

ANTROPOLOGÍA CRISTIANA Y DERECHOS FUNDAMENTALES

Algunos desafíos del siglo XXI al Derecho
Canónico y Eclesiástico del Estado



Lourdes Ruano Espina y Aurora M.^ª López Medina
Coordinadoras

Antropología cristiana y derechos fundamentales

**Algunos desafíos del siglo XXI al Derecho
Canónico y Eclesiástico del Estado**

*Actas de las XXXVIII Jornadas de Actualidad Canónica,
organizadas por la Asociación Española de Canonistas y
celebradas en Madrid, los días
4 al 6 de abril de 2018*

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE CANONISTAS

**Antropología cristiana y derechos
fundamentales**

**Algunos desafíos del siglo XXI al Derecho
Canónico y Eclesiástico del Estado**

*Actas de las XXXVIII Jornadas de Actualidad Canónica,
organizadas por la Asociación Española de Canonistas y
celebradas en Madrid, los días
4 al 6 de abril de 2018*

**Lourdes Ruano Espina
Aurora M^a López Medina
(Coords.)**



Dykinson, S. L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407.

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Copyright by
Asociación Española de Canonistas
Madrid, 2018

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69

e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-9148-896-5

Diseño de cubierta:
Miguel Angel Puchades Olmos

Maquetación:
german.balaguer@gmail.com

Impresión:
SAFEKAT, S.L.

LOS CONCIERTOS EDUCATIVOS EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

JORGE OTADUY
Universidad de Navarra

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

1.1. Modelo constitucional de ayuda a los centros docentes

El concierto educativo es el instrumento principal establecido por el legislador español para cumplir el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de ayudar a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca (art. 27.9 CE).

Este mecanismo de cooperación económica de las Administraciones públicas con los centros escolares de iniciativa social fue introducido por la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (LODE), que dedicaba a los centros concertados el amplio Título IV (artículos 47 a 63), modificado en parte por la legislación posterior. La norma relativa a los conciertos en la actualidad se encuentra en el artículo 116 de la Ley Orgánica de Educación, según la redacción de la LOMCE de 2013 (Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, de mejora de la calidad educativa). Permanece en vigor el Reglamento de normas básicas de conciertos educativos, aprobado mediante Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre.

El concierto educativo es un contrato entre la Administración educativa y el titular del centro docente en el que se establecen las obligaciones recíprocas en orden a proporcionar el servicio de la educación¹. Si bien hay que tener

¹ No pretendo en este momento abordar específicamente una cuestión que admite múltiples matizaciones, como se desprende de la diversidad de posiciones de la doctrina sobre el particular. Vid., A. GONZÁLEZ-VARAS, *Derechos educativos, calidad en la enseñanza y proyección jurídica de los valores en*

en cuenta que no nos encontramos propiamente ante una manifestación de la autonomía privada, porque el contenido del acuerdo viene delimitado por vía legal y queda sustraído a la disposición de las partes.

En sintonía con los textos internacionales sobre derechos humanos, la Constitución española determina que la enseñanza básica es obligatoria y gratuita (art. 27.4)². Hay que tener en cuenta, a la vez, que el mismo texto constitucional reconoce el derecho de las personas físicas y jurídicas a la libre creación de centros docentes (art. 27.6) y también el de los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3). El diseño constitucional del sistema educativo español contempla la existencia de un derecho a la educación universal en el marco de una pluralidad de modelos de enseñanza, de manera que se garantice una efectiva libertad de elección de centro docente por parte de los padres o tutores.

La lógica del sistema descrito –que armoniza universalidad del derecho y libertad de elección de centro– conduce a admitir que la gratuidad de la enseñanza básica obligatoria no es atributo exclusivo de los centros públicos sino que puede extenderse a los centros de iniciativa social, en la medida en que resulten elegidos por los padres o tutores. Además, el número 9 del mismo artículo 27 declara –como ya se ha dicho– el compromiso de ayuda por parte de los poderes públicos a todos los centros que reúnan los requisitos que la ley establezca. Hablar de ayuda en el caso de los centros públicos parece un eufemismo, cuando no se contempla otra posibilidad que la financiación completa de todos sus gastos con cargo al erario de las Administraciones. Por lo que se refiere a las ayudas a los centros de iniciativa social, no tienen por qué limitarse a los niveles de la enseñanza obligatoria, en los que todos tienen derecho a

las aulas, Tirant lo Blanch, Valencia 2015, 210-239; J.M. DÍAZ LEMA, *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro Derecho nacional y en el Derecho comparado*, Marcial Pons, Madrid 1992; I. DE LOS MOZOS TOUYA, *Educación escolar y concierto escolar*, Montecorvo, Madrid 1995.

² Baste citar a estos efectos las disposiciones internacionales básicas relativas al acceso a la enseñanza. *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (1948), Artículo 26. 1: «Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos». *Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales* (1966), Artículo 13.2: «2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita».

la gratuidad, sino que pueden extenderse a los niveles no obligatorios (como el bachillerato). También cabe imaginar otro tipo de ayudas para centros no públicos distintas del concierto, como las subvenciones o las desgravaciones fiscales en favor de la entidad titular o de los usuarios del servicio.

Las ayudas públicas –en particular el concierto– tienden, en suma, a hacer posible la libertad de elegir centro escolar, si bien con arreglo a la correspondiente regulación del derecho por vía legal.

1.2. Sistema educativo de carácter mixto o dual

La acogida del pluralismo educativo en nuestro ordenamiento no ha sido fruto solamente de una opción ideológica sino también de un acto de realismo político. El modelo actual es deudor del sistema educativo que se fue configurando en España durante el último tercio del siglo pasado, cuando las necesidades del desarrollo económico y las transformaciones sociales inducidas por este elevaron de modo considerable la demanda social de educación. «El incremento consiguiente fue atendido, primordialmente, por la oferta pública con la consiguiente alteración de las proporciones hasta entonces prevalentes entre el sector público y el privado. De este modo, acabaron de configurarse los contornos característicos del actual sistema educativo en España: un sistema de carácter mixto o dual, con un componente público mayoritario y uno privado de magnitud considerable»³. En 1970 la Ley General de Educación estableció la obligatoriedad y gratuidad de una educación básica unificada. Como acierta a resumir el legislador de 1985, «concebía ésta como servicio público, y responsabilizaba prioritariamente al Estado de su provisión. Ello no obstante, 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»⁴.

Los principios de equidad y de libertad que pretenden inspirar nuestro modelo educativo de acuerdo con los términos de la Constitución y de las leyes de desarrollo en materia educativa no siempre han sido asumidos, a mi parecer, con un alto grado de convicción política. El difícil equilibrio entre estos principios complementarios requiere que cada uno de ellos sea sinceramente comprendido y apreciado, en lugar de ser considerados como límite u obstáculo para la implantación efectiva del otro.

³ Ley Orgánica 8/1985, de 3 julio, Preámbulo, párrafo 3º.

⁴ *Ibidem*, párrafo 4º.

1.3. El principio de asimilación

En la tensión entre la universalidad del derecho y la libertad de su ejercicio la peor parte ha corrido por cuenta de la libertad. Es discutible que el desarrollo normativo en el ámbito de la educación haya sido fiel al sistema de pluralismo escolar pactado en la Constitución. Me refiero sobre todo a que el impulso legislativo no ha propiciado que la llamada red dual de centros de enseñanza pudiera actuar como instrumento para hacer efectiva la pluralidad de modelos educativos –dentro de los criterios comunes que deben reunir las enseñanzas que aspiran a un reconocimiento oficial–, sino que ha propiciado más bien una fórmula de asimilación de todos los modelos presentes en la sociedad al de la enseñanza pública. Naturalmente, la Constitución presenta unos límites infranqueables, pero ello no impide que los centros educativos distintos de los creados por los poderes públicos se encuentren sometidos a una fuerte presión.

Es muy significativo, a estos efectos, el criterio de clasificación de centros escolares que aparece en la LODE, que a mi juicio tiene un alto valor interpretativo porque es el primer desarrollo de la Constitución en materia educativa desde una orientación política de izquierda. Según el criterio de la titularidad –que cabría suponer el más relevante, por atender a la naturaleza de las cosas– es claro que la distinción se establecería entre centros públicos y privados. Estos últimos pueden ser concertados, pero no pierden su condición de centros privados. Sin embargo, en la LODE la línea divisoria no viene marcada por la titularidad de los centros sino por la percepción de fondos públicos para su sostenimiento. Distingue así los centros privados que, según dice, «funcionan en régimen de mercado, mediante precio, y los centros sostenidos con fondos públicos, y dentro de éstos los privados concertados y los de titularidad pública»⁵. La integración de los centros concertados en una única categoría junto con los públicos denota claramente la voluntad de asimilación del modelo, a la que me he referido.

