



FACULTAD DE DERECHO

**DEPARTAMENTO DE
DERECHO CONSTITUCIONAL**

**EDUCACIÓN DIFERENCIADA Y
CONCIERTOS PÚBLICOS**

TESIS DOCTORAL

RAFAEL BÁEZ SERRANO

DIRECTOR: DR. ABRAHAM BARRERO ORTEGA

Sevilla, 2015

ABREVIATURAS Y SÍMBOLOS UTILIZADOS	xi
INTRODUCCIÓN.....	xv

PRIMERA PARTE

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA EN EL ARTÍCULO 27 CE

CAPÍTULO I. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN	3
1. La relación entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza	3
1.1. Configuración inicial	3
1.2. Reconocimiento conjunto	5
1.3. La introducción del segundo párrafo del artículo 10.....	9
1.4. Situación actual	10
2. Derecho a la educación	14
2.1. El objeto del derecho a la educación	14
2.2. La dimensión del derecho a la educación.....	17
2.3. El contenido del derecho a la educación	21
2.4. Contenidos controvertidos del derecho a la educación y la libertad de enseñanza	28
3. Derecho-deber a recibir enseñanza básica obligatoria de forma gratuita	30
3.1. La enseñanza básica y obligatoria	31
3.2. La gratuidad de la enseñanza básica y obligatoria.....	33

CAPÍTULO II. LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA.....39

1. La libertad de enseñanza.....	39
1.1. Objeto y contenido de la libertad de enseñanza	43
2. Los padres pueden exigir del Estado el respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas.....	48
2.1. Derecho a la elección del tipo de centro educativo	52
2.2. Derecho a la elección de la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones	58
3. Derecho a crear instituciones educativas	60
3.1. Derecho de los titulares de los centros docentes a establecer un ideario propio como parte del acto de creación del centro	69
3.1.1. Naturaleza de la libertad de dotar al centro de un ideario propio.....	69
3.1.2. Delimitación y contenido del ideario propio como expresión pública, sintética e inequívoca del carácter del centro.....	73
4. Intervención de la comunidad escolar en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos	79

CAPÍTULO III. EL IDEARIO EDUCATIVO CONSTITUCIONAL.85

1. La enseñanza ha de servir determinados valores de inspiración positiva	85
1.1. Conexión entre los artículos 27.2 y 10 de la Constitución Española.....	86
1.1.1. Artículo 10.1 CE: dignidad y libre desarrollo de la personalidad.....	86

Educación diferenciada y conciertos públicos

1.1.2. Artículo 10.2 CE: interpretación de los derechos fundamentales conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados y acuerdos internacionales	89
2. «La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana...»	91
2.1. Aproximación conceptual al pleno desarrollo de la personalidad humana.....	94
2.2. El ideario educativo constitucional.....	97
2.3. Desarrollo legislativo del pleno desarrollo de la personalidad	102
3. «...En el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales»	105
3.1. A propósito de una educación en valores democráticos y la asignatura “educación para la ciudadanía”	108

CAPÍTULO IV. EL PAPEL DE LOS PODERES PÚBLICOS EN LA EDUCACIÓN

1. Reparto competencial de la materia educativa	113
1.1. Competencias estatales	114
1.2. Competencias autonómicas.....	118
1.2.1. Primeros estatutos autonómicos	119
1.2.2. Modificaciones estatutarias	122
1.2.3. Situación actual de las competencias en materia educativa	124
1.3. La inspección y homologación del sistema educativo	131
2. Creación y titularidad de los centros docentes	134
2.1. Prioridad de creación de centros docentes por parte de los poderes públicos	134

2.2. Prioridad de creación de centros docentes por parte de los particulares.....	139
2.3. Sistema mixto	142
3. Las ayudas a los centros docentes. Introducción y remisión.....	146

SEGUNDA PARTE

DEBATE CONSTITUCIONAL EN TORNO A LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA

CAPÍTULO I. LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA COMO OPCIÓN PEDAGÓGICA 155

1. Qué se entiende por modelo educativo de «educación diferenciada»	155
1.1. Análisis conceptual	156
1.2. Argumentaciones a favor de la educación diferenciada	159
1.3. Argumentaciones en contra de la educación diferenciada	162
1.4. Conclusiones extrajurídicas del modelo educativo de educación diferenciada	165
2. Distinción entre enseñanza y educación	167
2.1. ¿Educación como disposición de medios y enseñanza como transmisión de conocimientos?	167
2.2. Operatividad jurídico-constitucional de la distinción entre enseñanza y educación	171
3. Encuadramiento de la elección del modelo pedagógico de educación diferenciada dentro del marco constitucional	175

**CAPÍTULO II. IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN EN TORNO AL
MODELO DE EDUCACIÓN DIFERENCIADA..... 181**

1. Igualdad y no discriminación en el contexto internacional. Especial consideración en materia educativa..... 181
2. Igualdad y no discriminación en derecho interno195
 - 2.1. Marco constitucional195
 - 2.2. Marco legal 200
 - 2.3. Igualdad, discriminación y educación diferenciada en la política educativa 204
 - 2.4. ¿Es discriminatoria la prohibición del modelo pedagógico de educación diferenciada?..... 215

**CAPÍTULO III. FUNDAMENTACIÓN Y REGULACIÓN DE LA
EDUCACIÓN DIFERENCIADA..... 219**

1. Educación diferenciada e ideario educativo constitucional.....219
 - 1.1. Fundamento constitucional de la educación diferenciada.....219
 - 1.2. Compatibilidad de la educación diferenciada con el ideario educativo constitucional 225
2. Derecho a la educación en un sistema educativo plural. Pluralismo educativo institucionalizado y en libertad..... 229
 - 2.1. Pluralismo interno.....231
 - 2.2. Pluralismo externo 233
 - 2.3. Modelo mixto de pluralismo..... 235
3. Regulación de la educación diferenciada..... 238
 - 3.1. En derecho internacional..... 239
 - 3.2. En derecho interno..... 251

3.2.1. La educación diferenciada en la Constitución	252
3.2.2. La educación diferenciada en la jurisprudencia	256
3.2.3. La educación diferenciada en la legislación	265
3.2.4. El papel del Consejo de Estado en la determinación de la inclusión de la educación diferenciada en el ordenamiento jurídico	271

TERCERA PARTE

FINANCIACIÓN PÚBLICA DE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA

CAPÍTULO I. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA FINANCIACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO 277

1. El servicio educativo	277
1.1 El servicio público	279
1.1.1. Servicio esencial.....	280
1.1.2. Concepto estricto de servicio público	283
1.1.3. Concepto amplio de servicio público	286
1.1.4. Servicio público y derechos fundamentales	287
1.2. El servicio educativo	289
1.2.1. Evolución legislativa de la educación como servicio público	290
1.2.2. El «servicio educativo» como «servicio público»	300
2. Fundamento constitucional de la financiación	305
2.1. Significación y contenido del término «ayudarán» del artículo 27.9 CE como mandato con fuerza vinculante al legislador.....	305

Educación diferenciada y conciertos públicos

2.2. Planteamiento restrictivo de la financiación de los centros docentes privados por parte de los poderes públicos	310
2.3. Planteamiento extensivo de la financiación de los centros docentes privados por parte de los poderes públicos	313
2.3.1. Desde el punto de vista de los centros docentes	313
2.3.2. Desde el punto de vista del educando	315
2.3.3. Desde el punto de vista de la comunidad educativa	318
2.4. Requisitos constitucionales para la financiación de los centros	321

CAPÍTULO II. FINANCIACIÓN DE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA EN LOS CENTROS DE INICIATIVA SOCIAL 329

1. Centros concertados: ¿más públicos que privados? ¿Más privados que públicos?	329
1.1. Evolución y desarrollo legislativo	330
1.2. Fundamento constitucional	333
1.2.1. Función del centro concertado en la red de centros educativos	333
1.2.2. ¿Más públicos que privados?	336
1.2.3. ¿Más privados que públicos?	338
2. Fundamento constitucional de la financiación de la educación diferenciada	343
2.1. Respeto a la financiación como obligación positiva del Estado	343
2.2. Exclusión del modelo pedagógico de educación diferenciada de la financiación pública	348
2.2.1. Justificación de la exclusión por ser un modelo discriminatorio	350

2.2.2. Justificación de la exclusión por política legislativa357

CAPÍTULO III. EDUCACIÓN DIFERENCIADA Y MODELOS ALTERNATIVOS 361

1. Financiación alternativa: cheque escolar361

1.1. ¿Qué es el cheque escolar?361

1.2. Constitucionalidad del cheque escolar 366

1.3. Cheque escolar y educación diferenciada 370

2. Modelo alternativo: *homeschooling*372

2.1. ¿Qué es el *homeschooling*?372

2.2. Educación vs. Escolarización 378

2.3. *Homeschooling* a nivel estatal 384

2.4. Oportunidad del estudio del *homeschooling* en relación a la educación diferenciada391

3. Educación diferenciada y escuela pública 394

3.1. La escuela como institución pública ideológicamente neutral 394

3.2. Posibilidad de integración de un modelo dual de educación mixta y educación diferenciada en la escuela pública española..... 399

CONCLUSIONES 409

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES CITADAS433

BIBLIOGRAFÍA.....439

ABREVIATURAS Y SÍMBOLOS UTILIZADOS

- § — Párrafo o sección, en pronunciamientos de Tribunales.
- BOCG — Boletín Oficial de las Cortes Generales.
- BOE — Boletín Oficial del Estado.
- CDFUE — Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea núm. 83, de 30 de marzo de 2010.
- CDN — Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.
- CE — Constitución Española.
- CEDH — Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio para la Protección de los Derechos Humanos), hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.
- CETFDCM — Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, Resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.
- CRLCDEE — Convención Relativa a la Lucha Contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, UNESCO, 14 de diciembre de 1960.
- DEDCM — Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, Resolución de la Asamblea General de la ONU 2263 (XXII) de 7 de noviembre de 1967.
- DOCE — Diario Oficial de las Comunidades Europeas
- DOUE — Diario Oficial de la Unión Europea.

Rafael Báez Serrano

- DRAE — Diccionario de Lengua de la Real Academia Española.
- DSCD — Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados.
- DSS — Diario de Sesiones del Senado.
- DUDH — Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.
- F — Fundamento.
- FJ — Fundamento Jurídico.
- GG — *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (Ley Fundamental para la República Federal de Alemania, de 1949).
- GMC -- Grupo Minoría Catalana.
- GPAI -- Grupo Parlamentario Agrupación Independiente.
- GPCo -- Grupo Parlamentario Comunista.
- GPMx -- Grupo Parlamentario Mixto.
- GPP -- Grupo Parlamentario Popular.
- GS -- Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso.
- LGE — Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa.
- LOCE — Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación.
- LODE — Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.
- LOE — Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

Educación diferenciada y conciertos públicos

LOECE	—	Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, de Estatuto de Centros Escolares.
LOGSE	—	Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre de 1990, de Ordenación General del Sistema Educativo.
LOIEMH	—	Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.
LOMCE	—	Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, de Mejora de la Calidad Educativa.
LOPEG	--	Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, de la Participación, la Evaluación y el Gobierno de los Centros Docentes.
PIDESC	—	Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.
RD	--	Real Decreto.
STC	—	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STEDH	—	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
STS	—	Sentencia del Tribunal Supremo.
TC	—	Tribunal Constitucional.
TEDH	—	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TS	—	Tribunal Supremo.

INTRODUCCIÓN

El Tribunal Supremo, a partir de su sentencia de 24 de febrero de 2010, inaugura una serie jurisprudencial que vendrá seguida de casi una decena de sentencias más entre los años 2012 y 2014 y que interpreta la Ley Orgánica 2/2006, de Educación, en un sentido restrictivo para los intereses de los defensores de las libertades educativas en su sentido más amplio y los valores de la educación diferenciada principalmente.

Con el objetivo de ahondar en esta interpretación jurisprudencial, el presente trabajo tiene como finalidad el estudio de los derechos y libertades educativas en la etapa obligatoria de la educación y que, *in fine*, tengan relación directa con la educación diferenciada.

Para ello, realizaremos un estudio desde los debates de las Cortes constituyentes, importante elemento hermenéutico de interpretación, a tenor los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. A partir de las conclusiones extraídas de los mismos y del resultado final del texto constitucional, procederemos a la delimitación necesaria de la materia educativa prevista en la Carta Magna: el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. El reconocimiento de ambas caras de una misma moneda en un texto constitucional (artículo 27.1 CE) es un hecho clave y novedoso en la historia constitucional española, permitiendo y buscando, de esta manera, el pluralismo necesario que el constituyente colocó en el frontispicio de la Constitución, en el 1.1 del texto.

Son diversas las manifestaciones que se pueden extraer del primer inciso del artículo 27.1 CE –«todos tienen derecho a la educación»–, como el derecho a la escolarización sin discriminaciones,

derecho a la obtención de la instrucción básica y obligatoria de forma gratuita, derecho a la calidad de la educación y el derecho a recibir una educación de y en derechos fundamentales que potencie su desarrollo personal.

El segundo inciso del mismo artículo, dedicado a las libertades educativas –«se reconoce la libertad de enseñanza»–, en cambio, comporta una serie de facultades para los actores del sistema educativo, que implican una amplitud en la posibilidad de actuación dentro del marco instructivo y formativo, como pueden ser la libertad de elección de centro y de tipo educativo, la de creación y dirección de centros docentes, la de dotar al mismo de un ideario o carácter propio, la intervención en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos por parte de los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos y la libertad de cátedra.

A pesar de todas las manifestaciones, es necesario tener más en cuenta las similitudes que las diferencias entre ambos incisos del artículo 27.1 CE, dado que el sujeto principal necesario de todo el proceso educativo es el mismo: el educando. En él hay que centrarse, buscando siempre el bien superior del mismo. Sin él, los esfuerzos por potenciar los derechos y libertades educativas serían inertes. Por él, los límites a las libertades y derechos en la esfera de la educación que coarten su pleno desarrollo son injustificables.

Y es que el pleno desarrollo del educando es el objetivo final de toda la educación, como indica el artículo 27.2 CE. Y hacia el pleno desarrollo ha de estar orientada toda educación y enseñanza. Ambos pueden llegar a ser conceptos distintos desde un punto de vista pedagógico, si bien será necesario delimitar la virtualidad que tiene su diferenciación en un sentido técnico-jurídico en el cual podría provocar más problemas que soluciones.

Educación diferenciada y conciertos públicos

Para el pleno desarrollo del menor y su educación plural, expondremos las distintas visiones sobre la diversidad educativa existentes. Por un lado, los defensores de la «escuela única» apuestan por una tipología de centros educativos, caracterizados por un pluralismo dentro de las escuelas, en el que se puedan desarrollar todas las ideologías; por otro lado, los partidarios de un pluralismo de escuelas, para los cuales, sin la opción de poder elegir centro docente distinto de los «únicos», los públicos, se estarían vulnerando diversas libertades educativas y el educando no podría desarrollarse correctamente. Pese a que ambas posturas parecen irreconciliables, es posible encontrar algún nexo de unión entre ambas que provoque una visión novedosa admisible.

Todo ello viene también caracterizado por la conceptualización tradicional de la educación como servicio público. Dicho concepto no es pacífico, ni siquiera tiene una concepción unívoca, por lo que tendremos que apostar por el encuadre del servicio educativo de una manera armónica, para que una posible declaración de servicio público de la educación sea conforme a los derechos fundamentales y libertades públicas que el artículo 27 CE reserva a los actores del proceso educativo.

Independientemente de su calificación, es del todo necesaria una intervención profunda de los poderes públicos en materia educativa, que proteja y resguarde los derechos y libertades en esta materia. Por ello veremos qué administraciones educativas son competentes para legislar, desarrollar y ejecutar los preceptos constitucionales y legales en un Estado de las Autonomías con, cada vez, mayor protagonismo de las Administraciones territoriales respecto de la Administración central.

Una de las competencias clave para este trabajo será la de la financiación de los centros docentes. Vistos los derechos y libertades educativas desde un punto general así como las facultades que ostentan los poderes públicos respecto a la creación de centros educativos, tendremos que hacer frente al deseo del constituyente del

establecimiento y funcionamiento de una red dual de centros educativos gratuitos, que conjuguen perfectamente los derechos y libertades constitucionales, y que estará formada por los centros públicos –creados por las administraciones educativas competentes– y los centros privados concertados –creados por personas físicas o jurídicas privadas–.

Estos centros privados concertados son el centro de atención de una amplia doctrina, principalmente por sus similitudes y sus diferencias con los centros públicos. En atención a su financiación, se asemejan más a los centros públicos. Sin embargo, en su origen o naturaleza son eminentemente privados. Intentaremos arrojar algo de luz al régimen jurídico que ha de prevalecer entre la oposición origen/financiación de los centros para determinar las capacidades de los centros concertados.

Y son en este tipo de centros donde existen mayores controversias a la hora de la aceptación del modelo pedagógico de educación diferenciada. El mismo está previsto como carácter propio de los centros docentes, dentro de los derechos y libertades que la Constitución brinda a los titulares de los colegios. Si en el ámbito estrictamente privado, sin financiación, no existen demasiadas reticencias a aceptarlo, no ocurre lo mismo con los que reciben fondos y ayudas públicas.

Para saber si este tipo de centros privados que, legítimamente, han optado por este modelo pedagógico pueden verse privados de financiación, entrando de lleno en la argumentación indicada al principio del Tribunal Supremo en su sentencia de 24 de febrero de 2010 –y siguientes–, analizaremos algunas de las principales críticas que se realizan a la educación homogénea por razón de sexo.

Para ello, estudiaremos la posible discriminación que se genera a partir de este modelo. A través del estudio de textos internacionales y su incidencia en el derecho interno, así como la recepción de los mismos por parte de algunos ordenamientos jurídicos de nuestro entorno –en el que usaremos el derecho comparado para encuadrar, reforzar y comprender

Educación diferenciada y conciertos públicos

mejor el asunto tratado¹–, podremos concluir el tratamiento que se le da a la educación diferenciada.

Determinaremos la adecuación del modelo al fin último de la educación, el pleno desarrollo de la personalidad del educando, el ideario educativo constitucional del artículo 27.2 CE. Si no se logra este objetivo, el modelo no puede ser, en ningún caso, válido.

Vistas las implicaciones de esta opción pedagógica, podremos observar la evolución de la misma en las distintas regulaciones y su apoyatura constitucional para, una vez hecho, determinar la posibilidad de excluir de este modelo de la financiación pública.

Por último reflexionaremos sobre distintos modelos alternativos al común de la enseñanza pública mixta y la financiación de centros docentes privados a través de conciertos escolares, con una mirada a posibles apoyos económicos directos a las familias, el cada vez más creciente fenómeno del *homeschooling* y la posibilidad de implantar el modelo pedagógico de educación diferenciada, tal y como lo han hecho algunos países de nuestro entorno cultural, en la escuela pública, a través de las cuales los poderes públicos puedan ofertar este tipo de educación legítima para las familias que así lo soliciten.

El objetivo final de este trabajo, como puede observarse, es la aportación de nuevos enfoques e ideas al debate existente sobre la constitucionalidad del modelo de educación diferenciada y, con ello, su financiación pública. A través de las siguientes páginas, intentaremos

¹ Tal y como indica DÍEZ-PICAZO, «una cosa es utilizar la comparación para encuadrar y comprender mejor el problema de que se trate e, incluso, para reforzar otros argumentos (literales, sistemáticos, teleológicos, etc.); y otra cosa muy distinta es basar la interpretación de las normas jurídicas nacionales exclusivamente en consideraciones de derecho comparado» (DÍEZ-PICAZO, Luis María (2006): 67). Por ello, las referencias se harán de forma sucinta y para apoyar determinados argumentos, sin ánimo de extensión ni estudio profundo de los sistemas comparados.

Rafael Báez Serrano

demostrar la legitimidad y constitucionalidad de este modelo y su necesaria aceptación, así como financiación, para la máxima expansión de los derechos y libertades educativas, con el fin de cumplir los requisitos constitucionales de pluralismo e igualdad real y efectiva de los individuos y los grupos en que se integran.

PRIMERA PARTE

**EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LA LIBERTAD DE
ENSEÑANZA EN EL ARTÍCULO 27 CE**

CAPÍTULO I

EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

1. LA RELACIÓN ENTRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA

1.1. CONFIGURACIÓN INICIAL

1. La importancia del estudio de los debates parlamentarios en las Cortes constituyentes no es cuestión baladí¹, ya que desde un primer momento es posible observar en la incipiente democracia las confrontaciones existentes en materia educativa que aún hoy en día es posible advertir.

2. Con el reconocimiento a «todos» del «derecho a la educación» en el artículo 28.1 del Anteproyecto de Constitución² se

¹ El Tribunal Constitucional, en sus sentencias 5/1981 (FJ 9), 108/1986 (FJ 13) y 16/2003 (FJ 4), considera los debates parlamentarios como un importante elemento hermenéutico, si bien no determinante.

² BOCG 05/01/1978, núm. 44, p. 674.

determina con mayor precisión los destinatarios del derecho a como lo hizo la Ponencia en un primer momento en el artículo 31.1 de su Informe («se reconoce el derecho a la educación»³).

3. Ninguno de los documentos reconoce explícitamente la libertad de enseñanza. Sí que lo hacen con una de sus fundamentales manifestaciones: la creación de centros docentes. Con un escueto «se reconoce la libertad de creación de escuelas, dentro del respeto a los principios constitucionales»⁴ se manifestaba el artículo 31.4 del Informe de la Ponencia en relación a la creación de centros docentes, concretando los sujetos y delimitando el objeto en el apartado 6 del artículo 28 del Anteproyecto de Constitución: «se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales»⁵.

4. Tras la presentación de enmiendas al Anteproyecto, con 60 de ellas presentadas al artículo 28 –de un total de 3100 en 779 escritos admitidos a trámite⁶–, se modifica la numeración del artículo, pasando al 26, y se prevé el «derecho y el deber» de todos a la educación⁷, sin advertir aún un pleno reconocimiento a la libertad de enseñanza pero ampliando explícitamente la facultad de creación de centros docentes a su dirección, en consideración de la enmienda número 779, apartado 5, presentada por el Grupo Unión de Centro Democrático⁸, quedando el apartado sexto del siguiente tenor: «se reconoce a las personas físicas y

³ ___ (1984): p. 270.

⁴ ___ (1984): p. 270.

⁵ BOCG 05/01/1978, núm. 44, p. 674.

⁶ BOCG 17/04/1978, núm. 82, p. 1520.

⁷ BOCG 17/04/1978, núm. 82, p. 1621. Redacción muy próxima a la enmienda número 2 presentada por el Señor CARRO MARTÍNEZ (Alianza Popular), prescindiendo de los sujetos a los que se refiere el enmendante: «la educación es un derecho y un deber para todos los españoles».

⁸ BOCG 17/04/1978, núm. 82, p. 1540.

Educación diferenciada y conciertos públicos

jurídicas la libertad de establecer y dirigir centros docentes dentro del respeto a los principios constitucionales»⁹.

1.2. RECONOCIMIENTO CONJUNTO

5. Es a partir de este momento, en gran medida motivado por el abandono del señor Peces-Barba de la Ponencia Constitucional a causa, principalmente, del presente artículo¹⁰, cuando la cuestión educativa, así como otras tantas que no entran en el objeto de este estudio, experimentan un “*consenso extraparlamentario*”, –meros acuerdos puntuales para algunos¹¹, por las distintas posiciones ideológicas de los grupos que formaron parte– en el que no estuvieron incluidas todas las fuerzas políticas con representación parlamentaria¹², sacrificando para ello «*amor propio, convocatoria y «luz y taquígrafos» que tan sano es para la democracia*»¹³.

6. A partir del “consenso”, con la introducción y aprobación de la enmienda «*in voce*» presentada conjuntamente por el Grupo Unión de Centro Democrático, Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, Grupo Mixto, Grupo Comunista, Grupo Socialistas de Catalunya y

⁹ BOCG 17/04/1978, núm. 82, p. 1621

¹⁰ __ (1984): 339.

¹¹ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago (1996): 20-21.

¹² El malestar generalizado de los grupos parlamentarios no incluidos en el “*consenso extraparlamentario*” puede observarse en las distintas manifestaciones hechas por sus representantes con ocasión de la undécima sesión de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, la cual tuvo que retrasarse por la incomparecencia de los grupos parlamentarios del “*consenso*” (*vid.* DSCD, núm. 72, de 23/05/1978).

¹³ En palabras de don Emilio ATTARD ALONSO, Presidente de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas (DSCD, núm. 72, de 23/05/1978, p. 2588).

Minoría Catalana en la sesión del 23 de mayo de 1978¹⁴, es cuando aparece por primera vez reflejado en el texto de estudio la libertad de enseñanza, sin haber sido solicitada su inclusión en ninguna de las enmiendas antes mencionada, otorgando cierto grado de oscuridad a la inserción del segundo inciso del artículo 26.1 –que a partir de ese momento sería el 25–, pasando de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas al Pleno del Congreso de los Diputados con el siguiente tenor: «1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza»¹⁵. Por su parte, la libertad de creación de centros docentes ve reducida, *a priori*, su extensión al eliminar toda mención a la dirección de los centros docentes que contenía el apartado sexto antes de la enmienda «*in voce*»¹⁶.

7. Pese a los temores de algunos de los diputados¹⁷ y las manifestaciones realizadas en el Pleno del Congreso de los Diputados por los distintos parlamentarios no incluidos en el “consenso” relativas al primer apartado del artículo 25¹⁸, este es aprobado en conjunto, sin

¹⁴ DSCD, núm. 72, de 23/05/1978, pp. 2594-2608.

¹⁵ BOCG 01/07/1978, núm. 121, p. 2595.

¹⁶ «6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales» (BOCG 01/07/1978, núm. 121, p. 2595).

¹⁷ El señor GÓMEZ DE LAS ROCES (Grupo Mixto) afirma que, debido a la prolijidad del artículo 26, «*más que tratar de la libertad de enseñanza, parece tratar de las restricciones a la libertad de enseñanza*» (DSCD, núm. 103, de 04/07/1978, p. 3770).

¹⁸ Cabe destacar la intervención del señor GÓMEZ DE LAS ROCES (Grupo Mixto) en la cual solicita la supresión de los apartados 2 a 10 del artículo 25, restando únicamente el primer apartado, «*porque eso expresa algo en lo que todos, me atrevo a afirmar que todos, estamos de acuerdo y porque lo demás del texto del artículo 25, o casi todo lo demás, no hace otra cosa que restringir o cohibir la plenitud de ese principio general de libertad que se degrada así notoriamente con previsiones que son, además, más propias de un reglamento que del sentido lapidario que debe tener un texto constitucional*» (DSCD, núm. 106, de 07/07/1978, pp. 4018-4021), la cual apoya el

Educación diferenciada y conciertos públicos

consideración de ninguna de las enmiendas y votos particulares efectuados por el resto de parlamentarios. Pasa al Senado, de esta forma, como artículo 25 del Anteproyecto de Constitución¹⁹.

8. En la Cámara Alta, a pesar de las 74 enmiendas presentadas al artículo 25, este pasa sin ninguna modificación –salvo la numérica– como artículo 27, sin tener que superar los trámites de la Comisión Mixta al no presentarse discrepancias en el texto a la hora de las votaciones.

señor BARRERA COSTA (Grupo Minoría Catalana) en su posterior intervención (DSCD, núm. 106, de 07/07/1978, pp. 4030-4033).

¹⁹ «Artículo 25.

1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.

2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.

5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.

6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.

7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.

8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.

9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.

10. Se reconoce la autonomía de las universidades, en los términos que la ley establezca» (BOCG 24/07/1978, núm. 135, pp. 2949-2950).

9. El “consenso” pudo tener lugar gracias a las concordancias – realmente escasas–, transacciones y cesiones entre las distintas ideologías. El apartado primero es un claro símbolo de acuerdo por yuxtaposición, en el que se dan lugar los dos grandes principios informadores del sistema educativo que buscaban las dos posiciones políticas antagónicas, siendo los apartados 2, 4, 8 y 10 en los que encontraron mayor acuerdo a su vez. Por el contrario, los grupos parlamentarios que propugnaban una mayor libertad de enseñanza cedieron en los apartados 5 y 7, haciendo lo propio con los apartados 3, 6 y 9 los grupos que entendían que la educación debía quedar más controlada por el Estado, como escuela única²⁰.

10. Debido a la tramitación del artículo relativo a la educación sin tomar en consideración ninguna enmienda en interés del “consenso”, este ha sido criticado al haber podido presentarse incoherente al retirar enmiendas y negarse la totalidad de las restantes²¹, aun cuando podrían haber supuesto un salto cualitativo a la hora de la interpretación constitucional y custodia de derechos.

11. Pese a ello, cabe destacar el esfuerzo realizado en la búsqueda de un texto inclusivo de las distintas posiciones ideológicas que tienen cabida dentro del artículo 27. El “consenso educativo” fue un pacto de «*inclusión de mínimos*»²², yuxtaponiendo en un mismo texto las distintas posiciones radicales en materia educativa habidas históricamente en nuestro país²³. Con una pretendida fórmula de compromiso entre las distintas fuerzas políticas participantes del “consenso”, y aun sin satisfacer plenamente a ninguno de los Grupos, es admitido el artículo como base del “pacto constitucional” al otorgar a los

²⁰ CÁMARA VILLAR, Gregorio (2000): 267.

²¹ SATORRAS FIORETTI, Rosa María (1998): 82.

²² CÁMARA VILLAR, Gregorio (2000): 267.

²³ CÁMARA VILLAR, Gregorio (1993): 302.

Educación diferenciada y conciertos públicos

distintos futuros poderes ejecutivos amplios márgenes de maniobra en el desarrollo educativo²⁴, pudiendo dar lugar a diversas interpretaciones jurídicas –incluso provocando políticas educativas contradictorias²⁵– pero sin llegar a ser un «*cheque en blanco*» para el legislador²⁶.

1.3. LA INTRODUCCIÓN DEL SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 10

12. Aunque el hoy artículo 27 no sufrió ningún cambio propuesto en los numerosos intentos de reformas parlamentarias, la enmienda presentada al artículo 10, con la solicitud de inclusión de un segundo apartado, hizo peligrar los acuerdos llegados hasta ese momento, reabriendo lo que hasta este pacto educativo había sido una «*guerra escolar*»²⁷.

13. La enmienda –número 707– al artículo 10, presentada por el Grupo de Unión de Centro Democrático del Senado y defendida en la sesión número 42²⁸, fue duramente criticada por los miembros del Grupo Parlamentario Socialista bajo acusación de ruptura consensual. Sin embargo, y después de diversas enmiendas «*in voce*» durante la sesión, que pulieron conceptual y gramaticalmente el sentido que se quería dar a tal apartado, el mismo fue aprobado con el siguiente contenido:

²⁴ GÓMEZ ORFANEL, Germán (1983): 411.

²⁵ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (2004): 82.

²⁶ PRIETO DE PEDRO manifiesta su “temor” ante la «*generalidad y ambigüedad*» del precepto, que casi otorga un «*cheque en blanco*» al legislador ordinario (PRIETO DE PEDRO, Jesús (1978): 508).

²⁷ SALGUERO, Manuel (2004): 801.

²⁸ DSS, núm. 42, de 23/08/1978, pp. 1742-1761.

«Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y demás tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España»²⁹.

14. Con la introducción del segundo apartado del artículo 10 se hace necesario, a la hora de interpretar el artículo 27, la consideración de diversos tratados y acuerdos internacionales que esclarecen el sentido de algunos de los apartados de la materia educativa y los cuales veremos a lo largo de la investigación. En su mayoría, se amplían las libertades en la enseñanza³⁰, otorgando mayores potestades a la iniciativa privada. Por ello las reticencias del sector de la izquierda del Senado, el cual buscaba mayor equilibrio entre las potestades públicas y privadas que consideraban haber encontrado en el “consenso” del artículo 27.

1.4. SITUACIÓN ACTUAL

15. Tal y como acabamos de ver, el apartado primero del artículo 27 quedó redactado –tras la aprobación del texto constitucional por parte de las Cortes, el referéndum popular de 6 de diciembre de 1978 para la aprobación del Proyecto de Constitución y la publicación de la Constitución en el Boletín Oficial del Estado de 29 de diciembre previa sanción monárquica de 27 de diciembre– de la siguiente forma: «1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza».

²⁹ DSS, núm. 42, de 23/08/1978, p. 1761.

³⁰ DAMIÁN TRAVERSO, Juan (1979): 17.

Educación diferenciada y conciertos públicos

16. Tanto el derecho a la educación como la libertad de enseñanza son reconocidos en el primer apartado del artículo dedicado a la educación en la Constitución Española, siendo la primera vez en nuestra historia constitucional que aparecen en el mismo articulado, pareciendo, hasta ahora, como una suerte de premisas excluyentes³¹.

17. El derecho a la educación aparece en primer lugar, pero no jerarquiza la Constitución, de ningún modo, el derecho a la educación sobre la libertad de enseñanza³², sino que con la inclusión del derecho a la educación en el primer inciso del artículo 27 CE se pone especial énfasis en el protagonista principal de la actividad educativa, el educando³³, y garantizando con esta díada estrechamente unida lo que ha venido a llamarse la «*educación en libertad*»³⁴, asegurando el derecho a la educación y la libertad de enseñanza.

18. El artículo 27.1 CE alberga un conjunto de derechos y libertades desarrollados, en su mayor parte, en el resto del artículo 27³⁵. Por ello es posible determinar que el derecho a la educación y la libertad de enseñanza no son excluyentes, sino «*dos caras de una misma moneda*»³⁶, «*indisolublemente unidos*»³⁷, en una relación de

³¹ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (1988): 13.

³² En contra encontramos la posición de LLAMAZARES FERNÁNDEZ, quien considera que, si bien la libertad de enseñanza es un derecho autónomo, es un instrumento «*al servicio de la realización “real y efectiva”*» del derecho a la educación (LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio (2010a): 16). También ALÁEZ CORRAL considera que «*el hilo conductor del derecho del art. 27 es la educación, no la enseñanza*» (ALÁEZ CORRAL, Benito (2011): 97).

³³ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (1979): 234.

³⁴ DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (1995): 37. Reiterado por BORRAJO INIESTA, Ignacio (2002): 661 y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2008a): 34.

³⁵ La libertad de cátedra, como una de las libertades señeras de la enseñanza, se encuentra en el artículo 20.1.c), relacionada, a su vez, con la libertad de expresión.

³⁶ CÁMARA VILLAR, Gregorio (2002): 990.

³⁷ BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (1984): 37.

complementariedad o instrumentalidad recíproca³⁸ con la pretensión de la consecución del fin educativo, enhebrando la Constitución el derecho a la educación y la libertad de enseñanza de manera indisoluble, siendo presidido, de esta manera, el sistema educativo estatal por los principios de libre acceso y transmisión del saber³⁹ y debiendo tener en consideración el conjunto de ambos preceptos a la hora de abordar cualquier problema o cuestión⁴⁰.

19. La prolijidad en la determinación de los derechos y libertades que contiene el artículo 27, uno de los más extensos de la Constitución y el más extenso en materia de derechos fundamentales, quiebra con la sensación, que ya desde los debates en las Cortes constituyentes sostenía algún diputado⁴¹, de que este artículo constituye un único y genérico derecho⁴² –en sentido amplio–, estableciendo el resto del articulado un desarrollo de los derechos y libertades educativas de los sujetos implicados⁴³.

20. No puede considerarse, estrictamente, como un único y genérico derecho a la educación, sino sólo en el sentido en el que lo hace nuestro Tribunal Constitucional, al referirse al artículo 27 CE de la siguiente forma:

«La estrecha conexión de todos estos preceptos, derivada de la unidad de su objeto, autoriza a hablar, sin duda, en términos genéricos, como denotación conjunta de todos ellos, del derecho a la educación, o

³⁸ ALÁEZ CORRAL, Benito (2009b): 5-6.

³⁹ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso y SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel (1996): 189.

⁴⁰ BORRAJO INIESTA, Ignacio (2002): 661.

⁴¹ Vid. *supra* intervenciones de los señores GÓMEZ DE LAS ROCES y BARRERA COSTA.

⁴² CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2004a): 552.

⁴³ ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (1978): 256.

Educación diferenciada y conciertos públicos

incluso el derecho de todos a la educación, utilizando como expresión omnicomprendensiva la que el mencionado artículo emplea como fórmula liminar. Este modo de hablar no permite olvidar, sin embargo, la distinta naturaleza jurídica de los preceptos indicados»⁴⁴.

21. No es posible obviar la distinta naturaleza jurídica de los diez apartados del artículo 27. En ellos encontramos derechos de libertad, de prestación, garantías institucionales, deberes jurídicos y mandatos al legislador, quedando, a grandes rasgos, definido como un derecho de doble dimensión⁴⁵, por un lado un derecho social de prestación y por otro una libertad pública⁴⁶, con algunas observaciones.

22. A lo largo del presente trabajo iremos dando cabida a los apartados del artículo 27 CE en las diferentes categorías jurídicas, no siendo este el momento oportuno de delimitar cada derecho y libertad en las distintas posiciones jurídicas, para una mejor comprensión del objeto de estudio. Sin embargo, sí es posible afirmar, desde un primer momento, que a pesar de las diversas realidades jurídicas que afronta cada uno de los apartados, el artículo 27 CE no resulta un precepto ambiguo o contradictorio⁴⁷, sino que los distintos apartados conforman una misma realidad educativa que logra complementar⁴⁸ los derechos, libertades y las pretensiones de los diversos sujetos implicados en el proceso educativo, siendo el resultado «*un texto coherente, preciso y sistemático*»⁴⁹.

⁴⁴ STC 86/1985, FJ 3.

⁴⁵ VIDAL PRADO, Carlos (2012): 465.

⁴⁶ SALGUERO, Manuel (2004): 801.

⁴⁷ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (1983): 125.

⁴⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2004a): 553.

⁴⁹ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (1983): 125.

2. DERECHO A LA EDUCACIÓN

2.1. EL OBJETO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

23. El derecho a la educación es un derecho complejo⁵⁰ formado por un conjunto de mandatos, permisos y prohibiciones a lo largo del artículo 27 CE con el objetivo de garantizar una educación plural y en libertad⁵¹.

24. En una interpretación preliminar del contenido del primer inciso del artículo 27.1 CE, es destacable la extensión del derecho a la educación a «todos», no sólo a los españoles⁵². En este sentido:

⁵⁰ ALÁEZ CORRAL, Benito (2006): 92.

⁵¹ ALÁEZ CORRAL, Benito (2008a): 21.

⁵² El intento de limitación del derecho a la educación sólo a los españoles es una constante en las enmiendas al presente artículo, tanto las presentadas en la tramitación en el Congreso de los Diputados como en el Senado. En el trámite parlamentario en la Cámara Baja, las enmiendas núm. 2 del señor CARRO MARTÍNEZ (Alianza Popular), núm. 10 del señor DE LA VALLINA VELARDE (Alianza Popular), núm. 41 del señor GÓMEZ DE LAS ROCES (Grupo Mixto), núm. 65 de la señora Fernández-España y Fernández-Latorre (Alianza Popular), núm. 74 del señor SILVA MUÑOZ (Alianza Popular), núm. 480 del Grupo Mixto y núm. 779 del Grupo Unión de Centro Democrático –en la práctica, la totalidad de las enmiendas presentadas al apartado primero del artículo, en ese momento, 28– intentaron, sin éxito, limitar el derecho a la educación a «los españoles».

Por su parte, en las enmiendas presentadas en el trámite de la Cámara Alta núm. 194 del señor CACHARRO PARDO (Grupo Mixto) y la núm. 843 del señor ENCISO RECIO (Unión de Centro Democrático) solicitan, igualmente, la inclusión de la delimitación a los españoles como sujetos únicos del derecho a la educación. No ocurre, como en la tramitación en el Congreso de los Diputados, que se solicita en la totalidad de las enmiendas, sino que la núm. 232 del señor CARAZO HERNÁNDEZ (Grupo Mixto) y la núm. 460 del señor XIRIANACS I DAMIANS (Grupo Mixto)

Educación diferenciada y conciertos públicos

«[Es] inequívoca [la] vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana, dada la innegable trascendencia que aquella adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad, que se ve reforzada mediante la enseñanza de los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos, necesarios para “establecer una sociedad democrática avanzada”, como reza el preámbulo de nuestra Constitución»⁵³.

25. Está previsto para «todos», como todo derecho «imprescindible para la garantía de la dignidad humana que conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución constituye fundamento del orden político español» que corresponde por el hecho de ser «personas» y no «ciudadanos»⁵⁴, «independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España»⁵⁵.

26. La inclusión en el articulado constitucional del segundo párrafo del artículo 10 CE obliga al legislador a interpretar las normas de derechos fundamentales conforme a los tratados y demás acuerdos internacionales ratificados por España, lo que no hace más que confirmar que el derecho a la educación corresponde a «todos», al considerar, entre otras:

contemplan a «todos» como los sujetos del derecho a la educación. Por su parte, el señor ZARAZAGA BURILLO (Grupo Mixto), en su enmienda núm. 268 intenta concretar el «todos» con «los ciudadanos», extendiendo más allá de los españoles a los sujetos del derecho y siendo el señor CELA Y TRULOCK (Agrupación Independiente), en su enmienda núm. 149 quien propone, de una forma un tanto abstracta, que el sujeto del derecho a la educación sea «la persona».

⁵³ STC 236/2007, FJ 8.

⁵⁴ STC 107/1984, FJ 3.

⁵⁵ STC 236/2007, FJ 8.

a) La Declaración Universal de Derechos Humanos⁵⁶, que, en su artículo 26.1, estima como sujeto de derecho a la educación a «toda persona».

b) El Protocolo Adicional 1º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos⁵⁷, en su artículo 2, siendo tajante a la hora de la protección del derecho a la educación para todos («a nadie se le puede negar el derecho a la instrucción»).

c) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵⁸, en su artículo 13, reconociendo el derecho a la educación de «toda persona».

d) La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁵⁹, en su artículo 14, en similares términos al anterior.

27. Tanto por la interpretación jurisprudencial como por la necesaria consideración de los tratados internacionales y tras una lectura del artículo 27 CE en su conjunto, relacionado con el art. 1.1 CE⁶⁰ y el 9.2 CE⁶¹, los principios informadores del derecho a la educación son la

⁵⁶ Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, en París.

⁵⁷ Hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (publicado en el BOE núm. 243, de 10 de octubre de 1979) y su Protocolo adicional al Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, hecho en París el 20 de marzo de 1952 (BOE núm. 11, de 12 de enero de 1991).

⁵⁸ Adoptado por la Asamblea General en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 (BOE núm. 103, de 30 de abril de 1977)

⁵⁹ DOCE núm. 364, de 18 de diciembre de 2000. Posteriormente, DOUE núm. 83, de 30 de marzo de 2010

⁶⁰ «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

⁶¹ «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;

Educación diferenciada y conciertos públicos

«obligatoriedad, gratuidad e igualdad»⁶² constituyendo tales principios el objetivo de los poderes públicos para el disfrute de los titulares del derecho a la educación.

28. Este derecho, de efecto expansivo por sus objetivos nucleares en un Estado democrático, en el cual no se concibe la plenitud del individuo como ciudadano sin educación⁶³ al igual que no es posible concebir un Estado democrático pleno sin la educación de sus ciudadanos, encuentra sus límites en el propio artículo 27 CE, el cual exige una coexistencia e interpretación unitaria del mismo, en el que tienen cabida tanto el derecho a la educación como la libertad de enseñanza, y subordinando expresamente el contenido de la educación a los objetivos marcados por el artículo 27.2 CE⁶⁴, «*como objetivos constitucional-democráticos de educación cívica*»⁶⁵.

2.2. LA DIMENSIÓN DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

29. El derecho a la educación está enmarcado en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución Española, lo cual le

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».

⁶² FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (2006): 48.

⁶³ ALÁEZ CORRAL, Benito (2008b): 92-93. En el mismo sentido, PÉREZ ROYO: «*La transformación del individuo de súbdito a ciudadano solamente puede ser real y efectiva con base en el ejercicio del derecho a la educación. Pues ciudadano, como ya sabemos, es aquel individuo que participa en condiciones de igualdad en la formación de la voluntad general*» (PÉREZ ROYO, Javier (2012): 399).

⁶⁴ «La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales».

⁶⁵ ALÁEZ CORRAL, Benito (2009a): 37-38.

da rango de derecho fundamental al encontrarse en la Sección «de los derechos fundamentales y libertades públicas».

30. La enmarcación del derecho a la educación como derecho fundamental no es una cuestión intrascendente. Por su calificación como fundamental, el legislador no puede disponer del mismo de una manera flexible, sino que en virtud del art. 53.1 CE «sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades [fundamentales]». Además, en virtud del segundo apartado del mismo artículo, tiene reconocida la preferencia y sumariedad en los procedimientos en los que se reclamen el contenido del derecho a la educación, pudiendo, en su caso, acudir al Tribunal Constitucional en amparo.

31. La dimensión esencial del derecho a la educación es la social y prestacional⁶⁶, habiendo advertido ya nuestro Tribunal Constitucional su doble faceta de derecho de prestación y de libertad⁶⁷, característico de este artículo 27 CE. Como derecho social, es el único que se encuentra en la sección dedicada a los derechos fundamentales⁶⁸, lo cual, a nuestro entender, no es un descuido o mal encuadramiento por parte del constituyente sino que otorga a la educación la vital trascendencia que tiene en todo Estado social y democrático de Derecho, otorgándole una protección de máxima indisponibilidad para los poderes públicos⁶⁹.

32. Los derechos de prestación constituyen un mandato constitucional a los poderes públicos por el cual se impone a los mismos no sólo el deber de abstenerse de hacer algo –como ocurre en los derechos de libertad–, sino de realizar el objeto del mandato de una

⁶⁶ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2002): 41.

⁶⁷ STC 86/1985, FJ 3.

⁶⁸ BARRERO ORTEGA, Abraham (2013): 167.

⁶⁹ ALÁEZ CORRAL, Benito (2008b): 92-93.

Educación diferenciada y conciertos públicos

manera efectiva⁷⁰, prestando, de esta forma, un servicio a través de sus propias instituciones o garantizándola mediante externas.

33. Es posible asegurar que el derecho a la educación, como derecho fundamental, no se limita a la prohibición de injerencias por parte de los poderes públicos en su ejercicio⁷¹, sino que al tratarse de un derecho prestacional, los titulares del mismo pueden exigir a los poderes públicos la prestación del servicio educativo, «*implica[ndo] un deber positivo de actuar para la Administración*»⁷². El derecho en cuestión detenta la posición jurídica característica de la dimensión social que despliegan los derechos de prestación de modo que sólo la intervención pública puede garantizar el cumplimiento de los fines que el texto constitucional pretende. Es decir, el derecho a la educación se caracteriza por poseer no únicamente una faceta “negativa” –al impedir las injerencias de los poderes públicos en la efectiva realización del derecho a la educación–, sino que contiene una dimensión “positiva”, como derecho prestacional⁷³ –por la cual los poderes públicos, mediante sus propias instituciones o a través de la iniciativa social de forma reglada, han de garantizar la efectividad del derecho a la educación⁷⁴, siendo directamente exigible al tratarse de un derecho público subjetivo⁷⁵–.

34. Esta dimensión fundamental-prestacional va más allá de la prestación y defensa de los derechos fundamentales por y ante los poderes públicos tal y como lo concibe el Tribunal Constitucional:

⁷⁰ VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio (2004): 112.

⁷¹ ÁLVAREZ VÉLEZ, María Isabel y ALCÓN YUSTAS, María Fuencisla (2003): 223-224.

⁷² MARTÍNEZ DE PISÓN, José (2003): 132-133.

⁷³ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (1979): 235.

⁷⁴ MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés (2010): 244.

⁷⁵ SALGUERO, Manuel (2004): 802.

«Los derechos fundamentales, si bien continúan concibiéndose primordialmente como derechos subjetivos de defensa frente al Estado, presentan además una dimensión objetiva, en virtud de la cual operan, como componentes estructurales básicos, que han de informar el entero ordenamiento jurídico. Como consecuencia de este «doble carácter de los derechos fundamentales» [STC 25/1981, fundamento jurídico 5.º], pende sobre los poderes públicos una vinculación también dual: en su tradicional dimensión subjetiva, les impone la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad por ellos acotada; en su vertiente jurídico-objetiva, reclama genéricamente de ellos que, en el ámbito de sus respectivas funciones, coadyuven a fin de que la implantación y disfrute de los derechos fundamentales sean reales y efectivos, sea cual fuere el sector del ordenamiento en el que los mismos resulten concernidos»⁷⁶.

35. La dualidad dimensional característica de los derechos fundamentales como derechos subjetivos de defensa frente a los poderes públicos y derechos objetivos como estímulo público de los derechos fundamentales no es suficiente para un derecho de contenido prestacional, y con carácter fundamental, como es el derecho a la educación el cual no sólo ha de someterse pasivamente a la acción de los poderes públicos, sino que está facultado para exigir directamente la prestación del servicio educativo, principalmente de la educación básica, a través de contenido material o económico que haga efectivo el derecho⁷⁷, correspondiendo todo lo visto hasta ahora con las exigencias del Estado social que contempla y desarrolla el art. 9.2 CE⁷⁸.

36. En Francia, por ejemplo⁷⁹, el Preámbulo de la Constitución de 1946 garantiza, en su párrafo decimotercero, «la igualdad de acceso

⁷⁶ ATC 382/1996, FJ 3.

⁷⁷ ALÁEZ CORRAL, Benito (2008b): 92-93.

⁷⁸ DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (2008): 124-125.

⁷⁹ Con ese *animus* al que hicimos referencia en la introducción del trabajo de utilizar el derecho comparado para reforzar argumentos y dar algunas notas interpretativas, y no

Educación diferenciada y conciertos públicos

del niño y del adulto a la instrucción, a la formación profesional y a la cultura» a la vez que dicta que «la organización de la enseñanza pública gratuita y laica en todos los niveles es un deber del Estado» y, al igual que en España⁸⁰, el derecho a la educación está considerado un verdadero derecho prestacional o «*droit-créance*»⁸¹, concebido como un «*derecho a*», con el fin de que el individuo pueda hacer valer tal prerrogativa ante los poderes públicos⁸², teniendo el deber los poderes públicos de proporcionales tal prestación a los acreedores de la misma⁸³, considerando la educación como «la primera prioridad nacional»⁸⁴ y siendo obligatoria para los dos sexos, así como franceses y extranjeros, entre los 6 y los 16 años⁸⁵, bajo el principio de gratuidad de la enseñanza⁸⁶.

2.3. EL CONTENIDO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN

37. La educación, como derecho fundamental y prestacional, cumple dos funciones básicas: una de desarrollo de las personas, desde un punto de vista subjetivo; y otra dimensión social o –por no prestarse a confusión– general, en cuanto a su contribución al desarrollo social y

dotando a esta investigación con la fuerza de un estudio jurídico supranacional, el cual no buscamos.

⁸⁰ Vid. *ut supra*.

⁸¹ VVAA (2007): 882.

⁸² RANGEON, François (1996): 169.

⁸³ RANGEON, François (1996): 169-170.

⁸⁴ Art. L111-1, *Code de l'éducation*

⁸⁵ Art. L131-1, *Code de l'éducation*.

⁸⁶ Arts. L132-1 y L132-2, *Code de l'éducation*.

económico⁸⁷, presentando esta faceta, a su vez, una doble vertiente de desarrollo para el sujeto y desarrollo comunitario.

38. Por ello, ante la amplitud del precepto, la doctrina, desde los primeros escritos dedicados al derecho a la educación, ha intentado delimitar su contenido, en relación, principalmente, con la libertad de enseñanza. Para enmarcar las facultades que otorgan tanto el derecho a la educación como la libertad de enseñanza será preciso tener en cuenta la dimensión iusfundamental-prestacional del derecho a la educación, presentando la libertad de enseñanza, como veremos posteriormente, un derecho eminentemente de libertad, si bien con la doble vertiente subjetiva y objetiva que vimos al final del anterior apartado.

39. La principal manifestación del derecho a la educación es el derecho a recibir una educación básica gratuita⁸⁸, configurado como un derecho-deber en los niveles básicos⁸⁹ al prever su gratuidad y a su vez la obligatoriedad de la enseñanza básica.

40. Tomando como base el juego del primer inciso del artículo 27.1 CE y el apartado cuarto del mismo artículo y la necesaria relación de los mismos con los artículos 1.1 CE⁹⁰, 9.2 CE⁹¹ y 10.1 CE⁹², así como por la

⁸⁷ CÁMARA VILLAR, Gregorio (2007): 62.

⁸⁸ Art. 27.4 CE: «La enseñanza básica es obligatoria y gratuita».

⁸⁹ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (1998): 281.

⁹⁰ «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

⁹¹ «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».

⁹² «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

Educación diferenciada y conciertos públicos

imprescindible interpretación del artículo 27 CE, como derecho fundamental, con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y demás acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España (art. 10.2 CE), es posible extraer una suerte de principios rectores del derecho a la educación, considerados como núcleo esencial del derecho, imprescindibles para el desarrollo efectivo del mismo.

41. En este núcleo esencial del derecho a la educación podríamos enmarcar, por medio de reiterada doctrina, los siguientes derechos:

a) Derecho a la escolarización sin discriminación⁹³ en los distintos niveles y enseñanzas regladas que integran el sistema educativo, principalmente en el básico⁹⁴. La Constitución no dispone qué se entiende por nivel educativo básico y obligatorio, que quedará a disposición del legislador, algo que no se pasó por alto durante la tramitación del precepto dedicado al derecho a la educación en las Cortes constituyentes⁹⁵. En todo caso, el derecho

⁹³ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (1979): 255.

⁹⁴ COTINO HUESO, Lorenzo (2012): 123; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (1998): 281; FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso y SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel (1996): 172-176; MARTÍNEZ DE PISÓN, José (2003): 139-140.

