

ARTÍCULOS

EDUCACIÓN DIFERENCIADA Y RÉGIMEN DE CONCIERTOS EN LA LOMCE*

Óscar Celador Angón

Facultad de Derecho, Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN

El propósito de esta investigación es analizar en qué medida la configuración operada por el legislador de los derechos a la educación y la libertad de enseñanza a través de la LOMCE es coherente con el marco constitucional. Con este objeto, se analiza la configuración en la LOMCE del régimen de conciertos escolares, el protagonismo en este contexto de los centros concertados de educación diferenciada, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo en este terreno

ABSTRACT

This research analyzes the education reform operated by the LOMCE in the context of the rights to education and freedom of teaching. The main goal of this paper is to study the coherence of the education reform with the constitutional framework. For this purpose, this paper analyzes how the LOMCE regulates several topics: the status of private schools funded with public money, the role of private schools in the new education system, the single-sex education schools and their financing with public money, and the main decisions of the Supreme Court in this field

PALABRAS CLAVE

Educación, reforma educativa, LOMCE, escuelas privadas concertadas, educación diferenciada.

KEYWORDS

Education, education reform, LOMCE, public funded private schools, single-sex education

* Este trabajo ha sido también aceptado y se encuentra pendiente de publicación en el Anuario de Derecho a la Educación, editado por Dykinson.

SUMARIO: 1. CONSIDERACIONES INICIALES. 2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES. 3. FINANCIACIÓN DE LOS CENTROS DE TITULARIDAD PRIVADA. 4. SELECCIÓN DEL ALUMNADO Y CRITERIO DE “DEMANDA SOCIAL”. 5. EDUCACIÓN DIFERENCIADA. 5.1. Educación diferenciada en la LOE y la LOMCE. 5.2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo. 5.3. La Convención de la UNESCO de 1960 relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza. 6. Consideraciones finales.

1. CONSIDERACIONES INICIALES

El régimen de conciertos de las escuelas privadas que optan por un modelo educativo diferenciado, en el sentido de escolarizar exclusivamente a alumnos de un mismo sexo, ha sido objeto de un intenso debate social y político. Los defensores de la educación diferenciada por razón de sexo han venido justificando su posición en que este modelo favorece la mejora del aprendizaje, ya que atiende a las especificidades cognitivas y de madurez que diferencian a los hombres y a las mujeres; mientras que la educación conjunta distrae a los alumnos en el proceso de aprendizaje a partir de la pubertad. También existen numerosos argumentos para justificar la educación mixta. La educación en la igualdad de género debe comenzar en la escuela, pues no existe mejor mecanismo para conseguir la plena equiparación entre hombres y mujeres que el hecho de que estos se eduquen juntos y aprendan a relacionarse; asimismo, la segregación de los alumnos por razón de sexo puede suponer que estos reciban una educación soportada en contenidos y valores diferentes que, en algunos casos, perpetúen los prejuicios y comportamientos sexistas¹.

¹ En este sentido Vid. M. CALVO, “Los colegios diferenciados por sexo en Estados Unidos: constitucionalidad y actualidad de una tendencia imparable”, *Revista de Derecho Político*, 86, 2013, pp. 159-194. M. CHARRO, “La ideología de género en la escuela. El respeto a la feminidad y masculinidad: fórmula para el éxito académico y personal”, *Trasatlántica de educación*, 6, 2009, p. 134. M. VIVANCOS COMES, “Educación diferenciada, una opción de libertad”, *Anuario de Derecho a la Educación*, Núm. 2013, Enero 2014, pp. 199-214. M. VIDAL GALLARDO, Gestión pública de la diversidad y educación intercultural, en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, Nº. 35, 2014. A. CASTRO, Interculturalidad y Derecho en el ámbito regional y supranacional europeo, en *Interculturalidad y Derecho*, Adoración Castro Jover (Directora) ed. Thompson Reuters Aranzadi, Pamplona 2013 pp. 23-57.

El principal interrogante que presenta la educación diferenciada no es su filosofía escolar, sino la determinación de en qué medida ésta puede promocionarse con dinero público². El texto constitucional garantiza a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales, y establece que los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca. Ahora bien, ¿en qué medida están obligados los poderes públicos a ayudar a las escuelas privadas?, ¿ayudar significa financiar económicamente o no obstaculizar?, ¿pueden utilizarse recursos públicos para financiar opciones educativas que, si bien se aparan en el ejercicio legítimo de la libertad de enseñanza, requieren escolarizar de forma independiente a los alumnos atendiendo a su sexo?

Se trata de cuestiones de difícil resolución, ya que en función de que se adopte una u otra respuesta podría modificarse de forma relevante el equilibrio y la relación que, de acuerdo con la hermenéutica constitucional, debe existir entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Este debate se complica cuando lo debatido es la financiación pública de las escuelas que escolarizan exclusivamente a alumnos de un sexo, ya que, por una parte, nos encontramos ante una legítima manifestación del derecho a los privados a crear un centro y dotarlo de un ideario o carácter propio; pero, por otra, no queda claro en qué medida pueden utilizarse recursos públicos para financiar un opción educativa que pueda contradecir el mandato de igualdad y no discriminación, entre otros motivos por razón de sexo, que ordena el artículo 14 CE.

La respuesta a los interrogantes planteados ha sido muy diferente en las dos últimas reformas legislativas en materia de educación, la Ley Orgánica 2/2006 (LOE), de 3 de mayo, de Educación y la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre (LOMCE), para la mejora de la calidad educativa. Las modificaciones legislativas referidas explican la tensión que

² El sistema educativo es un servicio público que tiene por objeto preparar a sus usuarios para su plena integración en la sociedad y que, por lo tanto, debe reflejar la realidad de una sociedad en la que los hombres y mujeres están llamados a convivir y a respetarse mutuamente. Los padres tienen derecho a elegir el colegio en el que quieren escolarizar a sus hijos de acuerdo con sus creencias o convicciones, pero, como ha reiterado en diversas ocasiones el Tribunal Constitucional, esto no quiere decir que los poderes públicos tengan la obligación de subvencionar esa elección. Vid. Entre otras las Sentencias TC 86/1985, de 10 de julio, y la Sentencia TC 130/1991, de 6 de junio.

históricamente ha existido en nuestro ordenamiento jurídico entre los derechos a la educación y a la libertad de enseñanza³.

A partir de estos parámetros, el objeto de este trabajo es analizar, con carácter general, el tratamiento que reciben los centros educativos de titularidad privada en nuestro ordenamiento jurídico, y más específicamente el papel que nuestro legislador ha concedido a la educación diferenciada en este contexto.

2. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Los principios constitucionales que ordenan el sistema educativo se recogen principalmente en el artículo 27 CE, destacando en este sentido su número 2, según el cual: "la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales"⁴. La finalidad que el texto constitucional atribuye al sistema educativo se conforma al mismo tiempo como razón de ser y como límite del resto de los derechos implicados en este contexto, en la medida en la que no existe un derecho que ampare la recepción de enseñanzas contrarias a los fines señalados en el 27.2 CE, ni un derecho que proteja la impartición de enseñanzas opuestas al objeto de la educación⁵.

³ O. CELADOR, *El derecho de libertad de cátedra. Un estudio legal y jurisprudencial*, BOE, Madrid, 2007, p. 73 y ss. D. PELAYO, "Reflexiones en torno al derecho a la educación y la libertad de pensamiento, conciencia y religión", *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, 13, 2013, pp. 265-296.

⁴ Como ha señalado SUÁREZ PERTIERRA, del artículo 27 cabe extraer dos consecuencias: en primer lugar, el espíritu de la Constitución, y especialmente "el entramado valores-derechos y libertades, queda incorporado radicalmente a la educación, de modo que pueda considerarse fijado un modelo educativo"; y en segundo lugar, la congruencia constitucional, tanto interna como externa, del sistema educativo dependerá de su adecuación a la finalidad propuesta con su formulación, que es la referida en el punto segundo del artículo 27. G. SUÁREZ PERTIERRA, "Acerca de la relación entre libertad de enseñanza e ideario de centro educativo", *Anuario de Derechos Humanos*, nº 2, 1983, pp. 627-644.

⁵ Con este objeto, la labor de control del sistema educativo recae en los poderes públicos, los cuales, en palabras del 27.8 CE, "inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes".

El 27. 1 CE señala que la educación es un derecho fundamental de todos los ciudadanos, y a continuación reconoce la libertad de enseñanza. El derecho a la educación ha sido definido como el derecho “a formar en libertad y para la libertad la propia conciencia como parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad en expresión del artículo 10.1 CE”⁶. El derecho a la educación se conforma como un derecho de naturaleza prestacional vinculado a la esencia del Estado social, que debe interpretarse en paralelo al mandato contenido en el artículo 9.2 CE que ordena a los poderes públicos, tanto promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, como 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.

La libertad de enseñanza ha sido definida como una “actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores, que se conforma como una proyección del derecho de libertad de conciencia consagrado en el artículo 16.1 CE”⁷. La libertad de enseñanza, en palabras del Tribunal Constitucional, es “una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales”⁸. Asimismo, la libertad de enseñanza implica el derecho a crear instituciones educativas (27.6 CE), el derecho a la libertad de cátedra [20.1.1c) CE], y se conforma como un derecho que sirve de cauce para que el ejercicio del derecho de los padres a elegir la educación religiosa y moral de sus hijos (27.3 CE). La formulación de la libertad de enseñanza puede parecer redundante a la vista de lo establecido en los números 3 y 6 del artículo 27, salvo que con la inclusión expresa de este derecho se pretendiera excluir el monopolio estatal de la educación⁹.

⁶ Vid. A. TORRES, *Los Retos del Principio de Laicidad en España: Una Reflexión Crítica a la Luz de los Preceptos Constitucionales*, en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, 2015. D. LLAMAZARES, *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de Conciencia, identidad personal y derecho de asociación*. Civitas, Madrid, 2002, p. 67.

⁷ J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Madrid: Instituto Bartolomé de Las Casas/ Dykinson, 2013, p. 130.

⁸ STC 5/1981 de 13/02/1981.

⁹ Ello explicaría, en palabras de Suárez Pertierra, “la circunstancia de su tardía integración en el proceso constitucional, que se remonta al Dictamen de la Comisión”, G.

El hecho de que la libertad de enseñanza se recoja a continuación del derecho a la educación no es casuística e indica el carácter principal del Estado en el sistema educativo, y el consecuente carácter subsidiario de la enseñanza privada. Como ha señalado Embid Irujo, “la Constitución otorga al Estado, sin duda, el papel preeminente sobre la instrucción tanto pública como privada. Le confiere la potestad de inspeccionar y homologar el sistema educativo con la finalidad de garantizar el cumplimiento de las Leyes (art. 27.8 CE). Sistema educativo que, insisto de nuevo, comprende tanto a los centros públicos como privados como se deduce de la consulta de la legislación ordinaria”¹⁰.

De esta manera, el marco constitucional asigna la responsabilidad y la titularidad del derecho a la educación al Estado, pero establece un sistema dual en el cual convive la enseñanza pública y privada, y de forma subsidiaria a la enseñanza pública —ideológicamente neutral— concurren centros escolares que representan la concepción ideológicamente pluralista de la sociedad española¹¹.

3. FINANCIACIÓN DE LOS CENTROS DE TITULARIDAD PRIVADA

La posibilidad de que el Estado financie a los centros de titularidad privada se recoge en el artículo 27. 9 CE, que ordena a los poderes públicos ayudar a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca. Esta porción del texto constitucional fue el resultado del consenso de los grupos parlamentarios y de posiciones políticas incompatibles en el terreno político, las cuales pueden reconducirse a una derecha preocupada por conseguir un sistema educativo de gestión privada pero

SUÁREZ PERTIERRA, “Acerca de la relación entre libertad de enseñanza e ideario de centro educativo”, *Anuario de Derechos Humanos*, nº 2, 1983, p. 628.

¹⁰ A. EMBID IRUJO, *Las Libertades en la Enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 186.

¹¹ B. LOZANO, *La Libertad de Cátedra*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 253-254. P. PARDO PRIETO, La regolamentazione giuridica delle appartenenze professionali in Spagna: I simboli di appartenenza professionale al interno delle scuole pubbliche, *Diritto e religioni*, Semestrale Anno VIII, n. 2, 2013, luglio dicembre, pp. 434-445.

financiado por el Estado, y a una izquierda que propuso que el principal protagonista del sistema educativo fueran los centros públicos¹².