Según el planteamiento legal, los centros públicos y concertados son los que constituyen la denominada red dual a la que se encomienda la provisión de la educación obligatoria en régimen de gratuidad. Los centros no concertados reciben una consideración marginal a los efectos de integración del sistema educativo; su existencia sería mero resultado de la libertad de empresa, por cuanto funcionarían en régimen de mercado, mediante precio, sin contemplarse la posibilidad de realización de otros valores (como, por ejemplo, la oferta de una opción educativa diversa de la específica de la enseñanza pública). Por otra parte, la cruda invocación en este contexto de la libertad de empresa y del

⁵ Ley Orgánica 8/1985, de 3 julio, Preámbulo, párrafo 11º.

régimen de mercado no hace justicia a la realidad de que muchas entidades sociales promotoras de proyectos educativos carecen de ánimo de lucro y no actúan por interés mercantil.

Los dos principios de importancia capital en el sistema de enseñanza, según la LODE, son los de programación y de participación. La programación «debe asegurar simultáneamente el derecho a la educación y la posibilidad de escoger centro docente dentro de la oferta de puestos escolares gratuitos, pues tal libertad no existe verdaderamente si no está asegurado aquel derecho para todos»⁶. En efecto, no hay libertad sin derecho a la educación. A lo que cabría añadir –y es la afirmación que no se encuentra en la ley– que tampoco existe un verdadero derecho a la educación sin libertad.

La aceptación por parte de un centro docente del régimen de concierto no obliga solo a implantar la gratuidad de la enseñanza sino también a pagar un alto precio en términos de autonomía, consecuencia de la aplicación del régimen de los centros públicos en materia de admisión de alumnos y de órganos de gobierno.

1.4. Opciones metodológicas

Me ha parecido oportuno realizar estas consideraciones previas antes de abordar lo que es objeto específico de esta intervención, a saber, el estudio de la jurisprudencia sobre los conciertos.

Los análisis de jurisprudencia corren el riesgo de resultar particularmente farragosos, sobre todo si abundan en la cita textual de la literatura judicial, no siempre modelo de economía de expresión ni de claridad expositiva (dicho sea con el mayor respeto hacia jueces y magistrados). Pues bien, para intentar eludir ese peligro he realizado algunas opciones metodológicas.

La primera ha sido agrupar el estudio de la jurisprudencia en torno a algunas cuestiones de mayor importancia desde el punto de vista de la garantía de los derechos fundamentales, dejando de lado otras de carácter secundario a los efectos de este estudio. Los aspectos que he seleccionado son la interpretación del principio de subsidiariedad en materia educativa; el régimen de admisión de alumnos; el concierto como derecho de los centros; y la viabilidad de la enseñanza diferenciada por razón de sexo.

En segundo lugar, pretendo identificar las resoluciones judiciales esenciales sobre los aspectos a los que me refiero; es decir, aquellas que marcan la tendencia mediante la propuesta de una verdadera doctrina legal (y, even-

⁶ *Ibidem*, párrafo 14º.

tualmente, aquellas que contradicen esa doctrina). No me referiré solo a la jurisprudencia reciente sino que trataré de presentar –siquiera sintéticamente– el itinerario completo de la interpretación jurisprudencial de las normas.

Deseo también advertir que –por atenerme al tratamiento jurisprudencial del tema, que es lo que se me ha pedido– prescindo de referencias a la doctrina científica, si bien el cabal entendimiento de la materia aconseja, naturalmente, la consulta de los autores.

Finalmente, trataré de reducir al mínimo las citas textuales de las resoluciones judiciales para exponer de manera sintética y, en la medida de lo posible, clara, la sustancia de la doctrina.

2. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD INVERSA

Uno de los núcleos en torno a los que agrupo una interesante doctrina jurisprudencial es lo que denomino el “principio de subsidiariedad inversa”.

Se aprecia una tendencia en algunas Administraciones educativas autonómicas a suprimir unidades concertadas cuando en el territorio existen plazas disponibles en los centros públicos. El TSJ de Galicia, por ejemplo, avaló una Orden de la Consejería de Educación mediante la que se denegó la transformación de unidades concertadas de Formación Profesional de segundo grado en unidades de Bachillerato. A juicio de la Sala gallega «rige en esta materia el principio de subsidiariedad en el sistema de ayudas a los centros docentes recogido en el artículo 27.9 de la Constitución y plasmado en el Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, pues resulta lógico que se conceda preponderancia a la enseñanza pública antes de acudir al régimen de conciertos, de modo que la subvención a los centros privados se justifica únicamente cuando la oferta pública de puestos escolares no tuviera capacidad para satisfacer la demanda escolar»⁷.

El Tribunal Supremo dio por bueno el parecer expuesto en la instancia⁸, sobre la base de lo afirmado por el Tribunal Constitucional en Sentencia de 27 de junio de 1985, según el cual «el artículo 27.9 de la Constitución no puede interpretarse como una afirmación retórica, de manera que quede en manos del legislador la posibilidad de conceder o no esta ayuda (...) pero tampoco puede aceptarse el otro extremo, que del artículo 27.9 se desprenda un deber de ayudar a todos y cada uno de los Centros docentes por el solo hecho de serlo,

⁷ Tribunal Superior de Justicia de Galicia, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) Sentencia núm. 216/2004 de 17 marzo [RJCA 2004 791].

⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) Sentencia de 29 enero 2008 [RJ 2008 324].

pues la remisión a la Ley que se efectúa en el artículo 27.9 de la Constitución puede significar que esa ayuda se realice teniendo en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales»⁹.

Sin embargo, en resolución posterior de la misma Sala y Sección, de 6 de noviembre del mismo año 2008, el criterio es otro¹⁰. El supuesto de hecho se refería entonces a la reducción de una unidad concertada en un centro de educación primaria con el argumento de que las necesidades de escolarización estaban suficientemente cubiertas por centros sostenidos con fondos públicos, por lo que no se encontraba justificado el incremento de gasto que comportaría acceder a la pretensión del centro concertado de incrementar unidades en atención a la demanda social.

La sentencia de instancia invocaba el ya conocido principio de subsidiariedad inversa y la doctrina del Tribunal Constitucional en la sentencia últimamente citada, que declara la inexistencia de un deber constitucional de subvencionar a todos los centros, pues ha de contarse en todo caso con la insoslayable limitación de los recursos disponibles, por lo que resulta atendible aquella razón directamente conectada con la reducción del gasto público¹¹. A juicio de la Sala de casación, sin embargo, este planteamiento «no puede compartirse porque es contraria a la letra y al espíritu de la Constitución y de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación»¹².

Argumenta la sala que «los centros privados concertados poseen la garantía institucional constitucionalmente expresada y legalmente reconocida de sostenimiento por las Administraciones Públicas competentes de la gratuidad de la enseñanza básica que se declara obligatoria y gratuita», por más que la expresión “ayudarán” que utiliza el art. 27.9 de la Constitución pueda calificarse de ambigua. «En consecuencia, concluye, el principio de subsidiariedad al que se refiere la sentencia no puede aceptarse del modo que la misma lo entiende, de forma que existiendo oferta de enseñanza básica suficiente en centros públicos la misma es preferente a la existente en los centros privados que reúnan los requisitos legales que, en esos casos, no tendrán derecho al concierto»¹³.

⁹ Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 77/1985, de 27 de junio [RTC 1985 77]. Fundamento jurídico 11.

¹⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) Sentencia de 6 noviembre 2008 [RJ 2008 6663].

¹¹ Cfr. Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia 77/1985, de 27 de junio [RTC 1985 77]. Fundamento jurídico 11.

¹² Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) Sentencia de 6 noviembre 2008 [RJ 2008 6663] Fundamento jurídico Séptimo.

¹³ *Ibidem*.

En suma, el llamado principio de subsidiariedad inversa impone una interpretación contradictoria con nuestra Constitución, pues supondría que en el momento en que los poderes públicos pudiesen disponer de puestos escolares para cubrir todas las necesidades educativas estaría proscrita en nuestro país la libertad de elección de centro docente sancionada por las leyes, y esta interpretación es constitucionalmente inviable.

La obligación de los poderes públicos de garantizar la efectividad de los derechos y libertades reconocidos por la Constitución queda cumplida sosteniendo con fondos públicos a los centros privados concertados que cumplan los requisitos establecidos por la Ley y que, en ejercicio de su derecho de elección, sean escogidos por las familias. Por el contrario, el derecho de elección de centro y del tipo de educación quedará gravemente vulnerado si se reconoce a los poderes públicos la capacidad de reducir el concierto educativo a centros privados por el hecho de que existan plazas libres en los centros públicos, pues si tales plazas están libres es, precisamente, porque las familias no las eligen¹⁴.

