

# ARTÍCULOS



# EL MODELO DE EDUCACIÓN DIFERENCIADA EN LA RECIENTE DOCTRINA CONSTITUCIONAL

## SINGLE SEX PUBLIC EDUCATION IN THE LATEST DECISIONS OF THE CONSTITUTIONAL COURT

OSCAR CELADOR ANGÓN  
*Universidad Carlos III de Madrid*

Fecha de recepción: 10-12-18

Fecha de aceptación: 16-5-19

*Resumen:* Este artículo analiza la regulación de la educación diferenciada, entendida como una opción educativa que escolariza separadamente a los alumnos y a las alumnas, en nuestro ordenamiento jurídico. La LOE y la LOMCE han regulado de forma opuesta la educación diferenciada, pues la primera prohibió expresamente la discriminación por razón de sexo en los procesos de admisión de los centros escolares, mientras que la segunda habilita la escolarización diferenciada atendiendo al sexo de los alumnos en el marco de la Convención de la UNESCO de 1960 relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza. La modificación legislativa referida ha tenido una especial incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por último, este trabajo estudia la reciente doctrina del Tribunal Constitucional acerca tanto de la constitucionalidad del modelo de educación diferenciada, como sobre la posibilidad de que esta modalidad educativa pueda ser financiada con recursos públicos.

*Abstract:* This paper analyzes the regulation of the single sex education model in our legal system. The LOE and the LOMCE have regulated differently the single sex education. The LOE expressly prohibited discrimination based on sex in schools financed with public funds; whereas the LOMCE allows single sex education in the framework of the Convention against Discrimination in Education adopted by UNESCO in 1960. The legislative change has had a special impact on the jurisprudence of the Supreme Court, which has been modified accordingly to the legislative changes. Finally, this paper studies the recent doctrine of the Constitutional Court about the constitutionality of the single sex education model, as well as the possibility of financing this educational option with public resources.

Palabras clave: educación diferenciada, derecho a la educación, libertad de enseñanza, discriminación por razón de sexo.  
Key words: single sex education, right to education, freedom of education, sex discrimination.

## 1. CONSIDERACIONES INICIALES

La sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de abril de 2018 está llamada a tener especial relevancia en la futura conformación de nuestro sistema educativo, pues el tribunal desestimó el recurso de inconstitucionalidad presentado por más de 50 diputados socialistas contra diversos preceptos de la ley orgánica 8/2013, de 9 de diciembre para la mejora de la calidad educativa (LOMCE). En este contexto, el alto tribunal se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del modelo de educación diferenciada, el cual escolariza separadamente a los alumnos y a las alumnas, así como acerca de la posibilidad de que dicho modelo pueda ser financiado con recursos públicos.

La educación diferenciada ha sido regulada de forma dispar por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE) y la LOMCE. Ambas reformas educativas ilustran la tensión que históricamente ha existido en nuestro ordenamiento jurídico entre los derechos a la educación y a la libertad de enseñanza, así como la ausencia de consenso político en este terreno<sup>1</sup>. La LOE ordenó la escolarización en centros públicos y privados concertados excluyendo tácitamente el modelo de educación diferenciada, al prohibir la discriminación por razón de sexo en los procesos de admisión de los alumnos o en la organización de la enseñanza; mientras que la LOMCE señala que no cabe hablar de discriminación cuando la enseñanza 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, y ratificada por nuestro país en 1969.

Los defensores del modelo de educación diferenciada tradicionalmente han argumentado que se trata de un modelo pedagógico que 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

---

<sup>1</sup> D. PELAYO, "Reflexiones en torno al derecho a la educación y la libertad de pensamiento, conciencia y religión", *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, núm. 13, 2013, pp. 265-296.

la pubertad. También existen numerosos argumentos para justificar el modelo de educación mixta. El sistema educativo prepara a sus usuarios para su plena integración en la sociedad y, 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 críticos del sistema de educación diferenciada argumentan que la educación en la igualdad de género debe comenzar en la escuela, pues se trata del mejor mecanismo para conseguir la plena equiparación entre hombres y mujeres, en la medida en la que requiere 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 prejuicios y comportamientos sexistas<sup>2</sup>.

Los centros escolares que optan por el modelo de educación diferenciada son una manifestación legítima de la libertad de enseñanza, y en este contexto del derecho de los individuos a abrir un centro y dotarlo de un ideario o carácter propio; lo que *a priori* no está tan claro es en qué medida pueden utilizarse recursos públicos para financiar una opción educativa que pueda lesionar el mandato de igualdad y no discriminación, entre otros motivos por razón de sexo, que ordena el artículo 14 CE<sup>3</sup>.

A partir de estos parámetros, el objeto de este trabajo es analizar la diferente formulación que el legislador ha diseñado para la educación diferenciada en la LOE y en la LOMCE, y explicar cuáles han sido sus repercusiones en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la reciente doctrina constitucional.

---

<sup>2</sup> 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*, núm. 86, 2013, pp. 159-194. M. CALVO, *Los niños con los niños, las niñas con las niñas: el derecho a una educación diferenciada*, Almuzara, 2005. M. CALVO, "La ideología de género en la escuela. El respeto a la feminidad y masculinidad: fórmula para el éxito académico y personal", *Trasatlántica de Educación*, núm. 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. Una definición acertada de educación inclusiva puede encontrarse en I. CAMPOY, *La recepción y aplicación en España de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Ediciones Laborum, Murcia, 2017, pp. 174-175.

<sup>3</sup> 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 de Tribunal Constitucional 86/1985, de 10 de julio, y 130/1991, de 6 de junio.

## 2. MODELO CONSTITUCIONAL Y SISTEMA EDUCATIVO

El artículo 27 CE contiene los principales principios constitucionales que ordenan el sistema educativo. De acuerdo con la formulación sistemática del artículo 27 CE, el objeto de la educación, en palabras de su punto segundo, es el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. 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.

Según 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<sup>4</sup>. En la misma línea, Souto Paz ha señalado que: “No sólo se reconoce, en consecuencia, el derecho a la educación, sino también cómo ha de ser esa educación. Por una parte, «debe estar inspirada en los principios de libertad, moralidad y solidaridad humanas», y «tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana”. Por otra parte, el derecho a la educación debe garantizar la gratuidad y la obligatoriedad de la instrucción elemental y fundamental; la generalidad de la instrucción técnica y profesional y la igualdad en el acceso a los estudios superiores, en función de los méritos respectivos. Este derecho comporta el derecho preferente de los padres a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”<sup>5</sup>.

El artículo 27.1 CE señala que la educación es un derecho fundamental y a continuación reconoce la libertad de enseñanza<sup>6</sup>. El marco constitucional

---

<sup>4</sup> G. SUÁREZ PERTIERRA, “Reflexiones Acerca de la relación entre libertad de enseñanza e ideario de centro educativo”, *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, 1983, pp. 627-644.

<sup>5</sup> JA. SOUTO PAZ, “El derecho a la educación”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 1, 1992, pp. 36-37.

<sup>6</sup> J.M. MARTÍNEZ DE PISÓN, “Derecho a la educación”, en F.J. LUCAS MARTÍN, J. M. RODRÍGUEZ URIBES (Coord.), *Derechos humanos y constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 491-507. M. SALGUERO, “Derecho a la educación”, en J. BETEGÓN CARRILLO, F. J. LAPORTA SAN MIGUEL, L. PRIETO SANCHÍS, J. R. de PÁRAMO ARGÜELLES (Coord.), *Constitución y derechos fundamentales*, Presidencia del Gobierno, Secretaría General Técnica, 2004, pp. 795-818. C. VIDAL, “El derecho a la educación”, en M. J. TEROL BECERRA (dir.), *El Estado social y sus exigencias constitucionales*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 185-204.

asigna la responsabilidad del derecho a la educación al Estado, pero establece un sistema dual en el cual, de forma subsidiaria a la enseñanza pública (ideológicamente neutral), concurren centros escolares de titularidad privada que representan la concepción ideológicamente pluralista de la sociedad española<sup>7</sup>. 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”<sup>8</sup>.

El derecho a la educación ha sido definido por Llamazares 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”<sup>9</sup>. Por su parte, la libertad de enseñanza implica, en palabras de Martínez de Pisón, 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”<sup>10</sup>.

El Tribunal Constitucional ha participado en este debate señalando que la libertad de enseñanza 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 (especialmente arts. 16.1 y 20.1 a)”<sup>11</sup>; asimismo, la libertad de enseñanza “en cuanto que la enseñanza es una actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores, la libertad de enseñanza, reconocida en el art. 27.1 de la Constitución implica, de una parte, el derecho a crear instituciones educativas (art. 27.6) y, de otra, el derecho de quienes llevan a cabo

---

<sup>7</sup> B. LOZANO, *La Libertad de Cátedra*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 253-254.