Todo ello ha propiciado que la interpretación del alcance y contenido del artículo 27. 9 CE no sea pacífica. El artículo 27. 4 CE señala que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita, sin precisar que ésta deba impartirse en un centro educativo de una concreta titularidad, pero la ayuda referida está condicionada a que los centros cumplan determinados requisitos que debe concretar la ley y respondan a principios contenidos en el marco constitucional. En consecuencia, a mayor financiación de los centros privados menor autonomía y viceversa¹³.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este particular, estableciendo que el mandato contenido en el artículo 27. 9 CE no puede interpretarse como una afirmación retórica, de manera que quede absolutamente en manos del legislador la posibilidad de subvencionar o no a los centros privados, "ahora bien, tampoco puede aceptarse el otro extremo, esto es, el afirmar, como hacen los recurrentes, que del art. 27.9 de la 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. Ejemplos de éstos podrían ser el mandato de gratuidad de la enseñanza básica (art. 27.4 de la CE), la promoción por parte de los poderes públicos de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (arts. 1 y 9 de la CE) o la distribución más equitativa de la renta regional y personal (art. 40.1 de la CE). El legislador se encuen-

¹² Vid. S. GALLEGO-DÍAZ, B. DE LA CUADRA, *Crónica secreta de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 116. D. LLAMAZARES, *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de Conciencia, identidad personal y derecho de asociación*. Civitas, Madrid, 2002, p. 97.

¹³ Vid. Sentencias 77/1985 de 27 Junio de 1985 y 86/1985 del Tribunal Constitucional, de 10 de Julio de 1985. La normativa reguladora de los conciertos educativos está contenida en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación; en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, modificada por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, y el Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de normas básicas sobre conciertos educativos. El mencionado Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, establece las normas y el procedimiento para realizar la suscripción de los conciertos, así como para su renovación y modificación de oficio o a instancia de parte

tra ante la necesidad de conjugar no solo diversos valores y mandatos constitucionales entre sí, sino también tales mandatos con la insoslayable limitación de los recursos disponibles. Todo ello, desde luego, dentro de los límites que la Constitución establece”¹⁴.

Respecto a la libertad del legislador para diseñar el modelo educativo financiado por los poderes públicos y, en consecuencia, para concretar los supuestos en los que los centros de titularidad privada pueden recibir ayudas públicas, el Tribunal Constitucional ha señalado que “el art. 27.9, en su condición de mandato al legislador, no encierra, sin embargo, un derecho subjetivo a la prestación pública. Esta, materializada en la técnica subvencional o, de otro modo, habrá de ser dispuesta por la Ley, exigencia que, como antes decimos, invocada en la vista por la defensa de los demandados, no fue argüida en el recurso contencioso-administrativo ni tomada en cuenta por el Tribunal *a quo*. Ley de la que nacerá, con los requisitos y condiciones que en la misma se establezcan, la posibilidad de instar dichas ayudas y el correlativo deber de las administraciones públicas de dispensarlas, según la previsión normativa”¹⁵.

De esta manera, el Tribunal Constitucional ha establecido de forma clara y precisa que el derecho a la educación “no comprende el derecho a la gratuidad educativa en cualesquiera centros privados, porque los recursos públicos no han de acudir, incondicionadamente, allá donde vayan las preferencias individuales”¹⁶; toda vez que ha dejado en manos del legislador la concreción de los supuestos en los que las administraciones deben subvencionar a las escuelas de titularidad privada.

4. SELECCIÓN DEL ALUMNADO Y CRITERIO DE “DEMANDA SOCIAL”

Desde una perspectiva meramente teórica, la principal diferencia entre las escuelas públicas y las privadas concertadas es, además de su diferente titularidad, que las segundas pueden tener un ideario o proyecto educativo inspirado en unos concretos principios ideológicos o religiosos. Sin embargo, las estadísticas del Ministerio de Educación y Ciencia de

¹⁴ Sentencia 77/1985 de 27 Junio de 1985 FJ 11º.

¹⁵ Sentencia 86/1985 del Tribunal Constitucional, de 10 de Julio de 1985 FJ 3º.

¹⁶ Sentencia 86/1985 del Tribunal Constitucional, de 10 de Julio de 1985 FJ 4º.

principios de siglo indican que, además del ideario y la titularidad, también era factible diferenciar entre las escuelas públicas y privadas concertadas atendiendo al origen de su alumnado. De acuerdo con estas estadísticas, en el curso escolar 2003/04 la escuela pública escolarizó al 80,7% de los alumnos de origen inmigrante en la educación infantil, al 81,4% en la educación primaria, al 79,3% en la ESO, al 84,9% en el bachillerato y al 76,8% en la Formación Profesional. Los datos estadísticos son muy preocupantes, especialmente porque en algunas Comunidades Autónomas los porcentajes de alumnos extranjeros escolarizados en la escuela pública rozaban el 90% del total del alumnado en aquel momento¹⁷.

Esta situación se explica, según Calero, por la conjunción de diferentes factores, entre los que destacan: el hecho de que los centros concertados suelen localizarse en barrios o zonas geográficas con elevados niveles de renta; la oferta de servicios complementarios, como el comedor escolar o las actividades extraescolares, a un precio muy superior al de la oferta escolar pública; o debido a “procesos irregulares en el acceso, por lo que, muy a menudo, los centros consiguen evitar el acceso de niños de familias de rentas bajas”¹⁸.

Por su parte, Fernández Llera y Muñoz Pérez señalan que la elección de los centros concertados no obedece a razones de carácter ideológico, sino a lo que califican como un círculo vicioso donde “las familias buscan los mejores compañeros para sus hijos; los colegios concertados ofrecen compañeros de mejores características socioeconómicas que los de los centros públicos; ante tal diferencia, las familias prefieren entonces en mayor medida los centros concertados; ante el exceso de demanda, las escuelas concertadas consiguen quedarse con los solicitantes con mejores características. Y así sucesivamente, prolongando (cuando no aumentando) en el tiempo los procesos de segregación social inherentes a esta situación, con los costes obvios en pérdida de equidad y de igualdad de oportunidades en nuestro sistema educativo”¹⁹.

¹⁷ Datos tomados de J. CALERO, *La equidad en educación. Informe analítico del sistema educativo español*, Centro de Investigación y documentación educativa del MEC, Madrid, 2006. J. RODRÍGUEZ GARCÍA, *La crisis económica. Una oportunidad para la laicidad*, en *Laicidad y Libertades. Escritos Jurídicos*. Vol. 12 (I), 2012, pp. 299-341.

¹⁸ J. CALERO, *La equidad*, cit. p. 55.

¹⁹ Señalan los autores que “La primera hipotética razón nos haría pensar que los centros concertados pueden ofrecer una mayor calidad en la educación académica, pe-

Las consecuencias de la escolarización segregada de alumnos nacionales y extranjeros son muy negativas. Por una parte, se generan situaciones de conflicto social, que obstaculizan la actual y futura integración de los alumnos de origen inmigrante. Y por otra, la escolarización de los alumnos extranjeros casi exclusivamente en las escuelas públicas incide negativamente en la calidad de la educación que éstas imparten, ya que supone la localización en el mismo aula de un porcentaje muy elevado de alumnos de diferentes tradiciones culturales y lingüísticas, lo cual repercute inevitablemente en la dinámica de aprendizaje del resto de sus compañeros de grupo escolar.

