes públicos respecto a la transmisión de determinados valores

¹⁴ STC 77/1985, FJ 5

¹⁵ Art. 2 Protocolo I CEDH: “Nadie podrá ser privado del derecho a la educación. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el ámbito de la educación y la enseñanza, respetará el derecho de los padres a garantizar esa educación y esa enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”.

éticos. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en varias ocasiones en esta materia, destacando las sentencias *Folgero* y *Zengin*¹⁶.

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión. En primer lugar, rechaza que el derecho de los padres a escoger el modelo de enseñanza para sus hijos esté incluido en alguna de las libertades reconocidas en el artículo 27. En este sentido, señala que, en cuanto a la decisión de los padres sobre el modelo educativo que recibirán sus hijos, este derecho constitucional se limita al reconocimiento de la libertad de los padres para elegir el centro educativo y al derecho a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones. Además, el Tribunal Constitucional establece en esta sentencia que el mandato constitucional a los poderes públicos del artículo 27.2 constituye el contenido del derecho a la educación del artículo 27.1, que se cumple a través de una educación democrática en libertad.

1.2.2. El ideario educativo: un elemento esencial del derecho a la educación y a la libertad de enseñanza

“Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes”, recoge el artículo 27.5 CE. Del derecho a la creación de centros docentes se desprende el derecho a fijar un ideario propio, como específica manifestación de la libertad de enseñanza.

Respecto a su contenido, no queda reducido a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa, ya que el ideario puede ser expresión de aspectos pedagógicos, lingüísticos, etc.¹⁷, instrumental a la garantía del art.27.3 CE sobre la libertad de los padres a elegir la educación de sus hijos. “El carácter propio abarca o puede abarcar en rigor a todos los elementos definitorios del contenido permanente de la concreta convocatoria y oferta educativas en que consiste la libre creación de cualquier centro

¹⁶ *Folgerø c. Noruega*, 29 junio 2007, y *Zengin c. Turquía*, 9 octubre 2007.

¹⁷ STC 77/1985, F.J. 8: el carácter propio coincide con el ideario y se refiere a todos los aspectos de la vida de un centro privado, sin que pueda limitarse sólo al ideario moral o religioso.

escolar. Su determinación corresponde, en consecuencia, en exclusiva, a quien, al tomar esa decisión creadora, asume la titularidad del centro y por lo mismo la responsabilidad sobre esa determinada forma organizativa, ideológica y funcional de ejercerse colectivamente la libertad de enseñanza y el derecho a la educación en libertad”.¹⁸

La mayoría de los expertos considera el ideario en un sentido amplio, abarcando tanto el marco ideológico –el ideario de la educación– como su realización en un proyecto educativo coherente y más extenso que el aspecto religioso¹⁹. En esta perspectiva, una concepción del ideario limitada solo al ámbito ideológico o religioso sería contradictoria con el pluralismo, esencia de la libertad de enseñanza, que también se refleja en otros aspectos de la educación como la elección de textos, el enfoque de las asignaturas, etc. Como resultado de esta concepción amplia del ideario del centro, la educación y la enseñanza se configuran como dos conceptos inseparables, que en la práctica se manifiestan conjuntamente a pesar de las diferencias teóricas entre ellos²⁰. En esta línea, los únicos límites al ideario, entendido como cómo comprender y enfocar la enseñanza, los métodos pedagógicos, el papel de la creatividad y la memoria, etc., derivan del respeto a los principios constitucionales en la educación. Un ejemplo de libertad de enseñanza que no se sustenta en argumento ideológicos ni religiosos es, precisamente, la educación diferenciada, que –como voy luego veremos más detenidamente– se fundamenta en razones pedagógicas y académicas.

Respecto a los límites al ideario educativo, hay uno formal y otro material. El formal es la autorización administrativa que requiere un centro educativo: el establecimiento de un ideario propio del centro haya de entenderse sometido al sistema de autorización reglada a que la ley [...] sujeta la apertura y funcionamiento de los centros privados»²¹.

¹⁸ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. (1999),” Requisitos y efectos jurídicos del carácter propio de los centros educativos”, *Ius Canonicum* XXXIX, 77, pp.15-25.

¹⁹ ZUMAQUERO, J.M., *Los derechos educativos en la Constitución española de 1978*, Eunsa, Pamplona, 1984, p. 355. D. GARCÍA-PARDO, *La libertad de enseñanza en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, McGraw Hill, Madrid, 1998, p. 86

²⁰ VIDAL PRADO, C., *La libertad de cátedra: un estudio comparado*, cit., p. 239

²¹ STC 5/1981, FJ 8

En el caso de los centros de educación diferenciada por sexos como ejemplo de manifestación de un ideario educativo propio, se remite a la STC 37/2018, FJ 4.²²

El otro límite al ideario educativo propio, más de carácter material, tiene que ver con “los derechos que ostentan los demás miembros de la comunidad escolar –profesores, padres y alumnos—. Si bien, el derecho a establecer el ideario propio junto con el derecho de los padres a escoger para sus hijos una formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones, justifica el límite de los derechos de estos (STC 77/1985, FJ 9).²³

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO EDUCATIVO ESPAÑOL EN LA ENSEÑANZA PRIVADA

2.1. El sistema educativo español y las administraciones competentes

Antes de nada, es importante señalar los tres apartados del 27 CE que establecen el marco general del régimen jurídico del sistema educativo en nuestro país: la ordenación general del sistema educativo. Esta se desglosa en tres referencias: la programación general de la enseñanza, la creación (y ayuda) de centros docentes y la participación efectiva de todos los sectores afectados (en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos).

²² LÓPEZ CASTILLO, A., “El derecho a la educación”, *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, 2018, pág. 1034

²³ LÓPEZ CASTILLO, A., “El derecho a la educación”, *Comentarios a la Constitución Española*, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, 2018, pág. 1034

La regulación de las normas básicas para el desarrollo del artículo 27 CE es una competencia exclusiva del Estado (de los órganos centrales)²⁴. De hecho, solo él es competente para “regular tales materias (enseñanzas mínimas y ordenación general del sistema educativo) en régimen ordinario y experimental [...]”²⁵

En nuestro Estado autonómico las competencias sobre educación están repartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. “La Constitución, pues, en materia educativa solo se refiere expresamente a las competencias del Estado. Las competencias de las Comunidades Autónomas en la materia provienen, indirecta o implícitamente, del margen que existe en el artículo 149.1.30 CE y de la cláusula del artículo 149.3 CE²⁶, y directa y explícitamente, sólo de los Estatutos de Autonomía”.²⁷

2.1.1. Proceso descentralizador

Desde la aprobación de la Constitución Española, se ha producido un proceso de descentralización que “ha supuesto principalmente un traspaso del poder acerca de las decisiones educativas desde la Administración central a las Administraciones autonómicas”²⁸.

²⁴ art. 149.1.30 CE: “Regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia”.

²⁵ STC 38/1992, FJ 5

²⁶ “Las materias no atribuidas expresamente al Estado por esta Constitución podrán corresponder a las Comunidades Autónomas, en virtud de sus respectivos Estatutos. La competencia sobre las materias que no se hayan asumido por los Estatutos de Autonomía corresponderá al Estado, cuyas normas prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas. El derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas”

²⁷ ARAGONÉS REYES, M., “Las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas sobre educación”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, págs. 191-199.

²⁸ GARCÍA RUBIO, JUAN., “El proceso de descentralización educativa en España”, *Edetania* (diciembre de 2015), págs. 203-216.

Debido a los Estados nacionales característicos del siglo XIX, la educación estaba centralizada. Sin embargo, el siglo XX presentó una tendencia hacia la descentralización. La Ley General de Educación de 1970 es un buen ejemplo de desconcentración, pero no de descentralización, ya que lo que se produjo es una delegación de la gestión, pero no una cesión de poder en materia educativa. Según GARCÍA RUBIO –que, a su vez, se refiere a PUELLES BENÍTEZ–, la descentralización presenta hasta siete grados, entre los que está el sistema de Estado Autonómico. La descentralización regional o autonómica supone que las regiones o autonomías tienen la posibilidad de gestión, pero también la de decisión y de legislación sobre materias educativas²⁹.

El proceso de descentralización español es fruto de la creación del Estado de las autonomías, que se da con la Constitución de 1978. Antes de entrar en el sistema actual, es interesante reflejar aquí la evolución desde una clara centralización hacia la actual descentralización. La Ley de Instrucción Pública de 1857, conocida como Ley Moyano por su autor, eliminó cualquier rastro de autonomía que tenían las entidades locales y los centros educativos en la organización y gestión de la actividad escolar. Más adelante, durante la I República, se propuso un proyecto de constitución federal que nunca se aprobó, pero que ofrecía una gran autonomía política y de competencias para los territorios o regiones. En 1931, con la II República, se instauró un Estado regional con competencias limitadas, sin llegar a ser un Estado federal. La Constitución de 1978 establece un sistema muy similar al Estado federal, conocido como el Estado de las Autonomías.

En la LOGSE (Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo) de 1990 se configuró este sistema descentralizado, basado en que el Estado establece las enseñanzas mínimas y las comunidades autónomas las completan y desarrollan. Si bien, la transferencia de las competencias educativas a las Comunidades Autónomas se llevó a cabo en el año 2002³⁰. Con la LOE de 2006 se sigue la senda de la descentralización y se configura el sistema de tal forma que las comunidades autónomas tienen de un currículo

²⁹ GARCÍA RUBIO, JUAN., “El proceso de descentralización educativa en España”, *Edetania* (diciembre de 2015), págs. 203-216.

³⁰ Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación

diferente, a pesar de que poseen la misma estructura a través de esas “enseñanzas mínimas” que establece el Estado.

2.1.2. La situación de hoy: descentralización del Estado y funciones de la Administración autonómica

El artículo 2 bis de la LOE de 2006 establece como Administraciones educativas en España los órganos competentes de la Administración General del Estado y de las Administraciones de las Comunidades Autónomas.

A las Comunidades Autónomas les corresponde el ejercicio de sus competencias estatutarias y el desarrollo de las disposiciones de la Ley Orgánica de Educación.³¹ En la actualidad, se observa una descentralización del Estado en muchos ámbitos. BONAL³² resume las competencias de las Comunidades Autónomas en varios apartados. Afirma que estas comunidades son responsables del desarrollo legislativo y la ejecución de la enseñanza en su totalidad, excepto por las competencias que están reservadas al Estado (ya mencionadas anteriormente). En concreto, deben desarrollar la normativa aprobada por el Estado, gestionar directamente el servicio público educativo, y llevar a cabo actos administrativos relacionados con el personal docente, entre otras tareas.

2.2. La autorización como técnica de control de la legalidad de la libertad de enseñanza

La Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (distinta a la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación) desarrolla el artículo 27.5 CE que consagra el derecho a la creación de centros docentes. Hay dos artículos clave en esta Ley

³¹ *vid. Art. 6 bis.3 LOE*

³² BONAL, X, “La descentralización educativa en España. Una mirada comparativa a los sistemas escolares de las Comunidades Autónomas”, *Institut de Govern i Politiques Públiques*, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2005, p. 25-27.

y que es necesario tratar en conjunto: el 14 y el 23, que se han desarrollado para dos reglamentos: el Real Decreto 332/1992, de 3 de abril sobre autorizaciones de Centros docentes privados, para impartir enseñanzas de régimen general no universitarias, y el Real Decreto 132/2010, de 12 de febrero por el que se establecen los requisitos mínimos de los centros que impartan las enseñanzas del segundo ciclo de la educación infantil, la educación primaria y la educación secundaria. (que derogó el RD 1004/1991).

Además, el artículo 23 establece un límite de carácter administrativo: la autorización. Para ser concedida por la Administración, es necesario cumplir con los requisitos mínimos del art. 14 de esta ley, que señala que estos centros tienen que cumplir unos requisitos mínimos para impartir las enseñanzas; esos requisitos tienen que ver con la titulación académica del profesorado, la relación numérica alumno-profesor, las instalaciones docentes y deportivas y el número de plazas ofertadas. A cualquier centro privado que deje de cumplir algún requisito, se le revocará la autorización. La autorización administrativa tiene carácter reglado – es preceptiva y la Administración no tiene otra opción, no tiene discreción –³³

El Tribunal Constitucional, en sus dos sentencias más importantes sobre la libertad de enseñanza antes de la aprobación de la LODE –SSTC del 13 de febrero de 1981 y 77/1985³⁴ del 27 de junio–, no solo no cuestionó la constitucionalidad del régimen de autorizaciones para la apertura y funcionamiento de centros privados, sino que en la sentencia de 1981 llegó a considerar que el ideario educativo de estos centros también debía ser autorizado. Sin embargo, la sentencia de 1985 declaró que esta última exigencia era inconstitucional³⁵. Por lo tanto, la autorización como límite administrativo es

³³ DÍAZ LEMA, J.M., “El régimen de las autorizaciones de los centros privados de enseñanza no universitaria”, *Revista de Administración Pública* (Núm. 133. Enero-abril 1994), págs. 441-462.