A título más bien anecdótico cito una interesante resolución de 10 de septiembre de 2008, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 8 de Barcelona, que ilustra claramente acerca de la rumbosa manera de entender la Generalidad de Cataluña el principio de planificación educativa¹⁵.

Interponen recurso los padres contra la inadmisión de su hija en un centro concertado. El argumento para negar la escolarización deseada fue que el municipio ofrecía plazas suficientes y que estaba a disposición de la hija de los recurrentes una plaza en un centro público de nueva creación. En tal centro, en efecto, el número de plazas ofertadas era de cien y se habían cubierto noventa y cinco. Apela el Letrado que asiste a la Generalidad en este caso «al derecho a la educación, que prevalece sobre el derecho de los recurrentes a la libre elección de centro educativo, por razones materiales y presupuestarias».

El supuesto derecho a la educación que invoca la Administración no sólo no puede imponerse sobre un derecho fundamental –sostiene la sentencia–, sino que no existe como tal derecho, sino como una facultad que asiste a la Administración y en todo caso se subordina al derecho de libre elección de los padres. Y concluye que «no cabe desnaturalizar los derechos fundamentales, de modo que no se reconozca en ellos su fisonomía propia, como ocurre, sin duda, cuando el derecho a elegir un centro que responda al ideario religioso y moral de los padres se reduce a la nada, al imponerse a los padres una plaza

¹⁴ Cfr. *Ibidem* Fundamento jurídico Quinto.

¹⁵ Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 8 de Barcelona, Sentencia núm. 247/2008 de 10 septiembre [JUR 2008 334833].

en el centro que a la Administración le conviene y que ni por aproximación ofrece lo que se buscaba del centro elegido».

En fecha reciente, sin embargo, se ha vuelto a sostener el principio de la subsidiariedad inversa.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Sevilla, estimó el recurso contra la Orden de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, que acordó denegar la renovación del concierto educativo para una unidad de infantil de tres años¹⁶. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo casa y anula la sentencia. A su parecer, debe prevalecer la proporcionalidad entre centros públicos y concertados pues de lo contrario quedarían plazas vacantes en centros públicos, a lo que añade la invocación de los principios economía y eficiencia; y concluye que no puede imponerse un aumento de plazas concertadas cuando hay oferta en centros públicos¹⁷.

Se formula Voto particular según el cual la sentencia mayoritaria, al estimar el recurso de casación, «respalda un criterio de la Administración recurrente que, de forma expresa e intencionada, prescinde de los derechos deducibles del artículo 27 de la Constitución: su lógica llevará a que mientras existan plazas vacantes en centros públicos, se cercenará el derecho fundamental de los padres para llevar a sus hijos a un colegio de su elección en el que se impartan las enseñanzas obligatorias en régimen de gratuidad. Además coloca sobre tal derecho fundamental otro argumento: en los centros públicos “la sexta unidad no se puede suprimir de ningún modo porque la totalidad del profesorado de Educación Infantil tiene carácter definitivo en estos centros, lo que supondría desplazamiento del personal funcionario”; es decir, por encima de los criterios deducibles del artículo 109 de la Ley Orgánica de Educación se coloca tal argumento que excede de la potestad de programación»¹⁸. En definitiva –continúa–, «contempla la gestión de un servicio público atribuyendo a la enseñanza concertada una función subsidiaria y esta Sala, apartándose de una andadura jurisprudencial *pro libertate*, ampara un criterio según el cual una acción de fomento –que es en definitiva el sistema de conciertos– se ejerce al margen del mandato del artículo 9.2 de la Constitución: “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”. No entra en la lógica administrativa que mediante el sistema de conciertos que

¹⁶ Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) Sentencia núm. 502/2014 de 15 mayo [JUR 2014 284637].

¹⁷ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) Sentencia núm. 1126/2016 de 18 mayo [RJ 2016 3078].

¹⁸ Voto particular que formular el magistrado José Luis Requero Ibáñez, Segundo.

gestiona se creen las condiciones para que los derechos educativos sean reales y efectivos»¹⁹.

Es preciso reconocer que en fecha posterior el Tribunal Supremo ha vuelto a mantener lo que constituye ya sin duda doctrina legal en este punto. En sentencia de 25 de mayo de 2016 se desautoriza la interpretación del principio de subsidiariedad según la cual la enseñanza concertada solo debería intervenir cuando la pública no alcance la plena y completa escolarización²⁰. «Bastaría para desautorizar dicha interpretación con señalar que esta Sala Tercera ha declarado que no resulta de aplicación el principio de subsidiariedad en relación con la enseñanza privada concertada. Nos referimos a nuestras sentencias de 6 de noviembre de 2008 y de 18 de enero de 2010 al concluir la primera de ellas, y reiterar la segunda, que “esa afirmación no puede compartirse porque es contraria a la letra y al espíritu de la Constitución y de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación”²¹. La afirmación a que se refiere es la alusión expresa que hacía la sentencia de instancia, que fue casada, al principio de subsidiariedad». Y se lee seguidamente que «la solución contraria a la que sostenemos determinaría que la Administración educativa podría ir incrementado plazas en los centros públicos, y correlativamente suprimir unidades en los centros privados concertados (a pesar de que la demanda de los mismos se mantenga o se incremente y se cumpla la ratio profesor–alumnos), haciendo desaparecer esa necesidad de escolarización, y por dicha vía, derogar el sistema de conciertos previsto en la ley. Esta consecuencia distorsiona y vulnera el sistema que traza la Ley Orgánica de Educación, violenta el régimen dual que regula y se apoya en el principio de subsidiariedad que esta Sala Tercera ya ha desautorizado»²². Me parece difícil expresarse con mayor claridad. Hay sentencias más recientes en el mismo sentido, como las de 24 de mayo y 11 de julio de 2017²³.

3. LA ADMISIÓN DE ALUMNOS EN LOS CENTROS CONCERTADOS NO FORMA PARTE DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA DIRECCIÓN DEL CENTRO

Mediante decreto 22/2004 de 2 de marzo, la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha procedió a la administrativización de la gestión del proceso

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) Sentencia núm. 1180/2016 de 25 mayo [RJ 2016 2269].

²¹ *Ibidem*, Fundamento jurídico Noveno.

²² *Ibidem*.

²³ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) Sentencia num. 915/2017 de 24 mayo [RJ 2017 2572] y (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) Sentencia num. 1214/2017 de 11 julio [RJ 2017 3309].

de selección de alumnos de los centros docentes sostenido con fondos públicos, sustrayendo la competencia a los titulares de los centros y confiriéndola a los denominados consejos de escolarización, provinciales y locales, órganos de naturaleza administrativa aunque de composición mixta.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha dictó sentencia de fecha 10 de noviembre de 2004²⁴, estimatoria parcialmente del recurso deducido por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales de la persona contra el decreto citado.

La sentencia señala, en efecto, que la representación de los titulares de centros privados en los consejos de escolarización es absolutamente minoritaria dentro de una composición muy plural y diversa, y termina destacando que el cambio de sistema introducido por el decreto 22/2004 es notable «al desaparecer prácticamente toda intervención de los titulares de los centros privados en el proceso de admisión del alumnado que solicite plaza en los mismos, reduciéndose a la mera recepción de las solicitudes que los padres decidan presentar en los mismos y a remitirlas a los consejos de escolarización, órganos administrativos en los que se les asigna una mínima representación, todo ello al margen de la limitada participación que se reconoce a los consejos escolares de los mismos centros en el citado procedimiento»²⁵.

Con este planteamiento de partida, la sentencia pasa a examinar si la regulación contenida en el decreto 22/2004 es o no compatible con las determinaciones de la Ley Orgánica 8/1985 (LODE) y de la Ley Orgánica 10/2002 (LOCE), y, en definitiva, si se ha producido o no la vulneración de los derechos fundamentales que invocan los demandantes. La Sala de instancia concluye que las disposiciones reglamentarias impugnadas contravienen los preceptos legales y vulneran el derecho a la creación y dirección de centros docentes reconocido en el artículo 27.6 de la Constitución, rechazando en cambio que haya sido vulnerado el derecho a la libre elección de centro de enseñanza.

Visto el asunto en casación, el Alto Tribunal entiende que la sentencia de instancia hace una interpretación errónea del derecho a la creación de centros privados sostenidos con fondos públicos y a intervenir en la selección de los alumnos²⁶. Sostiene que la base del razonamiento de la sentencia de instancia, esto es, que la competencia sobre la admisión de alumnos forma parte del contenido esencial del derecho constitucional de dirección del centro, constituye un

²⁴ Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª. Sentencia núm. 528/2004 de 10 noviembre [RJCA 2004 1046].