⁹⁵ El señor XIRIANACS i DAMIANS (Grupo Mixto) –calificado por SATORRAS como «*el eterno inconformista*» de las sesiones en el Senado (SATORRAS FIORETTI, Rosa María (1998): 33)– ya en su enmienda núm. 460 propugnaba por constitucionalizar «la enseñanza básica y media, incluida la enseñanza profesional» como obligatoria y gratuita, pero dejando, en todo caso, al arbitrio del legislador lo que se entiende por enseñanza básica y media, incluyendo la profesional. Por su parte, el señor CORTE ZAPICO (Progresistas y Socialistas Independientes), en su enmienda núm. 235, abogaba por la constitucionalización de la edad en la que la educación debía ser obligatoria y gratuita –si bien no menciona que sea “básica”–, «de los cuatro a los dieciséis años».

a la escolarización sin discriminaciones en su acceso incluiría también a las enseñanzas regladas no obligatorias⁹⁶.

b) Como consecuencia directa del derecho al acceso a las enseñanzas regladas y la no discriminación en el mismo, esta se extiende a todo el proceso educativo, en el que los alumnos tienen derecho a permanecer y progresar en el centro⁹⁷, a ser evaluado objetivamente⁹⁸, a que la educación tenga en cuenta sus peculiaridades y diferencias personales⁹⁹, a no ser castigados disciplinariamente de forma arbitraria¹⁰⁰ y a recibir la educación en lengua comprensible¹⁰¹, obteniendo como resultado un reconocimiento y titulación oficial de los estudios cursados¹⁰².

c) Derecho a obtener la instrucción básica, que es obligatoria, de forma gratuita, tal y como establece el artículo 27.4 CE.

d) Derecho a la calidad de la educación¹⁰³. Es una continua exigencia ya desde los debates constituyentes¹⁰⁴, pero, como

⁹⁶ GARCÍA-PARDO, David (1998): 32-33.

⁹⁷ COTINO HUESO, Lorenzo (2012): 123; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (1998): 281.

⁹⁸ COTINO HUESO, Lorenzo (2012): 123; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (1998): 281; FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso y SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel (1996): 172-176

⁹⁹ CRUZ MIÑAMBRES, José E. (1988): 97.

¹⁰⁰ COTINO HUESO, Lorenzo (2000a): 144-145.

¹⁰¹ COTINO HUESO, Lorenzo (2012): 123; DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (1998): 281.

¹⁰² COTINO HUESO, Lorenzo (2012): 123.

¹⁰³ COTINO HUESO, Lorenzo (2012): 123; FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso y SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel (1996): 172-176; SALDAÑA DÍAZ, María Nieves (2006): 202.

Educación diferenciada y conciertos públicos

vimos anteriormente, todo intento de introducir una enmienda en trámite parlamentario tras el “consenso” fue en vano.

e) El derecho a recibir una educación en y de derechos fundamentales, tal y como exige el artículo 27.2 CE¹⁰⁵, que le permita un pleno desarrollo personal.

42. Siendo estas, a nuestro juicio, las principales manifestaciones del derecho a la educación extraídas del estudio en conjunto de los preceptos ya mencionados, hay otras manifestaciones, minoritarias, que consideran como parte del derecho a la educación la posibilidad de *«acceder –en condiciones de igualdad– a las ayudas públicas a la educación, en todos los niveles de la enseñanza»*¹⁰⁶, incluyendo las ayudas a los centros de enseñanza de niveles no obligatorios con criterios de igualdad de trato¹⁰⁷.

43. En un plano comparado, el particular ordenamiento jurídico británico trae como consecuencia la difícil delimitación del contenido del derecho a la educación y la libertad de enseñanza. La ausencia de un texto constitucional sistemático en el que se resguarden y protejan los derechos fundamentales y las garantías para su ejercicio complican la presente empresa.

¹⁰⁴ La señora BEGUÉ CANTÓN (Agrupación Independiente), en su enmienda núm. 668 en el trámite parlamentario en la Cámara Alta del proyecto constitucional reparaba en la necesaria constitucionalización del «mantenimiento de la calidad de la enseñanza». Para BEGUÉ CANTÓN, en su intervención en el Senado del día 27 de septiembre de 1978 (DSS, núm. 60, 27/09/1978, pp. 2997-2999) en el texto constitucional del derecho a la educación *«falta un elemento esencial que añadimos en nuestra enmienda: la calidad de la enseñanza, sin la cual el derecho a la educación queda vaciado de su contenido, y los objetivos, principios y valores reconocidos en el apartado 2, reducidos a meras declaraciones utópicas»*.

¹⁰⁵ COTINO HUESO, Lorenzo (2000a): 144-145.

¹⁰⁶ DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (2008): 124-125.

¹⁰⁷ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (1979): 266.

No obstante, el compromiso del Reino Unido en materia de derechos fundamentales y, específicamente en lo que aquí nos ocupa, en educación, es incontrovertible, a través de la ratificación de instrumentos internacionales protectores de este derecho así como por la introducción expresa en su derecho interno del artículo 2 del Protocolo 1 al CEDH en el *Human Rights Act 1998*¹⁰⁸, vinculante para todos los poderes públicos del Estado¹⁰⁹.

Sin unos principios constitucionales-educativos que desarrollar, el legislador, en sus múltiples desarrollos legales¹¹⁰, y una vez asegurada la gratuidad en la enseñanza pública¹¹¹, se ha preocupado más de exponer los principios del currículum educativo, en términos formales, así como las diferentes etapas educativas, que en unos objetivos generales y, ciertamente, abstractos como lo realizan el derecho alemán y el español orientando la educación al pleno desarrollo de la personalidad.

44. Sin embargo, el constitucionalismo alemán, de forma llamativa¹¹², prescinde del aseguramiento del derecho a la educación,

¹⁰⁸ Si bien lo acepta expresamente, también introduce su reserva al mismo en la *Schedule 3, Part II*, con el siguiente tenor literal: «*At the time of signing the present (First) Protocol, I declare that, in view of certain provisions of the Education Acts in the United Kingdom, the principle affirmed in the second sentence of Article 2 is accepted by the United Kingdom only so far as it is compatible with the provision of efficient instruction and training, and the avoidance of unreasonable public expenditure*».

¹⁰⁹ BOMBILLAR SÁENZ, Francisco Miguel (2011): 141.

¹¹⁰ Desde la *Education Reform Act 1988*, la primera gran reforma educativa en Reino Unido desde la *Education Act 1944* (GARCÍA GARRIDO, José Luis (2005): 152-156), se han promulgado un total de 9 legislaciones distintas, contando con la actual *Education Act 2011* que no deroga plenamente la de 1988, si bien ha modificado gran parte de su articulado.

¹¹¹ HARRIS, Neville (2007): 195-196.

¹¹² MEIX CERECEDA, Pablo (2013): 66.

Educación diferenciada y conciertos públicos

dedicándose principalmente a la libertad de enseñanza en el artículo 7 de la *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*¹¹³ (GG). Pero las peculiaridades del Ordenamiento jurídico alemán debido a su distinta distribución administrativa, altamente descentralizada, nos obliga a tener en cuenta no sólo la Ley Fundamental para la República Federal de Alemania de 1949, sino las 16 Constituciones de las que se dotan los distintos *Länder*¹¹⁴ constituyentes de la República Federal de Alemania, tal y como dicta el propio Preámbulo de la GG.

Es generalmente reconocido por las Constituciones de todos los *Länder*¹¹⁵, de forma más o menos explícita, el derecho fundamental a la educación, estableciendo, habitualmente, la obligatoriedad y gratuidad en la escolarización, al menos en los centros públicos¹¹⁶, cumpliendo de esta manera la obligación de dotar de contenido, según los textos internacionales ya estudiados, y que forman parte del Derecho federal¹¹⁷, al derecho a la educación, quedando los *Länder* directamente obligados a satisfacer la prestación educativa¹¹⁸.

¹¹³ Las referencias a la misma se harán de acuerdo a la traducción realizada al español por SOMMERMANN, Karl-Peter y GARCÍA MACHO, Ricardo, y editada por el *Bundestag* en 2009.

¹¹⁴ Para el estudio de las distintas Constituciones de los diferentes *Länder* hemos utilizado las traducciones de las mismas realizadas por DARANAS PELÁEZ, Mariano en SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando (ed.) (2009).

¹¹⁵ La Constitución de la Ciudad Hanseática Libre de Hamburgo carece de un catálogo de derechos fundamentales como el resto de Constituciones de los *Länder*.

¹¹⁶ Particularmente protectora de la gratuidad de la enseñanza es la Constitución del Estado de Hesse, que garantiza la gratuidad «en todas las escuelas primarias, colegios de enseñanza media, institutos de bachillerato y centros de enseñanza superior, así como el material escolar, con excepción del utilizado en los centros superiores» (art. 59.1).

¹¹⁷ Artículo 25 GG.

¹¹⁸ MEIX CERECEDA, Pablo (2013): 92-93.

2.4. CONTENIDOS CONTROVERTIDOS DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA

45. Existen apartados del artículo 27 CE en los cuales la doctrina no es unánime a la hora de establecerlos como parte del derecho a la educación o de la libertad de enseñanza. Siguiendo los criterios que hasta ahora hemos tomado como base para el derecho a la educación –en su dimensión de fundamental y como derecho de prestación– y la libertad de enseñanza –derecho de libertad– enmarcaremos, desde un primer momento, y de manera somera, al desarrollarlos en profundidad posteriormente, los distintos apartados del artículo 27 como relativos al derecho a la educación o la libertad de enseñanza.

a) En un primer lugar, el artículo 27.7 CE reconoce que «los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca». En este caso, una pequeña parte de la doctrina opta por incluir este derecho entre el núcleo del derecho a la educación¹¹⁹, mientras que para la mayor parte de la doctrina dedicada al estudio de la materia educativa prevalece, en este texto, su dimensión de derecho de libertad¹²⁰. Nosotros nos inclinamos por el reconocimiento de este derecho como derecho de libertad, recordando la doble dimensión –subjctiva y objetiva– de los derechos fundamentales. La imposibilidad de la exigencia de prestación directa por parte de los poderes públicos de este

¹¹⁹ COTINO HUESO, Lorenzo (2012): 123.

¹²⁰ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (1979): 281; FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso y SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel (1996): 182; FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (2004): 77; VIDAL PRADO, Carlos (2012): 466-467; entre otros.

Educación diferenciada y conciertos públicos

derecho, que en todo caso será completado a nivel infraconstitucional, con la remisión al legislador del desarrollo del derecho, completan el razonamiento por el cual consideramos a este derecho enmarcado dentro de la libertad de enseñanza.

b) En segundo lugar, el artículo 27.3 CE garantiza por parte de los poderes públicos «el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones». A la elección de centro por motivos religiosos y morales hay que añadirle la ampliación de este derecho a la «elección del tipo de centro» por parte del Tribunal Constitucional¹²¹ a través de la interpretación de los instrumentos internacionales a los que obliga el artículo 10.2 CE¹²² y las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos¹²³. Este precepto ha sido más polémico que el anterior, dividiendo en dos partes a la doctrina: una que la incluye en el derecho a la educación¹²⁴ y otra parte que destaca su vertiente de derecho de libertad –de enseñanza¹²⁵–. Para esclarecer el motivo del encuadramiento dentro de la libertad de enseñanza, como

¹²¹ ATC 382/1996, FJ 4.

¹²² *Vid.*, en particular, el segundo inciso del art. 2 del Protocolo núm. 1 del Protocolo Adicional 1º del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos («El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas»).

¹²³ STEDH, Caso *Castello-Roberts* c. Reino Unido, de 25 de marzo de 1993, §27.

¹²⁴ BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (1984): 37; COTINO HUESO, Lorenzo (2000a): 144-145; MARTÍNEZ DE PISÓN, José (2003): 139-140; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (1979): 244-248.

¹²⁵ BEGUÉ CANTÓN, Gloria (1992): 1215; CALVO CHARRO, María (2006): 84-85; CÁMARA VILLAR, Gregorio (2000): 280; CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2004a): 563-564; FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (1983): 145-146; ROLLNERT LIERN, Göran (1999): 67; ZUMAQUERO, José Manuel (1984): 297-298; entre otros.

derecho de libertad, y no dentro del derecho a la educación, es necesario hacer hincapié en su faceta de libertad, como derecho autónomo y de iniciativa social e individual, con el fin de conquista de objetivos constitucionales¹²⁶. Es un derecho «*que por sí mismo no implica prestación alguna por parte de los poderes públicos*»¹²⁷, resultando en ocasiones necesariamente limitado por el legislador, aun cuando respete su contenido esencial¹²⁸.

46. Por lo tanto, y al haber delimitado ya el objeto del derecho a la educación, es momento de pasar a examinar el artículo principal del derecho a la educación con relación directa con el objeto de nuestro trabajo: la enseñanza básica obligatoria y gratuita.

3. DERECHO-DEBER A RECIBIR ENSEÑANZA BÁSICA OBLIGATORIA DE FORMA GRATUITA

47. El apartado cuarto del actual artículo 27 CE tiene una doble dimensión: por un lado, contiene un deber constitucional, una dimensión pasiva, a recibir la enseñanza básica; por otro lado, ese mismo deber, desde el punto de vista del sujeto principal de este precepto, encierra una dimensión activa, en la que el educando puede requerir a los poderes públicos, con la mayor protección otorgada por el constituyente en el art.

¹²⁶ ROMEA SEBASTIÁN, Ángel (2003): 56.

¹²⁷ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso y SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel (1996): 186.

¹²⁸ STC 5/1981, FJ 7. La STC 5/1981 aboga por el encuadramiento del artículo 27.3 CE dentro de la libertad de enseñanza: «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 (artículo 27.3)» [STC 5/1981, FJ 7]

Educación diferenciada y conciertos públicos

53.2 CE, su derecho a recibir la educación básica. Es aquí donde el derecho a la educación muestra principalmente su faceta prestacional¹²⁹, por la cual «todos» –art. 27.1 CE– pueden exigir, de y a los poderes públicos, la gratuidad de la enseñanza básica.

3.1. LA ENSEÑANZA BÁSICA Y OBLIGATORIA

48. El primer inciso del artículo 27.4 CE califica a la enseñanza básica como «obligatoria». De lejos, este primer inciso es el que menos ha preocupado tanto a la doctrina como a los legisladores, desde el comienzo de los debates parlamentarios de las Cortes constituyentes.

49. En las actas de la Ponencia constitucional es posible ver cómo el apartado tercero del entonces artículo 31 se expresaba en similares términos que el actual artículo 27.4 CE: «la enseñanza básica será obligatoria y gratuita»¹³⁰, algo que, a lo largo de los debates, sólo cambia la forma verbal de futuro de la primera aproximación de la Ponencia constitucional –«será»– por la realidad presente del actual apartado 4 del artículo 27 CE –«es»– que ya, en todo caso, apareció en el Anteproyecto de Constitución, en su artículo 28.4¹³¹.

50. Como ya comentamos en páginas anteriores, una única enmienda, presentada durante la tramitación del Proyecto de Constitución en la Cámara Alta, intentó constitucionalizar la edad de la

¹²⁹ En contra de la dimensión prestacional directa o inmediata del derecho a la educación y del recurso de amparo para la protección del art. 27.4 CE: DÍEZ-PICAZO, Luis María (2008): 501.

¹³⁰ __ (1984): 270.

¹³¹ BOCG 05/01/1978, núm. 44, p. 674.

enseñanza básica y gratuita, de los cuatro a los dieciséis años¹³², si bien, en otra de ellas, se intentó introducir los grados educativos que debían ser considerados como básicos y, por ello, obligatorios, aun sin especificar las edades en las que se debían cursar dichas enseñanzas¹³³.

51. En el ámbito legislativo, la primera ley educativa en período democrático, la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares (Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio), en su artículo tercero, apartado primero, establecía que la educación básica y profesional «será obligatoria y gratuita en los niveles que las leyes establezcan», debiendo acudir a la regulación preconstitucional en materia educativa para conocer qué se entiende por educación básica y profesional. El juego de los artículos segundo apartado dos, quince apartado dos y cuarenta y uno apartado dos de la Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación, no derogados explícitamente por Disposición Final Segunda de la LOECE, determinan que la enseñanza básica y, por ende, obligatoria constará de ocho años de estudios -«cumpliéndose normalmente entre los seis y trece años de edad»- así como, para quien no prosiga sus estudios superiores, una formación profesional de primer grado que no podrá exceder de dos años. Quedando, por ello, establecido una obligatoriedad máxima de enseñanza entre los 6 y los 15 años de edad.

52. De similar manera actúa la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación. La concordancia del artículo primero apartado uno y la disposición derogatoria de la Ley hace que lleguemos, con la LODE, al mismo resultado que con la LOECE.

¹³² Enmienda núm. 235, del señor CORTE ZAPICO (Progresistas y Socialistas Independientes).

¹³³ «La enseñanza básica y media, incluida la enseñanza profesional, es obligatoria y toda será gratuita», enmienda núm. 460, del señor XIRIANACS i DAMIANS (Grupo Mixto).

Educación diferenciada y conciertos públicos

53. No será hasta la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre de 1990, de Ordenación General del Sistema Educativo cuando se realice una determinación post-constitucional de la enseñanza básica y obligatoria en el apartado uno del artículo 5 de la LOGSE: «la educación primaria y la educación secundaria obligatoria constituyen la enseñanza básica. La enseñanza básica comprenderá diez años de escolaridad, iniciándose a los seis años de edad y extendiéndose hasta los dieciséis». Ni la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, ni la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, ni si quiera la más reciente modificación a través de la Ley Orgánica 8/2013, para la Mejora de la Calidad Educativa, modifican el sistema básico y obligatorio educativo.

54. La obligatoriedad de la enseñanza durante estos años se justifica *«por la presunción de que el niño no es un ser formado y de que sus posibilidades de ser libre dependen del desarrollo de su personalidad, del que la educación es instrumento esencial»*¹³⁴. Es por ello que la obligatoriedad no corresponde tanto al nivel educativo como al rango de edad del educando¹³⁵.

3.2. LA GRATUIDAD DE LA ENSEÑANZA BÁSICA Y OBLIGATORIA

55. El inciso final del artículo 27.4 CE sí ha sido objeto de mayor estudio y atención, en contraposición a lo que veíamos sobre su primera parte. La gratuidad de la enseñanza básica y obligatoria ha centrado,

¹³⁴ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso y SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel (1996): 176.

¹³⁵ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (1983): 131.

desde sus orígenes, debates doctrinales y en las Cortes constituyentes, en forma de intervenciones parlamentarias y de enmiendas.

56. El principal objeto de debate sobre la gratuidad de la enseñanza no es la gratuidad en sí¹³⁶, sino el centro por el que se opte para recibir esa enseñanza, *a priori* gratuita, ya sea en un centro público o en uno privado o de iniciativa social.

57. Numerosas fueron las enmiendas que, ya sea en el trámite del Congreso de los Diputados¹³⁷, ya sea en el del Senado¹³⁸, intentaron introducir de manera explícita la gratuidad de la enseñanza básica y obligatoria en cualesquiera centros por los que optasen los padres para matricular a sus hijos a fin de recibir la educación, ya fuesen de titularidad pública o de iniciativa privada o social, en concordancia con el artículo 27.3 CE, sobre la libertad de elección del tipo de educación que los padres desean que reciban sus hijos. Sin embargo, ninguna de esas enmiendas, como ya sabemos por anteriores referencias a otros intentos de modificación, llegaron a plasmarse en el definitivo texto constitucional en aras del mantenimiento del “consenso constitucional”, y especialmente en la materia educativa, tan delicada.

58. Por ello, sigue siendo objeto de debate doctrinal el alcance de la gratuidad de la enseñanza básica y obligatoria. Y aunque el constituyente introdujo en el apartado noveno del mismo artículo una

¹³⁶ La necesaria gratuidad educativa no suele ser objeto de oposición ya que, como indica TORRES MURO, deriva del principio de universalidad de los derechos humanos, por lo que la educación debe ser gratuita para todas aquellas personas en edad escolar (TORRES MURO, Ignacio (2008): 140).

¹³⁷ Enmienda núm. 41, del señor GÓMEZ DE LAS ROCES (Grupo Mixto); enmienda núm. 65, de la señora FERNÁNDEZ-ESPAÑA y FERNÁNDEZ LATORRE (Alianza Popular); enmienda núm. 74, del señor SILVA MUÑOZ (Alianza Popular); enmienda núm. 779, del Grupo Unión de Centro Democrático.

¹³⁸ Enmienda núm. 194, del señor CACHARRO PARDO (Grupo Mixto del Senado).

Educación diferenciada y conciertos públicos

referencia a la financiación de los centros privados¹³⁹, no ha hecho otra cosa que acentuar el desconcierto en la interpretación constitucional. En todo caso, ambos apartados, el cuarto y el noveno del artículo 27 CE, se ocupan de cuestiones distintas: el artículo 27.4 CE tiene como epicentro el educando, mientras que el artículo 27.9 CE hace lo propio con los centros educativos¹⁴⁰.

59. El artículo 27.4 CE se ocupa del derecho subjetivo, de carácter prestacional, que encierra la constitución educativa: el servicio educativo al educando, en su relación directa con los poderes públicos. Estos tienen la obligación de poner a disposición de los educandos todos los medios disponibles para satisfacer su derecho a la educación. Es frente a los poderes públicos, y no frente a particulares, sobre quien ostenta la persona los derechos de carácter prestacional como el derecho a la educación. Por lo tanto, será ante aquellos y no ante estos frente a quien el particular podrá ejercer sus derechos.

60. Resulta lógico pensar que los poderes públicos, en primer lugar, podrán satisfacer las pretensiones de los particulares a través de sus propios servicios educativos, es decir, la red pública de centros de enseñanza. Pero no se agota en este punto el deber de las administraciones educativas. Y ello porque, como hemos venido apuntando, los apartados del artículo 27 CE no pueden considerarse, de ninguna manera, de forma aislada, sino en un estudio en conjunto de todo el artículo.

61. Tendremos que tener en cuenta, además del derecho a recibir de forma gratuita la educación básica y obligatoria, las libertades educativas que estudiaremos posteriormente. Los poderes públicos

¹³⁹ «Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca».

¹⁴⁰ El artículo 27.9 CE es objeto de atención detallada en la Tercera Parte de este trabajo.

tendrán la obligación de poner a disposición del educando todos los recursos posibles para hacer efectivo tanto sus derechos como sus libertades educativas¹⁴¹, por lo que tendrá dos formas de satisfacerlos: una forma directa y una indirecta.

a) La forma directa se puede subdividir, a su vez, en dos: a través de la red pública escolar y a través de la financiación directa a los escolares –o a sus padres, en este caso– para posibilitar la elección de un centro educativo distinto de los creados por los poderes públicos.

b) La forma indirecta consiste en la financiación de los centros educativos privados, que se realiza conforme el artículo 27.9 CE.

62. El agotamiento del derecho a la educación a través de la prestación de la educación en la red pública de centros educativos implicaría la vulneración de las libertades educativas, siempre y cuando existiesen posibilidades reales de poder realizar las mismas. Lo que no puede ocurrir es que los recursos públicos acudan «incondicionadamente allá donde vayan las preferencias individuales»¹⁴², sin embargo sí tendrán que tenerse en cuenta las preferencias y expectativas sociales y colectivas¹⁴³.

63. El agotamiento en este tipo de prestación directa podría implicar un monopolio educativo en manos del Estado, el cual, excusándose en la satisfacción del derecho a la educación directamente a través de sus centros educativos públicos, no financiaría otros tipos de posibilidades educativas, privando tanto a educandos como a sus padres de las libertades públicas en materia educativa.

¹⁴¹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (1979): 264.

¹⁴² STC 86/1985, FJ 4.

¹⁴³ GÓMEZ MONTORO, Ángel José (2004): 35-36.

Educación diferenciada y conciertos públicos

64. Es por ello que se hace tan necesaria la expansión de los derechos y libertades educativas porque, si bien las libertades suponen una no injerencia por parte de los poderes públicos en el ejercicio por los particulares de las mismas, no es menos cierto que tienen, a su vez, un importante aspecto objetivo, esto es, son principios fundamentales del ordenamiento jurídico, y que los poderes públicos no deben limitarse únicamente a abstenerse y no intervenir en el ejercicio de estas libertades por parte de los particulares, sino que tienen la obligación de hacerlas posibles¹⁴⁴.

65. Por lo tanto, ¿existe un derecho incondicional a la financiación de la educación básica y obligatoria en cualesquiera centro? Si bien el artículo 27.4 no se refiere en ningún momento a la prestación de los derechos educativos en un centro público o privado, como hemos dicho líneas atrás, no. Los poderes públicos han de procurar la satisfacción de derechos y libertades educativas, pero para que los particulares puedan acudir a un centro docente distinto de los creados por los poderes públicos y educarse de forma gratuita, los mismos tendrán que reunir una serie de requisitos para poder ser financiados. Por lo que han de conjugarse dos situaciones: la posibilidad de elección y que el centro elegido pueda recibir financiación.

66. Es posible que el educando –sus padres o tutores– pueda querer estudiar en un centro docente distinto de los creados por los poderes públicos, pero si estos no reúnen los requisitos necesarios para poder ser financiados, el Estado tendrá que realizar la prestación de forma directa, en este caso subsidiaria, ante la imposibilidad de recibirla en la forma preferida el educando.

67. Otra cosa sería que, aun existiendo posibilidades, los poderes públicos se nieguen a facilitar la elección de tipos educativos a los educandos, alegando cumplimiento de la prestación de forma directa.

¹⁴⁴ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo (1992): 15.

En este caso, además de vulnerar las libertades educativas, no pensamos que pueda hablarse, siquiera, del cumplimiento del derecho a la educación, sino su vertiente obligatoria de «deber de educarse», en su más estricto sentido, al constreñir a los educandos a recibir una educación que no desean en un centro educativo que no es de su elección, privándoles de cualquier recurso a las libertades educativas¹⁴⁵.

68. Por todo esto, y a nuestro entender, no caben la ponderación ni primacía respecto del derecho a la educación sobre a la libertad de enseñanza o viceversa en este aspecto¹⁴⁶, ya que ambos son las dos caras de una misma moneda, y por ello han de ser satisfechos en igualdad de condiciones, a riesgo de no cumplir con ninguno. Con lo cual, la satisfacción de la gratuidad de la enseñanza en las etapas obligatorias será satisfecha por el Estado, bien de forma directa, bien de forma indirecta, en conjunción con el resto de derechos y libertades educativas, ya sea en un centro público o en uno privado financiado con fondos públicos que reúna los requisitos que la ley establezca.

¹⁴⁵ En el mismo sentido: DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (2004b): 285-286.

¹⁴⁶ En contra, LLAMAZARES FERNÁNDEZ, quien considera que «*el derecho a la educación está por encima del derecho de elección de centro docente... Sólo satisfecha esa necesidad prioritaria es constitucionalmente legítimo pasar a financiar la enseñanza privada, salvo que esta responda a una necesidad de escolarización que no ha podido satisfacer el Estado*» (LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio (2010b): 48).

CAPÍTULO II

LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA

1. LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA

69. La libertad de enseñanza se contempla en el segundo inciso del artículo 27.1 CE: «se reconoce la libertad de enseñanza».

70. El reconocimiento de la libertad de enseñanza no se contempla en los trabajos parlamentarios de la legislatura constituyente hasta el ya mencionado “consenso constitucional” en forma de presentación de enmienda «*in voce*» en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas¹.

71. La libertad de enseñanza tiene naturaleza de derecho de libertad, otorgando a sus titulares los poderes suficientes para la salvaguarda de la esfera vital del derecho (que veremos a continuación) y obteniendo un permiso constitucional y un compromiso de no injerencia de los poderes públicos en la esfera vital del mismo, debiendo tolerar

¹ *Vid. ut supra.*

estos la realización de las expectativas que forman el objeto del derecho². Por lo tanto, la libertad de enseñanza no implica una prestación directa por parte de los poderes públicos³, como sí ocurre con el derecho a la educación.

72. El reconocimiento de la libertad de enseñanza en la Constitución Española constituye un hito en nuestra historia constitucional, en la que nunca antes se había regulado expresamente en una Constitución «*como principio esencial en materia educativa*»⁴. El hecho clave de la introducción de la libertad de enseñanza en nuestra Constitución corresponde al natural proceso de evolución y consolidación democrática en la transición española, en la que tuvo lugar el proceso constituyente que desembocó en la aprobación de la actual Constitución. Con la libertad de enseñanza está en juego «*un punto capital de la construcción y organización de la sociedad libre y de la estructuración política de una democracia en sentido moderno, es decir, de un régimen democrático de la libertad*»⁵, por lo que la libertad de enseñanza es una pieza fundamental de la democracia, permitiendo así el pluralismo – político– necesario con vistas al futuro democrático del país⁶ y asegurando la libertad personal, presente y futura, ya que «*sólo desde la libertad se pueden formar personas libres. De manera que la educación no sólo precisa de libertad sino que es libertad*»⁷.

73. Para comprender la naturaleza de este derecho de libertad es preciso acudir a la jurisprudencia constitucional, que desde muy

² VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio (2004): 109-110.

³ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso y SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel (1996): 186.

⁴ RODRÍGUEZ COARASA, Cristina (1998): 89.

⁵ HERVADA, Javier (1979): 204.

⁶ ORTIZ DÍAZ, José (1980): 270-271.

⁷ CALVO CHARRO, María (2008): 115.

Educación diferenciada y conciertos públicos

tempranamente pudo inmiscuirse en el tema educativo. Para nuestro Tribunal Constitucional,

«La libertad de enseñanza que explícitamente reconoce nuestra Constitución (artículo 27.1) puede ser entendida como 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 los artículos 16.1 y 20.1.a). Esta conexión queda, por lo demás, explícitamente establecida en el artículo 9 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales firmado en Roma en 4 de noviembre de 1950, en conformidad con el cual hay que interpretar las normas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas que nuestra Constitución incorpora, según dispone el artículo 10.2»⁸.

74. Para nuestro Tribunal Constitucional la libertad de enseñanza es una consecuencia lógica de la concordancia de otros preceptos constitucionales, a saber: la libertad ideológica y religiosa del artículo 16.1 CE y la libertad de expresión del artículo 20.1.a) CE, en conformidad con el artículo 9 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Este artículo reconoce expresamente el derecho de toda persona «a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión», pudiendo manifestarse a través de, entre otros modos, la enseñanza. A su vez, si el Tribunal Constitucional quiere basarse en este mismo instrumento internacional para concluir que la libertad de enseñanza es una proyección también de la libertad de expresión, habría que acudir al siguiente artículo, al número 10, por el cual la libertad de expresión «comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras». A nuestro entender, esta calificación de «libertad de

⁸ STC 5/1981, FJ 7.

expresión» como fundamentación de la «libertad de enseñanza» sería insuficiente. La enseñanza, como veremos posteriormente, no se reduce a una serie de «informaciones o ideas», si bien el derecho de libertad que constituye la libertad de enseñanza hace que, tal y como manifiesta este artículo, comprenda la prohibición de injerencias por parte de los poderes públicos.

75. La libertad de enseñanza es, ciertamente, un tipo de libertad de expresión, pero no únicamente en el sentido clásico del artículo 20.1 CE –si bien el 20.1.c) contempla la libertad de cátedra, manifestación de la libertad de enseñanza–, sino que es una libertad de expresión con una doble vertiente: una individual y otra colectiva⁹. El artículo 19.1 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966 se aproxima más al concepto de libertad de enseñanza como manifestación de la libertad de expresión que estamos buscando, cuando dice que la libertad de expresión «comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole». En este artículo es posible observar la doble vertiente a la que hacíamos referencia previamente, la individual y la colectiva. La individual consiste en el derecho tanto a recibir como a impartir enseñanza. La vertiente colectiva supone la posibilidad de garantizar la faceta individual, organizándose de tal manera que aquellas personas que tienen ideologías comunes –uniendo, de esta forma, el artículo 16.1 CE tal y como hace el TC–, puedan disponer de un proyecto propio educativo, formado por individualidades docentes y discentes.

76. Es este modo por el que la libertad de enseñanza alcanza su máxima manifestación, que consiste en la libertad «tanto desde el punto de vista del derecho a aprender, como desde el punto de vista del derecho a enseñar»¹⁰, es decir, la libertad en la elección educativa,

⁹ DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (1995): 51-52.

¹⁰ DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (1995): 238.

Educación diferenciada y conciertos públicos

gracias a la oferta plural de ideologías colectivas como manifestación de la libertad de expresión, constituyendo así posibilidades y manifestaciones del pluralismo como valor superior del ordenamiento jurídico-constitucional¹¹.

1.1. OBJETO Y CONTENIDO DE LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA

77. Para afrontar la difícil empresa del estudio del objeto y contenido de la libertad de enseñanza es básico comenzar por la calificación de este derecho de libertad. Y es que la libertad de enseñanza no puede considerarse aisladamente, sino como un *supraconcepto*, es decir, como un principio en el que concurren, a su vez, derechos y libertades más concretos¹².

78. La libertad de enseñanza es una garantía, frente a los poderes públicos, y por parte de todos los sujetos implicados en el proceso educativo¹³, de poder dar y recibir una educación en un sistema escolar plural y libre¹⁴, convirtiéndose, de este modo, en un principio informativo del sistema educativo¹⁵. Consagrada la libertad de enseñanza, y con ella el pluralismo educativo, se impide cualquier tipo de monopolio educativo¹⁶, ya sea estatal, ya de corte privado o incluso religioso. Por las circunstancias históricas educativas de nuestro país, la libertad de enseñanza constituyó la principal manifestación en la lucha por conseguir la neutralidad y no adoctrinamiento en la educación por parte

¹¹ SALGUERO, Manuel (1995): 543.

¹² CÁMARA VILLAR, Gregorio (2000): 279.

¹³ VIDAL PRADO, Carlos (2012): 466.

¹⁴ BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (1984): 48.

¹⁵ BEGUÉ CANTÓN, Gloria (1992): 1215.

¹⁶ NOGUEIRA SORIANO, Rosario (1988): 85.

de los poderes públicos¹⁷. Actualmente, y como veremos más adelante, la neutralidad y no adoctrinamiento se predica de forma necesaria en la escuela pública española, permitiendo la libertad de enseñanza a los padres de los alumnos, como una de sus principales manifestaciones, la libre elección de centro educativo con concretas orientaciones religiosas, morales, filosóficas o pedagógicas y no contempladas –al menos hasta el momento, en el último caso– en la escuela pública.

79. Libertad (de enseñanza) y pluralismo (educativo) es una dupla que ha dado lugar a muy diversas manifestaciones a la hora de delimitar su contenido. Como vimos anteriormente con el derecho a la educación, muchas son las propuestas doctrinales y jurisprudenciales del contenido y límites de este derecho de libertad¹⁸, preocupando las facultades que puede otorgar la libertad de enseñanza desde los debates parlamentarios de las Cortes constituyentes hasta la más moderna doctrina, pasando por los pronunciamientos jurisprudenciales de nuestro Tribunal Constitucional.

a) Comenzando con el propio Tribunal Constitucional, y recordando parte de lo estudiado más arriba¹⁹, unas de las facetas de poder que otorga la libertad de enseñanza es el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos²⁰, consagrado en el artículo 27.3 CE, sumando, a ello, la elección del tipo de centro que consideren más oportuno²¹.

¹⁷ CÁMARA VILLAR, Gregorio (2002): 981.

¹⁸ Por cierto sector doctrinal se afirma que los únicos derechos protegidos constitucionalmente en este ámbito son los de los alumnos (COTINO HUESO, Lorenzo (1999): 92-93), por lo que ese sería el principal límite, a la vez que origen, de toda posible manifestación de la libertad de enseñanza.

¹⁹ *Vid. ut supra* para referencias jurisprudenciales.

²⁰ STC 5/1981, FJ 7.

²¹ ATC 382/1996, FJ 4.

Educación diferenciada y conciertos públicos

b) La segunda de las manifestaciones de la libertad de enseñanza es, *a priori*, la más clara entre los derechos de libertad de este artículo. La libertad de creación de centros docentes, reconocida expresamente en el artículo 27.6 CE –«se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales»– está reconocida por el Tribunal Constitucional²² y ampliamente por la doctrina²³. En cambio, no es tan pacífico el reconocimiento de sus principales consecuencias, las cuales tendremos ocasión de ver más adelante.

c) Consecuencia de la creación de centros docentes es la dirección de los mismos. Aunque no esté reconocido en el propio apartado 6 del artículo 27 CE, así ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional²⁴ apoyado, a través del artículo 10.2 CE, en diversos instrumentos internacionales que sí contemplan expresamente la dirección de los centros docentes por parte de sus titulares²⁵.

²² STC 5/1981, FJ 7. *Vid.*, en esta misma sentencia, y en el mismo sentido, el Fundamento 4º del Voto Particular del Magistrado Tomás y Valiente

²³ BEGUÉ CANTÓN, Gloria (1992): 1215; CALVO CHARRO, María (2006): 84-85; CÁMARA VILLAR, Gregorio (2000): 280; FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (1983): 145-146; PEÑA TIMÓN, Ana María Teresa (2004): 4; ZUMAQUERO, José Manuel (1984): 297-298; entre otros.

²⁴ STC 77/1985, FJ 20.

²⁵ Artículo 13.4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966: «Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza», *ad exemplum*.

d) Entre las facultades de creación y dirección de centros docentes se encuentra la de dotar al centro de ideario propio²⁶, el cual caracterice al centro escolar respecto a otros. Es la garantía del pluralismo en la elección de centros docentes y no queda restringido únicamente a las distintas opciones religiosas o morales, sino a los distintos aspectos de la actividad educativa²⁷, lo que amplía la libertad en la elección y pluralismo educativo.

e) El artículo 27.7 CE protege la intervención «en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos» por parte de «los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos». En todo caso, corresponderá al legislador establecer los términos en los que se llevará a cabo esta participación, según el último inciso del apartado.

f) Otra de las principales manifestaciones de la libertad de enseñanza es la libertad de cátedra²⁸. Tal es la asimilación, en algunos casos, de los términos «libertad de enseñanza» y «libertad de cátedra» que en la primera legislación post-constitucional el legislador las equiparó²⁹, siendo el propio intérprete supremo de la Constitución el que tachó de equívoca la

²⁶ CALVO CHARRO, María (2006): 84-85; CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2004a): 563-564; EMBID IRUJO, Antonio (1983): 313; ROLLNERT LIERN, Göran (1999): 67; VIDAL PRADO, Carlos (2012): 466-467; entre otros.

²⁷ STC 5/1981, FJ 8.

²⁸ BEGUÉ CANTÓN, Gloria (1992): 1215; CÁMARA VILLAR, Gregorio (2000): 280; DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (1995): 244; EMBID IRUJO, Antonio (1983): 313; FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (2004): 77; LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio (2010a): 29; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (1979): 275; entre otros.

²⁹ Artículo 15 LOECE.

Educación diferenciada y conciertos públicos

denominación de «libertad de enseñanza» cuando realmente quería hacer referencia a la «libertad de cátedra»³⁰.

g) Hay alguna reivindicación minoritaria sobre el derecho incondicionado del titular del centro a asumir el procedimiento de admisión del alumnado³¹ como manifestación del derecho de creación de centros docentes. Nos es imposible dar como absoluto este derecho, aun cuando tenga parte de cierto, pero siempre con limitaciones, como tendremos ocasión de ver posteriormente.

80. En Francia, al contrario que el derecho a la educación, la libertad de enseñanza no está recogida en el texto constitucional. Entendida esta libertad como «libertad de dar enseñanza» y «libertad de recibir enseñanza», en el sentido de la prohibición del monopolio estatal de educación –con la subsiguiente capacidad privada de crear centros distintos de los públicos³²–, la libertad de elección por parte de los padres entre los distintos centros docentes y un cierto margen de libertad en el ejercicio de la enseñanza³³, ha necesitado el pronunciamiento del Consejo Constitucional a fin de conferirle a la presente libertad un auténtico valor constitucional³⁴, pudiendo considerar, como en derecho

³⁰ Es el Magistrado Tomás y Valiente quien, en el Fundamento 4º de su Voto Particular a la STC 5/1981, observó la errónea denominación de «libertad de enseñanza» cuando la LOECE quería hacer mención, sin lugar a dudas, a la «libertad de cátedra».

³¹ En este sentido, vid. CALVO CHARRO, María (2006): 84-85.

³² Arts. L151-1 y L151-3, du *Code de l'éducation*.

³³ VVAA (2007): 841.

³⁴ Le principe de la liberté de l'enseignement «*constitue l'un des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, réaffirmés par le Préambule de la Constitution de 1946 et auxquels la Constitution de 1958 a conféré valeur constitutionnelle*», Conseil Constitutionnel – Décision n° 77-87 DC du 23 novembre 1977, §3.

español, al derecho a la educación y la libertad de enseñanza dos caras de la misma moneda, «à la fois un droit-créance et un droit-liberté»³⁵.

81. En Alemania, como ya vimos, ocurre lo contrario. Es el derecho a la educación el que no está previsto constitucionalmente. Sin embargo, la libertad de enseñanza se deja entrever en el apartado tercero del artículo quinto al proclamar que «la libertad de enseñanza no exime de la lealtad a la Constitución», por lo que, obviamente, se protege la libertad de enseñanza si bien no queda perfectamente delimitado su contenido, ya que anteriormente ha protegido la libre creación de escuelas –artículo 7.4 GG– y la previsión de la libertad de enseñanza queda enmarcada en el artículo dedicado a la «libertad de opinión, de medios de comunicación, artística y científica», por lo que más bien parece que está protegiendo la libertad de cátedra, como es conocida habitualmente en España, que la libertad de enseñanza propiamente dicha.

2. LOS PADRES PUEDEN EXIGIR DEL ESTADO EL RESPETO A SUS CONVICCIONES RELIGIOSAS Y FILOSÓFICAS³⁶

82. Bajo esta, quizá, ambigua denominación vamos a estudiar dos derechos que, si bien son distintos y autónomos, están en estrecha relación. Se trata del derecho a la elección del tipo de centro educativo y derecho a la elección de la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Ambos derechos son ejercidos por los padres –o tutores–, en nombre e interés de sus hijos³⁷ –o tutelados–,

³⁵ FERNANDEZ, Alfred (2005): 235.

³⁶ STEDH, Caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, de 7 de diciembre de 1976, §52.

³⁷ ALÁEZ CORRAL, Benito (2003): 254-255.

Educación diferenciada y conciertos públicos

siempre y cuando los hijos sean menores de edad o incapaces. En el caso de mayoría de edad y no encontrarse incapacitados legalmente serán estos quienes decidan el centro educativo y la formación religiosa y moral que desean recibir.

83. La íntima vinculación existente entre ambos derechos es consecuencia de la indeterminación del apartado tercero del artículo 27 CE. Según este precepto, «los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones». El apartado tercero se ha mantenido invariable desde la publicación del Anteproyecto de Constitución en el Boletín Oficial de las Cortes Generales³⁸.

84. A pesar de los esfuerzos de algunos diputados³⁹ y senadores⁴⁰ de las Cortes constituyentes por introducir la garantía de

³⁸ BOCG 05/01/1978, núm. 44, p. 674.

³⁹ El señor GÓMEZ DE LAS ROCES (Grupo Mixto), en su enmienda núm. 40, propone una nueva redacción del apartado tercero del, entonces, artículo 28: «Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres a elegir el tipo de educación que deseen para sus hijos, el centro estatal o no estatal donde se preste y, en todo caso, la formación religiosa o moral que se ajuste a las convicciones de aquellos».

La señora FERNÁNDEZ-ESPAÑA Y FERNÁNDEZ-LATORRE (Alianza Popular), en su enmienda núm. 65 también propugna por garantizar «el derecho preferente de los padres a elegir el tipo de educación de sus hijos, a escoger centros distintos de los creados por las autoridades públicas y de hacer que sus hijos reciban la educación religiosa y moral de acuerdo con sus propias convicciones».

En la misma línea de esta última, el señor SILVA MUÑOZ, correligionario de la anterior, en su enmienda núm. 74 propone que el Estado respete y garantice «el derecho preferente de los padres a elegir el tipo de educación que desean para sus hijos y a que estos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

El señor LÓPEZ RODÓ (Alianza Popular, igualmente), en su enmienda núm. 691, y con la misma idea que sus colegas de partido, aunque en un sentido más amplio, promueve la eliminación de la elección del tipo religioso y moral por una más extensa

elección del tipo y de centro educativo, además de la elección de la formación religiosa y moral, el artículo tercero permanece hoy en día como apareció por primera vez de forma oficial.

85. No obstante, la no contemplación de la elección del tipo de centro educativo en el texto constitucional no fue un fracaso por diversas razones:

a) En primer lugar, la elección de tipo de centro educativo es una manifestación de la libertad de enseñanza del artículo 27.1

«elección de tipo de enseñanza y de centro educativo», en el mismo sentido del señor ORTÍ BORDÁS (Unión de Centro Democrático) en su enmienda núm. 736.

La enmienda núm. 779 del Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático, modificando la numeración del artículo y presentando enmienda a la totalidad del mismo, defiende que la Constitución reconozca y los poderes públicos garanticen «el derecho de los padres a elegir libremente para sus hijos el tipo de educación acorde con sus propias creencias y convicciones».

⁴⁰ En el trámite en la Cámara Alta no son menores las enmiendas, en su calidad y cantidad, que en el trámite de la Cámara Baja. El señor GAMBOA SÁNCHEZ-BARCÁIZTEGUI (Grupo Mixto), en su enmienda núm. 174 promueve la garantía, por parte de los poderes públicos, del «derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, así como a elegir el tipo de educación que estimen más conveniente para sus hijos».

El señor CACHARRO PARDO (Grupo Mixto), en su enmienda núm. 194 defiende que el Estado respete y garantice «el derecho preferente de los padres a elegir el tipo de educación que desean para sus hijos y a que estos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones». Muy al hilo de la misma presentan el señor OSORIO GARCÍA (Grupo Independiente) su enmienda núm. 387 y el señor CALATAYUD MALDONADO (Unión de Centro Democrático) su enmienda núm. 441 y la enmienda núm. 710. del propio Grupo de este último (Unión de Centro Democrático).

La señora LANDÁBURU GONZÁLEZ (Grupo Mixto), en su enmienda núm. 424, amplía el sentido del, por entonces, art. 25.3, con la introducción de la «formación educativa» entre los tipos de formación –religiosa y moral– que ya contemplaba el texto.

Educación diferenciada y conciertos públicos

CE, como ya se puso de manifiesto incluso en los propios debates constituyentes⁴¹.

b) En segundo lugar, el tipo de elección de centro docente ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia constitucional⁴².

c) En tercer lugar, y dada la introducción en el trámite del anteproyecto en el Senado del apartado segundo del artículo 10, el artículo 27 CE debe interpretarse «de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España». Según la DUDH «los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos»⁴³ y el PIDESC, entre otros, contempla también que «los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas»⁴⁴.

86. Por ello es posible afirmar que la elección de tipo de centro educativo es un derecho inherente al artículo 27 CE y distinto, diferenciado y autónomo, aunque íntimamente vinculado, al derecho a la elección de la formación religiosa y moral.

⁴¹ El señor ROCA JUNYENT (Minoría Catalana), uno de los participantes del “consenso”, reconoció que *«la expresión «tipo de educación» nos parece también innecesaria, porque el reconocimiento que se hace en el apartado 1 de la libertad de enseñanza debe ser contemplada en su amplitud, ya que no se establece limitación. Y esto querría decir, entre otras cosas, la posibilidad de incorporar aquí los tipos de educación»* (DSCD, núm. 72, de 23/05/1978, p. 2607).

⁴² STC 5/1981, FJ 8; ATC 382/1996, FJ 4.

⁴³ Artículo 26.3 DUDH. Lo cual, para MEIX CERECEDA, constituye *«un límite para la actuación del Estado»* (MEIX CERECEDA, Pablo (2014): 35).

⁴⁴ Artículo 13.3 PIDESC.

2.1. DERECHO A LA ELECCIÓN DEL TIPO DE CENTRO EDUCATIVO

87. Como acabamos de ver a grandes rasgos y de forma preliminar, el derecho a la elección del tipo de centro educativo en el que los educandos reciban la formación que sus padres deseen es un derecho inherente a la libertad de enseñanza, con rango de fundamental⁴⁵, encontrando su justificación en diversos apartados del artículo 27 CE así como, gracias al artículo 10.2 CE, interpretando aquel conforme a la DUDH y otros Tratados y Convenios internacionales ratificados por España.

88. En cuanto a su fundamento en el propio artículo 27 CE, se encuentra respaldado por tres apartados:

a) El apartado 1, segundo inciso: «se reconoce la libertad de enseñanza». En consonancia con lo estudiado anteriormente, el derecho a la elección de tipo de centro educativo, como manifestación de la libertad de enseñanza, no es un derecho de prestación, sino «*un derecho para impedir actuaciones que limiten la libertad de escoger, que impongan un modelo educativo*»⁴⁶, garantizando con ello la libertad y el pluralismo educativo, pilares básicos del artículo 27 CE.

b) El apartado 3: «los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la

⁴⁵ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso y SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel (1996): 204; DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (2005): 107-108. En contra, EMBID IRUJO, Antonio (1983): 207.

⁴⁶ MARCOS PASCUAL, Enrique (2007): 159.

Educación diferenciada y conciertos públicos

formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones». Está en estrecha relación con este apartado, ya que la elección de tipo de centro educativo comporta la elección de la formación religiosa y moral que resulte de las convicciones de los padres del educando, pero no acaba ahí este derecho, ya que, necesariamente, trasciende la dimensión religiosa y moral⁴⁷, pudiendo optar por la elección de un determinado centro debido a su orientación filosófica, pedagógica u organizativa⁴⁸.

c) El apartado 6: «se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales». Carecería de sentido el reconocimiento de la libertad de creación de centros docentes si no existe un derecho efectivo a la elección entre los distintos centros⁴⁹.

89. El reconocimiento de este derecho no termina aquí, ya que a lo largo del articulado constitucional es posible deducir este derecho de elección de tipo de centro educativo a partir de los siguientes conceptos:

a) La libertad como valor superior del ordenamiento jurídico⁵⁰ y la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para la libertad efectiva y real de los individuos y los grupos⁵¹. Forman la base del Estado social y democrático de Derecho. La libertad de elección de tipo de centro educativo, como libertad de los individuos de elección y libertad de los grupos de organizarse con un fin constitucional, exige que este derecho sea considerado como una garantía educativa básica.

⁴⁷ LÓPEZ CASTILLO, Antonio (2009): 793, con fundamento en la STC 5/1981, FJ 8.

⁴⁸ MARCOS PASCUAL, Enrique (2007): 159-160.

⁴⁹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2004a): 566.

⁵⁰ Artículo 1.1 CE.

⁵¹ Artículo 9.2 CE.

b) La libertad ideológica y religiosa –de creencias⁵²–, en cuanto facultad de los padres de transmitírsela a sus hijos a través de los medios que consideren más oportunos, como puede ser, en este caso, la elección de tipo educativo⁵³. La libertad ideológica sin derecho a elección de tipo de centro educativo en el que poder ejercerla, se vería efectivamente limitada⁵⁴ en su faceta tanto de elección ideológica como de transmisión y manifestación de la misma.

90. Pero si hay un artículo en la Constitución que ha aportado todas las garantías al derecho a la elección de centro educativo ese ha sido el artículo 10.2 CE, al interpretar los preceptos fundamentales constitucionales a la luz de la DUDH y demás Tratados Internacionales ratificados por España. En relación con esto, podemos asegurar que el derecho a la elección de tipo de centro educativo está salvaguardado por:

a) La Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 26.3 declara que «los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos», sin hacer distinciones entre centros docentes públicos o privados o el tipo de educación que pueda dispensarse en cada uno de estos.

b) El Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuyo artículo 13.3 establece que «los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas». En este caso sí hace mención

⁵² Artículo 16.1 CE.

⁵³ SOUTO GALVÁN, Beatriz (2012): 4.

⁵⁴ DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (1995): 46.

Educación diferenciada y conciertos públicos

expresa a la posibilidad de escoger entre centros públicos o privados.

c) La Convención Relativa a la Lucha Contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (Convención de la UNESCO de 1960⁵⁵) también conmina, en su artículo 5.1.b), a los Estados parte a respetar «la libertad de los padres o, en su caso, de los tutores legales, de elegir para sus hijos establecimientos de enseñanza que no sean los mantenidos por los poderes públicos».

d) El Protocolo Adicional 1º al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos, en su artículo 2º, afirma tajantemente que «a nadie se le puede negar el derecho a la instrucción», debiendo el Estado respetar «el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas». Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el Estado ha de respetar las convicciones filosóficas y religiosas tanto en los centros públicos como en los privados⁵⁶, ya que en tanto en unos como en otros se puede satisfacer el derecho fundamental a la enseñanza⁵⁷, dando con ello la posibilidad de la elección de tipo de centro, al no poder negársele a nadie la instrucción y que el Estado respete las convicciones de los padres.

e) La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea garantiza, en su artículo 14.3, «el derecho de los padres a

⁵⁵ Que, como recuerda MEIX CERECEDA, constituye la norma de ámbito internacional «pionera en la garantía normativa de los derechos a la educación en el ámbito internacional, pues fue aprobada antes que los Pactos de 1966 y en general que todos los grandes tratados multilaterales auspiciados por la ONU» (MEIX CERECEDA, Pablo (2014): 54).

⁵⁶ STEDH, Caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, de 7 de diciembre de 1976, §51.

⁵⁷ STEDH, Caso *Costello-Roberts c. Reino Unido*, de 25 de marzo de 1993, §27.

garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas», sin distinguir entre centros públicos y privados –reconociendo a su vez «la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto de los principios democráticos» en el mismo artículo 14.3– y ampliando las tipologías de centros educativos, extendiendo los motivos que pueden llevar a los padres a elegir un centro determinado para sus hijos por sus convicciones filosóficas y pedagógicas.

91. A modo de resumen, el derecho a la elección de tipo de centro educativo, si bien no explícitamente, de manera implícita está reconocido como parte esencial de la libertad de enseñanza. La exigencia de una sociedad democrática requiere la libertad y pluralidad en la educación⁵⁸, algo connatural⁵⁹ al Estado social y democrático de Derecho, teniendo la educación una vocación social irrefutable⁶⁰.

92. En todo caso, la elección del tipo educativo se configura como un derecho de libertad⁶¹, sin dimensión prestacional directa⁶², aunque es innegable que en una sociedad cuyo pilar básico es la libertad y que del artículo 9.2 CE se desprende la obligación de los poderes públicos de garantizarla, es necesario algo más que el simple respeto y no

⁵⁸ CALVO CHARRO, María (2007): 11.

⁵⁹ En el mismo sentido se expresa el señor CAMACHO ZANCADA (Unión de Centro Democrático) en el Congreso de los Diputados en relación al debate de la cuestión educativa en el turno en contra de la intervención del señor SILVA MUÑOZ (Alianza Popular) y ante el temor de este de que el apartado estudiado quedase circunscrito únicamente a la formación religiosa y moral (DSCD, núm. 106, de 07/07/1978, pp. 4021-4029).