³⁴ FJ 8: ”Como derivación de la libertad de creación de centros docentes, el derecho de los titulares de éstos a establecer un ideario educativo propio se mueve dentro de los límites [...] la existencia de estos límites la que hace indispensable que [...] el establecimiento de un ideario propio del centro haya de entenderse sometido al sistema de autorización reglada a que la Ley (art. 33) sujeta la apertura y funcionamiento de los centros privados, pues el establecimiento de ideario en cuanto determina el carácter propio del centro, forma parte del acto de creación.

³⁵ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., “De la libertad de la enseñanza al derecho a la educación”, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1988, pág. 86

completamente constitucional, pero únicamente en lo que respecta a la apertura y funcionamiento de los centros, no al ideario educativo.

Hay una cuestión interesante a analizar, que es la de si el Real Decreto de autorizaciones de 1992 rige en toda España o solo en el ámbito de la gestión del Ministerio de Educación. La disposición adicional 1ª del citado Decreto dice que se aplica en el ámbito territorial de gestión del Ministerio de Educación y Ciencia. ¿Eso quiere decir que las Comunidades Autónomas puede establecer y desarrollar su propio régimen de autorizaciones o de control de la enseñanza privada, o incluso establecer un régimen declarativo distinto al de la autorización? Lógicamente no, y por varias razones. La primera es que el artículo 23 de la LODE (ya citado), que establece el régimen de autorización previa, se aplica para todo el territorio nacional. La segunda razón es que el art. 14.1 (también ya citado) de la LODE determina que “el Gobierno establecerá reglamentariamente dichos requisitos mínimos”. Por tanto, como la autorización está condicionada por la existencia de estos requisitos mínimos, las facultades normativas de las Comunidades Autónomas se reducen notablemente. De todas formas, la autorización no está recogida como competencia exclusiva del Estado en la Constitución y, por tanto, todas las Comunidades han establecido en sus Estatutos la competencia de la autorización –siempre cumpliendo el marco normativo de los Reales Decretos—³⁶.

2.3. Régimen jurídico de los conciertos educativos

2.3.1. Concepto del concierto educativo

Como ya se ha visto, la educación en España se considera un servicio público esencial para la sociedad, prestado por los poderes públicos y también a iniciativa de sujetos particulares; el artículo 108.4 LOE señala que “la prestación del servicio público de la educación se realizará a través de los centros públicos y privados concertados”.

³⁶ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Requisitos y efectos jurídicos del carácter propio de los centros educativos”, *Ius Canonicum*, XXXIX (77), 1999, pp. 15-25

El apartado noveno del 27 CE recoge que “Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca”. Sin embargo, esto no supone que los poderes públicos tengan el deber de regular el régimen de conciertos, ya que no dice eso la Constitución ni la jurisprudencia. Lo que sí ha dicho la jurisprudencia es que los conciertos educativos, más que coartar o limitar la libertad de enseñanza o la libertad de creación de centros docentes, contribuyen a crear un mecanismo que favorece su ejercicio, pues se ofrece a los creadores de centros privados de enseñanza básica la posibilidad de optar por una financiación pública³⁷. Se podría decir, por tanto, que el régimen de conciertos es una manera de facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales en relación con ese derecho-deber a la educación del que ya he hablado.

La LOMLOE añadió una disposición adicional, la vigesimoquinta³⁸, que establece la coeducación como requisito para que un centro privado se pueda sostener con fondos públicos total o parcialmente; es decir, pueda tener acceso al concierto. La finalidad del legislador con esta modificación de la LOE es “la igualdad efectiva entre hombres y mujeres”. Es la primera vez que el legislador, tanto en el artículo 1 l) como en la Disposición Adicional Vigesimoquinta, incluye este requisito.

La controversia sobre la educación diferenciada está presente en el debate educativo desde hace años³⁹. Es bueno saber que no se trata de un asunto exclusivamente español, EE. UU., Inglaterra, Australia y Corea del Sur, entre otros países, también tienen centros educativos de educación diferenciada, y no está de más señalar que, por ejemplo, en el

³⁷ STC 77/1985, FJ 12.

³⁸ *vid.* Disposición Adicional Vigesimoquinta LOMLOE: “Con el fin de favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, los centros sostenidos parcial o totalmente con fondos públicos desarrollarán el principio de coeducación en todas las etapas educativas, de conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y no separarán al alumnado por su género”.

³⁹ Puede ser interesante recordar la nota informativa 37/2018 del Tribunal Constitucional, hecha pública el 19 de abril, sobre la Sentencia 31/2018, de 10 de abril. Esta nota resume, para el lector interesado, los principales argumentos de las diferentes sentencias en las que, en todas ellas, el alto tribunal “Declara constitucional la educación diferenciada y deja la puerta abierta a su financiación pública si los centros cumplen la ley”.

primero de los países mencionados la tendencia actual hacia la creación de este tipo de centros educativos es considerable⁴⁰.

MARÍA CALVO CHARRO opina que “la educación mixta no es la única opción válida y, por lo tanto, no debe ser la única ofertada por la Administración. Ningún modelo, ni el diferenciado ni el mixto, es perfecto para todos los alumnos. La diversidad y la pluralidad de modelos educativos es la fuerza que vertebra la verdadera libertad de enseñanza”⁴¹.

2.3.2. Naturaleza jurídica del concierto educativo

El concierto educativo es el instrumento jurídico por el que los centros privados se sostienen con fondos públicos para impartir los niveles de enseñanza obligatoria en régimen de gratuidad. Como ya se ha explicado, la libertad de enseñanza comprende la dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos deben hacer efectiva la libertad de enseñanza y la libertad de elección de los padres de la educación de sus hijos. El concierto no tiene naturaleza de subvención educativa o naturaleza indemnizatoria, como señala DE LOS MOZOS TUOYA:

“El concierto como relación jurídica contractual, en sí mismo, no instrumenta una compensación económica propiamente indemnizatoria en favor de los centros concertados. Porque éstos no celebran el concierto en cumplimiento de ningún deber público especial que deba ser compensado económicamente. El objeto del concierto es la financiación pública de una actividad libre en beneficio de sus destinatarios, los educandos; son éstos quienes realmente son compensados o

⁴⁰ GIL CANTERO, F., “Las finalidades de la educación y la LOMLOE: cuestiones controvertidas en la acción educativa”, *Revista española de pedagogía*, enero-abril 2022, pág. 18.

⁴¹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Educación diferenciada, una opción de libertad”, *Legitimidad de los colegios de un solo sexo y de su derecho a concierto en condiciones de igualdad*. Iustel, 2015, pág. 47.

“indemnizados” por el cumplimiento de su deber de educarse, o ayudados en el ejercicio de su derecho a la educación, a través del concierto”⁴².

La educación puede llevarse a cabo en diferentes tipos de centros educativos, que se clasifican según su titularidad legal y la fuente y naturaleza de los recursos que los financian. En este contexto, se distinguen tres tipos principales de centros: los privados, que pertenecen a una persona física o jurídica privada y operan en un mercado libre; los públicos, que son propiedad de una entidad pública y se financian con fondos públicos; y los concertados, que son de propiedad privada, pero reciben fondos públicos para su mantenimiento⁴³. Además, se aplica el Real Decreto 132/2010, de 12 de febrero, que establece los requisitos mínimos para los centros que imparten el segundo ciclo de educación infantil, la educación primaria y la educación secundaria.

La naturaleza jurídica del concierto educativo es la de un contrato bilateral –diferenciado del contrato de concesión de servicios, más prestacional–, como ha recogido el Tribunal Supremo: “[...] el concierto educativo tiene un sustrato negocial, en que el acuerdo de voluntades constituye el soporte jurídico del mismo; lo que quiere decir que, firmado el convenio por ambas partes, su contenido vincula a las mismas, con el alcance jurídico de todo pacto que no sea contradictorio a la norma legal y reglamentos de aplicación”⁴⁴. La doctrina también lo define como un contrato de adhesión por el que el Estado establece las normas básicas y obligaciones y derechos recíprocos, y la otra parte se adhiere⁴⁵.

MARTÍNEZ BLANCO explica que del artículo 27.4 de la CE –“La enseñanza básica es obligatoria para todos”– se desprende un derecho público subjetivo a la educación básica gratuita, que no es lo mismo que decir derecho público subjetivo a la subvención del centro privado, ya que el derecho puede ejercitarse tanto en un centro público como en

⁴² DE LOS MOZOS TOUYA, I., (1995). *Educación en libertad y concierto escolar*, Editorial Montecorvo, Madrid, pp.312-313

⁴³ MARCOS PASCUAL, E., “Los conciertos educativos y la libertad de elección de centro educativo”, *Revista de Derecho UNED* nº 25, 2019, p. 433

⁴⁴ STS 18 de mayo de 1994

⁴⁵ GOTI ORDEÑANA, J., *Sistema de Derecho Eclesiástico del Estado. Parte Especial*, San Sebastián, 1992, p. 153

uno privado⁴⁶⁴⁷. El fundamento de la financiación pública de los centros privados se fundamenta en el artículo 27.9 CE, que recoge un derecho subjetivo a la prestación pública, no a la subvención. “De este precepto [...] se deriva el deber estatal de garantizar con carácter general el mantenimiento de los centros privados en aras de alcanzar el pluralismo educativo que la Constitución sin duda impone” (pp. 295-297).

Dicho esto, es importante concluir este punto afirmando que la LODE define los conciertos en función de la “prestación del servicio público de educación”. En resumidas cuentas, se puede entender el concierto, o bien como “una herramienta para la financiación pública de la enseñanza privada” –en cuyo caso entenderíamos la educación como un servicio de interés público o servicio público de carácter social–, o bien se entienden los conciertos como una “prestación privada de la enseñanza pública” –, por lo que estaríamos ante una concepción de la educación como servicio público o servicio público como técnica de garantía prestacional⁴⁸. Lo cierto y verdad es que el desarrollo normativo ha podido dar a entender tanto la primera como la segunda manera de concebir la educación. Así que, se puede afirmar con suficientes razones –dadas ya en este punto– que la educación es un servicio de carácter amplio en que hay un punto de discrecionalidad inevitable por parte de la Administración, pero cuyo dato fundamental es que es una actividad esencialmente libre⁴⁹, y en esto se tiene que basar el concierto.

La lógica consecuencia –frente a lo que afirma GUARDIA HERNÁNDEZ– es que, si es libre, no es un servicio público propiamente dicho, sino solo en un sentido amplísimo -- el servicio público supone ciertas limitaciones--.

⁴⁶ MARTÍNEZ BLANCO, A. (1982) *Interpretación de la Constitución en materia de enseñanza y problemas del Estatuto de Centros Escolares*, Nogués, Murcia.

⁴⁷ STC 86/1985, FJ 4

⁴⁸ GUARDIA HERNÁNDEZ, J, J. “Marco constitucional de la enseñanza privada española sostenida con fondos públicos: recorrido histórico y perspectivas a futuro”, *Estudios Constitucionales*, 2019, p. 339

⁴⁹ GUARDIA HERNÁNDEZ, J, J. “Marco constitucional de la enseñanza privada española sostenida con fondos públicos: recorrido histórico y perspectivas a futuro”, *Estudios Constitucionales*, 2019, p. 342

2.3.3. *Del consenso al enfrentamiento*

Nuestro país llegó a un gran pacto de Estado redactando y aprobando el artículo 27 de la Constitución. El marco de consenso de la época se preocupó de garantizar el “derecho preferente” de los padres a “escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos” –en palabras del artículo 26.3 de la DUDH⁵⁰– en condiciones de igualdad efectiva (9.2 CE). Para ello, la Constitución dispuso que “los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca” (27.9 CE). Respecto a este precepto de la Carta Magna, nuestro tribunal de garantías dijo que «el que en el art. 27.9 no se enuncie como tal un derecho fundamental a la prestación pública y el que, consiguientemente, haya de ser sólo en la ley en donde se articulen sus condiciones y límites, no significa, obviamente, que el legislador sea enteramente libre para habilitar de cualquier modo este necesario marco normativo»⁵¹. Cuando la Constitución dice “ayudarán” en el 27.9 se refiere a que el Estado tiene que arbitrar fórmulas, pero no delimita que tenga que ser el concierto (subvenciones concretas) aunque tampoco hay una discrecionalidad total en la elección de las fórmulas.

El desarrollo del artículo 27 de la Constitución se recogió por vez primera en la LODE, que estableció la figura del concierto educativo y se refirió a su régimen jurídico como “un sistema de carácter mixto o dual”, asentado en la coexistencia de centros de titularidad pública y de iniciativa social.

El consenso político a raíz del 27 CE fue asentándose y los puntos de enfrentamiento se han ido difuminando en el tiempo hasta nuestros días fruto, precisamente, de la función pacificadora del Tribunal Constitucional en esta materia⁵². Sin embargo, últimamente se

⁵⁰ Declaración Universal de Derechos Humanos

⁵¹ STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3

⁵² FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. Y SÁNCHEZ NAVARRO, A. «Artículo 27. Enseñanza», en O. Alzaga Villamil (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Tomo III*, Edersa, 1996, p. 160.

han radicalizado algunos planteamientos y estamos asistiendo al inicio de la ruptura del consenso de los padres constituyentes, como ha referido un prestigioso jurista⁵³.