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) Sentencia de 28 mayo 2007 [RJ 2007 5060].

apriorismo. La existencia de tal atribución como parte integrante del derecho fundamental no se deriva, de forma directa ni indirecta, de la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de junio de 1985²⁷. Aun aceptando que el Tribunal Constitucional no hace una relación exhaustiva del haz de facultades decisorias que delimitan positivamente el contenido esencial del derecho, la facultad de decidir sobre la admisión de alumnos no se encuentra entre las que enumera la sentencia; ni hay base para afirmar que la atribución de esa competencia sea indispensable para garantizar el respeto al carácter propio del centro o que sin ella quede cercenada la potestad de dirección²⁸.

En el mismo sentido excluyente de la facultad de la admisión de alumnos como parte del derecho de dirección de centros se encuentra la doctrina del Tribunal Supremo establecida con motivo de conflictos con las normas reglamentarias reguladoras de la zonificación²⁹. La zonificación que la Administración establezca a los efectos de la elección de centro, se dice, debe admitirse mientras no se demuestre inequívocamente la arbitrariedad de la medida.

El origen de los litigios se encuentra en una resolución de la Consejería de Educación del principado de Asturias mediante la que se delimitaba las áreas de influencia y las áreas limítrofes de los centros docentes no universitarios públicos y privados concertados. La escasa superficie de las nuevas áreas reducía drásticamente, a juicio de los recurrentes, la posibilidad de elección de centro y ponía en peligro las legítimas expectativas de continuidad de quienes cursaban la enseñanza infantil en las etapas siguientes.

Razona la Sala que el poder público cuenta con un abanico de potestades para garantizar el derecho a la educación que se traduce en la posibilidad de establecer requisitos y condiciones para su ejercicio. El límite de tales potestades sería –dice– lo prohibición de la arbitrariedad. No han demostrado los recurrentes –concluye– que la zonificación establecida por la Administración haya sido arbitraria³⁰.

Esta doctrina condujo a la anulación de una resolución del Tribunal Superior de Justicia de Asturias –es la segunda sentencia a la que me refiero– que estimó, en el caso de un determinado centro docente, la lesión del derecho a la educación como consecuencia de la nueva zonificación. La Sala de instan-

²⁷ Pleno. Sentencia de 27 de junio de 1985 [RTC 1985 77].

²⁸ Cfr. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) Sentencia de 28 mayo 2007 [RJ 2007 5060] Fundamento jurídico Séptimo.

²⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) Sentencia de 23 junio 2008 [RJ 2008 6497].

³⁰ Cfr. *Ibidem*, Fundamento jurídico Quinto.

cia no identificó «de manera inequívoca» la arbitrariedad de la zonificación aprobada por la Administración³¹.

4. DERECHO AL CONCIERTO

El artículo 2 del Reglamento de conciertos afirma de manera rotunda que «los poderes públicos, a fin de garantizar la gratuidad de la educación básica y dentro de las consignaciones presupuestarias fijadas al efecto, suscribirán conciertos educativos con los centros privados que deseen ser sostenidos con fondos públicos, siempre que reúnan los requisitos a que se refiere el título IV de la citada Ley Orgánica».

Estos requisitos se refieren básicamente a la gratuidad de la docencia, a la aplicación del régimen de la enseñanza pública en materia de admisión de alumnos y de órganos de gobierno, para aplicar a los centros concertados el tipo de participación de la comunidad escolar propio del sistema público. En la actualidad, algunos de estos requisitos han sido modificados por la LOMCE en aspectos de detalle.

Lo que se dice para la suscripción de los conciertos vale para su renovación. El artículo 43 de mismo Reglamento señala que «los conciertos se renovarán siempre que el centro siga cumpliendo los requisitos que determinaron su aprobación, no se haya incurrido en las causas de no renovación previstas en el artículo 62.3 de la Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación y existan consignaciones presupuestarias disponibles». En consecuencia, «la Administración, una vez examinada la documentación presentada, procederá a renovar por otros cuatro años el concierto o a denegar la solicitud de renovación».

Si se cumplen los requisitos legales, y mientras existan consignaciones presupuestarias, la Administración tiene obligación de establecer el concierto. La concesión del concierto es un acto reglado, de donde se sigue que corresponde a un derecho del titular del centro que, a su vez, permitirá que la elección de centro de enseñanza que el ordenamiento reconoce a padres y tutores sea efectiva.

El Tribunal Supremo se refiere explícitamente al derecho al concierto en sentencia de 19 de enero de 2006, con motivo de la aplicación de lo dispuesto en el citado artículo 43 del Reglamento de conciertos: «existe un derecho al concierto, siempre que se cumplan determinados requisitos establecidos normativamente, precisamente con la finalidad de permitir, dentro de estos límites que establece el ordenamiento, el derecho a elegir centro por parte de los

³¹ Cfr. *Ibidem*, Fundamento jurídico Sexto.

padres. No nos encontramos pues con un concierto en sentido estricto, como acuerdo de partes en los que rige el principio de autonomía de la voluntad, de tal suerte que la Administración sería o no libre para efectuarlo, sino ante un concierto reglado que hace que, dándose los presupuestos legales, desde el punto de vista del colegio que pretende acogerse al mismo podemos afirmar que se configura como un derecho subjetivo. No estamos, en consecuencia, ante una actividad discrecional de la Administración, sino reglada»³².

No solo se prohíbe la no renovación del concierto sino también la reducción del período de vigencia. «La concesión de los conciertos está prevista siempre para una duración temporal de cuatro años. Ni el artículo 46 de la norma reglamentaria [de conciertos] antes citada, referido a las variaciones en los centros por alteración en el número de unidades u otras circunstancias, ni ningún otro del mismo Reglamento contemplan la posibilidad de renovación de conciertos por un plazo de tiempo inferior a cuatro años» (hoy, según la LOMCE, la vigencia del concierto es de seis años para la educación primaria y de cuatro para la secundaria)³³.

Consecuencia de la estimación del concierto como un derecho es que la negativa por parte de la Administración debe encontrarse suficientemente motivada. Es una doctrina bien asentada por parte del Tribunal Supremo: «tratándose de decisiones que afectan directamente al derecho fundamental a la educación y al derecho de los padres a elegir la enseñanza que desean para sus hijos, la Administración debe motivar las decisiones que inciden en ellos, no sólo con argumentos genéricos, sino con razones concretas y, sobre todo, acreditando, cuando se aduce ese motivo, que no cuenta con fondos suficientes para mantener el número de unidades (...) Así, pues, ayuna de todo apoyo concreto, la justificación aducida por la resolución de la Consejería de Educación y Cultura para reducir las unidades concertadas es insuficiente y esa circunstancia determina que debamos considerarla lesiva de los derechos mencionados»³⁴.

Y en términos parecidos se aboga por la renovación del concierto si se siguen cumpliendo los requisitos que determinaron su aprobación anterior, si no se ha incurrido en causas de no renovación, y si existen consignaciones presupuestarias disponibles³⁵.

³² Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) Sentencia de 19 enero 2006 [RJ 2006 459].

³³ *Ibidem*.

³⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) Sentencia de 14 julio 2003 [RJ 2003 6773].

³⁵ Cfr. Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) Sentencia de 13 julio 2004 [RJ 2003 6732] y Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) Sentencia de 19 enero 2006 [RJ 2006 459].

5. ENSEÑANZA DIFERENCIADA POR RAZÓN DE SEXO

5.1. Jurisprudencia del Tribunal Supremo

La opción pedagógica de la enseñanza diferenciada por razón de sexo debería en opinión de algunos ser penalizada con la prohibición de acceso a las ayudas públicas, incluyendo la imposibilidad de establecer conciertos o de mantenerlos si se contaba con ellos.

Las normas reguladoras del régimen de admisión de alumnos en centros públicos y concertados no han incluido tradicionalmente el sexo entre los motivos por los que no se podía discriminar a los alumnos, que se circunscribían a los siguientes: ideológicos, religiosos, morales, sociales, de raza o de nacimiento. Las demandas presentadas para combatir el acceso o la renovación del régimen de conciertos por razón de sexo fueron siempre rechazadas por los órganos jurisdiccionales. Valga por todas la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2006, que resuelve un recurso presentado contra resolución de la Audiencia Nacional de 20 de diciembre de 1999³⁶.