⁶⁰ DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (1995): 34.

⁶¹ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2002): 102.

⁶² DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (2005): 110-111.

Educación diferenciada y conciertos públicos

injerencia por parte de los poderes públicos, característico de los derechos de libertad, implicando, de esta manera, «no sólo un compromiso de carácter negativo, sino también una cierta obligación positiva»⁶³ al garantizar el artículo 27 CE un «derecho a la educación en libertad»⁶⁴, por lo que el tipo de elección de tipo de centro educativo debe ser garantizado, cualquiera que sea su ideología o convicciones – religiosa, moral, filosófica, pedagógica, etc.– «siempre que se trate de opiniones que posean suficiente grado de fuerza, seriedad, coherencia e importancia, que sean merecedoras de respeto en una sociedad democrática, no incompatibles con la dignidad humana y, además, no se opongan al derecho fundamental del niño a la instrucción»⁶⁵.

93. En Francia, la libertad de elección de centro por parte de los padres no se restringe a la preferencia por razones ideológicas o religiosas, sino que se extiende en una auténtica libertad pedagógica, respetando la acción de las familias⁶⁶ y constituyendo un verdadero pluralismo escolar⁶⁷, con múltiples alternativas de elección, siempre con el objetivo último del desarrollo de la personalidad y la mejora del nivel de formación⁶⁸, protegido por el ordenamiento jurídico francés en consonancia con los textos internacionales que ya hemos estudiado.

⁶³ SOUTO GALVÁN, Beatriz (2011): 255.

⁶⁴ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2008a): 34.

⁶⁵ SOUTO GALVÁN, Beatriz (2011): 267.

⁶⁶ *Code de l'éducation*, article L111-2.

⁶⁷ NORDMANN, Jean Daniel (2007): 4.

⁶⁸ *Code de l'éducation*, art. L111-1, en concordancia con el art. L111-2: «Le droit à l'éducation est garanti à chacun afin de lui permettre de développer sa personnalité, d'élever son niveau de formation initiale et continue, de s'insérer dans la vie sociale et professionnelle, d'exercer sa citoyenneté» y «la formation scolaire favorise l'épanouissement de l'enfant, lui permet d'acquérir une culture, le prépare à la vie professionnelle et à l'exercice de ses responsabilités d'homme et de citoyen».

94. No se queda atrás el sistema alemán, el cual acoge de forma unánime por la Ley Fundamental y las distintas Constituciones de los *Länder* el derecho –«natural»– y el deber de los padres a educar a sus hijos. Para ello podrán servirse de la elección en el ingreso de los distintos centros docentes garantizando un sistema plural⁶⁹ a través, principalmente, de los centros libres o centros privados, protegida su creación mediante la Ley Fundamental.

2.2. DERECHO A LA ELECCIÓN DE LA FORMACIÓN RELIGIOSA Y MORAL QUE ESTÉ DE ACUERDO CON SUS PROPIAS CONVICCIONES

95. Este derecho se encuentra expresamente recogido en el apartado tercero del artículo 27 CE: «los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones». Es tan interesante el tenor literal del apartado como lo que no dice expresamente, como tuvimos ocasión de ver anteriormente⁷⁰.

96. El derecho a la elección de la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones de los padres para la educación de sus hijos es un derecho autónomo respecto al que acabamos de ver⁷¹, si bien es posible hacerlo efectivo tanto mediante la elección de

⁶⁹ Arts. 21 y 24.1 de la Constitución del Estado Libre de Turingia; art. 26.3 de la Constitución del Estado Libre de Sajonia-Anhalt, *ad exemplum*.

⁷⁰ Esta apreciación la realizó, en el marco de los debates en las Cortes constituyentes, el señor GÓMEZ DE LAS ROCES (Grupo Mixto) (DSCD, núm. 106, de 07/07/1978, p. 4020).

⁷¹ CÁMARA VILLAR, Gregorio (2000): 289.

Educación diferenciada y conciertos públicos

tipo de centro educativo, con su ideario religioso o moral propio⁷² –cuyas posibilidades no acaban aquí, como veremos posteriormente–, como en el ámbito de la escuela pública, pudiendo elegir el tipo de formación religiosa y moral que se desee para sus hijos⁷³, siendo parte de esta elección la posibilidad de una neutralidad educativa absoluta en materia religiosa y moral⁷⁴.

97. Es en todo caso una esfera privada de libertad, con la necesaria protección frente a injerencias públicas⁷⁵, tal y como lo considera nuestro Tribunal Constitucional:

«Cuando el art. 27.3 garantiza el derecho de los padres para que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones, está estableciendo una órbita de libertad privada y de terreno acotada para el poder público, impidiendo formaciones ideológicas imperativamente predispuestas desde el Estado»⁷⁶.

98. Este derecho emana de la libertad de enseñanza⁷⁷, en concordancia con la libertad de creación de centros docentes –al poder dotarlos de ideario–⁷⁸. Tiene fundamento, a su vez, en la libertad ideológica –artículo 16 CE, desarrollado en el artículo 2.1.c) de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de libertad religiosa–, mas no forma parte del mismo⁷⁹, sino de la libertad de enseñanza.

⁷² GARCIMARTÍN MONTERO, María del Carmen (2007): 287.

⁷³ DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2002): 103-104.

⁷⁴ STC 5/1981, F 21 del Voto Particular del Magistrado Tomás y Valiente.

⁷⁵ ROMEA SEBASTIÁN, Ángel (2003): 60.

⁷⁶ ATC 276/1983, FJ 1.

⁷⁷ En contra, EMBID IRUJO, Antonio (1997): 88.

⁷⁸ RODRÍGUEZ COARASA, Cristina (1998): 112.

⁷⁹ LLAMAZARES FERNÁNDEZ considera que este derecho tiene su fundamento en la libertad ideológica, no en la libertad de enseñanza, por lo que no podría beneficiarse de las características propias de la libertad de enseñanza y la educación, sino que se

99. Protegido internacionalmente por el artículo 2 del protocolo 1º de la Convención para la Protección de los Derechos Humanos, en un tenor muy parecido al del artículo 27.3 CE⁸⁰ –«el Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas»–, y en virtud del artículo 10.2 CE sobre interpretación de los derechos fundamentales en relación a los tratados y convenios internacionales ratificados por España, resulta innegable que la elección de educación religiosa y moral esté protegida con el máximo nivel jurisdiccional de protección.

3. DERECHO A CREAR INSTITUCIONES EDUCATIVAS

100. El título de esta apartado trae causa de una Sentencia del Tribunal Constitucional, aunque no coincide literalmente con ninguno de los preceptos que podemos encontrar en el artículo 27 CE. El Alto Tribunal afirma⁸¹ que:

«La libertad de enseñanza, reconocida en el artículo 27.1, de la Constitución implica, de una parte, el derecho a crear instituciones educativas (artículo 27.6) y, de otra, el derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan (artículo 20.1.c)».

circunscribiría al estricto ámbito de la libertad ideológica (LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio (2010a): 31-32). Como hemos puesto de manifiesto en el texto, nos mostramos en contra de este argumento.

⁸⁰ ALÁEZ CORRAL, Benito (2008a): 22.

⁸¹ STC 5/1981, FJ 7.

Educación diferenciada y conciertos públicos

101. La libertad de creación y dirección de centros docentes se reconoce, expresamente, en el apartado sexto del artículo 27 CE: «se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales».

102. Como para cada apartado de este artículo 27 CE, es necesario acudir a los debates parlamentarios de las Cortes constituyentes, en los que, en muchos sentidos, la materia educativa fue protagonista por sus innegables posibles connotaciones y la lucha de poderes y de ideologías que desembocaron en el ya incontablemente mencionado “consenso constitucional”. Como ocurrió en algunos otros de los apartados de este mismo artículo, desde la presentación del Anteproyecto de Constitución en el Boletín Oficial de las Cortes Generales⁸² hasta la aprobación final de la Constitución Española sólo sufrió un cambio numérico, mas no de contenido.

103. Fueron numerosas las enmiendas que intentaron modificar el tenor literal del apartado sexto del, en principio, artículo 28 del Anteproyecto. Como solicitaban una gran parte de las mismas⁸³, el

⁸² BOCG 05/01/1978, núm. 44, p. 674.

⁸³ El señor GÓMEZ DE LAS ROCES (Grupo Mixto), en su enmienda núm. 40, ya abogaba por el reconocimiento «a las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas (de nacionalidad española), la libertad de creación y dirección de centros docentes con arreglo a sus propias creencias y dentro del obligado respeto a los principios constitucionales», en una propuesta de apartado mucho más extensa que la contemplada hasta el momento.

La enmienda núm. 74 del señor SILVA MUÑOZ (Alianza Popular) a la totalidad del artículo 28 incluía también una propuesta para que «todas las personas físicas y jurídicas de nacionalidad española, tanto públicas como privadas, [puedan] crear y dirigir centros docentes [...]».

La enmienda núm. 779 del Grupo Parlamentario de Unión de Centro Democrático es la que, según el Informe de la Ponencia, esta toma en consideración a la hora de la redacción del nuevo apartado sexto, siendo tenida en cuenta también, al menos parcialmente, la del señor GÓMEZ DE LAS ROCES (BOCG 17/04/1987, núm.

apartado sexto fue parcialmente modificado en el Informe de la Ponencia publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 17 de marzo de 1978, quedando del siguiente tenor: «Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de establecer y dirigir centros docentes dentro del respeto a los principios constitucionales»⁸⁴.

104. A consecuencia de dicho cambio surgen desavenencias en el seno de la Ponencia Constitucional, que desembocan en el abandono de la misma por parte de uno de los ponentes⁸⁵. Es en la sesión núm. 11 de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas⁸⁶, en la que correspondía el estudio de la materia educativa, cuando sale a la luz el “consenso extraparlamentario”, afectando a nuestro artículo y dejándolo tal y como quedó en el Anteproyecto de Constitución, sin la facultad – expresa– de dirigir los centros docentes. A pesar de que numerosas enmiendas presentadas en el Senado⁸⁷ requerían la vuelta de la facultad

82, p. 1540). Esta propugnaba por un apartado cinco que reconociese «a las personas físicas y jurídicas la libertad de establecer y dirigir centros docentes dentro del respeto a los principios constitucionales».

⁸⁴ BOCG 17/04/1987, núm. 82, p. 1621.

⁸⁵ «El señor Peces-Barba Martínez manifiesta que, a su juicio, se ha roto el consenso originalmente alcanzado sobre este artículo [art. 28] y que, por tanto, considera inútil su presencia en la Ponencia por el carácter no constructivo del trabajo de esta y que, por consiguiente, solicita la venia del Presidente en el día de hoy, señor Fraga Iribarne, pare retirarse», _____ (1984): 338-339.

⁸⁶ DSCD, núm. 72, de 23/05/1978.

⁸⁷ El señor GAMBOA SÁNCHEZ-BARCÁIZTEGUI (Grupo Mixto), en su enmienda núm. 174, instaba a la vuelta del apartado sexto a su salida del Informe de la Ponencia, con la expresa facultad de dirigir centros docentes, al igual que los señores MARÍAS AGUILERA (Agrupación Independiente), SÁNCHEZ CUADADRO y CALVO ORTEGA (ambos de Unión de Centro Democrático) en sus enmienda núm. 229, núm. 842 y núm. 844, respectivamente, y la señora LANDÁBURU GONZÁLEZ (Grupo Mixto) en su enmienda núm. 425.

Educación diferenciada y conciertos públicos

de dirección de los centros, el apartado sexto quedó como lo conocemos hoy en día.

105. Pese a los esfuerzos por algunos parlamentarios de la introducción de la dirección de forma expresa en el apartado sexto con recelos por poder significar la falta de pluralismo escolar⁸⁸, calificando de «pírrico» el derecho de creación de centros⁸⁹ e incluso el temor a la falta de promoción de creación de centros ya que «*nadie establece negocios para el prójimo, aun cuando necesite de él para mantenerlos*»⁹⁰, se llegó a la conclusión⁹¹ de que la libertad de creación, en concordancia con la libertad de enseñanza, comprendía la dirección de los mismos, por lo que la mención expresa de la dirección carecía de importancia.

El señor CACHARRO PARDO (Grupo Mixto), en su enmienda núm. 194, contemplaba la necesidad de creación y dirección de los centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.

En similar sentido se pronuncia el señor MATUTES JUAN, compañero del Grupo Mixto, en su enmienda núm. 217.

El señor ROMÁN RUIZ (Unión de Centro Democrático), en su enmienda núm. 845, también insta a contemplar de la dirección de los centros docentes pero de una forma particular, reconociendo «a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales, en cuya dirección participarán los padres, profesores y, en su caso, los alumnos de acuerdo con el proyecto educativo propuesto en su creación», en una mezcla de los apartados 6 y 7 (como veremos posteriormente).

⁸⁸ El señor SILVA MUÑOZ (Alianza Popular), DSCD, núm. 72, de 23/05/1978, p. 2599.

⁸⁹ El señor GÓMEZ DE LAS ROCES (Grupo Mixto), DSCD, núm. 106, de 07/07/1978, p. 4020.

⁹⁰ El señor GÓMEZ DE LAS ROCES (Grupo Mixto), DSCD, núm. 72, de 23/05/1978, p. 2604.

⁹¹ Según el señor ROCA JUNYENT (Minoría Catalana), el cual formaba parte del “consenso extraparlamentario”, DSCD, núm. 72, de 23/05/1978, p. 2608.

106. La libertad de creación de centros docentes es la manifestación esencial de la libertad de enseñanza⁹² como facultad implícita en el reconocimiento de esta⁹³. Con la creación de centros distintos de los públicos se está contribuyendo a la libertad de elección y facilita la pluralidad de opciones educativas a escoger por los padres para sus hijos, impidiendo con ello cualquier tipo de monopolio educativo por parte del Estado o de grupos confesionales o ideológicos concretos⁹⁴.

107. Con la posibilidad, por parte de los titulares, de la dirección de los centros educativos, se completa el contenido del derecho de creación de centros docentes, vetando así posibles injerencias injustificadas de los poderes públicos en la dirección de centros de enseñanza, prohibido expresamente en el artículo 13.4 PIDESC, de necesaria observación en materia educativa y, en general, de derechos fundamentales –artículo 10.2 CE–.

108. En todo caso, y para la delimitación del contenido esencial de la dirección de centros docentes, es necesario acudir a la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, para el cual:

«El contenido esencial del derecho a la dirección puede precisarse [...] tanto desde el punto de vista positivo como desde una delimitación negativa. Desde la primera perspectiva, implica el derecho a garantizar el respeto al carácter propio y de asumir en última instancia la responsabilidad de la gestión, especialmente mediante el ejercicio de facultades decisorias en relación con la propuesta de Estatutos y nombramiento y cese de los órganos de dirección administrativa y pedagógica y del Profesorado. Desde el punto de vista negativo, ese contenido exige la ausencia de limitaciones absolutas o insalvables, o que lo despojen de la necesaria protección. De ello se desprende que el

⁹² DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2002): 82.

⁹³ ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (1978): 260-261.

⁹⁴ CÁMARA VILLAR, Gregorio (2000): 281.

Educación diferenciada y conciertos públicos

titular no puede verse afectado por limitación alguna que, aun respetando aparentemente un suficiente contenido discrecional a sus facultades decisorias con respecto a las materias organizativas esenciales, conduzca en definitiva a una situación de imposibilidad o grave dificultad objetiva para actuar en sentido positivo ese contenido discrecional.

Por ello, si bien cabe, en su caso, limitaciones a tal derecho de dirección, habría de dejar a salvo el contenido esencial del mismo a que nos acabamos de referir [...]»⁹⁵.

109. Merced a la facultad de dirección de los centros docentes se establece una garantía de conservación de los fines para los que ha sido creado el centro⁹⁶. En todo caso, el principal fin de la creación de un centro docente ha de ser, sin duda alguna, la impartición de educación y enseñanza, al formar parte la creación de centros de la libertad de enseñanza, y como instrumento para la consecución, en toda su extensión, del objetivo del artículo 27 CE. Pero para llevar a cabo semejante propósito, al creador y titular del centro se le otorga la posibilidad de dotar al centro de un ideario educativo propio y singular⁹⁷, tal y como también es contemplado por la jurisprudencia constitucional referenciada. Es esta posibilidad de dotar al centro de un carácter propio la que permite diferenciar la mera creación de empresas del artículo 38 CE de la creación de centros docentes⁹⁸.

110. Con la responsabilidad última de la asunción de labores de gestión, al titular del centro se le faculta para proponer Estatutos y, en todo caso, la dirección administrativa y pedagógica del centro, según la propia STC 77/1985 reseñada. Es importante remarcar este matiz sobre

⁹⁵ STC 77/1985, FJ 20. Reafirmado en la reciente STC 176/2015, FJ 2.

⁹⁶ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (1979): 273.

⁹⁷ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio (2010b): 44.

⁹⁸ EMBID IRUJO, Antonio (1983): 313-314; STC 5/1981, FJ 8.

la dirección administrativa y pedagógica del centro, traducida en la posibilidad de configurar en el centro una orientación pedagógica propia⁹⁹. La dotación de ideario propio, que veremos posteriormente, unido a la facultad del titular del centro de dotar al mismo de una dirección pedagógica particular y de los padres a elegir un centro con unas características pedagógicas concretas será clave para la concreción del objetivo último de este trabajo.

111. En todo caso, esta dirección y gestión de los centros tiene límites necesarios:

a) El respeto a los principios constitucionales –artículo 27.6 CE *in fine*–¹⁰⁰.

b) La incidencia del artículo 27.2 CE como fin necesario del derecho a la educación¹⁰¹.

c) El respeto a los derechos de toda la comunidad educativa, actores jurídicos del proceso educativo¹⁰².

d) La intervención de la comunidad escolar en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos –artículo 27.7 CE–¹⁰³.

e) La programación general de la enseñanza como prerrogativa de los poderes públicos –artículo 27.5 CE–¹⁰⁴.

⁹⁹ AGOUÉS MENDIZÁBAL, Carmen (2000): 147.

¹⁰⁰ PEÑA TIMÓN, Ana María Teresa (2004): 66.

¹⁰¹ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso y SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel (1996): 193.

¹⁰² FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso y SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel (1996): 193.

¹⁰³ SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo (1983): 632.

¹⁰⁴ SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo (1983): 632.

Educación diferenciada y conciertos públicos

f) Las limitaciones resultantes de la intervención estatal en los centros docentes privados o de iniciativa social que sean sostenidos o ayudados con fondos públicos¹⁰⁵.

112. Uno de los temas más controvertidos a la hora de delimitar las funciones de los titulares de los centros docentes en la dirección de los mismos es si estos tienen la facultad de elección del alumnado. En este momento, y aunque posteriormente se ampliará el estudio en este sentido, es preciso distinguir entre los centros privados sostenidos o ayudados con fondos públicos y los centros privados que no perciben ayudas públicas. Las restricciones en el poder del titular a la hora de la admisión de los alumnos existen en ambos casos, aunque en el caso de los sostenidos con fondos públicos serán mayores¹⁰⁶.

113. Los centros privados que no reciben ayudas de los poderes públicos, sino que se financian en su totalidad a través de aportaciones privadas, las facultades directivas del titular del centro en la admisión de los alumnos que reciban allí su educación serán mayores. Los baremos y motivos de admisión de los alumnos en los centros de estas características se realizan directamente por el centro docente. Una de las posibles causas de admisión o inadmisión de los solicitantes de plaza en este tipo de centros puede ser el respeto del ideario del centro educativo¹⁰⁷.

114. En los centros privados sostenidos con fondos públicos las facultades del poder de dirección del titular del centro se encuentran mermadas. Al ser un instrumento básico para la consecución de los fines del derecho a la educación y libertad de enseñanza, sirviendo de mecanismo de garantía del pluralismo escolar, están supeditados a

¹⁰⁵ CÁMARA VILLAR, Gregorio (2000): 285.

¹⁰⁶ DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (2005): 104.

¹⁰⁷ BORRAJO INIESTA, Ignacio (2002): 665; ORTIZ DÍAZ, José (1980): 101.

ciertas prerrogativas. Actualmente no tienen capacidad de elección del alumnado¹⁰⁸, ya que «no son los centros los que seleccionan sus alumnos, sino los alumnos quienes eligen el centro»¹⁰⁹. Otorgándole la facultad a los centros sostenidos con fondos públicos de admitir, sin condicionamiento alguno, a su alumnado se estaría vulnerando el derecho a la educación e igualdad de oportunidades, así como a la elección de centro docente por parte de sus titulares, los educandos –por sus padres, en su caso–. No es el centro el que ostenta ese derecho fundamental¹¹⁰. Si bien tampoco es posible una limitación total de esta posibilidad a los centros privados, aun financiados con fondos públicos, bajo el riesgo de vulnerar las libertades educativas de los centros docentes y de los propios educandos, principalmente respecto a la vinculación de la comunidad educativa de un centro docente concreto con el ideario o carácter propio del mismo.

115. Ciertamente, al igual que en los centros privados no financiados públicamente, los alumnos, a la hora de la solicitud y matriculación en un centro privado sostenido con fondos públicos, adquieren un compromiso de respeto al ideario del centro, a nuestro modo de entender mucho más laxo que en los primeros, ya que este deber de respeto no conlleva en modo alguno el acogimiento expreso como propio de ideario del centro, sin la necesidad de hacer apología del mismo ni participar en actos ideológicos planificados por el centro.

116. En todo caso, se hace imprescindible distinguir entre los diferentes tipos de idearios educativos, como haremos posteriormente, ya que el respeto al ideario, la supeditación de la admisión en los centros docentes –aun cuando sean sostenidos con fondos públicos– y la no

¹⁰⁸ LETURIA NAVARRO, Ana (2006): 344.

¹⁰⁹ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso y SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel (1996): 221.

¹¹⁰ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (2006): 48-49.

Educación diferenciada y conciertos públicos

participación en manifestaciones ideológicas conforme al carácter propio del centro docente no será igual en centros que opten por un ideario religioso determinado o centros cuyo ideario sea una elección pedagógica concreta.

3.1. DERECHO DE LOS TITULARES DE LOS CENTROS DOCENTES A ESTABLECER UN IDEARIO PROPIO COMO PARTE DEL ACTO DE CREACIÓN DEL CENTRO¹¹¹

3.1.1. NATURALEZA DE LA LIBERTAD DE DOTAR AL CENTRO DE UN IDEARIO PROPIO

117. Los centros tienen derecho a poseer un ideario educativo propio¹¹², que será establecido por su titular¹¹³ cuando ejerza el derecho-libertad de creación de centros docentes¹¹⁴ –«el establecimiento de ideario en cuanto determina el carácter propio del centro, forma parte del acto de creación»–¹¹⁵. Con la posibilidad de dotar al centro docente de

¹¹¹ STC 5/1981, FJ 8.

¹¹² GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel (1997): 187.

¹¹³ MELÉNDEZ-VALDÉS NAVAS, Marina (2002): 15.

¹¹⁴ ROLLNERT LIERN, Göran (1999): 73.

¹¹⁵ STC 5/1981, FJ 8. Del mismo Fundamento Jurídico extraemos el título del apartado 3.1., cuando el Alto Tribunal asegura que «como derivación de la libertad de creación de centros docentes, el derecho de los titulares de estos a establecer un ideario educativo propio...».

un carácter propio se está asegurando la pluralidad en materia educativa¹¹⁶.

118. El derecho a dotar al centro docente de un ideario o carácter propio¹¹⁷ es, ante todo, un derecho autónomo, sin depender de ningún otro derecho¹¹⁸. Esta concepción del ideario como derecho autónomo fue tempranamente recogida por la doctrina constitucional¹¹⁹. Es cierto que, en cuanto a que otorga la libertad de dotar al centro de un ideario, se relaciona directamente con la libertad de creación de centros docentes – artículo 27.6 CE–¹²⁰, pues no es sino en este momento cuando el titular del mismo tiene derecho a establecer el ideario, pudiendo prescindir, por otra parte, de otorgarle un carácter propio que lo singularice al constituir un derecho y no un deber por parte del titular del centro¹²¹.

119. Al dotarse el centro de un ideario educativo propio, conecta la libertad de creación de centros docentes con la libertad de enseñanza¹²². Responden los distintos idearios educativos a las diversas demandas y necesidades educativas de los educandos –en la figura de sus

¹¹⁶ DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (2005): 177.

¹¹⁷ STC 77/1985, FJ 8: «Por lo que atañe a la no utilización del término «ideario», y el empleo, en su lugar, de la expresión «carácter propio» del Centro, no deriva de ello que se venga a excluir la interpretación que el TC ha efectuado, sobre la base del primer término citado, del derecho en cuestión; pues el empleo de un sinónimo o término equivalente, pero distinto del ya utilizado en antecedentes legislativos, queda dentro de la libertad de configuración del legislador, y desde luego no puede servir para expulsar una interpretación constitucional referida a una misma realidad».

¹¹⁸ MELÉNDEZ-VALDÉS NAVAS, Marina (2002): 12.

¹¹⁹ STC 5/1981, FJ 8. En contra, SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo (1983): 642: «no tiene sentido, ni la Constitución está pensando en ello al mencionar la libertad de enseñanza, proteger el derecho al ideario en sí mismo [...]».

¹²⁰ DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (1995): 271; GARCÍA-PARDO, David (1998): 85-86

¹²¹ STC 5/1981, F 9 Voto Particular del Magistrado Tomás y Valiente.

¹²² FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (1983): 158.

Educación diferenciada y conciertos públicos

padres, al ser estos los que eligen su tipo y centro educativo—, dando lugar a un pluralismo educativo¹²³ y social básico en un Estado social y democrático de Derecho. Con la libre transmisión del saber¹²⁴ que suponen las distintas opciones educativas a través de los diferentes idearios posibles a escoger abrimos un abanico de posibilidades de elección a las que, los padres que lo deseen, puedan adherirse.

120. Es por ello que, además de con la libertad de creación de centros y la libertad de enseñanza, esté en estrecha correlación con la libertad de elección de tipo de centro educativo¹²⁵. No es difícil vislumbrar una clara conexión entre el ideario y la libertad de elección de tipo de centro. A través del ideario, el titular del centro otorga la posibilidad a los padres de elegir una educación singular, plasmada de forma «pública, sintética e inequívoca»¹²⁶ para sus hijos, conforme a sus propias convicciones¹²⁷, tomando un cariz propio de las libertades ideológicas del artículo 16 CE¹²⁸.

121. La vinculación del ideario de los centros docentes con todos estos derechos y libertades ya expresados hacen que, aunque la libertad de dotar al centro con un carácter propio que singularice la característica orientación del centro¹²⁹ no aparezca expresamente protegida en la Constitución, aunque sí reconocido legal y jurisprudencialmente¹³⁰, su

¹²³ RODRÍGUEZ COARASA, Cristina (1998): 234.

¹²⁴ BEGUÉ CANTÓN, Gloria (1992): 1221.

¹²⁵ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (1983): 155; PEÑA TIMÓN, Ana María Teresa (2004): 98.

¹²⁶ STC 5/1981, F 8 Voto Particular del Magistrado Tomás y Valiente.

¹²⁷ ROLLNERT LIERN, Göran (1999): 73.

¹²⁸ MELÉNDEZ-VALDÉS NAVAS, Marina (2002): 23-24.

¹²⁹ EMBID IRUJO, Antonio (1983): 323.

¹³⁰ CÁMARA VILLAR, Gregorio (2000): 282.

carácter no sea el de meramente legal, sino que ostenta rango constitucional¹³¹.

122. Su reconocimiento no queda limitado a la simple no injerencia y respeto del ideario por parte de los poderes públicos como es típico de los derechos de libertad, sino que los poderes públicos han de tener en cuenta el ideario de los centros docentes, como manifestación de la libertad ideológica, de creación y dirección y de dotación de ideario del centro docente, a la hora de sus relaciones con ellos¹³², no pudiendo actuar en contra del ideario del centro, porque no se trataría únicamente de no ir en su contra, sino *«que el no ir con ellos supondría una vulneración de un derecho constitucional por parte de la Administración»*¹³³, pudiendo entrañar una discriminación, por parte de los poderes públicos, el actuar desconociendo o distinguiendo entre centros docentes por sus distintos idearios, como veremos posteriormente.

¹³¹ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso y SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel (1996): 195; GARCÍA-PARDO, David (1998): 85-86; BEGUÉ CANTÓN, Gloria (1992): 1221.

¹³² La STC 77/1985, en su FJ 20, otorga al titular del centro la capacidad de garantizar el carácter propio del centro, sin hacer distinción entre la propia comunidad escolar – como hace en otras ocasiones del propio texto– y los poderes públicos. Asimismo, en su FJ 24, respecto a la contratación del profesorado por parte del titular y su acuerdo con la Administración, asegura que *«si entre esas medidas [que la ley otorga a la Administración] se incluyese la de contratar a nuevos Profesores o impedir que el titular del Centro lo hiciese, o cualesquiera que desconocieran el carácter propio del Centro en los criterios de selección del profesorado, la norma no resultaría, en efecto, compatible con la Constitución»*, con lo cual garantiza, en todo caso, el carácter propio del centro de cara a la Administración y los poderes públicos. Si está limitando la acción directa de la Administración en esta faceta, es claro que su intención es limitarla a cualquier ámbito que desconozca o contradiga el carácter propio del centro docente.

¹³³ MELÉNDEZ-VALDÉS NAVAS, Marina (2002): 74-75.

Educación diferenciada y conciertos públicos

3.1.2. DELIMITACIÓN Y CONTENIDO DEL IDEARIO PROPIO COMO EXPRESIÓN PÚBLICA, SINTÉTICA E INEQUÍVOCA DEL CARÁCTER DEL CENTRO¹³⁴

123. En los debates parlamentarios de las Cortes constituyentes se hace referencia, en diversas ocasiones, al concepto de ideario. En otros casos, a partir de los propios debates parlamentarios es posible esclarecer, a través del relativo carácter hermenéutico de los mismos, algunos conceptos de otros apartados del artículo dedicado a la cuestión educativa, en este en concreto en los debates no existe una clara delimitación del sentido del ideario educativo, sino más bien se da por entendido el alcance del concepto de ideario de los centros docentes, preocupándose más los parlamentarios por el poder, las manifestaciones en los distintos derechos educativos¹³⁵ y las limitaciones¹³⁶ del mismo que por su conceptualización¹³⁷. Es por ello que la primera vía de

¹³⁴ STC 5/1981, Voto Particular Magistrado Tomás y Valiente, Fallo.

¹³⁵ El señor GÓMEZ DE LAS ROCES (Grupo Mixto) relaciona el ideario con la igualdad, a través de la necesidad del coste económico similar en materia educativa independientemente del ideario de cada centro docente (DSCD, núm. 7, de 25/01/1978, p. 221).

El señor ALZAGA VILLAAMIL (Unión de Centro Democrático) hace alusión al derecho a la fijación del ideario sólo a colación, y como contenido, de la libertad de enseñanza (DSCD, núm. 72, de 23/05/1978, p.2601), al igual que su correligionario en el Senado el señor DEL BURGO TAJADURA (DSS, núm. 44, 25/08/1978, p.1910).

¹³⁶ El señor OSORIO GARCÍA (Grupo Parlamentario Independiente) muestra su temor porque la participación de la comunidad escolar en la administración de los centros financiados con fondos públicos pueda limitar y hacer inestable el ideario educativo de los centros docentes (DSS, núm. 60, 27/09/1978, pp. 3005-3007).

¹³⁷ El señor SILVA MUÑOZ (Alianza Popular) se intenta aproximar a la conceptualización del ideario como el carácter que imprime un centro educativo «*que concrete el sentido del hombre, de la sociedad, de la vida y del universo que se quiere inculcar en la educación*» (DSCD, núm. 106, de 07/07/1978, p. 4023).

interpretación del contenido del ideario educativo no la encontraremos en los debates parlamentarios, sino que hemos de acudir a la doctrina y a la jurisprudencia constitucional.

124. El ideario o carácter propio es el conjunto de principios fundamentales que concretan las directrices seguidas por parte del centro docente ante los actores jurídicos educativos –alumnos, padres, profesores– y la sociedad en su conjunto¹³⁸. Para entrar en el estudio de qué principios fundamentales y qué materias básicas están en juego en torno al ideario del centro es preciso acudir a nuestra jurisprudencia constitucional, ya que de la STC 5/1981 se derivan las dos tendencias o concepciones doctrinales, una de carácter amplio y otra restringido, según el alcance que le otorga cada una de estas tendencias al concepto de ideario.

125. La concepción amplia del ideario viene conceptualizada por el Alto Tribunal de la siguiente manera:

«Tratándose de un derecho autónomo, el derecho a establecer un ideario no está limitado a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa. Dentro del marco de los principios constitucionales, del respeto a los derechos fundamentales, del servicio a la verdad, a las exigencias de la ciencia y a las restantes finalidades necesarias de la educación mencionadas, entre otros lugares, en el artículo 27. 2.º de la Constitución y en el artículo 13.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, en cuanto se trate de centros que, como aquellos a los que se refiere la ley que analizamos, hayan de dispensar enseñanzas regladas, ajustándose a los mínimos que los poderes públicos establezcan respecto de los contenidos de las distintas materias, número de horas lectivas,

¹³⁸ ORTIZ DÍAZ, José (1980): 202.

Educación diferenciada y conciertos públicos

etcétera, el ideario educativo propio de cada centro puede extenderse a los distintos aspectos de su actividad»¹³⁹.

126. La concepción restringida del carácter propio o ideario del centro docente viene avalado por un voto particular a esta misma sentencia¹⁴⁰, teniendo en cuenta, en todo caso, que «*el voto particular no posee ninguna eficacia jurídica, ya que la decisión mayoritaria no pierde fuerza jurídica por más opiniones disidentes que la acompañen. [...] [E]s sólo una opinión minoritaria en el seno de un tribunal*»¹⁴¹. A juicio de los Magistrados disidentes:

«El «ideario» de un centro hace referencia a su carácter propio, pero no a cualesquiera de sus características, tales como las de índole pedagógica, lingüística, deportiva u otras semejantes, sino que, muy en concreto, el ideario es la expresión del carácter ideológico propio de un centro. Puesto que los padres tienen el derecho fundamental recogido en el artículo 27.3 de la Constitución, el ideario de cada centro docente privado cumple una función instrumental en relación con tal derecho, función que consiste en informar a los padres de qué tipo de educación moral y religiosa se imparte a los alumnos de este centro, para que aquellos puedan escogerlo con pleno conocimiento de causa para sus hijos»¹⁴².

127. Es muy aclaratorio este voto particular en cuanto a la extensión del ideario educativo, cuestión que no hace el Tribunal en su decisión al hacer referencia, de una manera abstracta, «a los distintos aspectos de [la] actividad» que puedan llevar a cabo los centros,

¹³⁹ STC 5/1981, FJ 8.

¹⁴⁰ «Formulado por el Magistrado don Francisco Tomás y Valiente, al que se adhieren los Magistrados don Ángel Latorre Segura, don Manuel Díez de Velasco y don Plácido Fernández Viagas», a menudo citado –como aquí también realizaremos– como el Voto Particular del Magistrado Tomás y Valiente, a pesar de su pluralidad de adhesiones.

¹⁴¹ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier (1990): 66.

¹⁴² STC 5/1981, F 7 del Voto Particular.

interpretando los magistrados disidentes este pronunciamiento como características «de índole pedagógica, lingüística, deportiva u otras semejantes», propiedades que, en todo caso, estos magistrados desestiman que pueda tener el ideario de un centro docente, circunscribiéndose este al estricto ámbito religioso y moral.

128. Desde un primer momento, tenemos que alinearnos con la posición doctrinal y jurisprudencial que considera que el ideario del centro docente no se restringe al ámbito religioso y moral, sino que se amplía, y no sólo a las características «pedagógicas, lingüísticas y deportivas» como se interpretaba en el voto particular de la STC 5/1981, aunque, eso sí, incluidas en todo caso, y siempre dentro del respeto a los principios constitucionales –artículos 1.1 y 9.2 CE– y cumpliendo los fines del ideario educativo constitucional –artículo 27.2 CE–¹⁴³, como veremos posteriormente.

129. La orientación singular o carácter propio del centro docente se puede dar en cualquier ámbito, tanto ideológico como organizativo, dando como resultado un concreto modelo educativo¹⁴⁴, asegurando, junto a otros tipos de centros educativos con orientaciones propias y singulares –distintas o coincidentes, en algunos aspectos, entre ellas–, la pluralidad de opciones educativas, del todo pretendida y hasta cierto punto exigible en nuestro sistema educativo constitucional.

130. En cuanto a la extensión del ideario a los aspectos pedagógicos, lingüísticos, deportivos, sociales¹⁴⁵, científicos, culturales¹⁴⁶ u otro cualquiera que especifique la singular oferta educativa¹⁴⁷, este desplegará su carácter en todo tipo de actividades, tanto académicas

¹⁴³ CÁMARA VILLAR, Gregorio (2000): 283.

¹⁴⁴ DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (1995): 260.

¹⁴⁵ BORRAJO INIESTA, Ignacio (2002): 668.

¹⁴⁶ PEÑA TIMÓN, Ana María Teresa (2004): 90-91.

¹⁴⁷ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (1983): 158.

Educación diferenciada y conciertos públicos

como no académicas, pudiendo afectar, de esta manera, a la metodología docente del centro¹⁴⁸, suponiendo esta, a nuestro entender, la forma particular en la que el centro impartirá la educación y la enseñanza, de forma global y no específicamente en cada materia o asignatura, sino en sus contenidos transversales y en la propia organización del centro –en materia educativa y administrativa–, la cual puede estructurarse de tal manera que incida en la educación de los alumnos a través de una orientación axiológica singular¹⁴⁹, acentuando su actuación en el plano religioso, moral, filosófico, pedagógico, etc.

131. La propia STC 5/1981 consagra los límites del ideario educativo:

«Dentro del marco de los principios constitucionales, del respeto a los derechos fundamentales, del servicio a la verdad, a las exigencias de la ciencia y a las restantes finalidades necesarias de la educación mencionadas, entre otros lugares, en el artículo 27.2 de la Constitución y en el artículo 13.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y, en cuanto se trate de centros que [...] hayan de dispensar enseñanzas regladas, ajustándose a los mínimos que los poderes públicos establezcan respecto de los contenidos de las distintas materias, número de horas lectivas, etcétera, el ideario educativo propio de cada centro puede extenderse a los distintos aspectos de su actividad»¹⁵⁰.

132. Los únicos límites del ideario educativo serán, por tanto:

a) El servicio a la verdad y a las exigencias de la ciencia que la actividad educativa presta. Los distintos idearios de los centros no pueden camuflar, obviar o falsear las realidades y verdades científicas y sociales. El desarrollo integral de la personalidad

¹⁴⁸ COTINO HUESO, Lorenzo (2000a): 118.

¹⁴⁹ SALGUERO, Manuel (2001): 153.

¹⁵⁰ STC 5/1981, FJ 8.

humana del educando que establece el artículo 27.2 CE exige que el discente sea informado verazmente de la realidad científica y social. «*Nuestro ordenamiento educativo (específicamente el artículo 27.2 en relación con el 10.1 de la CE), impide la enseñanza sectaria, desprovista del razonamiento científico que debe acompañarla, expresión de bandería política y no de manifestación docente*»¹⁵¹. Aunque el particular carácter propio del centro pueda suponer un potencial relativo sesgo ideológico que influya en la forma de educar y enseñar, el centro docente y los profesores tienen que responder al servicio educativo, a los fines y objetivos de la educación, al desarrollo de la personalidad humana del individuo en edad escolar, no pudiéndose conseguir tal fin evitando informar y hacer partícipes a los educandos de la realidad científica y social.

b) La capacitación de los educandos «para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz»¹⁵² —. El ideario no podrá impedir los objetivos de la educación previsto en el PIDESC, aunque pueda comprender una peculiar forma de entender la sociedad y las relaciones sociales. Tales objetivos son contenido básico, a su vez, del artículo 27.2 CE, por lo que tendrá que ser respetado, e incluso alentado, desde las instituciones educativas. Cualquier ideario educativo contrario a estas finalidades sería, por tanto, inconstitucional.

c) En cuanto que el ideario supone la posibilidad de dotar al centro de una orientación científica y pedagógica particular, aun

¹⁵¹ BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (1984): 43.

¹⁵² Artículo 13.1 PIDESC.

Educación diferenciada y conciertos públicos

con los límites anteriormente expuestos, habría que tener en cuenta también la posible incidencia del ideario con la libertad de cátedra –artículo 20.1.c) CE–, algo que excede del objeto de nuestro estudio¹⁵³.

4. INTERVENCIÓN DE LA COMUNIDAD ESCOLAR EN EL CONTROL Y GESTIÓN DE LOS CENTROS SOSTENIDOS CON FONDOS PÚBLICOS

133. La intervención de la comunidad escolar¹⁵⁴ viene recogida expresamente en la Constitución, en el apartado séptimo del artículo 27 CE:

«Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca».

134. De este precepto es posible extraer tres cuestiones, las cuales siempre estarán supeditadas a «los términos que la ley establezca» –sin que ello signifique que el legislador tiene plena libertad para delimitar su

¹⁵³ Estudiado ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia. *Vid, ad exemplum*, EXPÓSITO, Enriqueta (1995): 225-266; LOZANO CUTANDA, Blanca (1995): 263-320; CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2006): 387-413. En cuanto a la jurisprudencia, SSTC 47/1985, FJ 3; 217/1992, FJ 2; 5/1981, principalmente el Voto Particular formulado por el Magistrado Tomás y Valiente; STS de 16 de diciembre de 1985, FJ 7.

¹⁵⁴ U «operadores educativos», como ha sido denominado por COTINO HUESO (COTINO HUESO, Lorenzo (1999): 93).

contenido hasta el punto que pueda suponer la anulación o desprecio de este derecho¹⁵⁵—:

a) Quiénes son los sujetos del derecho.

b) Cuáles son los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos.

c) Qué se entiende por «control y gestión».

135. Los sujetos de este derecho son los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos. Debido a la escasa madurez del alumnado en una parte de sus estudios, no está contemplado un derecho absoluto de los alumnos a intervenir en el control y gestión de los centros. Será la ley la que determine la edad de madurez suficiente y en qué grado afectará las decisiones de los alumnos en la comunidad escolar.

136. En cuanto a los padres y profesores, la ley determinará el número y la incidencia en el control y gestión del centro. El cuarto pilar del control y gestión, con mayor margen, será el titular del centro, el cual no viene expresamente mencionado en el artículo 27.7 CE por innecesario, al ser una facultad del titular del centro en virtud de su derecho de creación y dirección de los centros.

137. Respecto a los centros a los que va dirigido este precepto, son sólo los sostenidos con fondos públicos. Se entiende, a efectos de este apartado, por centros sostenidos con fondos públicos aquellos que reciben cualquier tipo de financiación por parte de los poderes públicos, ya sean centros privados o de iniciativa social bajo la forma de centros privados concertados, ya sean centros de titularidad pública. En ambos tipos de centros, los profesores, padres y, en su caso, alumnos, intervendrán en el control y gestión del centro.

¹⁵⁵ CÁMARA VILLAR, Gregorio (2000): 301.

Educación diferenciada y conciertos públicos

138. La razón última de la participación por parte de los alumnos en el control y gestión de los centros docentes lo encontramos, fundamentalmente, en el artículo 27.2 CE –«la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales»–. La participación del alumnado es un medio para el pleno desarrollo de la personalidad, así como para la preparación de los educandos para la incorporación a la sociedad democrática. En este sentido, *«no podremos considerar la participación como un fin en sí misma, sino como lo que realmente es, un medio para alcanzar objetivos de carácter educativo»*¹⁵⁶.

139. Por este carácter de la participación de la comunidad educativa, la delimitación de la intervención estrictamente a los centros sostenidos con fondos públicos es, cuanto menos, cuestionable. La participación de la comunidad escolar no es una simple expresión del derecho fundamental a la participación del artículo 23 CE –«los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos»– sino que su ejercicio efectivo se erige como un pilar básico del Estado social y democrático de Derecho protegido en el artículo 9.2 CE –«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»¹⁵⁷–.

140. Es por ello que la privación de la obligatoria participación de los educandos de los colegios privados sin financiación por parte de los poderes públicos supone menguar el fin y objetivo último de la educación, el desarrollo de la personalidad en el respeto a los principios

¹⁵⁶ GARCÍA SORIANO, María Vicenta (2000): 160.

¹⁵⁷ LETURIA NAVAROA, Ana (2006): 39.

democráticos. No debería someterse la participación al requisito de la financiación por parte de los poderes públicos, sino que debería derivarse del propio hecho de la enseñanza¹⁵⁸.

141. Con ello se logra, a su vez, cuestionar la fundamentalidad¹⁵⁹ y esencialidad del precepto en cuestión. No puede afirmarse que la participación de la comunidad escolar en el control y gestión de los centros educativos forme parte del contenido esencial cuando una parte de la comunidad escolar es privada de dicha participación.

142. A nuestro entender, la participación de la comunidad escolar debería extenderse también a los centros privados no sostenidos con fondos públicos¹⁶⁰, si bien de una forma más laxa que en los públicos y privados ayudados públicamente.

143. En cuanto al «control y gestión» en relación a las facultades de la comunidad escolar respecto a los centros docentes, no existe una línea única doctrinalmente aceptada, debido al amplio margen que otorga no ya la Constitución, la cual no dice nada al respecto, sino el Tribunal Constitucional, en un pronunciamiento bastante ambiguo en el que declara que:

«Este derecho puede revestir, en principio, las modalidades propias de toda participación, tanto informativa como consultiva, de iniciativa, incluso decisoria, dentro del ámbito propio del control y

¹⁵⁸ Como ya expuso en los debates parlamentarios de las Cortes constituyentes el señor SILVA MUÑOZ (Alianza Popular) (DSCD, núm. 106, de 07/07/1978, pp. 4052-4053).

¹⁵⁹ En contra, LETURIA NAVAROA, Ana (2006): 82-83 –con base en la STC 5/1981, FJ 18–, pero circunscribiendo la fundamentalidad del derecho a los colegios sostenidos con fondos públicos, *ibidem*: 94.

¹⁶⁰ En el mismo sentido, AGOUÉS MENDIZÁBAL, Carmen (2000): 38-39; FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (1983): 189

Educación diferenciada y conciertos públicos

gestión, sin que deba limitarse necesariamente a los aspectos secundarios de la administración de los Centros»¹⁶¹.

144. Para el objeto central de este estudio nos interesa si entre esas facultades «decisoria[s], dentro del ámbito propio del control y gestión», se encuentra la decisión relativa al ideario del centro docente.

145. El carácter propio del centro docente va a afectar a toda la comunidad escolar. No obstante, no entran dentro de las competencias de control y gestión las decisiones relativas al ideario docente. Es el titular del centro, en su creación, quien dota de carácter propio al centro, sin ser posible que la comunidad educativa decida sobre la conveniencia de su mantenimiento¹⁶². La temporalidad necesaria de gran parte de los actores implicados¹⁶³ –padres y alumnos, sobre todo–, con una «*voluntad previsiblemente mudable y heterogénea de la pluralidad de padres o alumnos que en cada coyuntura se vinculen a ese centro*»¹⁶⁴, la aceptación del ideario a la hora de decantarse por un centro docente – para la educación de sus hijos, por parte de los padres, como para ejercer su profesión como docente, por parte de los profesores–, así como la ostentación por parte del titular del centro del derecho a dotar de ideario al mismo, hacen que la comunidad escolar no pueda modificarlo¹⁶⁵. Es su deber, en todo caso, la salvaguarda del mismo¹⁶⁶, haciendo valer el carácter propio frente a actuaciones que estimen contrarias al mismo por parte del centro. Las facultades de control y gestión por parte de la comunidad escolar estarían, en todo caso, limitadas por el respeto al

¹⁶¹ STC 77/1985, FJ 21.

¹⁶² GARCÍA-PARDO, David (1998): 116.

¹⁶³ GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel (1997): 195.

¹⁶⁴ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (1979): 284.

¹⁶⁵ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio (2010b): 53.

¹⁶⁶ DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (2005): 96.

contenido esencial del derecho del titular del centro al establecimiento del ideario¹⁶⁷.

146. Esto no quiere decir, en ningún caso, que el carácter propio del centro docente sea inamovible, pero no corresponde únicamente a la comunidad escolar –profesores, padres y, en su caso, alumnos–, sino en un pacto necesario entre esta y el titular del centro, de forma unánime¹⁶⁸, siendo de este de quien surja la necesidad de un cambio en el ideario, y un actor no sólo necesario, sino fundamental, para cualquier modificación de este tipo.

¹⁶⁷ STC 77/1985, FJ 21.

¹⁶⁸ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR y SÁNCHEZ NAVARRO consideran que este pacto es necesario si el ideario se quiere modificar a lo largo del curso escolar, pero no es necesaria tal unanimidad, sino que «*deberían contar con la adhesión de la comunidad escolar*» cuando se hace entre dos cursos (FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso y SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel (1996): 195-196). Nosotros consideramos que es necesaria, en todo caso, la unanimidad, al afectar a toda la comunidad educativa y los derechos que ostentan, individual y colectivamente, la misma, en cuanto a la libertad de elección de centro, de tipo educativo, ideológica, etc.

CAPÍTULO III

EL IDEARIO EDUCATIVO CONSTITUCIONAL

1. LA ENSEÑANZA HA DE SERVIR DETERMINADOS VALORES DE INSPIRACIÓN POSITIVA¹

147. El artículo 27.2 CE impone que «la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales». Al ser un precepto fundamental en materia educativa, merece hacer hincapié y profundizar en el precepto, desglosándolo en las dos partes en las que, *a priori*, puede dividirse el artículo, así como destacar su principal conexión con el artículo 10 CE.

¹ STC 5/1981, FJ 7.

1.1. CONEXIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 27.2 Y 10 DE LA
CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

*1.1.1. ARTÍCULO 10.1 CE: DIGNIDAD Y LIBRE DESARROLLO DE
LA PERSONALIDAD*

148. La estrecha vinculación entre los artículos 27.2 y 10 CE la puso de manifiesto tempranamente nuestro Tribunal Constitucional, en una sentencia altamente repetitiva en materia educativa, al constituir el primer hito en esta disciplina: la STC 5/1981.

«[...] La primera finalidad que este precepto constitucional asigna a la educación es «el pleno desarrollo de la personalidad humana» del alumno. Plenitud que es imposible sin libertad, por lo cual los términos del 27.2 son complementivos de aquellos otros del artículo 10.1 de la CE en los que se afirma que «el libre desarrollo de la personalidad» es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social»².

149. El artículo 10 está situado en la apertura del Título I de la CE –«De los Derechos y Deberes Fundamentales»– y proclama como fundamentos del orden político y la paz social «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás». Existe por tanto, tal y como puso de manifiesto el Magistrado Tomás y Valiente en su Voto Particular a la STC 5/1981, una conexión clara entre el «pleno desarrollo» del artículo 27.2 y el «libre desarrollo» del 10.1 CE.

² STC 5/1981, F 10 del Voto Particular del Magistrado Tomás y Valiente.

Educación diferenciada y conciertos públicos

150. Su incorporación fuera de los derechos fundamentales, pero como pilar básico del Estado democrático constitucional, da buena cuenta de la importancia que tiene la orientación de los fines sociales del Estado al libre desarrollo de la personalidad y al respeto a su dignidad, inextricablemente unidos. Con esta suerte de cláusula de finalidad última vinculante para el Estado, el constituyente aseguró un amplio campo de actuación dentro de las libertades personales, en las que sea la propia persona la que se asegure su futuro o, al menos, la persecución de aquellas metas que, por preferencias personales, desea alcanzar, libre de todo «paternalismo estatal» que pueda provocar la intervención del Estado en la esfera íntima de la persona en la que no debe inmiscuirse³.

151. Obviamente no estamos tratando con un concepto ilimitado, ya el propio artículo 10.1 CE lo está delimitando en «el respeto a la ley y a los derechos de los demás». La legislación que incida en el libre desarrollo de la personalidad humana podrá ser de dos tipos: concesionaria o restrictiva.

a) La legislación concesionaria de derechos subjetivos será siempre el modo más práctico de proteger el libre desarrollo de las personas, pudiendo ampararse estas en preceptos legales para la consecución de sus fines legítimos y convirtiéndose en titulares de ciertos ámbitos de poder de actuación⁴.

b) En cuanto a la legislación restrictiva, consideramos que siempre ha de existir un ánimo de no injerencia por parte de los poderes públicos en la limitación del desarrollo personal, por lo que únicamente debería actuar para disminuir el conjunto de facultades que ostentan las personas, en su condición de tales, cuando sea absolutamente necesario para salvaguardar el «orden político y la paz social», sirviéndose mutuamente para el progreso

³ DÍEZ-PICAZO, Luis María (2008): 71.

⁴ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis (2010): 39.

del Estado social y democrático de Derecho. No es así sino la única forma de salvaguardar la libertad como valor superior que recoge el artículo primero de nuestra Constitución, con la promoción de la libertad real y efectiva del individuo – artículo 9.2 CE– y de los grupos en los que se integra. La libertad y el pleno desarrollo de la persona están indiscutiblemente asociados, ya que sin libertad es imposible alcanzar la plenitud en el desarrollo propio.

152. En Alemania por ejemplo, al contrario que en la Constitución española, la Ley Fundamental para la RFA, en consonancia con la brevedad de la regulación de la materia educativa, no impone unos fines específicos para la educación, si bien contempla el derecho al libre desarrollo de toda persona, independientemente de que sea educando o no⁵, más en conexión con el artículo 10.1 CE. Esta es una carencia de la que se han hecho eco diversas Constituciones de los *Länder*, las cuales, aunque hayan reconocido el derecho al libre desarrollo de la personalidad de manera general, sí han orientado, en ocasiones, de forma explícita, la educación⁶.

⁵ MEIX CERECEDA, Pablo (2013): 108-109.

⁶ Así, por ejemplo, el art. 131 de la Constitución de Baviera indica que los colegios, en busca de los objetivos de la educación, «no deben únicamente transmitir saber y capacidad, sino también formar el corazón y el carácter».

En similar sentido, aunque ampliando los fines, se pronuncia la Constitución del Estado de Hesse en su artículo 56.4:

«Constituye el fin de la educación formar la personalidad moral de los jóvenes, prepararles para una actividad profesional y la responsabilidad política, para un servicio independiente y responsable al pueblo y a la humanidad con un espíritu de respeto y amor al prójimo, de atención y tolerancia, de justicia y de amor a la verdad».