2.3.4. *El copago educativo: tipos de concierto y su funcionamiento*

El artículo 84 de nuestra Ley de Educación recoge que la Administración Pública tiene la tarea de regular la admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados para garantizar así su derecho a la educación, el acceso en condiciones de igualdad y la libertad de elección de centro por los padres o tutores legales. Tras la modificación por la LOMLOE de 2020, se ha añadido como marco regulatorio administrativo, lo siguiente: “En dicha regulación se dispondrán las medidas necesarias para evitar la segregación del alumnado por motivos socioeconómicos o de otra naturaleza”. Este añadido tiene todo que ver con la Disposición adicional 25^a de la Ley –de la que luego hablaré–, y lo que recoge es que, para poder tener acceso al concierto, debes ser un centro mixto o cuyo modelo sea la coeducación –chicos y chicas juntos en el misma aula–.

La educación concertada en España gira en torno al llamado *módulo económico por unidad escolar*. Por *unidad escolar* entendemos al grupo de estudiantes que cuentan con el mismo tutor y cursan la mayoría de su horario lectivo juntos, aunque se puedan separar para cursar asignaturas optativas. Una unidad escolar está formada como máximo por 30 alumnos en secundaria y 35 en bachillerato⁵⁴. Por *módulo económico*, en base al INE, nos referimos a la cantidad de dinero establecida anualmente por cada ley de presupuestos autonómicos por unidad escolar. El módulo económico incluye los salarios de los profesores, los gastos de personal administrativo y de servicios, los de mantenimiento y conservación, etc., y los gastos de personal⁵⁵.

⁵³ SIMON YARZA, F., “Los conciertos en la LOMLOE. Ruptura de un consenso constitucional”, *Revista General de Derecho Constitucional* 35 (2021), Universidad de Navarra, pág. 29.

⁵⁴ Arts. 11 y 16 RD 132/2010, de 12 de febrero, por el que se establecen los requisitos mínimos de los centros que impartan las enseñanzas del segundo ciclo de la educación infantil, la educación primaria y la educación secundaria.

⁵⁵ Art. 117 LOE de 2006

La Ley recoge que los centros privados que ofrezcan enseñanzas declaradas gratuitas podrán acogerse al régimen de conciertos, estableciéndose los requisitos que deben cumplir los centros privados concertados. Estos centros deberán formalizar el concierto con la Administración⁵⁶. Es decir, el primer paso es cumplir con los requisitos y el segundo, formalizar el concierto. Los requisitos de los que habla la Ley están desarrollados en el RNBCE⁵⁷.

Así, la legislación española establece un sistema de enseñanza gratuita en los niveles obligatorios, lo que no significa que los niveles no obligatorios estén excluidos de recibir financiación pública. El Tribunal Constitucional ha afirmado: “esta especificación no implica, en los términos del artículo impugnado, la exclusión total de cualquier ayuda estatal para el resto de los centros privados, es decir, aquellos que ofrecen enseñanzas de un nivel diferente al básico”.⁵⁸.

De esta diferenciación se desprenden dos módulos o tipos de conciertos. El concierto general, destinado para las escuelas privadas –las no creadas por los poderes públicos-- que imparten los niveles de enseñanza obligatoria: en este caso, el 116 LOE de 2006 establece el régimen de gratuidad. Sin embargo, a veces la cantidad de dinero público es insuficiente para el sostenimiento de un centro privado concertado y las escuelas buscan otras vías para financiar la enseñanza obligatoria y que sea totalmente gratuita. Ejemplo de ello son los fondos obtenidos por los padres y madres de los alumnos a través de la constitución de fundaciones o asociaciones vinculadas a los centros docentes y de otras formas⁵⁹. En España, está prohibido por ley el copago en la educación privada que imparte enseñanza obligatoria y es financiada por el concierto general⁶⁰. Sin embargo,

⁵⁶ Art. 116. 1 LOE

⁵⁷ Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos

⁵⁸ STC 77/1985, FJ 11.

⁵⁹ GUARDIA HERNÁNDEZ, J.J. “Conciertos educativos y régimen de copago en España. Entre la ficción y la realidad”, *Revista general de Derecho Administrativo* 59 (2022), p. 18

⁶⁰ Art. 88.1 LOE de 2006: “en ningún caso podrán los centros públicos o privados concertados percibir cantidades de las familias por recibir las enseñanzas de carácter gratuito,

este precepto no prohíbe las aportaciones voluntarias por los padres del modo que ya he explicado. Los autores discuten sobre el copago voluntario y su conveniencia⁶¹.

Por tanto, existe un régimen de copago en el concierto general, ya que además de por el concierto general, a veces los propios padres de los alumnos financian el centro docente.

El segundo y último tipo de concierto es el singular, destinado a los niveles de enseñanza no obligatoria⁶². Este concierto se aplica a los niveles no de enseñanza no obligatoria de los centros privados que estaban sostenidos total o parcialmente con fondos públicos antes de la LODE de 1985⁶³, aunque el art. 116.7 LOE de 2006 recoge que “el concierto para las enseñanzas postobligatorias tendrá carácter singular”. Por tanto, el copago también existe en el concierto singular.

El contenido del concierto escolar consiste en el compromiso por parte de la Administración a asignar una serie de fondos públicos conforme establece el artículo 11 del Real Decreto 2377/1985. Por la otra parte, el titular el centro privado concertado, está obligado, conforme a lo establecido en el artículo 14-1 del Real Decreto 2377/1985 por el que se obliga a “impartir gratuitamente las enseñanzas del concierto, de acuerdo con los correspondientes programas y planes de estudio y con sujeción a las normas de ordenación académica en vigor”.

Cabe mencionar otra obligación del centro concertado, como es la de mantener una relación media alumno-profesor por unidad escolar “no inferior a la que la Administración determine teniendo en cuenta la existente para los centros públicos de la comarca, municipio, o en su caso, distinto el que esté situado al centro.

imponer a las familias la obligación de hacer aportaciones a fundaciones o asociaciones ni establecer servicios obligatorios, asociados a las enseñanzas, que requieran aportación económica por parte de las familias de los alumnos”.

⁶¹ GUARDIA HERNÁNDEZ, J.J. “Conciertos educativos y régimen de copago en España. Entre la ficción y la realidad”, *Revista general de Derecho Administrativo* 59 (2022), p. 20

⁶² Educación Infantil y Bachillerato

⁶³ Disposición Adicional Tercera de la LODE de 1985

En opinión de SIMÓN YARZA, “los cambios normativos mencionados son suficientes para desembocar en una supresión a largo plazo de la enseñanza concertada. Esto se ve corroborado, además, por el artículo 116.5 LOE, según el cual «las Administraciones educativas promoverán un incremento progresivo de puestos escolares en la red de centros de titularidad pública». En conjunción con las normas referidas y con la desaparición del art. 116.8 LOE —que disponía futuros concursos públicos para la construcción y gestión de centros concertados— el citado epígrafe viene a confirmar la marginación de la concertada — convertida en autorizada y dejada fuera de consideración, como se ha explicado, en la programación de la enseñanza”⁶⁴

Las Comunidades Autónomas se encargan de establecer las líneas básicas del régimen de conciertos educativos para los centros privados que ofrecen enseñanza gratuita y cubren las necesidades de escolarización. El artículo 116.4 de la LOE de 2006 recoge que las CCAA dictan las normas necesarias para desarrollar el régimen de conciertos educativos en cuanto a: a) derechos y obligaciones económicas, b) duración, prórroga y extinción de estos, c) número de unidades escolares concertadas, d) rendición de cuentas, e) planes de actuación y adopción de medidas según los resultados académicos obtenidos y otras condiciones. Por otro lado, el Gobierno fija los aspectos básicos a los que deben ajustarse estos conciertos (según el apartado 3 del artículo 116 de la LOE de 2006), relacionados con el cumplimiento de los requisitos establecidos en la LODE y en las normas aplicables.

2.3.5. Cambios normativos tras la LOMLOE

En este contexto de enfrentamiento continuo respecto a la educación, una de las críticas que puede hacerse de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre⁶⁵ (LOMLOE) es que nos ha introducido en un sendero de cuestionamiento del equilibrio constituyente y de ese consenso que habíamos conseguido. Lo más significativo de la LOMLOE respecto a la regulación del concierto educativo es todo un elenco de provisiones que, según SIMÓN

⁶⁴ SIMÓN YARZA, F., “Los conciertos en la LOMLOE: ruptura de un consenso constitucional”, *Revista General de Derecho Constitucional* 35 (2021)

⁶⁵ Tercera publicada en ABC por ÁNGEL J. GÓMEZ MONTORO, «Menos libertad, menos igualdad», el 23 de diciembre de 2020.

YARZA⁶⁶, podrían llegar a producir, con el transcurso del tiempo, la extinción de la enseñanza concertada.

Respecto a las modificaciones normativas de la LOE de 2006 a través de la LOMLOE, los cambios más significativos tienen que ver con tres preceptos. El artículo 116.1 LOE recogía que, “los centros privados que ofrezcan enseñanzas declaradas gratuitas en esta Ley podrán acogerse al régimen de conciertos en los términos legalmente establecidos, sin que la elección de centro por razón de su carácter propio pueda representar para las familias, alumnos y centros un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto». Ahora, el 116.1 ha desaparecido –prohibía que la libertad de elección por el carácter del centro pudiera suponer un impedimento para recibir el concierto— y se ha modificado la redacción del 116.2, que da prioridad a los centros “que fomenten la escolarización de proximidad”.

El artículo 109.2 LOE recogía: “las Administraciones educativas programarán la oferta educativa de enseñanzas gratuitas tomando en consideración la oferta existente de centros públicos y privados concertados y la demanda social”, añadiendo después: “las Administraciones garantizarán la existencia de plazas suficientes”. A través de la LOMLOE se ha añadido que la programación de la enseñanza aludida se llevará a cabo “tomando en consideración la oferta existente en centros públicos y la autorizada en los centros privados concertados”. De este modo, el legislador está sobreponiendo la educación estatal, pública, a la iniciativa social, que deja de ser relevante para la programación de la enseñanza debido a que la decisión de autorizar no deja de ser discrecional, y no se basa en la libertad de elección de los padres –que es una de las bases del consenso que se alcanzó en 1978—.

⁶⁶ SIMÓN YARZA, F., “Los conciertos en la LOMLOE: ruptura de un consenso constitucional”, *Revista General de Derecho Constitucional* 35 (2021)

Además, se ha añadido un quinto epígrafe: “las Administraciones educativas promoverán un incremento progresivo de puestos escolares en la red de centros de titularidad pública”⁶⁷ y ha desaparecido el 116.8⁶⁸.

Cabe hacer referencia también a la inclusión en el Consejo Escolar del centro educativo concertado de “un representante del Ayuntamiento en cuyo término municipal se halle radicado el centro, en las condiciones que dispongan las Administraciones educativas” (56.1 LODE).

Un autor opina que “Sin consenso amplio, la ley nace limitada en su impacto, ya que llegará con más contestación a los centros educativos, y en su duración, ya que en cuanto la oposición vuelva al poder, tendrá la habitual tentación de derogarla. Así pues, se da la paradoja de que el país sigue avanzando legislativamente a base de mayorías ajustadas, pero no en cuanto a la elaboración de las políticas públicas más complejas y trabajadas, que requieren de consensos mucho más amplios”⁶⁹.

2.3.6. La ruptura de la complementariedad de la oferta estatal y concertada

La LOMLOE ha supuesto una ruptura con el modelo dual o mixto articulado por el constituyente, y desarrollado históricamente en sucesivas leyes educativas. Esto supone “una autentica inversión del principio de subsidiaridad” (GUARDIA HERNÁNDEZ, citado en SIMÓN YARZA, 2021)⁷⁰

⁶⁷ Art. 109.5 LOE

⁶⁸ El artículo 116.8 LOE decía que “las Administraciones educativas podrán convocar concursos públicos para la construcción y gestión de centros concertados sobre suelo público dotacional”

⁶⁹ GORTAZAR, L., “Lo bueno, lo ausente y lo malo de la nueva Ley de Educación”, *EsadeEcPol Insight* 23 (noviembre 2020)

⁷⁰ SIMÓN YARZA, F., “Los conciertos en la LOMLOE: ruptura de un consenso constitucional”, *Revista General de Derecho Constitucional* 35 (2021), p.16

El principio de subsidiaridad ha sido defendido por muchos a lo largo de la historia, especialmente por pensadores políticos. En este sentido, STUART MILL dijo que “las verdaderas razones a favor de dejar en manos de las asociaciones voluntarias todas aquellas cosas que son competentes para realizar son: el desatino de sobrecargar a los principales funcionarios del gobierno con requerimientos a su atención, y de apartarles de los deberes que únicamente ellos pueden desempeñar, para que se ocupen de objetos que pueden ser suficientemente bien logrados sin ellos; el peligro de aumentar innecesariamente el poder directo y la influencia indirecta del gobierno, y de multiplicar las ocasiones de colisión entre sus agentes y ciudadanos privados; y la inconveniencia de concentrar en una burocracia dominante toda la habilidad y experiencia en la dirección de amplios intereses y todo el poder de acción organizada que existen en la comunidad; una práctica que mantiene a los ciudadanos en una relación respecto al gobierno como la de los niños hacia sus guardianes”.