La cuestión sustancial que se plantea es la conformidad con la Constitución de la financiación pública, vía conciertos educativos, de la enseñanza separada impartida por centros privados. No se discute la licitud de este tipo de educación. Se hace notar, asimismo, que no hay norma expresa en el ordenamiento jurídico interno que prohíba el sostenimiento público de centros que la practiquen. Esa es la razón por la cual el sindicato recurrente invoca normas internacionales, concretamente el artículo 10 c) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual: «Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza».

Sin embargo, la Convención relativa a la Lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, de 15 de diciembre de 1960, afirma en su artículo 2 a) que: «En el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no

³⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) Sentencia de 26 junio 2006 [RJ 2006 5967].

serán 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 equivalentes».

A la vista de estos textos que, por mandato del artículo 10.2 de la Constitución, han de informar la interpretación de las normas sobre los derechos y libertades en ella reconocidas –concluye el Tribunal–, no se puede asociar la enseñanza separada con la discriminación por razón de sexo. No sólo porque así lo dice la Convención citada, sino porque el artículo 10. c) de la de 1979 no hace más que indicar que el estímulo de la enseñanza mixta es una de las posibles vías para superar los estereotipos de los papeles masculino y femenino. No hay contradicción entre ellos y es distinta la fuerza normativa que despliegan vista la estructura de uno y otro precepto. En el último caso, se afirma tajantemente que en las condiciones indicadas la enseñanza separada no discrimina por razón de sexo. En el primero, se dice que la enseñanza mixta es un medio, no el único, de promover la eliminación de aspectos de la desigualdad por razón de sexo³⁷.

Por otra parte, la circunstancia de que la enseñanza obligatoria que se imparte en los centros públicos sea mixta no significa que deba serlo también en todos los centros educativos. Se trata de una opción que no puede ser impuesta. Especialmente, cuando la Constitución reconoce a los padres el derecho de elegir la educación que desean para sus hijos, garantiza la libertad de creación de centros docentes y a partir de las previsiones de sus artículos 16 (libertad religiosa) y 27 (libertad de enseñanza), la LODE ampara el derecho de los titulares de los centros privados a definir su carácter³⁸.

Es significativo a este respecto que las normas reguladoras del régimen de admisión de alumnos en los centros públicos –y en los concertados– no hayan incluido hasta ahora al sexo entre los motivos por los que no se puede discriminar a los alumnos (LODE, Real Decreto 366/1997 y, posteriormente, Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación). Es verdad que el artículo 84.3 de la Ley Orgánica, 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, actualmente en vigor, sí incluye al sexo entre las causas por las que no se podrá discriminar a los alumnos en la admisión a los centros públicos y a los concertados; y que su disposición adicional vigesimoquinta asegura una

³⁷ Cfr. *Ibidem*, Fundamento jurídico Octavo.

³⁸ Cfr. *Ibidem*.

atención preferente y prioritaria a los centros que desarrollen el principio de la coeducación en todas las etapas educativas. No obstante, esta novedad –de la que nos ocuparemos más abajo– no puede proyectarse sobre la sentencia recurrida que se dictó a la vista de las normas entonces vigentes.

Un cambio de criterio significativo por parte del Alto Tribunal se produce en sentencia de 16 de abril de 2008, a propósito del debate que tiene su origen en la modificación introducida por un decreto de 2004, de la Junta de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, sobre admisión de alumnado en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos³⁹.

Antes de tal modificación se reconocía a los titulares del centro la competencia para decidir sobre la admisión de alumnos, debiendo el consejo escolar garantizar la observancia de los criterios establecidos en la norma. Mediante el decreto de 2004 se administrativiza la gestión del proceso de selección de alumnos, pues tanto la baremación de las solicitudes como la decisión sobre la admisión de alumnos no se atribuyen ya a los titulares del centro sino a los denominados consejos de escolarización, provinciales y locales, que son órganos de naturaleza administrativa, aunque de composición mixta. Además, el decreto mencionado introduce el sexo como uno de los motivos por los que se prohíbe discriminar en el acceso al centro educativo.

La parte recurrente sostiene que la normativa autonómica controvertida incurre en un exceso competencial y vulnera los textos legales, porque introduce en los centros concertados «un nuevo factor o criterio delimitador de la admisión de los alumnos no previsto en ellos y conforme al cual puede quedar proscrita en los centros privados concertados o financiados con fondos públicos toda limitación a la admisión por razón del sexo»⁴⁰. La sala de casación entiende, sin embargo, que la disposición adicional primera de la LODE contiene una habilitación legal expresa para que el Gobierno y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, puedan dictar cuantas disposiciones sean precisas para la aplicación de la Ley⁴¹.

Posteriormente, se invoca el derecho a la libertad de enseñanza y se afirma que implica para los titulares de centros docentes privados el reconocimiento a la dirección de los mismos, así como que ese derecho de dirección y creación supone la posibilidad de definir el carácter propio del centro y los contornos o líneas de su personalidad educativa, y la posibilidad también de asumir como forma propia de su proyecto educativo una educación diferenciada para los

³⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª) Sentencia de 16 abril 2008 [RJ 2008 3967].

⁴⁰ *Ibidem*, Fundamento jurídico Tercero.

⁴¹ Cfr. *Ibidem*, Fundamento jurídico Sexto.

alumnos de sexo masculino y para los del sexo femenino. No lo entiende así el Alto Tribunal. A su juicio, la facultad de decidir sobre la admisión de alumnos no forma parte del contenido esencial del derecho constitucional de dirección del centro. En contra del parecer de los recurrentes, estima que la mencionada facultad no se encuentra entre las que enumera el Tribunal Constitucional, en la sentencia 77/1985, como integrantes del contenido esencial de la libertad de enseñanza. Y tampoco hay base, sostiene, para afirmar que la atribución de esa competencia sea indispensable para garantizar el respeto al carácter propio del centro o que sin ella quede cercenada la potestad de dirección⁴².

En resumen, 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.

Lo que había sido adelantado por ciertas normas reglamentarias autonómicas fue sancionado por la Ley Orgánica en 2006. La LOE, en efecto, al establecer en el artículo 84 el régimen de admisión de alumnos dictaminó que «en ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». Además, la disposición adicional vigesimoquinta, sobre el fomento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, estableció que, «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». A los efectos de nuestro análisis esta afirmación tiene menor relevancia –sin pretender con ello infravalorar su contenido–, pues queda claro que se trata de un criterio preferencial y no sustantivo.

La primera interpretación jurisprudencia del cambio normativo tuvo lugar mediante sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2010⁴³. Como se afirma en esta resolución, «la educación separada por sexos era conforme en España y estaba autorizada de acuerdo con la Convención (de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada el 14 de diciembre de 1960) puesto que el Estado la admitía, y desde luego así resultaba hasta la derogación de la Ley Orgánica 10/2002. Y desde

⁴² Cfr. *Ibidem*, Fundamento jurídico Octavo.

⁴³ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) Sentencia de 24 febrero 2010 [RJ 2010\4077].

luego hay que admitir que dejó de serlo para los centros docentes sostenidos con fondos públicos una vez que la Ley Orgánica 2/2006 introdujo como criterio de no discriminación en el art. 84 en el proceso de admisión de alumnos el relativo al sexo imponiendo definitivamente en esos centros el criterio de la coeducación»⁴⁴.

En sentencia de 23 de julio de 2012 se precisa que la no renovación del concierto no responde en este caso a una motivación sancionatoria, por incumplimiento de las obligaciones asumidas, a tenor de lo previsto en el artículo 62 de la LODE⁴⁵. Lo que sucede es, simplemente, que, cumplido el plazo, el concierto se ha extinguido y ya no procede su renovación por no darse los requisitos para su aprobación en el momento actual, al no cumplirse el criterio legal de admisión.

La decisión de la Administración «no cuestiona la existencia de la educación diferenciada, tan legítima como el modelo de coeducación que preconiza la Ley, pero sí se ajusta al mandato legal que descarta que la misma pueda acogerse al sistema de enseñanza gratuita de centros concertados sostenidos con fondos públicos. Y ello porque esa es la opción legítima que adopta el legislador y que no contraría el artículo 27.9 de la Constitución que dispone que “los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca”. De modo que ese derecho que es de configuración legal no alcanza de conformidad con lo que dispone la Ley Orgánica de Educación, Ley 2/2.006, de 3 de mayo, a los centros docentes que opten por el modelo de educación diferenciada que no pueden ser concertados, y por ello no pueden ser sostenidos con fondos públicos»⁴⁶.

En resumen: nadie puso 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. Y esa imposibilidad de obtener conciertos esos centros docentes que optan por la educación separada por sexos tampoco perturba ningún derecho constitucional de los padres que conservan el derecho de libre elección de centro y el de los titulares de la creación de centros con ideario o carácter propio, y sin que se vulnere el número 9 del artículo 27 de

⁴⁴ *Ibidem*, Fundamento jurídico Cuarto.