La Constitución de Brandeburgo, finalmente, sí orienta de forma explícita, en su artículo 28 –en similar sentido a como lo hacen las Constituciones de los Estados de Meclenburgo-Prepomerania de Sajonia-Anhalt, en sus artículo 15.4 y 27.1

Educación diferenciada y conciertos públicos

1.1.2. ARTÍCULO 10.2 CE: INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CONFORME A LA DECLARACIÓN UNIVERSAL DE DERECHOS HUMANOS Y DEMÁS TRATADOS Y ACUERDOS INTERNACIONALES

153. No se nos olvida la polémica introducción del apartado segundo del artículo 10 en el trámite en el Senado del Proyecto de Constitución por el Grupo Unión de Centro Democrático, tal y como vimos en un apartado anterior. Pero como comentamos en esa ocasión, el presente precepto tiene una relevancia superior en materia educativa. Según el mismo,

«Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

154. No es momento de entrar a valorar aquí todas y cada una de las implicaciones que la Declaración Universal ni los demás tratados y acuerdos internacionales pueden comportar para la interpretación de los

respectivamente, si bien de forma menos contundente y extensa– la educación y enseñanza en un sentido similar al de la Constitución Española, recordándonos, a su vez, a distintos textos internacionales de protección del derecho a la educación y sus finalidades:

«La educación y la enseñanza tienen por misión el desarrollo de la personalidad, la independencia de pensamiento y acción, el respeto a la dignidad, a las creencias y las convicciones de los demás, el reconocimiento de la democracia y la libertad, la voluntad de justicia social, el espíritu de paz y solidaridad en la convivencia de las culturas y los pueblos y la responsabilidad ante la naturaleza y el medio ambiente».

derechos y libertades educativas, pero sí es importante remarcar que diversos textos han puesto de manifiesto la importancia de que el pleno desarrollo de la personalidad humana sea el objeto final de la educación⁷. Así, encontramos, por ejemplo:

a) El artículo 26.2 de la DUDH: «La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales».

b) El artículo 13.1 del PIDESC: «Los Estados Partes [...] convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales».

c) Artículo 5.1 CRLCDEE: «Los Estados Partes en la presente Convención convienen: a) En que la educación debe tender al pleno desenvolvimiento de la personalidad humana y a reforzar el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales [...]».

d) Artículo 29.1 CDN: «Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades».

⁷ Para algunos autores, como MEIX CERECEDA, pese a la importancia de estas declaraciones, hay que ser prudente a la hora de su traslación a los textos legislativos internos. Todo ello debido a la posibilidad de hipertrofia e ineficacia del sistema educativo si con el mismo se pretende resolver todos los problemas de la sociedad por el hecho de establecer, como objetivo, este pleno desarrollo, al no poder afrontar la educación por sí sola –aun cuando es plenamente necesaria– todos los interrogantes y planteamientos que puedan presentarse en las necesidades humanas y desafíos de la vida en comunidad (MEIX CERECEDA, Pablo (2014): 34-35).

Educación diferenciada y conciertos públicos

155. El artículo 10.2 CE obliga a interpretar los derechos fundamentales, y en este caso los educativos, a la luz de los preceptos que, en este particular, acabamos de explicar. Como se evidencia a través de estos textos internacionales, es clara la preocupación de la comunidad internacional en asegurar el pleno desarrollo de la personalidad del menor, así como lo fue para nuestro constituyente, de ahí el apartado segundo del artículo 27. El pleno desarrollo de la personalidad –no sólo del educando– está íntimamente conectada con la dignidad intrínseca del ser humano y sus derechos inviolables. Los mismos son elementos dinámicos, abiertos a progresivos enriquecimientos⁸, con lo que el constituyente, con la introducción de este apartado, lo que hizo fue asegurar el desarrollo continuo de los derechos y libertades inherentes a la persona y que favorezcan su pleno desarrollo. Situar al educando en el «centro del acto pedagógico», tal y como han hecho los distintos textos internacionales, implica apostar por la dimensión personal educativa, más allá de la social o comunitaria⁹, si bien el desarrollo personal siempre va a conllevar al progreso social.

2. «LA EDUCACIÓN TENDRÁ POR OBJETO EL PLENO DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD HUMANA...»

156. Como acabamos de ver, diversos textos internacionales protectores de derechos humanos y libertades fundamentales protegen el derecho a la educación teniendo este como fin el pleno desarrollo de la personalidad humana. Conscientes de ello, los trabajos de la Ponencia

⁸ RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín y RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA, Itziar (1996): 58-59.

⁹ MEHEDI, Mustapha (1999): párr. 20.

fueron encaminados al aseguramiento del mismo tratamiento que en estos textos se les daba a las finalidades educativas.

157. Así, en el Anteproyecto de Constitución, el segundo apartado del artículo 28 rezaba que «la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales»¹⁰.

158. Es tal la magnitud de la importancia del presente apartado que, a pesar de las enmiendas presentadas al mismo por parte de diputados¹¹ y senadores¹², en algunos casos tendentes a su supresión¹³, el

¹⁰ BOCG 05/01/1978, núm. 44, p. 674.

¹¹ En el trámite en la Cámara Baja se presentaron un total de siete enmiendas al apartado segundo del artículo 28. Entre ellas cabe destacar –además de la que aboga por la supresión del mismo, que se alude posteriormente–, a nuestro entender, la del señor GÓMEZ DE LAS ROCES (Grupo Mixto), ya que el resto de enmiendas no aporta ningún nuevo objeto digno de mención aparte.

Por su parte, la del señor GÓMEZ DE LAS ROCES, la enmienda núm. 41, insta a la inclusión «del respeto a las propias creencias» en el pleno desarrollo de la personalidad y garantizar, además de los derechos fundamentales, los deberes. Enmienda que defiende en la sesión núm. 11 de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas y a la cual le contesta el señor ROCA JUNYENT (Minoría Catalana), acertadamente a nuestro entender, que la incorporación de las propias creencias sería innecesario debido a la necesidad de la interpretación de la Constitución como un texto unitario y que al encontrarse la libertad de ideológica y de creencias en el artículo 15 –hoy 16–, es imprescindible tenerlo en cuenta a la hora del pleno desarrollo de la personalidad humana, aunque no aparezca en el propio apartado segundo actualmente debatido (DSCD, núm. 72, de 23/05/1978, pp. 2602-2607).

¹² En la Cámara Alta se presentaron ocho enmiendas al apartado. Caben destacar las enmiendas núm. 174, 226 y 667, del señor GAMBOA SÁNCHEZ-BARCÁIZTEGUI (Grupo Mixto), del señor CARAZO HERNÁNDEZ (Grupo Mixto) y de la Agrupación Independiente, respectivamente.

El señor GAMBOA intenta añadir, al igual que el señor GÓMEZ DE LAS ROCES, el respeto a las propias creencias, con el mismo éxito que este. A su vez, el señor CARAZO pugna por introducir el desarrollo de la personalidad humana «desde el

Educación diferenciada y conciertos públicos

artículo 28.2, con el número 27.2, llegó a la Constitución tal y como se presentó por primera vez en el Anteproyecto.

indeclinable principio de la moral cristiana», una introducción abocada al fracaso desde su intento, habida cuenta del actual artículo 16 –que ya, en el momento de la tramitación del Anteproyecto de Constitución que estamos viendo, se pronunciaba en los mismos términos–.

En cambio, la enmienda de la Agrupación Independiente sí intenta introducir cambios significativos más allá de las creencias. Posicionándose en la amplitud de objetivos a cumplir para el pleno desarrollo de la personalidad, insta a tener en cuenta la conciencia de la dignidad personal, la capacitación profesional y amplía el catálogo de principios democráticos y de convivencia a tener en cuenta. Si bien la capacitación profesional podría tener cabida, es un requisito que en todo caso redundaría en una Constitución, entre otras cosas porque la educación debe servir para capacitar profesionalmente, uno de sus objetivos básicos y para ello los poderes públicos inspeccionan y homologan el sistema educativo –actual 27.8 CE–. El resto de requisitos son innecesarios. La dignidad humana es uno de los fundamentos del orden político y social –actual art. 10.1 CE– y el resto de requisitos son un amplio catálogo tan impropio de una Constitución como sobrantes debido a la remisión del art. 10.2 CE para la interpretación de los textos internacionales en materia de derechos fundamentales, en los cuales la búsqueda de estos objetivos son clave, y no sólo en materia educativa, sino en general.

¹³ En particular, la enmienda núm. 2, presentada por el señor CARRO MARTÍNEZ (Alianza Popular), en el trámite en el Congreso y las enmiendas núm. 268 y 843, de los señores ZARAZAGA BURILLO (Grupo Mixto) y ENCISO RECIO (Unión de Centro Democrático), respectivamente, abogaban por la supresión del apartado segundo, bien por su petición directa de eliminación –en el primer caso–, bien por obviarla en el contenido de la enmienda –en las otras dos enmiendas–.

2.1. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL PLENO DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD HUMANA

159. La primera parte del apartado orienta finalísticamente la educación al pleno desarrollo de la personalidad humana¹⁴, alejándose de esta manera de los presupuestos del sistema educativo liberal, destinado a conservar los valores del Estado Liberal sometiendo las minorías a las mayorías decisorias¹⁵, buscándose en este caso, a través de esta fórmula, la posibilidad y la obligatoriedad de garantizar el pleno desarrollo personal.

160. El desarrollo de la personalidad es un principio que no opera en un ámbito específico¹⁶, es decir, no está circunscrito a una serie de opciones y facultades, sino que se extiende, de una forma más abstracta y genérica, a los diversos derechos y facultades que ostentan los individuos, de tal forma que, en el ámbito educativo, el constituyente ha querido establecer, sin ningún género de dudas, el objetivo de crecimiento expansivo de la personalidad del individuo a través de todos los derechos y libertades que quedan establecidos en el propio artículo 27 CE, de tal suerte que estos tendrían, básicamente, un contenido instrumental respecto al apartado segundo¹⁷. Si el objetivo último de todo el sistema educativo es el pleno desarrollo de la personalidad humana,

¹⁴ Para NUEVO LÓPEZ esto significa que los poderes públicos han de garantizar una formación adecuada a todos los educandos, para potenciar el pleno desarrollo de su personalidad (NUEVO LÓPEZ, Pablo (2013): 9).

¹⁵ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (2010): 171.

¹⁶ MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis (2010): 17.

¹⁷ CÁMARA VILLAR, Gregorio (1988): 2169. En contra DÍAZ REVORIO para quien el artículo 27.2 CE penetra en el resto de apartados pero no puede entenderse superior a ninguno de ellos, debiéndose armonizar con el resto del artículo 27 CE (DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2012): 388).

Educación diferenciada y conciertos públicos

cualquier derecho y libertad que el constituyente ha puesto a disposición de los educandos, padres y, en general, todas las personas involucradas en el proceso educativo, es para que pueda cumplirse el fin último, el desenvolvimiento de la identidad propia de cada mujer y hombre.

161. Sin embargo, no existe una nítida definición de desarrollo de la personalidad humana, que debe tener como objetivo principal, en todo caso, la búsqueda de la libertad personal¹⁸. Hemos visto en el apartado anterior la orientación de algunos textos internacionales al desarrollo personal del educando, aunque ninguno de ellos lo conceptúa, limitándose a protegerlo y, en todo caso, a dar una serie de pautas para conseguir los objetivos educativos, que deben ir encaminados, de todos modos, a un desarrollo de las capacidades físicas, intelectuales, psicológicas y sociales del educando¹⁹.

162. Con el desarrollo de todas estas capacidades se estará aumentando la capacidad crítica y de conocimiento del individuo de la realidad social, indispensable, a su vez, para su propio desarrollo²⁰, con lo que significa que la potenciación de las aptitudes individuales del educando sirven para su propio desenvolvimiento personal, generando este, al mismo tiempo, las habilidades necesarias para seguir fomentando el desarrollo de las capacidades a impulsar. Una retroalimentación de los propios fines educativos a través de los medios en los que se han de desarrollar. No es sino de esta manera mediante la cual es posible sentar las bases que impone como fin educativo el apartado segundo del artículo 27 CE y con ello alcanzar las expectativas sociales, económicas e intelectuales que, a su propia vez, posibiliten a los individuos ya educados –al menos en los niveles básicos– y conecte, como vimos anteriormente, el pleno desarrollo del artículo 27.2 CE con el libre

¹⁸ WILLEMS, Jan CM (2010): 17.

¹⁹ MEHEDI, Mustapha (1999): párr. 21.

²⁰ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (2010): 171-172.

desarrollo como fundamento del orden político y de la paz social del artículo 10.1 CE²¹.

163. Es así como, a nuestro modo de comprender, lo entiende el Alto Tribunal:

«La educación a la que todos tienen derecho [artículos 27.1 y 27.4 CE] y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia [artículo 27.5 CE] no se contrae, por tanto, a un proceso de mera transmisión de conocimientos, sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad [artículo 27.2 CE] y de las capacidades de los alumnos y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros»²².

164. Es el pleno desarrollo de la personalidad lo que ha de buscar el proceso educativo, potenciando las capacidades, habilidades y aptitudes de los educandos para la vida plena en sociedad. Pero no una misma «vida plena», una educación que imparta el modo de actuar en un determinado marco de actuación, siempre el mismo, sino una educación plural, basada en pluralismo democrático y la tolerancia, como veremos en los siguientes apartados.

²¹ SALAZAR BENÍTEZ, Octavio (2012a): 707.

²² STC 133/2010, FJ 7. Los artículos de la Constitución destacados son añadidos propios. Si bien la Sentencia entra en el fondo del asunto de la constitucionalidad de la práctica del *homeschooling*, y utiliza, en el mencionado fundamento, el articulado legal de la Ley Orgánica 2/2006, de Educación, los argumentos son plenamente basados en la Constitución, por ello la referencia propia a los preceptos en cuestión.

2.2. EL IDEARIO EDUCATIVO CONSTITUCIONAL

165. El llamado «ideario educativo constitucional» o «de la Constitución» no es otra cosa que la denominación otorgada a los objetivos educativos desde que se le diese tal denominación en la primera sentencia del Tribunal Constitucional relativa a la materia educativa. La misma se pronuncia en los siguientes términos:

«El artículo 27.2 de la Constitución contiene la definición del objetivo que debe perseguir la educación, cualquiera que sea la naturaleza, pública o privada, de cada centro docente, precepto que constituye lo que podría denominarse sin metáfora el “ideario educativo de la Constitución”»²³.

166. A partir de este pronunciamiento, la doctrina ha asumido casi plenamente la denominación de ideario educativo constitucional, el cual refleja a la perfección los objetivos educativos que marca el apartado segundo del artículo 27 CE. Se podría hablar de una proyección del espíritu de la Constitución en este apartado²⁴, impulsado en materia educativa, por el cual los educandos se estarían formando en un ambiente de aprendizaje constitucional y democrático desde una edad temprana, formando ciudadanos aptos y preparados para el desarrollo de una vida social democrática, con pleno conocimiento de sus derechos y libertades así como en el respeto de las de los demás.

167. Es por todo ello que, doctrinalmente, se habla de que la Constitución ha adoptado, en materia educativa, una suerte de «*democracia militante*»²⁵ no proyectada en más aspectos del texto

²³ STC 5/1981, F 10 del Voto Particular del Magistrado Tomás y Valiente.

²⁴ SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo (1983): 627-628; GARCÍA-PARDO, David (1998): 33.

²⁵ Es reconocido de forma prácticamente unánime en la doctrina que la primera aportación de la llamada «*democracia militante*» de la cuestión educativa es

constitucional, mostrando la importancia de la educación para una defensa de la Constitución desde los primeros momentos de la formación de la conciencia y de la personalidad de las mujeres y los hombres, ya que es a través de la educación por la que es posible perpetuar el sistema de valores democráticos declarados constitucionalmente²⁶.

168. La consideración del artículo 27.2 CE como ciertamente un ideario educativo constitucional no es una cuestión baladí. Las implicaciones que conlleva tal observación se extienden a todo el proceso educativo. Como hemos mencionado, el apartado segundo del artículo 27 CE es una proyección del texto constitucional, que requiere que la formación de los educandos sea llevada a cabo a través de la fundamentación de los valores democráticos que conlleva nuestra Carta Magna. Ello supone partir de la misma para cualquier proceso educativo.

169. Con el artículo 27.2 CE a la cabeza, cualquier desarrollo legislativo en materia educativa debe estar regido por el principio del pleno desarrollo de la personalidad en el respeto a los principios democráticos de convivencia. La formación de los educandos debe estar encaminada, ciertamente, hacia ese objeto, ese fin educativo. Toda enseñanza debe estar basada en el artículo 27.2 CE, en los principios constitucionales en el marco de una educación democrática, inspirada positivamente por fundamentos jurídico-constitucionales y no de una forma meramente negativa²⁷.

formulada de DE OTTO Y PARDO (DE OTTO Y PARDO, Ignacio (1985): 20-24), si bien el término de «*democracia militante*» lo extraigo casi literalmente del trabajo de CÁMARA VILLAR (CÁMARA VILLAR, Gregorio (2009): 326), haciendo TORRES DEL MORAL, en este aspecto, otra contribución muy instructiva en la que indagar en la idea democrática en la Constitución, haciendo hincapié en el art. 27.2 (TORRES DEL MORAL, Antonio (2006): 221).

²⁶ REDONDO, Ana María (2003): 74-76.

²⁷ ALÁEZ CORRAL, Benito (2006): 101-102.

Educación diferenciada y conciertos públicos

170. La pretendida búsqueda de la neutralidad de los centros docentes, particularmente de los públicos, como ya pusieron de manifiesto las SSTC 5/1981 (FJ 9) y 77/1985 (FJ 29) debe relativizarse, ya que al estar necesariamente inspirado en un ideario educativo, tendiendo toda la educación a formar en los principios democráticos de convivencia, esta es una instrucción deliberadamente orientada a los fines constitucionalmente marcados²⁸, siempre dentro del necesario pluralismo que ha de regir la educación.

171. Por tanto, se hace imprescindible conjugar el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, ambos «*inextricablemente unidos*»²⁹, como instrumentos básicos para el pleno desarrollo de la personalidad del educando. Al proteger el artículo 27 CE, en su apartado tercero, así como la conexión con su apartado sexto, la libre creación de centros docentes y la elección de tipo de centro y de educación para sus hijos, el legislador ha de desarrollar el sistema educativo teniendo en cuenta la atención que ha brindado el constituyente al pluralismo en materia educativa.

172. En el libre ejercicio de las potestades que la Constitución les otorga, los padres podrán elegir entre las distintas finalidades que pretenden para sus hijos con la educación³⁰, prestando especial atención a que todas entren dentro del marco del ideario educativo constitucional. No se entendería este como un ideario democrático si, dentro del mismo, fuese imposible escoger libremente entre distintas opciones y finalidades, menguando las opciones de los padres a la hora de ejercitar sus derechos y libertades, pudiendo elegir más allá de lo que los poderes públicos estimen ajustado conforme a la Constitución, y evitando así que pueda

²⁸ ALÁEZ CORRAL, Benito (2008a): 25-26.

²⁹ COTINO HUESO, Lorenzo (2000a): 142.

³⁰ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (2012b): 224.

darse cierto dogmatismo a la educación, con un pensamiento único considerado como adecuado en cada momento³¹.

173. La Constitución pretende educar para la democracia desde el pluralismo y para el pluralismo³², en lo que debe ser un clima de respeto a las diferencias y reflejo de la diversidad de personas, aspiraciones y proyectos³³ y en un contexto en el que se permita al educando su propia autodeterminación futura³⁴, dotándole de la visión general que, en primer lugar, sus padres han elegido para su educación y, posteriormente, con la educación democrática y constitucional prescrita por el artículo 27.2 CE, funcionando el mismo como un límite tanto al pluralismo como al neutralismo³⁵, es decir, ni puede rebasar los límites constitucionales ni puede quedarse la educación en la más absoluta neutralidad, sino que debe caracterizarse por la orientación marcada constitucionalmente.

174. Tal requisito constitucional hace imprescindible que, en el caso de que el titular de un centro privado o de iniciativa social opte por dotar de un carácter propio al centro docente, lo haga teniendo en cuenta la necesaria inspiración de la educación por el ideario educativo constitucional y la posibilidad constitucional de los padres de elegir el centro docente que estimen adecuado para la educación de sus hijos.

³¹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2005): 1171.

³² ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (2010): 187.

³³ MEHEDI, Mustapha (1999): párr. 46. Aunque no se refiere particularmente a la educación en materia constitucional española, consideramos plenamente vigente en el ordenamiento español, debido a que, como hemos hecho mención anteriormente, el art. 27.2 CE se inspira claramente en diversos instrumentos internacionales de protección de derechos, de los que trae causa el documento sobre el estudio del contenido del derecho a la educación firmado por el señor MEHEDI.

³⁴ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (2010): 170.

³⁵ GARRIDO FALLA, Fernando (1985): 550.

Educación diferenciada y conciertos públicos

175. Los idearios de los centros docentes privados, así como todo el proceso educativo que tenga lugar dentro del propio centro –como las actividades extraescolares, los libros de texto o las explicaciones de los profesores³⁶, teniendo en cuenta su libertad de cátedra–, deben estar inspirados en los principios democráticos del artículo 27.2 CE, y dentro de este debemos distinguir entre los fines del ideario educativo constitucional, los del propio apartado segundo, y los fines y valores que el pluralismo permite³⁷, esto es, todo aquello que entra dentro de los objetivos constitucionales y que otorga un marco de maniobra y apreciación personal por todos los actores del proceso educativo.

176. Dentro de los fines y valores que la Constitución permite, es posible establecer distintos tipos de ideario, ya sean morales, religiosos, filosóficos o pedagógicos³⁸. Por ello cualquier carácter propio del que esté dotado un centro docente que tenga un carácter contrario al artículo 27.2 CE³⁹, no pudiendo el educando desarrollarse plena y libremente, será nulo⁴⁰

177. En todo caso, ya sea un centro docente público caracterizado por la «neutralidad» en el sentido antes visto, o un centro docente de

³⁶ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (1983): 130; CÁMARA VILLAR, Gregorio (2009): 326.

³⁷ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (2012b): 242.

³⁸ *Cfr.* art. 14.3 CEDH, que no faculta expresamente a la dotación de un ideario propio de los centros docentes pero que, de forma implícita, es clara su intención al proteger la libre creación de centros docentes y garantizar la elección de los padres en la educación y enseñanza de sus hijos conforme a las convicciones ya descritas.

³⁹ Tal y como se pronuncia el Magistrado Tomás y Valiente en el Fundamento 10 del Voto Particular formulado a la STC 5/1981, «es evidente que el Estado no podría permitir, en aras de un pluralismo educativo mal entendido, la existencia de centros docentes privados inspirados por idearios educativos totalitarios o antidemocráticos. El citado artículo 27.2 es garantía de que esto no podrá ocurrir en nuestro ordenamiento».

⁴⁰ CÁMARA VILLAR, Gregorio (1988): 2189.

iniciativa social y que haya optado por dotarse de un carácter propio, el proyecto educativo que lleve a cabo, fruto del artículo 27 CE, será tendente a la consecución del pleno desarrollo de la personalidad humana del educando. Y para cumplir con la parte prescriptiva del apartado segundo del artículo objeto de estudio, deberá ser «*participativo, democrático, abierto, plural, tolerante, respetuoso con la diversidad y la diferencia de opciones*»⁴¹, otorgando al discente la capacidad de autodeterminación, promoviendo la creación de ciudadanos activos, críticos y participativos⁴² con el amplio abanico de posibilidades que se le otorgan a través de la elección de centros por parte de sus padres y la educación en valores democráticos.

2.3. DESARROLLO LEGISLATIVO DEL PLENO DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

178. La búsqueda del pleno desarrollo de la personalidad como fin último de cualquier proceso educativo ha sido una constante en nuestra regulación legislativa en el periodo democrático. Cada una de las regulaciones que han afectado a nuestro sistema educativo en algo más de 30 años, que no son pocas –seis, a nivel general, sin contar las reguladoras de la enseñanza superior e incluyendo la más reciente modificación, la Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa– han hecho mención expresa de la búsqueda del pleno desarrollo de la personalidad del alumno como fin del derecho a la educación.

179. El legislador, en las distintas etapas de los sucesivos gobiernos democráticos, siempre ha sido consciente de la importancia de

⁴¹ LETURIA NAVAROA, Ana (2006): 70.

⁴² SALGUERO, Manuel (1998): 102-103.

Educación diferenciada y conciertos públicos

la educación para una formación plena que permita a los educandos construir su identidad personal⁴³, constituyendo un elemento imprescindible para la realización personal y el propio progreso económico y social⁴⁴, teniendo siempre presente la realidad, en constante cambio, y necesitando de los medios que la educación pueda poner a su disposición para crear las condiciones socio-educativas necesarias en aras de la búsqueda del pleno desarrollo de la personalidad⁴⁵.

180. Por ello, en los diversos textos infraconstitucionales, desarrolladores del artículo 27 CE, el desenvolvimiento de la personalidad de los alumnos ha sido objeto de guarda legal desde dos puntos de vista, complementarios pero distintos:

a) El pleno desarrollo de la personalidad como fin de la educación. Ya la LOECE instituía como fin a buscar en la educación «el pleno desarrollo de la personalidad mediante una formación humana integral»⁴⁶, en un precedente del que tomaron testigo la LODE⁴⁷, la LOGSE⁴⁸, la LOCE⁴⁹ y la LOE⁵⁰. Así, el

⁴³ Preámbulo de la LOGSE.

⁴⁴ Exposición de Motivos de la LOCE.

⁴⁵ Exposición de Motivos del Proyecto de LOMCE.

⁴⁶ Artículo 2.1 LOECE.

⁴⁷ Artículo 2.a) LODE –intitulado «fines de la educación»–: «la actividad educativa [...] tendrá [...] los siguientes fines: a) El pleno desarrollo de la personalidad del alumno».

⁴⁸ Artículo 1.a LOGSE: «1. El sistema educativo español [...] se orientará a la consecución de los siguientes fines previstos en dicha Ley: a) El pleno desarrollo de la personalidad del alumno».

⁴⁹ Artículo 1.a LOCE: «Son principios de calidad del sistema educativo: a) La equidad, que garantiza una igualdad de oportunidades de calidad, para el pleno desarrollo de la personalidad a través de la educación, en el respeto a los principios democráticos y a los derechos y libertades fundamentales».

⁵⁰ Artículo 1.1 LOE: «El sistema educativo español se orientará a la consecución de los siguientes fines: a) El pleno desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos».

desarrollo identitario de los educandos regirá e inspirará todo el sistema educativo. No en vano, aparece en los primeros artículos y en los Preámbulos y Exposiciones de Motivos de las distintas leyes, dando buena cuenta del objetivo último de la educación.

b) El pleno desarrollo de la personalidad como derecho de los alumnos. Además de elevarlo la Constitución a fin último del proceso educativo, distintas legislaciones han atribuido al desarrollo de los educandos el carácter de «derecho de los alumnos», empezando desde la LOECE la cual menciona el derecho de los alumnos a una educación tendente a su plenitud «física, mental, moral, espiritual y socialmente en condiciones de libertad y dignidad» así como al respeto de su dignidad, inherente, como vimos anteriormente, al concepto de desarrollo de la personalidad⁵¹. La LODE, de un modo más abstracto, reconoce el derecho de los alumnos «a recibir una formación que asegure el pleno desarrollo de su personalidad»⁵², tal y como hace la LOCE, calificando tal derecho como «básico»⁵³.

181. A nuestro entender, la distinción entre «objetivo» y «derecho de los alumnos» no tiene más fundamento que el de recalcar, a través de la legislación, el relevante papel que toma el alumnado como centro de todo el proceso pedagógico, orientado a su pleno desarrollo, ya que este, como objetivo final y garantizado, en última instancia, por el artículo 27.2 CE no tiene que ser reiterado como derecho, de forma separada al objetivo educativo.

⁵¹ Artículo 36, apartados b) y f) respectivamente de la LOECE.

⁵² Artículo 6 LODE.

⁵³ Artículo 2.2 LOCE: «Se reconocen al alumno los siguientes derechos básicos:

- a) A recibir una formación integral que contribuya al pleno desarrollo de su personalidad. [...]
- c) A que se respeten su integridad y dignidad personales».

3. «...EN EL RESPETO A LOS PRINCIPIOS DEMOCRÁTICOS DE CONVIVENCIA Y A LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES»

182. Esta segunda parte del artículo 27.2 CE va en consonancia plena con la Declaración Universal de los Derechos Humanos la cual, en su Preámbulo, al proclamar la Asamblea General la propia Declaración, insta a los pueblos y naciones miembros a inspirarse en ella y promuevan «mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades». Nuestra Constitución, tomando como base esta DUDH considerándola como un texto de mínimos susceptible de mejoría⁵⁴, adapta el artículo 26.2 DUDH –«la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales»– a nuestro texto, en términos muy similares.

183. No obstante, si de algo se le puede inculpar al apartado segundo del artículo 27 CE *in fine* es de la abstracción hecha en cuanto a la educación en derechos y libertades fundamentales y el respeto a los principios democráticos de convivencia. Está claro, a nuestro entender, que la educación ha de estar presidida en estos términos, asegurando los extremos que el apartado dos *in fine* hace mención. En todo caso deja al arbitrio del legislador la forma de la educación en derechos y libertades fundamentales, ya sea tratada transversalmente o bien a través de asignaturas concretas en el currículo educativo⁵⁵ a través de las cuales se puedan adquirir las competencias necesarias que el legislador de turno considere como válidas para los planes de estudio. Sin embargo, tampoco es posible exigirle más a un texto constitucional, pues sería entrar demasiado en detalles normativos con posibilidad de remitirlos al

⁵⁴ MARTÍNEZ SAMPERE, Eva (1997): 56.

⁵⁵ ALÁEZ CORRAL, Benito (2011): 105.

legislador el cual, de cualquier modo, debería mantener una línea de continuidad, independientemente de la opción política, algo que la historia democrática española nos devuelve a la realidad con tan sólo considerar las diferentes legislaciones educativas correspondientes a los distintos periodos de gobernanza de partidos de opuesto tinte político⁵⁶.

184. El derecho a la educación es un derecho humano, reconocido y protegido en los diversos textos internacionales de protección de los derechos humanos. Es sumamente importante este derecho en cuanto es indispensable para la realización de otros derechos humanos⁵⁷ al posibilitar al educando, además de adquirir las competencias esenciales educativas, culturales y profesionales que le capaciten a nivel básico – sobre todo en la enseñanza obligatoria–, el conocimiento de los derechos y libertades fundamentales de los que es titular por el hecho de ser persona y por la dignidad inherente que posee (artículo 10.1 CE).

185. Pero no es sino mediante la educación que los educandos toman conciencia de las facultades que ostentan, así como las posibilidades de desarrollo personal, objetivo básico educativo, que el ordenamiento jurídico democrático protege, pudiendo actuar así en el desarrollo económico y social, no sólo personal, sino de la comunidad en la que está, que una sociedad democrática exige, siendo por tanto el derecho a la educación una condición *sine qua non* para el disfrute, el progreso y el establecimiento de una democracia plena⁵⁸, formando a los educandos en los valores y contenidos democráticos que la Constitución aguarda, haciendo efectivos en el presente y asegurándose en el futuro el orden político y la paz social⁵⁹ a los que se refiere en el artículo 10.1 CE al

⁵⁶ COTINO HUESO se refiere al cambio de legislación y, sobre todo, a la «tradicional» falta de consenso en el ámbito educativo como algo «destructivo», que provoca el deterioro de la enseñanza en nuestro país (COTINO HUESO, Lorenzo (2013): 6).

⁵⁷ CÁMARA VILLAR, Gregorio (2012a): 326.

⁵⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2011): 195-196.

⁵⁹ SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio (1995): 6493.

Educación diferenciada y conciertos públicos

otorgar la posibilidad de desarrollar de forma adecuada y democrática su personalidad, cumpliendo con los objetivos educativos establecidos.

186. Así, el objeto del derecho a la educación sería «*la recepción de una formación cívica basada en los valores democrático-constitucionales*» a través de «*un proceso libre de transmisión de conocimientos*»⁶⁰ en aras a garantizar su pleno desarrollo personal y su conocimiento de los derechos fundamentales del Estado Constitucional, con el fin de asegurar, con ello, el progresivo ejercicio por parte de los educandos de sus propios derechos⁶¹ toda vez que, ordinariamente, y hasta el proceso de culminación de la madurez del menor tomada en consideración, a rasgos generales, en la mayoría de edad legal y en su plena capacidad de obrar, el menor habrá hecho valer sus derechos fundamentales a través de sus padres o representantes legales.

187. Es, a nuestro entender, la Convención sobre los Derechos del Niño –tomando como base los artículos 26.2 DUDH y 13.1 PIDESC– la que más se acerca al pleno desarrollo del educando y su educación en derechos humanos cuando, en su artículo 29.1.b), destaca la necesidad de «*inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas*» y posteriormente, en su párrafo d), encamina la educación del menor a su preparación «*para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena*».

188. Es así, desde pequeños, cuando la educación forma, protege y alimenta la personalidad de los jóvenes⁶², cuando más hincapié es necesario hacer en la educación en derechos fundamentales y en los

⁶⁰ ALÁEZ CORRAL, Benito (2009a): 35-36.

⁶¹ ALÁEZ CORRAL, Benito (2009c): 1001.

⁶² GONZALEZ, Gérard (2010): 1004.

principios democráticos de convivencia, ya que la Constitución no sólo ha querido educar en libertad, a través de las libertades de la enseñanza y la protección del educando en el desarrollo de su personalidad, sino que el interés del constituyente fue, a su vez, educar para la libertad⁶³, para un futuro en el que rijan plenamente los valores superiores del ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político – artículo 1.1 CE– y es a través de la educación como se inculcan estos valores.

3.1. A PROPÓSITO DE UNA EDUCACIÓN EN VALORES DEMOCRÁTICOS Y LA ASIGNATURA “EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA”

189. En consonancia con lo que acabamos de ver, entra dentro de la lógica educativa constitucional la introducción de la educación en derechos humanos. Ya en 2002 el Comité de Ministros del Consejo de Europa⁶⁴ alertaba a los Estados Miembros de la necesidad de adoptar una estrategia en torno a la formación en valores democráticos y cívico-constitucionales dada «la creciente apatía política y civil y la falta de confianza en las instituciones democráticas, y por el aumento de casos de corrupción, racismo, xenofobia, nacionalismo violento, intolerancia ante las minorías, discriminación y exclusión social».

⁶³ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso y SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel (1996): 179.

⁶⁴ Recomendación [Rec (2002)12] del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la educación para la ciudadanía democrática adoptada por el Comité de Ministros el 16 de octubre de 2002, en la 812ª reunión de los Delegados de los Ministros.

Educación diferenciada y conciertos públicos

190. Sin embargo, la propia Recomendación no insta a los Estados a seguir unas pautas concretas en cuanto a la forma en la que instruir en estos valores, ya sea de manera directa –con una materia específica dedicada a tal fin–, de manera indirecta –a través de materias ya existentes en el currículo– o transversal –mediante las conductas generales de los centros escolares, así como la inspiración democrática de todo tipo de enseñanza–, sino que se limita a la enumeración de objetivos y pautas generales a las que se deben orientar las políticas educativas de los países para la consecución de la formación democrática.

191. En España, en virtud del artículo 27.2 CE es necesario fomentar la educación en el respeto de los derechos humanos y ampliar la conciencia de los educandos sobre sus derechos y libertades, por lo que la introducción de una materia de semejantes características, básicas para el desarrollo personal y el progreso comunitario, debería considerarse como un fin de interés público⁶⁵.

192. Con todo esto, el Legislador español, comprendiendo la conveniencia y necesidad de una materia específica y no meramente transversal que tenga como finalidad la adquisición de estas competencias y habilidades por parte del educando⁶⁶, introdujo en la Ley Orgánica 2/2006, de Educación, las asignaturas de «Educación para la ciudadanía y los derechos humanos»⁶⁷, «Educación para la ciudadanía»⁶⁸ y «Educación ético-cívica»⁶⁹.

⁶⁵ NUEVO LÓPEZ, Pablo (2006): 64.

⁶⁶ ELÓSEGUI ITXASO, María (2008): 440.

⁶⁷ Art. 18.3 LOE, refiriéndose el tercer ciclo a los cursos 5º y 6º de Educación Primaria –art. 18.1 LOE–.

⁶⁸ Artículo 24 LOE, para uno de los cursos entre 1º y 3º de Educación Secundaria Obligatoria.

⁶⁹ Artículo 25 LOE, para el cuarto curso de Educación Secundaria Obligatoria.

193. Es imprescindible comprender que el Estado, en su deber de garante social y de procurar el pleno desarrollo de la personalidad del educando en el respeto a los derechos y libertades fundamentales, está plenamente facultado para impartir nociones sobre democracia, Constitución, Administraciones Públicas, derechos y libertades⁷⁰, incluso para no quedarse en la mera transmisión y difusión de esos conocimientos, sino para fomentar actitudes entre el alumnado que los favorezcan⁷¹.

194. Así, a través de los Reales Decretos 1513/2006, de 7 de diciembre y 1631/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Primaria y Secundaria, respectivamente, el legislador establece el currículo de la asignatura «Educación para la ciudadanía».

195. Con esta regulación, avanza en las anteriores regulaciones en torno a los valores cívico-democráticos y su transmisión a través de la educación formal, ya que en la anterior regulación legal, el Real Decreto 831/2003⁷² exponía los principios, fines y objetivos de la asignatura denominada «Ética», la cual fomentaba valores democráticos y en Derechos Humanos pero desde un punto de vista filosófico-moral, y no mostrando, a nuestro entender, la realidad jurídica de un modo tan objetivo como una enseñanza de los propios derechos fundamentales y libertades públicas.

⁷⁰ ELÓSEGUI ITXASO, María (2012): 120-121.

⁷¹ STS de 11 de febrero de 2009, FJ 6. En similar sentido: STEDH, Caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, de 7 de diciembre de 1976, §53, en alusión al artículo 2 del Protocolo Adicional 1 al CEDH.

⁷² Real Decreto 831/2003, de 27 de junio, en el que se establece la ordenación general y las enseñanzas comunes de la Educación Secundaria Obligatoria, que desarrolla la Ley Orgánica 10/2002, de Calidad de la Educación.

Educación diferenciada y conciertos públicos

196. La asignatura de «Educación para la ciudadanía», tal y como se puede comprobar a través de los Anexos II de ambos Reales Decretos de 2006, donde se explican las propias materias de todo los ciclos educativos, está encaminada a exigir al sistema educativo la enseñanza a los educandos de las reglas básicas democráticas de convivencia y los derechos fundamentales⁷³ y en el que encontramos, básicamente, tres pilares fundamentales⁷⁴: la ciudadanía democrática, la resolución pacífica de conflictos y la igualdad de género⁷⁵, estando en consonancia con las necesidades que exige el contexto europeo en materia de educación cívico-democrática⁷⁶.

197. El Real Decreto 1190/2012, de 3 de agosto⁷⁷ modifica el contenido de las asignaturas de «Educación para la ciudadanía» en sus distintos ciclos, a expensas, en todo caso y en ese momento, de la

⁷³ ALÁEZ CORRAL, Benito (2009b): 19-20.

⁷⁴ EMBID IRUJO, Antonio (2008): 20.

⁷⁵ Autores como SALAZAR BENÍTEZ defienden que, dentro de estas bases de formación ciudadana, ha de introducirse la educación afectivo-sexual, al ser «*la orientación sexual es un elemento esencial de la personalidad, y por tanto ha de ser protegida como un derecho fundamental*», por lo que el sistema educativo tendría que prestarle la atención debida (SALAZAR BENÍTEZ, Octavio (2012b): 71-73).

⁷⁶ Los estudios de EURYDICE cifraban, en un primer momento, en tres pilares básicos la «Educación para la ciudadanía»: «(a) la cultura política, (b) el pensamiento crítico y el desarrollo de ciertas actitudes y valores, y (c) la participación activa» (EURYDICE (2005): 10), si bien un ulterior informe ha ampliado a cuatro estos aspectos principales, desglosando, por su importancia, el punto “b” en dos apartados diferenciados: «(a) la cultura política, (b) el pensamiento crítico y la capacidad de análisis, (c) las actitudes y los valores y (d) la participación activa» (EURYDICE (2012): 16).

⁷⁷ Real Decreto 1190/2012, de 3 de agosto por el que se modifican el Real Decreto 1513/2006, de 7-12-2006, por el que se establecen las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria, y el Real Decreto 1631/2006, de 29 -12-2006, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria.

aprobación del Proyecto de la LOMCE –ya aprobada a través de la Ley Orgánica 8/2013– en el que se suprime esta asignatura con vistas a la introducción de «Valores Sociales y Cívicos» y «Valores Éticos»⁷⁸, en educación primaria y secundaria respectivamente, con mayor carga lectiva al contemplar el estudio de esta asignatura en cada uno de los cursos.

198. No obstante, el Legislador, a nuestro entender, comete un craso error a la hora de hacer escoger entre la asignatura de «Religión» con la materia objeto de estudio, ya que puede coartar, de esta manera, el pleno desarrollo de la personalidad del alumno al tener que escoger entre sus convicciones ideológico-religiosas y su instrucción en valores sociales y cívicos si, en virtud del desarrollo a través de los Reales Decretos de currículos básicos⁷⁹, esta materia intenta ser una asignatura pareja a «Educación para la ciudadanía», pudiendo conllevar la inconstitucionalidad del precepto a tenor de la necesidad de elección entre la libertad del artículo 27.3 CE y el derecho-deber del artículo 27.2 CE.

199. En todo caso, entendemos básica la introducción de una asignatura de educación cívico-democrática en el sistema educativo español, a causa de las cada vez más completas y complejas relaciones sociales e internacionales y la necesidad de comprender y hacer valer los derechos y libertades fundamentales en el marco de un Estado social y democrático de Derecho.

⁷⁸ Artículos Ocho y Trece de la LOMCE que modifican los artículos 18 y 24 de la LOE.

⁷⁹ Real Decreto 126/2014, de 28 de febrero, por el que se establece el currículo básico de la Educación Primaria. Real Decreto 1105/2014, de 26 de diciembre, por el que se establece el currículo básico de la Educación Secundaria Obligatoria y del Bachillerato.

CAPÍTULO IV

EL PAPEL DE LOS PODERES PÚBLICOS EN LA EDUCACIÓN

1. REPARTO COMPETENCIAL DE LA MATERIA EDUCATIVA

200. El reparto competencial en materia educativa, al igual que en muchas otras, ha experimentado una gran evolución descentralizadora desde la aprobación de la Constitución en 1978.

201. Las Comunidades Autónomas, en su afán por asumir las mayores competencias posibles, han conseguido amplias facultades a la hora de regular el derecho a la educación y las libertades educativas. No obstante, en virtud del texto constitucional, el Estado ha de conservar competencias relativas a esta materia, las cuales, unas y otras, las iremos desglosando a lo largo de las siguientes páginas.

1.1. COMPETENCIAS ESTATALES

202. Tres son los preceptos constitucionales sobre los que giran las competencias estatales en materia educativa, uno específico y dos generales:

a) «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia» (art. 149.1.30 CE).

b) «El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales» (art. 149.1.1 CE).

c) «Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución» (art. 81.1 CE).

203. El principal reto, a la hora de la delimitación de competencias en materia educativa, es la definición de las «normas

Educación diferenciada y conciertos públicos

básicas del artículo 27 de la Constitución» establecido en el art. 149.1.30 CE como competencia exclusiva del Estado¹.

204. El Tribunal Constitucional ha establecido, como competencias exclusivas del Estado de carácter normativo aquellas que comprenden, además de la Alta Inspección del sistema educativo,

«... [la] ordenación general del sistema educativo; fijación de las enseñanzas mínimas; regulación de las demás condiciones para obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales, y establecimiento de normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la CE que garanticen el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos y la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el desarrollo de los deberes constitucionales»².

205. Estas competencias derivan, principalmente, del artículo 149.1.30 CE, aunque el último inciso, como podemos comprobar, relaciona directamente el contenido del artículo 27 CE con el artículo 149.1.1 CE³. Además, podría afirmarse igualmente que, además de

¹ «Corresponde al Estado (...) la función de definir los principios normativos y generales y uniformes de ordenación de las materias enunciadas en tal art. 27 de la CE» (STC 77/1985, FJ 15).

² STC 6/1982, FJ 4. Consecuencia, a su vez, de la Disposición Adicional de la LOECE, la cual atribuía al Estado, en todo caso: «a) La ordenación general del sistema educativo. b) La fijación de las enseñanzas mínimas y la regulación de las demás condiciones para la obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales válidos en todo el territorio español. c) La alta inspección y demás facultades que conforme al artículo 149, 1, 30, de la Constitución le corresponden para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos».

³ Y más en una materia como los derechos fundamentales. Nuevamente, el Tribunal Constitucional ha proclamado que «los derechos fundamentales, por cuanto fundan un «status» jurídico-constitucional unitario para todos los españoles y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado central y en las Comunidades Autónomas, son elemento unificador», en cuanto que corresponde al

comprender las competencias exclusivas del Estado, lo que se realiza con la definición de las normas básicas de competencia estatal es una delimitación de las competencias autonómicas⁴, pese a que no es total, ya que, como hemos comentado anteriormente, y en palabras del propio Alto Tribunal, las competencias tienen un contenido sustancialmente normativo, es decir, no impiden que la ejecución de las mismas pueda ser atribuida a las Comunidades Autónomas⁵.

206. Además, el propio sistema constitucional impone límites a las atribuciones estatales, ya que entre las competencias de desarrollo del artículo 27 CE no sólo se encuentran deberes y potestades positivas, sino un conjunto de exigencias de abstención por parte de los poderes públicos⁶, al tratar de libertades de la enseñanza con especial protección, debiendo los mismos respetar e incluso fomentar su ejercicio. Por ello, existirá un ámbito de actuación particular que los poderes públicos han de respetar, como ya hemos visto en capítulos anteriores, y que, además, ese respeto, al ser contenido básico del artículo 27 CE, es competencia estatal, por lo que es una limitación, igualmente, a las competencias autonómicas.

207. Es necesario reseñar uno de los preceptos constitucionales al que nos hemos referido al principio del apartado, el artículo 81.1 CE. En el mismo, se establece que el desarrollo de los derechos fundamentales ha de ser regulado mediante ley orgánica. Aunque el mencionado artículo no atribuye ningún título competencial habilitante a favor del Estado⁷, es evidente que cierta materia, la correspondiente al desarrollo de los

Estado garantizar un *mínimum* en las condiciones básicas de en el ejercicio de estos derechos (STC 25/1981, FJ 5), no pudiendo pretender una igualdad formal absoluta (STC 111/2012, FJ. 6).

⁴ RUIZ-HUERTA CARBONELL, Alejandro (1995): 66-67.

⁵ STC 6/1982, FJ 4.

⁶ ARAGÓN REYES, Manuel (2013): 194-195.

⁷ STC 173/1998, FJ 7.

Educación diferenciada y conciertos públicos

derechos fundamentales, será de competencia estatal, llamémosla indirecta, al ser el Congreso de los Diputados el único facultado para aprobar, modificar o derogar leyes orgánicas, en una votación final sobre el conjunto del proyecto, *ex art. 81.2 CE*.

208. El problema estribará, nuevamente, en la delimitación del concepto «desarrollo de los derechos fundamentales». Nuestro Tribunal Constitucional lo ha resuelto de la siguiente manera:

«Cualquier disciplina legal que «afecte» a los derechos fundamentales no viene constitucionalmente obligada a ser aprobada por Ley Orgánica, sino que una «regulación» de tales derechos se adentra inevitablemente en la reserva del art. 81.1 de la Constitución - en vez de en la reserva de Ley ordinaria del art. 53.1- cuando «desarrolle» la Constitución de manera directa y en elementos esenciales para la definición del derecho fundamental»⁸.

209. De tal manera que para regular una materia como la educativa es preciso tener en cuenta, desde la posición del Legislador:

a) El art. 149.1.30 CE, en cuanto la competencia estatal es la referente al contenido básico del art. 27 CE.

b) El art. 81.1 CE, en cuanto el carácter de ley orgánica lo tendrá aquella regulación legislativa que desarrolle de manera directa y en elementos esenciales el derecho fundamental.

210. Con lo cual, nos encontramos con una especie de círculo concéntrico en materia educativa, en el cual, en el círculo exterior, encontraríamos las competencias básicas estatales respecto al artículo 27 CE, y en el interior estaría el desarrollo del derecho fundamental que ha de ser regulado a través de Ley Orgánica, resultando de ello que toda la materia desarrollada por Ley Orgánica es, a su vez, desarrollo del artículo

⁸ STC 127/1994, FJ 3.

27 CE y, por tanto, competencia del Estado a través del art. 149.1.30 CE⁹; si bien, no toda la legislación básica del art. 27 CE formará parte del desarrollo del contenido del derecho fundamental a la educación y la libertad de enseñanza, con lo que bastará con su regulación, por parte del Legislador estatal, a través de Ley Ordinaria. Lo que no podremos encontrar es materia reservada a Ley Orgánica que no constituya parte del carácter básico competencial del Estado¹⁰.

1.2. COMPETENCIAS AUTONÓMICAS

211. Ya hemos comprobado las competencias estatales en materia educativa y, por ende, aquellas que los Estatutos de Autonomía de las distintas Comunidades Autónomas no pueden asumir para sí mismas. Ahora queda esclarecer cuáles son las competencias que sí pueden asumir las Comunidades Autónomas a través de sus Estatutos, cuáles lo hacen y con qué intensidad. Para ello, analizaremos la evolución de las competencias autonómicas en materia educativa, a través de los Estatutos de Autonomía, sus modificaciones y la descentralización de competencias por parte del poder central a las Comunidades Autónomas.

⁹ No pudiendo ser de otro modo, al haber dejado claro, anteriormente, que el Congreso es el único facultado para la aprobación de Leyes Orgánicas *ex art. 81.2 CE*.

¹⁰ *Vid.*, para ello, las Disposiciones Final Quinta –Título Competencial– y Final Séptima –Carácter de Ley Orgánica de la presente Ley– de la LOE, en el cual se podrá observar que el articulado perteneciente al carácter orgánica pertenece, a su vez, al carácter básico de la competencia estatal, algo que no ocurre siempre en sentido contrario. No obstante, hay una excepción: el art. 22.5 LOE, el cual se excluye del carácter básico pero está regulado con carácter orgánico, algo que no ha sido modificado con la LOMCE.

Educación diferenciada y conciertos públicos

1.2.1. PRIMEROS ESTATUTOS AUTONÓMICOS

212. Al analizar los Estatutos de Autonomía, es preciso tener en cuenta las diferencias entre las disposiciones estatutarias de las distintas Comunidades Autónomas en un primer momento postconstitucional. El ritmo de adquisición de competencias es distinto, dependiendo de si estamos ante una Comunidad Autónoma que adquirió el nivel de autogobierno mediante el procedimiento común, de las que lo adquirieron de una forma más plena desde un primer momento (País Vasco, Galicia, Cataluña y Andalucía).

213. Ya el Estatuto de Autonomía del País Vasco –Ley Orgánica 3/1979–, en su artículo 16, establecía como competencia autonómica «la enseñanza en toda su extensión, (...) sin perjuicio del artículo 27 de la Constitución y leyes orgánicas que lo desarrollen, de las facultades que atribuye al Estado el artículo 149.1.30^a...», previendo la transferencia de competencias de todos los medios personales y materiales a la Comunidad Autónoma a través de su Disposición Transitoria Tercera.

214. Los Estatutos de Autonomía de Galicia –Ley Orgánica 1/1981–, en su artículo 31, y de Cataluña –Ley Orgánica 4/1979, ya derogado–, en su artículo 15, regulan, de una manera muy similar al Estatuto vasco, sus competencias en educación, añadiendo el calificativo de «plenas» a las competencias asumidas en esta materia, algo que no hacía el anteriormente reseñado. Esta categorización de las competencias como plenas hay que entenderlas tal y como en los propios Estatutos se observan, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 27, 149.1.30 y 81.1 CE.

215. Aunque no accedieron a las competencias plenas por las vías indicadas, la Comunidad Foral de Navarra y la Comunidad Valenciana también adquieren competencias plenas en materia educativa, en el

mismo sentido hasta ahora señalado, indicados en el artículo 57 del Amejoramiento del Fuero de Navarra –Ley Orgánica 13/1982– y en el artículo 35 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana –Ley Orgánica 5/1982–, el cual no podría entenderse, en materia educativa, sin la Ley Orgánica 12/1982, que amplía las competencias de esta Comunidad Autónoma respecto a la enseñanza.

216. El Estatuto de Autonomía de Andalucía –Ley Orgánica 6/1981–, en su artículo 19, pese a tener el mismo fin, altera el contenido de sus predecesores, asumiendo «la regulación y administración de la enseñanza en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades en el ámbito de sus competencias». En similar sentido se expresa el Estatuto de Autonomía de Canarias –Ley Orgánica 10/1982–, en su artículo 34.A.6, que, al igual que a la Comunidad Valenciana, a través de Ley Orgánica 11/1982 se le transfieren diversas competencias plenas, entre ellas las relativas a la enseñanza.

217. En relación con los primeros Estatutos de Autonomía del resto de Comunidades Autónomas, la gran mayoría coincide en que ejercerán competencias en materia de enseñanza, en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades cuando puedan asumirlas, realizándose por uno de los siguientes procedimientos:

«a) Transcurridos los cinco años previstos en el artículo 148.2 de la Constitución, previo acuerdo de la Junta General del Principado de Asturias adoptado por mayoría absoluta y previa Ley Orgánica aprobada por las Cortes Generales, según lo previsto en el artículo 147.3, de la Constitución.

b) Mediante leyes orgánicas de delegación o transferencia, siguiendo el procedimiento del artículo 150.2, de la Constitución, bien a iniciativa de la Junta General del Principado, del Gobierno de la nación, del Congreso de los Diputados o del Senado.

Educación diferenciada y conciertos públicos

Tanto en uno como en otro procedimiento, la Ley Orgánica señalará las competencias que pasan a ser ejercidas por la Comunidad Autónoma y los términos en que deben de llevarse a cabo»¹¹.