La LOE intentó crear un sistema que equilibrara la escolarización de alumnos nacionales e inmigrantes, y eliminase las barreras que favorecían la segregación de los alumnos por motivos sociales y/o económicos. Con este objetivo, la LOE ordenó que fueran los padres (y no los centros) los que eligieran la escuela a la que asistieran sus hijos. La elección de centro compromete a los padres a respetar su proyecto educativo, pero la norma prohibió expresamente que los alumnos pudieran ser discriminados en este proceso por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social²⁰. Para conseguir el equilibrio en la admisión de alumnos, la LOE ordenó a las administraciones educativas que vigilasen que los centros educativos financiados con fondos públicos, y localizados en una misma zona geográfica, utilizasen los mismos criterios de admisión. Asimismo, la norma impidió la posible discriminación por motivos socioeconómicos, pues prohibió expresamente que los centros financiados con fondos públicos puedan percibir cuotas de las familias por recibir las enseñanzas de carác-

ro los datos no dicen eso, una vez que se descuenta el efecto de las características socioeconómicas del alumno. En segundo lugar, tampoco los resultados respaldan una hipotética mejor formación en valores en los centros concertados con respecto a los centros públicos. En tercer lugar, el factor religioso (católico) tiene una cierta relevancia, aunque no parece determinante en último extremo para la elección de centro. Lo que sí respalda la evidencia estadística es la creencia de los padres y las madres en que los contactos sociales y los compañeros de aula pueden influir en los resultados educativos y en el futuro socio laboral de sus hijos e hijas, motivo por el cual suelen preferir centros concertados, donde las características socioeconómicas medias del alumnado son mejores". R. FERNÁNDEZ LLERA; M. MUÑIZ PÉREZ, "Colegios concertados y selección de escuela en España: un círculo vicioso", *Presupuesto y Gasto Público* 67/2012: 97-118, p. 115.

²⁰ Vid. Artículos 84. 2, 84.3 y 86 LOE.

ter gratuito, o imponer a las familias la obligación de hacer aportaciones a fundaciones o asociaciones, o cobrar a las familias servicios obligatorios asociados a las enseñanzas²¹.

El régimen de concertos ha sido objeto de una profunda revisión en la LOMCE, reforzando el derecho de los padres a elegir los centros educativos en los que quieren escolarizar a sus hijos. Tal y como señala el preámbulo de la norma: *“la realidad familiar en general, y en particular en el ámbito de su relación con la educación, está experimentando profundos cambios. Son necesarios canales y hábitos que nos permitan restaurar el equilibrio y la fortaleza de las relaciones entre alumnos y alumnas, familias y escuelas. Las familias son las primeras responsables de la educación de sus hijos y por ello el sistema educativo tiene que contar con la familia y confiar en sus decisiones”*. De forma coherente con este planteamiento, la LOMCE incorpora dos nuevos principios que inspiran el sistema educativo: el reconocimiento del papel que corresponde a los padres, madres y tutores legales como primeros responsables de la educación de sus hijos, y el reconocimiento expreso del derecho de los padres, madres y tutores legales a elegir el tipo de educación y el centro en el que quieren escolarizar a sus hijos²².

Tradicionalmente, una de las claves de nuestro modelo educativo ha sido la existencia de cierto equilibrio entre la oferta de plazas de las escuelas públicas y privadas concertadas. La LOMCE ha roto con este principio, al señalar que: *“las Administraciones educativas programarán la oferta educativa de las enseñanzas que en esta Ley se declaran gratuitas, teniendo en cuenta la programación general de la enseñanza, las consig-*

²¹ Artículo 88 de la LOE: Garantías de gratuidad.: *“1. Para garantizar la posibilidad de escolarizar a todos los alumnos sin discriminación por motivos socioeconómicos, en ningún caso podrán los centros públicos o privados concertados percibir cantidades de las familias por recibir las enseñanzas de carácter gratuito, 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. En el marco de lo dispuesto en el artículo 51 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, quedan excluidas de esta categoría las actividades extraescolares, las complementarias, y los servicios escolares, que, en todo caso, tendrán carácter voluntario. 2. Las Administraciones educativas dotarán a los centros de los recursos necesarios para hacer posible la gratuidad de las enseñanzas de carácter gratuito”*.

²² Vid. artículo 1.1 LOMCE modificando el art. 1 LOE para incluir los principios h bis) y q).

naciones presupuestarias existentes y el principio de economía y eficiencia en el uso de los recursos públicos y, como garantía de la calidad de la enseñanza, una adecuada y equilibrada escolarización de los alumnos y alumnas con necesidad específica de apoyo educativo, tomando en consideración la oferta existente de centros públicos y privados concertados y la demanda social. Asimismo, las Administraciones educativas garantizarán la existencia de plazas suficientes”²³.

El nuevo modelo de programación de la red centros, por una parte, incorpora el principio de demanda social, que puede ser utilizado por las administraciones educativas para, por ejemplo, cerrar o no abrir nuevas escuelas públicas y concertar nuevos centros privados; y por otra, elimina la garantía contenida en la LOE de que existan plazas en las escuelas públicas suficientes (y muy especialmente en las zonas de nueva población), de forma que el modelo público deja de ser el principal y el privado concertado el subsidiario, apostando la LOMCE por la subsidiariedad del Estado respecto de la enseñanza privada.

Asimismo, para dotar de una mayor eficacia a la libertad de enseñanza, la LOMCE incorpora la posibilidad de que “las Administraciones educativas puedan convocar concursos públicos para la construcción y gestión de centros concertados sobre suelo público dotacional”²⁴. Esta disposición presenta un elevado nivel de inseguridad jurídica, ya que permite a las administraciones educativas un elevado grado de discrecionalidad a la hora de decidir cómo gestionar el suelo público dotacional, que es aquel destinado por los planes generales de urbanismo a usos públicos (colegios, parques, jardines, calles o análogos), así como para promover la construcción de centros de titularidad pública o privada.