<sup>8</sup> A. EMBID IRUJO, *Las Libertades en la Enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1983, p. 186.

<sup>9</sup> Vid. D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad de conciencia II. Libertad de Conciencia, identidad personal y derecho de asociación*, Cívitas, Madrid, 2002, p. 67.

<sup>10</sup> J. MARTÍNEZ DE PISÓN, *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Instituto Bartolomé de Las Casas/ Dykinson, Madrid, 2013, p. 130. En la misma línea Vid. D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Derecho de la libertad de conciencia II*, cit., p. 97. R. M. SATORRAS, *La libertad de enseñanza en la constitución española*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pp. 72-89.

personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan (art. 20.1 c). Del principio de libertad de enseñanza deriva también el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (art. 27.3). Se trata en todos los casos de derechos que tienen límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos o de los que, respetando siempre su contenido esencial, pueda establecer el legislador”<sup>11</sup>. 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 educación<sup>12</sup>.

Respecto a la financiación de los centros de titularidad privada, el artículo 27.9 CE ordena a los poderes públicos ayudar a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca. La interpretación del alcance y contenido de este precepto constitucional no ha sido pacífica, especialmente porque el artículo 27. 4 CE señala que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita, pero no precisa que ésta deba impartirse en un centro educativo de una concreta titularidad.

El Tribunal Constitucional ha dado contenido al mandato incluido en el artículo 27.9 CE a partir de dos parámetros. Por una parte, “no puede interpretarse como una afirmación retórica, de manera que quede absolutamente en manos del legislador la posibilidad de conceder o no esa ayuda, ya que, como señala el art. 9 de la C.E., «los poderes públicos están sujetos a la

---

<sup>11</sup> STC 5/1981 de 13 de febrero de 1981, FJ 7º.

<sup>12</sup> 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. SUÁREZ PERTIERRA, “Reflexiones Acerca de la relación entre libertad de enseñanza e ideario”, cit., p. 628. Como ha señalado Souto Paz: “Conviene advertir al respecto que el interés de los poderes públicos por la educación y las consiguientes actitudes intervencionistas en este campo son muy anteriores al reconocimiento de la educación como derecho fundamental. El reconocimiento de este derecho, tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en las Declaraciones de Derechos Internacionales, constituye el punto final de un largo proceso histórico y jurídico; se inicia este proceso con la asunción de competencias por parte del Estado -en confrontación con otras instituciones, especialmente, con la Iglesia Católica- y prosigue, con una manifiesta tendencia expansiva, en busca del monopolio educativo. La universalización, la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza constituyen objetivos sucesivos que culminan, en época ya tardía, con el reconocimiento de la educación como derecho subjetivo de rango fundamental”. JA. SOUTO PAZ, “El derecho a la educación”, *Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED*, núm. 1, 1992, pp. 25-26.



Constitución» y, por ello, los preceptos de ésta –expuestos o no, como en este caso, en forma imperativa– tienen fuerza vinculante para ellos. Ahora bien, tampoco puede aceptarse el otro extremo, esto es, el afirmar, como hacen los recurrentes, que del art. 27.9 de la C.E. se desprende un deber de ayudar a todos y cada uno de los centros docentes solo por el hecho de serlo [...] pues la remisión a la Ley que se efectúa en el art. 27.9 de la C.E. puede significar que esa ayuda se realice teniendo en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales”<sup>13</sup>. Y por la otra, “el art. 27.9, en su condición de mandato al legislador, no encierra, sin embargo, un derecho subjetivo a la prestación pública. Ésta, 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”<sup>14</sup>. A partir de estos parámetros, el Tribunal Constitucional ha venido señalando 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”<sup>15</sup>; toda vez que, desde el respeto a los principios constitucionales, el legislador es el responsable de concretar en qué supuestos los poderes públicos pueden subvencionar a las escuelas de titularidad privada.

El margen de discrecionalidad que el texto y la doctrina constitucional conceden a los poderes públicos se ha traducido en la alternancia de modelos educativos. La ausencia de consenso político ha supuesto que los diferentes gobiernos que se han sucedido en democracia hayan establecido sistemas educativos contrapuestos, en función, entre otros factores, del papel y el pro-

<sup>13</sup> Continúa exponiendo el tribunal que: “Ejemplos de éstos podrían ser el mandato de gratuidad de la enseñanza básica (art. 27.4 de la C.E.), la promoción por parte de los poderes públicos de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (arts. 1 y 9 de la C.E.) o la distribución más equitativa de la renta regional y personal (art. 40.1 de la C.E.). El legislador se encuentra ante la necesidad de conjugar no solo diversos valores y mandatos constitucionales entre sí, sino también tales mandatos con la insoslayable limitación de los recursos disponibles. Todo ello, desde luego, dentro de los límites que la Constitución establece”. Sentencia 77/1985 del Tribunal Constitucional, de 27 junio de 1985 F.J. 11º.

<sup>14</sup> Sentencia 86/1985 del Tribunal Constitucional, de 10 de Julio de 1985 F.J. 3º.

<sup>15</sup> Sentencia 86/1985 del Tribunal Constitucional, de 10 de Julio de 1985 F.J. 4º.

tagonismo (principal o subsidiario) que las escuelas de titularidad pública o las de titularidad privada han tenido en cada modelo.

### 3. RÉGIMEN DE CONCIERTOS Y SERVICIO PÚBLICO

La Ley General de Educación de 1970 inició una cadena legislativa que conforma la educación como un servicio público fundamental, en virtud del cual se reconoce el derecho a recibir educación por parte de los individuos, y la obligación del Estado de proporcionar una educación obligatoria y gratuita<sup>16</sup>; todo ello “reconociendo y consagrando el carácter mixto de nuestro sistema educativo, abría la posibilidad de que centros no estatales pudieran participar en la oferta de puestos escolares gratuitos en los niveles obligatorios, obteniendo en contrapartida un apoyo económico del Estado”<sup>17</sup>.

En este contexto la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, desarrolló los principios constitucionales en materia de educación, garantizando el pluralismo educativo, y ordenó el régimen de concertados que materializa el sostenimiento público de los centros privados concertados. La base del sistema es que los centros concertados, junto a los de titularidad pública, sirven de cauce para el ejercicio del derecho a la educación gratuita. De esta manera, de forma complementaria al carácter de derecho fundamental que presenta el derecho a la educación en el texto constitucional, el legislador ha dado a este derecho una naturaleza prestacional cuya garantía compete a los poderes públicos<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Vid. Artículos 2 y 3.1 de la Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa.

<sup>17</sup> Vid. el preámbulo de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, en referencia al preámbulo de la Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa.

<sup>18</sup> Sobre la configuración de la educación como un servicio público Vid. C., RODRÍGUEZ, “La enseñanza como servicio público”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, (Ejemplar dedicado a: Servicios públicos, privatizaciones y liberalizaciones en la Unión Europea), núm 7, 2004, p. 291. En la misma línea Vid. J. GIMENO, “La LOMCE ¿una ley más de educación?”, *Revista interuniversitaria de formación del profesorado*, núm. 81, 2014, pp. 31-44. M. SUBIRATS, “La LOMCE: hacia una educación antidemocrática”, *Revista interuniversitaria de formación del profesorado*, núm. 81, 2014, pp. 45-58. A. LETURIA, “El Derecho a la educación en España: recortes ante la crisis y alternancia de modelos en nombre de la calidad”, *Concretização de Direitos Fundamentais na Argentina, Brasil e Espanha: Liberdade de Expressão e Direito à Educação*, Série Direito Brasil Europa, núm. 2, 2015, p. 175. C., RODRÍGUEZ, “La enseñanza como servicio público”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, (Ejemplar dedicado a:

La Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre de 1990, de Ordenación General del Sistema Educativo, potenció la configuración de la educación como un servicio público, en el cual se integran tanto la enseñanza pública como la enseñanza privada y la enseñanza privada concertada, que debe conformarse como “un elemento decisivo para la superación de los estereotipos sociales asimilados a la diferenciación por sexos”; de ahí que uno de los principios del sistema educativo sea “La efectiva igualdad de derechos entre los sexos, el rechazo a todo tipo de discriminación, y el respeto a todas las culturas” y, entre otras medidas, se ordene la elaboración de materiales didácticos que propicien la superación de todo tipo de estereotipos discriminatorios, y se subraye la igualdad de derechos entre los sexos<sup>19</sup>.