218. Las únicas «notas discordantes» en este proceso estatutario, en relación a las competencias educativas, son los Estatutos de Autonomía de Madrid y el de las Islas Baleares. El primero, pese a cambiar su redacción respecto al resto, no añade nada nuevo¹². El segundo, en cambio, modifica la redacción, asumiendo «competencias de desarrollo legislativo y de ejecución» en materia de enseñanza¹³, declaración inerte, sin embargo, al no haberle sido transferidas aún ningún tipo de competencias en la materia, si bien ya no les hará falta

¹¹ Artículo 13 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias –Ley Orgánica 7/1981–. Así, y siguiendo su estela, de una forma más o menos literal:

- Artículo 25 del Estatuto de Autonomía de Cantabria –Ley Orgánica 8/1981–.

- Artículo 11 del Estatuto de Autonomía de La Rioja –Ley Orgánica 3/1982–.

- Artículo 13 del Estatuto de Autonomía de Murcia –Ley Orgánica 4/1982–.

- Artículo 37 del Estatuto de Autonomía de Aragón –Ley Orgánica 8/1982–.

- Artículo 35 del Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha –Ley Orgánica 9/1982–.

- Artículo 10 del Estatuto de Autonomía de Extremadura –Ley Orgánica 1/1983–.

- Artículo 29 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León –Ley Orgánica 4/1983–.

¹²«En relación con la enseñanza, la Comunidad de Madrid asumirá las competencias y funciones que le correspondan en el marco de la legislación general o, en su caso, de las delegaciones que pudieran producirse, fomentando en ambos casos, en su ámbito, la investigación y cuantas actividades favorezcan el bienestar social y el acceso a la cultura de los habitantes de Madrid» (art. 30).

¹³ Estatuto de Autonomía de las Islas Baleares –Ley Orgánica 2/1983– en su artículo 11.

modificar su Estatuto, en virtud del artículo 148.2 CE, para la asunción de competencias transcurridos los cinco años.

1.2.2. MODIFICACIONES ESTATUTARIAS

219. Como acabamos de comprobar, España estaba inmersa en una legislación educativa «a dos ritmos»: el primero, marcado por las Comunidades Autónomas con amplias competencias en educación –País Vasco, Galicia, Cataluña, Andalucía, Navarra, Comunidad Valenciana y Canarias–; el segundo, integrado por el resto de territorios, a la espera de la transferencia de competencias en esta y otras materias.

220. Para ello, y según el artículo 148.2 CE «transcurridos cinco años, y mediante la reforma de sus Estatutos, las Comunidades Autónomas podrán ampliar sucesivamente sus competencias dentro del marco establecido en el artículo 149». Esta ampliación se llevó a cabo, en lo que aquí interesa, principalmente mediante los «Acuerdos Autonómicos de 28 de febrero de 1992», a través de los cuales se transfieren diversas competencias a las Comunidades «de vía lenta».

221. Debido a la llegada de estos Acuerdos, y amparados en el artículo 148.2 CE, las Comunidades Autónomas procedieron a las modificaciones estatutarias oportunas¹⁴, a fin de estar preparadas para la recepción de las competencias educativas.

222. Delimitadas las competencias estatales en los artículos 27 y 149.1.30 CE, a raíz de los cuales se extrajeron los límites y condiciones al ejercicio de las competencias educativas por parte de las Comunidades

¹⁴ Leyes Orgánicas números 1 a 12, de 24 de marzo de 1994.

Educación diferenciada y conciertos públicos

Autónomas¹⁵, se inicia un proceso de traspaso de competencias, tal y como se prevé en los propios Acuerdos, en el que, pormenorizadamente, se identifican en concreto «las funciones, servicios y medios a traspasar»¹⁶, a través de una serie de Reales Decretos de traspaso de competencias educativas que se inicia en 1997 y que acaba antes de la entrada del siglo en curso¹⁷.

223. Con este traspaso de competencias, detallado en los Anexos de cada uno de los Reales Decretos, las Comunidades Autónomas se aseguraban la homogeneidad de facultades de actuación en materia educativa, pudiendo desarrollar¹⁸ y ejecutar la legislación básica estatal así como legislar en la materia que no sea de competencia exclusiva estatal en virtud de los artículos 27 y 149.1.30 CE. Se culmina de esta manera, dos décadas después de la aprobación del Texto Fundamental, con el proceso de dotación de mayor poder, en materia educativa, a las

¹⁵ MINISTERIO PARA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (1992): 57.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ Los Reales Decretos de traspaso de competencias educativas, por orden cronológico, son:

- RD 1876/1997 –ampliado a través del 1001/1999–, para Baleares.
- RD 1826/1998, para La Rioja.
- RD 1982/1998, para Aragón.
- RD 2671/1998, para Cantabria.
- RD 926/1999 –ampliado a través del 1839/1999–, para Madrid.
- RD 938/1999, para Murcia.
- RD 1340/1999, para Castilla y León.
- RD 1801/1999, para Extremadura.
- RD 1844/1999, para Castilla-La Mancha.
- RD 2081/1999, para Asturias.

¹⁸ CALVO CHARRO, María (2007): 1.

Comunidades Autónomas¹⁹, dándose, a su vez, virtualidad a las declaraciones del Tribunal Constitucional en su STC 6/1982, relativa, precisamente, a los Reales Decretos de transferencia en materia educativa 2808/1980 y 2809/1980 –al País Vasco y Cataluña, respectivamente–, en la cual nuestro Alto Tribunal declara que:

«El sistema educativo único, «supracomunitario», que proclama la Constitución [...] se trata de un objetivo compartido por los órganos constitucionales del Estado y los de las Comunidades Autónomas y, por tanto, compatible con la cesión a estas de facultades ejecutivas, tendentes a la realización, en la práctica del ordenamiento general», siendo las exigencias de la regulación de las condiciones básicas y normas básicas de desarrollo de los artículos 27 y 149.1.30 CE «compatibles con la competencia plena de las Comunidades Autónomas en los planos no sólo legislativo, sino también ejecutivo, en los términos enunciados en sus respectivos Estatutos»²⁰.

1.2.3. SITUACIÓN ACTUAL DE LAS COMPETENCIAS EN MATERIA EDUCATIVA

224. La actual Ley Orgánica de Educación –en lo que interesa, no modificada por la LOMCE– en su Preámbulo contempla la necesidad de una reforma legislativa en virtud de la finalización del proceso de competencias y asegurando, a través de la LOE, «la necesaria homogeneidad básica y la unidad del sistema educativo» y resaltando «el amplio campo normativo y ejecutivo de que disponen estatutariamente las Comunidades Autónomas para cumplir los fines del sistema

¹⁹ En todo el proceso, al hacer referencia a las Comunidades Autónomas, excluimos expresamente a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, al seguir correspondiéndole la competencia al Estado.

²⁰ STC 6/1982, FJ 4.

Educación diferenciada y conciertos públicos

educativo», reservándose el Estado amplias facultades de contenido normativo y quedando en poder de las Comunidades Autónomas competencias de carácter fundamentalmente ejecutivo²¹.

225. Las Comunidades Autónomas ya habían asumido competencias en materia educativa desde los Reales Decretos de transferencia y las modificaciones estatutarias oportunas, pero es en esta última década en la que la producción legislativa autonómica relativa a la enseñanza y a la educación, de forma integral²², sufre una mayor expansión.

226. Un ejemplo claro es el intento, por parte de numerosas Comunidades Autónomas, en el pretendido ejercicio de sus propias competencias, de introducir cambios en los Decretos autonómicos de admisión y escolarización del alumnado²³ –con la intención, todo sea

²¹ COTINO HUESO, Lorenzo (2013): 15.

²² Todas las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias, vienen realizando regulaciones parciales del sistema educativo. No obstante, algunas Comunidades han aprobado leyes integrales educativas en los últimos años, a saber:

- Ley de Educación de Andalucía 17/2007.
- Ley de Educación de Cantabria 6/2008.
- Ley de Educación de Cataluña 12/2009.
- Ley de Educación de Castilla-La Mancha 7/2010.
- Ley de Educación de Extremadura 4/2011.

²³ Ejemplos de ello son el Decreto 22/2004 de Castilla-La Mancha (artículo 2), el Decreto 77/2004 de Andalucía (artículo 4) o el Decreto 252/2004 de Cataluña (artículo 2) que, si bien introducen la no discriminación por razón de sexo en la admisión del alumnado, tal y como defenderemos posteriormente no creemos que añada nada a lo establecido anteriormente, ni que impida la escolarización en centros de educación diferenciada.

Más expreso en su ataque a la opción pedagógica de la educación diferenciada es la Ley Foral 17/2012 de Navarra, que modifica la Ley Foral 11/1998, y según la cual, y excediéndose claramente en el ejercicio de sus competencias –y atacando derechos y libertades fundamentales–, en la añadida Disposición Adicional:

dicho, de restringir el acceso a la financiación pública de los centros educativos de educación diferenciada—. Dicho exceso en las competencias autonómicas ha sido declarado por el Tribunal Supremo, para quien las Administraciones Autonómicas no pueden apartarse de la configuración legal en esta materia establecida por el Legislador estatal²⁴. Y es que, actualmente, la LOE contempla el carácter orgánico de su artículo 84, referente a la admisión del alumnado²⁵, al ser el desarrollo del contenido básico del derecho a la educación y un elemento necesario para la configuración de las condiciones básicas para su ejercicio.

227. En todo caso, sin ninguna duda este fenómeno expansivo competencial e integral viene marcado por la nueva generación de Estatutos de Autonomía, o de amplias reformas de los anteriores, en los que, además de salvaguardar las competencias autonómicas en esta materia, introducen marcados derechos sociales, y, en lo que aquí nos concierne, principalmente en materia educativa.

228. Esta «nueva generación» de Estatutos de Autonomía, inaugurada por los Estatutos de Autonomía de la Comunidad Valenciana²⁶ –Ley Orgánica 1/2006– y de Cataluña –Ley Orgánica

«1. No podrán ser objeto de los conciertos regulados en el artículo 1 de esta Ley Foral los centros educativos que únicamente admitan a alumnos de un solo sexo, o que impartan las enseñanzas en grupos separados por razón de sexo, o que de cualquier otro modo no apliquen el principio de coeducación.

2. Tampoco podrán ser objeto de concierto por parte de la Administración de la Comunidad Foral los centros de educación infantil, primaria o secundaria obligatoria que únicamente admitan a alumnos de un solo sexo, o que impartan las enseñanzas en grupos separados por razón de sexo, o que de cualquier otro modo no apliquen el principio de coeducación».

²⁴ STS de 16 de abril de 2008, FJ 3.

²⁵ Disposición Final Séptima de la LOE.

²⁶ El primero en reformarse es el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, sin pronunciarse directamente sobre la materia educativa. Pero sí que lo hace

Educación diferenciada y conciertos públicos

6/2006– impulsa el reconocimiento de derechos sociales en materia educativa –artículo 21–, aun, ciertamente, no aporta mucha novedad conforme a los derechos y libertades educativas constitucionalmente reconocidos²⁷. Además, a través del Estatuto, se establecen nuevas obligaciones estatutarias a los poderes públicos –artículo 44– y enumera, de una manera exhaustiva, las competencias autonómicas en materia de enseñanza –artículo 131–, haciendo claras distinciones entre las competencias exclusivas autonómicas, las compartidas y las de ejecución y desarrollo de las competencias estatales. No obstante, es posible que determinadas competencias, catalogadas como exclusivas por parte de la Comunidad Autónoma, entren en conflicto con las competencias exclusivas estatales. A este respecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado, asegurando que:

«Las funciones comprendidas en las competencias de las que puede ser titular la Comunidad Autónoma de Cataluña ... serán siempre y sólo las que se deriven de la interpretación de la Constitución reservada a este Tribunal y, de no mediar la oportuna reforma constitucional, su contenido y alcance no será sino el que eventualmente resulte de la propia evolución de nuestra jurisprudencia»²⁸, «no quedan[do] desvirtuadas por la calificación estatutaria de determinadas competencias autonómicas como exclusivas, pues el sentido y alcance de esa expresión sólo puede ser el

posteriormente en la Carta de Derechos Sociales de la Comunitat Valenciana –Ley 4/2012, art. 18–, prevista en el propio Estatuto para su desarrollo ulterior.

²⁷ Para CÁMARA VILLAR, los Estatutos catalán, andaluz, balear y castellanoleonés reiteran «*de manera explícita o implícita contenidos constitucionales*» y complementan «*los perfiles genéricos de este derecho con la inclusión de algunos derechos nuevos en este ámbito como desarrollo de su dimensión social y prestacional conforme a las competencias asumidas*» (CÁMARA VILLAR, Gregorio (2011): 68-69). COTINO HUESO es de similar opinión, exceptuando como única «*aportación jurídica mencionable*» la de la gratuidad de libros de texto en el artículo 21 del Estatuto andaluz (COTINO HUESO, Lorenzo (2013): 25).

²⁸ STC 31/2010, FJ 58.

que, con carácter general, admite, en su interpretación constitucionalmente conforme, el art. 110 [del Estatuto de Autonomía de Cataluña]»²⁹.

229. Por lo tanto, se llega a la conclusión de que las competencias denominadas exclusivas por parte de los Estatutos de Autonomía que, constitucionalmente, no pueden ser de su competencia exclusiva, habrán de entenderse como «no exclusivas» o «impropiamente exclusivas»³⁰.

230. Por otra parte, el ya aludido reconocimiento de derechos sociales educativos puede observarse en posteriores reformas estatutarias como la balear –Ley Orgánica 1/2007, artículo 26–, la andaluza –Ley Orgánica 2/2007, artículo 21– o la castellanoleonesa –Ley Orgánica 14/2007, artículo 13–, así como el mayor detalle en competencias autonómicas en materia de enseñanza –artículos 36, 52 y 73, respectivamente–.

231. En vista de la diferente regulación de los derechos sociales, tanto en materia educativa como de forma general, es posible preguntarse por la competencia autonómica en relación con la proclamación de los derechos sociales en los distintos Estatutos de Autonomía, ante la contingencia de que entren en conflicto con los artículos 139.1 –«todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado»– y 149.1.1 –el Estado tiene competencia exclusiva sobre «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales»– de la Constitución.

232. Este argumento hay que rechazarlo *in limine*, al prohibir el constituyente, a través del art. 139.1 CE, la diferenciación, por parte de

²⁹ STC 31/2010, FJ 77, en relación con los FFJJ 59 y 64.

³⁰ ARAGÓN REYES, Manuel (2013): 193.

Educación diferenciada y conciertos públicos

las Comunidades Autónomas, de españoles en su territorio a la hora de aplicar los derechos y obligaciones³¹, al igual que la posibilidad de que afecten a las competencias exclusivas estatales del art. 149.1.1 CE, ya que, precisamente, son de competencia exclusiva estatal, y el estatuyente no podrá disponer sobre las mismas, al igual que no puede hacerlo el legislador autonómico. Este es el límite claro para el estatuyente, el cual ha previsto esta eventualidad, y ha circunscrito sus competencias en tanto en cuanto no afecten a las estatales en esta materia³², por lo que su reconocimiento, en los Estatutos de Autonomía, no condiciona, de ninguna manera, las competencias del artículo 149.1.1 CE³³.

233. Por tanto, esclarecida la posibilidad de que introduzcan, en sus textos, derechos sociales en materia educativa, en lo que aquí interesa, cabe cuestionarse, a su vez, la validez de dichos pronunciamientos. Y es que, para el Tribunal Constitucional:

³¹ DÍEZ-PICAZO, Luis María (2006): 64-65.

³² Así, *ad exemplum*, los artículos 37.4 y 13 de los Estatutos de Autonomía de Cataluña y de Andalucía, respectivamente, prevén que:

«Los derechos y principios del presente Título no supondrán una alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes. Ninguna de las disposiciones de este Título puede ser desarrollada, aplicada o interpretada de forma que reduzca o limite los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por los tratados y convenios internacionales ratificados por España».

«Los derechos y principios del presente Título no supondrán una alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes. Ninguno de los derechos o principios contemplados en este Título puede ser interpretado, desarrollado o aplicado de modo que se limiten o reduzcan derechos o principios reconocidos por la Constitución o por los tratados y convenios internacionales ratificados por España».

³³ CÁMARA VILLAR, Gregorio (2009b): 296.

«Nada impide que el Estatuto de Autonomía, en cuanto norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, al atribuir las competencias que han de ejercer los poderes públicos autonómicos, les impongan, de modo directo, criterios o directrices para su ejercicio o que lo hagan, de modo indirecto, mediante la formalización de enunciados o declaraciones de derechos a favor de los particulares. Se trata, en ambos casos, de mandatos al legislador y restantes poderes públicos autonómicos, imponiéndoles prescripciones que son vinculantes para los mismos con independencia de la veste de que se revistan»³⁴.

234. La importancia de este pronunciamiento estriba en la distinción entre derechos subjetivos y principios informadores, ya que los derechos vinculan directamente a los poderes públicos –únicamente a los de la Comunidad Autónoma, no a los estatales³⁵– y son directamente exigibles ante los tribunales de justicia, mientras que los principios informadores han de ser desarrollados legal y reglamentariamente para poder ser eficaces frente a los poderes públicos, teniendo una eficacia mediata, a diferencia de la inmediata de los derechos³⁶.

235. Con todo ello, independientemente de la declaración como derechos o principios sociales en los Estatutos de Autonomía, su contenido será informador del desarrollo normativo autonómico, vinculando a los poderes públicos autonómicos *ex nunc*.

³⁴ STC 247/2007, FJ 15.

³⁵ CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco (2007): 43.

³⁶ BARRERO ORTEGA, Abraham (2013): 172-173.

Educación diferenciada y conciertos públicos

1.3. LA INSPECCIÓN Y HOMOLOGACIÓN DEL SISTEMA EDUCATIVO

236. El artículo 27.8 CE señala que «los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes».

237. Ya la LOECE preveía en su articulado que «la inspección, la evaluación, el control y el asesoramiento de los centros» –art. 19 LOECE– eran materia de la Administración y que, en todo caso, la Alta Inspección correspondía al Estado –Disposición Adicional LOECE–.

238. Más adelante, incluso antes del reparto competencial que acabamos de ver, el Tribunal Supremo tuvo la oportunidad de pronunciarse, sobre las bases de la doctrina del Tribunal Constitucional, acerca de la posibilidad del reparto de competencias en materia de inspección y homologación del sistema educativo, principalmente porque el artículo 149.1.30^a CE establece como competencia exclusiva del Estado tanto las normas básicas para el desarrollo del artículo 27 CE como la «regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales».

239. En lo que más nos interesa del pronunciamiento del Tribunal Supremo en cuanto al posible reparto de competencias en esta materia:

«La regulación de las condiciones para obtención, expedición y homologación de títulos académicos y el establecimiento de las normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, han de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos y tienen un contenido de carácter sustancialmente normativo, como se infiere de la propia significación semántica que utiliza el texto constitucional cuando alude a los términos ordenar, fijar, regular o

establecer, verbos que aluden a una concreción de propósitos, principios, objetivos y métodos preordenados a un fin, expresados en declaraciones que tienen un carácter netamente imperativo y en la medida en que no se alude a los actos de gobierno y administración necesarios para hacer efectivo esos principios, desarrollarlos o aplicarlos, se está admitiendo que su ejecución puede ser eventualmente atribuida a los poderes autonómicos, bien por disposición expresa respecto de cada una de las facultades ejecutivas, o bien porque se haga una transferencia global de todo aquello que constitucionalmente no está reservado al Estado»³⁷.

240. Con ello, el Tribunal Supremo deja abierta la posibilidad de la distribución competencial, principalmente en cuestiones ejecutivas, de aquellas materias que no estén reservadas por la Constitución de forma exclusiva al Estado.

241. En los Reales Decretos de traspaso de competencias educativas, fruto de los Acuerdos Autonómicos de 1992 a los que hemos hecho referencia anteriormente, y sin perjuicio de las competencias asumidas por aquellas Comunidades Autónomas denominadas de «*vía rápida*» en cuanto asunción de competencias, se establece que, como regla general, y siempre y cuando la Comunidad Autónoma haya asumido estatutariamente esas competencias, la propia Comunidad Autónoma ejercerá, dentro de su ámbito territorial, las funciones de Inspección de Educación provincial, sin perjuicio de las funciones que se reserva la Administración del Estado en materia de Alta Inspección, así como la regulación de las condiciones para la obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales³⁸.

³⁷ STS de 26 de marzo de 1999, FJ 3.

³⁸ *Ad exemplum*: Real Decreto núm. 2671/1998, de 11 de diciembre, Traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Cantabria en materia de enseñanza no universitaria, Anexo, letras B) y C)

Educación diferenciada y conciertos públicos

242. Todo ello nos deja una suerte de doble inspección, con tres funciones principales: controlar, asesorar y evaluar³⁹. Se trata de una doble inspección no excluyente, sino complementaria⁴⁰:

a) De una parte, la inspección estatal, como la Alta Inspección del Estado, que, a su vez, tiene dos partes diferenciadas: «*una de seguimiento y análisis del sistema educativo de la Comunidad Autónoma*» y otra, «*de gestión burocrática, para el ejercicio de las competencias sobre homologación de títulos y estudios extranjeros que al Estado compete*»⁴¹, siendo esta la actividad limitadora más importante respecto a la ordenación de las enseñanzas⁴².

b) De otra parte, la inspección autonómica, especializada, como Inspección Técnica.

243. Así, los poderes públicos tienen el derecho y el deber de garantizar el buen funcionamiento de los servicios educativos, a través de la inspección educativa. Un servicio esencial, en lo que a nosotros nos atañe, ya que de las funciones que desarrolla la inspección, ha de controlar y evaluar las políticas educativas de los centros, para una homogeneización del sistema educativo. De este modo tendrá que valorar la adecuación a la legislación vigente de los distintos centros docentes, además de su acondicionamiento al ideario educativo constitucional⁴³.

correspondientes a las materias cedidas y las que se reserva el Estado, respectivamente.

³⁹ GÓMEZ-ELEGIDO RUIZOLALLA, María Cruz (2002): 92.

⁴⁰ GÓMEZ-ELEGIDO RUIZOLALLA, María Cruz (2002): 102.

⁴¹ GALVÁN PALOMO, Francisco (2008): 4.

⁴² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen (2007): 433-434.

⁴³ BARRERO ORTEGA considera que «*las facultades de inspección y homologación del sistema educativo que la Constitución atribuye a los poderes públicos (art. 27.8)*

2. CREACIÓN Y TITULARIDAD DE LOS CENTROS DOCENTES

244. La creación y, con ello, la titularidad de los centros docentes creados, es otro de los aspectos clave que centra las diferencias doctrinales en la materia educativa, separando a los defensores del papel central que juegan los poderes públicos en la creación de centros con aquellos otros que opinan que estos únicamente ostentan un papel subsidiario respecto a la iniciativa privada, siendo esta la que prime a la hora de satisfacer los derechos y libertades educativas.

245. Si bien no plenamente coincidente, la creación y titularidad de centros docentes está íntimamente relacionada con el debate dual entre la pluralidad de escuelas o en la escuela⁴⁴. Puede observarse la práctica identidad entre aquellos que defienden la necesidad de la pluralidad en la escuela con los que propugnan el papel básico de los poderes públicos en la creación y titularidad de centros docentes al igual que los que creen necesaria una pluralidad de centros docentes y, con ello, la distinta titularidad, previa creación de los mismos, por los sujetos privados, dejando un papel secundario a la Administración Pública.

2.1. PRIORIDAD DE CREACIÓN DE CENTROS DOCENTES POR PARTE DE LOS PODERES PÚBLICOS

246. Como ha quedado establecido en la primera aproximación, los partidarios de la pluralidad en la escuela son aquellos que suelen

encuentran su justificación en la finalidad que constitucionalmente se señala a la educación en el artículo 27.2» (BARRERO ORTEGA, Abraham (2011): 169).

⁴⁴ Cuestión que desarrollaremos en la segunda parte de este trabajo.

Educación diferenciada y conciertos públicos

potenciar el papel de los poderes públicos en la creación y titularidad de centros docentes como defensa, a su vez, del servicio público educativo.

247. El principal pilar sobre el que se basa la prioridad de creación de centros docentes por parte de los poderes públicos es el artículo 27.5 CE: «Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes»⁴⁵. No en vano, el constituyente ya predijo la necesidad de creación de centros docentes por parte de los poderes públicos. Esto, unido a la cláusula del Estado Social del artículo 1.1 CE, en consonancia con la necesidad de promoción, por parte de los poderes públicos, de las condiciones que garanticen la igualdad y la libertad reales y efectivas de los sujetos y los grupos en los que se integran –artículo 9.2 CE– hacen necesario un papel prioritario de los poderes públicos⁴⁶ en la creación de una red de centros docentes que satisfaga las necesidades sociales.

248. Para esta opción, son los poderes públicos los que deben garantizar el marco en el que se desarrolle la actividad educativa⁴⁷, siendo de esta manera como se asegura, sin duda, el derecho a la educación previsto en el artículo 27.1 CE.

249. El amplio abanico de facultades y obligaciones que impone el artículo 27.5 CE es el título habilitante más importante para la intervención y la acción pública en el sistema educativo, al requerir la

⁴⁵ Que, como ha afirmado el Tribunal Constitucional en distintas sentencias, y ha reafirmado en la reciente STC 155/2015, esta programación general de la enseñanza, «en su dimensión prestacional, no se limita a la enseñanza básica, sino que se extiende también a los niveles superiores, aunque en ellos no se imponga constitucionalmente la obligatoriedad y la gratuidad» (STC 155/2015, FJ 5), aunque el estudio de la educación postobligatoria escapa al objeto de nuestro estudio.

⁴⁶ CÁMARA VILLAR, Gregorio (2002): 1000.

⁴⁷ MARTÍNEZ DE PISÓN, José (2003): 150.

Constitución una actuación de los poderes públicos tendente a la programación general de la enseñanza, es decir, a fijar un esquema del proceso educativo, unido a la creación de una red de centros públicos en la que se ponga en marcha esa programación, con lo que la Administración Pública tendrá un papel primordial en la satisfacción de los derechos educativos⁴⁸.

250. Ahora bien, ¿qué Administraciones Públicas son las competentes para llevar a cabo esta previsión constitucional? A través de la última modificación de la LOE, realizada por la LOMCE, según el artículo 6bis, la programación general de la enseñanza le corresponde al Gobierno, aunque se remite a los artículos 27 y siguientes de la LODE para regular su alcance. En estos artículos se garantiza la participación efectiva de todos los sectores afectados –en el Consejo Escolar del Estado, así como de las distintas Comunidades Autónomas–, y la necesaria reunión de la «Conferencia de Consejeros titulares de educación de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y el Ministro de Educación y Ciencia» –artículo 28 LODE–, la cual se corresponde con la actual «Conferencia Sectorial de Educación», como órgano de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas –artículo 2bis.3.b) LOE–, debido a la imprescindible conjugación de las diferentes competencias en juego, por lo que la competencia del Gobierno en dicha materia se circunscribe, principalmente, a la convocatoria, por parte del Ministro de Educación, y como Presidente de la Conferencia Sectorial de Educación, de las reuniones de la misma –artículo 6 de su Reglamento, aprobado en el Pleno de la Conferencia de 22 de julio de 1999–. Las demás decisiones se tomarán por la Conferencia, según su Reglamento.

251. Respecto a la creación y titularidad de centros, en un primer momento correspondía su erección al Gobierno, sin perjuicio de las

⁴⁸ NOGUEIRA SORIANO, Rosario (1988): 96.

Educación diferenciada y conciertos públicos

competencias educativas de las distintas Comunidades Autónomas. En la LOECE, se establece que la creación será aprobada en Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Educación, mediante Real Decreto –artículo 19.f)–. La LODE, por su parte, matiza este pronunciamiento contemplando la creación de centros docentes bien por el Gobierno, bien por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma correspondiente, en el ejercicio de sus competencias⁴⁹ –artículo 17–, otorgando un margen de competencias en la creación de centros docentes a las corporaciones locales, a través de convenio entre estas y la administración educativa competente –Disposición Adicional Segunda–.

252. A partir de los Acuerdos Autonómicos de 28 de febrero de 1992, instrumentalizado por las leyes orgánicas de modificaciones estatutarias de asunción de competencias así como por los Reales Decretos de traspaso de las mismas, las Comunidades Autónomas que no tenían aún competencias en la creación de centros docentes las asumen, mediante el traspaso de competencia sobre «las funciones relativas a la creación, puesta en funcionamiento, modificación, transformación, clasificación, traslado, clausura, supresión, régimen jurídico, económico y administrativo de las unidades, secciones y centros a los que se refiere el apartado anterior, en todos sus niveles y modalidades educativas»⁵⁰.

253. Por lo que, actualmente, las competencias en la creación de centros docentes las tienen asumidas las Comunidades Autónomas, sin

⁴⁹ Nos remitimos al estudio, páginas atrás, de los distintos ritmos de adquisición de competencias en materia educativa.

⁵⁰ Remisión a notas al pie en páginas anteriores, relativas a las competencias en materia educativa, para la pormenorización de los Reales Decretos de traspaso de competencias.

perjuicio de que estas, en el ejercicio de sus potestades, puedan prever la creación de centros por parte de las corporaciones locales⁵¹.

254. Con lo cual, nos encontramos que, para este sector doctrinal que pugna por el papel primordial de las Administraciones Públicas en la creación de centros docentes, son las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias asumidas estatutariamente, las encargadas de crear una red suficiente de centros docentes públicos, capaz de colmar las necesidades educativas comunitarias.

255. Por regla general, no se suele pecar de extremismos que puedan ser contraproducentes e impedir la realización de los derechos y libertades públicas en materia educativa, llevando hasta el punto de la incoherencia la defensa férrea de un derecho a la educación que no puede ser atendido por la red pública. Por ello es frecuente otorgar un cierto margen de posibilidad de creación de centros docentes de titularidad privada, con el fin de ayudar a la red pública y con ello, además, dar cuenta de la libertad de creación de centros docentes por parte de las personas físicas y jurídicas privadas, del artículo 27.6 CE⁵².

256. Por lo tanto, prioridad en la creación de centros docentes estatales significa precisamente eso, preferencia, primacía o preponderancia de los poderes públicos en la creación de centros docentes, sin que pueda existir, en ningún caso, un monopolio en la creación y titularidad de centros docentes por parte de las administraciones educativas, que ponga en riesgo, cuando no vulnere

⁵¹ Por ejemplo, la Ley 17/2007, de Educación de Andalucía, en su artículo 172, prevé que «la Administración educativa podrá establecer convenios de cooperación con las Corporaciones locales para la creación de centros de titularidad municipal que impartan enseñanzas del sistema educativo». En idéntica literalidad se pronuncia la Ley 6/2008, de Educación de Cantabria –artículo 17–. La Ley 12/2009, de Educación de Cataluña –artículo 74–, observa, con distinto pronunciamiento, la misma intención. Por citas las tres primeras leyes autonómicas generales educativas, vistas *ut supra*.

⁵² LETURIA NAVARROA, Ana (2006): 67-68; MARTÍNEZ DE PISÓN, José (2003): 150.

Educación diferenciada y conciertos públicos

directamente, la libertad de enseñanza, de creación de centros docentes y de elección de centros distintos a los públicos, protegidos en el artículo 27 CE.

2.2. PRIORIDAD DE CREACIÓN DE CENTROS DOCENTES POR PARTE DE LOS PARTICULARES

257. Como acabamos de ver, y a pesar de la corriente doctrinal que aboga por una prioridad en la creación de centros docentes por parte de los poderes públicos, es indiscutido e indiscutible que los sujetos privados puedan crear centros educativos, debido principalmente al artículo 27.1 CE, a través del cual se salvaguarda la genérica libertad de enseñanza, y al artículo 27.6 CE⁵³, como libertad específica de creación de centros docentes por parte de personas privadas, así como a la conjugación con el artículo 27.3 CE, que otorga la posibilidad de elección de centro docente, por parte de los padres, entre los distintos creados por los poderes públicos o por los sujetos privados.

258. Además, a la luz del artículo 10.2 CE, hemos de observar los diversos textos internacionales a través de los cuales se protege y resguarda la libertad de creación de centros docentes por parte de sujetos privados⁵⁴, tal y como vimos detalladamente en la primera parte de este trabajo, con lo que hemos de remitirnos a la misma para su estudio pormenorizado.

⁵³ El cual, según recuerda la última doctrina emanada de nuestro Alto Tribunal, «no distingue en función del nivel educativo y por tanto ampara también, como tenemos dicho, la creación de universidades tanto públicas como privadas» (STC 176/2015, FJ 2).

⁵⁴ Artículos 13.4 PIDESC y 14 CDFUE, *ad exemplum*.

259. A partir de esta posibilidad de creación de centros docentes por parte de personas privadas, es cuando se nos presenta la disyuntiva sobre la prioridad en la creación de los mismos. En sentido opuesto a lo visto anteriormente, existe otra vertiente doctrinal que defiende la prioridad en la creación de centros docentes por parte de los sujetos privados, dejando a los poderes públicos en un segundo plano, pudiendo estos únicamente crear centros docentes de una manera subsidiaria, en un pretendido principio de subsidiariedad.

260. ¿Qué significa este principio de subsidiariedad? Que los poderes públicos sólo llegarán allá donde no lleguen los sujetos privados, en virtud de las libertades públicas que ejerciten los mismos, siendo esta una exigencia para el pleno desarrollo de la personalidad, por lo que no puede interferir el Estado, dejando sin efectividad el ejercicio de los derechos y libertades públicas, sino que su papel principal consistirá en el fomento de las iniciativas privadas⁵⁵, actuando únicamente cuando estas no puedan –o no quieran– llegar⁵⁶.

261. El principio de subsidiariedad en materia educativa responde a la preocupación de cierto sector doctrinal, de dominación educativa por parte de los poderes públicos⁵⁷. Tradicionalmente, la educación, unida al desarrollo personal –íntimamente conectados, art. 27.2 CE–, se ha visto como un espacio de libertad de actuación frente a los poderes establecidos. El desarrollo educativo conlleva la crítica con pleno conocimiento de causa, por lo que muchos autores temen que si la educación queda en manos de los poderes públicos, sin mayor limitación, estos podrán actuar de forma adoctrinadora para con los alumnos –

⁵⁵ DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (1995): 92.

⁵⁶ ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2004): 111-112.

⁵⁷ DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (1995): 42.

Educación diferenciada y conciertos públicos

dirigismo cultural⁵⁸—, sin otorgarles un margen de libertad ideológica, de pensamiento y actuación.

262. Es tema central de asentimiento y convicción, para los autores que propugnan por el principio de subsidiariedad en materia educativa, que la educación y la enseñanza no son materias en las que el Estado —o los poderes públicos competentes— hayan de inmiscuirse. La educación y la enseñanza son iniciativas particulares⁵⁹, por lo que las administraciones educativas no han de asumir un papel central en la impartición de la educación cuando no es lo propio de los poderes públicos y puede ser asumido de forma natural por la sociedad —los padres y la iniciativa social⁶⁰—, al ser connatural a esta y no a aquellos. Y cuanto más se entrometan las administraciones educativas en la prestación educativa, menos libre será la sociedad⁶¹.

263. Desde este punto de vista, por lo tanto, los sujetos privados ostentan un claro y diferenciado papel principal en la creación y titularidad de centros educativos. Las administraciones públicas competentes sólo han de intervenir para fomentar la creación de centros docentes privados y para ayudarlos financieramente⁶², y, como última opción, cabe la posibilidad de creación de centros de titularidad pública, cuando no existan centros de iniciativa privada para satisfacer todas las necesidades educativas⁶³, ya que así es como se aseguran los derechos y

⁵⁸ HERVADA, Javier (1979): 206-207.

⁵⁹ Para ARIÑO ORTIZ «no es papel del Estado hacer cultura ni enseñar, ni predicar, estas son misiones del individuo y de la sociedad, que deben ejercer con libertad. Por el contrario, el papel del Estado es crear las condiciones para que la libertad y la creatividad del hombre puedan ser ejercidos fácilmente» (ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2004): 112).

⁶⁰ ZUMAQUERO, José Manuel (1984): 246.

⁶¹ MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés (2010): 342.

⁶² ORTIZ DÍAZ, José (1980): 72.

⁶³ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (1993a): 37-38.

libertades fundamentales en materia educativa, por lo que donde haya iniciativa privada no cabe otra cosa, por parte de los poderes públicos, que fomentarla y ayudarla, y no ningún proyecto educativo público⁶⁴.

2.3. SISTEMA MIXTO

264. Después de una aproximación a ambas corrientes doctrinales, hemos de realizar un estudio crítico, sin poder adherirnos a ninguna de ellas de forma íntegra, y todo ello por diversos motivos:

a) Ni la Constitución Española⁶⁵, ni ningún Tratado Internacional que pueda ser utilizado como guía interpretadora a la luz del art. 10.2 CE, nada dicen en un sentido o en otro. Es cierto que la Carta Magna protege expresamente la creación de centros docentes por parte de sujetos privados en el párrafo sexto del artículo 27 CE, aunque no es menos cierto que hace lo propio con los poderes públicos en su párrafo quinto. Ya en los debates parlamentarios en Cortes constituyentes se intentó otorgar un papel más relevante a la iniciativa privada, a través de la inclusión, en el artículo 27.5 –entonces 28.5–, del inciso «promoción de los centros docentes»⁶⁶, si bien, finalmente, y a

⁶⁴ CRUZ MIÑAMBRES, José E. (1988): 113-114.

⁶⁵ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR afirma que el principio de subsidiariedad no «halla acomodo constitucional», al igual que tampoco lo haría la prioridad pública en la creación de centros docentes vinculada al concepto de servicio público educativo, que implique monopolio educativo (FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (2006): 44-45).

⁶⁶ La enmienda núm. 779 en el trámite del Congreso de los Diputados, presentada por Unión de Centro Democrático, preveía una nueva redacción del, entonces, artículo 28, que establecía, en su apartado 3, que «el Estado fijará las normas, programas y condiciones básicas a que deba ajustarse el sistema educativa y velará por el

Educación diferenciada y conciertos públicos

pesar de su aprobación inicial, el apartado quinto quedó tal y como lo conocemos hoy en día. En todo caso, ello no obsta para que los poderes públicos estén igualmente afectados por el deber de promocionar los centros educativos de iniciativa social, en virtud del necesario impulso que ha de dar a las condiciones para que la igualdad y libertad de los individuos, y los grupos en que se integran, sean reales y efectivas –artículo 9.2 CE⁶⁷–. De cualquier modo, habría de prestársele especial atención a la libertad contenida en el artículo 27.6 CE y sus posibles vulneraciones, en el caso de que se le otorgase prioridad absoluta a los poderes públicos frente a los particulares.

b) El juego de los artículos 27.5 CE y 1.1 CE –Estado Social–, hacen imprescindible un papel relevante de los poderes públicos en materia educativa. Sin centros docentes creados por las administraciones educativas, también se estarían vulnerando las libertades públicas protegidas por el artículo 27.3 CE, al no permitir la elección, por parte de los padres, de colegios públicos, ya que si bien pueden crearlos de forma subsidiaria, el papel secundario que se les otorgaría podría producir la no creación o

cumplimiento de las leyes. Asimismo creará y promoverá la creación de centros docentes».

Si bien no fue acogido de forma literal, es este el fundamento de la inclusión, en un primer momento, del inciso indicado, según se puede apreciar en el Informe de la ponencia (BOCG 17/04/1978, núm. 82, p. 1540), quedando el artículo con la siguiente redacción: «Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación y promoción de centros docentes».

⁶⁷ Es el argumento del que se sirve el señor ROCA JUNYENT (GMC) para señalar que la constitucionalización de la promoción de centros docentes que se pretendía con la enmienda anteriormente señalada era una simple reiteración de lo ya establecido constitucionalmente en el artículo 9.2 del Anteproyecto (DSCD, núm. 106, de 07/07/1978, pp. 4045-4047).

supresión de centros cuando la iniciativa privada haya colmado las necesidades educativas. La otra cara de la moneda tiene como fundamento, precisamente, el mismo artículo 27.3 CE, ya que si protege la posible elección de centros educativos públicos, también lo hace respecto a los de iniciativa social⁶⁸.

c) La consideración de la educación como servicio público, aunque en sentido impropio, otorga amplias facultades a los poderes públicos, vista su esencialidad como servicio –algo que, de otra manera, no podría ser considerado como tal servicio público⁶⁹–. Por ello, por su especial consideración y transcendencia, no puede dejarse en ningún caso a los poderes públicos como meros actores secundarios en la prestación de los servicios educativos, ni mermar sus posibilidades al fomento y financiación de los centros privados.

d) No somos partidarios de la exclusión del principio de subsidiariedad en virtud de la necesidad de una educación no monopolística. Si bien una «escuela pública única» sí supondría un monopolio educativo estatal, por las especiales necesidades y características de un servicio público, no supondría monopolio educativo un abanico de posibilidades educativas privadas, que pueden ser religiosas o laicas, mixtas o diferenciadas, bilingües,

⁶⁸ Para DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN y SENDÍN GARCÍA, «parece incuestionable que el principio de subsidiariedad está plenamente desterrado de nuestro ordenamiento jurídico, y que los poderes públicos pueden hacer uso de la facultad de crear centros docentes, con independencia de que exista o no oferta educativa privada» (DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (2005): 56).

⁶⁹ La profundización en el sentido del servicio educativo la haremos en la Tercera Parte de este trabajo, a la cual nos remitimos en este punto.

Educación diferenciada y conciertos públicos

trilingües o monolingües, etc.⁷⁰. Entidades privadas podrían asumir como ideario educativo propio el carácter de los centros públicos, sin que ello supusiese, en ningún caso, un monopolio de naturaleza privada al existir múltiples posibilidades y siempre y cuando los titulares de los centros, obviamente, sean distintos.

e) En el anterior argumento encontramos el motivo por el cual tampoco puede considerarse sin contemplaciones la iniciativa pública como principal: la imposibilidad de «escuela pública única». Si la creación de centros docentes por parte de los poderes públicos pudiese hacerse sin tener en cuenta los centros docentes privados, al tener la competencia primordial en la red educativa, no se atendería la prestación de servicio público por parte de otros centros docentes privados –concertados–, que prestan los mismos servicios que los centros públicos y por lo cual están siendo financiados. Si se erige un nuevo centro docente público, bajo la excusa de no cumplir con las necesidades educativas los centros concertados podrían verse sin financiación pública, menguando, de esta manera, el necesario pluralismo educativo hasta llegar a convertirse en un monopolio educativo estatal *de facto* –ya que si bien no entrarían los centros privados sin financiación pública, todo aquel que quisiera una educación con cargo a fondos públicos tendría que ir a la escuela pública, sin posibilidad de una concertada–.

265. Por lo tanto, se hace necesaria una básica conjugación de las iniciativas pública y privada en esta materia. Y es que la iniciativa pública

⁷⁰ TOMÁS Y VALIENTE, en su Voto Particular a la STC 5/1981 –F 22–, hace mención a un «monopolio de hecho de la enseñanza por centros privados» pero siempre y cuando sean ideológicamente diferenciados –para hacer referencia al derecho respecto al ideario del centro docente cuando es financiado con fondos públicos–. De otra manera, como ya ha quedado dicho, no creemos que pueda entenderse la situación de una amplia variedad de centros privados como monopolio, ni de hecho ni de derecho.

ni está subordinada ni es preferente a la privada⁷¹, por lo que la iniciativa privada, por consiguiente, tampoco será preferente ni subsidiaria⁷² respecto a aquella. Así, nos encontramos ante un sistema jurídico mixto⁷³, en el que coexisten la actividad pública y la privada⁷⁴. Allí donde existe la iniciativa privada, la pública no debe intervenir, siempre y cuando la privada preste adecuadamente el servicio público educativo. Y al contrario, donde exista iniciativa pública, la privada no puede pretender prestar el mismo servicio público, financiado con fondos públicos, si no es para un potencial mejor ejercicio de las libertades educativas al tener un carácter propio diferenciado del centro público y ofrecer, con ello, un más variado abanico de posibilidades a los sujetos del derecho prestacional a la educación⁷⁵.

3. LAS AYUDAS A LOS CENTROS DOCENTES. INTRODUCCIÓN Y REMISIÓN

266. Con la inercia de la Ley General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa de 1970, en las Cortes constituyentes se tuvo en especial consideración la financiación de los centros de iniciativa social. A pesar de que en el Fuero de los Españoles

⁷¹ BORRAJO INIESTA, Ignacio (2002): 667-668.

⁷² CASTRO JOVER, Adoración (1995): 9-10.

⁷³ PEÑA TIMÓN, Ana María Teresa (2004): 439.

⁷⁴ GARRIDO FALLA, Fernando (2003): 443.

⁷⁵ Hacemos especial hincapié en la «no interferencia» de centros públicos y privados concertados. Los privados, sin financiación, no quedan al margen de esta posibilidad, al no interferir en el estricto servicio educativo y no pretender ser financiado, por lo que los potenciales educandos están diferenciados.

Educación diferenciada y conciertos públicos

se reconociese la libertad de elección de centro docente⁷⁶, no se mencionaba la financiación de esa libertad de elección. En la reforma educativa antedicha se resolvió el asunto a través de la posibilidad del acuerdo, entre centros no estatales y el Estado, de conciertos singulares, con el fin de que las enseñanzas en estos centros fuesen gratuitas – artículo 96 LGE–.

267. Así, y con la libertad de creación de centros docentes y de elección de centro educativo en la mente del constituyente, este quiso dejar claro, desde un primer momento, la importancia y la necesaria financiación de los centros de iniciativa social. El Anteproyecto de Constitución establecía en su artículo 28.9 que «los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca»⁷⁷.

268. Si hay algo de lo que no cabe duda a través del estudio exhaustivo de los debates parlamentarios en las Cortes constituyentes es en la necesidad de financiación de los centros privados por parte de los parlamentarios⁷⁸.

269. Algunos parlamentarios, en todo caso, consideran insuficiente el contenido del apartado noveno del artículo dedicado a la enseñanza en el Anteproyecto de Constitución, a la vez que lo vinculan al apartado cuarto, relativo al principio de gratuidad de la enseñanza básica obligatoria. Del sentido literal de dichos apartados no es posible extraer un significado claro de cuáles son los centros sobre los que pesa para los

⁷⁶ Artículo quinto: «Todos los españoles tienen derecho a recibir educación e instrucción y el deber de adquirirlas, bien en el seno de su familia o en centros privados o públicos, a su libre elección».

⁷⁷ BOCG 05/01/1978, núm. 44, p. 674.

⁷⁸ «Consecuencia lógica mínima de los precedentes» apartados, según el señor DURÁN PASTOR (GUCD) (DSCD, núm. 106, de 07/07/1978, p. 4034).

poderes públicos la obligación impuesta de ayudar⁷⁹. Por ello es necesario constitucionalizar la gratuidad de la enseñanza para todos, independientemente del centro que se escoja, sea estatal o no estatal⁸⁰.

En cuanto al alcance de la financiación en los centros privados específicamente, existe un común denominador, similar al anterior: la escasa concreción de la Ponencia a la hora de la redacción. Por ello se propone que se establezca la necesidad de prestar «a los centros docentes las ayudas necesarias para hacer efectivos los derechos que se reconocen en los párrafos anteriores»⁸¹, o la ayuda «eficaz»⁸² del Estado a los centros docentes, asegurando la financiación a todos los centros docentes «al menos en los niveles obligatorios»⁸³.

⁷⁹ El señor SILVA MUÑOZ (GAP) afirmará que *«el apartado 9 es un modelo, a nuestro juicio, de imprecisión. Por eso cabe preguntarse: ¿A qué centros docentes se refiere? ¿Sólo a los estatales? ¿Sólo a los no estatales? ¿O a unos y otros? ¿De qué niveles se trata? ¿De los obligatorios?»* (DSCD, núm. 106, de 07/07/1978, p.4025).

⁸⁰ La señora FERNÁNDEZ-ESPAÑA Y FERNÁNDEZ LATORRE (GAP), en su enmienda núm. 65 en el trámite en el Congreso de los Diputados, va desgranando los diferentes apartados del entonces artículo 28 del Anteproyecto. A través de su enmienda ve necesario asegurar que «la enseñanza básica es obligatoria y gratuita para todos los españoles sin discriminaciones por razón del Centro, estatal o no estatal, que frecuenten» –apartado 4–, quedando el apartado noveno para la ayuda, por parte de los poderes públicos, a aquellos «centros docentes de niveles no obligatorios ni gratuitos que reúnan los requisitos que la ley establezca».

En el mismo sentido, las enmiendas núm. 41 –señor GÓMEZ DE LAS ROCES (GMx), 74 –señor SILVA MUÑOZ (GAP)– y 779 –UCD–, en el Congreso; por su parte, la enmienda núm. 194 –señor CACHARRO PARDO (GMx)– en el Senado.

⁸¹ Enmienda núm. 691, señor LÓPEZ RODÓ (GAP), en el trámite en el Congreso.

⁸² Enmienda núm. 779, Grupo UCD, en el trámite en el Congreso.

⁸³ Enmienda núm. 844, señor CALVO ORTEGA (UCD), en el trámite en el Senado, justificándola con la expresiva frase de que *«no se concibe la libertad de elegir centro cuando esa libertad cuesta dinero a quien la elige»*.

En parecido sentido, igualmente en el trámite en el Senado, la enmienda núm. 174 del señor GAMBOA SÁNCHEZ-BARCÁIZTEGUI (GPMx): «Los poderes públicos

Educación diferenciada y conciertos públicos

En todo caso, en esta «corriente parlamentaria» de amplitud de financiación de los centros docentes, encontramos aquellos pronunciamientos que exigen que, a pesar de estar financiados con fondos públicos, las administraciones educativas han de respetar, en todo caso, el ideario del centro educativo⁸⁴.

270. Para otros de los parlamentarios, incluidos algunos de los ponentes de la Constitución, la expresión «ayudarán» era demasiado categórica, por lo que prefieren una manifestación más matizada, a través de la cual los poderes públicos «podrán ayudar»⁸⁵ a los centros docentes.

financiarán los centros docentes, primordialmente en los niveles básicos obligatorios que reúnan los requisitos que la ley establezca».

⁸⁴ En este sentido, el señor GÓMEZ DE LAS ROCES (GMx), que no introdujo alteraciones al apartado 9 en su enmienda núm. 41 en el trámite en el Congreso, en la sesión núm. 11 de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, y comprobado ya el «estancamiento» al que se van a ver sometidos los distintos grupos parlamentarios después del denominado «consenso constitucional» –*vid.* Capítulo Primero de este trabajo–, enmienda «*in voce*» este artículo con el siguiente tenor: «los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca, sin que nunca estos requisitos puedan mediatizar la identidad de cada centro» (DSCD, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas (Sesión número 11), núm. 72, de 23/05/1978, p. 2604).

Ya anteriormente, en una intervención tras una interpelación al Ministro de Educación, afirmó que «*el único medio de asegurar esa igualdad reside en que todas las escuelas cuesten lo mismo, en que se respete el ideario de cada una de ellas, en que los padres puedan optar libremente y en que se asegure la formación religiosa o moral que ellos deseen para sus hijos*» (DSCD, 25/01/1978, núm. 7, pp. 221).

En el mismo sentido creemos que se pronuncia el señor RIBERA ROVIRA (Grupo Independiente) en su enmienda núm. 391 en el trámite en el Senado, cuando, con imprecisa expresión, pretende que «los poderes públicos ayudarán a los centros docentes creados por las personas físicas y jurídicas de forma que puedan llevar a cabo su misión...», entendiéndolo –nosotros– por «misión» el ideario del centro.

⁸⁵ Es el caso de los votos particulares de los Grupos Parlamentario Comunista y de la Minoría Catalana, cuyos ponentes son, respectivamente, el señor SOLÉ TURA y el señor ROCA JUNYENT. El voto particular del GPCo pretendía que «los poderes

Otros, por ello, prefieren que, si bien se mantenga la expresión «ayudarán», sea porque se asegure que se está ayudando a los centros docentes privados, «en razón del servicio al interés público que desempeñen»⁸⁶, delimitando, de esta manera, el rango de actuación de los poderes públicos a la hora de otorgar la financiación⁸⁷.

Por su parte, otros parlamentarios, no satisfechos con la posibilidad de delimitar e incluso limitar las ayudas públicas a los centros docentes de iniciativa social, abogan por la supresión del apartado⁸⁸, aunque eso no signifique la imposibilidad de ayudas a los centros privados⁸⁹, sino la no constitucionalización de las mismas⁹⁰.

públicos podrán ayudar a las escuelas que reúnan los requisitos que la ley establezca», mientras que el del GMC pretendía que «los poderes públicos homologarán y podrán ayudar eficazmente a las escuelas que reúnan los requisitos que la Ley establezca».

La señora BRABO CASTELLS (CPCo), por su parte, en la enmienda núm. 696 del trámite en el Congreso de los Diputados, intenta la modificación, con el mismo escaso éxito que los votos particulares anteriores, para «evitar la vinculación ineludible de los Poderes Públicos a toda clase de centros docentes».

⁸⁶ Enmiendas núm. 670, de la Agrupación Independiente y 710, del Grupo Unión de Centro Democrático, ambas en el trámite en el Senado.

⁸⁷ La enmienda núm. 480, del Grupo Parlamentario Mixto, en el trámite en el Senado, pretende acotar más las posibilidades de actuación de los poderes públicos, al introducir la financiación de los centros privados sólo cuando el Estado «lo entienda necesario para afrontar necesidades educativas».

⁸⁸ El señor CARAZO HERNÁNDEZ (GPMx), en su enmienda núm. 225 en el trámite en el Senado, apuesto por la supresión del apartado 9. Igualmente, el señor CELA Y TRULOCK (Agrupación Independiente), en su enmienda núm. 149 en el trámite en el Senado, suprime el párrafo 9 por innecesario.

⁸⁹ En su enmienda núm. 239 en el trámite en el Congreso, el señor BARRERA COSTA (GMC), apuesta por suprimir el apartado 9 porque «no es necesario un precepto constitucional para que los poderes públicos puedan ayudar, si se considera conveniente, a los centros docentes que reúnan los requisitos necesarios».