Pese a las disposiciones de la LOE en este sentido, la distribución del alumnado extranjero atendiendo a la titularidad/financiación del centro continúa siendo uno de los principales problemas de nuestro sistema

²³ La LOE decía que “las Administraciones educativas **garantizarán la existencia de plazas públicas suficientes** especialmente en las zonas de nueva población” (Modificación operada en el artículo 109 de la LOE, a través del artículo 1.68 LOMCE). Vid. A. LETURIA NAVARRO, El Derecho a la educación en España: recortes ante la crisis y alternancia de modelos en nombre de la calidad, en *Concretização de Direitos Fundamentais na Argentina, Brasil e Espanha: Liberdade de Expressão e Direito à Educação*, Série Direito Brasil Europa, Nº 2, 2015, p. 175

²⁴ Vid. art. 1.61 LOMCE modificando el artículo 116 LOE.

educativo. Los datos más significativos en este terreno, debido al elevado porcentaje de población de origen extranjero que presentan durante el curso 2011/12, son los de Madrid y Cataluña, ya que en estas Comunidades Autónomas sólo asistían a centros concertados el 16 y el 14% de la población estudiantil extranjera respectivamente²⁵. En otras palabras, pese a que la foto educativa de nuestro modelo escolar era muy preocupante antes de la entrada en vigor de la LOE, y a que estamos ante uno de los principales retos que está llamada a resolver nuestra sociedad, el legislador no entendió conveniente incluir en la LOMCE ninguna medida que pueda revertir esta situación; toda vez que la articulación del modelo escolar a partir del criterio de demanda social puede agravar esta situación.

5. EDUCACIÓN DIFERENCIADA

La educación diferenciada, entendida como un modelo escolar que separa a los alumnos por sexos, se implantó por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico durante el bienio moderado de 1856-1858, a través de la Ley de Instrucción Pública de 9 de diciembre de 1857, también conocida como Ley Moyano. Esta norma trasladó al contexto educativo los principios del Concordato entre el Estado español y la Santa Sede de 1851, el cual ordenó un modelo de confesionalidad católica excluyente²⁶.

²⁵ Respecto al proceso de admisión del alumnado, uno de los principales problemas que presentan las estadísticas del Ministerio de Educación, es la evolución del alumnado extranjero y su posterior distribución entre la escuela pública y la privada concertada. Vid. Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, Datos y cifras, Curso escolar 2013/2014, pp. 6, 8, 9 y 10. Los datos estadísticos están disponibles en http://www.mecd.gob.es/servicios-al-ciudadano-mecd/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/estadisticas/educacion/indicadores-publicaciones-sintesis/datos-cifras/Datos-y-Cifras-2013-2014-LR/Datos%20y%20Cifras%202013-2014_final.pdf.

²⁶ El Concordato de 1851 supuso que el Estado cediera a la Iglesia católica el control ideológico del sistema educativo, de forma que, tal y como señala el artículo segundo del acuerdo, "la instrucción en las Universidades, colegios, seminarios, y escuelas públicas o privadas de cualquier clase, será en todo conforme a la doctrina de la misma religión católica; y a este fin no se pondrá impedimento alguno a los Obispos y demás prelados diocesanos, encargados por su ministerio de velar sobre la pureza y doctrina de la fe y de las costumbres, y sobre la educación religiosa de la juventud, en el ejercicio de su cargo, aun en las escuelas públicas". El artículo primero del Concordato es indicativo del alcance y contenido del acuerdo al que llegaron Estado e

El artículo 103 de la Ley de Instrucción Pública estableció que “únicamente en las escuelas incompletas se permitirá la concurrencia de los niños de ambos sexos, en un mismo local, y aun así con la separación debida”. De esta manera, la ley ordenó la creación de un sistema educativo en el cual la regla general era la escolarización separada atendiendo al sexo de los alumnos, y la excepción la escolarización conjunta de los alumnos —y siempre “con la separación debida”— principalmente para aquellas áreas, como las zonas rurales, donde no hubiera escuelas o plazas escolares suficientes para poder segregar a los alumnos por razón de sexo.

Los intentos posteriores para restaurar el modelo público de educación mixta, especialmente durante la Segunda República²⁷, fracasaron debido al establecimiento de la dictadura franquista. La educación pública mixta retornó a nuestro modelo educativo gracias a la aprobación de la Ley 14/1970, la cual, si bien no ordenó expresamente la educación mixta, facilitó su implantación en la educación pública. La Ley Orgánica de Ordenación del Sistema Educativo (LOGSE) de 1990 cerró este debate en el contexto de la educación pública, al establecer la igualdad entre sexos y prohibir la discriminación en la escolarización por razón de sexo.

Respecto a la financiación con fondos públicos de las escuelas de titularidad privada que optasen por el modelo de educación diferenciada, hasta la aprobación de la LOE nuestro ordenamiento jurídico no prohibía, al menos de forma expresa, esta posibilidad²⁸.

Iglesia, al señalar que “la religión Católica Apostólica Romana, que, con exclusión de cualquier otro culto, continúa siendo la única de la nación española, se conservará siempre en los dominios de S. M. católica, con todos los derechos y prerrogativas de que debe gozar, según la ley de Dios y lo dispuesto por los sagrados cánones. Vid. C. VIDAL, “Aproximación Histórica a la regulación de la libertad de cátedra en España”, *Persona y Derecho, Suplemento Humana Iura de Derechos Humanos*, nº 7, 1997, p. 236. A. MONTERO, “Una ley centenaria: la Ley de Instrucción Pública (Ley Moyano, 1857)”, *Cabás*, Nº. 1, 2009. S. PÉREZ ÁLVAREZ, Conciencia, educación y enseñanza en el ideario educativo español de signo liberal (1812-1845), en *e-SLegal History Review*, 21 (2015).

²⁷ Vid. Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa.

²⁸ Esta situación se deduce de que hasta la entrada en vigor de la LOE numerosos centros de educación diferencia fueran concertados, y de que una vez que entró en vigor la LOE comenzaran numerosos procesos administrativos y judiciales que, como consecuencia de lo establecido en el artículo 84.3, culminaron con la retirada o no reno-

5.1. Educación diferenciada en la LOE y la LOMCE

Desde la perspectiva constitucional, la educación diferenciada se configura como una manifestación del derecho a la libertad de enseñanza, y más concretamente del derecho garantizado en el artículo 27.6 CE a las personas físicas y jurídicas a la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales. Pese a esto, como a continuación veremos, la educación diferencia ha sido regulada de forma claramente opuesta en las dos últimas reformas legislativas educativas.

La promoción de la igualdad entre sexos a través de la educación fue una de las prioridades del legislador que redactó la LOE, de ahí que la norma estableciese entre los objetivos de la educación primaria y secundaria obligatoria: “valorar y respetar la diferencia de sexos y la igualdad de derechos y oportunidades entre ellos. Rechazar los estereotipos que supongan discriminación entre hombres y mujeres”²⁹.

La LOE estableció en el terreno de los procesos de admisión de alumnos en los centros financiados por el Estado que: “en ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”³⁰. De esta manera, la LOE prohibió expresamente la posibilidad de que los poderes públicos realizaran concertos educativos con escuelas que discriminasen entre sus alumnos por razón de sexo.