La conexión entre los centros de titularidad privada, la gratuidad de la enseñanza, el régimen de conciertos y la concepción de la educación como un servicio de interés público, se mantuvo en la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación<sup>20</sup>.

La LOE organizó la prestación del servicio público educativo mediante un modelo de centros públicos y privados concertados, donde el concierto se convierte en el elemento que determina qué porción de la enseñanza privada participa en la prestación del servicio público<sup>21</sup>. En consecuencia, la enseñanza privada concertada, en la medida en que es financiada por los poderes públicos debe participar activamente en la consecución de los objetivos y fines que inspiran el sistema educativo, pues en otro caso la financiación pública de la enseñanza privada podría fomentar, si bien indirectamente, un modelo soportado en la diferenciación económica, social y cultural de los discentes atendiendo a la escuela, pública o concertada, a la que estos asistan<sup>22</sup>.

Hasta la aprobación de la LOE nuestro ordenamiento jurídico no prohibía, al menos de forma expresa, la financiación con fondos públicos de las

---

Servicios públicos, privatizaciones y liberalizaciones en la Unión Europea), num. 7, 2004, pp. 285-311

<sup>19</sup> Vid. Artículos 2.3 c) y 57 de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre de 1990, de Ordenación General del Sistema Educativo.

<sup>20</sup> Vid. Artículo 75 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación.

<sup>21</sup> Vid. Artículo 108 LOE.

<sup>22</sup> Vid. A. LETURIA, “El Derecho a la educación en España: recortes ante la crisis, cit., p. 196. C. RODRÍGUEZ AMUNÁTEGUI, “La enseñanza como servicio público”, *Revista de derecho de la Unión Europea*, (Ejemplar dedicado a: Servicios públicos, privatizaciones y liberalizaciones en la Unión Europea), pp. 285-311.

escuelas de titularidad privada que optasen por el modelo de educación diferenciada<sup>23</sup>. 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, en el contexto del proceso 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”<sup>24</sup>. De esta manera, la LOE prohibió expresamente la posibilidad de que los poderes públicos realizaran conciertos educativos con escuelas que discriminasen entre sus alumnos por razón de sexo<sup>25</sup>.

La LOMCE ha supuesto una auténtica revolución en la conformación del sistema educativo, ya que, con la excusa de la mejora de la calidad educativa, concede a la libertad de enseñanza un alcance y contenido desconocido hasta ahora en nuestro ordenamiento jurídico, que abandona el equilibrio que

---

<sup>23</sup> Esta situación se deduce del hecho de que hasta la entrada en vigor de la LOE numerosos centros de educación diferencia fueran concertados, y de que una vez que entro 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 renovación de los conciertos de los que venían beneficiándose las escuelas de educación diferenciada.

<sup>24</sup> Asimismo, entre los objetivos de la educación primaria y secundaria obligatoria se señala: “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”. Vid. Preámbulo de la LOE, arts. 17 n), 23 c) y 84.3 LOE.

<sup>25</sup> 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, utilizaran 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 carácter 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 enseñanzas Artículo 88 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”.

ha existido tradicionalmente entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza.

El ejercicio del derecho de los padres a elegir el tipo de educación y el centro para sus hijos es la clave del nuevo modelo educativo<sup>26</sup>, en el cual “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”<sup>27</sup>. A partir de este argumento las familias pasan a convertirse en una especie de “clientes” a los que, atendiendo a su decisión de elección de centro escolar, las Administraciones públicas deben limitarse a subvencionar.

De esta manera, la LOMCE ha diseñado un modelo educativo en el cual no se prevén límites al ejercicio del derecho de los de los padres a elegir el centro en el que escolarizar a sus hijos, desapareciendo la obligación de las Administraciones educativas de garantizar la existencia de plazas públicas suficientes, especialmente en las zonas de nueva población, que hasta la aprobación de la LOMCE ha estado siempre presente en la legislación educativa<sup>28</sup>.

La LOMCE establece 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 consignaciones 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”<sup>29</sup>. En consecuencia, en función de cuáles sean las peticiones de los padres de los alumnos, la educación pública podría convertirse en subsidiaria respecto de la enseñanza privada.

---

<sup>26</sup> Vid. Artículo 1 LOMCE modificando la redacción de los párrafos b), k) y l) y se añaden nuevos párrafos h bis) y q) al artículo 1 en los siguientes términos.

<sup>27</sup> Vid. artículo 1.1 LOMCE modificando el art. 1 LOE para incluir los principios h bis) y q).

<sup>28</sup> Según el artículo 109. 2 LOE: “Las Administraciones educativas programarán la oferta educativa de las enseñanzas que en esta Ley se declaran gratuitas teniendo en cuenta la oferta existente de centros públicos y privados concertados y, como garantía de la calidad de la enseñanza, una adecuada y equilibrada escolarización de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo. Asimismo, las Administraciones educativas garantizarán la existencia de plazas públicas suficientes especialmente en las zonas de nueva población”.

<sup>29</sup> Modificación operada en el artículo 109 LOE, a través del artículo 1.68 LOEMCE.

De forma novedosa en nuestro sistema educativo, la LOMCE incorporó la posibilidad de que: “las Administraciones educativas puedan convocar concursos públicos para la construcción y gestión de centros concertados sobre suelo público dotacional”<sup>30</sup>. El suelo dotacional es aquel que los planes generales de ordenación urbana destinan a usos públicos (colegios, parques, jardines, calles o análogos), de forma que la LOMCE habilita la posibilidad de que una empresa de titularidad privada pueda participar en un concurso que le garantiza, en una primera fase la cesión del suelo para la construcción de la escuela, y posteriormente la concesión de un concierto económico para el centro educativo.

Las disposiciones referidas generan inseguridad jurídica en el sistema educativo, al permitir un elevado grado de discrecionalidad a las Administraciones educativas, ya que éstas pueden, por una parte, ordenar la red de centros en función de la demanda social, generando de esta manera un auténtico proceso de privatización del servicio público educativo; y por otra, gestionar suelo público dotacional para promover la construcción de centros de titularidad privada, sin que existan parámetros claros a este respecto salvo la ya referida demanda social.

Respecto a la educación diferenciada, La LOMCE modificó el proceso de admisión de los alumnos previsto en el apartado 3 del artículo 84 LOE, que pasó a tener la siguiente redacción: “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, 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”<sup>31</sup>.

---

<sup>30</sup> De acuerdo con la nueva redacción dada por la LOMCE al artículo 116.8 LOE.

<sup>31</sup> De acuerdo con la nueva redacción dada por la LOMCE al artículo 84.3 LOE.

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 acuerdo con los parámetros mencionados, los padres tienen derecho a elegir escolarizar a sus hijos en escuelas que opten por el modelo de educación diferenciada y, en la medida en la que exista demanda social, los poderes públicos deberán concertar dicha modalidad escolar –que pasará a convertirse en un servicio público–, cuando los centros cumplan los requisitos que a este respecto señale la regulación educativa.

#### 4. LA CONVENCIÓN DE LA UNESCO DE 1960 RELATIVA A LA LUCHA CONTRA LAS DISCRIMINACIONES EN LA ESFERA DE LA ENSEÑANZA

Hasta la aprobación de la LOMCE, la Convención de la Unesco de 1960 relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza<sup>32</sup>, y ratificada por nuestro país en 1969, no ha tenido ningún protagonismo en nuestro ordenamiento jurídico. La Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa, si bien no ordenó expresamente la educación mixta, facilitó su implantación en la educación pública; y la Ley Orgánica de Ordenación del Sistema Educativo (LOGSE) de 1990 prohibió expresamente la discriminación por razón de sexo en la actividad educativa<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> El texto completo de la Convención de la Unesco de 1960 relativa a la lucha contra las discriminaciones en la 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](http://portal.unesco.org/es/ev.php-URL_ID=12949&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html)

<sup>33</sup> El artículo 2.3 LOGSE estableció que: “La actividad educativa se desarrollará atendiendo a los siguientes principios: [...] c) La efectiva igualdad de derechos entre los sexos, el rechazo a todo tipo de discriminación, y el respeto a todas las culturas”; mientras que el artículo 57. 3 LOGSE ordena que “en la elaboración de tales materiales didácticos se propiciará la superación de todo tipo de estereotipos discriminatorios, subrayándose la igualdad de derechos entre los sexos”.