⁴⁵ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4^a) Sentencia de 23 julio 2012 [RJ 2012 7991].

⁴⁶ *Ibidem*, Fundamento Jurídico Tercero.

la Constitución porque determinados centros no puedan acceder al concierto si no reúnen los requisitos que la Ley establece»⁴⁷.

La reforma de la LOE en 2013 mantiene, naturalmente, la prohibición de discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Pero añade que «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». Se precisa, además, que «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»; y también que «la matriculación de un alumno en un centro público o privado concertado supondrá respetar su proyecto educativo, sin perjuicio de los derechos reconocidos a los alumnos y a sus familias en las leyes y lo establecido en el apartado 3 de este artículo».

«En definitiva –declara el Tribunal Supremo en sentencia de 4 de mayo de 2017– con la reforma efectuada por la LOMCE en el art. 84.3 de la LOE, el legislador ha seguido y reafirmado un criterio de compatibilidad de los sistemas de educación diferencia por sexo con el principio de igualdad, cuya constitucionalidad no suscitó dudas durante la aplicación del marco normativo previo a la LOE, ni las suscita ahora, habida cuenta de la exigencia impuesta para los centros que impartan enseñanzas bajo este sistema garanticen el pleno respeto a las exigencias derivadas de la normativa internacional, en particular 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, a cuyo fin 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»⁴⁸.

Se ha suscitado una duda interpretativa a propósito de las facilidades equivalentes de acceso de ambos sexos a la enseñanza que reclama el artícu-

⁴⁷ *Ibidem*, Fundamento Jurídico Cuarto.

⁴⁸ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección4ª) Sentencia núm. 753/2017 de 4 mayo [RJ 2017 3135].

lo 2 de la Convención de la UNESCO de 1960. Según una de las opiniones, deberían existir dos locales escolares pertenecientes al mismo centro y en la misma zona, uno para el sexo masculino y otro para el femenino, pues de lo contrario no se ofrecería la facilidad equivalente de acceso a la enseñanza, y, además, aun cuando el centro tenga dos locales escolares para cada sexo, el ideario y proyecto del centro tendrán que ser idénticos para ambos, a fin de no propiciar un trato menos favorable o cualquier desventaja a uno de ellos. Se trata de una interpretación forzada de la norma. «Lo que se quiere exponer en este precepto con la conjunción “o” utilizada en su redacción, es que la facilidad equivalente de acceso a la enseñanza ha de ser ofrecida por el sistema educativo o por los establecimientos de enseñanza, no que tenga que ser ofrecida tanto por el sistema educativo como por todo establecimiento de enseñanza diferenciada»⁴⁹.

En conclusión, 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 los que deban ofrecer tales condiciones de acceso equivalentes para ambos sexos.

5.2. La sentencia del Tribunal Constitucional de 10 de abril de 2018

5.2.1. *Los motivos de inconstitucionalidad*

Con fecha 10 de abril de 2018 el Tribunal Constitucional resolvió el recurso interpuesto por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso contra quince preceptos de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (en adelante, LOMCE)⁵⁰.

Las reivindicaciones de inconstitucionalidad afectan a cinco aspectos: la enseñanza diferenciada por razón de sexo; el régimen de participación de padres, profesores y alumnos en el control y gestión de centros sostenidos con fondos públicos; la enseñanza de la religión y de sus alternativas; la separación de los itinerarios en la ESO; y la selección del alumnado según el rendimiento escolar en los centros de especialización curricular. A los efectos de este

⁴⁹ *Ibidem*, Fundamento jurídico Quinto.

⁵⁰ Pleno. Sentencia 31/2018, de 10 de abril de 2018. Recurso de inconstitucionalidad 1406/2014. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa. Si no advierto de lo contrario, en el presente epígrafe las citas se refieren a esta sentencia.

estudio interesa el primero de los motivos, porque el modelo de enseñanza diferenciada por sexo podría cuestionar el derecho del centro académico a recibir ayudas de los poderes públicos.

Los recurrentes impugnan el artículo 84.3 de la LOE, ya citado en estas páginas con anterioridad:

«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».

Entienden los recurrentes que el modelo de enseñanza diferenciada por sexo debería prohibirse por incurrir en una discriminación prevista en el artículo 14 CE. La separación en las aulas sería discriminatoria porque no se habría aportado –como se exige en este tipo de casos– una justificación reforzada para que la diferencia de trato no sea considerada sospechosa, pues las meras razones basadas en el diferente grado de maduración de niños y niñas no serían suficientes a estos efectos.

Si el cuestionamiento frontal no prosperara, añaden los recurrentes que las Administraciones educativas deberían poder denegar el concierto a quienes desarrollaran ese tipo de educación, pues, a su parecer, vulnera los artículos 14, 9.2 y 27.2 CE. Opinan que la educación separada no contribuye a hacer efectiva la igualdad de sexos ni tiene por objeto el respeto de los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales.

5.2.2. Dos cuestiones preliminares

Merece destacarse la consideración previa del Tribunal a propósito de la conceptualización de la educación diferenciada por sexos. Tal como aparece

reconocida en la legislación española, se trata de un modelo de carácter pedagógico –“meramente instrumental”, se dice–, 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»⁵¹. Es decir, que la argumentación acerca de la viabilidad jurídica del modelo no descansa sobre el artículo 27.3 CE –el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones–, porque no está en juego «una determinada concepción de la vida o cosmovisión con un contenido filosófico, moral o ideológico»⁵², sino una opción pedagógica. No es un asunto de religión sino de preferencias educativas.

Otro aspecto significativo del texto es lo que Navarro Valls ha denominado “la cuestión terminológica”. La sentencia «nunca utiliza el término “segregar” para denominar a este modelo educativo. Siempre habla de educación “diferenciada”. La cuestión terminológica aquí tiene repercusiones de fondo y no simplemente filológicas»⁵³. Y añade, «segregar es separar y marginar a una persona o a un grupo de personas por motivos políticos, culturales o sociales. Diferenciar en cambio supone establecer, mediante comparación, las disimilitudes entre dos o más personas o cosas. Un ejemplo clásico explica lo que quiero decir. Supongamos una cafetería en la que hay aseos de mujeres y aseos de hombres. Esto es diferenciar. Si en cambio a los hombres de color o afroamericanos se les prohibiera entrar en los baños para varones, eso sería segregar»⁵⁴. La moderación empieza por el lenguaje y la verdadera tolerancia se refleja en el empleo de formas de expresión que evitan agredir o estigmatizar a quienes piensan de modo diferente.

5.2.3. *Apelación al Derecho internacional y al Derecho comparado*

Antes de analizar el preciso encaje del artículo 84.3 LOE en el marco constitucional, afronta el Tribunal dos líneas argumentativas previas –de diferente calado, ciertamente–; una se funda en el Derecho internacional y otra en el Derecho comparado.

⁵¹ Fundamento Jurídico 4, párrafo 5º.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ R. NAVARRO-VALLS, *Asignatura de religión y Constitución*, El Mundo, 24 de abril de 2018.

⁵⁴ *Ibidem*.

La primera descansa sobre el artículo 10.2 CE, que convierte en parámetro exegético del alcance de los derechos y libertades fundamentales reconocidos por la Constitución aquello que establecen los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos humanos ratificados por España. En el caso que nos ocupa esa referencia es particularmente pertinente, pues «el propio texto legislativo llama a un precepto convencional concreto para integrar su contenido. En particular, indica que no constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de enseñanzas 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 de la UNESCO, de 1960»⁵⁵. La idea apuntada por los recurrentes de que solo podrían ser criterio interpretativo de las disposiciones constitucionales los documentos suscritos con posterioridad a la entrada en vigor de nuestra Carta Magna carece de la más mínima consistencia. Sería tanto como admitir un ridículo adanismo jurídico-político, desconocedor de treinta años de trabajos de la comunidad internacional en materia de codificación de los derechos humanos. Además, el propio artículo 10.2 CE menciona, como primera norma de referencia, la Declaración universal de los derechos humanos, que data, como es bien sabido, de 1948.

El mencionado artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones de la UNESCO, de 1960, determina que, siempre que el Estado las permita, «no son constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1: a) la creación o mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos del sexo masculino y para los del sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente cualificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes (...)».

A la vista de esta disposición cabe deducir que lo determinante de la discriminación no es el modelo –diferenciado o de coeducación– sino las concretas medidas establecidas para el acceso al centro, las condiciones de prestación de la enseñanza y los contenidos educativos. Un centro de enseñanza separada puede ser discriminatorio, como también otro de carácter mixto.