El señor AUDET PUNTCERNAU (GPMx), en su enmienda núm. 413 en el trámite en el Senado, aboga por suprimir el apartado 9 si bien destaca como

Educación diferenciada y conciertos públicos

271. Un tercer grupo de parlamentarios –los anteriores, aunque diversos, pueden dividirse entre los que apoyan una mayor amplitud en la financiación y sus detractores, ya sea por su limitación o por intento de sacarlo del texto constitucional y privarlos de su posición privilegiada–, con una visión bastante acertada, si bien, a nuestro entender, no en la sede adecuada –luego volveremos sobre ello–, prescinde del tipo de centros docentes para centrarse en los sujetos del derecho a la educación, los educandos⁹¹, o, subsidiariamente, en sus padres⁹².

272. A pesar de lo intenso y enriquecedor de los debates en sede parlamentaria relativos a la materia educativa y, concretamente, respecto del apartado 9 del actual artículo 27 CE, como ya vimos en la primera parte de este trabajo, este artículo se caracteriza por ser el principal punto de interés en el denominado “consenso constitucional”, por lo que

«indiscutible» la necesidad de ayuda estatal a los centros privados en el momento presente. Posteriormente afirmará que *«la supresión de este apartado no implica, en modo alguno, privar las ayudas y subvenciones que estén justificadas [...]. Se puede perfectamente establecer estas ayudas por medio de una ley de acorde con las necesidades que se produzcan»* (DSS, núm. 60, 27/09/1978, p. 3009).

⁹⁰ El señor MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (Grupo Progresistas y Socialistas Independientes) califica de «insólito» el intento de constitucionalizar este apartado, en su enmienda núm. 222 en el trámite en el Senado, en el intento de suprimir dicho apartado.

⁹¹ Las enmiendas núm. 426 y 441, ambas en el trámite en el Senado, pertenecientes a la señora LANDÁBURU GONZÁLEZ (GPMx) y al señor CALATAYUD MALDONADO (GUCD), respectivamente, apuestan porque «los poderes públicos ayudarán en igualdad de condiciones a todos los alumnos», siendo una *«consecuencia lógica, igualmente, de los principios propugnados en las enmiendas anteriores, de libertad de enseñanza, obligatoriedad y gratuidad»* –426– y haciendo efectivo, de esta manera el principio de igualdad de oportunidades –441–.

⁹² Enmienda núm. 10, del señor DE LA VALLINA VELARDE (AP), en el trámite en el Congreso: «Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca y facilitarán a los padres los medios económicos precisos para hacer efectivo el principio de gratuidad en la enseñanza básica».

el artículo quedó tal y como se convino extraparlamentariamente, sin apreciar las consideraciones hechas por los parlamentarios a través de sus enmiendas o en sus pronunciamientos en las Cortes.

273. La consumación de la constitucionalización de las ayudas públicas a la enseñanza privada a través del artículo 27.9 CE, como ya vaticinaron algunos de los diputados en Cortes constituyentes, ha producido más sombras que luces a la hora de su intento de comprensión, tanto por parte de la doctrina como de los tribunales.

274. Para el estudio en profundidad del artículo 27.9 CE nos remitimos a la tercera parte de este estudio, en el cual abordamos la financiación educativa *in extenso*.

SEGUNDA PARTE

**DEBATE CONSTITUCIONAL EN TORNO A LA
EDUCACIÓN DIFERENCIADA**

CAPÍTULO I

LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA COMO OPCIÓN PEDAGÓGICA

1. QUÉ SE ENTIENDE POR MODELO EDUCATIVO DE «EDUCACIÓN DIFERENCIADA»

1. Una de las cuestiones centrales de este trabajo es el modelo de educación diferenciada. Lo visto hasta ahora nos sirve, en gran medida, como introducción, amplia pero necesaria, para afrontar la difícil empresa de la delimitación, conceptualización y enmarcación de la educación diferenciada en nuestro sistema educativo en el respeto al ordenamiento jurídico-constitucional.

2. Aunque el problema de fondo, para esta investigación, es la constitucionalidad de la educación diferenciada, no podemos obviar, por movernos en un marco educativo, la dimensión pedagógica de la misma con las consecuencias que para el desarrollo psicosocial de los menores puede tener la educación en un centro de enseñanza en el que no

convivan chicos y chicas en todas las clases, las materias o en el propio recinto escolar.

3. Es por ello que haremos referencia, tangencialmente, a algunos aspectos pedagógicos a la hora de la delimitación conceptual de la educación diferenciada y para estudiar los *pros* y los *contras* que se les adjudican a este tipo de opción de oferta educativa, procurando no entrar a valorar directamente los mismos, al no ser nuestro campo de especialización, e intentando, en la medida de lo posible, apoyarnos en estudios generalistas jurídicos, pedagógicos y sociológicos en los que se aporten datos objetivos, a los cuales nos remitiremos para un mejor estudio psicopedagógico y social de esta opción educativa para poder centrarnos, a la postre, en el encuadramiento de la educación diferenciada en el marco de la Constitución Española.

1.1. ANÁLISIS CONCEPTUAL

4. En un primer momento de análisis de la educación diferenciada es básico pararse a reconsiderar lo que se entiende cuando se alude a este modelo pedagógico. Son muchas y muy distintas las formas con las que se hace referencia a esta opción educativa, pero no todas tienen el mismo afán de objetividad:

5. En primer lugar, encontramos la denominación de «*educación diferenciada*», que es el que vamos a utilizar mayoritariamente en este trabajo, aun cuando, como veremos en líneas posteriores, puede ser aludido con formas sinónimas en aras de la fluidez gramatical. Este concepto es el empleado mayoritariamente por la doctrina que, de una forma objetiva, analiza el alcance de este modelo

Educación diferenciada y conciertos públicos

educativo, así como los que, de una forma u otra, abogan por la legitimidad, necesidad y constitucionalidad de este tipo pedagógico.

A través de este tratamiento gramatical se hace referencia a un modelo educativo específico que trata a los educandos en razón de su sexo debido a las distintas necesidades psicobiológicas¹ y de maduración personal de los diferentes sexos, para adaptarse a las dispares actitudes, intereses, aptitudes y ritmo de crecimiento de chicas y chicos².

Este tipo de educación puede llevarse a cabo a través de la separación radical de centros escolares o en diferentes aulas para chicas y chicos, general o parcial³, a fin de conseguir los objetivos antedichos y sin que pueda suponer ningún tipo de privilegio para ninguno de los sexos⁴, dotando a los distintos centros, o las diferentes aulas, de las mismas condiciones físicas, tecnológicas y pedagógicas, contando con profesionales de equivalente competencia docente y con programas de estudio similares, aun adaptados a los distintos ritmos de maduración y comprensión educativas⁵, por lo que conviene distinguir entre la igualdad –en la prestación del derecho a la educación– y la uniformidad de trato educativo⁶ –posibilidad de educar separadamente a ambos sexos–.

Este modelo educativo puede considerarse que tenga connotaciones religiosas, morales o ideológicas, debido a los centros en los que tradicionalmente se imparte. A pesar de todo aquello que, de una forma u otra, pueda pensarse que queda fuera de una elección educativa, es, ante todo, de forma categórica, un modelo pedagógico⁷ con el fin

¹ ALÁEZ CORRAL, Benito (2011): 121.

² MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2012): 76.

³ ALÁEZ CORRAL, Benito (2009a): 42.

⁴ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2005): 210.

⁵ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2000): 1.

⁶ JIMENO, Jesús (2007): 4.

⁷ NUEVO LÓPEZ, Pablo (2009): 141; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro (2013): 1.

último, según sus valedores, de alcanzar unos resultados óptimos educativos y personales, dejando a un lado las valoraciones morales y religiosas que puedan considerarse, algo que en todo caso entraría dentro del carácter propio de los centros docentes privados pero que sería distinto de la caracterización diferenciadora de sexos de la educación impartida.

6. En segundo lugar, los detractores del modelo pedagógico de educación diferenciada suelen referirse a la misma con el término de «*educación segregada*»⁸ en un claro sentido peyorativo, con intención de significar la separación y marginación de los sexos⁹, amparados en la supuesta discriminación que provoca la distinción educativa entre sexos –algo a lo que dedicaremos posteriormente mayor atención– y con reminiscencias de tiempos pasados en los que la educación sí segregaba realmente por sexos, al concebir socialmente un rol diferenciado para hombres y mujeres y prepararlos para los mismos desde su infancia¹⁰.

7. Existen otros conceptos utilizados en derecho comparado que, a su vez, han sido adoptados en algunas ocasiones por la doctrina española:

⁸ Vid, *ad exemplum*, SUBIRATS, Marina (2010), cuyo título ya introduce la diferencia entre tipos educativos «¿*Coeducación o escuela segregada?* [...]».

⁹ La voz «segregar» de la 22^a edición del DRAE –en su edición digital– tiene tres acepciones:

«1. Separar o apartar algo de otra u otras cosas.

2. Separar y marginar a una persona o a un grupo de personas por motivos sociales, políticos o culturales.

3. Secretar, excretar, expeler».

Es escogido, conscientemente, el significado de separación y marginación para referirse a la educación diferenciada con intención descalificadora.

¹⁰ SUBIRATS, Marina (2010): 146.

Educación diferenciada y conciertos públicos

a) «*Single-sex school*»¹¹, denominación dada habitualmente a la educación diferenciada en los países anglosajones.

b) «*Écoles non mixtes*»¹², término francés en clara contraposición lingüística a la educación mixta, siendo un concepto bastante nítido.

c) Escolarización homogénea por razón de sexo¹³, adoptada de la doctrina italiana.

d) Escuelas monoeducativas –«*monoedukative*»¹⁴, conforme a la doctrina y jurisprudencia alemanas.

1.2. ARGUMENTACIONES A FAVOR DE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA

8. La educación diferenciada, desde un punto de vista pedagógico y educativo, aun teniendo siempre en cuenta la dimensión jurídica, tiene múltiples argumentos favorables, además de los ya vistos en el anterior apartado.

9. Para los defensores de la educación diferenciada, la agrupación por sexos –en centros educativos o, dentro de un mismo

¹¹ SMITH, Mark; ALONSO, Alex; ROGERS, Kelly y GIBSON, Doug (2004).

¹² SMYTH, Emer (2010). El artículo, a pesar de estar en la *Revue française de pédagogie* está en inglés. Sin embargo, el resumen traducido del artículo por parte de RIEU, Marcel –«*Non mixité à l'école: que nous dit la recherche actuelle?*»– nos aporta el concepto claro de «*école non mixte*», semejante a las *single-sex school*.

¹³ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2012).

¹⁴ ESTEVE PARDO, José (2013).

centro, en diferentes clases– fomenta la homogeneidad del grupo¹⁵, lo que conlleva un claro reagrupamiento favorable según las necesidades del sexo del que se trate, al tener, hombres y mujeres, niñas y niños, ritmos de maduración, formas de aprendizaje y sensibilidades distintas los unos de los otros¹⁶, no conllevando, de ninguna forma, según los grandes temores de los reacios a este tipo de educación, formación distinta para ambos sexos, sino la misma, pero adaptada según las necesidades biológicas, que no sociales, permitiendo, precisamente, elegir con mayor voluntad el futuro personal al no vincular determinadas materias a según qué sexo, como puede ocurrir en centros educativos mixtos¹⁷, fomentando el pleno desarrollo de la personalidad del educando, independientemente de su sexo y libre de todo estereotipo y rol de género¹⁸.

¹⁵ LÓPEZ LÓPEZ, Eduardo (2010): 18.

¹⁶ JIMENO, Jesús (2007): 2. En la doctrina psicopedagógica comparada, independientemente de su postura favorable o no a la educación diferenciada –tanto partidarios como detractores extraen resultados similares a este respecto– también concluyen que niños y niñas tienen inquietudes diferentes y se comportan en las clases, y los intermedios u horarios de comida, de forma distinta y separada. *Vid.* los trabajos de ZAIDMAN, MOSCONI y DURU-BELLAT (ZAIDMAN, Claude (2007); MOSCONI, Nicole (2004); DURU-BELLAT, Marie (2010)), *ad exemplum*.

¹⁷ EURYDICE (2011): 31. Destaca este estudio que este enfoque lo realizan, principalmente, movimientos feministas defensoras de centros diferenciados. A su vez argumenta que grupos conservadores también defienden la educación diferenciada pero por motivos distintos, es decir, de determinación de roles sociales.

¹⁸ JAMES y RICHARDS, a través de un estudio empírico, concluyen que la actitud de los chicos que han estudiado en un colegio single-sex y los que lo han hecho en mixto son diferentes, debido a que en estos últimos se suele potenciar un rol de género basado en la falta de actitud e interés en los estudios de los chicos (debido a su diferente ritmo de maduración respecto a las chicas) y en los *single-sex* se pueden potenciar los aptitudes que habitualmente se han atribuido a una mejor capacidad de las chicas: comunicación, lectura, comprensión y escritura. Por lo que los colegios *single-sex* no sólo no fomentarían los roles de género, sino que, muy al contrario, ayuda a una homogeneización y son los mixtos los que pueden fomentar la aparición de

Educación diferenciada y conciertos públicos

10. Se arguye, desde esta perspectiva, que los centros educativos que no diferencian a los alumnos por su sexo los perjudican¹⁹ al no tener en cuenta sus distintos tipos de maduración personal, obviando las dispares características personales, somáticas y psicológicas del alumnado y estando, por ello, menos preparadas para el desarrollo personal de los educandos²⁰, poniendo en entredicho, a su vez, una de las grandes bondades que los partidarios de la educación mixta utilizan para la primacía de este tipo de modelo pedagógico, y es la «coeducación», entendida en términos de tratamiento igual y no de generar estereotipos sociales²¹, llegando, afirman, incluso a poder ser la educación mixta más desigualitaria que la educación diferenciada, al crear ambientes con roles sexistas dentro de las aulas y de los centros escolares²².

11. Por lo tanto, sería posible, según estos puntos de vista, extraer del modelo pedagógico de educación diferenciada las siguientes virtudes²³:

roles de género (JAMES, Abigail Norfleet y RICHARDS, Herbert C. (2003): *in totum*, especialmente p. 146).

¹⁹ CALVO CHARRO, María (2009): 23; 156.

²⁰ JIMENO, Jesús (2007): 2-4.

²¹ Algunos estudios pedagógicos empíricos han concluido que las escuelas single-sex son beneficiosas, sobre todo, para aquellos alumnos con menores recursos económicos y las minorías, ya que suelen tener mayores problemas en escuelas mixtas, consiguiendo, de esta manera, una mejor integración social (HUBBARD, Lea y DATNOW, Amanda (2005): 127-128).

²² MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2005): 225; JIMENO, Jesús (2007): 4. CALVO CHARRO llega a afirmar que la educación diferenciada es «*teleológicamente coeducativa*», al buscar la igualdad de oportunidades y garantizar la posibilidad de alcanzar objetivos similares para niñas y niños (CALVO CHARRO, María (2015): 158).

²³ Extraído y adaptado de SMITH, Mark; ALONSO, Alex; ROGERS, Kelly y GIBSON, Doug (2004): 7-8. Texto recomendado en el ámbito extrajurídico, al contener comparativas de estudios sociales, sociológicos, psicológicos y pedagógicos para llegar a esas conclusiones.

a) Cultura del aprendizaje, al no depender de la apariencia sexual e incluso deportiva/competitiva que impera en los centros mixtos²⁴.

b) Igualdad de género, al no crear estereotipos en clase, sin adquisición de roles educativos y sociales.

c) Mayor sensibilidad respecto al otro sexo, al poder madurar personalmente sin sentimientos de cohibición debido a las potencialidades del otro sexo en referencia al propio y asumiendo las virtudes de ambos sexos.

d) Seguridad y reforzamiento personal y moral, desarrollándose personal y académicamente con educandos con similar ritmo de aprendizaje y maduración.

1.3. ARGUMENTACIONES EN CONTRA DE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA

12. Es necesario tener en cuenta, para este estudio, el distinto punto de vista que mantiene una parte de los autores especializados en materia educativa –así como en materia de género–, consistente en afirmar la necesidad de una educación en centros mixtos con base, a grandes rasgos, en lo contrario de lo afirmado por la doctrina antagónica a esta visión, la que acabamos de ver.

²⁴ En un estudio realizado por el Departamento de Educación de los Estados Unidos de América, en el que cuestionaron a profesores y directores de colegios, entre otros, que impartían clases en centros que diferencian por sexo sobre posibles beneficios de la educación diferenciada, este fue uno de los principales argumentos, el decremento de las distracciones y con ello un mayor logro en la consecución de una exitosa educación (U.S. DEPARTMENT OF EDUCATION (2008): 24).

Educación diferenciada y conciertos públicos

13. Para esta corriente doctrinal, la separación por sexos del alumnado, que no tiene aval científico que lo justifique²⁵, implica la privación de una percepción democrática y real de la sociedad²⁶, sesgada por la presencia de un único sexo en las aulas, sin posibilidad, por ello, de mejorar las capacidades de sociabilización y de desarrollo personal y democrático que garantiza una convivencia conjunta del alumnado de ambos sexos²⁷ ofreciendo, de este modo, una visión plural de la sociedad, tanto desde el punto de vista público como en la esfera privada de los educandos, teniendo presente el pleno desarrollo del alumnado en todos los niveles²⁸.

14. Se mantiene, desde este punto de vista, que la opresión histórica sexista contra las mujeres se ha mantenido de modo eficaz gracias a la educación diferenciada entre niños y niñas, transmitiendo los valores y roles sociales que, en cada época histórica²⁹, han sido considerados como particulares de cada sexo³⁰ y atribuyendo a la educación mixta, como «*éxito indiscutible*», el avance académico y,

²⁵ Así de tajante se muestra BASTIDA FREIJEDO, a pesar de los diversos estudios mencionados sólo en el plano social y psicopedagógico, no neurológico, donde, por motivos del objeto de estudio, no vamos a entrar. Además el autor afirma que «*los colegios que optan por este tipo de enseñanza tienen un ideario que comulga con la diferenciación social de roles por sexo*» (BASTIDA FREIJEDO, Francisco (2012)), algo con lo que no podemos estar de acuerdo en absoluto, al entrar en conflicto, de esta manera, con la Constitución y los diversos tratados internacionales estudiados, siendo una postura discriminatoria e indefendible.

²⁶ ALÁEZ CORRAL, Benito (2009a): 43.

²⁷ ALÁEZ CORRAL, Benito (2009a): 59-60.

²⁸ CRUZ DÍAZ, María del Rocío (2004): 105.

²⁹ CÁMARA VILLAR hace referencia a las diferencias en la educación que se impartía para los niños y para las niñas a raíz de las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII y la llegada a término del Antiguo Régimen (CÁMARA VILLAR, Gregorio (2012b): 554-555). Se tiende a pensar, en muchas ocasiones, que la diferencia de enseñanzas para uno y otro sexo sigue perviviendo en la actualidad.

³⁰ MARTÍNEZ SAMPERE, Eva (2004): 57.

consecuentemente, profesional que han tenido ambos sexos, y particularmente las mujeres³¹.

15. Al igual que con la defensa de la educación diferenciada, contra ella –o, si bien se quiere, a favor de la educación mixta– también es posible extraer, a partir de distintas corrientes doctrinales, diversas conclusiones³²:

a) Falta de competencias sociales, al no estar preparados los educandos que han acudido a un centro de educación diferenciada a la vida mixta que prevalecen en la sociedad y en los centros profesionales.

b) Problemas sociales, debidos a indisciplina y no socialización de género.

³¹ SUBIRATS, Marina (2010): 144. La autora aporta cifras elaboradas a partir del documento INSTITUTO DE LA MUJER (2008): *Las mujeres en cifras 1983-2008. 25 aniversario del Instituto de la Mujer*, Madrid, Instituto de la Mujer.

No podemos considerar como «*éxito indiscutible*» de la educación mixta, en todo caso, las cifras que aporta la autora, ya que, a nuestro modo de entender, se realiza de una forma sesgada. Las cifras que vierte la autora corresponden a 25 años que, si bien la escuela mixta ha sido predominante, una importantísima causa de escolarización y éxito académico ha sido el establecimiento del Estado social y democrático de Derecho, con, entre otros artículos, el artículo 27 relativo al derecho a la educación y la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza y la asunción de las Declaraciones y otros textos internacionales en materia de derechos humanos que protegen, a su vez, el derecho a la educación y su aseguramiento por parte de los poderes públicos.. Por lo tanto, considerar como «*éxito indiscutible*» el avance social a raíz de la implantación generalizada de la educación mixta es, cuando menos –y valga el juego de palabras–, discutible.

³² Extraído y adaptado, igualmente, de SMITH, Mark; ALONSO, Alex; ROGERS, Kelly y GIBSON, Doug (2004): 9.

Educación diferenciada y conciertos públicos

c) Reforzamiento del sexismo, fortalecimiento de los roles de género y los estereotipos sexistas³³.

d) Discriminación económica, al ser, habitualmente, las escuelas diferenciadas destinadas a las alumnas más pobres económicamente que los centros docentes sólo de chicos.

1.4. CONCLUSIONES EXTRAJURÍDICAS DEL MODELO EDUCATIVO DE EDUCACIÓN DIFERENCIADA

16. El modelo pedagógico de educación diferenciada, tal y como está pensado en nuestros días, no es una reminiscencia de tiempos pretéritos en el que se asignaba un rol distinto a cada uno de los sexos, sino todo lo contrario, un instrumento de que pretende potenciar las igualdades y oportunidades para ambos sexos, sin que se vean cohibidos o estereotipados en el ambiente escolar³⁴.

17. Los argumentos de corte pedagógico, psicológico y social – evitando en gran medida los morales y, sobre todo, los jurídicos que veremos en las siguientes páginas– no llegan a una clara determinación extrajurídica por ninguno de los modelos educativos en cuestión: la educación diferenciada y la mixta.

³³ En el mismo sentido se expresan COHEN y LEVIT quienes afirman que, en Estados Unidos, la educación diferenciada debería ser inconstitucional porque crea y perpetúa la tradicional inferioridad de la mujer en los planos legal, económico y social (COHEN, David S. y LEVIT, Nancy (2014): 393). Además refuerzan la diferenciación de la denominación de «educación segregada» (*sex-segregated education*) para los detractores de este modelo educativo, como antes hemos comentado, allende nuestras fronteras.

³⁴ CALVO CHARRO, María (2015): 154.

18. Además de los argumentos de preferencia personal por parte de los distintos autores, los estudios dejan en entredicho las virtudes y los defectos que unos y otros engarzan con el modelo educativo preferido. No queda suficientemente claro si la educación diferenciada es más apta para la supresión de los estereotipos de género que la mixta, si esta es preferente a la homogénea por razón de sexo en cuanto al desarrollo personal al relacionarse con los distintos sexos o cuál de los modelos educativos conlleva la mejora del sistema de enseñanza y el éxito académico de los educandos³⁵.

19. Lo que sí se hace patente es que, a pesar del auge de la educación mixta, siguen existiendo desigualdades en el ámbito educativo³⁶, que la coexistencia de niños y niñas en las aulas no ha llegado a paliar, lo que en algunos casos se ha denominado «*la paradoja de la educación mixta*»³⁷, al permitir este modelo pedagógico la oportunidad de descubrir al propio sexo y al otro en un ambiente conjunto y poder desarrollarse mutuamente pero que, a la vez, puede llegar a generar mayores estereotipos de género.

20. Por lo tanto, si desde el punto de vista pedagógico, educativo, psicológico y social no es concluyente³⁸, es lógico pensar que el debate formativo e instructivo seguirá latente, sin llegar, ciertamente, a

³⁵ SMYTH, Emer (2010): 50-51.

³⁶ CÁMARA VILLAR, Gregorio (2012b): 558, después de reproducir en su estudio cifras del Instituto de la Mujer, con estadísticas en las cuales se constata que sigue habiendo “profesiones femeninas” y “profesiones masculinas”, es decir, hay más mujeres estudiando determinadas ramas con porcentajes muy elevados y viceversa, tanto en Universidad como en Formación Profesional.

³⁷ DURU-BELLAT, Marie (2010): 9.

³⁸ THOMPSON y UNGERLEIDER, después del análisis de numerosos estudios, deducen que los beneficios de la educación diferenciada no son unánimemente aceptados y que, habitualmente, son las chicas las que más cómodas se sienten con este modelo pedagógico (THOMPSON, Terri y UNGERLEIDER, Charles (2004): 17).

Educación diferenciada y conciertos públicos

un consenso en la doctrina educativa sobre el método de enseñanza-aprendizaje óptimo para obtener el máximo rendimiento de los alumnos y debiendo dejar, en este caso, a los padres la decisión de la elección de un tipo u otro de educación³⁹.

2. DISTINCIÓN ENTRE ENSEÑANZA Y EDUCACIÓN

21. La distinción que realiza el apartado primero del artículo 27 CE en relación a la enseñanza y la educación –«todos tienen derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza»– hace indispensable que nos cuestionemos sobre el alcance de esta distinción, así como su operatividad como factor jurídico, que es de lo que, al fin y al cabo, hemos de tratar en este estudio.

2.1. ¿EDUCACIÓN COMO DISPOSICIÓN DE MEDIOS Y ENSEÑANZA COMO TRANSMISIÓN DE CONOCIMIENTOS?⁴⁰

22. Muchos han sido los intentos, desde la doctrina jurídica, por distinguir plenamente la educación y la enseñanza⁴¹, con el fin, básicamente, de desarrollar los derechos y libertades otorgados

³⁹ NOVOTNEY, Amy (2011): 58.

⁴⁰ En este sentido se expresa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su STEDH Caso *Campbell y Cosans c. Reino Unido*, §33, en referencia al artículo 2 del Protocolo Adicional 1º al CEDH.

⁴¹ La falsa dicotomía entre educación y enseñanza –o instrucción–, como lo ha llamado SAVATER (SAVATER, Fernando (1997): 22).

constitucionalmente a cada uno de esos, en principio, conceptos distintos.

23. Como en otros aspectos relativos a los derechos educativos, inaugura el debate doctrinal sobre la distinción entre enseñanza y educación, en el marco del derecho y constitucionalismo español, el Magistrado Tomás y Valiente, en su ya consabido Voto Particular a la STC 5/1981. En el mismo, y aun hablando no en términos genéricos, sino haciendo especial hincapié en el artículo 27.3 CE –dado el contenido de su pronunciamiento, es obvia la necesidad de extrapolarlo al conjunto del artículo 27– entiende la enseñanza «como la transmisión de conocimientos científicos» mientras que la educación es «la comunicación de unas convicciones morales, filosóficas y religiosas conformes con una determinada ideología», aunque posteriormente reconoce la dificultad para distinguir ambos conceptos, aun cuando insta a la necesidad de diferenciarlos⁴².

24. Esta tradicional distinción se ha visto respaldada por un amplio sector doctrinal, centrado más en la posible disparidad entre los términos que en las semejanzas que puedan tener.

25. Apoyándose en esta distinción, se suele conceptualizar la educación como un proceso de formación integral⁴³ de la personalidad del alumno⁴⁴, de creación de una conciencia personal mediante la transmisión de convicciones⁴⁵ y asimilación de creencias, valores y normas⁴⁶ a través de una acción formal institucionalizada a partir de

⁴² STC 5/1981, F 5 del Voto Particular del mencionado Magistrado, ambos pronunciamientos.

⁴³ ORTIZ DÍAZ, José (1980): 90.

⁴⁴ ALÁEZ CORRAL, Benito (2009b): 7.

⁴⁵ LETURIA NAVAROA, Ana (1995): 134.

⁴⁶ SALGUERO, Manuel (2004): 795.

Educación diferenciada y conciertos públicos

determinados idearios o pensamientos filosóficos y morales⁴⁷ tendente al perfeccionamiento intencional del educando⁴⁸, en el que ciertamente entran en juego otros agentes sociales además de los centros educativos, como la familia, los medios de comunicación o los grupos de iguales⁴⁹.

26. Como base a esta definición hemos utilizado el concepto de «formación», referido como transmisión de valores y convicciones tal y como lo hace el artículo 27.3 CE⁵⁰ al garantizar el derecho de los padres a elegir «la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones» coincidente, en gran medida, con el concepto general de educación realizado a través de las distintas aportaciones doctrinales.

27. Por otra parte encontramos el concepto de enseñanza. A través de la dimensión otorgada a la misma por el Magistrado del Tribunal Constitucional Tomás y Valiente, doctrinalmente se ha ampliado –en un único sentido explicativo y no expansivo– la consideración conceptual, entendiendo el proceso de enseñanza como la transmisión, de manera ordenada⁵¹ y sistemática, de conocimientos, ideas⁵² y capacidades del alumno⁵³.

28. Vistas ambas definiciones, se antoja necesario considerar la educación y la enseñanza como una unidad, aunque se ha estimado que la educación tiende a ser un concepto más expansivo, como proceso y

⁴⁷ CÁMARA VILLAR, Gregorio (1988): 2172.

⁴⁸ ZUMAQUERO, José Manuel (1984): 240-241.

⁴⁹ CÁMARA VILLAR, Gregorio (2002): 980. RUIZ MIGUEL afirma, incluso, que la educación es más el producto de los grupos sociales «naturales» como la familia y amigos que de las propias instituciones educativas (RUIZ MIGUEL, Alfonso (2007): 28).

⁵⁰ COTINO HUESO, Lorenzo (2012): 54.

⁵¹ COTINO HUESO, Lorenzo (2000a): 103.

⁵² GARCIMARTÍN MONTERO, María del Carmen (2007): 284.

⁵³ ALÁEZ CORRAL, Benito (2009b): 7.

resultado, siendo la enseñanza el instrumento que posibilita la educación a través de los conocimientos técnicos, científicos y formativos adquiridos⁵⁴.

29. Acudiendo a lo que el Tribunal Constitucional ha denominado «lenguaje espontáneo»⁵⁵ no salimos de las dudas que nos generan la distinción jurídica entre educación y enseñanza, con las lagunas y antinomias que presentan los conceptos hasta ahora vistos y tal y como seguiremos viendo en líneas y apartados posteriores.

30. El Diccionario de Lengua de la Real Academia Española define la «educación» como «acción y efecto de educar»⁵⁶, entendiendo esto como el acto de «dirigir, encaminar, doctrinar» y «desarrollar o perfeccionar las facultades intelectuales y morales del niño o del joven por medio de preceptos, ejercicios, ejemplos»⁵⁷, mientras que para la «enseñanza» el Diccionario nos ilustra entendiendo la misma como «conjunto de conocimientos, principios, ideas, etc., que se enseñan a alguien»⁵⁸, entendiendo «enseñar» como «instruir, doctrinar, amaestrar con reglas o preceptos»⁵⁹.

31. Como es posible apreciar, ambos conceptos, en el lenguaje extrajurídico o «espontáneo» son ciertamente ambiguos en cuanto su

⁵⁴ CÁMARA VILLAR, Gregorio (1988): 2178.

⁵⁵ STC 11/1981, FJ 10, en la que nuestro Alto Tribunal denomina así a las definiciones del Diccionario de Lengua de la Real Academia Española, haciendo, de esta manera, una primera aproximación al fondo del asunto a dilucidar.

⁵⁶ Primera acepción de la voz «educación», DRAE, 22^a edición, edición digital.

⁵⁷ Primera y segunda acepción, respectivamente, de la voz «educar», DRAE, 22^a edición, edición digital.

⁵⁸ Cuarta acepción de la voz «enseñanza», DRAE, 22^a edición, edición digital.

⁵⁹ Primera acepción de la voz «enseñar», redirigida aquí, a su vez, además de por la cuarta acepción de la voz «enseñanza» *in fine*, por la primera acepción de la misma voz, comprendiendo la enseñanza como la «acción y efecto de enseñar», DRAE, 22^a edición, edición digital.

Educación diferenciada y conciertos públicos

distinción, debido a que ambos se orientan a «doctrinar» en un conjunto de facultades que, si bien se especifican que pueden ser intelectuales y morales –distinta, a su vez, de las conceptualizaciones jurídicas que acabamos de ver–, por otro lado también son un conjunto de conocimientos que, obviamente, son tendentes al desarrollo de facultades intelectuales.

32. Las divergencias entre las acepciones «espontáneas» y las jurídicas y las propias incoherencias que puede presentar una distinción sin medida entre la educación y la enseñanza hacen que nos preguntemos sobre la operatividad jurídica que realmente tiene tal diferencia y la posibilidad, en términos jurídico-constitucionales, de concebir separadamente ambos elementos del artículo 27.1 CE.

2.2. OPERATIVIDAD JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE LA DISTINCIÓN ENTRE ENSEÑANZA Y EDUCACIÓN

33. Como ya adelantábamos antes, fue el propio Magistrado Tomás y Valiente quien advirtió de la dificultad para la distinción entre ambos conceptos⁶⁰. Pero nosotros vamos más allá y nos preguntamos por la operatividad e incluso por la pertinencia de la diferenciación entre ambos conceptos.

34. El primer obstáculo para la distinción entre educación y enseñanza es la fundamentación jurídica de la propia sentencia en la que Tomás y Valiente particulariza su voto, que define la enseñanza como «una actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de

⁶⁰ STC 5/1981, F 5 del Voto Particular del Magistrado Tomás y Valiente.

continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores»⁶¹.

Como hemos visto en el apartado anterior, la enseñanza estaba encaminada, según la mejor doctrina, a la transmisión de conocimientos, mientras que de los valores, creencias y convicciones se encargaba la educación. Nuestro Alto Tribunal despliega los efectos de la enseñanza a la transmisión de los valores, y es que es claro que en un proceso de aprendizaje de valores no es posible aprehenderlos si no se enseñan, entendiendo esta enseñanza como la transmisión del conocimiento, contenido y consecuencia que impregnan dichos valores.

A su vez, en sentido contrario, cualquier intento de una enseñanza libre de contenido educativo, entendiéndolo como acabamos de mencionar, sería un intento baldío, ya que cualquier transmisión de conocimientos implica valoraciones de aquel que las difunde⁶², aunque está claro que habrá materias curriculares en las que se puedan impregnar valoraciones personales de hondo calado y otras en las que eso será más improbable debido al alto grado de especialización, especificación y rigor científico con el que se hayan de dar⁶³. De ahí también la difícil desvinculación del carácter propio del centro docente privado de las enseñanzas impartidas en el mismo y no sólo en el determinado ambiente educativo del centro⁶⁴, y aunque es necesario que aquellas atiendan a los criterios de veracidad y rigor científico, siempre estarán influidas por el ideario del centro e influenciadas por la libertad de cátedra del docente conforme al artículo 20.1.c) CE. Por lo que, en este

⁶¹ STC 5/1981, FJ 7.

⁶² CÁMARA VILLAR, Gregorio (1988): 2177.

⁶³ ALÁEZ CORRAL, Benito (2009b): 7-8.

⁶⁴ DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (2005): 98; BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (1984): 61.

Educación diferenciada y conciertos públicos

momento, queda claro que «*no hay educación sin transmisión de conocimientos ni enseñanza sin transmisión de valores*»⁶⁵.

35. En segundo lugar, el pleno desarrollo de la personalidad humana como fin último del sistema educativo dificulta una posible nítida separación entre ambos conceptos⁶⁶. Como hemos podido ver anteriormente, para lograr el pleno desarrollo de la personalidad del educando hace falta potenciar en el educando sus facultades físicas, intelectuales, cognoscitivas, psicológicas y sociales, algo que no depende exclusivamente ni de la educación ni de la enseñanza, en el sentido que hemos visto en el anterior apartado.

36. En tercer lugar, debemos hacer una defensa de la imposibilidad de una distinción jurídico-constitucional de la educación y la enseñanza por la propia lógica estructural del derecho a la educación y la libertad de enseñanza.

37. Tal y como hemos defendido, y seguimos proyectando en estas páginas, el derecho a la educación lo conformaría, a grandes rasgos, el derecho-deber a recibir una enseñanza básica obligatoria de forma gratuita mientras que la libertad de enseñanza abarcaría el derecho de elección de tipo educativo, la libertad de creación y dirección de centros docentes, la libertad de dotar al centro de ideario propio y la intervención de la comunidad escolar en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos, además de la libertad de cátedra.

38. Visto esto, comprobamos cómo en el derecho a la educación forma parte el derecho-deber a recibir enseñanza, atendiendo a que el proceso educativo parte de la base de una necesaria instrucción en conocimientos y, a su vez, valores para llegar al objetivo del pleno desarrollo de la personalidad humana.

⁶⁵ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (1983): 165.

⁶⁶ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (2012a): 454.

39. Por otra parte, dentro de la libertad de enseñanza se encuentran libertades típicamente asociadas al fenómeno educativo, como son la formación en valores, creencias e ideales propios del centro docente. Atendiendo a la ordenación previamente realizada, estas facultades entrarían dentro del concepto de educación, al constituir su objeto el aprendizaje y la adquisición de aptitudes, habilidades y conocimientos más allá de las técnico-científicas atribuidas en este mismo sentido a la enseñanza. Así como la consideración de la participación de la comunidad escolar, en especial el alumnado, en su caso, para el pleno desarrollo de su personalidad, que forma parte de la libertad de enseñanza y que constituye un proceso educativo-instructivo, orientado a la participación de todos y la adquisición de conocimientos y aptitudes teórico-prácticas que puedan tener su reflejo en el orden social⁶⁷.

40. Todos estos derechos y libertades son ampliamente defendidos en sus respectivos ámbitos de educación y enseñanza, por lo que, a nuestro entender, carecería de sentido realizar una doble distinción teórico-funcional en el plano constitucional sobre educación y enseñanza y una dimensión pretendidamente pedagógica sobre los mismos conceptos, que difiriese ampliamente la una de la otra.

41. En resumidas cuentas, la distinción entre educación y enseñanza sólo podría llevarse a cabo en un plano lógico-funcional⁶⁸, es decir, posiblemente útil desde un punto de vista analítico, abstrayéndose de la realidad⁶⁹ pero que se trata, en cualquier caso, de una realidad inescindible, no siendo difícil su distinción, como se advertía en el Voto

⁶⁷ LETURIA NAVARRO, Ana (2006): 68.

⁶⁸ MARTÍNEZ BLANCO, Antonio (1998): 540.

⁶⁹ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso y SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel (1996): 205.

Educación diferenciada y conciertos públicos

Particular citado de la STC 5/1981, sino imposible⁷⁰, por lo que toda referencia a la dimensión pedagógica, desde un punto de vista jurídico, realizada a la educación deberá entenderse a su vez hecha al fenómeno instructivo y viceversa⁷¹.

3. ENCUADRAMIENTO DE LA ELECCIÓN DEL MODELO PEDAGÓGICO DE EDUCACIÓN DIFERENCIADA DENTRO DEL MARCO CONSTITUCIONAL

42. El artículo 27 de la Constitución Española es bastante profuso en su regulación educativa, como ya hemos tenido ocasión de comentar en varias ocasiones. Sin embargo, no se ha pronunciado sobre la necesidad de una educación mixta o la posibilidad de la convivencia entre distintos tipos de modelos pedagógicos, siempre en el respeto a los preceptos constitucionales.

43. Y no es porque no haya tenido la oportunidad de hacerlo –o incluso podría pensarse que no es el lugar para dicha precisión educativa–, ya que en los debates constituyentes se planteó el tema de la educación diferenciada y la coeducación, quedando el articulado tal y como lo conocemos hoy en día, sin ningún tipo de inclusión sobre el modelo educativo preferente⁷².

⁷⁰ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (1983): 164-165.

⁷¹ CÁMARA VILLAR, Gregorio (1988): 2177.

⁷² La señora BRABO CASTELLS (Grupo Parlamentario Comunista) planteó, en su enmienda núm. 696 en el trámite en el Congreso de los Diputados, la introducción de un nuevo párrafo, entre los ordinales 3 y 4 del artículo 28 del Anteproyecto de Constitución, del siguiente tenor literal: «En todo caso, los centros públicos se organizarán en régimen de coeducación», motivándolo para «dar rango constitucional a la exigencia de la coeducación en la enseñanza en los centros oficiales», no siendo

44. En particular, y a través del juego de los distintos apartados del artículo 27 CE es factible deducir la posibilidad de la existencia de distintos modelos pedagógicos educativos.

a) En primer lugar, el artículo 27.1 CE, en su segundo inciso, reconoce la libertad de enseñanza. La libertad de enseñanza, como hemos visto anteriormente, conlleva la posibilidad de elección centro educativo, de tipo de educación y de libre creación de centros docentes⁷³.

aceptada por la Ponencia en su Informe (BOCG 17/04/1978, núm. 82, p. 1540). Nótese, en todo caso, que se limitaba la pretendida obligatoriedad del régimen de coeducación a los centros públicos, al preservarse en el propio articulado constitucional la libertad de enseñanza y la libre creación de centros docentes.

Por su parte, el señor GÓMEZ LLORENTE (Partido Socialista), en los debates parlamentarios, considera la coeducación como «*un valor muy importante*» pero no han tratado de llevarlo a la Constitución (DSCD, núm. 106, de 07/07/1978, p. 4043), resultando lógica la existencia y cabida constitucional de otro tipo de modelo pedagógico, ya que, si necesario fuese según lógica y concordancia constitucional, no haría falta imponerlo constitucionalmente, ni siquiera plantearlo ni hacer mención alguna.

Más tarde, en el Senado, el señor GRACIA NAVARRO (Grupo Parlamentario Socialistas del Senado) manifiesta que el sentir de su Grupo Parlamentario en cuanto la posible estatalización e intervención excesiva del Estado en materia educativa es su reprobación total, sienta la propia comunidad escolar, en primer lugar, y los sectores sociales, en última instancia, quienes intervengan, inspeccionen y homologuen el sistema educativo (DSS, núm. 60, 27/09/1978, pp. 2990-2991), de lo cual se deduce que la intención parlamentaria era otorgar libertad a los grupos sociales –a los padres, básicamente– para elegir la educación que más conveniente a sus intereses, y a los de sus hijos, creyesen.

⁷³ ALÁEZ CORRAL, Benito (2009a): 36.

Educación diferenciada y conciertos públicos

b) El artículo 27.6 CE otorga la libertad de creación de centros docentes «dentro del respeto a los principios constitucionales». Los principios constitucionales pueden aclararse, además de en el propio artículo 27 CE, en los artículos 1.1 y 10.1 de la Carta Magna, considerando, a su vez, el 9.2 CE de plena observancia para los poderes públicos. Estos artículos propugnan como principios la libertad, la igualdad, la justicia y el pluralismo –político–. La facultad que tienen los titulares de los centros docentes privados de identificar sus centros con un ideario propio les posibilita la elección de un modelo educativo pedagógico⁷⁴, como carácter propio del mismo⁷⁵, habilitando con estas alternativas de tipos de centros entre distintos modelos pedagógicos de enseñanza la consecución de los principios constitucionales, formando parte del carácter propio de un centro determinado la condición de femenino o masculino en la que decidan impartir las enseñanzas⁷⁶.

c) El artículo 27.3 CE otorga la posibilidad de elección de tipo educativo así como de centro, siendo los de educación diferenciada uno de ellos⁷⁷. Aunque en el momento de la aprobación del texto constitucional no existía la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en virtud de su necesaria observancia para la interpretación de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento interno a la luz del artículo 10.2 CE, la misma, en su artículo 14, garantiza el respeto a la elección de los padres de «la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y

⁷⁴ Ya que, como manifestó la STC 5/1981, FJ 8, «el derecho a establecer un ideario no está limitado a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa».

⁷⁵ MORENO BOTELLA, Gloria (2009): 15.

⁷⁶ CALVO CHARRO, María (2008): 109.

⁷⁷ OLMOS ORTEGA, María Elena (2014): 40-41.

pedagógicas», por lo que si ya el Tribunal Constitucional admitía la existencia de otro tipo de idearios de centro⁷⁸, la CDFUE los amplía.

d) El artículo 27.2 CE orienta la educación al «pleno desarrollo de la personalidad humana». Es difícilmente comprensible un pleno desarrollo de la personalidad si se coarta, *ab initio*, la libertad de elección de tipo educativo.

45. La principal consideración que puede hacerse a este respecto es que, del conjunto del artículo 27 CE con el artículo 10.2 CE –interpretación a la luz de los tratados internacionales–, la educación ha de ser garantizada, en condiciones de igualdad, a todas las personas, estando orientada al pleno desarrollo del educando, eliminando cualquier tipo de prejuicio o estereotipo de género⁷⁹, algo que, como hemos visto en páginas anteriores, la educación diferenciada pretende garantizar en todos sus extremos.

46. De todo este desarrollo, que vamos a seguir justificando en las páginas siguientes de una forma más pormenorizada, podemos deducir que no existe un modelo pedagógico único aceptado constitucionalmente. Es más, y como ya advertimos en capítulos anteriores, en aras de un pluralismo escolar –en este caso “de escuelas” aunque también ha de darse “en la escuela”, si bien aquí, obviamente, no en la materia relativa al sexo del alumnado– la creación de centros docentes con carácter propio distintos de las escuelas mixtas ofrecidas por los poderes públicos –que, actualmente, sólo ofrecen este modelo educativo– es casi una exigencia constitucional, para poder explotar, en su máximo exponente, el ejercicio de todos los derechos y libertades fundamentales que otorga a los ciudadanos –profesores, padres y

⁷⁸ Como vimos *ut supra*.

⁷⁹ CÁMARA VILLAR, Gregorio (2012b): 577.

Educación diferenciada y conciertos públicos

madres, educandos, comunidad escolar, comunidad social– en materia educativa.

«Si no hay una razón iusfundamental para optar por el modelo pedagógico de coeducación, la educación diferenciada debe ser accesible a todos los alumnos, correspondiendo a sus padres o tutores elegir el modelo pedagógico con arreglo al cual deben ser educados»⁸⁰.

⁸⁰ NUEVO LÓPEZ, Pablo (2009): 146.

CAPÍTULO II

IGUALDAD Y DISCRIMINACIÓN EN TORNO AL MODELO DE EDUCACIÓN DIFERENCIADA

1. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL. ESPECIAL CONSIDERACIÓN EN MATERIA EDUCATIVA

47. En el presente apartado estudiaremos uno de los aspectos clave para la calificación, en su caso, de constitucional del modelo pedagógico de educación diferenciada.

48. Uno de los principales argumentos en contra de este modelo educativo es la posible discriminación por razón de sexo que conlleva su implantación, debido a la separación o diferenciación entre niños y niñas en su escolarización.

49. Y hacemos referencia explícitamente a la «discriminación por razón de sexo» y no «por razón de género», conscientes de la polémica que puede suscitar la diada sexo–género, en ocasiones términos confusos usados indistintamente, entendiendo por «sexo» aquellas

diferencias psicobiológicas y genéticas entre mujeres y hombres¹ y por «género» las construcciones y roles sociales que se han asignado a esos sexos, de forma estereotipada, a lo largo de la historia².

50. Es por ello que, conscientemente, usamos la diferenciación entre sexos cuando hablamos de la educación diferenciada, ya que no se utiliza como una forma de construcción de roles y estereotipos sociales, sino como separación entre sexos tendente a una mejor adaptación a las diferencias psicobiológicas entre niños y niñas.

51. En el plano internacional, distintas Declaraciones y Convenios Internacionales se han ocupado de salvaguardar las posibles discriminaciones por razón de sexo que pudieran tener lugar en las sociedades contemporáneas, ya sea tratándolo de manera tangencial o dedicando textos enteros para su regulación y, en todo caso, siempre prohibiendo las discriminaciones en las distintas regulaciones específicas por materias. Para un mejor estudio de las prohibiciones, es conveniente entrar en el fondo de cada uno de los pronunciamientos internacionales.

52. Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948. La primera Gran Declaración de Derechos y Libertades no podía pasar por alto uno de los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas de 1945, en la que se reafirmaba «la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres [...]».

Es así que la DUDH, en su Preámbulo, hace suya esta misma afirmación de la Carta y eleva, en su primer artículo, el principio de igualdad a todos los seres humanos, que nacen libres e iguales en dignidad y derechos, sin distinguir en el mismo entre sexo, raza, color, idioma, religión o cualesquiera otra índole, como sí hace en su artículo

¹ GERARDS, Janneke (2007): 70.

² HERNÁNDEZ SAMPELAYO, María (2010): 240.

Educación diferenciada y conciertos públicos

segundo, pero sólo para proclamar la igualdad en los derechos y libertades de la propia Declaración, sin poder hacer distinción alguna por razón de los motivos antedichos.

Y es que no hay mayor signo de la búsqueda de la igualdad de la Declaración que la salvaguarda de los derechos y libertades a «toda persona» o a «todos», como realiza constantemente sin diferenciación de ninguna clase y protegiendo la igualdad de todos ante la ley, sin distinción³.

53. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, ambos de 1966. Al igual que la DUDH, hacen suyo el principio de igualdad entre mujeres y hombres en razón de la dignidad inherente a todo ser humano que se encuentra entre los principios de la Carta de las Naciones Unidas.

Ambos Pactos, con similares redacciones, compelen a los Estados firmantes a garantizar el ejercicio de los derechos y libertades de los mismos, sin distinción alguna por razón, entre otras, del sexo de las personas⁴, siendo el PIDCP el que garantiza la igualdad ante la ley y la no discriminación por cualquier índole, en especial la del sexo⁵, estando obligados los Estados Parte a asegurar la igualdad y prohibir cualquier tipo de discriminación a través de sus legislaciones internas.

54. Después de la Declaración Universal y de los dos Pactos Internacionales mencionados, los tres con una amplitud de miras de servir como principios universales de proclamación de derechos y libertades, encontramos distintas Declaraciones y Convenciones ceñidas

³ Artículo 7 DUDH.

⁴ Artículos 2.2 PIDESC y 2.1 PIDCP.

⁵ Artículo 26 PIDCP.

a ámbitos más concretos, en los que también juega un papel decisivo la búsqueda de la igualdad y la no discriminación:

55. Convención Relativa a la Lucha Contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, de 1960. Su título no podía ser más explícito, y es que esta Convención «recordando que la Declaración Universal de Derechos Humanos afirma el principio de que no deben establecerse discriminaciones y proclama el derecho de todos a la educación» y «considerando que las discriminaciones en la esfera de la enseñanza constituyen una violación de derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos» tiene por objeto la protección de los niños y niñas en su acceso y permanencia en los centros docentes y en el sistema educativo.

Es de especial relevancia para el caso el artículo 1.1 de la presente Convención:

«A los efectos de la presente Convención, se entiende por "discriminación" toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza 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

Educación diferenciada y conciertos públicos

d) Colocar a una persona o a un grupo de personas en una situación incompatible con la dignidad humana».

A simple vista, parecería que la Convención excluye, de forma tajante, la creación de centros docentes con el ideario pedagógico de la educación diferenciada. Sin embargo, en su artículo segundo prevé lo siguiente:

«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 estos 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 [...]»

En todo caso, la Convención no despeja del todo la incógnita de la admisión definitiva de los centros de educación diferenciada, al proclamar, de una manera un tanto ambigua, la no discriminación de este tipo de centros docentes «en el caso de que el Estado las admita».

Esta redacción ha de entenderse no como discrecionalidad de los Estados Parte para calificar como discriminatoria o no la educación diferenciada, sino que, independientemente que esta sea admitida por los Estados según su legislación interna, no constituirá motivo de discriminación tomando como base los artículos 1 y 2 de la Convención, legitimando, de esta manera, este modelo pedagógico en el marco de las libertades de la enseñanza⁶.

⁶ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (1993a): 25.

La Convención no admite ninguna reserva a la misma⁷. Es por ello que, seguramente, haya mantenido ciertas reticencias a la hora de hacer respetar por los Estados Parte y asegurar la educación diferenciada frente a toda injerencia estatal de intento de suprimir este modelo, con la intención de llegar a un mayor número de países. Sin embargo, esto no impide que haya de ser considerado, en un análisis teleológico, como la búsqueda de la plena libertad de creación así como de elección entre centros docentes que, en este caso, estén dotados del carácter propio pedagógico de la educación diferenciada, excluyendo la posibilidad del carácter discriminatorio de la misma.

56. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, de 1979, tomando como base la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, de 1967. La discriminación por razón de sexo, en especial la discriminación a la mujer, no por inercia históricamente consentida ha de ser actualmente permitida, en una sociedad democrática en la que la dignidad del ser humano queda fuera de toda duda, por encima de cualquier consideración por razón de sexo.

A la lucha contra la discriminación contra la mujer y la consecución de la igualdad real y efectiva contribuye, en gran medida, esta Convención, que toma como fundamento una Declaración de doce años antes en la que sienta las bases y marca las directrices a seguir por los distintos Estados para la consecución de sus fines.

Según el artículo 1 de la CETFDCM:

«A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer,

⁷ Artículo 9 CRLCDEE.

Educación diferenciada y conciertos públicos

independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera».

Los siguientes artículos enumeran los campos fundamentales de actuación de los Estados Parte para la condena y erradicación de la discriminación histórica contra la mujer, estableciendo las medidas adecuadas de protección jurídica para asegurar el disfrute de los mismos derechos por parte de ambos sexos.

En lo que al caso más interesa, la materia educativa, el artículo 10 de la CETFDCM establece lo siguiente:

«Los Estados Partes adoptarán 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:

a) Las mismas condiciones de orientación en materia de carreras y capacitación profesional, acceso a los estudios y obtención de diplomas en las instituciones de enseñanza de todas las categorías, tanto en zonas rurales como urbanas; esta igualdad deberá asegurarse en la enseñanza preescolar, general, técnica, profesional y técnica superior, así como en todos los tipos de capacitación profesional;

b) Acceso a los mismos programas de estudios, a los mismos exámenes, a personal docente del mismo nivel profesional y a locales y equipos escolares de la misma calidad;

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 [...]».

Para un análisis y comprensión contextual y no segmentado de la Convención, es necesario considerar todos los factores que puedan tener relación con el mismo, y no ceñirse a la mención expresa de la «educación mixta» en el tercer inciso del artículo. Y es que la propia Convención es consciente de la posibilidad de que existan otros tipos de educación que contribuyan a lograr los objetivos perseguidos por la misma en materia educativa, es decir, la eliminación de los estereotipos sexuales.

Como vimos en el apartado anterior, una de las causas para optar por el modelo pedagógico de educación diferenciada por parte de los padres o tutores legales del educando es la eliminación de los estereotipos por razón de sexo al diferenciar a los alumnos y no fomentar la aparición de roles sexuales en los centros educativos, al formar a niños y niñas según su nivel de maduración y educarlos en la comprensión afectivo-sexual y tolerancia del alumnado del otro sexo. Todo ello basado en los estudios a los que, por razón de economía textual, nos remitimos.