La LOMCE se remite a la Convención de la Unesco de 1960 para señalar que, por una parte, la educación diferenciada no es discriminatoria cuando se realice de acuerdo con el artículo 2 de la Convención; y por otra, ordena que no sean objeto de un trato desfavorable ni las familias ni las escuelas que opten el modelo de educación diferenciada.

El epicentro de la Convención es la salvaguarda de los principios de igualdad y no discriminación en el contexto educativo. El artículo 1 de la Convención define la discriminación como: “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 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 señala 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”.

El resumen más reciente de los informes emitidos por los Estados firmantes de la Convención de la Unesco de 1960, en relación a las medidas adoptadas para implementar la Convención (octubre de 2017)<sup>34</sup>, señala numerosas iniciativas de los Estados conducentes a superar las barreras económicas, sociales y culturales, eliminar los supuestos de discriminación por razón de género y hacer que sus sistemas educativos sean más inclusivos, pero no incluye ninguna referencia al modelo de educación diferenciada. De la lectura del informe de 2017 cabría deducir que el supuesto excepcional

---

<sup>34</sup> El texto completo puede encontrarse en <http://unesdoc.unesco.org/images/0025/002597/259737e.pdf>; <http://unesdoc.unesco.org/images/0025/002527/252798e.pdf#page=15>



previsto en el artículo 2 de la Convención, que avala la educación diferenciada por razón de sexo, tendría por objeto evitar los problemas y las complejidades inherentes a escolarizar conjuntamente a alumnos del mismo sexo en países que carecen de los recursos necesarios para evitar el acoso, la violencia o el *bullying*, por razón de sexo y/o sexual en la escuela, y especialmente en las sociedades cultural o económicamente más desfavorecidas<sup>35</sup>.

La Convención, por una parte, establece que cualquier trato diferenciado por razón de sexo en el contexto educativo es discriminatorio, y en consecuencia reprochable a los Estados firmantes del texto internacional; pero por otra, se prevé la posibilidad (no se trata de un mandato) de que “en el caso de que el Estado la admita” los alumnos puedan escolarizarse atendiendo a su sexo cuando se cumplan con unos estándares similares en el acceso a la enseñanza, la cualificación del personal docente, los locales escolares y se impartan los mismos programas de estudio. En este contexto, el Consejo de Estado ha expuesto 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 suficientemente 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”<sup>36</sup>.

---

<sup>35</sup> Esto explicaría porque el informe de seguimiento de la Convención hace especial referencia en el hecho de que “un número notable de Estados informó sobre diversas iniciativas y medidas para garantizar la igualdad de género, con el fin de eliminar el sesgo de género y la discriminación y hacer que sus sistemas educativos sean más inclusivos. Por ejemplo, algunos Estados han lanzado iniciativas para desafiar las opciones educativas estereotipadas por razón de género. Burkina Faso y Costa de Marfil informaron de la adopción de medidas para prevenir embarazos no deseados entre las escolares. En general, las medidas reportadas por los países ilustran la necesidad de un enfoque de género dentro del sistema educativo y no solo en la educación”. Vid. Punto 14 del informe de seguimiento, disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0025/002597/259737e.pdf>

<sup>36</sup> Continúa señalando el dictamen del Consejo de Estado que “El legislador español en el marco de su libertad no ha excluido la educación –en la trasposición de la Directiva 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004– del ámbito de aplicación de la prohibición de la discriminación por razón de sexo, y tampoco ha establecido una justificación objetiva y razonable que permita valorar, en su caso, los motivos por los que se podría admitir una educación diferenciada que garantice la igualdad de oportunidades como señala la Convención de la UNESCO [...] Conviene recordar que el uso del sexo como criterio de diferenciación es uno de esos motivos que han de someterse a un escrutinio especialmente intenso, correspondiendo a quien pretende utilizarlo, una justificación intensa. La regla general es la de la co-educación”.

Por lo tanto, queda claro que, primero, los Estados firmantes de la Convención no se obligan a utilizar el modelo de educación diferenciada en sus sistemas educativos; segundo, es necesario que el Estado “admita” el modelo de educación diferenciada como una modalidad escolar en su modelo educativo; y tercero, la Convención no ordena a los Estados ni expresa ni tácitamente financiar o subvencionar a las escuelas de educación diferenciada.

## 5. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el modelo de educación diferenciada, y especialmente respecto a la financiación de esta opción educativa, con una jurisprudencia que se ha ido modulando en función de las reformas legislativas.

En un primer momento, el Tribunal Supremo se pronunció sobre los recursos presentados por aquellos colegios a los que las Comunidades Autónomas denegaron su solicitud (o la renovación) de conciertos en aplicación de la LOE, por tratarse de centros de educación diferenciada. En estos supuestos, el tribunal, de acuerdo con el artículo 84.3 LOE, confirmó las actuaciones administrativas denegatorias del régimen de conciertos a centros docentes que impartían enseñanza a alumnos de un solo sexo. Antes de la LOE existía un vacío legal, en virtud del cual algunas Comunidades Autónomas, ante la ausencia de una regulación educativa que prohibiese de forma expresa la discriminación por razón de sexo en el proceso de escolarización, concertaron escuelas de educación diferenciada.

La redacción del artículo 85.3 operada por la LOMCE supuso el retorno a la situación anterior a 2006, ya que la reforma educativa, por una parte, abrió la puerta a la concertación de las escuelas de educación diferenciada; y por otra, y en este caso de forma expresa, permitió que aquellos centros a los que, bien les fue denegado la renovación del concierto, bien fueron reducidas sus unidades escolares, por haber optado por el modelo de educación diferenciada, pudieran solicitar que se les aplicara lo indicado en el artículo 84.3 LOMCE en el periodo de conciertos<sup>37</sup>.

---

ción. “Quien quiera exceptuarlo, sea un particular, (centro educativo privado al seleccionar a su alumnado), sea el legislador (admitiendo estos centros o fomentándolos), deberá justificar especialmente cual es el fin perseguido, cuales las mejoras educativas que excepcionalmente se persiguen, así como la clase de centro y el tiempo en que se admite esa segregación”. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-172>

<sup>37</sup> Vid. Disposición transitoria segunda de la LOMCE.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo previa a la aprobación de la LOE ha sido uniforme, y ha basculado en torno a tres principios. Primero, “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. Segundo, “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 proscribe”. Y tercero. “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”<sup>38</sup>.

La autonomía de los centros educativos se reduce en función de su financiación con recursos públicos, pues, en palabras del tribunal, “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”<sup>39</sup>.

---

<sup>38</sup> STS 5498/2012, de 24 de julio de 2012, FJ 4º. 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. 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.

<sup>39</sup> STS 5498/2012, de 24 de julio de 2012, FJ 6º.

De esta manera, hasta la aprobación de la LOMCE el Tribunal Supremo ha venido señalando que el sistema de educación diferenciada es una manifestación legítima del derecho a la libertad de enseñanza, pero en la medida en la que el régimen de admisión de alumnos previsto en la LOE prohíbe la discriminación por razón de sexo, los centros de educación diferenciada no pueden ser financiados con fondos públicos. El hecho de que las Administraciones educativas no realicen conciertos con los centros de educación diferenciada no supone una lesión al derecho de los padres a elegir el centro en el que escolarizar a sus hijos, ya que el ejercicio de dicho derecho es autónomo a la financiación de los centros de titularidad privada por parte de los poderes públicos<sup>40</sup>.

La misma lógica impidió la renovación de los conciertos a los centros de educación diferenciada en el contexto de la LOE, pues, en palabras del tribunal, “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 LOE, y a los que añadió la LOE, el del sexo, de modo que teniendo eso en consideración una vez concluida la vigencia del Concierto 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 públicos”<sup>41</sup>.

Las decisiones del Tribunal Supremo en este contexto no han sido unánimes, destacando en este sentido algunos de los votos particulares, ya que esas argumentaciones serán recuperadas posteriormente por el legislador para legitimar el modelo de educación diferenciada en la LOMCE.

El magistrado Martí García ha señalado, en relación a la Convención de la UNESCO de 1960, que “en base a tal normativa y teniendo en cuenta que en España, como se ha expuesto, está autorizada la educación diferenciada,

---

<sup>40</sup> Señala el tribunal, que “la Disposición Adicional Vigésima Quinta de la Ley Orgánica 2/2.006 pretende, y así resulta de su rúbrica *fomento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres*, es *favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombre y mujeres* y conseguir que los centros que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas sean *objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones recogidas en la Ley*. En el bien entendido que para ello deben mantener ese modelo en todas las etapas educativas y que se refiere a las previsiones recogidas en la Ley y que, por tanto, no se refiere solo a la preferencia en la posibilidad de obtener conciertos con la Administración Educativa”. STS 5498/2012, de 24 de julio de 2012, FJ 3º.