El anteproyecto de la LOMCE abrió de nuevo el debate sobre la posibilidad de que las escuelas de educación diferenciada fueran financiadas por los poderes públicos. El Consejo de Estado fue especialmente crítico con esta posibilidad, al señalar la necesidad de que la reforma legislativa contuviese “alguna previsión que justifique de forma objetiva y razonable la educación diferenciada, previsión que permita valorar los motivos y las razones por los que aplicando la excepción a la coeducación se favorece la igualdad de oportunidades. Estamos ante una opción que requiere la debida justificación dada la importante alteración que supone respecto del modelo elegido hasta ahora, más si cabe teniendo en cuenta que se

vacación de los concertos de los que venían beneficiándose las escuelas de educación diferenciada.

²⁹ Vid. arts. 23 c) y 17 n) de la LOE.

³⁰ Vid. Preámbulo de la LOE, arts. 23 c) y 84.3 de la LOE).

trata de regular el régimen en centros financiados con fondos públicos — lo que exige un mayor cuidado en la toma de decisiones—”³¹.

La necesidad de justificar la excepción a la regla general en este supuesto se justifica, en palabras del Consejo de Estado, en la prohibición expresa contenida tanto en el artículo 14 CE, como en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo cual indica que el “sistema público se ha orientado desde un primer momento hacia la inclusión y la supresión de toda forma de discriminación por razón de sexo, también en la escuela [...] y la educación mixta permite fomentar esos valores y su extensión ha constituido, sin duda, un avance en el tratamiento de la igualdad de género que es constitutivo de democracia y que más allá de su reconocimiento legal y constitucional está lejos de ser una realidad”³². Por este motivo, el Consejo de Estado recomendó que el texto de la ley exigiera a los centros que optasen por el modelo de educación diferenciada que justificasen de forma objetiva y razonable su modelo educativo, y que concretasen en su programa educativo las medidas académicas dirigidas a favorecer la igualdad³³. Pese a la rotundidad de la posición del Consejo de Estado, el legislador no creyó conveniente trasladar ninguna de estas recomendaciones al texto de la LOMCE.

La Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE) modificó el proceso de admisión de los alumnos previsto en la LOE, ordenando una nueva redacción del apartado 3 del artículo 84 de la LOE, el cual ha quedado redactado de la siguiente manera: “en ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión 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 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, alum-

³¹ En p. 142 El texto completo del dictamen del Consejo de Estado, en: <http://www.mecd.gob.es/mecd/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/participacion-publica/lomce/20130426-dictamen-consejo-estado.pdf>.

³² Ibidem.

³³ Ibidem.

nos 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”³⁴.

Respecto a los centros privados que perdieron sus conciertos debido a las disposiciones de la LOE en este contexto, la Disposición transitoria segunda de la LOMCE señala que “los centros privados a los que en 2013 se les haya denegado la renovación del concierto educativo o reducido las unidades escolares concertadas por el único motivo de ofrecer educación diferenciada por sexos podrán solicitar que se les aplique lo indicado en el artículo 84.3 de esta Ley Orgánica para el resto del actual periodo de conciertos en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor”. De esta manera, las disposiciones de la LOE en el terreno de la educación diferenciada fueron anuladas.

5.2. La jurisprudencia del Tribunal Supremo

La aplicación de las disposiciones de la LOE que prohibían la discriminación por razón de sexo en la escolarización han abierto un doble debate en el terreno judicial. El Tribunal Supremo ha tenido que pronunciarse, por una parte, sobre los recursos que han planteado aquellos colegios a los que las Comunidades Autónomas han denegado su solicitud de conciertos en aplicación de la LOE; y por otra, sobre aquellos casos en los cuales lo debatido ha sido la renovación del concierto del que disfrutaban estos centros, ya que antes de la aprobación de la LOE, si bien la legislación no preveía expresamente la posibilidad de concertar las escuelas privadas de educación diferenciada, esta práctica, aunque minoritaria, era una realidad.

La sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la posibilidad de que las administraciones concierten escuelas de educación diferenciada, en el periodo que abarca desde la vigencia de la LOE hasta la aprobación de la LOMCE. La posición del tribunal ha sido uniforme en este terreno y puede recon-

³⁴ artículo 1.61 LOMCE.

ducirse a que: "nadie pone en duda la legitimidad del sistema de educación diferenciada; cuestión distinta es que a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2006 sea posible que esos centros privados puedan tener la condición de concertados sostenidos con fondos públicos, cuando expresamente en el régimen de admisión de alumnos se prohíbe la discriminación por razón de sexo, artículo 84.3 de la Ley. Precepto que por otra parte en nada se separa del contenido del artículo 14 de la Constitución del que es trasunto fiel a la hora de enumerar las discriminaciones que proscribire. Y esa imposibilidad de obtener conciertos por parte de los 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"³⁵.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado en el mismo sentido, respecto a la renovación de los conciertos escolares de los centros que optan por el modelo de educación diferenciada, señalando que "los conciertos se renovarán siempre que el centro siga cumpliendo los requisitos que determinaron su aprobación, no se haya incurrido en las causas de no renovación previstas en el art. 62.3 de la LOE y existan consignaciones presupuestarias disponibles. En este último supuesto se aplicarán los criterios de preferencia del art. 48.3 de la citada ley orgánica [...], no es menos cierto que esos criterios que permitían la renovación del concierto se aplicaban una vez que el artículo 20.2 de la misma Ley Orgánica 8/1985, había excluido con carácter previo la existencia de discriminación en la admisión por los centros de los alumnos por *razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento*, prohibiciones que mantuvo inalterables la LOCE, y a los que añadió la LOE, el del sexo, de modo que teniendo eso en consideración una vez concluida la vigencia del Concier-

³⁵ STS 5498/2012, de 24 de julio de 2012. Esta sentencia estimó el recurso de la Administración andaluza contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, por la que se acordó aprobar el concierto educativo. FJ 4º. En términos similares se había pronunciado previamente el Tribunal Supremo, en la STS 5492/2012 de 26 de junio de 2012, en respuesta al recurso de casación 4591/2011, respecto a la prohibición de discriminación por razón de sexo, engarzado con el art. 20.2 de la Ley 8/1985, de 3 de julio y el art. 72.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre de calidad de la Educación y los arts. 43 y 44 del RD 2377/1985.

to su renovación no es posible al introducirse esa causa prohibitiva de discriminación por sexo en relación con la admisión de alumnos en los centros privados sostenidos con fondos públicos³⁶.