En todo caso, el artículo 10 CETFDCM exige para las mujeres las mismas condiciones de acceso y permanencia en los centros que para los hombres, así como los mismos programas de estudios, profesionalidad docente y dotación de material en los centros o clases. Esto no es sino el requerimiento que realiza la Convención Relativa a la Lucha Contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 1960, en su artículo 2, para que se considere no discriminatorio a los establecimientos que diferencien por razón de sexo, por lo que un estudio en conjunto de los mismos, con la misma finalidad en ambos, nos aporta claridad en relación a la no consideración de discriminatoria la educación diferenciada siempre y cuando se tienda a eliminar los estereotipos

Educación diferenciada y conciertos públicos

sexistas y niñas y niños cuenten con el mismo currículo y oportunidades escolares en los centros o clases diferenciadas.

Asimismo, como hemos comentado y la propia Convención recuerda, se toma como base la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer de 1967. La misma también prevé el sistema educativo, con un cariz parecido pero ligeramente diferente a como lo hace la Declaración, pudiendo enmarcar en el mismo la diferencia. El artículo 9 de la DEDCM instaba a adoptar:

«[...] todas las medidas apropiadas para asegurar a la joven y a la mujer, casada o no, derechos iguales a los del hombre en materia de educación en todos los niveles, y en particular:

a) Iguales condiciones de acceso a toda clase de instituciones docentes, incluidas las universidades y las escuelas técnicas y profesionales, e iguales condiciones de estudio en dichas instituciones;

b) La misma selección de programas de estudios, los mismos exámenes, personal docente del mismo nivel profesional, y locales y equipo de la misma calidad, ya se trate de establecimientos de enseñanza mixta o no [...]».

Esta salvaguarda de los derechos educativos en igualdad de condiciones de mujeres y hombres está más en la línea de la CRLCDEE y ambas han de servir de base para la interpretación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer. Un estudio sistemático y en conjunto de los textos internacionales deben llevar a concluir la intención de los Estados Parte de no considerar discriminatoria la educación diferenciada.

57. La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989. En un plano internacional, esta es la última Convención reseñable a nuestro propósito. La misma asegura «su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción sin distinción alguna,

independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole»⁸, salvaguardando el ejercicio de los derechos para los niños y niñas, independientemente de su sexo.

En cuanto al sistema educativo, la Convención no impone, ni siquiera sugiere, ningún tipo de modelo pedagógico que favorezca más que otro la igualdad entre sexos, conviniendo que su educación estará encaminada, entre otras cosas, a «preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos», dotando de libertad a los particulares para la creación de instituciones escolares siempre y cuando respeten estos principios⁹.

58. Convenio para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales o Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 1950. Ya en un plano comunitario, es importante señalar el primer gran convenio regional europeo de protección de derechos humanos. Como no podía ser de otra forma, el artículo 14 CEDH prohíbe la discriminación en el goce de los derechos y libertades del Convenio por razón de «sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación».

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, «el artículo 14 completa las restantes previsiones del Convenio y los Protocolos. Carece de existencia independiente, ya que sólo se aplica en relación con "el goce de los derechos y libertades" que aquellos garantizan»¹⁰.

⁸ Artículo 2 CDN.

⁹ Artículos 29.1.d) y 29.2 CDN, respectivamente.

¹⁰ STEDH, Caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. Reino Unido*, de 28 mayo de 1985, §71.

Educación diferenciada y conciertos públicos

En nuestro caso, hemos de relacionar la prohibición de discriminación con los derechos educativos del artículo 2 del Protocolo número 1 del CEDH¹¹, según el cual «a nadie se le puede negar el derecho a la instrucción» y el Estado «respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas».

En lo que respecta a las convicciones filosóficas, posteriormente lo veremos con más detalle. Lo que interesa ahora ver es si la educación diferenciada, la cual enmarcaremos en las convicciones a respetar por el Estado a los padres en el ejercicio de sus derechos, conculca la prohibición de discriminación del artículo 14 del Convenio, para lo cual debemos volver a los pronunciamientos del TEDH en materia de discriminación:

«A este respecto, el Tribunal, siguiendo en la materia los principios que se deducen de la práctica judicial de un gran número de países democráticos cuando la distinción carece de justificación objetiva y razonable considera que la igualdad de trato queda violada. La existencia de una justificación semejante debe apreciarse en relación con la finalidad y los efectos de la medida examinada en atención a los principios que generalmente prevalecen en las sociedades democráticas»¹².

Si bien es verdad que en la mayor parte de pronunciamientos los tribunales lo hacen en un examen a las normativas, y aquí no estamos examinando normativas discriminatorias, no es menos cierto que el análisis de la distinción, que sea objetiva y razonable, ha de ser igualmente válido para la justificación de un trato diferenciado entre sexos, en este caso en la enseñanza diferenciada.

¹¹ GONZALEZ, Gérard (2010): 1005.

¹² STEDH, *Caso Relativo a determinados aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica* c. Bélgica, de 23 julio de 1968, §10.

Y es aquí donde, nuevamente, entran en juego las convicciones personales y filosóficas, fundamentadas en los argumentos sociológicos, pedagógicos y psicológicos de la doctrina científica que considera beneficiosa la enseñanza separada. La finalidad de la educación, tanto para la diferenciada como para la mixta, ha de ser el pleno desarrollo de la personalidad del educando y el respeto a los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales –tal y como lo explicitan diversos textos internacionales, como vimos anteriormente, así como el artículo 27.2 CE–. Los efectos de esta diferenciación por sexos serían tendentes a una mejor orientación a la finalidad perseguida, integrada por la evolución en los factores psicosociales, culturales y deportivos de los educandos.

59. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000, ratificada por el Tratado de Lisboa de 2007. La CDFUE, cumbre de la protección de los derechos fundamentales a nivel europeo, presta especial atención a la igualdad de todas las personas ante la ley, la igualdad entre hombres y mujeres y la no discriminación.

El artículo 20 CDFUE afirma, de forma tajante, que «todas las personas son iguales ante la ley». Esta igualdad ante la ley ha de entenderse, asimismo, como igualdad formal que implica a la igualdad como diferenciación y como equiparación¹³, es decir, «*actualmente, intentar igualar a todos en todo resulta absurdo en un mundo donde la diferencia es inevitable, y cada vez más aceptada*»¹⁴, siendo plenamente consciente de ello el legislador comunitario y protegiendo, en todo caso, la igualdad ante la ley de todas las personas, sin que pueda haber, como ha reiterado la jurisprudencia del TEDH, diferencias no objetivas ni razonables.

¹³ MONEREO ATIENZA, Cristina (2012a): 453.

¹⁴ MONEREO ATIENZA, Cristina (2012a): 449.

Educación diferenciada y conciertos públicos

La igualdad formal ha de casar con la prohibición de discriminación del artículo 21¹⁵ del propio CDFUE, por lo que no significa encaminar la igualdad a una uniformización entre los sexos, sin posibilidad de distinguirlos –siempre y cuando responda, como ya hemos reiterado, a diferencias razonables y objetivas–, no pudiendo cohibir la igualdad formal la libertad de decisión de las personas impidiendo su pleno desarrollo¹⁶ cuando su elección no puede considerarse discriminatoria ni atentatoria contra terceros.

Es este, precisamente, el caso de la educación diferenciada. Tomando como marco el CDFUE, sus artículos 20, 21 y 23 así como el 14 relativo a la materia educativa y al respeto a las convicciones pedagógicas, entre otras, de los padres y de los centros docentes para su creación, no es posible llegar a calificar, de modo cierto, como discriminatorio el modelo pedagógico de educación diferenciada, al distinguir, en razón de una tendencia a la igualdad formal y pleno desarrollo de la personalidad, y ser respetuoso con las libertades educativas.

60. Directiva del Consejo 2004/113/CE, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro. La presente Directiva atiende a la necesidad comunitaria de igualdad en el acceso a bienes y servicios por parte de mujeres y hombres. Aunque debería bastar con todas las salvaguardas internacionales, comunitarias y de derecho interno, la práctica confirma las discriminaciones que, mayoritariamente, suelen tener a las mujeres como objeto de desigualdades.

¹⁵ Inspirado, según las propias Explicaciones de la CDFUE, en el artículo CEDH, por lo que es preciso tenerlo en cuenta, mas no reiterarlo ante la proximidad de ambos estudios.

¹⁶ MONEREO ATIENZA, Cristina (2012b): 475.

En todo caso, es reseñable que el artículo 3.3 de la Directiva excluya expresamente la educación, a la cual no se le aplicará el contenido de la misma. Si consideramos la Directiva como un todo, y extraemos la necesidad de «crear un marco para combatir la discriminación sexual en el acceso a bienes y servicios y su suministro»¹⁷, en el cual se excluye la educación y se atiende, intencionadamente, en su Considerando 17, que «el principio de igualdad de trato en el acceso a bienes y servicios no exige que se ofrezcan en todos los casos prestaciones o instalaciones compartidas para hombres y mujeres, toda vez que no se ofrezcan de manera más favorable a uno de los sexos», es difícilmente comprensible que el Consejo no estuviera pensando en la legitimación, al menos indirecta, de la educación diferenciada, al excluirlo de una supuesta discriminación –al diferenciar por sexos en el acceso a la educación– aunque sea necesario acudir a los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, los cuales tienen la obligación de adoptar «las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para cumplir la presente Directiva»¹⁸.

Con base en unos sólidos fundamentos científicos –rebatidos igualmente por otra parte de la doctrina–, el balance positivo que, a través de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puede hacerse a la educación diferenciada y su legitimidad mediante diversos instrumentos internacionales en cuanto a la idoneidad como modelo pedagógico no discriminatorio –como la Convención Relativa a la Lucha Contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza y su integración en conjunto, a su vez, con la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, así como la orientación de la Directiva del Consejo 2004/113/CE–, en el plano internacional no se restringe de forma alguna

¹⁷ Artículo 1 Directiva del Consejo 2004/113/CE.

¹⁸ Artículo 17 Directiva del Consejo 2004/113/CE.

Educación diferenciada y conciertos públicos

la elección de este tipo de modelo educativo para los padres que así lo deseen, debiendo atender, a continuación, a la legislación española para comprobar el estado de concreción de los distintos instrumentos internacionales en nuestro ordenamiento.

2. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN DERECHO INTERNO

61. Una vez delimitada la igualdad y la prohibición de discriminación por razón de sexo en perspectiva internacional es momento de hacer lo propio con el derecho interno, comenzando con el marco constitucional para descender hasta la regulación legislativa en materia de igualdad y no discriminación, desembocando, finalmente, en las previsiones de la política educativa de nuestro país en materia de igualdad, discriminación y, sobre todo, respecto a la educación diferenciada.

2.1. MARCO CONSTITUCIONAL

62. El marco constitucional de la igualdad viene delimitado en nuestro país por los artículos 1.1¹⁹, 9.2²⁰ y 14²¹ de nuestra Carta Magna.

¹⁹ Art. 1.1 CE: «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

²⁰ Art. 9.2 CE: «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

63. Que la igualdad sea considerada como un valor superior del ordenamiento jurídico no es cuestión baladí, ya que no sólo significa el respeto de la igualdad, acorde con la libertad, la justicia y el pluralismo político, sino que toda la política legislativa ha de estar inspirada y orientada a la consecución de estos cuatro valores, sin merma en ninguno de ellos²².

64. La consideración de los cuatro valores superiores del ordenamiento jurídico declarados constitucionalmente no es una mera cuestión de reiteración. En un tema como el que estamos viendo ahora mismo, en el que es necesario conjugar la igualdad con las libertades, se hace preciso el desarrollo de los valores sin que los unos mermen los otros, dejándolos, en ocasiones, sin efecto. La búsqueda de una pretendida igualdad, en detrimento de las libertades, puede provocar efectos perniciosos y dramáticos en una democracia²³. Porque la libertad sin igualdad conduce a la oligarquía, mientras que la igualdad sin libertad conduce al despotismo²⁴, ambos antagónicos del fenómeno democrático. Por ello ninguno de estos valores ha de estar por encima de los otros. Es esta la garantía de un Estado social y democrático de Derecho, donde *«ambos elementos, social y democrático, entroncan en la igualdad, hasta donde se una con la libertad, de manera que no se dé*

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».

²¹ Art. 14 CE: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

²² STC 75/1983, FJ 3, en relación con la igualdad. Extensible, contextualmente, al resto de valores superiores del ordenamiento jurídico.

²³ BOBBIO, Norberto (1995): 156-158.

²⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2011): 213.

Educación diferenciada y conciertos públicos

ni un paso más allá en la igualdad a costa de la libertad y ni un paso más acá a costa de la igualdad»²⁵.

65. En cuanto al artículo 14 CE, constituye el marco de referencia de los estudios relativos a la igualdad y la no discriminación. «Configura el principio de igualdad ante la Ley como un derecho subjetivo de los ciudadanos, evitando los privilegios y las desigualdades discriminatorias entre aquellos»²⁶, es decir, la Constitución protege a los ciudadanos de las desigualdades que puedan existir entre ellos, en razón de, principalmente, la acción de los poderes públicos, los cuales están obligados, en todo caso, a «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas»²⁷.

66. La Constitución en ningún momento afirma la igualdad entre las personas, la igualdad de todos en todo²⁸, sino que han de ser tratadas de igual forma por la ley²⁹. El constituyente era plenamente consciente de las diferencias naturales de las personas, por lo cual lo que el artículo 14 CE protege es la igualdad ante la ley por el ejercicio del derecho –natural– a la diferencia. *«Lo que la igualdad constitucional afirma es que los individuos son diferentes y lo que persigue es posibilitar primero que las diferencias personales se expresen como diferencias jurídicas y garantizar después el ejercicio del derecho a tales diferencias»³⁰*. La diferencia, connatural a la especie humana, es la principal premisa de la protección de la igualdad ante la ley de la Constitución. Y ello no significa que, constitucionalmente, se prevea la

²⁵ TORRES DEL MORAL, Antonio (2006): 212.

²⁶ STC 75/1983, FJ 2.

²⁷ Artículo 9.2 CE.

²⁸ MONEREO ATIENZA, Cristina (2012c): 516.

²⁹ ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, Fernando (2012): 623.

³⁰ PÉREZ ROYO, Javier (2012): 212.

atenuación de las diferencias, ni mucho menos su extinción, sino todo lo contrario, el ejercicio del derecho a ser diferentes en igualdad de condiciones respecto a la ley con las diferencias de los demás, evitando caer en el uniformismo, es decir, tratar todo de la misma manera³¹, ya que de ninguna manera puede interpretarse la máxima de la búsqueda de la igualdad «*como solicitadora de que “todos” los hombres sean iguales en “todo”*»³².

67. Por ello, las causas de discriminación previstas en el artículo 14 CE –«por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»– son una previsión de las diferencias sociales, estando constitucionalmente vedado el trato desigual injustificado y no razonable³³, «*caracterizado por la naturaleza generalmente odiosa del prejuicio social descalificatorio*»³⁴, en cuanto a la proporcionalidad de los medios empleados y la finalidad perseguida³⁵.

68. El artículo 14 CE hay que ponerlo en estrecha relación, y en razón de la dimensión social del nuestro Estado³⁶, con el artículo 9.2 CE, catalogados, respectivamente, como igualdad formal e igualdad material³⁷. Mientras que el primero busca la igualdad ante la diferencia, el segundo insta a los poderes públicos a proteger la diferencia en un marco de igualdad real y efectiva de individuos y grupos, diferentes entre sí. Igualmente la primera figura, la formal, se manifiesta prioritariamente sobre el Derecho, mientras que la segunda, la material, hace lo propio

³¹ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2008): 28.

³² BOBBIO, Norberto (1993): 69.

³³ STC 26/1987, FJ 14.

³⁴ RUIZ MIGUEL, Alfonso (1996): 53.

³⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda (2009): 280.

³⁶ REY MARTÍNEZ, Fernando (1995): 41.

³⁷ SOUTO GALVÁN, Clara (2012): 35.

Educación diferenciada y conciertos públicos

principalmente en un plano económico, social y cultural³⁸. Ello posibilita que las diferentes opciones, fruto del pluralismo que rige nuestro ordenamiento jurídico así como la realidad social, puedan ver satisfechas sus pretensiones en un plano de igualdad con la de los diferentes entre sí por razones de toda índole y sin menoscabar los derechos de terceros.

69. España se alinea así con otras Constituciones europeas, como la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania³⁹ de 1949, la cual protege sin ningún tipo de duda la igualdad ante la ley en el artículo tercero de su Primera Sección denominada «Derechos Fundamentales»⁴⁰, o la Constitución francesa de 1958, la cual en su artículo primero, declara que «Francia es una República indivisible, laica, democrática y social que garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión y que respeta todas las creencias» y, aunque no incluye el sexo como criterio necesario de igualdad ante la ley no obsta para que, naturalmente, sea de necesaria observancia⁴¹.

³⁸ AQUINO DE SOUZA, Cristiane (2010): 2.

³⁹ *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (GG). Las referencias a la misma se harán de acuerdo a la traducción realizada al español por SOMMERMANN, Karl-Peter y GARCÍA MACHO, Ricardo, y editada por el *Bundestag* en 2009.

⁴⁰ Artículo 3: «1. Todas las personas son iguales ante la ley.

2. El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes.

3. Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico o psíquico».

⁴¹ En todo caso, el apartado segundo del artículo primero que acabamos de ver reza que «la ley favorecerá el igual acceso de las mujeres y los hombres a los mandatos electorales y cargos electivos, así como a las responsabilidades profesionales y sociales».

70. De cualquier modo, según el Preámbulo de la propia Constitución francesa es necesario acudir a la Declaración de 1789 y al Preámbulo de la Constitución de 1946 –además de a la Carta del Medio Ambiente de 2003–, ya que a los mismos se remite al proclamar solemnemente, a través de los mismos, su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron allí definidos. Principalmente, el tercer párrafo del Preámbulo de la Constitución de 1946 establece que «la ley garantiza a la mujer, en todos los ámbitos, derechos iguales a los del hombre», por lo que la República Francesa afirma, en todo su esplendor, su fiel compromiso de luchar por la igualdad entre hombres y mujeres.

71. Por lo tanto, y vista la protección tanto nacional como en el derecho comparado que los diferentes constituyentes prevén para garantizar la igualdad, es tarea del legislador conjugar las diversas legítimas opciones de los distintos operadores sociales en el ejercicio de su derecho a la diferencia en relación con la igualdad formal y material, necesariamente exenta de discriminaciones de ningún tipo.

2.2. MARCO LEGAL

72. El marco legal en materia de igualdad que rige a nivel estatal es la Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, después del fracaso, de la no aprobación final al concluir la legislatura, del Proyecto de Ley de Igualdad de Trato y de No Discriminación.

73. La LOIEMH transpone la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro, así como la Directiva

Educación diferenciada y conciertos públicos

76/207/CEE, con las modificaciones realizadas a la misma a través de la Directiva 2002/73/CE, tal y como establece en su propia Exposición de Motivos.

74. El fin de la LOIEMH, como su propio nombre indica, es «hacer efectivo el derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres» debido a que «las mujeres y los hombres son iguales en dignidad humana, e iguales en derechos y deberes»⁴².

75. Para ello, el corolario de la Ley es el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, que «supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo, y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil»⁴³. Esta distinción entre discriminaciones directas e indirectas en razón del sexo, en derecho interno, es una constante de nuestro Tribunal Constitucional⁴⁴. La propia ley delimita los campos conceptuales de discriminación directa e indirecta⁴⁵:

«1. Se considera discriminación directa por razón de sexo la situación en que se encuentra una persona que sea, haya sido o pudiera

⁴² Artículo 1.1 LOIEMH.

⁴³ Artículo 3.1 LOIEMH.

⁴⁴ STC 198/1996, FJ 2, *ad exemplum*:

«La específica prohibición de discriminación por razón de sexo consagrada en el art. 14 CE comprende no sólo la discriminación directa es decir, el tratamiento jurídico diferenciado y desfavorable de una persona por razón de su sexo, sino también la indirecta, esto es, aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno y otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo».

⁴⁵ Siguiendo, a este fin, la nueva redacción que le da, en su artículo 1, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2002/73/CE al artículo 2.2 de la Directiva del Consejo 76/207/CEE.

ser tratada, en atención a su sexo, de manera menos favorable que otra en situación comparable.

2. Se considera discriminación indirecta por razón de sexo la situación en que una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros pone a personas de un sexo en desventaja particular con respecto a personas del otro, salvo que dicha disposición, criterio o práctica puedan justificarse objetivamente en atención a una finalidad legítima y que los medios para alcanzar dicha finalidad sean necesarios y adecuados.

3. En cualquier caso, se considera discriminatoria toda orden de discriminar, directa o indirectamente, por razón de sexo»⁴⁶.

En el ámbito educativo que, como recordaremos, se excluye de la Directiva 2004/113/CE, la LOIEHM se limita a asegurar que:

«El sistema educativo incluirá entre sus fines la educación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y en la igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres», garantizando las Administraciones educativas «un igual derecho a la educación de mujeres y hombres a través de la integración activa, en los objetivos y en las actuaciones educativas, del principio de igualdad de trato, evitando que, por comportamientos sexistas o por los estereotipos sociales asociados, se produzcan desigualdades entre mujeres y hombres»⁴⁷.

76. En todo caso, y como veremos a continuación, estos pronunciamientos en la búsqueda de la igualdad en política educativa no son nada nuevo en nuestro ordenamiento jurídico, el cual ha buscado siempre, desde la educación y la enseñanza, el fomento de la igualdad entre niñas y niños y la erradicación de los estereotipos y roles sexistas.

⁴⁶ Artículo 6 LOIEHM.

⁴⁷ Artículos 23 y 24.1 LOIEHM, respectivamente.

Educación diferenciada y conciertos públicos

77. A la vista de las disposiciones de la LOIEHM, no podemos admitir, en ningún caso, que se considere la educación diferenciada como un modelo pedagógico discriminatorio, ya que la separación entre sexos, como ha quedado reiteradamente expuesto, busca finalísticamente las mismas oportunidades para el alumnado, sirviendo, en este caso, la separación no para segregar entre sexos a la vez que se fomentan distintos roles para cada uno de ellos –sí discriminatorio y, por ende, inconstitucional–, sino todo lo contrario, tener en cuenta los ritmos de maduración y los condicionantes psicobiológicos de cada sexo para fomentar las igualdades entre ellos en la vida cotidiana, y no las diferencias que pueda haber en el seno de un mismo aula.

78. En segundo lugar, y acudiendo a los conceptos de discriminación directa e indirecta, no se puede considerar a la luz de los mismos la discriminación por razón de sexo de este tipo de modelo educativo, ya que en ningún caso se dispensa un trato diferente que perjudique a niños o niñas en función únicamente de su sexo⁴⁸ –al tener igualdad de oportunidades en el acceso a los distintos centros docentes, profesionales con las mismas cualificaciones y similitud de equipamientos de centros, como requiere la Convención Relativa a la Lucha Contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, de 1960–, ni genera situaciones en apariencia neutras pero que fomentan situaciones fácticas desiguales para alguno de los sexos⁴⁹ –al responder a las mismas necesidades y estar orientados a idénticos objetivos–.

79. Por tanto, en la legislación específica en materia de igualdad y prohibición de discriminación por razón de sexo no encontramos referencia a la educación diferenciada, pudiendo extraer como

⁴⁸ Nota característica de la discriminación directa (REY MARTÍNEZ, Fernando (2010): 527).

⁴⁹ Nota característica de la discriminación indirecta (REY MARTÍNEZ, Fernando (2010): 537).

conclusión, en un estudio en conjunto del texto, que los modelos monoeducativos no generan discriminación alguna.

2.3. IGUALDAD, DISCRIMINACIÓN Y EDUCACIÓN DIFERENCIADA EN LA POLÍTICA EDUCATIVA

80. La búsqueda de la igualdad a través de la educación ha sido una constante en la política legislativa educativa en nuestro país. La LOGSE, en su Preámbulo, preveía que:

«La educación permite [...] avanzar en la lucha contra la discriminación y la desigualdad, sean estas por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión, tengan un origen familiar o social, se arrastren tradicionalmente o aparezcan continuamente con la dinámica de la sociedad», así como el desarrollo del sistema educativo en razón al principio, entre otros, de «la efectiva igualdad de derechos entre los sexos, el rechazo a todo tipo de discriminación, y el respeto a todas las culturas»⁵⁰.

81. Estela que siguió la LOCE constituyendo como principio de calidad del sistema educativo:

«La equidad, que garantiza una igualdad de oportunidades de calidad, para el pleno desarrollo de la personalidad a través de la educación, en el respeto a los principios democráticos y a los derechos y libertades fundamentales» y «la igualdad de derechos entre los sexos, que ayuden a superar cualquier tipo de discriminación»⁵¹.

⁵⁰ Artículo 2.3.c) LOGSE.

⁵¹ Artículo 1, párrafos a) y b) LOCE.

Educación diferenciada y conciertos públicos

82. La LOE⁵², derogatoria de la LOCE, en un similar sentido establece que

«El sistema educativo español, configurado de acuerdo con los valores de la Constitución y asentado en el respeto a los derechos y libertades reconocidos en ella, se inspira en los siguientes principios: (...)

b) La equidad, que garantice la igualdad de oportunidades, la inclusión educativa y la no discriminación y actúe como elemento compensador de las desigualdades personales, culturales, económicas y sociales, con especial atención a las que deriven de discapacidad. (...)

l) El desarrollo de la igualdad de derechos y oportunidades y el fomento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres»⁵³.

83. En la búsqueda de la igualdad y no discriminación en los centros educativos y en la prestación del derecho a la educación, la Convención de la UNESCO de 1960 nos brinda una definición cristalina de lo que ha de entenderse por discriminación en materia educativa, siendo el único pronunciamiento expreso de lo que se puede entender por discriminación en esta materia aplicable al derecho español⁵⁴:

«A los efectos de la presente Convención, se entiende por "discriminación" toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por

⁵² El artículo 84.3 de la LOE, relativo a las discriminaciones en la escolarización del alumnado, se estudiará en el capítulo siguiente, en el apartado de las exclusiones de la financiación de la educación diferenciada, al girar los pronunciamientos jurisprudenciales, principalmente, en ese sentido.

⁵³ Artículo 1 LOE.

⁵⁴ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2015): 199-200.

Rafael Báez Serrano

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 de personas en una situación incompatible con la dignidad humana»⁵⁵.

A estas alturas, huelga hacer cualquier tipo de comentario más acerca de si la educación diferenciada tiene por finalidad destruir o alterar la igualdad de trato y principalmente en los casos previstos en la CRLCDEE.

Y posteriormente a dicho pronunciamiento, establece expresamente la no discriminación de los colegios caracterizados con el modelo pedagógico de educación diferenciada. Y es que:

«No se trata, como erróneamente se ha pretendido, de que el modelo pedagógico de la educación diferenciada se oponga a la prohibición de discriminación por razón de sexo del artículo 14 CE, que se vería respetada con tal de que las condiciones y medios en los que el centro escolar presta separadamente la educación a niños y niñas fuesen equivalentes, tal y como recuerda el artículo 1.1.c) de la

⁵⁵ Artículo 1.1 CRLCDEE.

Educación diferenciada y conciertos públicos

Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de la UNESCO de 1960»⁵⁶.

84. Es tal la consideración de que la educación diferenciada no es discriminatoria que el Proyecto de Ley de Igualdad de Trato y de No Discriminación –no promulgado, al tramitarse en los últimos meses de la IX Legislatura, cambiando posteriormente el signo político del partido gobernante– preveía la no financiación pública de «los centros educativos que excluyan del ingreso en los mismos a grupos o personas individuales por razón de alguna de las causas establecidas en esta Ley»⁵⁷, siendo el Legislador, del mismo color político que el que aprobase la Ley Orgánica de Educación, el que, de ninguna manera, califica de «discriminatoria» la escolarización homogénea por sexo de los educandos, utilizando fórmulas jurídicas que le permitan la exclusión de la financiación a sabiendas de la no contravención de la educación diferenciada del artículo 14 CE y de los compromisos adquiridos por el Estado español a través de la ratificación de los textos internacionales vistos en el momento correspondiente.

85. Es claro que la separación por sexos para una educación en valores distintos, para la creación de unos estereotipos sexistas predeterminados, no es sólo inconstitucional⁵⁸, sino que va en contra de toda la legislación internacional relativa a la materia, algo a lo que, firmemente, mostramos nuestro rechazo y calificación de discriminatorio e inconstitucional.

86. Pero no es esto lo que ocurre con el modelo pedagógico de educación diferenciada, el cual interpreta la educación diferenciando en

⁵⁶ ALÁEZ CORRAL, Benito (2009a): 42. En reiteración de su argumentación, el mismo autor, ALÁEZ CORRAL, Benito (2009c): 1002.

⁵⁷ Artículo 16 del Proyecto.

⁵⁸ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (2006): 64-65, pie de página núm. 19.

razón del sexo en torno a una igualdad de oportunidades orientada a los resultados iguales entre los dos sexos⁵⁹, tanto académicos como personales y sociales, acordes con el pleno desarrollo de la personalidad del educando del artículo 27.2 CE, no generando la separación entre sexos discriminación ni estereotipos sexistas.

87. Las propias corrientes doctrinales que abogan por una educación mixta no terminan ahí, ya que consideran del todo necesario una plena implementación de los modelos coeducativos ante la firme presencia del factor masculino predominante en las escuelas⁶⁰, por lo que no es posible tampoco afirmar que la educación mixta produzca, *per se*, la plena igualdad escolar, pero es difícilmente que un pretendido dogma pedagógico en nuestro país sea cuestionado⁶¹, donde «*continuamos con el lamentable reduccionismo ideológico que considera intrínsecamente malo y machista la existencia de colegios para la educación de un único sexo, [...] calificados sin fundamento como sexistas, discriminadores y antisocializantes*»⁶², pretendiendo la «*supresión de la diferencia*» en virtud de una aparente búsqueda de la «*igualdad*»⁶³.

88. Por todo ello, sobra reiterar los pronunciamientos relativos a la calificación de no discriminatorio del tipo de modelo educativo de educación diferenciada⁶⁴. Ni en el acceso ni en el desarrollo, siempre que

⁵⁹ GARCÍA GUTIÉRREZ, Juan (2004): 475.

⁶⁰ Vid. CRUZ DÍAZ, María del Rocío (2004): *passim*.

⁶¹ DURU-BELLAT, Marie y MARIN, Brigitte (2010): 5.

⁶² HERNÁNDEZ SAMPELAYO, María (2010): 261.

⁶³ NUEVO LÓPEZ, Pablo (2009): 148.

⁶⁴ CALVO CHARRO considera que «*entender de forma generalizada y abstracta que la educación diferenciada es discriminatoria constituye una simplificación errónea de la realidad provocada por la confusión entre igualdad y uniformidad, más aún, entre igualdad e igualitarismo*» (CALVO CHARRO, María (2013): 173).

Educación diferenciada y conciertos públicos

acate la normativa internacional y los fines constitucionales previstos para la educación⁶⁵.

89. En cuanto a la consideración de la educación diferenciada en relación con la igualdad y su admisión en sistemas jurídicos comparados próximos al nuestro, es necesario hacer algunas puntualizaciones:

90. El Legislador francés aprueba la Ley 2008-496, de 27 de mayo de 2008⁶⁶, con el objetivo de transponer las Directivas Comunitarias que, en materia de igualdad y no discriminación, deban trasladarse al derecho interno francés⁶⁷. En un ejercicio de aproximación máxima a las Directivas comunitarias, con el deseo de expandir al

⁶⁵ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro (2013): 5-6.

⁶⁶ *Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.*

⁶⁷ Según el propio Preámbulo, las Directivas Comunitarias que se transponen a través de esta ley son:

- *Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.*

- *Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail;*

- *Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail;*

- *Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services;*

- *Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.*

máximo las prohibiciones consideradas como discriminatorias, el legislador francés adopta de manera casi literal para su primer artículo el segundo de la Directiva 2004/113/CE, ampliándolo a motivos «*de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation ou identité sexuelle*», tanto para las discriminaciones directas como para las indirectas.

En el apartado cuarto del artículo 2, la Ley 2008-496 prevé, al igual que la Directiva 2004/113/CE, la prohibición de toda discriminación directa o indirecta fundada en el sexo en materia de acceso a bienes y servicios, no siendo obstáculo, para este fin, «la organización de enseñanzas reagrupando a los alumnos en función de su sexo».

Por ello, consciente de las directrices que dicta la Constitución de 1958 en materia de derecho internacional⁶⁸ y derecho comunitario⁶⁹ y las obligaciones adquiridas a través de la ratificación de los tratados vistos anteriormente –al igual que España–, opta por considerar la educación diferenciada como un modelo pedagógico no discriminatorio.

A pesar de que el artículo L121-1 del *Code de l'éducation* orienta finalísticamente a los colegios e institutos a contribuir a favorecer «*la mixité et l'égalité entre les hommes et les femmes*»⁷⁰, no considera

⁶⁸ Art. 55: «*Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie*».

⁶⁹ Titre XV: «*De l'Union européenne (articles 88-1 à 88-7)*».

⁷⁰ Article L121-1: «*Les écoles, les collèges, les lycées et les établissements d'enseignement supérieur sont chargés de transmettre et de faire acquérir connaissances et méthodes de travail. Ils contribuent à favoriser la mixité et l'égalité entre les hommes et les femmes, notamment en matière d'orientation*»

Educación diferenciada y conciertos públicos

que la educación diferenciada no pueda contribuir a lo mismo, no siendo discriminatoria⁷¹.

91. En Alemania, el Legislador, con mayor premura que el francés, se adelantó a transponer la Directiva 2004/113/CE a su derecho interno a través de la Ley General de Igualdad de Trato de 2006⁷². De acuerdo con el artículo 2.6 de la Ley General de Igualdad de Trato, toda discriminación educativa basada en «motivos de raza u origen étnico, sexo, religión o convicciones, discapacidad, edad o identidad sexual» – remisión al artículo 1– será ilícita.

Sin embargo, no es posible entender que, en la búsqueda de la igualdad en la GG así como la interdicción de discriminaciones educativas por razón, entre otras cosas, de sexo, prohíba el ordenamiento jurídico alemán los centros educativos con el modelo pedagógico de educación diferenciada, más comúnmente denominado allí «escuelas monoeducativas».

Para ello hemos de acudir a la importante Sentencia del Tribunal Supremo Federal de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa⁷³, de 30 de enero de 2013. Para ponernos en situación, hemos de conocer que la sentencia trae como causa la controversia suscitada entre el Ministerio de Educación, Deporte y Juventud del *Land* de Brandeburgo y una entidad privada que pretende inaugurar una

⁷¹ No lo consideraba de tal forma la senadora Mme. Muguette Dini, en nombre de la comisión de Asuntos Sociales, en relación al estudio del proyecto de la Ley 2008-496, la cual afirmaba que «*l'autorisation d'organiser des enseignements en regroupant les élèves en fonction de leur sexe n'est pas admissible car elle est contraire à la volonté de lutter contre les discriminations sexistes*» (*RAPPORT* núm. 253 (*Sénat*) *Annexe au procès-verbal de la séance du 2 avril 2008*, p. 21), apreciación que no se tuvo finalmente en cuenta, al examinar el poder legislativo la no discriminación de la educación diferenciada, conforme a derecho comunitario e internacional.

⁷² *Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz*.

⁷³ *Bundesverwaltungsgericht, BVerwG, 30.01.2013 - 6 C 6.12*.

escuela con el modelo pedagógico monoeducativo, denegando el Ministerio la autorización e interviniendo, antes del Tribunal Supremo Federal, el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal Superior de Justicia del *Land* de Brandeburgo, fallando ambos a favor de la entidad privada. Sin perjuicio de lo que veremos posteriormente, y para lo que aquí interesa, el Ministerio de Educación, Juventud y Deporte se basa, entre otras cuestiones, en que las escuelas monoeducativas no son tan aptas como las coeducativas para la interiorización de la igualdad de género y desarrollo de la personalidad⁷⁴ y, a su vez, vulnera el mandato constitucional de la igualdad de género al no garantizar la educación de niñas⁷⁵ –al estar orientada dicha escuela monoeducativa a la educación de varones–.

Resulta esclarecedor cómo el Tribunal Supremo Federal no se ciñe a lo estrictamente jurídico, sino que, en aras a clarificar con el mayor rigor posible esta cuestión en ámbitos que se extralimitan de lo jurídico, en consideración de la materia, advierte y examina diversos estudios pedagógicos y sociológicos, llegando a la conclusión de que la educación diferenciada no puede ser calificada ni de discriminatoria por no atender las necesidades de escolarización de un sexo determinado⁷⁶ –siempre y cuando puedan ser colmadas a través de otras escuelas, y cualquier que sea su sexo–, ni de ser un modelo educativo inadecuado para estimular el fomento de la igualdad de género y destrucción de estereotipos sexistas⁷⁷, a la vista, entre otras cuestiones, de los textos internacionales estudiados anteriormente⁷⁸.

⁷⁴ *BVerwG*, 30.01.2013 - 6 C 6.12., §4.

⁷⁵ *BVerwG*, 30.01.2013 - 6 C 6.12., §2.

⁷⁶ *BVerwG*, 30.01.2013 - 6 C 6.12, §34-35.

⁷⁷ *BVerwG*, 30.01.2013 - 6 C 6.12, §39.

⁷⁸ *BVerwG*, 30.01.2013 - 6 C 6.12, §37-39.

Educación diferenciada y conciertos públicos

El Tribunal Supremo Federal Alemán es consciente de que si la propia comunidad científica no puede asegurar que un modelo pedagógico en concreto –ya sea la coeducación o la monoeducación– sea el único posible para cumplir los objetivos en materia de igualdad entre sexos, ha de posibilitar la máxima expresión del pluralismo y la libertad de enseñanza, al buscar ambos modelos los mismos objetivos y poder cumplirlos, en materia de género.

92. El Reino Unido se ha caracterizado en las últimas décadas por la aprobación de abundante normativa relativa a la prohibición de discriminación y búsqueda de la igualdad efectiva en todos los campos, no sólo por cuestión de sexo. Debido a la multitud de textos aplicables, se aprueba en 2010 la *Equality Act*, que modifica, refunde y deroga gran parte de la normativa⁷⁹.

La Equality Act 2010 protege especialmente las posibles discriminaciones por razón de edad, discapacidad, estado civil, maternidad, raza, religión, orientación sexual y el sexo⁸⁰. En su ánimo de expansión de protección de la igualdad real y efectiva, se aplica al ámbito laboral, a los servicios públicos, asociaciones y contratos, entre otras, y en particular, a lo que nosotros respecta en nuestro trabajo, a la educación en su Capítulo Sexto.

Inglaterra tiene larga tradición respecto a la admisión de la educación diferenciada o *single-sex schools*. Por ello no podía faltar la mención a la separación educativa entre sexos en una normativa tendente a la igualdad en todos los ámbitos personales.

⁷⁹ La cláusula 27 de la *Equality Act 2010* se encarga de enumerar las distintas normativas que se derogan y revocan, entre las que podemos encontrar la *Equal Pay Act 1970*, *Sex Discrimination Act 1975*, *Race Relations Act 1976*, *Sex Discrimination Act 1986* o la *Equality Act 2006*.

⁸⁰ Art. 4 *Equality Act 2010*.

La undécima cláusula de la *Equality Act 2010* consta de tres partes relativas a las excepciones en la escuela: sobre discriminación sexual, sobre discriminación por razón de ideologías y creencias religiosas y sobre discriminación por razón de discapacidad.

La primera parte, relativa a la discriminación por razón de sexo, se ocupa de las excepciones que, en materia educativa, el legislador realiza a las escuelas *single-sex* respecto a la regulación general del capítulo sexto.

En la cláusula se definen las *single-sex schools*, algo que no habíamos visto hasta ahora ni en los textos internacionales ni en derecho comparado ni en derecho interno. Según la *Equality Act 2010* son colegios de educación diferenciada aquellos que admiten alumnos de sólo un sexo o, admitiendo a ambos, la admisión de uno de ellos es excepcional o, en términos cuantitativos, su número es muy inferior al del otro sexo, pudiéndose ver congregados los alumnos de ese determinado sexo en clases separadas⁸¹.

Las escuelas *single-sex* se consolidan, pues, como una excepción a la regla general, considerando nosotros personalmente, con el término «*exception*» no que sea admitido con mayores requisitos de los ya vistos constituyendo, en todo caso, una «*deformación*» del sistema

⁸¹ *Schedule 11 Equality Act 2010*: «2. A single-sex school is a school which—

a) admits pupils of one sex only, or

b) on the basis of the assumption in sub-paragraph 3, would be taken to admit pupils of one sex only.

3. That assumption is that pupils of the opposite sex are to be disregarded if—

a) their admission to the school is exceptional, or

b) their numbers are comparatively small and their admission is confined to particular courses or classes».

Educación diferenciada y conciertos públicos

educativo, sino como un modelo pedagógico admitido que es diferente a la coeducación, algo, a lo sumo, minoritario.

Esa forma de admisión de las *single-sex schools* es la que puede deducirse de las «*explanatory notes*» a la *Equality Act 2010*, la cual, en la explicación de la mencionada cláusula, confirma la admisión de los colegios que admitan únicamente a alumnos de un sexo⁸², ejemplificando la legitimidad de estas escuelas de la forma más clara posible: «*a school which admits only boys is not discriminating unlawfully against girls*».

Por lo tanto, no podemos hacer sino considerar plenamente legítimo el modelo de educación diferenciada, que es admitido tanto por los textos internacionales como por ordenamientos jurídicos extranjeros, así como no prohibido expresamente en el nuestro, principalmente porque está amparado en la necesaria pluralidad que protege nuestra Constitución.

2.4. ¿ES DISCRIMINATORIA LA PROHIBICIÓN DEL MODELO PEDAGÓGICO DE EDUCACIÓN DIFERENCIADA?

93. Desde el punto de vista contrario, vista ya la no discriminación de los centros educativos que han optado por el modelo pedagógico de educación diferenciada, y dada la corriente política y

⁸² *Schedule 11 Equality Act 2010. Explanatory notes: «This paragraph allows a single-sex school to refuse to admit pupils of the opposite sex. A school is defined as single-sex if it admits pupils of one sex only. This is so even if it admits a small number of pupils of the opposite sex on an exceptional basis or in relation to particular courses or classes only. Limiting those pupils to particular courses or classes is not discrimination. However, other forms of sex discrimination by the school against its opposite-sex pupils would still be unlawful».*

doctrinal tendente a la posible supresión, por considerarlo inidóneo, que no ilegítimo –como ni siquiera se plantea el Tribunal Supremo⁸³– para la consecución de los fines educativos, algo que veremos en páginas posteriores, es menester sopesar la idea de la eliminación del modelo y la posible discriminación por razón de las convicciones filosóficas y pedagógicas de los padres que eligen para sus hijos ese modelo educativo.

94. Como hemos visto anteriormente, es doctrina asentada del Tribunal Constitucional que el artículo 14 CE,

«En su primer inciso [contempla] una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiendo sido configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hecho iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, tenga que existir una suficiente justificación de tal diferencia, que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no resulten, en todo caso, desproporcionadas»⁸⁴.

95. Siendo equiparables⁸⁵ ambos modelos pedagógicos, y estando amparadas las convicciones filosóficas y pedagógicas de los

⁸³ STS de 23 de julio de 2012, FJ 3.

⁸⁴ STC 200/2001, FJ 4.

⁸⁵ En el sentido que le da PÉREZ LUÑO al principio de equiparación, el cual «supone el trato igual de lo que no lo es en el plano fáctico, pero se estima que jurídicamente debe serlo», advirtiendo «que tan sólo en la relación de identidad de un objeto consigo mismo se da un supuesto de igualdad absoluta ($a=a$) en todos los aspectos. Pero, en la mayor parte de las ocasiones, la igualdad implica un juicio de equiparación de una pluralidad de objetos, de situaciones o personas en un determinado aspecto, aún admitiendo su disparidad en otros ($a=b$)» (PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (1981): 265-267), pudiendo equiparar, con ello, el modelo pedagógico de educación

Educación diferenciada y conciertos públicos

padres⁸⁶ así como la prohibición de discriminaciones en razón de convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo⁸⁷ y, constitucionalmente, «la opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal»⁸⁸, constituyendo el precepto constitucional un verdadero *numerus apertus*⁸⁹ en el que es posible enmarcar cualquier tipo de discriminación de semejante relevancia como es la prohibición de un modelo legítimo y elegido como es la educación diferenciada, se cerniría, en este supuesto, a nuestro entender, la sombra de la sospecha sobre el legislador al no equiparar ante la ley dos modelos diferentes que, *in fine*, son iguales, debiendo justificar, de forma especial, el diferente tratamiento de los distintos modelos, igualmente legítimos y con objetivos constitucionales idénticos, pudiendo dar como resultado una falta de financiación debido a la arbitrariedad de los poderes públicos, figura que, además de estar prohibida por el artículo 9.3 de la Constitución, constituye un trato jurídico diferenciado que puede dar lugar a discriminaciones⁹⁰.

96. Aunque luego volveremos a ahondar en el tema de la exclusión de la financiación de los centros docentes que imparten enseñanza a través del modelo pedagógico de la educación diferenciada,

diferenciada con la educación mixta, al pretender los mismos fines y cumplir con los mismos, aun cuando, en puridad, no sean idénticos.

⁸⁶ SUÁREZ PERTIERRA y AMÉRICO CUERVO-ARANGO aseguran que «sólo asegurando la libertad de los grupos puede ser asegurada la libertad e igualdad de los individuos» (SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo y AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, Fernando (1996): 263), constituyendo los padres y los colegios que eligen el modelo pedagógico de educación diferenciada, a nuestro entender, un grupo, más o menos numeroso, que debe ser respetado y asegurada su libertad, en igualdad con otros grupos similares.

⁸⁷ Artículos 14.3 y 21.1 CDFUE, respectivamente.

⁸⁸ Artículo 14 CE.

⁸⁹ JIMÉNEZ CAMPO, Javier (1983): 83-84.

⁹⁰ TORRES DEL MORAL, Antonio (1998): 96.

es necesario manifestar de antemano nuestro rechazo a una prohibición de este modelo educativo legítimo, manifestando, llegado el caso, por parte de los poderes públicos, una «*postura rígida, anquilosada, quietista*»⁹¹, cerrada a los posibles avances pedagógicos y a los éxitos que este modelo educativo ha tenido en otros países de nuestro entorno geográfico y cultural, obviando las regulaciones de los distintos textos internacionales sobre la materia.

⁹¹ CALVO CHARRO, María (2015): 193.

CAPÍTULO III

FUNDAMENTACIÓN Y REGULACIÓN DE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA

1. EDUCACIÓN DIFERENCIADA E IDEARIO EDUCATIVO CONSTITUCIONAL

1.1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA

97. Desde los debates en Cortes constituyentes se quiso dejar claro que el sistema educativo que se busca a través del artículo 27 CE, interpretado necesariamente en conjunción con el resto del articulado constitucional, responde a la idea de la búsqueda de la pluralidad, en atención al artículo 1.1 CE y al necesario «reconocimiento y respeto al

pluralismo político, al pluralismo cultural y al pluralismo ideológico de la sociedad»¹.

98. La implantación de un modelo pedagógico de educación diferenciada responde a la posibilidad de hacer efectiva y real esta pluralidad. Para ello se reconocen una serie de libertades públicas, enmarcadas en la sección dedicada a los «derechos fundamentales y libertades públicas» en nuestra Constitución, de especial protección, a través de las cuales es posible hacer valer esta opción.

99. La libertad de creación de centros docentes posibilita a sus creadores y titulares la asignación de un concreto ideario educativo, el cual marcará la existencia del centro y a través del que se podrá desmarcar de otros colegios, consagrando una pluralidad de ofertas educativas para hacer posible la elección de centro y tipo educativo previsto en el artículo 27.3 CE.

100. Como hemos comentado anteriormente, entendemos que el establecimiento de un carácter propio en el centro docente forma parte del contenido esencial², independientemente de la financiación que pueda recibir³, y que no está limitado a los aspectos morales y religiosos⁴. Esta condición concreta del centro docente será la que marque el devenir

¹ Intervención del señor ROCA JUNYENT (GMC) (DSCD, núm. 106, de 07/07/1978, pp. 4045-4047).

² Para LORENZO VÁZQUEZ, «*el derecho del titular al establecimiento del ideario, que se deriva de la libertad de enseñanza y del derecho de creación, incluye como contenido imprescindible el derecho a aplicar, desarrollar y preservar dicho ideario*» (LORENZO VÁZQUEZ, Paloma (2001): 93-94). «Contenido imprescindible» que, a nuestro entender, puede extenderse también a la consideración de «contenido esencial».

³ En contra: STS de 16 de abril de 2008, FJ 9.

⁴ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (1999): 16.

Educación diferenciada y conciertos públicos

en sus relaciones con la comunidad educativa, a la que se debe⁵. Y no pueden por ello, el Legislador o la Administración educativa, restringir la posibilidad de establecer este ideario⁶, a riesgo de vulnerar el contenido esencial del artículo 27.6 CE –protegido por el artículo 53.1 CE– y limitar, infundadamente, la libre elección de centro, sin admitir una pluralidad de opciones.

101. A pesar de no haber pronunciamientos del Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo sí se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre la educación diferenciada, principalmente en temas de financiación –como veremos posteriormente–, llegando a una conclusión clara: «que este tipo de educación es lícita no se discute»⁷, siendo la «educación diferenciada tan legítima como el modelo de coeducación»⁸.

102. En esta línea de legitimidad, y con el fin de dotar de más posibilidades de elección de tipo educativo, principalmente pedagógico, a los padres, se enmarca el artículo 14.3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, cuando compele a respetar «la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto de los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones

⁵ LORENZO VÁZQUEZ asegura que «*el derecho a establecer, aplicar y preservar el ideario no debe ser entendido solamente como un derecho subjetivo del titular sino además como el vehículo que hace posible la elección del tipo educativo*» (LORENZO VÁZQUEZ, Paloma (2001): 93-94). La elección del tipo educativo se realiza, obviamente, por la comunidad educativa, conectado con lo dicho.

⁶ Para EMBID IRUJO «*la actuación estatal, así, debe ser respetuosa con los contenidos esenciales de los derechos con que se conexas*» (EMBID IRUJO, Antonio (1983): 188-189). Por lo tanto, tendrá que tener siempre presente el ideario educativo del centro, en conexión con todos los derechos educativos implicados e incluso por su conexión con los artículos 1.1 y 9.2 CE.

⁷ STS de 26 de junio de 2006, FJ 8.

⁸ STS de 23 de julio de 2012, FJ 3.

religiosas, filosóficas y pedagógicas»⁹. La educación diferenciada, al igual que la mixta, no es sino una manifestación de la libre creación de centros docentes, escogiendo, como ideario propio, una opción pedagógica concreta¹⁰.

103. Podríamos considerar, recapitulando y concentrando lo estudiado y concluido en páginas anteriores, que el modelo pedagógico de educación diferenciada es un tipo de educación no discriminatoria, que, al igual que la educación mixta, orienta la educación y la enseñanza al pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto de los principios democráticos y de convivencia y de los derechos y libertades fundamentales y que está ampliamente reconocido por los textos internacionales y comparados, así como su legitimidad y licitud en derecho interno.

104. En aras del pluralismo social, la elección por un tipo de educación que no sea la coeducativa coadyuva a la consecución de los valores inspiradores del sistema democrático del artículo 1.1 CE. Aun cuando no se compartan las mismas convicciones pedagógicas, los valores superiores de pluralismo, libertad e igualdad se manifiestan en una suerte de principio de tolerancia¹¹ y respeto hacia las convicciones pedagógicas de los padres. Estas convicciones han de enmarcarse dentro de los límites democráticos y que el modelo educativo tenga como finalidad legítima la búsqueda y consecución del mejor logro del objeto final de la educación y enseñanza¹².

105. La libre configuración de los modelos pedagógicos adoptados por los centros docentes debe desplegar todos sus efectos

⁹ De esta manera, igualmente, interpretado por TIRAPU MARTÍNEZ (TIRAPU MARTÍNEZ, Daniel (2005): 3-4).

¹⁰ STS de 23 de junio de 2014, Voto Particular del Magistrado Requero Ibáñez.

¹¹ CABALLERO VÁSQUEZ, Ángel (2009): 44.

¹² COTINO HUESO, Lorenzo (2000a): 151.

Educación diferenciada y conciertos públicos

como derechos de libertad cuando se desenvuelven dentro de los límites señalizados por el marco constitucional¹³. Como reiteradamente ha hecho mención nuestro Tribunal Constitucional, no existen derechos ilimitados, ni siquiera los fundamentales, encontrando limitaciones en el propio ordenamiento constitucional para un mejor desenvolvimiento democrático¹⁴. También es cierto que, en el marco de los derechos fundamentales, los poderes públicos están obligados a promocionar la implantación y disfrute real y efectivo de los derechos¹⁵, y no como mero actor inerte ante el desarrollo de los derechos de libertad de los ciudadanos, sin interferir en su ejercicio¹⁶.

106. Con ello el Tribunal Constitucional interpreta la necesidad de la máxima expansión del ejercicio de los derechos fundamentales¹⁷, por lo que, en el caso de la existencia de dudas sobre la posibilidad de extender el ejercicio de estos derechos y libertades, dentro del marco constitucional, la respuesta debe ser la que menos restrinja la posibilidad de accionar los derechos¹⁸.

107. Esto se refleja en el principio de efectividad de los derechos fundamentales según el cual es «*obligación de los poderes públicos [...] interpretar la normativa aplicable en el sentido más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales*»¹⁹, acorde con la interpretación de que los mismos acuden, principalmente, en el auxilio y despliegan su máxima utilidad en la protección de los más necesitados de ellos, interpretado como la protección de una posición

¹³ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2000): 5-6.

¹⁴ STC 91/1983, FJ 3; STC 110/1984, FJ 5, *ad exemplum*.

¹⁵ STC 53/1985, FJ 4.

¹⁶ ATC 333/1997, FJ 3.

¹⁷ GALÁN JUÁREZ, Mercedes (2006): 39.

¹⁸ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro (2013): 7.

¹⁹ BASTIDA FREIJEDO, Francisco (2004): 70-71, basado en la STC 17/1985, FJ 4.

«antimayoritaria»²⁰ pero igualmente constitucional, como, a nuestro entender a este respecto, resultaría la educación diferenciada.