<sup>41</sup> STS 5498/2012, de 24 de julio de 2012, FJ 6º.

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<sup>42</sup>.

En la misma línea se ha pronunciado el magistrado Requero Ibáñez<sup>43</sup>, quien ha señalado que: “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 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 una matiz negativo– el problema no estaría en el acceso al régimen de conciertos, 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 conciertos, sino a los no concertados del mismo sistema educativo”<sup>44</sup>. A partir de esta argumentación, Requero señala que es

---

<sup>42</sup> En su voto particular a la STS 5492/2012 de 26 de junio de 2012. Señala Martí García: “El problema surge por tanto a partir de la Ley 2/2006. Antes que nada conviene precisar que esa Ley no solo no tiene previsión alguna ni dispone nada en contra de la posible existencia de la educación diferenciada, sino que incluso se puede y debe entender que admite su existencia cuando en su Disposición Adicional Vigésimo Quinta dispone “con el fin de favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres los centros que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas, serán objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones recogidas en la presente Ley sin perjuicio de lo dispuesto en los Convenios Internacionales suscritos por España”, de lo que es obvio y fácil inferir que si la Ley otorga prioridad a la coeducación, es claro, que no niega ni prohíbe otro tipo de educación como la educación diferenciada, y otra cosa será que la coeducación sea la prioritaria a la educación diferenciada, pero con ello también está admitiendo la posibilidad de atención a la educación diferenciada, pues la preferencia por la coeducación no impide el que también se puedan atender a otras opciones obviamente si hay posibilidad y necesidad para ello”.

<sup>43</sup> El voto particular de 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.

<sup>44</sup> En opinión de Requero Ibáñez: “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 conciertos 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

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.

La LOMCE modificó el papel de la educación diferenciada en el sistema educativo, lo cual ha tenido consecuencias directas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que se ha visto obligada a adaptarse a la nueva realidad legislativa. La jurisprudencia del Tribunal Supremo que venía dando la razón a las Comunidades Autónomas que no habían renovado los conciertos a los centros de educación diferenciada se ha invertido, de forma que el tribunal ha pasado a sentenciar a favor de los centros a los que las Administraciones educativas no han concertado –o renovado los conciertos– exclusivamente por tratarse de centros de educación diferenciada.

Un excelente ejemplo del giro jurisprudencial referido lo encontramos en la decisión del Tribunal Supremo con ocasión del recurso presentado por la Junta de Andalucía contra la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que a su vez estimó el recurso interpuesto por el titular de un colegio concertado, contra la Orden de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, y anuló dicha disposición<sup>45</sup>. La Orden de 27 de febrero de 2014 denegó la solicitud de un centro docente privado para acogerse al régimen de conciertos educativos, al estimar la Administración educativa que su modelo educativo incumplía los artículos 14 CE y 84.3 de la LOE, dado que éste no ofrecía facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza al alumnado de sexo femenino. Asimismo, puesto que el centro no escolarizaba alumnado de ambos sexos, la Administración educativa estimó que éste lesionó el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, y los apartados 5 y 13 del artículo 4º de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía<sup>46</sup>.

---

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.

<sup>45</sup> Sentencia 753/2017 de la sección 4 de la Sala de lo Contencioso de 4 mayo del 2017.

<sup>46</sup> Según los cuales, serán principios generales de actuación de los poderes públicos de Andalucía: “La adopción de las medidas específicas necesarias destinadas a eliminar las desigualdades de hecho por razón de sexo que pudieran existir en los diferentes ámbitos”; y “La incorporación del principio de igualdad de género y la coeducación en el sistema educativo”. Vid. Boletín Oficial de la Junta de Andalucía Boletín número 247 de 18/12/2007.

El Tribunal Supremo se pronunció utilizando de nuevo como referencia el mandato, contenido en el artículo 27.9 CE, de que “los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca”. El derecho de los centros de titularidad privada a ser ayudados está supeditado al cumplimiento de aquellos requisitos que señale el legislador, de forma que, en palabras del tribunal, “excluir la enseñanza diferenciada del régimen de conciertos forma parte de la potestad administrativa en materia de admisión de alumnos en los centros privados que reciben ayudas públicas”<sup>47</sup>. En palabras del tribunal: “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”<sup>48</sup>.

Uno de los puntos más conflictivos de la sentencia fue la concreción del mandato contenido en el artículo 84.3 de la LOE, en relación al artículo 2 de la Convención, de que la creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza de educación diferenciada no será discriminatoria cuando dichos sistemas o establecimientos dispongan de personal docente cualificado, facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes.

De acuerdo con la Junta de Andalucía, para que dicha equivalencia exista es necesario que existan dos locales escolares (uno para cada sexo) pertenecientes al mismo centro educativo localizados en la misma zona geográfica, y tanto el ideario como el proyecto del centro deben ser idénticos; lo que, en su opinión, no ocurría en este caso. El tribunal desestimó la petición de la Junta, señalando que: “resulta plenamente conforme con el art. 2 de la Convención citada la interpretación de que las facilidades equivalentes de acceso de ambos sexos a la enseñanza, deban ser proporcionadas, bien por los sistemas educativos, o por los establecimientos, sin que resulte exigible que en todo caso sean los centros o establecimientos los que deban ofrecer tales condiciones de acceso equivalentes para ambos sexos”<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Vid. FJ 7º.

<sup>48</sup> F.J 3º Sentencia 753/2017 de la sección 4 de la Sala de lo Contencioso de 4 mayo del 2017.

<sup>49</sup> FJ. 7º.

El Tribunal Supremo se ha manifestado en términos muy similares en sus resoluciones posteriores acerca de la denegación o no renovación de conciertos a las escuelas de educación diferenciada por parte de las Administraciones educativas<sup>50</sup>. Esta jurisprudencia puede resumirse, en palabras del tribunal, en que: “está claro a estas alturas que el artículo 27.9 de la Constitución faculta a los centros privados que lo deseen acogerse al régimen de conciertos en los términos establecidos por la ley. Es pues un derecho fundamental de configuración legal de manera que ha de buscarse en esa ley su régimen jurídico. En lo que importa ahora está establecido en el artículo 84.3 de la Ley Orgánica de Educación en la redacción que le ha dado la Ley Orgánica 8/2013. Este precepto no es, a juicio de la Sala, contrario al principio de igualdad afirmado por el artículo 14 de la Constitución ni a las normas internacionales que, por mandato del artículo 10.2 de la Constitución, han de informar la interpretación de sus normas sobre derechos y libertades”<sup>51</sup>.

## 6. DOCTRINA CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse acerca de la constitucionalidad del modelo de educación diferenciada propuesto por la LOMCE, y lo ha hecho, como a continuación veremos, con una doctrina que ilustra cierto grado de división entre los miembros del alto tribunal en este terreno.

### 6.1. Discriminación por razón de sexo y proyecto educativo

#### 6.1.1. *Conceptualización de la educación diferenciada en el marco constitucional*

La STC 31/2018 se pronunció sobre el recurso de inconstitucionalidad presentado por más de 50 diputados socialistas contra diversos preceptos de la LOMCE, y en este contexto sobre la constitucionalidad tanto del modelo de educación diferenciada como sobre la posibilidad de que dicho modelo pueda ser financiado con recursos públicos. Los párrafos segundo y tercero del artículo 84.3 LOE, en la nueva redacción dada por la LOMCE, y la

---

<sup>50</sup> A modo de ejemplo Vid. Sentencia nº 1305/2017 de TS, Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, 18 de Julio de 2017.

<sup>51</sup> Sentencia nº 1305/2017 de TS, Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, 18 de Julio de 2017, FJ 7º.



disposición transitoria segunda de la LOMCE, constituyeron el epicentro del debate constitucional, al entender los recurrentes que la expresión “no constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciada por sexos” lesiona el artículo 14 CE, ya que el modelo educativo de educación diferencia requiere separar por razón de sexo al alumnado, tanto en el proceso de admisión como en la organización de la enseñanza.

El Tribunal Constitucional conceptualizó la educación diferenciada de acuerdo con dos argumentos. En primer lugar, el tribunal estimó que la educación diferenciada no se soporta en “una determinada concepción de la vida o cosmovisión con un contenido filosófico, moral o ideológico”<sup>52</sup>, y se conforma como una manifestación de la libertad de enseñanza que ordena el artículo 27.1 CE, pues se trata de “un modelo o método pedagógico que es fruto de determinadas concepciones de diversa índole que entienden que resulta más eficaz un modelo de educación de esta naturaleza que otros”<sup>53</sup>. Y en segundo lugar, este método pedagógico permite alcanzar el mandato contenido en el artículo 27.2 CE, que ordena que el modelo educativo tenga por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el respeto a los principios y a los derechos y libertades fundamentales<sup>54</sup>.