El fundamento de este principio es el “libre desarrollo de la personalidad” (FINNIS, citado en SIMÓN YARZA, 2021), lo que no implica la sustitución de la libertad sino el despliegue de esta⁷¹

En el ámbito educativo, el principio de subsidiaridad ha de llenarse de contenido mediante el 27.3 CE (libertad de los padres de elegir la educación de sus hijos) y las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Incluso algunos autores han llegado a defender con muchos argumentos la subsidiariedad del Estado respecto a los padres en el ámbito educativo.

En el caso de la educación en España, hemos pasado de una complementariedad o consenso entre el Estado y los padres a la inversión del principio de subsidiariedad de los padres en la educación de sus hijos.

⁷¹ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 2ª ed., Oxford, 2011, p. 146; y Finnis, «Subsidiarity's Roots and History: Some Observations», *American Journal of Jurisprudence*, 61, 2016, pp. 133-134. Una conceptualización puede encontrarse también en Isensee, *Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht*, cit., pp. 14 y ss.

2.4. La educación diferenciada y la Administración Pública

2.4.1. La educación diferenciada hasta la LOMLOE

La Administración autonómica juega un papel fundamental en lo que se refiere a los conciertos educativos: celebran los contratos (gestión) y transfieren las cuantías a los centros privados (ejecución), como ya expliqué al hablar del proceso de descentralización. Como se ha visto, gracias al proceso de descentralización.

Hasta ya iniciado el siglo XXI, la financiación de la educación diferenciada no ha sido un tema controvertido. Comenzó a haber comunidades autónomas que excluyeron su financiación por discriminación, y desde entonces el Tribunal Supremo ha ido dando bandazos en su posición doctrinal.

La Sentencia del Constitucional 31/2018, en su fundamento jurídico tercero, recoge: “este Tribunal ha descartado la existencia de un derecho constitucional a ser tratado de forma diferenciada, pues el artículo 14 no ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, ni tampoco un derecho a imponer diferencias de trato. En suma, no existe un derecho fundamental a la singularización normativa.”⁷² Además, en su FJ 4º recoge que: “pero ya hemos expresado que la educación diferenciada no puede ser considerada discriminatoria, siempre que se cumplan las condiciones de equiparabilidad entre los centros escolares y las enseñanzas a prestar en ellos a que se refiere la Convención de 1960, lo que en nuestro caso está fuera de toda duda, pues está garantizado el puesto escolar en todos los casos; y la programación de las enseñanzas que corresponde a los poderes públicos ex artículo 27.5 CE, así como la forma esencial de prestación de las mismas, no hacen distinción alguna entre centros mixtos, centros femeninos y centros masculinos. Si alguna diferencia de trato indebida existiera sólo sería atribuible al centro escolar en la que se produjera, y no sería imputable al modelo en sí”.

⁷² STC 31/2018, FJ 3

Sí que se establece en la LOE de 2006 el deber de los centros diferenciados de “exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad.”⁷³

2.4.2. Análisis de la LOMLOE: la nueva posición del legislador

La educación diferenciada ha sido excluida del acceso al concierto a través de la LOMLOE de 2020. Así lo refleja la Disposición Adicional 25^a de la LOE, introducido por la LOMLOE: “con el fin de favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, los centros sostenidos parcial o totalmente con fondos públicos desarrollarán el principio de la coeducación en todas las etapas educativas, de conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y no separarán al alumnado por su género”.

Además, la LOMLOE introduce la letra l) en el artículo 1 de la LOE, que establece el régimen de coeducación⁷⁴.

La anterior ley de educación incluyó en la LOE el artículo 84.3, que establece que “En ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, opinión, discapacidad, edad, enfermedad, orientación sexual o identidad de género o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

La cláusula del artículo 14 CE garantiza la igualdad y prohíbe la discriminación, pero “trato desigual” –que es lo que constituye la educación diferenciada– no es lo mismo que

⁷³ Artículo 84.3 LOE de 2006

⁷⁴ “El desarrollo de la igualdad de derechos, deberes y oportunidades, el respeto a la diversidad afectivo-sexual y familiar, el fomento de la igualdad efectiva de mujeres y hombres a través de la consideración del régimen de la coeducación de niños y niñas, la educación afectivo-sexual, adaptada al nivel madurativo, y la prevención de la violencia de género, así como el fomento del espíritu crítico y la ciudadanía activa”.

“trato discriminatorio”, como ha recalcado el TC en múltiples ocasiones⁷⁵. Lo veremos más adelante.

Lo que ha ocurrido es que el en 2021, a través de la LOMLOE, se suprimió este precepto y se estableció el principio de coeducación como un principio básico de nuestro sistema educativo. SIMÓN YARZA opina que “Este precepto [el art. 1 l)] recoge entre los principios de la educación el «régimen de la coeducación de niños y niñas». De esta suerte, la educación diferenciada quedaría normativamente denostada, con carácter general, como contraria a una recta praxis educativa”⁷⁶.

3. EL DEBATE CONSTITUCIONAL SOBRE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA

3.1. ¿Es constitucional la educación diferenciada?

La controversia en torno a la coeducación y la monoeducación o educación diferenciada por razón de sexo ha vuelto a poner de manifiesto la debilidad del consenso buscado en la elaboración del art. 27 CE. Lo que en el fondo está detrás de esta tensión actual –por la aprobación de la LOMLOE y la consagración de la coeducación como único modelo financiado públicamente— es el duelo entre enseñanza pública y privada y la cuestión de la financiación pública de la educación privada.

El TC, como veremos más adelante, como intérprete supremo de la Constitución, ha dicho en muchas ocasiones la última palabra. Si bien, cuando en 2018 parecía que había cerrado el debate –aunque con una débil mayoría—, en 2023 lo ha vuelto a abrir con una sentencia contradictoria.

⁷⁵ STC 22/1981 y 87/2009

⁷⁶ SIMÓN YARZA, F., “Los conciertos en la LOMLOE: ruptura de un consenso constitucional”, *Revista General de Derecho Constitucional* 35 (2021), pág. 24.

Señala VIDAL PRADO que “los prejuicios y estereotipos con que se aborda este debate, contaminado por algunos aspectos históricos y por la realidad que vivimos: la gran mayoría de centros docentes que hoy optan por la educación separada por sexos son centros de ideario católico. En otros países no es así (Estados Unidos, Reino Unido) y el debate, allí, es más objetivo, responde a criterios científicos, respeta el pluralismo y es mucho más favorable a la libertad de elección. En definitiva, esta menos contaminado.”⁷⁷

Sin embargo, un importante sector doctrinal se opone a la diferenciada y la denomina “educación segregada” en un sentido peyorativo. Refiriéndose a la falta de argumentario por parte de los que están a favor de la educación diferenciada, SUBIRATS afirma que “las argumentaciones son poco sólidas, lógicamente cojas. Se sustentan en donde pueden; intentan, una vez más, naturalizar las diferencias, e invocar ventajas relativas a lo que hoy puede importar a las familias, el éxito escolar”.⁷⁸

La discusión sobre la educación diferenciada y su constitucionalidad está llena de tintes ideológicos; pero en esta parte del trabajo entro a explicar y valorar los debates que la rodean según los textos normativos nacionales e internacionales, y también explicaré el desarrollo de la jurisprudencia respecto a la financiación de estos centros docentes.

3.1.1. Breve análisis conceptual: confusión actual

El TC conceptualizó hace unos años este modelo, afirmando que “la separación entre alumnos y alumnas en la admisión y organización de las enseñanzas responde a un modelo concreto para el mejor logro de los objetivos perseguidos comunes a cualquier tipo de enseñanza. Por lo tanto, se trata de un sistema meramente instrumental y de carácter pedagógico, fundado en la idea de optimizar las potencialidades propias de cada uno de los sexos.”⁷⁹ Además, lo fundamenta esto en el art. 84.3 (derogado a través de la

⁷⁷ VIDAL PRADO, C. “Educación diferenciada y Tribunal Constitucional”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 29, abril, 2019, p. 22.

⁷⁸ SUBIRATS, M., “¿Coeducación o escuela segregada? Un viejo y persistente debate”, *Revista de la Asociación de Sociología de la Educación (www.ase.es/rase)*, vol. 3, núm.1, enero 2010, p. 146

⁷⁹ STC 31/2018

LOMLOE), que impone a los centros con este modelo la exposición de las razones educativas de su elección.

No obstante, cuando cabría haber esperado que el Constitucional aclarar algo más el concepto de la educación diferenciada y su anclaje jurídico, resolvió en 2023 afirmando que “El precepto legal [la LOMLOE] que no existía en el caso de la STC 74/2018 ha sido aprobado por el legislador y es objeto de recurso, de modo que la cuestión que aquí se plantea es la conformidad o disconformidad con la Constitución de la exclusión de toda ayuda pública a la educación diferenciada por sexos. La resolución del problema constitucional suscitado debe abordarse evitando entrar a valorar las ventajas o inconvenientes de este tipo de educación desde un punto de vista pedagógico o formativo, juicio que no corresponde a este tribunal”⁸⁰

Por tanto, el Tribunal Constitucional, curiosamente, evita dar un concepto de la educación diferenciada con el argumento de que no le incumbe el punto de vista pedagógico. Pero yo me pregunto: si un modelo funciona pedagógicamente, ¿por qué no fomentarlo o darle facilidades?

3.1.2. Argumentos pedagógicos a favor de la educación diferenciada

Los detractores del modelo argumentan que está basado en la segregación o discriminación entre los sexos y que está muy anticuado. Sin embargo, ese argumento no se sostiene porque los centros de educación diferenciada proporcionan los mismos recursos, programas y planes de estudio, combaten los estereotipos y promueven la igualdad de oportunidades. Además, se ha estudiado y visto rigurosa y científicamente que este modelo proporciona unos resultados académicos y personales óptimos, tanto a niños como a niñas.

Según los defensores de la educación diferenciada, la agrupación por sexos fomenta la homogeneidad del grupo y favorece las necesidades de cada sexo, según sus ritmos de

⁸⁰ STC 34/2023

maduración, formas de aprendizaje y sensibilidades distintas de unos y otros. Argumentan que los centros mixtos perjudican a los alumnos debido a que no tienen en cuenta todas esas necesidades, llegando incluso a afirmar que la coeducación es más desigualitaria que la diferenciada porque crea ambientes sexistas dentro de los centros y las aulas⁸¹.

CALVO CHARRO, una de las mayores expertas en este tema en nuestro país, afirma que “[...] el modelo de escuela diferenciada actual parte de la idea de que no hay asignados unos roles en la sociedad, sino que cada hombre y mujer debe tener las mismas oportunidades para poder optar con entera libertad por el papel que quieran desempeñar profesional y personalmente”⁸²

Muchos estudios e investigaciones a nivel nacional e internacional demuestran sus beneficios académicos y personales. Estos reflejan, por ejemplo, una mejora del nivel académico y de la eficacia de la docencia, sobre todo en alumnos que históricamente estaban en desventaja por motivos socioeconómicos. Otra investigación realizada en 2008 en EE. UU señaló una serie de beneficios de la educación diferenciada⁸³.

Si vemos a través de diversos estudios los beneficios, por un lado, en las chicas y, por otro, en los chicos, también sobran argumentos pedagógicos para apoyar este modelo. Respecto a las chicas, hay un estudio muy interesante llevado a cabo por EE. UU (Forbes) en 2013 que refleja que de las doce mujeres más influyentes dentro del ranking de las 500 empresas más importantes de EE. UU, ocho fueron a escuelas diferenciadas, y el 25% de las mujeres diputadas también⁸⁴.

⁸¹ BAEZ SERRANO, R., *Educación diferenciada y conciertos públicos*, tesis doctoral, 2015.

⁸² CALVO CHARRO, M., “Educación diferenciada, una opción de libertad”, *Legitimidad de los colegios de un solo sexo y de su derecho a concierto en condiciones de igualdad*. Iustel, 2015, pág. 26.

⁸³ CALVO CHARRO, M., “Educación diferenciada, una opción de libertad”, *Legitimidad de los colegios de un solo sexo y de su derecho a concierto en condiciones de igualdad*. Iustel, 2015, pág. 27.

⁸⁴ *Psychology of Men and Masculinity*, Vol 4, No. 2

Además, en un colegio de solo chicas el liderazgo lo tienen que ejercer ellas, a diferencia de lo que ocurre en un colegio mixto, en los que ellas están eclipsadas por el comportamiento de ellos (suelen ser más activos, inquietos e indisciplinados) que hace que el profesorado esté más pendiente de controlarles.

En relación con los chicos, en los colegios de educación diferenciada es lo siguiente: confían en sí mismos en varios campos (académica, deportiva, profesional y socialmente), terminan con mejores resultados y tienen una menor tasa de fracaso y abandono escolar.