Aun admitiendo la vigencia de la norma internacional, cabe sostener –como hacen los recurrentes en relación con el aspecto cuestionado– que una “interpretación evolutiva” habría modificado el ámbito de su influencia⁵⁶. No es el caso. La previsión de la Convención de 1960 fue confirmada expresamente

⁵⁵ Fundamento Jurídico 4, párrafo 11º.

⁵⁶ Cfr. Fundamento Jurídico 4, párrafo 16º.

por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en diciembre de 1999, que en la Observación general núm. 13, relativa al derecho a la educación consagrado en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, reiteró los términos del artículo 2 del Convenio de 1960, señalando expresamente que «el Comité ratifica el artículo 2 de la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (1960)».

Los recurrentes invocan también a su favor la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de toda forma de discriminación hacia la mujer, de 18 de diciembre de 1979, si bien este texto no presta apoyo a su pretensión de prohibir el modelo diferenciado porque se trata de una norma de fomento de la educación mixta pero que no proscribe otros modelos⁵⁷.

«En resumen, el análisis de los textos internacionales que sirven de marco interpretativo de los derechos fundamentales aquí concernidos descarta el carácter discriminatorio del modelo de educación diferenciada en sí mismo considerado. Ahora bien, el Derecho internacional de los derechos humanos únicamente establece un mínimo que las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y la entera Constitución pueden completar y ampliar»⁵⁸.

La legislación comparada, por otra parte, no es parámetro de constitucionalidad, pero su exposición puede tener un alcance didáctico. Tal es la justificación de la referencia a la legislación que avala la enseñanza diferenciada por sexo en Gran Bretaña, Francia, Alemania, Bélgica y, ya fuera del marco de la Unión Europea, los Estados Unidos de América. «En definitiva –concluye–, en los distintos Estados aludidos se pone de manifiesto que el modelo pedagógico consistente en una educación diferenciada por sexos no es considerado un caso de discriminación por razón de sexo»⁵⁹.

5.2.4. El argumento de la inconstitucionalidad del modelo por discriminación

Tras esta argumentación preliminar, el Tribunal entra propiamente en el estudio de la compatibilidad del precepto cuestionado con los derechos fundamentales de nuestra Constitución.

⁵⁷ Se prevé en él que los Estados parte se han de comprometer al «estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr el objetivo de eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza».

⁵⁸ Fundamento Jurídico Cuarto, párrafo 18º.

⁵⁹ Fundamento Jurídico Cuarto, párrafo 24º.

La disposición directamente concernida es el artículo 14 CE. Para empezar, el Tribunal se detiene en la reflexión sobre el alcance del principio de igualdad, en el que se contienen dos aspectos: la cláusula general de igualdad, en primer lugar, y la prohibición de discriminación por los motivos específicos que se recogen en la norma, en segundo término⁶⁰. Si alguno de esos motivos se utilizara excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica, el juicio de legitimidad constitucional se sometería a un canon mucho más estricto del previsto para las amenazas genéricas de la igualdad.

A partir de estas premisas, se analiza la supuesta discriminación del sistema de educación diferenciada por sexo. Los elementos que, en síntesis, el Tribunal toma en consideración son los siguientes⁶¹:

1º. Se trata de un modelo pedagógico.

2º. Se practica con arreglo a las características a las que se refiere el texto internacional al que remite la norma (art. 2 Convenio de la UNESCO de 1960).

3º. La Constitución establece un marco de libertad de enseñanza, abierto a una pluralidad de modelos educativos y de estilos de enseñanza.

4º. El modelo de enseñanza diferenciada es elegido voluntaria y libremente por los centros y por los padres y, en su caso, alumnos.

5º. La adopción del modelo de enseñanza diferenciada forma parte del derecho del centro educativo a establecer un ideario o carácter propio, como componente, a su vez, del derecho a la creación de centros reconocido en el artículo 27.6 CE.

El Tribunal expone a continuación su consolidada doctrina acerca del derecho al ideario o carácter propio del centro, que «no está limitado a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa» sino que «puede extenderse a los distintos aspectos de su actividad» (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 8), como por ejemplo su orientación pedagógica. La LOE acoge el derecho al ideario y reconoce que la opción por la enseñanza diferenciada puede incorporarse al proyecto educativo, que se inspira lógicamente en el carácter propio del centro⁶².

La cuestión que se ha de resolver es si el derecho al ideario –y el modelo pedagógico que en el caso que nos ocupa sustenta– cumple los límites del derecho a la creación de centros docentes del artículo 27.6 CE o es incompatible con los derechos fundamentales. Entiende el Tribunal que la educación diferenciada «no puede ser considerada discriminatoria, siempre que se cumplan

⁶⁰ Fundamento Jurídico Cuarto, párrafo 30º.

⁶¹ Cfr. Fundamento Jurídico Cuarto, párrafo 31º-33º.

⁶² Cfr. Fundamento Jurídico Cuarto, párrafos 34º ss.

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»⁶³.

Naturalmente que en los centros diferenciados por razón de sexo pueden darse situaciones de trato indebido en relación con la igualdad, pero serían defectos imputables al centro y no al modelo en sí. Sostiene el Tribunal, como conclusión, que «el sistema de educación diferenciada es una opción pedagógica que no puede conceptuarse como discriminatoria. Por ello, puede formar parte del derecho del centro privado a establecer su carácter propio»⁶⁴.

5.2.5. *El argumento de la prohibición de las ayudas económicas*

Como reclamación subsidiaria se impugna el párrafo tercero del artículo 83.4 LOE, según el cual: «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». De los términos legales se sigue sin duda que los poderes públicos tienen obligación de financiar el modelo de la enseñanza diferenciada en igualdad de condiciones que los otros.

Estiman los recurrentes que prestar educación diferenciada «no es un dato neutro a la hora de la suscripción de los conciertos educativos», de modo que «las Administraciones educativas habrán de diferenciar entre aquellos centros que imparten educación mixta de aquellos otros que optan por una educación diferenciada, de modo que se impida a estos últimos acceder a los conciertos»⁶⁵.

El fundamento jurídico de esta pretensión se encontraría en la falta de distinción por parte de la ley entre supuestos “objetivamente” desiguales (enseñanza diferenciada y coeducación). El argumento da ocasión para que el Tribunal invoque una conocida doctrina –que servirá para rechazar la preten-

⁶³ Fundamento Jurídico Cuarto, párrafo 40º.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Fundamento Jurídico Cuarto, párrafo 45º.

sión de los recurrentes— según la cual no es lo mismo reconocer la distinción en supuestos iguales —en lo que consiste propiamente la discriminación— que admitir una falta de distinción en supuestos desiguales —que es lo pretendido en este caso. O con otras palabras, se pueden y se deben evitar las diferencias de trato ante situaciones iguales; pero no se pueden exigir diferencias de trato ante situaciones desiguales. Esto último sería tanto como reclamar un derecho a la “singularización normativa”, no admitida en nuestro ordenamiento⁶⁶. Por lo tanto, «solo en el caso de que el régimen de educación diferenciada fuera inconstitucional, podría objetarse la opción del legislador de tratar de manera igualitaria ambos modelos pedagógicos en el ámbito de los conciertos educativos»⁶⁷. Pero ya se ha dicho antes que ese modelo educativo no es en sí mismo contrario a los derechos y principios constitucionales.

El punto de partida de los recurrentes, como acabamos de ver, es el de una supuesta desigualdad de tipo “constitutivo” o “esencial” entre los centros de enseñanza diferenciada y los de carácter mixto, que obligaría a la ley a establecer entre ellos regímenes diferentes, concretamente en lo que toca a las ayudas que reciben de los poderes públicos. Para comprobar el fundamento jurídico de esta pretensión hay que acudir a las disposiciones constitucionales relativas a la financiación de los centros privados de enseñanza, concretamente los artículos 27.9, 27.4 y, en un sentido más amplio, el 9.2.

El Tribunal destaca la relación estrecha entre el mandato del artículo 27.9 —«los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca»— y la declaración del artículo 27.4 —«la enseñanza básica es obligatoria y gratuita»—. El primero no puede desconocer lo mencionado en el segundo. Por lo tanto, si hay centros privados que, reuniendo las condiciones legales, imparten enseñanzas obligatorias (artículo 27.9), deben tener acceso a la gratuidad de las mismas (artículo 27.4)⁶⁸. El artículo 27.4 no distingue entre tipos de centros, de donde se sigue que la gratuidad no se limita a la enseñanza pública. No se está afirmando que todos los centros privados tengan derecho a financiación pública, pero sí que el régimen de ayudas ha de configurarse necesariamente en el respeto del principio de igualdad.