El artículo 84. 3 LOE establece que los centros de educación diferenciada: “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”<sup>55</sup>. De acuerdo con la lógica del tribunal, la eliminación de los conceptos estereotipados de los papeles masculino y femenino pueden

---

<sup>52</sup> Pues en ese caso, según el tribunal, el debate se circunscribiría al derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones, que ordena el artículo 27.3 CE. Vid. STC 31/2018 de 10 de abril, FJ 4.

<sup>53</sup> Señala el tribunal que “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”. STC 31/2018 de 10 de abril, FJ 4.

<sup>54</sup> En palabras del tribunal: “No existe dato alguno que permita llegar a la conclusión de que dicho sistema, en cuanto tal, no sirve a los fines exigidos constitucionalmente, y en particular, a la conclusión de que no está inspirado en los principios democráticos de convivencia o en los derechos y libertades fundamentales, o de que no cumple los objetivos marcados por las normas generales”. STC 31/2018 de 10 de abril, FJ 4 b).

<sup>55</sup> En la nueva redacción dada por la LOMCE.

alcanzarse, bien cuando los alumnos de diferente sexo comparten los espacios, bien mediante las medidas que en este sentido diseñen los centros escolares e incluyan en sus proyectos educativos, siendo determinante a este respecto el papel de la inspección educativa que corresponde a los poderes públicos<sup>56</sup>.

La previsión contenida en el artículo 84. 3 LOE ha sido objeto de posterior debate constitucional con ocasión del recurso interpuesto por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias pues, en su opinión, la disposición referida: “no articula ninguna regla que permita valorar los motivos y las razones por los que, aplicando la excepción a la coeducación según el programa que el centro beneficiario invoca, se favorecen la igualdad de oportunidades u otros valores de relevancia constitucional. Tal es una exigencia insoslayable al tratarse de centros financiados con recursos públicos, sin que la mera exposición por el centro en su proyecto educativo de las razones de la elección del sistema, así como de las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad, atienda adecuadamente a las exigencias constitucionales”<sup>57</sup>. En otras palabras, en opinión de los recurrentes el legislador no ha previsto un mecanismo específico, que permita valorar adecuadamente hasta qué punto las medidas adoptadas por el centro favorecen la igualdad de oportunidades u otros valores de relevancia constitucional.

El tribunal resolvió la impugnación remitiéndose a su doctrina expuesta en la STC 31/2018, según la cual: “esa obligación de fomento se cumple con la previsión del artículo 84.3 LOE, que obliga a los centros que utilizan el método pedagógico basado en la educación diferenciada a exponer en su proyecto educativo las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad, lo que no se exige expresamente a otro tipo de centros. De esta forma, se impone convencionalmente la obligación de estimular la educación que tienda a eliminar los estereotipos de sexo”<sup>58</sup>. El 84.3 LOE se refiere exclusivamente a los centros concertados que opten por el modelo de educación diferenciada, lo cual, según el tribunal, constituye una salvaguarda suficiente.

---

<sup>56</sup> Según el tribunal: “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 [...] STC 31/2018 de 10 de abril, FJ 4.

<sup>57</sup> STC 53/2018, de 24 de mayo de 2018, FJ 7.

<sup>58</sup> STC 31/2018 de 10 de abril, FJ 4.

Asimismo, según la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960, las condiciones de las *prestaciones de los servicios docentes* son el parámetro que permite determinar cuando existe discriminación, con independencia de que la educación sea diferenciada<sup>59</sup>. En consecuencia, la discriminación depende de cuáles son los conocimientos, habilidades y destrezas que recibe el alumnado durante el itinerario educativo, y no de cuál sea su proceso de selección<sup>60</sup>.

Respecto a la posible lesión del artículo 9.2 CE, el tribunal expuso que éste “habilita y mandata al legislador para llevar a cabo fórmulas tendentes a hacer efectiva la igualdad material, en este caso entre mujeres y hombres. Pero ni le impone la adopción de medidas concretas, ni tampoco le exige acordar ningún género de prohibiciones, como sería en este caso la de otorgar un concierto, sino que sólo le faculta, in genere, para *promover, remover y facilitar*”<sup>61</sup>.

La financiación de la educación diferenciada mediante el régimen de conciertos también fue objeto de debate en el marco del artículo 116 LOE<sup>62</sup>, al estimar los recurrentes que los poderes públicos no pueden financiar una modalidad educativa que supone la discriminación de su alumnado por razón de su sexo. El tribunal estableció la constitucionalidad de que los colegios de educación diferenciada reciban financiación pública; pues, en su opinión, una vez establecida la constitucionalidad de

---

<sup>59</sup> STC 31/2018 de 10 de abril, FJ 4.

<sup>60</sup> En palabras del tribunal: “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. Por lo tanto, no se cumple la premisa de la que parten los recurrentes, la de que la educación diferenciada implica una discriminación [...] Por ello, no resulta necesario adentrarse en el análisis propuesto en el recurso, según el cual esa discriminación no estaría suficientemente justificada”. STC 31/2018 de 10 de abril, FJ 4.

<sup>61</sup> STC 31/2018 de 10 de abril, FJ 4 b).

<sup>62</sup> Según el cual “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”.

esta modalidad educativa, no tiene sentido excluir del modelo de financiación a la misma<sup>63</sup>.

### 6.1.2. *Votos particulares*

La decisión del tribunal no fue unánime, y cuatro magistrados firmaron votos discrepantes particulares a los que a continuación pasamos a referirnos.

La magistrada Roca Trias firmó un voto concurrente donde expuso que, si bien compartía la premisa de que la educación diferenciada no puede considerarse un supuesto de discriminación por razón de sexo, esto no quiere decir que exista un hipotético derecho a que los centros que optan por esta modalidad educativa sean concertados por los poderes públicos. En concreto, la magistrada discrepó con la argumentación del tribunal que conecta el derecho de los padres a elegir centro educativo con la posibilidad de que dicho centro opte por la modalidad de educación diferenciada, y convierte dicha elección en un hipotético derecho a acceder a un concierto educativo que garantice la gratuidad de las enseñanzas al amparo de los derechos 27.1 y 27.6 CE<sup>64</sup>.

El magistrado Valdes Dal-Ré firmó un voto particular muy crítico, al que se adhirió el magistrado Conde-Pumpido, al entender que los párrafos segundo y tercero del artículo 84.3 LOE vulneran el artículo 27.2 CE en relación con los artículos 1, 9.2 y 14 CE. Según Valdes Dal-Ré la constitucionalidad de un modelo educativo no puede establecerse en función de con qué ideario concreto se consigan mejores o peores rendimientos académicos<sup>65</sup>. En otras palabras, el elemento relevante a efectos constitucionales no debe ser el carácter político, ideológico o religioso, que presenta la educación diferenciada, sino la determinación de en qué medida ésta opción escolar encaja con los principios constitucionales.

Aquí se localiza, en opinión del voto particular, el principal error del voto mayoritario, pues éste ignora que “la educación diferenciada por razón de sexo niega el papel de la escuela como espacio por excelencia de so-

<sup>63</sup> STC 31/2018 de 10 de abril, FJ 4 b).

<sup>64</sup> Voto particular de la Magistrada Roca Trias a la STC 31/2018 de 10 de abril.

<sup>65</sup> En palabras de Valdes Dal-Ré: “solo orientando el contenido sustantivo del derecho a la educación hacia el logro de esos valores, bienes y derechos constitutivos del ideario educativo constitucional se protegen adecuadamente los intereses de los menores, al tiempo que se les asegura el progresivo descubrimiento y ejercicio por ellos mismos de sus derechos”.

cialización y convivencia en la igualdad desde la infancia más temprana (el respeto a los principios democráticos de convivencia, en términos del art. 27.2 CE). Contribuye de esta manera tanto a perpetuar los caducos patrones de pensamiento y estereotipos sexistas, como a dificultar la lucha contra la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género, en línea opuesta a la necesidad de avanzar en la protección de los derechos de las personas LGTBI, puesta de relieve en diversos trabajos de la Agencia de los derechos fundamentales de la Unión Europea, entre otros organismos. Por ello, lejos de cumplir con el ideario educativo constitucional, lo lesiona en uno de sus pilares: el de la igualdad, en las dimensiones complementarias que le confieren los arts. 1.1, 9.2 y 14 CE". Para el voto particular, el elemento determinante no es que los centros escolares dispongan de los mismos medios y recursos humanos y materiales para desarrollar su labor educativa, sino el contexto en el que los alumnos son educados y si éste contribuye a erradicar los estereotipos o la violencia de género<sup>66</sup>.