3.1.3. Normas internacionales y derecho comparado: La Convención de 1960 como marco general

El artículo 10.2 CE establece 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 los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.⁸⁵

Es posible que el texto internacional más citado por la jurisprudencia y la doctrina sea la Convención de 1960 relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, de la que ya he hablado cuando explicaba que el 84.3 de la LOE lo citaba: y más concretamente, su artículo 2 (también citado). En opinión de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, la interpretación que en su día se dio al artículo 84.3 redactado tras la LOMCE a la luz del artículo 2 de la Convención de 1960 no se cambió nada respecto a lo que había en 2006 en la ley, pues la Convención ya se aplicaba entonces en nuestro país. La STC 74/2018 del 5 de julio confirmó esto mismo, incluyendo la doctrina de la STC 31/2018 aplicada antes de la aprobación de la LOMCE de 2013, cuando estaba vigente únicamente la LOE de 2006.⁸⁶

⁸⁵ Art. 10.2 CE

⁸⁶ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Public funding of compulsory education...,” p.3.

Algunos consideran que el artículo 2 de la Convención de la UNESCO de 1960 remite antes a los Estados firmantes con el fin de determinar la admisibilidad de la educación diferenciada, cuando dice: “En el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1 de la presente Convención [...]”.⁸⁷ Este es uno de los argumentos utilizados por la Magistrada BALAGUER CALLEJÓN en su voto particular en contra de la mayoría que falló a favor de la educación diferenciada en 2018 (STC 31/2018).

Otro texto internacional importante es la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979, que determina que los Estados firmantes tomarán parte y tendrán que tomar las medidas con el fin de lograr “La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo, [...]”.⁸⁸

Esta disposición no excluye a la diferenciada, pues reconoce la posibilidad de otros enfoques educativos. Además, la Observación general del Comité de la ONU sobre derechos económicos, sociales y culturales, en 1999, respalda la Convención de 1960 de la UNESCO sobre la lucha contra la discriminación en la educación. Afirma que ““en algunas circunstancias, se considerará que la existencia de sistemas o instituciones de enseñanza separados para los grupos definidos por las categorías a que se refiere el párrafo 2 del artículo 2 no constituyen una violación del Pacto”.⁸⁹

En cuanto a la regulación en otros países, la mayoría no aborda específicamente el modelo educativo diferenciado. El marco legal para las instituciones educativas está determinado por su titularidad y los requisitos técnicos que deben cumplir, como señala

⁸⁷ NAVAS SANCHEZ, M.M., “¿Diferenciar o segregar? ...”, p. 482

⁸⁸ Artículo 10, c) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

⁸⁹ Observación General núm. 13 (21º periodo de sesiones, 1999), U-N Doc. E/C.12/1999/10

un autor: “la mayoría de las legislaciones ni contemplan ni pretenden regular el modelo educativo diferenciado. El régimen jurídico al cual se someten los centros educativos viene definido por la titularidad del centro y los requisitos técnicos (educativos y materiales) que éste debe cumplir.”⁹⁰

Si bien, algunos países como Estados Unidos han visto un aumento en el número de escuelas públicas diferenciadas. Esto se debe a regulaciones federales que promueven la igualdad de oportunidades entre los sexos y la libertad de elección educativa de los padres⁹¹. Por ejemplo, desde 1995 hasta 2010, Estados Unidos pasó de tener dos escuelas públicas diferenciadas a quinientas cuarenta, gracias a regulaciones establecidas en 2006. Sin embargo, algunos casos en EE. UU.⁹² han mostrado discriminación de género basada en estereotipos, como el caso *A.N.A. v. Breckinridge County Public School District*⁹³. Este caso involucró a una escuela pública diferenciada que implementó prácticas discriminatorias de género en sus aulas. Comenzaron a diferenciar los contenidos educativos según el sexo de los estudiantes, basándose en estereotipos de género. Por ejemplo, asignaban ejercicios más difíciles a los estudiantes varones en matemáticas, y permitían a los varones hablar en voz alta en clase mientras que a las mujeres no. Un juez determinó que estas acciones eran discriminatorias y ordenó a la escuela proporcionar los mismos contenidos educativos para ambos sexos.

Aunque en España no se han reportado casos similares, es importante considerar cómo se abordarían estos desafíos. En Europa, se han identificado escuelas musulmanas

⁹⁰ ARASANZ, L. “Estudio sobre la educación diferenciada en el mundo”, *El tratamiento del Género en la escuela, I Congreso Internacional sobre Educación diferenciada*, EASSE European Association Single-Sex Education, Barcelona, 2007, p. 459-460

⁹¹ CALVO CHARRO, M., “Los colegios diferenciados por sexo en Estados Unidos”, *Legitimidad de los colegios de un solo sexo y de su derecho a concierto en condiciones de igualdad*. Iustel, 2015, p. 344 y Vid, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. “El derecho a la educación en los Estados Unidos de América”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 93, 2011, p. 65-106.

⁹² Link web: www.justice.gov/ctr/case-summarie

⁹³Link web:

www.researchgate.net/publication/251190835_Legal_Issues_Surrounding_Single-Sex_Schools_in_the_US_Trends_Court_Cases_and_Conflicting_Laws

diferenciadas con ideologías salafistas que discriminan por género, lo que plantea preocupaciones. En Holanda se han identificado este tipo de colegios.^{94 95}

En este contexto, surge la pregunta sobre cómo España podría abordar la discriminación por razón de sexos en la educación. Más allá de eliminar la diferenciación en las aulas, existen otros métodos, como garantizar una supervisión educativa de calidad a través de la Alta Inspección de Educación, como se establece en la legislación española. Así lo recoge el artículo 151 e) LOE.

3.1.4. ¿Diferenciación o segregación? Posible vulneración del principio de igualdad del artículo 14 CE

El artículo 14 CE recoge que “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”.

Si bien, como señala la profesora DE LOS MOZOS TUOYA, “hay que recordar que el criterio de la jurisprudencia constitucional, como ya se ha indicado anteriormente, es que lo que el artículo 14 CE prohíbe es la distinción infundada, que es lo que constituye discriminación”.⁹⁶

⁹⁴ GARCÍA, C., “Más de 50 colegios islámicos holandeses siguen la doctrina salafista”, Consultado: 03/04/2024. Link web: <https://www.eleconomista.es/ecoaula/noticias/10184947/11/19/Mas-de-50-colegios-islamicos-holandeses-siguen-la-doctrina-salafista.html>

⁹⁵ RACHIDI, I., “El islamismo para niños que horroriza a Holanda: *Esto es la punta del iceberg*”, Consultado: 03/04/2024. Link web: https://www.elconfidencial.com/mundo/europa/2019-10-02/educacion-sexual-islamica-holanda-477_2254227/

⁹⁶ DE LOS MOZOS TOUYÁ, I. “Exigencias de la igualdad...” p. 289- 295.

Discriminar significa diferenciar indebidamente y sin causa justa y proporcionada, con efectos vejatorios para la persona o personas que sufran esa desigualdad de trato injustificada. La diferenciación se basa en una causa justa. Por tanto, no todo trato desigual vulnera el artículo 14 CE, porque no todo trato desigual es trato discriminatorio. Esta distinción entre discriminación y diferenciación la ha dado nuestro tribunal de garantías en varias ocasiones. En una de esas sentencias se argumenta que:

“El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado, en relación con el art. 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que toda desigualdad no constituye necesariamente una discriminación. El art. 14 del Convenio Europeo -declara el mencionado Tribunal en varias de sus Sentencias- no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida.”⁹⁷ (la STC 87/2009, FJ 7; la STC 39/2002, FJ; y la STC 200/2001, FJ 4 también recogen esta distinción)

La reforma educativa de 2015 a través de la LOMCE dio que hablar, debido al nuevo artículo 84.3 (del que en la actual ley solo se conserva el primer párrafo), ya que este establece:

“En ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, opinión, discapacidad, edad, enfermedad, orientación sexual o identidad de género o cualquier otra condición o circunstancia personal o social

No constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciadas por sexos, siempre que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera

⁹⁷ STC 22/1981

de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960.

En ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto. A estos efectos, los centros deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad.”

En lo que nos importa aquí, el precepto hace referencia a la prohibición de discriminación por razón del sexo en la admisión de los alumnos en centros públicos y privados concertados. Lo primero que uno puede pensar es que la educación diferenciada es discriminatoria porque separa los sexos. El anterior artículo 84.3 (el citado aquí), en su segundo párrafo, aclaraba (como se lee) el primer párrafo basándose en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza aprobada por la UNESCO el 14 de diciembre de 1960, que recoge lo siguiente en su letra a):

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

a) La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes”.⁹⁸

⁹⁸ Art.2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza aprobada el 14 de diciembre por la Conferencia General de la UNESCO

Conforme a esas sentencias del Tribunal Constitucional y la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra la discriminación en la enseñanza, claramente se refleja una distinción entre la discriminación o segregación y la diferenciación. Para mayor detalle y concreción, el artículo 1 de la Convención entiende por discriminación toda “distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza”⁹⁹; en una palabra, entiende por discriminación el trato desigual que persigue o genera segregación.

Del artículo 2 de la Convención de la UNESCO de 1960 se desprende que se permite diferenciar por razón del sexo en la admisión y en la organización del centro docente, pero no diferenciar en los contenidos, fines ni en la calidad de los medios.

Como ya he señalado, la interpretación que daba la doctrina del Constitucional hasta 2018 es que la educación diferenciada no supone un motivo de discriminación, y que en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, resulta más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación”¹⁰⁰. Por tanto, los colegios tienen la carga de motivar las razones por las que optan a ese modelo diferenciado. Con ello, se pretende proteger el artículo 14 CE.

Además, el artículo 9.2 CE señala que a los poderes públicos es a quienes les corresponde “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 impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”. En ocasiones, hay quienes han puesto en duda que los poderes públicos hayan cumplido con este precepto constitucional; sin embargo, el Constitucional (también en la STC 31/2018) ha recalcado que la diferenciada no va en sí misma contra la obligación de los poderes públicos del 9.2 CE, sino que “dado que no

⁹⁹ Art.1 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza aprobada el 14 de diciembre por la Conferencia General de la UNESCO

¹⁰⁰ STC 31/2018, FJ 4

existe ningún elemento que conduzca a imputar a la educación diferenciada una incapacidad estructural para el logro de los objetivos educativos marcados constitucionalmente, lo determinante será el análisis de cada centro particular”.¹⁰¹

Esta distinción entre discriminación o trato discriminatorio y diferenciación o trato desigual ha quedado nublada por la penúltima sentencia del Constitucional en materia educativa (STC 34/2023), que fundamenta su decisión de fallar dando por buena la exclusión de los centros de educación diferenciada del régimen de conciertos mediante la siguiente argumentación: “[esta decisión] responde a una concepción ideológica del sistema educativo que, no solo no puede ser tachada de arbitraria, sino que, además, está inspirada en valores constitucionales”¹⁰²

3.1.5. ¿Adoctrinamiento en las aulas? Ideario educativo constitucional.

Además de los argumentos pedagógicos y los relacionados con el artículo 14 de la Constitución Española, hay un tercer aspecto crucial en el debate sobre la constitucionalidad de la educación diferenciada: el ámbito protegido por el artículo 27.6 de la Constitución, que se refiere a la libertad de creación de centros educativos y el derecho a dotarlos de un ideario propio. Este es el tercer argumento que el Tribunal Constitucional usa para rechazar la inconstitucionalidad de la educación diferenciada. Sin embargo, respecto a este punto, el Tribunal cambia su postura en el mismo año. En la Sentencia 31/2018, argumenta que la protección constitucional de la educación diferenciada se basa en la libertad de creación de centros educativos y la dotación de un ideario propio, y no en el artículo 27.3, que trata del derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación religiosa y moral acorde con sus convicciones. No obstante, en poco más de dos meses, el Tribunal ampara a unos padres del colegio Torrevelo, en Cantabria, al considerar que la decisión de la Consejería de Educación y del Gobierno de Cantabria de no renovar el concierto al colegio debido a la diferenciación de sexos lesionó, entre otros, el derecho a elegir la educación religiosa y moral más acorde con sus propias convicciones, como establece el artículo 27.3 de la Constitución.

¹⁰¹ STC 31/2018, FJ 4

¹⁰² STC 34/2023, FJ 5

Lo que dicen las sentencias, respectivamente, es lo siguiente:

“Si se tratara de una determinada concepción de la vida o cosmovisión con un contenido filosófico, moral o ideológico, ello situaría el análisis constitucional de la impugnación en la perspectiva del derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones (artículo 27.3 CE), con el contenido y los límites que le son inherentes. Pero la separación entre alumnos y alumnas en la admisión y organización de las enseñanzas responde a un modelo concreto para el mejor logro de los objetivos perseguidos comunes a cualquier tipo de enseñanza. Por lo tanto, se trata de un sistema meramente instrumental y de carácter pedagógico, fundado en la idea de optimizar las potencialidades propias de cada uno de los sexos. Así se desprende del artículo 84.3 LOE, que impone a los centros que opten por ese modelo la obligación de exponer las razones educativas de la elección de dicho sistema, lo que excluye de principio que la implantación del modelo pueda responder a otro tipo de motivaciones ajenas a las educativas”.¹⁰³

“En realidad, esta conversión o ampliación del artículo 27.3 CE es el argumento que permite a la mayoría apreciar una lesión de derechos fundamentales donde solo hay una legítima opción del legislador a la hora de configurar el modelo de financiación de los centros educativos privados”.¹⁰⁴

En el fondo, la primera de las sentencias sostiene que la educación diferenciada se basa en razones únicamente educativas y pedagógicas, mientras que la segunda sentencia afirma que es el argumento que determina la lesión de los derechos fundamentales de los padres. Es interesante que la STC 74/2018 cita mucho a la STC 31/2018, que para argumentar el anclaje de la diferenciada en el 27.6 y no en el 27.3, en el fondo, conecta ambos preceptos. Por tanto, desde mi punto de vista ambas sentencias no es que sean una contradicción como podrían serlo estas dos con la STC 34/2023, sino que se distinguen por la argumentación de un fundamento jurídico relacionado con un precepto

¹⁰³ STC 31/2018, FJ 4

¹⁰⁴ STC 74/2018, FJ 4

constitucional. Pero ambas confirman la constitucionalidad de la educación diferenciada.