Las decisiones del Tribunal Supremo en este terreno han sido objeto de diversos votos particulares de especial relevancia, pues, como a continuación veremos, el legislador rescató su argumentación cuando redactó la LOMCE, y en cierta medida la posición de estos magistrados refleja el posicionamiento doctrinal favorable a que los centros de educación diferenciada puedan beneficiarse del régimen de conciertos públicos. El elemento común de los votos disidentes, reside en su entendimiento de que la educación diferenciada debería ser objeto de concierto en nuestro ordenamiento jurídico en aplicación de la Convención de la UNESCO de 1960 relativa a la lucha contra las discriminaciones en el esfera de la enseñanza.

El magistrado Martí García ha interpretado la Convención de la UNESCO de 1960 señalando que: "los centros de educación diferenciada no generan discriminación por razón de sexo, siempre que la entidad titular de los mismos ofrezca colegios similares para niños y para niñas, pues así expresamente lo dicen las normas internacionales citadas, a las que es preciso acudir para interpretar y aplicar la normativa española a virtud de lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución Española"³⁷.

Por su parte, el Magistrado Requero Ibáñez³⁸ entiende que es contradictorio, por una parte, afirmar la legitimidad de la educación diferenciada, pero por la otra, sostener que dicho modelo educativo no puede ser financiado con cargo al régimen de conciertos por incurrir en discriminación por razón de sexo. Según Requeiro Ibañez: "la educación diferenciada, como la mixta, no deja de ser sino una libre opción de sistema pedagógico; no es más que una cuestión de libertad de enseñanza, tanto

³⁶ "El sistema de enseñanza mixta, en el caso de los centros concertados, es una manifestación o faceta más de esa competencia sobre la admisión del alumnado que corresponde a la Administración educativa que financia dichos centros concertados; esto es, forma parte de esa intervención estatal que limita el derecho de dirección en los centros privados que reciben ayudas públicas en virtud de lo establecido en el artículo 27.9 CE" (FJ 6°).

³⁷ En su voto particular a la STS 5492/2012 de 26 de junio de 2012.

³⁸ El voto particular de a la Sentencia de 23 de junio de 2014 recaída en el recurso 2251/2012 reproduce, a su vez, el formulado por el magistrado a la Sentencia de 23 de julio de 2012, recaída en el recurso de casación nº 4591/2011.

para los padres a la hora de elegir colegio como para los titulares de los colegios para hacer su oferta. Por tanto, si la diferenciada fuese discriminatoria —expresión que ya encierra un matiz negativo— el problema no estaría en el acceso al régimen de concertos, sino en si cabría tolerar un sistema docente contrario a la Constitución. De ser la respuesta negativa no sólo habría que excluir a los colegios de enseñanza diferenciada del sistema de concertos, sino a los no concertados del mismo sistema educativo³⁹.

Según el magistrado Requejo Ibáñez, la decisión de la mayoría del tribunal no tuvo en cuenta el mandato, contenido en el artículo 10 CE, de que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpreten de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España⁴⁰. Por todo ello, concluye el magistrado que “en base a tal normativa y teniendo en cuenta que en España, como se ha expuesto, está autorizada la edu-

³⁹ Además con esa interpretación del artículo 84.3 se permite que la Administración no respete las legítimas opciones sobre educación, porque milita en una. Se ignora así el mandato del artículo 9.2 de la Constitución: los poderes públicos deben promover condiciones para que la libertad y la igualdad sea real y efectiva y remover los obstáculos que impidan su plenitud. O dicho de otra forma, si la educación diferenciada es constitucionalmente legítima, luego es una opción pedagógica admisible, con el sistema de concertos la Administración no puede impedir u obstaculizar una manifestación de la libertad deducible del carácter propio de un tipo de centros, máxime cuando por mandato constitucional debe promover que el ejercicio de los derechos y libertades sea real y efectivo. En esta parte de su voto particular, el magistrado Requejo se basa en el formulado en la Sentencia de 23 de julio de 2012, recaída en el recurso de casación nº 4591/2011, por parte del magistrado Antonio Martí García. El texto completo del voto particular del magistrado Antonio Martí García puede encontrarse en: <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=match=TS&reference=6460940&links=educaci%F3n%20diferenciada%20%22SANTIAGO%20MARTINEZ-VARES%20GARCIA%22&optimize=20120807&publicinterface=true>.

⁴⁰ Reforzando esta interpretación constitucional, se señala que, por una parte, la Directiva del Consejo 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004 por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres a los accesos a bienes y servicios, expresamente deja fuera de su ámbito a la enseñanza; y por la otra, que la Ley 2008/446 de 27 de mayo de 2008 que ha incorporado a Francia la citada Directiva 2004/113/CE, dispone que la prohibición de discriminación por razón del sexo en materia de acceso a bienes y servicios y de prestación de estos, no se opone a la organización de enseñanzas agrupando a los alumnos en función de su sexo.

cación diferenciada, se puede y debe concluir declarando que los centros de educación diferenciada no generan discriminación por razón de sexo, siempre que la entidad titular de los mismos ofrezca colegios similares para niños y para niñas, pues así expresamente lo dicen las normas internacionales citadas, a las que es preciso acudir para interpretar y aplicar la normativa española a virtud de lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución Española”.

La posición de la mayoría de los magistrados, contraria a la financiación de los centros de educación diferenciada, se ha fundamentado principalmente en las disposiciones de la LOE. Ahora bien, en la medida en la que dichas disposiciones han sido anuladas por la LOMCE, es previsible que en el corto plazo el Tribunal Supremo modifique su posición en este terreno.

5.3. La Convención de la UNESCO de 1960 relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza

La Convención de la UNESCO de 1960, relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza⁴¹, es un texto complejo que admite diversas interpretaciones, en función de su contextualización y de la lectura parcial o conjunta de su articulado y que, gracias al debate celebrado con ocasión de la aprobación de la LOMCE en torno a la educación diferenciada, ha alcanzado cierta notoriedad.

El punto de partida de la Convención se soporta en una doble realidad. Primero, la Declaración Universal de Derechos Humanos proclama el derecho de todos a la educación. Y segundo, la consideración de que las discriminaciones en la esfera de la enseñanza constituyen una violación de derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La discriminación en el contexto educativo, tal y como señala el artículo 1 de la Convención, se refiere a “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 so-

⁴¹ El texto completo de la Convención de la UNESCO de 1960 relativa a la lucha contra las discriminaciones en el esfera de la enseñanza puede encontrarse en http://portal.UNESCO.org/es/ev.php-URL_ID=12949&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html.

cial, 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 y, en especial: a. Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza; b. Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo; c. A reserva de lo previsto en el artículo 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; o d. Colocar a una persona o a un grupo en una situación incompatible con la dignidad humana”.