El magistrado Xiol Ríos también emitió un voto particular discrepante tanto con la fundamentación jurídica como con el fallo, al entender que la segregación sexual binaria en los centros docentes privados concertados vulnera la prohibición constitucional de la discriminación por razón de sexo e identidad sexual<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> Punto 2 del voto particular del magistrado Valdes Dal-Ré a la STC 31/2018 de 10 de abril. Continúa exponiendo: "3. 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". Vid. Punto 3 del voto particular.

<sup>67</sup> En sus palabras: "la segregación sexual no solo implica una discriminación por razón de sexo. Al tomar como presupuesto el sexo desde una perspectiva binaria hombre-mujer, incide en un nuevo motivo de discriminación vinculado a la identidad sexual. Si hablaba anteriormente de los prejuicios sexistas contra la mujer, ahora hay que añadir un segundo prejuicio: la percepción de que solo existen dos únicos sexos y de que todo individuo ha de tener encaje en uno de ellos. Cualquier normativa basada en el prejuicio de la dualidad sexual provoca un inmediato efecto de exclusión total de aquellas personas, como los intersexuales, que no pueden ser identificadas con ninguno de estos dos sexos, provocando con ello una

El voto particular de Xiol Rios coincide con el planteamiento de Valdés Dal-Ré acerca de que no existe ninguna justificación jurídica que avale políticas diferentes respecto a las discriminaciones por razón de sexo y raza. El argumento que añade en este terreno Xiol Rios es que el principio “separados pero iguales” que incorpora la Convención de 1960 debe interpretarse a partir de tres parámetros: primero, la educación diferenciada se justificó en aquel momento como un modelo de tránsito, que arranca con la negación del derecho a la educación a las mujeres y finaliza con su no discriminación en este terreno; segundo, cuando nuestro país ratificó el Convenio en 1969 no estaba vigente el modelo de educación mixta, que establecería la Ley general de educación de 1970; y tercero, la Convención de 1969 ha sido superada por otras posteriores, como la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, que propone a los Estados, entre otras medidas, fomentar la educación mixta.

Asimismo, Xiol Rios criticó la situación en la que el modelo de educación diferenciada coloca a la intersexualidad<sup>68</sup>, en la medida en la que “cualquier normativa basada en el prejuicio de la dualidad sexual provoca un inmediato efecto de exclusión total de aquellas personas, como los intersexuales, que no pueden ser identificadas con ninguno de estos dos sexos, provocando con ello una nueva forma de discriminación, en este caso no por segregación, sino por exclusión”.

El voto particular de la magistrada Balaguer Callejón se expresó en términos muy similares a los expuestos, toda vez que resaltó la ausencia de argumentos lógicos que expliquen cómo la educación diferenciada puede promover la *parificación social*.

## 6.2. Renovación de conciertos

La negativa de algunas administraciones a conceder o a renovar los conciertos a los colegios de educación diferenciada también ha sido objeto de debate constitucional. Un ejemplo muy ilustrativo es la decisión del Tribunal

---

nueva forma de discriminación, en este caso no por segregación, sino por exclusión”. Vid. Apartado c) del voto particular del magistrado Xiol Rios.

<sup>68</sup> Que Xiol Rios define en su voto particular como “como aquella condición en que se nace con características biológicas de sexo (anatomía sexual, órganos reproductivos o patrones cromosómicos) que no se ajustan a las normas sociales, definiciones médicas o estándares culturalmente definidos para el cuerpo femenino o masculino y que puede ser detectada al nacer o volverse aparente más adelante en la vida, especialmente durante la pubertad”.

Constitucional ante el recurso presentado contra diversas resoluciones de la Consejería de Educación y del Consejo de Gobierno de Cantabria<sup>69</sup>.

El debate se centró en la denegación por parte de la administración tanto de la renovación del concierto como del acceso al mismo de varias unidades de educación infantil. Los recurrentes alegaron que la decisión de la administración lesionó sus derechos a la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE), la dimensión prestacional del derecho a la educación (art. 27.9 CE), y la prohibición de discriminación por razón de opinión o religión (art. 14 CE). La decisión de la administración se justificó en la opción pedagógica elegida por el centro escolar en el contexto de la LOE, pues ésta prohibió expresamente la discriminación por razón de sexo en la admisión de alumnos, lo cual impide la concesión (o renovación) de un concierto a los centros de educación diferenciada<sup>70</sup>.

El tribunal recordó que, tal y como señaló en la STC 31/2018, el sistema de educación diferenciada es una opción pedagógica que no es discriminatoria, por lo que “no cabe lógicamente interpretar que la redacción originaria del artículo 84.3 LOE, al hacer referencia a la prohibición de discriminación, ha pretendido excluir ese sistema del régimen de ayudas públicas. El artículo 84.3 LOE no dispone que quedan fuera del régimen del concierto los colegios que desarrollen la educación diferenciada; prescribe simplemente que las decisiones de admisión no darán trato de inferioridad a personas o colectivos por condiciones personales o sociales como la raza, la religión, la opinión, el sexo o la orientación sexual. El precepto no añade nada a lo que ya resultaba de la propia Constitución (art. 14), por lo que la mera reiteración de la prohibición de discriminación sexual por parte del legislador orgánico no puede interpretarse como un cambio de régimen jurídico que pueda dar lugar a que el concierto previamente otorgado no pueda renovarse después en razón exclusivamente del carácter monoeducacional del centro solicitante”<sup>71</sup>. A partir de esta argumentación, el tribunal estableció que la decisión de la administración educativa vulneró el derecho fundamental a la libertad educativa (art. 27. 1 y 3 CE), en conexión con la garantía constitucional de la libertad ideológica (art. 16.1 CE).

La LOCE no incluía al sexo entre las prohibiciones de discriminación en los procesos de admisión del alumnado en los centros financiados con fon-

---

<sup>69</sup> STC 74/2018, de 5 de julio de 2018.

<sup>70</sup> STC 74/2018, de 5 de julio de 2018, FJ 5.

<sup>71</sup> STC 74/2018, de 5 de julio de 2018, FJ 5.

dos públicos. El artículo 84.3 LOE incorporó el sexo al catálogo de motivos por los que los alumnos no pueden ser discriminados en los procesos de admisión, y en consecuencia impidió que los centros de educación diferenciada pudieran acceder al sistema de concertos. La opción de la LOE fue declarada constitucional por numerosas sentencias del Tribunal Supremo<sup>72</sup>, en consecuencia, como expusieron en un voto particular los magistrados Valdés Dal-Ré y Balaguer Callejón, “la comprensión del artículo 84.3 LOE que formula la Sentencia aprobada por la mayoría del Pleno, no es compartida por el Tribunal Supremo, ni por el Ministerio Fiscal, ni por el Consejo de Estado en sus Dictámenes 172/2013 y 625/2011, ni por la doctrina científica. Desde todas esas posiciones jurídicas solventes se ha dedicado una amplísima atención a este punto, lo que por sí mismo da idea de la trascendencia del cambio legal operado en 2013, que se esfuma en el párrafo de esta Sentencia antes transcrito. Sobra añadir que tampoco es compartida por quienes rubricamos el presente voto particular”<sup>73</sup>.

Asimismo, el voto particular hizo especial incidencia en el hecho de que voto de la mayoría ampliase la interpretación de viene haciendo la doctrina constitucional de que la financiación del sistema educativo se vincula al artículo 27.9 CE, que ahora se amplía al artículo 27.3 CE, de forma que la legítima opción del legislador para organizar el modelo de financiación de los centros privados pasa a un segundo plano<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> Entre esas sentencias citadas por los magistrados Fernando Valdés Dal-Ré y María Luisa Balaguer Callejón en su voto particular a la STC 74/2018, destacan las STS de 23 de julio de 2012, dictada en el recurso de casación núm. 4591-2011; Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2012 (recurso núm. 5423-2011), de 9 de octubre de 2012 (recurso núm. 5182-2011), de 14 de enero de 2013 (recurso núm. 1303-2012), de 15 de enero de 2013 (recurso núm. 4928-2011), de 21 de enero de 2013 (recurso núm. 5069-2011), de 22 de enero de 2013 (recurso núms. 541-2012, 6251-2011, 4595-2011, 5414-2011), de 23 de enero de 2013 (recurso núm. 1171-2012), de 26 de febrero de 2013 (recurso núm. 638-2012); de 23 de junio de 2014 (recurso núm. 2251-2014), de 16 de julio de 2014 (recurso núms. 2619-2012 y 3089-2012), de 17 de julio de 2014 (recurso núms. 2296-2012 y 2151-2012), y de 18 de julio de 2014 (recurso núm. 1573-2012).