Aquí interesa entrar de lleno en la cuestión de si la educación diferenciada supera los límites a la libertad de creación de centros docentes y al derecho a dotarlos de un ideario educativo; estos límites reposan en otros preceptos constitucionales: principios, derechos, fines. En concreto, el Constitucional afirmó en 2018 que “resulta claro que el carácter propio no sería aceptable si tiene un contenido incompatible por sí mismo con los derechos fundamentales o si, sin vulnerarlos frontalmente, incumple la obligación derivada del artículo 27.2 de la Constitución, de que la educación prestada en el centro tenga 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 en su concreta plasmación constitucional, pues estos han de inspirar cualquier modelo educativo, público o privado”.¹⁰⁵ Aparte de este inciso, el Pleno no va a avanzar más a través del 27.2, sino que considera que el que hay que analizar como límite es el art.14 CE sobre la igualdad ante la ley y el derecho a la no discriminación (visto en el punto anterior).

Es interesante señalar lo que argumentó en la STC 31/2018 el magistrado VALDÉS DAL-RÉ en su voto particular (al que se adhiere el magistrado CONDE-PUMPIDO TOURÓN): “Desde una perspectiva constitucional, que es la única en la que importa aquí reparar, el debido test al que ha de someterse y, por consiguiente, superar el ideario de todo centro escolar, incluida la técnica pedagógica adoptada, no consiste en discernir si con dicho ideario se obtienen buenos, mediocres o malos rendimientos académicos sino, y ello es bien diferente, si el resultado educativo se mantiene en o se separa del marco del ideario constitucional. (...) ¿la educación diferenciada por sexo es acorde con el ideario constitucional o, por el contrario, pugna con él?”.¹⁰⁶

Algunos de los votos particulares y opiniones discrepantes en la doctrina a raíz de las sentencias de 2018 argumentan que la educación diferenciada podría implicar un adoctrinamiento.

¹⁰⁵ STC 31/2018, FJ 4

¹⁰⁶ STC 31/2018, Voto particular CONDE-PUMPIDO

En cuanto al cambio de opinión, BAÉZ SERRANO y VIDAL PARDO hablan de que esto sería difícil de conciliar con la doctrina establecida por el TEDH en relación con el artículo 2 del Protocolo número 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuando establece que “los padres pueden exigir del Estado el respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas”. El TEDH se refiere a las convicciones filosóficas diciendo que son “merecedoras de respeto en una sociedad democrática [...], que no son incompatibles con la dignidad humana y, además, no se oponen al derecho fundamental del niño a la instrucción prevaleciendo la primera frase del artículo 2 sobre todo el precepto” ^{107 108}.

3.2. La educación diferenciada y su financiación: doctrina del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo

3.2.1. Antecedentes jurisprudenciales

El modelo de educación diferenciada tuvo un gran respaldo jurisdiccional y los tribunales no apreciaron que su financiación pública sin sobrellevar cargas administrativas para desarrollar su ideario fuera un obstáculo¹⁰⁹. En 2008 se produjo un cambio jurisprudencial.

Es cierto que unos años antes, el legislador había comenzado a no ser tan claro respecto al modelo. De manera algo confusa, la LOE de 2006 declaró discriminatoria la admisión de alumnos por sexos –es decir, la educación diferenciada–, lo que tuvo que clarificar la LOMCE más tarde incidiendo en la no discriminación de la educación diferenciada.

¹⁰⁷ STEDH, *Caso Campbell y Consans contra Reino Unido*, de 25 de febrero de 1982, núm. 36 y núm. 40.

¹⁰⁸ VIDAL PRADO, C. “Educación diferenciada...”, p. 15, y BAÉZ SERRANO, R. “Hacia la consolidación de la educación diferenciada...”, p. 260.

¹⁰⁹ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A., “Régimen jurídico de la educación diferenciada en España”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 31 (2013), pág.11.

Una sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de diciembre declaró la legitimidad y posibilidad de la escuela diferenciada para acceder al concierto educativo del mismo modo que lo podía hacer un centro mixto. El Tribunal Supremo confirmó en casación el contenido de dicha sentencia en la sentencia de 26 de junio de 2006¹¹⁰. El Supremo argumentó que no era discriminatoria por ser parte del derecho de los titulares de una institución educativa definir su carácter propio, y del derecho de los padres a elegir el centro donde escolarizar a sus hijos:

“Que la enseñanza obligatoria que se imparte en los centros públicos sea mixta no significa que deba serlo también en todos los centros educativos. Se trata de una opción que no puede ser impuesta. Especialmente, cuando la Constitución reconoce a los padres el derecho de 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”.

El TSJ de Castilla La Mancha¹¹¹ fue más allá, sosteniendo que no es discriminatoria y, además, que el establecimiento del modelo de educación diferenciada, en sí mismo, es parte del ideario o carácter propio del centro, encuadrándose dentro del derecho fundamental del art. 27.6 de la Constitución.

3.2.2. Cambio jurisprudencial de 2008 y vuelta al régimen de conciertos

Pese a todo, en 2008 el Alto Tribunal acabó anulando parcialmente las sentencias del TSJ de Castilla-La Mancha¹¹². Por un lado, argumentó que la educación diferenciada no

¹¹⁰ STS, Sala tercera, de 26 de junio de 2006, recurso de casación n. 3356/2000, FJ octavo.

¹¹¹ STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, n. 533 de 10 de noviembre de 2004, recurso contencioso-administrativo n. 151/2004, FJ undécimo; y FJ sexto de la STSJ de la sentencia de 17 de noviembre de 2004.

¹¹² STS, Sala tercera, de 16 de abril de 2008, recurso de casación n. 675/2005, FJ noveno *in initio*, que anula la STSJ de Castilla La Mancha de 17 de noviembre de 2004. STS, Sala tercera, 11 de julio de 2008, recurso de casación n. 689/2005, FJ primero, que anula la STSJ 533/2004.

es discriminatoria y, por otro, mantuvo la negativa a que estos centros reciban financiación pública basándose en dos tesis principales. En primer lugar, que el establecimiento del centro no es el núcleo del derecho a crear y dirigir centros docentes del 27.6 CE; y, en segundo lugar, que la Administración puede exigir que la enseñanza sea mixta por su facultad de intervenir en el control del funcionamiento de los centros sostenidos con fondos públicos.

No resulta sencillo seguir la argumentación del Tribunal Supremo en el momento de denegar los conciertos educativos a los centros diferenciados. Por una parte, afirma constantemente la licitud del modelo y, por otro lado, establece el control de los poderes públicos cuanto está en juego su financiación como elemento condición para recibir la ayuda económica. Si entiende que la educación diferenciada es una opción legítima, no se comprende por qué la necesidad de que la Administración, arbitrariamente, decida sobre la concesión del concierto educativo a estos centros. Más adelante (en las sentencias de 2012), el Supremo vuelve a caer en la misma incongruencia.

En definitiva, en palabras del profesor GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, podría concluirse que la supresión del modelo diferenciado es prácticamente la contraprestación o el precio que ha de pagarse para recibir financiación pública.¹¹³

Tras estas dos sentencias del Supremo, la jurisprudencia volvió a la línea que se seguía, que avala el modelo de educación diferenciada y su posibilidad de obtener financiación pública.

A lo largo de 2011 el Supremo retomó el rumbo que había seguido hasta 2008, reconociendo la trascendencia de la educación diferenciada. En 2011 indicó en varias ocasiones que establecer el requisito de la educación mixta a cambio del concierto supondría una transformación esencial en la identidad del centro, con efectos negativos

¹¹³ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A., “Régimen jurídico de la educación diferenciada en España”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 31 (2013), pág.15.

para el colegio, para los padres y para las matriculaciones, incluso haciendo salir del centro a los niños o niñas que ya estaban en el colegio cuando era diferenciado.¹¹⁴

3.2.3. Sentencias de 2012

No se ha visto solo el Tribunal Supremo en estos pronunciamientos, pues a lo largo de 2012 muchos Tribunales Superiores de Justicia tampoco apreciaron que del artículo 84.3 LOE se desprendiera la prohibición de la financiación pública a los centros de educación diferenciada. Lo más que podría suponerse, en virtud de la LOE, es un intento de favorecer la enseñanza mixta y otorgarle prioridad o preferencia a la firma de conciertos, lo que de ninguna manera supone rechazar la diferenciada.¹¹⁵

Opina el catedrático emérito MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ que, si una opción es legítima y afecta al ejercicio de derechos fundamentales, nada debería impedir que los centros con enseñanza diferenciada soliciten un concierto en igualdad de condiciones que los mixtos. No es, pues, legítimo, imponer como contrapartida a la financiación pública la imposición del régimen de educación mixta o coeducación.¹¹⁶

¹¹⁴ SSTs de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, FFJJ segundos: 1026/2010 de 5 de enero de 2011, 3832/2010 de 5 de abril de 2011, 1124/2010 de 12 de abril de 2011. FFJJ segundos de las siguientes SSTs de Sala de lo Contencioso-Administrativo: de 19 de enero de 2011, recurso de casación n. 1026/2010; de 5 de abril de 2011, recurso de casación n. 3832/2010; de 12 de abril de 2011, recurso de casación n. 1124/2010; de 14 de abril de 2011, recursos de casación nn. 3737/2010 y 3967/2010; 20 de abril de 2011, recurso de casación n. 3113/2010; 25 de abril de 2011, recurso de casación n. 3866/2010; 11 de julio de 2011, recurso de casación n. 5219/2010. FJ tercero de la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 18 de julio de 2011, recurso de casación n. 2019/2010.

¹¹⁵ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A., “Régimen jurídico de la educación diferenciada en España”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 31 (2013), págs.19-20.

¹¹⁶ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Legitimidad de los colegios concertados especializados...”, p.1816

Salvo la jurisprudencia de 2008, el Supremo declaró legítima esta opción educativa y su posibilidad de acceso al concierto en condiciones de igualdad que la mixta. Sin embargo, en julio de 2012¹¹⁷ llevó a cabo un cambio brusco en su doctrina. Además de denegar el acceso al concierto educativo, por primera vez, declara discriminatoria la educación diferenciada. Los criterios en los que se basó fueron los siguientes:

La educación diferenciada supone una discriminación, en primer lugar, por razón de sexo, en base al artículo 84.3 LOE. Sin embargo, no entra a explicar por qué la educación diferenciada es discriminatoria por esta razón¹¹⁸. Entonces, si el Supremo tenía tan clara esta discriminación, ¿por qué no lo declaró así anteriormente en base al artículo 14 CE? Con eso habría sido más que suficiente.

Lo paradójico aquí es que varias de estas sentencias, a la vez que declarar una opción legítima la educación diferenciada, la declaran discriminatoria.¹¹⁹ El Supremo vuelve a hacer lo mismo que en la sentencia de 2008, recogiendo la siguiente incongruencia: “si bien se reconoce la legitimidad del sistema docente de educación diferenciada por sexos, se excluye a esos centros de la posibilidad de concertar con la Administración competente su sostenimiento con fondos públicos”¹²⁰

¹¹⁷ SSTs, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de julio de 2012, recurso de casación n. 4591/2011, y de 24 de julio de 2012, recurso de casación n. 5423/2011.

¹¹⁸ STS 24 de julio de 2012, recurso de casación n. 5423/2011, FJ 4º: “Pero, es obvio, que, previamente, el artículo 84 de la Ley 2/2.006 que expresamente se refiere a “la admisión de alumnos” ha excluido de la posibilidad de concertación a los centros de educación diferenciada por sexos, al prohibir en su número 3 la discriminación por sexo en la admisión de alumnos, existencia de discriminación que es previa al cumplimiento del resto de las condiciones que se exigen para lograr la suscripción del concierto”.

¹¹⁹ SSTs, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 23 de julio de 2012, recurso de casación n. 4591/2011, FJ cuarto; de 24 de julio de 2012, recurso de casación n. 5423/2011, FJ sexto. STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo de 9 de octubre de 2012, recurso de casación n. 5182/2011, FJ tercero.

¹²⁰ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de julio de 2012, recurso de casación n. 5423/2011, FJ tercero.