El artículo 2 de la Convención, que es reproducido parcialmente en los votos particulares de los magistrados del Tribunal Supremo anteriormente señalados, expone que: “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”⁴².

⁴² En este sentido, el artículo 3 del Convenio establece que “A fin de eliminar o prevenir cualquier discriminación en el sentido que se da a esta palabra en la presente Convención, los Estados Partes se comprometen a: a. Derogar todas las disposiciones legislativas y administrativas y abandonar todas las prácticas administrativas que entrañen discriminaciones en la esfera de la enseñanza; b. Adoptar las medidas necesarias, inclusive disposiciones legislativas, para que no se haga discriminación alguna en la admisión de los alumnos en los establecimientos de enseñanza; c. No admitir, en lo concerniente a los gastos de matrícula, la adjudicación de becas o cualquier otra forma de ayuda a los alumnos, ni en la concesión de permisos y facilidades que puedan ser necesarios para la continuación de los estudios en el extranjero, ninguna diferencia de trato entre nacionales por los poderes públicos, salvo las fundadas en el mérito o las necesidades; d. No admitir, en la ayuda, cualquiera que sea la forma que los poderes públicos puedan prestar a los establecimientos de enseñanza, ninguna preferencia ni restricción fundadas únicamente en el hecho de que los alumnos pertenezcan a un grupo determinado; e. Conceder, a los súbditos extranjeros residentes en su territorio, el acceso a la enseñanza en las mismas condiciones que a sus propios nacionales”. En este sentido ha expuesto el Consejo de Estado que “la expresión “en el caso de que el Estado la admita”, utilizada por la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960, es suficientemen-

En otras palabras, no nos encontramos ante un mandato jurídico como podría deducirse de la redacción de los votos particulares referidos, sino con una posibilidad exclusivamente “en el caso de que el Estado la admita”, y en todo caso la Convención no ordena a los Estados financiar o subvencionar a este tipo de centros.

6. CONSIDERACIONES FINALES

La diferente concepción del régimen de conciertos contenida en la LOE y la LOMCE representa un excelente ejemplo de la articulación del sistema educativo que habilita nuestro modelo constitucional, e ilustra la ausencia de consenso en este terreno, tanto de los diferentes actores políticos como de los legisladores que se han sucedido en democracia. La LOE propuso un modelo en el cual el derecho a la educación se canalizase principalmente a través de la escuela pública, y las escuelas de titularidad privada, con independencia de que fueran concertadas con las administraciones públicas, se conformaban como un sistema subsidiario. El modelo de programación de la red de centros que ordena la LOMCE incorpora el principio de demanda social, y elimina la garantía contenida en la LOE de que existan plazas en las escuelas públicas suficientes. De esta manera, la LOMCE ha abierto las puertas a una posible privatización del sistema educativo, al promover la subsidiariedad del Estado respecto de la enseñanza privada.

La formulación de la educación diferenciada en la LOE y la LOMCE ejemplifica la alternancia de modelos educativos, y la relevancia que el actual legislador ha dado al derecho de los padres a elegir el centro en el que quieren educar a sus hijos y a financiar esa elección. La educación diferenciada es una manifestación del derecho de los individuos a crear un centro educativo y dotarlo de un ideario propio, tal y como garantiza y protege el artículo 27 CE. Así las cosas, lo debatido no es la posibilidad de

te significativa de la libertad del legislador estatal en la configuración del sistema educativo. Del mismo modo, las normas comunitarias, que —como la referida Convención— no reputan discriminatoria ni prohíben la educación diferenciada, tampoco la imponen, remitiendo las cuestiones a los ordenamientos nacionales”. El texto completo del dictamen del Consejo de Estado puede encontrarse en <http://www.mecd.gob.es/mecd/dms/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/participacion-publica/lomce/20130426-dictamen-consejo-estado.pdf>.

que los individuos puedan escolarizar a sus hijos en este tipo de centros, sino en qué medida los centros de educación diferenciada pueden beneficiarse de las ayudas que nuestro ordenamiento jurídico ha previsto, con carácter general, para los centros de titularidad privada que, en palabras del artículo 27. 9 CE, reúnan los requisitos que la ley establezca.

La LOMCE ha utilizado una de las interpretaciones posibles que puede darse a la Convención de la UNESCO de 1960 relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, para institucionalizar el modelo educativo de educación diferenciada, y financiar esta opción con recursos públicos, generando de esta manera un modelo educativo de difícil encaje constitucional por los siguientes motivos:

En primer lugar, el precepto de la Convención de la UNESCO de 1960 que habilita la educación diferencia es de cumplimiento voluntario por parte de los Estados, tal y como indican, por una parte, la propia redacción de la Convención, y por otra, el sentido común, pues en otro caso la educación diferenciada sería una opción educativa financiada por los poderes públicos en todos los países miembros de la UNESCO, lo cual, como es sabido, no ha sido así.

En segundo lugar, la escolarización de los alumnos de un solo sexo en un centro educativo supone, al menos en la medida en la que se quiera racionalizar el gasto educativo, que se obligue indirectamente a los niños del otro sexo a escolarizarse en una escuela de las mismas condiciones. Imaginemos, por ejemplo, que los padres de los niños varones de una ciudad optasen por escolarizar a sus hijos en escuelas que solo admitiese a niños de dicho sexo; pues bien, la consecuencia sería que las niñas deberían escolarizarse, con independencia de los deseos de sus padres, en un centro con alumnado de su mismo sexo.

En tercer lugar, la justificación de la educación diferenciada en argumentos relacionados con la mejora del rendimiento escolar presenta numerosos riesgos. En el caso de que, por ejemplo, el rendimiento escolar de miembros de la misma raza, condición u origen social fuera mejor si estos fueran educados de forma segregada, ¿cuál habría de ser la respuesta del legislador?

Y en cuarto lugar, desde la perspectiva netamente constitucional, tanto la LOE como la LOMCE son coherentes con lo dispuesto en la Convención de la UNESCO de 1960, ya que en ambos casos el legislador, si bien de forma claramente opuesta, ha ejercido su derecho a interpretar en

uno u otro sentido el texto de la Convención. Ahora bien, esto no quiere decir que la posibilidad interpretativa que la Convención permite a nuestro legislador sea *per se* coherente tanto con el mandato constitucional contenido en el artículo 14 CE, como en lo dispuesto en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, pues ambos prohíben de forma clara y precisa la discriminación por razón de sexo. En otras palabras, una cosa es que la LOMCE pueda encajar en el espíritu de la Convención, y otra muy diferente que ésta sea coherente con el mandato constitucional.