<sup>73</sup> Voto particular a la STC 74/2018 de los magistrados Fernando Valdés Dal-Ré y María Luisa Balaguer Callejón.

<sup>74</sup> Como señalan en su voto particular a la STC 74/2018 los magistrados Fernando Valdés Dal-Ré y María Luisa Balaguer Callejón, “La doctrina previa no ofrece dudas: la financiación del sistema educativo se vincula al apartado noveno del artículo 27 CE, y no al apartado tercero. Cuando la Constitución dice que «los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca», fija una obligación de acción positiva a las administraciones públicas, confiriéndoles un margen para establecer condiciona-



## 7. CONSIDERACIONES FINALES

La regulación del régimen de conciertos, y en este contexto de la educación diferenciada, operada por la LOE y la LOMCE ilustra la tensión que históricamente ha existido en nuestro ordenamiento jurídico entre los derechos a la educación y a la libertad de enseñanza. La LOE propuso un modelo en el cual el derecho a la educación se canalizase principalmente a través de la escuela pública, y 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 social. La LOMCE incorporó el principio de demanda social al modelo de programación de la red centros (sin ningún tipo de límite o de cláusula de salvaguarda del sistema educativo de titularidad pública), eliminó la garantía contenida en la LOE de que existan plazas en las escuelas públicas suficientes, abriendo las puertas a una posible privatización del sistema educativo, al promover la subsidiariedad del Estado respecto de la enseñanza privada; y en relación a la educación diferenciada por razón de sexo, señaló que ésta no es discriminatoria cuando se desarrolle conforme a 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.

La Convención de la UNESCO de 1960 ha sido el parámetro utilizado por el legislador en la LOMCE para habilitar el modelo de educación diferenciada. Se trata de una Convención que, tal y como indica su propia redacción, es de cumplimiento voluntario por parte de los Estados, y que en ningún supuesto ordena a los Estados financiar este modelo educativo. Desde esta perspectiva, tanto la LOE como la LOMCE son coherentes con la Convención pues en ambos supuestos el legislador ha ejercido su derecho a interpretar en uno u otro sentido el texto de la misma, aunque de forma claramente opuesta; ahora bien, la posibilidad interpretativa que la Convención permite a nuestro legislador no quiere decir que ésta sea *per se* coherente con el texto constitucional.

El legislador del 2013 modificó la normativa educativa con el objeto, confesado en el preámbulo de la norma, de modernizar y adaptar el sistema

---

mientos y limitaciones legales para el acceso de dichos centros a las ayudas (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 20). No se trata un derecho individual, reconocido a cada familia, a cada padre y cada madre. Es una obligación prestacional imputada al Estado, no un derecho subjetivo reconocido a las familias, lo que nos lleva a recordar quienes son los recurrentes en el presente procedimiento constitucional”.

educativo a los profundos cambios a los que se enfrenta la sociedad actual, los cuales demandan una continua y reflexiva adecuación de dicho sistema a las *emergentes demandas de aprendizaje*; y, sin embargo, propuso como criterio de interpretación del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo en el contexto educativo una Convención de 1960, pese a la numerosa normativa, tanto nacional como internacional, que se ha aprobado con posterioridad en este terreno. La Convención fue ratificada por nuestro país (1969) antes de que se adoptase el modelo de educación mixta mediante la Ley general de educación de 1970, que ha sido superado en sus planteamientos y objetivos por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que establece que “el sistema educativo incluirá, dentro de sus principios de calidad, la eliminación de los obstáculos que dificultan la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y el fomento de la igualdad plena entre unas y otros”<sup>75</sup>.

En otras palabras, pese a las diferentes opciones que el legislador de la LOMCE tenía para interpretar el alcance y contenido de un principio constitucional tan relevante en el ámbito educativo, éste optó por la interpretación que ofrece un texto preconstitucional, y que atiende a necesidades e intereses que, al menos *a priori*, pueden ser diferentes de los que demanda la sociedad democrática, plural e igualitaria del siglo XXI.

El Tribunal Constitucional parece haber cerrado el debate en torno a la constitucionalidad de la educación diferenciada con una decisión que se soporta en dos argumentos. En primer lugar, el elemento relevante para determinar cuándo se ha producido una discriminación por razón de sexo en el contexto educativo es el resultado final del proceso formativo, de forma que si los alumnos obtienen el mismo nivel de destrezas, habilidades y conocimientos no cabe hablar de discriminación, con independencia de que estos sean educados exclusivamente con alumnos de su mismo sexo. Y en segundo lugar, una vez establecida la constitucionalidad del modelo de educación diferenciada, no tiene sentido que esta modalidad no pueda ser objeto de concierto, al igual que ocurre con el resto de fórmulas pedagógicas.

La división de los magistrados del Tribunal Constitucional respecto a la constitucionalidad del modelo de educación diferenciada presenta como telón de fondo la determinación de cuál es el alcance y contenido del principio de igualdad en el terreno educativo, para unos la igualdad referida puede reconducirse a que los centros escolares dispongan de los mismos medios y

---

<sup>75</sup> Vid. art. 23.

recursos humanos y materiales; mientras que para el sector minoritario de los magistrados el elemento central de este debate es el contexto (mixto o diferenciado) en el que los alumnos son educados.

La posición del Tribunal Constitucional se soporta en una interpretación de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza anclada en los años 60, y que por tanto ignora que desde entonces el sistema educativo y la sociedad española han evolucionado de forma considerable, gracias a la aprobación de legislación conducente a fomentar la igualdad de género y de oportunidades entre mujeres y hombres tanto en nuestro país como en el contexto de la Unión Europea.

Asimismo, la doctrina constitucional no ha tenido en cuenta dos argumentos de especial relevancia. Por una parte, como señalaron algunos de los votos particulares a la STC 31/2018 (Valdes Dal-Ré, Conde-Pumpido y Xiol Ríos), la argumentación del voto mayoritario para justificar la constitucionalidad del modelo de educación diferenciada presenta cierta similitud con el principio “separados pero iguales”, que sirvió durante muchos años para legitimar la discriminación racial en la escuela en algunos Estados estadounidenses; ahora bien, si es evidente que la segregación racial en la escuela sería inconstitucional con independencia de cuáles fueran los fundamentos pedagógicos que justificasen la segregación, por qué no lo es la educación diferenciada por razón de sexo. Y por otra, la educación diferenciada requiere educar a los niños o niñas que habitualmente residen en el mismo vecindario conjuntamente, lo cual supone que indirectamente los demás alumnos deberán escolarizarse con alumnos de su mismo sexo –debido a la escasez de alumnos del sexo opuesto–, con independencia de cuáles sean los deseos de sus padres.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido coherente con la alternancia de modelos educativos descrita, toda vez que la misma se ha limitado a ajustarse al espíritu de la norma objeto de debate, primero en el contexto de la LOE dando la razón a las Comunidades Autónomas que no concedieron o retiraron los conciertos educativos a los centros de educación diferenciada, y posteriormente en el marco de la LOMCE reconociendo el derecho de los centros mencionados a obtener o recuperar conciertos educativos.

El análisis de la jurisprudencia y la doctrina constitucional ilustran en qué medida nuestro modelo constitucional es flexible, dado que, al menos *a priori*, parece que ambas posiciones del legislador (financiar o no a la educación diferenciada) encajan en nuestro modelo constitucional.

Por último, hay que señalar que la alternancia de modelos educativos descrita ilustra la necesidad de alcanzar un pacto de Estado en este terreno, y de que éste sea consensuado por los principales partidos políticos. La incompetencia de los actores políticos para ejercer sus funciones con la responsabilidad debida en el ámbito educativo se traduce en un derroche de recursos económicos y humanos que no podemos permitirnos y, mucho más importante, en la continúa inadaptación del sistema educativo a las necesidades de la sociedad.

OSCAR CELADOR ANGÓN  
*Universidad Carlos III de Madrid*  
*C/Madrid, 126*  
*Getafe 28903 Madrid*  
*e-mail: oscar.celador@uc3m.es*