En la línea de lo que el Supremo argumentó en 2008, estas sentencias insisten en que los actos administrativos que impiden el acceso al concierto no son una lesión del derecho de los titulares a la creación de centros con ideario o carácter propio, ni tampoco del artículo 27.9 CE. Por tanto, en base al artículo 84.3 LOE y la incongruencia con afirmar que es una opción legítima, considera que no cumplen los requisitos para recibir financiación pública.

Considera el Tribunal, además, que la denegación del concierto educativo a los centros no perturba la libertad de los padres a elegir el centro que quieran, ya que pueden seguir haciéndolo¹²¹. Esto es cierto, pero claro que lo perturba, porque el acceso de muchas familias –especialmente en algunas ciudades o barrios– a este tipo de centros será muy difícil.

Es muy loable y democrático establecer la prohibición del concierto educativo o la financiación pública por discriminación por razón de sexo, sin embargo, no parece justo prohibir la financiación pública con el único fundamento de un artículo¹²² (el 84.3 LOE) y, sobre todo, cuando en la gran mayoría de ocasiones –incluso en las que se prohíbe el concierto o se declara la educación diferenciada discriminatoria– el propio Tribunal (Supremo) ha declarado legítima esta opción. Entonces, ¿dónde está la congruencia y la fundamentación de la discriminación? ¿No sería preferible ir caso a caso o que los poderes públicos tuvieran más control, antes de zanjar la cuestión de manera tan tajante? Son muchas las familias afectadas que lo único que buscan es una educación de acuerdo con sus convicciones, en la que –pienso–, si supiera que realmente hubiera discriminación por razón del sexo, gran parte de esas familias probablemente se saldrían del colegio.

¹²¹ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de julio de 2012, recurso de casación n. 5423/2011, FJ cuarto: “Y esa imposibilidad de obtener conciertos esos centros docentes que optan por la educación separada por sexos tampoco perturba ningún derecho constitucional de los padres que conservan el derecho de libre elección de centro y el de los titulares de la creación de centros con ideario o carácter propio, y sin que se vulnere el número 9 del artículo 27 de la Constitución porque determinados centros no puedan acceder al concierto si no reúnen los requisitos que la Ley establece”.

¹²² *Ver cita 117*

Como dice GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “Ver en estos casos discriminaciones por razón de sexo –cuando el propio Tribunal Supremo indica que es legítima– e impedir en consecuencia la financiación pública de estos centros es un modo muy limitado de entender la pluralidad y la libertad”.¹²³

3.2.4. Sentencias del Constitucional de 2018 a raíz de la LOMCE de 2015

Tras unos años de sequía de cambios doctrinales en la jurisprudencia, a raíz de un recurso de 50 diputados del Grupo Socialista contra la LOMCE, el Constitucional dictó sentencia en favor de la educación diferenciada y su financiación. En esta ocasión, con la nueva ley en la mano, se veía complicado que no la declarara constitucional y no discriminatoria por razón del sexo, debido a que la LOMCE añadió un nuevo inciso en el artículo 84.3 de la ley de educación que aclaraba esta cuestión, con el límite en el artículo 2 de la Convención de la UNESCO de 1960 (de todo esto ya profundicé más arriba).

La sentencia del Tribunal Constitucional 31/2018 (también tratada en este trabajo) recoge que “La educación diferenciada sería discriminatoria sólo si partiera de que un sexo es inferior al otro, pero su base pedagógica radica únicamente en una posible distinta psicología que se traduce en fases de maduración distintas en uno y otro sexo, como muestra el Informe Pisa sobre repetición de cursos y tasas de abandono escolar en los años 2009 a 2012”.¹²⁴ A diferencia de lo que hizo el Supremo en 2012, el Constitucional sí argumenta por qué la educación diferenciada no es discriminatoria, y lo hace con base en argumentos pedagógicos.

Se podría decir que el tema queda resuelto. En las dos sentencias de 2018, la 31/2018, de 10 de abril, y la 74/2018, de 5 de julio, el Tribunal Constitucional, fundamentalmente, sostuvo tres argumentos.

¹²³ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A., “Régimen jurídico de la educación diferenciada en España”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 31 (2013), pág. 26.

¹²⁴ STC 31/2018, de 10 de abril, FJ 5º

El primero, la no discriminación por la Constitución de los centros de educación diferenciada, en base a la equivalencia en el acceso, y siempre y cuando cumplan con el artículo 2 de la Convención de 1960. Lo recoge así una de las sentencias:

“La mera lectura de ese precepto permite apreciar que lo relevante a los efectos de analizar una posible discriminación de la educación diferenciada por sexos es la equivalencia en el acceso de los alumnos y alumnas a la enseñanza, en las condiciones de prestación y en los contenidos docentes. Por el contrario, no es determinante en sí mismo, a tales efectos, si el modelo pedagógico es de coeducación o de educación diferenciada por sexos, siempre que esté garantizada aquella equivalencia. De esta forma, en los términos de la Convención, la educación diferenciada por sexos no es discriminatoria, como tampoco lo es la educación separada por motivos lingüísticos o religiosos o en centros privados, siempre que se cumplan las condiciones previstas en ese texto internacional”¹²⁵.

El segundo de sus argumentos es el de la constitucionalidad de la recepción por estos centros de financiación pública a través de los conciertos educativos. La misma sentencia citada hace un momento lo recoge de esta forma:

“En desarrollo de esa doctrina, el artículo 116 LOE, no impugnado por los recurrentes, establece que «los centros privados que ofrezcan enseñanzas declaradas gratuitas en esta Ley y satisfagan necesidades de escolarización, en el marco de lo dispuesto en los artículos 108 y 109, podrán acogerse al régimen de conciertos en los términos legalmente establecidos, sin que la elección de centro por razón de su carácter propio pueda representar para las familias, alumnos y alumnas y centros un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto”¹²⁶.

¹²⁵ STC 31/2018, de 10 de abril, FJ 4º

¹²⁶ STC 31/2018, de 10 de abril, FJ 4º

En tercer lugar, el Tribunal Constitucional argumenta la imposibilidad de exclusión de los centros de educación diferenciada del sistema de conciertos por la única razón de que sean de educación diferenciada.¹²⁷

“En consecuencia, y dado que las ayudas públicas previstas en el artículo 27.9 CE han de ser configuradas «en el respeto al principio de igualdad» (STC 86/1985, FJ 3), sin que quepa justificar un diferente tratamiento entre ambos modelos pedagógicos, en orden a su percepción, la conclusión a la que ha de llegarse es la de que los centros de educación diferenciada podrán acceder al sistema de financiación pública en condiciones de igualdad con el resto de los centros educativos; dicho acceso vendrá condicionado por el cumplimiento de los criterios o requisitos que se establezcan en la legislación ordinaria, pero sin que el carácter del centro como centro de educación diferenciada pueda alzarse en obstáculo para dicho acceso.¹²⁸”

Si bien, el tema no estaba en aquellos momentos nada resuelto. El fallo de la sentencia 31/2018 contó con cuatro votos particulares discrepantes –frente a nueve—. Esto dejaba la puerta abierta a la posible distinción en materia de financiación. BÁEZ SERRANO, en una entrevista, afirma que “la libertad de elección es lo único que se pide en estos casos”.¹²⁹ El fallo provocó reacciones ácidas por parte de algunos medios, que comenzaron a hablar en masa de “educación segregada”, con el fin de minusvalorar y dañar la imagen social de este tipo de educación (ejemplo de ello es una noticia de “*El*

¹²⁷ RODRÍGUEZ BLANCO, M., “Educación diferenciada y Constitución: reflexiones jurídicas ante un debate ideológico”, 9 de diciembre de 2022, *Nueva Revista*, <https://www.nuevarevista.net/educacion-diferenciada-y-constitucion-reflexiones-juridicas-ante-un-debate-ideologico/> [Consulta: 9 abr. 2024].

¹²⁸ STC 31/2018, de 10 de abril, FJ 4º

¹²⁹ LUQUE, L., “Ni segregación en el aula, ni residuo del franquismo”, 4 de junio de 2018, *Acepresa*, <https://www.acepresa.com/educacion/ni-segregacion-en-el-aula-ni-residuo-del-franquismo/> [Consulta: 9 abr. 2024].

País titulada «El Constitucional sentencia que la educación segregada por sexos “no causa discriminación”»¹³⁰⁾

El magistrado VALDÉS DAL-RE, en su voto particular –al que se adhirió CONDE-PUMPIDO TOURÓN–, habla de “educación segregada” y argumenta que esta no cumple con el principio de igualdad y no se comprende que se puedan desarrollar los fines y principios de la educación, “al segregar físicamente por sexos”¹³¹.

“Siendo la igualdad sustantiva un elemento definidor de la misma noción de ciudadanía (STC 12/2008, FJ 5), solo la educación mixta proporciona los cimientos de convivencia entre iguales que posibilita el cumplimiento del ideario educativo de la Constitución, como condición necesaria, aunque desde luego no suficiente para garantizar una educación que responda al valor constitucional de la igualdad. El presupuesto sobre el que ha de enjuiciarse cualquier decisión política es la igualdad radical del hombre y la mujer. Si este presupuesto implica que una representación integradora de ambos sexos es irrenunciable para el gobierno de una sociedad, necesariamente así compuesta (STC 12/2008, FJ 7), esa igualdad radical exige también de modo irrenunciable, para observar y cumplir con la primera finalidad de la educación consagrada por el artículo 27.2 CE, una escuela que no segregue por razón de género”¹³².

¹³⁰ «El Constitucional sentencia que la educación segregada por sexos “no causa discriminación”», 19 de abril de 2018, *El País*

https://elpais.com/politica/2018/04/19/actualidad/1524161473_727594.html

[consultado el 12 de junio]

¹³¹ Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1406-2014 al que se adhiere el Magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón, FJ 4º

¹³² Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1406-2014 al que se adhiere el Magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón, FJ 3º

Por otra parte, refiriéndose a la financiación pública de los centros privados de educación diferenciada, la magistrada BALAGUER CALLEJÓN, en su voto particular discrepante, afirma:

“Así pues, ni la libertad de creación de centros docentes ni el derecho de todos a la educación incluyen un derecho incondicionado a la financiación pública de los centros privados”¹³³.

3.2.5. Sentencia de 2023

A raíz de la LOMLOE de 2020, el Grupo Parlamentario VOX presentó un recurso de inconstitucionalidad contra la totalidad de la norma, y bastante velozmente el Constitucional ha dictado sentencia recientemente. Esta sentencia viene a cubrir y confirmar el hueco que estaba abierto a raíz de la sentencia 31/2018, donde cuatro de los Magistrados emitieron un voto particular discrepante, ya que –en resumidas cuentas– consideraban que la educación diferenciada sí era discriminatoria y, por ello, no debía tener acceso al concierto educativo.

El contexto de esta sentencia es bien distinto pues la LOMLOE, por primera vez en la historia de nuestras leyes educativas, estableció hace cuatro años el modelo de la coeducación como modelo base y pilar de nuestro sistema educativo (artículo 1.1 l LOE), y respecto a la financiación pública, en su Disposición Adicional 25ª (introducida por la LOMLOE), recoge que “con el fin de favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, los centros sostenidos parcial o totalmente con fondos públicos desarrollarán el principio de la coeducación en todas las etapas educativas, de conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y no separarán al alumnado por su género”.

Este nuevo fallo contradice la doctrina jurisprudencial reciente del Constitucional, aunque no declara directamente la inconstitucionalidad de la educación diferenciada. Es

¹³³ Voto particular que formula la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1406-2014, FJ 3º (punto 1.3)

cierto que va en la línea de la sentencia de 2008 y las sentencias de 2012. Por un lado, la sentencia declara que de la Constitución deriva un modelo educativo pluralista, lo que no quiere decir –afirma– que “todos los modelos educativos hayan de recibir ayudas”.¹³⁴ Se basa para afirmar esto último en la STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 11, que recoge que no puede aceptarse que del art. 27.9 CE “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 CE puede significar que esa ayuda se realice teniendo en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales”. También lo fundamenta hablando de “la libertad de configuración del legislador”.

Esta es la fundamentación del fallo resumida en un solo párrafo: la inspiración en valores constitucionales:

“Las consideraciones expuestas determinan que la diferencia de trato que establece el apartado primero de la disposición adicional vigesimoquinta de la LOE entre los centros educativos que separen al alumnado por razón de su género, a efectos de poder ser financiados total o parcialmente con fondos públicos, responde a una concepción ideológica del sistema educativo que, no solo no puede ser tachada de arbitraria, sino que, además, está inspirada en valores constitucionales”¹³⁵.

Los magistrados Enrique Arnaldo, Concepción Espejel, César Tolosa y Ricardo Enríquez (cuatro discrepantes frente a seis), realizaron votos particulares discrepantes. Primero, argumentan que debió declararse inconstitucional la prohibición de concertar educación diferenciada por sexos, ya que de otra manera se vulnera el contenido esencial del artículo 27.9 de la Constitución, que establece que “los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca”.