Del análisis de los artículos 27.9 y 27.4 de la Constitución, en suma, se concluye que no hay dato alguno que avale una diferencia de trato en materia de ayuda financiera a los centros docentes según su naturaleza o sus características, que pudiera conducir a una exclusión del modelo de la enseñanza diferenciada del régimen general de ayudas. Esta conclusión es lógica, porque ese modelo —ya se ha dicho— no es discriminatorio *per se*; y si impidiera

⁶⁶ Cfr. *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁸ Cfr. Fundamento Jurídico Cuarto, párrafos 47º-49º.

la consecución de los objetivos previstos en el artículo 27.2 –«el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales»–, la conclusión sería «no la imposibilidad de ayudar a los centros que practicaran esa fórmula pedagógica, sino la inconstitucionalidad del modelo»⁶⁹.

Resta analizar la cuestión desde la perspectiva del artículo 9.2 CE, que busca promover la libertad sustantiva mediante el compromiso de los poderes públicos de hacer efectiva la libertad y la igualdad y de remover los obstáculos que dificulten su desarrollo⁷⁰. El art. 9.2 CE habilita al legislador para llevar a cabo medidas que faciliten la igualdad material entre las personas y los grupos, pero ni impone modos de hacerlo ni señala prohibiciones para lograrlo⁷¹.

Todos los centros tiene la obligación de desarrollar valores que fomenten la igualdad entre hombres y mujeres, pero de ello «no se desprende en modo alguno una prohibición de ayuda a los centros docentes que utilicen como método pedagógico la educación diferenciada. 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»⁷².

Si se rechaza, como es el caso, una supuesta “incapacidad estructural” del modelo para la consecución de los fines de la educación señalados por el artículo 27.2 CE, habrá que estar a lo que suceda en cada uno de los centros.

Como conclusión –y sobre la base de que las ayudas públicas previstas en el art. 27.9 CE han de ser configuradas, «en el respeto al principio de igualdad» (STC 86/1985, FJ), sin que quepa justificar un diferente tratamiento entre ambos modelos pedagógicos, en orden a su percepción– el Tribunal sostiene finalmente que «los centros de educación diferenciada podrán acceder al sistema de financiación pública en condiciones de igualdad con el resto de los centros educativos; dicho acceso vendrá condicionado por el cumplimiento de los criterios o requisitos que se establezcan en la legislación ordinaria, pero

⁶⁹ Fundamento Jurídico Cuarto, párrafo 52º.

⁷⁰ «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

⁷¹ Cfr. Fundamento Jurídico Cuarto, párrafo 53º.

⁷² Fundamento Jurídico Cuarto, párrafo 54º.

sin que el carácter del centro como centro de educación diferenciada pueda alzarse en obstáculo para dicho acceso»⁷³.

6. CONCLUSIONES

Para concluir, me propongo sintetizar en pocas líneas algunas de las ideas a las que me he referido en estas páginas.

La Constitución española sienta las bases de un sistema educativo que se apoya sobre el derecho universal la educación y sobre la pluralidad de modelos educativos que permita la elección de centros docentes.

Además de la financiación de los centros públicos se contemplan ayudas a los privados para hacer posible la libertad de elegir centro escolar, si bien con arreglo a la correspondiente regulación del derecho por vía legal. El sistema a través del que se practican las ayudas es el concierto educativo.

Existe en España una red dual de centros de enseñanza –públicos y privados, concertados o no–, pero no se reconoce una verdadera pluralidad de modelos educativos que puedan ofrecerse en igualdad de condiciones.

La lógica del sistema educativo vigente responde al principio según el cual la percepción de fondos públicos conduce a la asimilación al modelo educativo público.

La aceptación por parte de un centro docente del régimen de concierto no obliga solo a implantar la gratuidad de la enseñanza sino también a pagar un alto precio en términos de autonomía, consecuencia de la aplicación del régimen de los centros públicos en materia de admisión de alumnos y de órganos de gobierno.

La doctrina del Tribunal Supremo ha moderado posiciones maximalistas de algunas Administraciones que pretendían condicionar las ayudas a los centros concertados a que la oferta pública de puestos escolares no tuviera capacidad para satisfacer la demanda escolar. Esa interpretación es constitucionalmente inviable, pues supondría que en el momento en que los poderes públicos pudiesen disponer de puestos escolares para cubrir todas las necesidades educativas estaría proscrita en nuestro país la libertad de elección de centro docente, con el resultado final de la derogación del sistema de conciertos previsto en la ley.

La admisión de alumnos en los centros concertados no forma parte del contenido esencial del derecho a la dirección del centro. Los criterios de zonificación implantados reglamentariamente por algunas Administraciones

⁷³ Fundamento Jurídico 4, párrafo 56º.

dificultan a veces de manera severa –por ejemplo, mediante la reducción de la extensión de las áreas– la libertad de elección de centro docente. Con todo, la zonificación que la Administración establezca a los efectos de la elección de centro debe admitirse mientras no se demuestre inequívocamente la arbitrariedad de la medida.

Existe un derecho del titular del centro al concierto si se cumplen los requisitos legales y mientras existan consignaciones presupuestarias. La concesión del concierto es un acto reglado. El concierto permitirá, a su vez, que el derecho a la elección de centro sea efectivo.

En materia de educación diferenciada por razón de sexo es interesante observar que el Tribunal Supremo nunca ha discutido su legitimidad. Incluso las sentencias contrarias a que esta modalidad de enseñanza cuente con ayuda de los poderes públicos han declarado abiertamente que es «tan legítima como el modelo de coeducación»⁷⁴. Es decir, nunca se ha puesto en duda –ni por los jueces ni por el legislador– la congruencia de esta opción pedagógica con lo dispuesto en el artículo 27.2 CE, que establece como fin de la educación la contribución al «pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto de los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales».

El recurso de inconstitucionalidad presentado por el Grupo parlamentario socialista contra al LOMCE, sin embargo, fue más allá y alegó que el modelo de enseñanza diferenciada por sexo debería prohibirse por incurrir en una discriminación prevista en el artículo 14 CE. La separación en las aulas sería discriminatoria porque no se habría aportado –como se exige en este tipo de casos– una justificación reforzada para que la diferencia de trato no sea considerada sospechosa, pues las meras razones basadas en el diferente grado de maduración de niños y niñas no serían suficientes a estos efectos.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia de 10 de abril de 2018, establece como premisa de su decisión que el modelo de enseñanza diferenciada es una opción pedagógica fundada en la idea de optimizar las potencialidades propias de cada uno de los sexos. La argumentación del Tribunal no descansa sobre el artículo 27.3 CE –el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones–, porque no está en juego una determinada concepción de la vida o cosmovisión con un contenido filosófico, moral o ideológico, sino una opción pedagógica. No es un asunto de religión sino de preferencias educativas.

⁷⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) Sentencia de 23 julio 2012 [RJ 2012 7991]. Fundamento jurídico Tercero.

El modelo diferenciado no constituye discriminación en la admisión de alumnos y alumnas o la organización de enseñanzas 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 de la UNESCO, de 1960 (facilidades equivalentes de acceso, personal docente igualmente cualificado, locales y equipo de igual calidad, mismos o equivalentes programas de estudio). Lo determinante de la discriminación no es el modelo sino las medidas establecidas para el acceso al centro, las condiciones de prestación de la enseñanza y los contenidos educativos. El modelo de la enseñanza diferenciada, en suma, no es discriminatorio *per se*.

En materia de acceso a los conciertos, el Tribunal sostiene que los centros que responden al modelo diferenciado podrán hacerlo «en condiciones de igualdad con el resto de los centros educativos; dicho acceso vendrá condicionado por el cumplimiento de los criterios o requisitos que se establezcan en la legislación ordinaria, pero sin que el carácter del centro como centro de educación diferenciada pueda alzarse en obstáculo para dicho acceso»⁷⁵.

De esta afirmación se sigue que en adelante no se podrá prohibir por ley la contribución al sostenimiento a este tipo de centros, porque existe una obligación constitucional de ayuda, en régimen de igualdad, derivada del artículo 27.9 CE, del que surge un derecho al concierto también para los centros en los que se imparte la enseñanza con arreglo a esta opción pedagógica. Una decisión del legislador que limitara la ayuda pública a los centros privados mixtos vulneraría la libertad de educación y la libertad de creación de centros docentes de los titulares de los centros privados de educación diferenciada. En definitiva, el Tribunal Constitucional ha vetado una futura política de financiación pública de centros educativos privados que excluya a los que imparten educación diferenciada y, en consecuencia, ha garantizado un espacio de libertad.

⁷⁵ Fundamento Jurídico 4, párrafo 56º.