“La segunda parte de nuestra discrepancia se refiere a la desestimación del recurso contra el apartado 1 de la disposición adicional vigesimoquinta de la LOE, que prohíbe concertar centros o unidades de educación

¹³⁴ STC 34/2023, de 18 de abril de 2023, FJ 5º

¹³⁵ STC 34/2023, de 18 de abril de 2023, FJ 5º

diferenciada por sexos. La sentencia desestima el recurso contra esta prohibición porque considera que el artículo 27.9 CE no otorga un derecho constitucional a las ayudas (apoyándose en las SSTC 7/1985, FJ 11, y 86/1985, FJ 3) y porque la diferenciación entre centros segregados y no segregados supera el canon de «la razonabilidad de la diferencia normativa de trato» que impone el artículo 14 de la Constitución [fundamento jurídico 5 g), h) e i)]. No podemos compartir esta línea de razonamiento, que vacía de contenido el artículo 27.9 CE”.¹³⁶

Añaden que el principio de pluralismo se ve afectado cuando el legislador excluye completamente de las ayudas constitucionalmente impuestas a modelos educativos permitidos por la Constitución, como la educación diferenciada por sexos. Además, destacan que no hacerlo así implica violar el derecho de las minorías a recibir ciertas "ayudas" para que su derecho a elegir un modelo educativo alternativo sea "real y efectivo", como lo estipula la Constitución.¹³⁷

“Pues bien, ¿cómo podrán esas familias de menos recursos escoger a partir de ahora el modelo de educación segregada que es perfectamente constitucional según nuestra doctrina anterior correctamente citada por la mayoría? ¿Y cómo se protege el pluralismo educativo si se admite el derecho de la mayoría a privar de toda ayuda a los modelos educativos que, aun constitucionales, considera malos o inconvenientes? Estas preguntas carecerían de todo sentido en un ordenamiento que no contuviera el mandato constitucional del artículo 27.9 CE. La respuesta sería obvia: la decisión de no ayudar a un determinado modelo educativo pertenece al margen de discrecionalidad del legislador. Pero nuestra Constitución

¹³⁶ Voto particular que formulan los magistrados don Ricardo Enríquez Sancho, don Enrique Arnaldo Alcubilla, doña Concepción Espejel Jorquera y don César Tolosa Tribiño a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad número 1760-2021, FJ 4º

¹³⁷ BRUNET, J.M., “El Constitucional avala que se nieguen las subvenciones a los centros que segreguen por sexo”, 18 de abril de 2023, *El País*, https://elpais.com/educacion/2020-12-04/un-futuro-incierto-para-los-colegios-que-segregan-por-sexo.html#?rel=mas_sumario [Consulta: 9 abr. 2024].

contiene aquel mandato, y por eso la respuesta que dan nuestros compañeros a esas preguntas no nos parece satisfactoria”¹³⁸.

4. CONCLUSIÓN

El análisis del encaje jurídico-constitucional de la educación diferenciada en España ha puesto de manifiesto la complejidad y la diversidad de puntos de vista que rodean a este modelo educativo. A lo largo de este estudio, se ha examinado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, las normativas nacionales e internacionales, y los argumentos pedagógicos a favor y en contra de la educación diferenciada. Se ha evidenciado que, si bien existen posturas encontradas en torno a este tema, es fundamental considerar tanto los principios de igualdad y no discriminación como la libertad de enseñanza y elección educativa de las familias, es decir, es fundamental saber interpretar el artículo 27 CE.

Con todo, es importante destacar el fundamental papel que tiene la Administración en el sistema educativo en España. Gracias al proceso de descentralización hacia las Comunidades Autónomas, estas tienen un papel decisivo clave en la concesión de los conciertos en nuestro país.

La educación diferenciada, cuando se implementa respetando los derechos fundamentales y promoviendo la igualdad de oportunidades, puede ser una opción válida en el sistema educativo español. Los resultados académicos y personales óptimos obtenidos por los alumnos que cursan estudios en centros de educación diferenciada son un aspecto para tener en cuenta al evaluar la eficacia de este modelo. Asimismo, la jurisprudencia y la normativa internacional han influido en la interpretación y aplicación de la legislación nacional en materia educativa, destacando la importancia de garantizar

¹³⁸ Voto particular que formulan los magistrados don Ricardo Enríquez Sancho, don Enrique Arnaldo Alcubilla, doña Concepción Espejel Jorquera y don César Tolosa Tribiño a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad número 1760-2021, FJ 7º

la coherencia con los estándares internacionales de derechos humanos y, más en concreto, con la Convención de la UNESCO de 1960.

Aunque en 2018 parecía que el Tribunal Constitucional daba un giro con respecto a su línea jurisprudencial y equiparaba la educación pública con la educación concertada en relación con el derecho a la financiación pública, hace poco más de un año el Constitucional sentenció contra lo dicho en 2018. No declara directamente la inconstitucionalidad de la educación diferenciada, pero sí avala la obligación de ser un centro basado en el principio de coeducación para tener derecho al concierto. Así las cosas, la educación diferenciada ya no entra dentro de los modelos a los que la Administración puede ayudar conforme al artículo 27.9 CE, porque el legislador lo ha prohibido y el Tribunal Constitucional lo ha avalado en base a “valores constitucionales”.

En este sentido, se hace necesario seguir profundizando en el debate sobre la educación diferenciada, considerando las implicaciones legales, pedagógicas y sociales que conlleva. Es fundamental encontrar un equilibrio entre la diversidad de modelos educativos existentes y el respeto a los principios constitucionales y los derechos fundamentales de todos los estudiantes. En última instancia, aunque la última ley y la sentencia del Constitucional de 2023 han puesto difícil la viabilidad de esta opción, la educación diferenciada en España plantea desafíos y oportunidades que requieren un análisis continuo y una reflexión crítica en aras de garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad para todos.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAGONÉS REYES, M., “Las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas sobre educación”, *Sistema educativo y descentralización territorial*, Iustel, 2015, pág. 103-111.
- ARASANZ, L. “Estudio sobre la educación diferenciada en el mundo”, El tratamiento del Género en la escuela, I Congreso Internacional sobre Educación diferenciada, *EASSE European Association Single-Sex Education*, Barcelona, 2007
- BAEZ SERRANO, R., *Educación diferenciada y conciertos públicos*, tesis doctoral, 2015.
- BÁEZ SERRANO, R. “Hacia la consolidación de la educación diferenciada...”
- BONAL, X, “La descentralización educativa en España. Una mirada comparativa a los sistemas escolares de las Comunidades Autónomas”, *Institut de Govern i Politiques Públiques*, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2005
- CALVO CHARRO, M., “Los colegios diferenciados por sexo en Estados Unidos”, *Legitimidad de los colegios de un solo sexo y de su derecho a concierto en condiciones de igualdad*. Iustel, 2015
- CALVO CHARRO, M., “Educación diferenciada, una opción de libertad. Legitimidad de los colegios de un solo sexo y de su derecho a concierto en condiciones de igualdad”. *Iustel*, 2015
- DE LOS MOZOS TOUYA, I., *Educación en libertad y concierto escolar*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1995.
- DE LOS MOZOS TOUYÁ, I. “Exigencias de la igualdad en la educación y legitimidad de especializaciones no discriminatorias”, *Persona y Derecho* (nº 50) , 2004, pág. 277-324
- DÍAZ LEMA, J.M., “El régimen de las autorizaciones de los centros privados de enseñanza no universitaria”, *Revista de Administración Pública* (Núm. 133. Enero-abril 1994),
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., “De la libertad de la enseñanza al derecho a la educación”, *Centro de Estudios Ramón Areces*, Madrid, 1988

- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. Y SÁNCHEZ NAVARRO, A. «Artículo 27. Enseñanza», en O. Alzaga Villamil (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978, Tomo III*, Edersa, 1996
- GARCÍA-PARDO, D., *La libertad de enseñanza en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, McGraw Hill, Madrid, 1998
- GARCÍA RUBIO, JUAN., “El proceso de descentralización educativa en España”, *Edetania: estudios y propuestas socioeducativas* (nº 48), diciembre de 2015, págs. 203-216.
- GIL CANTERO, F., “Las finalidades de la educación y la LOMLOE: cuestiones controvertidas en la acción educativa”, *Revista española de pedagogía* (Vol. 80. Nº 281), enero-abril 2022, págs. 13-21.
- GIL CANTERO, F., “Las finalidades de la educación y la LOMLOE: cuestiones controvertidas en la acción educativa”, *Revista española de pedagogía*, (Vol. 80. Nº 281), enero-abril 2022, págs. 13-21.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A., “Régimen jurídico de la educación diferenciada en España”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 31 (2013)
- GORTAZAR, L., “Lo bueno, lo ausente y lo malo de la nueva Ley de Educación”, *EsadeEcPol Insight* (nº 23), noviembre 2020.
- GUARDIA HERNÁNDEZ, J. J. “Marco constitucional de la enseñanza privada española sostenida con fondos públicos: recorrido histórico y perspectivas a futuro”, *Estudios Constitucionales* (nº 1), 2019, págs. 321-362.
- GUARDIA HERNÁNDEZ, J.J. “Conciertos educativos y régimen de copago en España. Entre la ficción y la realidad”, *Revista general de Derecho Administrativo* (nº 59), 2022.
- LÓPEZ CASTILLO, A., “El derecho a la educación”, *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo I, 2018, págs. 966-1002.
- MARTÍNEZ BLANCO, A., *Interpretación de la Constitución en materia de enseñanza y problemas del Estatuto de Centros Escolares*, 2018, Nogués, Murcia.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “La educación en la Constitución española”, *Persona y Derecho*, Tomo VI, 1979

- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. “El derecho a la educación en los Estados Unidos de América”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, (nº 93), 2011
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Requisitos y efectos jurídicos del carácter propio de los centros educativos”, *Ius Canonicum* XXXIX (nº 79), 1999.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Educación diferenciada, una opción de libertad”, *Legitimidad de los colegios de un solo sexo y de su derecho a concierto en condiciones de igualdad*. Iustel, 2015
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “Legitimidad de los colegios concertados especializados por razón de sexo”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* (nº 2), 2000, págs. 1813-1818.
- NAVAS SANCHEZ, M.M., “¿Diferenciar o segregar por razón de sexo? A propósito de la constitucionalidad De la educación diferenciada por sexo Y su financiación pública. Comentario A la stc 31/2018 y conexas”, *Teoría y realidad constitucional* (nº 43), 2019, págs. 473-498.
- SUBIRATS, M., “¿Coeducación o escuela segregada? Un viejo y persistente debate”, *Revista de la Asociación de Sociología de la Educación*, vol. 3, núm. 1, enero 2010.
- SIMON YARZA, F., “Los conciertos en la LOMLOE. Ruptura de un consenso constitucional”, *Revista General de Derecho Constitucional* (nº 35), 2021, Universidad de Navarra.
- VIDAL PRADO, C. “Educación diferenciada y Tribunal Constitucional”, *Revista General de Derecho Constitucional*, (nº 29), abril, 2019.
- VIDAL PRADO, C., *El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*, colección Debates Constitucionales, Marcial Pons y Fundación Giménez Abad, 2017.
- VIDAL PRADO, C., *La libertad de cátedra: un estudio comparado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001
- ZUMAQUERO, J.M., *Los derechos educativos en la Constitución española de 1978*, Eunsa, Pamplona, 1984

NOTICIAS

- GARCÍA, C., “Más de 50 colegios islámicos holandeses siguen la doctrina salafista”, *El Economista*, Consultado: 03/04/2024. Link web: <https://www.eleconomista.es/ecoaula/noticias/10184947/11/19/Mas-de-50-colegios-islamicos-holandeses-siguen-la-doctrina-salafista.html>
- GÓMEZ MONTORO, “Menos libertad, menos igualdad», ABC, 23 de diciembre de 2020. Consultado: 20/03/2024. Link web: https://www.abc.es/opinion/abci-angel-gomez-montoro-menos-libertad-menos-igualdad-202012222340_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.abc.es%2Fopinion%2Fabci-angel-gomez-montoro-menos-libertad-menos-igualdad-202012222340_noticia.html
- LUQUE, L., “Ni segregación en el aula, ni residuo del franquismo”, 4 de junio de 2018, *Acepressa*, Consultado: 9/04/2024. Link web: <https://www.acepressa.com/educacion/ni-segregacion-en-el-aula-ni-residuo-del-franquismo/>
- RACHIDI, I., “El islamismo para niños que horroriza a Holanda: *Esto es la punta del iceberg*”, *El Confidencial*, Consultado: 03/04/2024. Link web: https://www.elconfidencial.com/mundo/europa/2019-10-02/educacion-sexual-islamica-holanda-477_2254227/
- RODRÍGUEZ BLANCO, M., “Educación diferenciada y Constitución: reflexiones jurídicas ante un debate ideológico”, 9 de diciembre de 2022, *Nueva Revista*, Consultado: 09/04/2024. Link web: <https://www.nuevarevista.net/educacion-diferenciada-y-constitucion-reflexiones-juridicas-ante-un-debate-ideologico/>
- «El Constitucional sentencia que la educación segregada por sexos “no causa discriminación”», 19 de abril de 2018, *El País*, Consultado: 12/06/2024. Link web: https://elpais.com/politica/2018/04/19/actualidad/1524161473_727594.html