108. En todo caso, dado el carácter abstracto y abierto de los derechos fundamentales, convirtiéndolos en una suerte de garantías de posibilidades, «cuya realización está garantizada salvo que exista una expresa habilitación constitucional para privarlas de tal garantía»²¹, ante particulares y ante poderes públicos, y encontrándonos en la certeza, por lo visto hasta este momento, de que no existe ninguna inhabilitación constitucional expresa para la implantación en los centros docentes del modelo pedagógico de educación diferenciada, los derechos educativos, instados por toda la comunidad social y escolar, han de expandirse y surtir los plenos efectos que todo el ordenamiento jurídico-constitucional les garantiza, asegurando los derechos y libertades de padres, alumnos, docentes y titulares de los centros mediante la posibilidad de realización del derecho fundamental a la educación a través de la formación e instrucción en centros docentes caracterizados singularmente con un modelo pedagógico de educación diferenciada²².

²⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis María (2008): 50-51.

²¹ PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2004): 47.

²² Como dice REQUENA LÓPEZ, una interpretación constitucional eficaz debe coadyuvar a la realización y consolidación del Estado constitucional democrático. No basta con aquella que tenga virtualidad en el mundo jurídico, pues todas –o casi todas– la tienen (REQUENA LÓPEZ, Tomás (2001): 29-30). Por ello, una interpretación constitucional que ayude a consolidar el Estado constitucional democrático, en relación a la educación diferenciada, nos obliga a interpretar las libertades educativas de una forma expansiva, asumiendo sin ninguna duda este modelo e integrándolo en el sistema educativo.

Educación diferenciada y conciertos públicos

1.2. COMPATIBILIDAD DE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA CON EL IDEARIO EDUCATIVO CONSTITUCIONAL

109. Después de dedicar un capítulo entero al ideario educativo constitucional del artículo 27.2 CE –«la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales»– y desarrollar, durante este, el objeto central del estudio, la educación diferenciada, es de obligado cumplimiento considerar la compatibilidad de la educación diferenciada con el ideario educativo que el constituyente previó en nuestra Carta Magna.

110. Como ya hemos visto, el ideario educativo constitucional orienta todo el sistema educativo español al logro del pleno desarrollo de la personalidad del educando, y es preciso saber si, a través del modelo pedagógico de educación diferenciada, se puede conseguir.

111. Parte de la doctrina jurídico-educativa ha considerado que más que los resultados académicos que objetivamente pueda conseguir un centro de educación diferenciada, la «prueba de fuego» de su constitucionalidad reside en la enmarcación dentro del ideario educativo constitucional²³, de la posibilidad de que el modelo pedagógico elegido por el titular del centro docente a la hora de crear el mismo y el seleccionado por los padres para la educación de sus hijos entra dentro de los objetivos que el constituyente quiso para el sistema educativo.

²³ ALÁEZ CORRAL, Benito (2009a): 40. En ALÁEZ CORRAL, Benito (2009c): 1000-1001 también hace referencia al asunto. Sin embargo distingue entre el «ideario educativo» y el «ideario de la enseñanza», siendo el constitucionalmente protegido el primero. Para las diferencias entre «educación» y «enseñanza» nos remitimos al apartado en el que lo estudiamos en profundidad, bastando, en estas líneas, mostrar nuestra disconformidad al planteamiento que ALÁEZ CORRAL realiza al no distinguir, en el ámbito en el que tratamos, entre los objetivos educativos y los de la enseñanza.

112. No en vano, el carácter propio de los centros docentes no es sino un medio de alcanzar el pleno desarrollo de la personalidad humana. En aras del pluralismo y la libertad que rigen el sistema democrático y constitucional, el carácter propio de los centros docentes constituye la vía de realización de los objetivos educativos previstos en el artículo 27.2 CE²⁴. Por eso mismo, todo ideario de centro docente de carácter privado o de iniciativa social debe ser acorde con el ideario educativo constitucional, en el sentido de orientarse al pleno desarrollo de la personalidad humana y respetar los principios democráticos de convivencia, y este, a su vez, es la máxima razón de ser de los diversos caracteres propios de los centros docentes, en sus distintas concepciones plurales de lograr la plenitud del desarrollo de la personalidad humana.

113. Ello no obsta para que cualquier ideario de centro de iniciativa social que sea contrario a los principios democráticos y constitucionales esté viciado, *ab initio*, de nulidad²⁵, siendo el ideario educativo constitucional la única forma de certificar la constitucionalidad del carácter propio de los centros docentes, pudiendo hacerlo teniendo en cuenta la configuración y los objetivos del propio artículo 27.2 CE²⁶:

a) Objeto de la educación, entendido como la formación plena del discente. Uno de los requisitos *sine qua non* para considerar no discriminatoria la educación diferenciada, como hemos podido ver anteriormente, es que los centros educativos que separan por sexo tengan las mismas oportunidades entre ellos, es decir, que los colegios destinados a un sexo –bien para niñas, bien para niños– no gocen de mejores instalaciones, superior presupuesto y docentes con mayor grado de

²⁴ COTINO HUESO, Lorenzo (2000a): 147-148.

²⁵ CÁMARA VILLAR, Gregorio (1988): 2189.

²⁶ En esto seguimos a CÁMARA VILLAR, Gregorio (2002): 982, el cual identifica las partes del ideario educativo constitucional contenidas en el artículo 27.2 CE.

Educación diferenciada y conciertos públicos

especialización y profesionalización que los previstos para los colegios destinados al otro sexo. En consideración con los centros mixtos, los de educación diferenciada, en virtud de la inspección y homologación del sistema educativo –art. 27.8 CE– y la programación general de la enseñanza –art. 27.5 CE– de los poderes públicos, han de tener las mismas finalidades formativas, semejante contenido de las materias a impartir, por lo que el objeto de la educación como formación plena del alumnado se cumple en la educación diferenciada.

b) Finalidad general de la educación, entendida como el pleno desarrollo de la personalidad humana que, como ya vimos en páginas pasadas, ha de ir encaminado a un desarrollo de las capacidades físicas, intelectuales, psicológicas y sociales del educando²⁷. Las capacidades intelectuales que pueda adquirir el educando las hemos visto anteriormente. En cuanto a las capacidades físicas, huelga advertir las diferencias biológicas entre sexos –las capacidades físicas, fuera del colegio, y en el entorno de competiciones deportivas, suele ser diferenciada por sexos debido a las distintas capacidades y límites de unos y otros–, por lo que una educación física diferenciada por sexos puede coadyuvar al desarrollo físico pleno de niñas y niños. Respecto a las psicológicas y las sociales, los estudios habidos hasta ahora no han sido nada concluyentes respecto a la certeza de que un modelo sea preferido respecto a otro para el desarrollo de estas capacidades, pudiendo ser ambos igualmente válidos.

c) Objetivos específicos de la educación, entendidos como el respeto a los principios democráticos y a los derechos y libertades fundamentales, considerando, para su conocimiento, el catálogo de derechos y libertades que ostentan las personas así como los

²⁷ MEHEDI, Mustapha (1999): párr. 21.

límites de los mismos en atención a los derechos y libertades de los demás. Como ya abogábamos en el capítulo tercero de la primera parte de este estudio, una educación cívico-democrática, una educación para la ciudadanía democrática, es necesaria en todo tipo de centro educativo, independientemente del modelo pedagógico por el que opten. En esta asignatura –que además debe impregnar transversalmente toda la estructura y la convivencia escolar– debe instruirse al alumnado en los principios democráticos y los derechos y libertades fundamentales. Ello es independiente de que la educación sea mixta o diferenciada. El principal inconveniente que podría encontrarse en esto sería la consideración de que, para un respeto entre sexos y un fomento de la igualdad, es necesaria la coeducación y comenzar por la convivencia en las aulas, para trasladarla a la cotidianeidad de la vida. No obstante, según los estudios ya mencionados al principio de esta segunda parte, tampoco hay una certeza absoluta de que la coeducación, psicológica y pedagógicamente hablando, sea el modelo en el cual se aminoren los estereotipos y roles de género, pudiendo, debido al avance o retroceso en la maduración personal respecto al sexo opuesto, provocar una actitud de rechazo hacia los niños o las niñas, respectivamente, fomentando estereotipos de género para reforzar el autoestima y afirmación personal, no ocurriendo lo propio en la educación diferenciada, ya que el entorno de maduración personal es similar en los estudiantes.

114. A día de hoy, la inexistencia de jurisprudencia tanto estatal como europea²⁸ en torno a la constitucionalidad de este modelo –restando únicamente los pronunciamientos, en derecho interno, del Tribunal Supremo, que veremos posteriormente, en los que considera la educación diferenciada como «modelo pedagógico legítimo»– dificultan

²⁸ ALÁEZ CORRAL, Benito (2011): 119.

Educación diferenciada y conciertos públicos

ciertamente la concreción del modelo como constitucional o no. En todo caso, consideramos que la Constitución, en ningún momento, impone el modelo coeducativo o de educación mixta como el único legítimo para la consecución del pleno desarrollo de la personalidad humana. No puede ser parte la coeducación del ideario educativo constitucional al no ser un objetivo, un valor o un fin en sí mismo, sino un medio instrumental²⁹, y no el único, para alcanzar los objetivos constitucionales en materia educativa. Y como acabamos de ver, el modelo pedagógico de educación diferenciada queda enmarcado dentro del pleno desarrollo de la personalidad, al cumplir con todos los objetivos que constitucionalmente se prevén en el artículo 27.2 CE³⁰.

2. DERECHO A LA EDUCACIÓN EN UN SISTEMA EDUCATIVO PLURAL. PLURALISMO EDUCATIVO INSTITUCIONALIZADO Y EN LIBERTAD³¹

115. La cuestión de la necesidad de una escuela plural y libre es indiscutible para la doctrina. Sin embargo difieren en la forma de realización de ese pluralismo. Es un debate que viene de largo y no se

²⁹ ESTEVE PARDO, José (2013): 11.

³⁰ SALAZAR BENÍTEZ se cuestiona si el Legislador podría disponer la compatibilidad de la educación diferenciada con el ideario educativo constitucional, contestando que, en su opinión, «no y, por lo tanto, el Tribunal Constitucional debería en última instancia declarar la inconstitucionalidad de tal previsión» (SALAZAR BENÍTEZ, Octavio (2013): 14, pie de página 20).

En similar sentido se pronuncia ÁLVAREZ ÁLVAREZ, quien, después de calificar la educación diferenciada como una «*educación no plenamente democrática*», termina poniendo en tela de juicio su constitucionalidad misma (ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (2015): 506-509).

³¹ STC 5/1981, Voto Particular Magistrado Tomás y Valiente, F 4.

circunscribe a la doctrina actual, sino que ya en los debates parlamentarios constituyentes, e incluso antes³², los diputados se cuestionaban sobre las posibilidades de un sistema plural de carácter interno, en cada centro, o bien si, por el contrario, se decantaban por una red de centros públicos y privados, con caracteres propios, que otorgase la posibilidad de elección de centro y con ello encontrar el necesario pluralismo a través de una organización identitaria y uniforme de cada centro docente³³.

116. Después de esta introducción general, sentando las bases de los distintos puntos de vista y la polémica por su resolución, dividimos el estudio en los posibles modelos que, a nuestro entender, pueden concebirse en el sistema educativo.

³² El señor GÓMEZ DE LAS ROCES, en una interpelación realizada al Ministro del Interior antes de los debates al Proyecto de Constitución, trasladaba a la sede Parlamentaria su preocupación por el respeto de las ideologías paternas y maternas en la elección del tipo de educación de sus hijos y la inviabilidad e inaceptabilidad de una conmixción ideológica en el seno del particular centro docente, contraproducente, a su entender, para el pleno desarrollo del educando (DSCD núm. 7, de 25/01/1978, p. 221).

³³ El debate se traslada a la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas, concretamente a su sesión núm. 11 –donde se trata la cuestión educativa– donde el señor BARRERA COSTA (Grupo Minoría Catalana) se pronuncia considerando más racional y justo un sistema de pluralismo interno, sin financiación pública de escuelas privadas (DSCD núm. 72, de 23/05/1978, pp. 2597).

Posteriormente, el señor CARRILLO SOLARES (Grupo Comunista) es consciente de la realidad social, considerando el pluralismo de centros como parte necesaria de la sociedad en esta fecha, pero con su deseo de que, en un futuro, la educación se imparta exclusivamente en centros públicos en los que exista un pluralismo interno (DSCD núm. 103, de 04/07/1978, p. 3784).

Más tarde sería el señor SILVA MUÑOZ (Grupo Alianza Popular) el que se cuestionaría sobre el sistema más democrático de impartir una educación libre y plural, si el basado en un pluralismo interno o el que mantuviese una pluralidad de centros públicos y privados, con idearios propios y con posibilidad de elección de los mismos (DSCD núm. 106, de 07/07/1978, pp. 4023).

Educación diferenciada y conciertos públicos

2.1. PLURALISMO INTERNO

117. El sistema de pluralismo interno o pluralismo “en la escuela” se defiende y auspicia, como hemos comprobado anteriormente, desde posiciones progresistas en sede parlamentaria, basándose en su concepción de la educación como sistema público, único, pluralista, aconfesional y autogestionario³⁴.

118. Para algunos autores, este es el modelo que el texto constitucional ha querido instaurar en el sistema educativo español. Dichas posiciones suelen basarse en el artículo 27.2 CE ya que en la búsqueda del pleno desarrollo de la personalidad en el seno de un sistema de centros públicos es necesario tener en cuenta la pluralidad de intervinientes sociales y a la vez el respeto por el pluralismo de convicciones³⁵, en el acatamiento de los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales, entre los que se encuentra la propia libertad de creencias e ideológica – artículo 16 CE–.

119. También se ha sostenido este modelo sobre la base de instrumentos internacionales como el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales y el Convenio Europeo de Derechos Humanos³⁶.

120. El artículo 2 del Protocolo Adicional 1º del CEDH dicta que «el Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones

³⁴ SALGUERO, Manuel (1995): 548.

³⁵ CÁMARA VILLAR, Gregorio (2000): 272-273.

³⁶ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (2011): 33-34.

religiosas y filosóficas», lo que puede sustentar el sistema de pluralismo interno.

121. No obstante, a tenor de la necesidad de contemplar los distintos textos internacionales, y entre otros el PIDESC, concretamente su artículo 13.3, el cual insta a los Estados Parte a comprometerse «a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas» a la vez que la Convención Relativa a la Lucha Contra Las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, en su artículo 2.c, protege la creación de centros de enseñanza privados «siempre que la finalidad de esos establecimientos no sea la de lograr la exclusión de cualquier grupo, sino la de añadir nuevas posibilidades de enseñanza a las que proporciona el poder público», no podemos aceptar la premisa de que los instrumentos internacionales defiendan, en exclusiva, la pluralidad interna de los centros docentes.

122. El sistema de escuela única, aun plural, también ha generado críticas doctrinales. La posible no garantía del derecho de los padres a la elección de educación acorde con sus convicciones filosóficas y religiosas³⁷, las eventuales orientaciones cambiantes del centro, dependiendo de los órganos colegiados de cada momento³⁸, la restricción de la libertad y su correspondiente limitación democrática³⁹ son las reprobaciones más usuales a la posibilidad de la existencia de un tipo de sistema educativo en el que sólo se garantizase el pluralismo interno, dentro de los centros docentes.

³⁷ SALGUERO, Manuel (1995): 552.

³⁸ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso y SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel (1996): 183-184.

³⁹ ORTIZ DÍAZ, José (1980): 59.

2.2. PLURALISMO EXTERNO

123. El pluralismo externo o “de escuelas” es aquel que considera como principio básico de libertad de enseñanza y democracia constitucional la posibilidad de decidir, en un marco de pluralidad de centros docentes, aquel centro que considere que se adapta más a sus convicciones filosóficas, morales, religiosas o pedagógicas, incluyendo, por tanto, los centros docentes públicos y los privados.

124. En un sistema escolar en el que, como vimos antes, la transmisión de valores es algo connatural al proceso de aprendizaje, enseñanza y de educación, es necesario un modelo de pluralismo de escuelas⁴⁰ o, más bien, una pluralidad de escuelas o centros docentes⁴¹.

125. La afirmación de la existencia de una pluralidad de centros docentes, dotados de carácter propio –ya sean idearios de los que pueden dotarse los centros privados, ya sea la pretendida neutralidad de los centros públicos– implica la interdicción del monopolio educativo estatal⁴², así como, llegado el caso extremo –si bien ciertamente improbable– de monopolio o, más bien, oligopolio de centros educativos privados, sin la intervención del sector público, que es quien asegura una red de centros neutrales garantizando el pluralismo en todas sus vertientes.

126. Es, a nuestro entender, la expresión de las libertades constitucionales de enseñanza, de elección de tipo y de centro educativo y de libre creación de centros docentes –artículo 27 CE, apartados 1, 3 y 6 respectivamente–. La libertad de enseñanza sin la posibilidad de elección

⁴⁰ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso y SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel (1996): 183.

⁴¹ FERRER ORTIZ, Javier (2006): 21.

⁴² SALGUERO, Manuel (1995): 545.

de centro educativo con las posibilidades de carácter identitario y particular que puedan contener a través de la libre creación de centros docentes quedaría vacía de contenido al no contemplar la posibilidad de ejercer el derecho-deber a la educación en un marco plural de centros, conectado, a su vez, con la interdicción de los posibles monopolios que hemos visto anteriormente.

127. A su vez, contribuye al desarrollo de la personalidad del menor, a través de la formación religiosa, moral, filosófica y pedagógica que sean conforme a las convicciones de sus padres, y dentro del respeto a los principios constitucionales, asegurando el objetivo último del sistema educativo –art. 27.2 CE– así como el respeto a los valores superiores como la libertad y, aun de manera tangencial, el pluralismo político –art. 1.1 CE–, que comienza desde políticas que favorezcan y fomenten la pluralidad entre los ciudadanos, sin coartar las posibilidades de libre desarrollo, fundamento, a su vez, del propio orden político –art. 10.1 CE–. Un encadenamiento de ideas y de derechos y libertades tendentes a la expansión de las facultades de elección de los ciudadanos⁴³, dentro del respeto a la ley y a los principios constitucionales.

128. Este sistema no está exento de críticas, ya que, según doctrina, puede fomentar segregacionismo y clasismo social, al separar en distintos centros educativos a educandos provenientes de distintas clases sociales y provocando una auténtica desigualdad de oportunidades⁴⁴. Planteamiento que, aunque plenamente respetable,

⁴³ ROCA FERNÁNDEZ asegura que la respuesta correcta al pluralismo ideológico, religioso y cultural presente en nuestra sociedad es el pluralismo escolar (ROCA FERNÁNDEZ, María J. (2008): 5), no admitiendo la única posibilidad de pluralismo interno, es necesario el externo.

⁴⁴ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso y SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel (1996): 184 que, sin estar de acuerdo con dicho planteamiento, el cual consideran afortunadamente superado, lo explana como argumento para poder rebatirlo

Educación diferenciada y conciertos públicos

consideramos rebatible debido, en primer lugar, a la libertad y desarrollo personal que es necesario otorgar a cada individuo y, en segundo lugar, con las posibilidades de elección de centros docentes privados de forma gratuita, a través de su financiación que, como veremos posteriormente, amplía las oportunidades de opciones que tienen los padres para educar a sus hijos conforme a sus convicciones.

2.3. MODELO MIXTO DE PLURALISMO

129. El modelo mixto de pluralismo correspondería a un sistema que aúne el pluralismo dentro de las escuelas con la pluralidad de las mismas.

130. En primer lugar hemos de tener en cuenta que ambas concepciones no son excluyentes, si no se adoptan en una defensa férrea y definitiva como única opción del sistema escolar. Es perfectamente compatible un plan educativo conformado por una pluralidad de centros docentes que, a su vez, adopten el principio de pluralismo interno en los centros⁴⁵ como opción democrática y constitucional para el libre desarrollo de la personalidad del educando, posibilitando así las opciones que tienen los padres de elegir la educación de sus hijos conforme a sus convicciones y, a la vez, respetando las del propio alumno, constituyendo

argumentando, finalmente, que *«la realidad de una sociedad pluralista muestra que no hay ciudadanos distintos porque haya escuelas diferentes, sino cabalmente todo lo contrario: hay escuelas distintas y partidos políticos distintos, y medios de comunicación distintos... porque hay ciudadanos con diversas percepciones de la existencia»*.

⁴⁵ FERRER ORTIZ, Javier (2006): 20-21.

de esta manera un principio de plena libertad que encuentra su justificación en el art. 27.2 CE⁴⁶.

131. En segundo lugar, y vistas las previsiones constitucionales de derechos y libertades, no es posible defender la exclusividad de la adopción de uno de los sistemas⁴⁷. Las disposiciones de la Constitución así como su necesaria interpretación a través de los diversos textos internacionales, conforme el artículo 10.2 CE, los cuales vimos anteriormente y a los que podemos sumar dos instrumentos fundamentales más para la conformación de la protección de los derechos humanos, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴⁸ y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁹, otorgan la libertad a los padres de elección de tipo de educación así como la libertad de creación de centros docentes, actuando de forma unitaria para la comprensión de la realidad educativa y optando por un sistema de pluralidad de centros docentes.

132. A su vez, y como justificación de la necesidad de un pluralismo interno, el Tribunal Constitucional se pronuncia al respecto en el marco de la escuela pública:

«En un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la confesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas y muy especialmente los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales. Esta

⁴⁶ SALGUERO, Manuel (1995): 544.

⁴⁷ GARCÍA-PARDO, David (1998): 83.

⁴⁸ Art. 26.3 DUDH: «Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos».

⁴⁹ Art. 14.3 CDFUE: «Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas».

Educación diferenciada y conciertos públicos

neutralidad, que no impide la organización en los centros públicos de enseñanzas de seguimiento libre para hacer posible el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (artículo 27.3 Constitución), es una característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro».⁵⁰

133. Dentro de la pretendida neutralidad a la que alude el Tribunal Constitucional se encuentra la posibilidad de elección de formación religiosa y moral de acuerdo a las convicciones de los padres, lo cual no deja margen de dudas respecto a la necesidad de considerar a la red de centros públicos de enseñanza como una estructura plural interna.

134. Las dudas las genera, en todo caso, la red de centros privados con carácter propio, debido a la necesidad de dilucidar si al matricularse en esos centros docentes es necesario e ineludible compartir todas las creencias y convicciones ideológicas características del centro.

135. La respuesta consideramos que ha de ser negativa. A la hora de la matriculación en un centro docente singularmente caracterizado, los padres se comprometen al respeto de los principios ideológicos que conforman su carácter propio, pero no a compartir, de una forma incondicional, todos y cada uno de los principios que conformen la ideología del centro docente.

136. En todo caso, es el bien superior del menor el que hay que tener en consideración, en aras de su pleno desarrollo personal, así como su libertad de conciencia e ideológica, amparada en el artículo 16 CE, que puede ser dinámica conforme a su propio desarrollo cognoscitivo, psicológico, personal, cultural y social, por lo que, aunque el deber de respeto del ideario se mantiene durante, al menos, toda la estancia del

⁵⁰ STC 5/1981, FJ 9.

alumno en el centro docente, no significa que este no pueda manifestar sus convicciones, otorgando tintes de pluralismo interno, característica esencial de un sistema democrático en busca de la libertad y del desarrollo personal del educando, en el seno de los centros de iniciativa privada, aun caracterizados ideológicamente.

137. Por lo tanto, defendemos un sistema mixto de pluralismo, tanto “de las escuelas” como “en la(s) escuela(s)”, en virtud del cual puedan protegerse todos los derechos y libertades de los padres, los hijos, los particulares y la sociedad en general, tendentes siempre al objetivo final de la educación del menor tal y como ampara el ideario educativo constitucional del artículo 27.2 CE y respetando los principios democráticos de convivencia interna y externamente.

3. REGULACIÓN DE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA

138. Antes de entrar en la regulación de la educación diferenciada hemos considerado necesario estudiar su posible actitud discriminatoria así como su enmarcación dentro del ideario educativo constitucional, ya que la regulación de la misma ha de depender, en gran medida, de las conclusiones a las que hemos llegado a partir de las diferentes premisas de constitucionalidad del modelo pedagógico.

139. Hemos hecho referencia a distintos ordenamientos en materia de igualdad y no discriminación –derecho español, comparado y textos internacionales– en una primera aproximación a la figura de la educación diferenciada y su delimitación constitucional, siendo el momento de observar las distintas regulaciones del modelo pedagógico de educación homogénea por razón de sexo en derecho interno, examinando la toma en consideración, en su caso, de las disposiciones

Educación diferenciada y conciertos públicos

internacionales y comparadas relativas a la educación diferenciada, así como las pronunciamientos jurisprudenciales que hayan delimitado el marco de actuación de este modelo pedagógico.

140. Si bien el objeto de este apartado es el estudio, evolución y desarrollo de la normativa infraconstitucional, será de obligada observancia en todo momento el marco constitucional e internacional de actuación en el que se puede desenvolver el legislador a la hora de disponer los diferentes sistemas educativos habidos en nuestro país.

3.1. EN DERECHO INTERNACIONAL

141. Muchos son los instrumentos internacionales encargados de prescribir acciones para los Estados firmantes en materia educativa, pero no todos hacen mención, de manera explícita o implícita, a la educación diferenciada o, más genéricamente, a la forma que haya de tomar el sistema educativo de los Estados miembros para orientarlos a los objetivos educativos a los que se obligan. Nos dedicaremos en las siguientes líneas a desgranarlos, en un orden cronológico –de mayor a menor antigüedad– y de aplicación –internacionales primero, regionales/comunitarios después–.

142. La Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948. Es imprescindible comenzar cualquier remisión a textos internacionales referentes a derechos y libertades fundamentales con la DUDH. En la misma se contiene la protección explícita del derecho de toda persona a la educación –artículo 26–. En el artículo desarrolla los objetivos de la educación, tales como «el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales» así como la necesidad de favorecer la comprensión y la

tolerancia, pero no prescribe ningún modelo educativo, dejando al arbitrio de los padres la elección del tipo educativo que consideren conveniente para sus hijos –«los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos»–.

La DUDH, como marco de mínimos sujeto a mejoría, nunca a disminuciones⁵¹, otorga un amplio abanico de derechos y libertades para los ciudadanos tendentes a la máxima expresión de libertad e igualdad⁵², compatible, en todo caso, con los principios democráticos de convivencia que han de regir a nivel global, siendo difícilmente armonizable con una restricción de las libertades, sin razón democrática, por parte de los poderes públicos⁵³.

Dejando a un lado los propósitos igualitarios de la DUDH, que ya vimos en epígrafes anteriores, se hace complicada la comprensión de una restricción en materia de elección de tipo de educación por parte de los padres en razón de los principios que inspiran esta Declaración. Las libertades que se establecen en la misma sólo podrán ser restringidas por los poderes públicos «con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática», no pudiendo ejercer las libertades en oposición a los propios principios de la Declaración⁵⁴.

⁵¹ MARTÍNEZ SAMPERE, Eva (1997): 56.

⁵² Preámbulo de la DUDH.

⁵³ Prohibido, por otra parte, en el artículo 30 DUDH: «Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración».

⁵⁴ Artículos 29.2 y 29.3 DUDH.

Educación diferenciada y conciertos públicos

Una Declaración de Derechos que propugna como valores superiores la igualdad y la libertad y como fin último de la educación el pleno desarrollo de la personalidad del educando, dejando libertad a los padres para la elección del tipo educativo es plenamente consciente de los distintos tipos de metodologías pedagógicas existentes compatibles, no restringiendo a ningún tipo de educación específica el desarrollo de la personalidad de los educandos, y aspirando a que todas las personas cumplan con sus deberes respecto a su comunidad⁵⁵. Con lo que, si hubiese considerado que sólo un tipo de educación –siendo esta un fundamento básico de la Declaración a través de la cual ha de enseñarse la misma⁵⁶– era posible en virtud de los objetivos educativos y los potenciales deberes de los actuales educandos en la sociedad futura, habría estimado la necesidad del establecimiento obligatorio de un modelo pedagógico como único medio de transmisión los derechos humanos y principios democráticos de convivencia.

143. Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, de 1960. Esta Convención de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO⁵⁷) es, seguramente, el instrumento más importante a la hora de la delimitación de los medios educativos, al estar plenamente dedicada al objeto de la educación.

⁵⁵ Artículo 29.1 DUDH: «Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad».

⁵⁶ Proclamando la Asamblea General en el Preámbulo que «tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades».

⁵⁷ La propia UNESCO, en una Recomendación –número 34– a los Ministerios de Instrucción Pública sobre el acceso de las mujeres a la educación, unos años antes de esta Convención –1952– es consciente de las posibles diferencias en el ritmo de desarrollo y las diferencias psicobiológicas entre los sexos e insta a los profesores a tenerlas en cuenta (UNESCO (1979): 105).

Prescindiendo de las explicaciones y delimitaciones sobre las discriminaciones educativas que establece la presente Convención, ya estudiadas en anteriores epígrafes y a los que nos remitimos para su mejor comprensión, el principal atractivo de este texto internacional, para el objeto de este trabajo, es la inclusión explícita de la educación diferenciada⁵⁸, siempre y cuando los Estados miembros la admitan.

La Convención, al igual que la Declaración Universal de Derechos Humanos, orienta la educación al pleno desenvolvimiento de la personalidad humana y el reforzamiento del respeto de los derechos humanos, así como el respeto a la libertad de elección de los padres de establecimientos de enseñanza distintos de los públicos⁵⁹, protegiendo su creación siempre y cuando su finalidad sea acorde con las de la Convención, con las de la DUDH y no intente lograr la exclusión de cualquier grupo, discriminándolo de esta manera⁶⁰.

Si está admitida la educación diferenciada por no discriminatoria –al prohibir las distinciones únicamente cuando no son razonables y no se apoyan en un criterio objetivo⁶¹–, y su finalidad es acorde con los objetivos de la CRLCDEE y de la Declaración Universal, apoyándonos en lo visto en el desarrollo de esta última, parece ilógico

⁵⁸ Artículo 2 CRLCDEE : «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 estos 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 [...]».

⁵⁹ Artículos 5.1.a) y 5.1.b) CRLCDEE.

⁶⁰ Artículo 2.c) CRLCDEE.

⁶¹ VERHEYDE, Mieke (2005): 38-39.

Educación diferenciada y conciertos públicos

que los Estados restrinjan la posibilidad de existencia de centros con modelos pedagógicos monoeducativos⁶². Carece de fundamentación jurídico-internacional que un modelo no discriminatorio y que fomenta los valores que se buscan con la educación sea vetado⁶³.

144. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966. El presente Pacto tiene como base, punto de partida e intención de desarrollo la DUDH, tal y como establece claramente su Preámbulo. El artículo 13 del PIDESC se nutre notoriamente de las especificaciones de la Declaración Universal, orientando la educación al pleno desarrollo de la personalidad humana y la facultad otorgada a los padres de escoger el tipo de educación que más crean conveniente, por sus convicciones, para sus hijos⁶⁴.

⁶² Como puede verse en el trabajo de DAUDET y EISMANN, el artículo 2 de la Convención sólo tuvo reticencias en los debates previos en cuanto al apartado b, sobre posibilidad de los centros religiosos. Respecto a la educación diferenciada, las únicas discrepancias fueron gramaticales, en la búsqueda de una significación acorde con la no discriminación, pero en ningún momento para su supresión (DAUDET, Yves y EISMANN, Pierre Michel (2005): 12-14), por lo que no parece que, en el ámbito internacional, partiendo de esta Convención, haya suspicacias en torno a este modelo pedagógico.

⁶³ En contra de esta interpretación, ALÁEZ CORRAL, Benito (2011): 121-123. El autor considera que el «*precepto no impone la licitud de semejante tipo de educación sino que únicamente la permite mediante una excepción a la regla general*», algo que no podemos compartir, ya que la CRLCDEE considera este tipo de educación como no discriminatoria, de lo que trata la Convención, por lo que, a grandes rasgos, está declarando la licitud de dicho modelo pedagógico. Para fundamentarlo, ALÁEZ CORRAL se basa, a su vez, en otro artículo de la CRLCDEE, el 10.c), inexistente en la CRLCDEE y que se corresponde con el de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, de 1979, y con cuyo argumento tampoco podemos estar de acuerdo, como veremos a la hora de estudiar esta Convención.

⁶⁴ Literalmente el art. 13.3 PIDESC garantiza a los padres o tutores legales la facultad «de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas». En otro apartado de esta investigación estudiamos las

No obstante, este apartado es más detallado que el artículo 26 DUDH y por ello puede provocar ambigüedades a la hora de su interpretación y la garantía de la posible elección, por parte de los padres, del modelo educativo de educación diferenciada al someter la libertad de elección de los padres a que las escuelas distintas de las creadas por los poderes públicos «satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza», al igual que supedita la libertad de creación de centros docentes a «que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado».

En un estudio en conjunto del articulado del PIDESC, no nos es posible concluir que el mismo haga depender totalmente del Estado las posibilidades de libre creación de centros docentes y, por tanto, de libre elección por parte de los padres del tipo de educación que desean para sus hijos:

a) En primer lugar, y como hemos mencionado, este Pacto se basa, fundamentalmente, en los principios inspiradores de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y, como ya hemos visto, se presupone una aceptación de la educación diferenciada, en base a la libertad e igualdad, por parte de la DUDH.

b) En segundo lugar, la libertad de creación de centros docentes, además de supeditarlos a las normas estatales, tiene como condición el respeto del pleno desarrollo de la personalidad humana y la capacitación personal de los educandos, algo que,

implicaciones que conllevaba esta afirmación, concluyendo que la elección de escuelas distintas de las creadas por los poderes públicos puede considerarse como elección de tipo educativo, al proteger la libre creación de centros docentes en el mismo artículo, párrafo 4.

Educación diferenciada y conciertos públicos

igualmente, hemos visto cumplimentado a través de la Declaración Universal.

c) En tercer lugar, el Estado sólo puede restringir los derechos previstos en el PIDESC –tales como la libertad de elección y creación de centros docentes– «en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática»⁶⁵, no pudiendo interpretar ninguna de las disposiciones del Pacto «en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado [...] para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él»⁶⁶.

d) En cuarto y último lugar, el artículo 2.2 PIDESC garantiza el ejercicio de los derechos enunciados en el Pacto a todos, sin discriminación de ningún tipo. No establece un *numerus clausus*, pero sí establece, explícitamente, la prohibición de discriminación por razón de sexo, que, como vimos anteriormente, la educación diferenciada respeta, no provocando discriminaciones por la admisión de alumnos de un único sexo. Sin embargo, en la expresión de prohibición de discriminación por «opinión política o de otra índole» podría enmarcarse la opinión filosófico-pedagógica de la opción por una educación diferenciada, al formar parte de idearios caracterizadores de centros docentes así como la elección de los padres, por lo que, en aras de la libertad, y de la no discriminación por razón de opinión en materia educativa –forma legítima educativa, como llevamos viendo y seguiremos viendo a lo largo de todo este apartado–, el

⁶⁵ Artículo 4 PIDESC.

⁶⁶ Artículo 5 PIDESC.

PIDESC no puede pretender la limitación de la educación en el pleno desarrollo de la personalidad del alumno a un único modelo pedagógico como el de la educación mixta.

Como colofón al estudio de este Pacto, es necesario acudir a la Observación General número 13 del mismo⁶⁷, en el que se explica el derecho a la educación. En el párrafo núm. 33, se toma en total consideración la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 1960, con el siguiente tenor literal:

«En algunas circunstancias, se considerará que la existencia de sistemas o instituciones de enseñanza separados para los grupos definidos por las categorías a que se refiere el párrafo 2 del artículo 2 no constituyen una violación del Pacto. A este respecto, 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)».

145. La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, de 1979, tomando como base la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, de 1967. Es importante reconocer que la CETFDCM toma como base la DEDCM, particularmente para el objeto de este estudio, la materia educativa.

En la Declaración, se insta a los Estados a adoptar las medidas apropiadas para igualar los derechos educativos de hombres y mujeres, sea en establecimientos de enseñanza mixta o no⁶⁸. Esta Declaración reconoce la existencia de enseñanza no mixta, la cual

⁶⁷ Aplicación del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación general 13, El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto), (21º período de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/10 (1999).

⁶⁸ Artículo 9.b) DEDCM.

Educación diferenciada y conciertos públicos

considera, por el conjunto de la Declaración, algo totalmente compatible con la enseñanza para ambos sexos y, por supuesto, no discriminatorio.

La Convención, por su parte, y en el artículo en el que contempla los derechos educativos de la mujer en igualdad con el hombre, exige a los Estados Partes la adopción de medidas para la igualdad en materia educativa y la eliminación de estereotipos de género, «mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo»⁶⁹.

La complementariedad de ambos instrumentos internacionales, unidos a la no prohibición expresa de la educación diferenciada, considerando que la misma, por los antecedentes ya estudiados, puede ayudar a los fines educativos que la CETFDCM contempla, no conlleva la deducción del modelo pedagógico de educación mixta como único válido para la consecución de una parte tan importante para la consecución de los objetivos educativos como es la igualdad formativa entre sexos. Un texto internacional más en el que se regula la educación y sus objetivos y no se contempla la imperatividad de un modelo pedagógico único –como el modelo mixto– para el logro de los fines de la educación.

146. Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 1989. La CDN protege los derechos educativos de los niños en dos artículos, el 28 y el 29. Aunque son interesantes, no añaden nada nuevo a lo ya visto hasta ahora, puesto que son herederos, en gran parte, de las Declaraciones y Pactos anteriores, redactando de una forma más escueta los derechos y libertades tangenciales a los niños, es decir, de sus padres y de la comunidad escolar en general, limitándose a establecer que existe libertad de creación y dirección de centros docentes siempre y cuando se respeten los fines educativos de la propia Convención⁷⁰ y que

⁶⁹ Artículo 10.c) CETFDCM.

⁷⁰ Artículo 29.1 CDN.

la educación impartida en estos centros se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado en cuestión⁷¹.

Más interesante es, no obstante, la Observación General núm. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁷², la cual hace referencia en varias ocasiones a la necesidad de adaptación de los métodos pedagógicos a las necesidades de los niños, que permita el fomento y desarrollo de su personalidad según sus capacidades⁷³. Es importante esta especificación, dado que esto, precisamente, es lo que se busca, según los valedores de la educación diferenciada, a través de este modelo pedagógico: la adaptación de los centros educativos y las clases concretas a las capacidades de los menores, buscando la mejor forma de fomentar su desarrollo personal.

147. Convenio para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales (también denominado Convenio Europeo de Derechos Humanos), de 1950 y su Protocolo Adicional Primero, de 1952. Entramos ya en la regulación comunitaria, al agotar los textos internacionales más importantes que hagan hincapié en el fenómeno educativo.

La aprobación del CEDH no introdujo el derecho a la educación, para lo que hubo que esperar al acogimiento del Primer Protocolo Adicional, dos años después. El artículo 2 del Protocolo es bastante escueto, en relación a los hasta ahora vistos. Después de asegurar la educación de todos, en un segundo inciso contempla que «el Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a

⁷¹ Artículo 29.2 CDN.

⁷² Observación General núm. 1. párrafo 1 del artículo 29: propósitos de la educación (CRC/GC/2001/1), 2001.

⁷³ Párrafos 9 y 12 de la Observación General núm. 1.

Educación diferenciada y conciertos públicos

asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas».

Para el desarrollo de este artículo, se hace imprescindible acudir a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, instituido con el fin de asegurar el respeto de los compromisos adquiridos por los Estados en el Convenio⁷⁴.

A pesar de las escasas ocasiones que ha tenido el TEDH para intervenir en materia educativa, han sido ampliamente aprovechadas para la posibilidad de interpretar las ambigüedades que presenta el artículo 2 del Protocolo núm. 1 del CEDH, sobre todo, en lo que ahora mismo nos interesa, en la proclamación del respeto del derecho de los padres a asegurar una educación y enseñanza conforme a sus convicciones filosóficas –también hace referencia, en un primer momento, a las religiosas, cuestión que no cabe en este estudio–.

Para el Tribunal, la segunda frase del presente artículo,

«Tiende, en suma, a proteger la posibilidad de un pluralismo educativo, esencial en la preservación de la "sociedad democrática"»⁷⁵. «Los padres pueden exigir del Estado el respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas»⁷⁶, entendiendo por convicciones filosóficas «las convicciones merecedoras de respeto en una "sociedad democrática" [...] que no son incompatibles con la dignidad humana y, además, no se oponen al derecho fundamental del niño a la instrucción, prevaleciendo la primera frase del artículo 2 sobre todo el precepto»⁷⁷.

⁷⁴ Artículo 19 CEDH.

⁷⁵ STEDH, Caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca*, de 7 diciembre de 1976, §50.

⁷⁶ STEDH, Caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca*, de 7 diciembre de 1976, §52.

⁷⁷ STEDH, Caso *Campbell y Cosans contra Reino Unido*, de 25 febrero de 1982, §36.

Podemos afirmar, por lo visto hasta el momento, que la educación diferenciada es una «convicción filosófica» –aun cuando, en puridad, es un modelo pedagógico– merecedora de todo el respeto ya que no se opone a la dignidad humana y coadyuva a la consecución del derecho a la educación de los menores, por lo que podría quedar encuadrada y protegida, a su vez, en el artículo 2 del Protocolo núm. 1 del CEDH.

148. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 2000, ratificado por el Tratado de Lisboa, de 2007. Es el último de los instrumentos internacionales, en este caso comunitario, que vamos a contemplar. A su vez, es uno de los más amplios en cuanto a la libertad de los padres en la elección de centros docentes y la de los titulares a la hora de creación y dirección de los mismos ya que:

«Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas»⁷⁸.

Siguiendo las propias Explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales⁷⁹, «este artículo se inspira tanto en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como en el artículo 2 del Protocolo Adicional al CEDH». Como acabamos de ver, la garantía de la elección por motivos pedagógicos no está incluida en el artículo 2 del Protocolo Adicional al CEDH. Si el Legislador comunitario, inspirándose en el mismo, ha decidido introducir los motivos pedagógicos en las facultades otorgadas explícitamente a los padres a la hora de la elección de centro docente es como desarrollo del mismo, sin

⁷⁸ Artículo 14.3 CDFUE.

⁷⁹ DOUE de 14 de diciembre de 2007 (2007/C 303/02).

Educación diferenciada y conciertos públicos

posibilidad de existencia de confusión, siendo la educación diferenciada, como hemos visto, una elección por un modelo pedagógico particular.

149. Los distintos instrumentos internacionales que tratan de una forma u otra los sistemas educativos no imponen ni prohíben ningún tipo de modelo pedagógico particular⁸⁰. No obstante, terminan concurriendo en la misma conclusión: depende de la legislación de los Estados parte. A nuestro entender, que no haya una manifestación contraria a la educación diferenciada, y sí algunas directas en torno a la no discriminación de la misma, las facultades de elección de modelo pedagógico y la exigencia de adaptar los mismos a las necesidades del alumnado abren una vía, cuando menos, de legitimidad a los modelos pedagógicos de educación diferenciada, a expensas de lo que veamos en los siguientes epígrafes sobre la regulación específica en nuestro país, con alguna referencia comparada.

3.2. EN DERECHO INTERNO

150. Una vez estudiadas las repercusiones que en derecho internacional, comparado e interno tiene el modelo pedagógico de educación diferenciada respecto a la igualdad y no discriminación entre sexos, así como el análisis sistemático de las regulaciones internacionales que contienen referencias, explícitas o implícitas, a la educación diferenciada, es momento de examinar nuestro ordenamiento interno.

⁸⁰ Para DE LOS MOZOS TOUYA, los textos internacionales en materia educativa reconocen las posibles diferencias existentes entre los educandos y por ello no excluyen la educación diferenciada, sin necesidad de nombrarla explícitamente, ya que se da por supuesta (DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (2004b): 307).

151. Partiendo de la Constitución, desarrollaremos un análisis hermenéutico de las distintas legislaciones en el marco constitucional, prestando especial atención a la Ley Orgánica de Educación –la ley más ambigua en relación a esta materia– para estudiar la posibilidad de creación y elección de centros docentes caracterizados con el modelo pedagógico de educación diferenciada, así como la recepción jurisprudencial de este tipo educativo.

3.2.1. LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA EN LA CONSTITUCIÓN

152. Debemos recordar, en primer lugar, el amplio abanico de posibilidades que otorga el marco constitucional, especialmente su artículo 27 CE al contemplar la libertad de enseñanza, la libre creación de centros docentes y la libertad de elegir el tipo de educación así como el centro educativo por el que los padres opten para la formación de sus hijos.

153. En todo caso, la posibilidad de la libertad de elección por un centro de educación diferenciada, al amparo de la Constitución, no está explicitada en modo alguno, si ya bien hicimos referencia al intento de introducción, en los debates parlamentarios en las Cortes constituyentes, así como a través de enmiendas, de una cláusula de coeducación obligatoria, sin ningún éxito, por lo que comenzamos, *a priori*, con un punto de vista favorable a la posibilidad de elección de un tipo de educación distinto del modelo mixto de educación.

154. Aun así, el amparo constitucional del modelo de educación diferenciada dependerá, en último extremo, de la delimitación del

Educación diferenciada y conciertos públicos

derecho a la educación y la libertad de enseñanza que realice el artículo 27 CE⁸¹ y la relación con el texto constitucional en su conjunto.

155. En un análisis sistemático del conjunto del trabajo realizado hasta ahora, podemos comprobar que el modelo de educación diferenciada entra dentro del marco de la libertad de enseñanza, plasmada en una doble vertiente: la de la creación y dirección de centros docentes con la posibilidad de dotarlos de un carácter propio y la posibilidad otorgada a los padres de elección y tipo de educación⁸².

156. Como modelo pedagógico está especialmente protegido respecto a estos derechos, a tenor del artículo 10.2 CE y en consideración del artículo 14.3 CDFUE⁸³, pudiendo concluir que la educación diferenciada en ningún momento está proscrita por la Constitución y está admitida, con total claridad, internacionalmente⁸⁴.

157. Una vez concluido con este punto de vista, es hora de entrar a valorar la posibilidad que brinda la Constitución de elegir este modelo pedagógico, aun cuando no esté expresamente considerado por ella misma.

158. Tenemos que tener presente en todo momento que hablamos de un derecho fundamental, comprendido en la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero de la Constitución, cuestión que no es baladí para la comprensión de las siguientes líneas y del tema de fondo.

159. Y es que los derechos fundamentales, en un Estado social y democrático de Derecho que tiene como uno de sus valores superiores la

⁸¹ ALÁEZ CORRAL, Benito (2009a): 37.

⁸² CALVO CHARRO, María (2007): 6.

⁸³ MORENO BOTELLA, Gloria (2009): 3.

⁸⁴ COTINO HUESO, Lorenzo (2012): 271.

libertad y el pluralismo⁸⁵ y que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para la libertad efectiva de los individuos y los grupos en los que se integra⁸⁶, no pueden concebirse únicamente como límites defensivos ante los poderes públicos, sino que estos han de procurar a los ciudadanos la mayor efectividad posible de sus derechos fundamentales, no limitándose a no contradecir la Constitución, sino expandiendo sus derechos⁸⁷ dentro del orden político y de la paz social⁸⁸ que caracterizan al Estado constitucional.

160. La función de los poderes públicos es la de instrumentos al servicio de los ciudadanos⁸⁹. Están orientados finalísticamente a la regulación legislativa del mayor grado de libertades cívicas posibles, facilitando, que no sólo permitiendo, el pleno y libre desarrollo de los derechos fundamentales⁹⁰, debiendo bastar el que una conducta, en este caso un modelo pedagógico, no esté prohibido para que se entienda permitido⁹¹.

161. En aras del principio de máxima libertad que debe regir para los derechos fundamentales⁹², es necesario tener en cuenta la máxima expresión de la libertad de enseñanza como es el pluralismo escolar, tanto en la escuela como de escuelas, caracterizado por la posibilidad de la creación de centros docentes y la elección de entre ellos.

⁸⁵ Artículo 1.1 CE.

⁸⁶ Artículo 9.2 CE.

⁸⁷ BASTIDA FREIJEDO, Francisco (2004): 63.

⁸⁸ Artículo 10.1 CE.

⁸⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis María (2008): 70.

⁹⁰ DE DOMINGO, Tomás (2011): 10.

⁹¹ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro (2013): 14.

⁹² MORENO BOTELLA, Gloria (2009): 17.

Educación diferenciada y conciertos públicos

162. La imposición constitucional de un modelo pedagógico de educación mixta anularía toda opción pedagógica distinta⁹³ y toda libertad educativa, prescindiendo, en tal caso, de una gran parte del articulado constitucional previsto en el 27 CE. Esta imposición comprendería una monopolización de las opciones pedagógicas, en detrimento del pluralismo escolar⁹⁴ y sin la consideración de las convicciones ideológicas y pedagógicas de los padres, como obliga el artículo 27.3 CE así como distintos tratados comunitarios e internacionales a los cuales estamos obligados a acatar, mediante el artículo 96.1 CE, y nos han de servir de luz de guía para interpretar los derechos fundamentales, tal y como se desprende del tenor literal del artículo 10.2 CE.

163. Constitucionalmente no se impone la obligación estatal de ofertar distintos tipos de educación, pero los poderes públicos sí están obligados a abstenerse y garantizar⁹⁵, a través del ejercicio de los derechos de libertad de los ciudadanos, las facultades que se les otorgan a los individuos, entre las que están la libre creación de centros docentes con un ideario pedagógico propio como es el de la educación diferenciada, siempre que respete los principios constitucionales democráticos y los derechos y libertades fundamentales.

164. Es, pues, a nuestro entender, una prohibición constitucional la existencia de un modelo educativo único que suponga una uniformización del sistema educativo y consecuentemente una monopolización de los modelos pedagógicos, sin entrar a valorar, el texto

⁹³ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro (2013): 25.

⁹⁴ Para FLAHERTY, la diversidad –o pluralismo– en la educación *«is not only exposing children to different cultures, but also exposing them to different learning styles and curriculums [...] Creating single sex schools, grades or classrooms, offers different opportunities for children to learn»* (FLAHERTY, Eileen (2009): 11). La educación diferenciada ayudaría a la consecución de la diversidad y pluralismo.

⁹⁵ VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio (2004): 109-110.

constitucional, la oportunidad del carácter propio de la educación diferenciada, pero que, en interés de la salvaguarda del máximo disfrute de los derechos y libertades fundamentales sin cohibir o chocar frontalmente con otros derechos y libertades igualmente protegidos constitucionalmente, debe expandirse la posibilidad de elección y creación de centros con este modelo pedagógico propio.

3.2.2. LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA EN LA JURISPRUDENCIA

165. Debemos empezar este epígrafe con un pronunciamiento de una parte de la doctrina, que compartimos en gran medida, que califica «*la situación normativa y judicial*» en España respecto a la educación diferenciada como «*un despropósito*»⁹⁶.

166. Ni constitucionalmente –como hemos visto–, ni jurisprudencialmente –como estamos viendo–, ni legalmente –como vamos a ver– se ha clarificado, en modo alguno, y de una manera que unifique la visión en la materia, la educación diferenciada.

167. Esto ocurre, en parte, a nuestro modo de ver, por la carencia de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional al respecto. Sí ha podido pronunciarse en torno a la cuestión educativa y, más explícitamente, sobre los idearios de los centros docentes, pero no ha abordado nunca la opción pedagógica de la educación homogénea por razón de sexo. Sin embargo, de sus autos y sentencias en materia de derechos fundamentales podemos extraer conclusiones relevantes para nuestra investigación.

⁹⁶ COTINO HUESO, Lorenzo (2012): 268.

Educación diferenciada y conciertos públicos

168. Para nuestro Tribunal Constitucional:

«La Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes, imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos»⁹⁷.

169. Como ya hemos hecho referencia anteriormente, no es posible interpretar la Constitución de un modo tan cerrado que imponga, en materia educativa, una monopolización de un determinado modelo pedagógico, ya que no es, ni mucho menos, unívoca la interpretación sistemática de la Constitución en cuanto a la necesidad de imponer una única opción, siendo así que:

«El deber de protección dimanante del contenido objetivo de los derechos fundamentales no presenta unos perfiles tan nítidos como para entender que el mismo únicamente pueda ser satisfecho, en cada caso, por una sola fórmula correcta de resolución de las específicas controversias»⁹⁸.

170. Interpretando, a nuestro modo de entender, a través de estos pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal, lo que veníamos recalcando en el epígrafe anterior: la necesidad de la expansión en las libertades y derechos fundamentales, al no existir unívocamente una fórmula correcta para este caso concreto.

171. Nos podemos aproximar a las conclusiones anteriores a través de la interpretación constitucional que realiza el TC en relación al artículo 10.2 CE, según el cual:

⁹⁷ STC 11/1981, FJ 7.

⁹⁸ ATC 333/1997, FJ 3.

«[Se] limita a establecer una conexión entre nuestro propio sistema de derechos fundamentales y libertades, de un lado, y los Convenios y Tratados Internacionales sobre las mismas materias en los que sea parte España, de otro. No da rango constitucional a los derechos y libertades internacionalmente proclamados en cuanto no estén también consagrados por nuestra propia Constitución, pero obliga a interpretar los correspondientes preceptos de esta de acuerdo con el contenido de dichos Tratados o Convenios, de modo que en la práctica este contenido se convierte en cierto modo en el contenido constitucionalmente declarado de los derechos y libertades que enuncia el capítulo segundo del título I de nuestra Constitución»⁹⁹.

172. De esta manera, y a través de la interpretación constitucional del Alto Tribunal, encontramos un nuevo fundamento a nuestras apreciaciones relativas a la necesaria recepción de los derechos y libertades contenidos en los textos internacionales, que, según podemos entender, en modo alguno limitan las opciones de métodos pedagógicos a la educación mixta, llegando en algunos casos a declarar legítima y no discriminatoria la educación diferenciada¹⁰⁰ así como la posibilidad de creación de centros y elección por parte de los padres de los mismos según sus preferencias pedagógicas¹⁰¹.

173. La Sentencia en la que el Tribunal Constitucional ha estado más cerca de delimitar el contenido pedagógico de la libertad de elección de tipo educativo ha sido en la relativa al *homeschooling* que, aunque no tiene que ver directamente con la educación diferenciada, sí es un tipo de modelo pedagógico elegible por parte de los padres¹⁰². El Alto Tribunal se pronuncia en los siguientes términos:

⁹⁹ STC 36/1991, FJ 5.

¹⁰⁰ Artículo 2 CRLCDEE.

¹⁰¹ Artículo 14.3 CDFUE.

¹⁰² En la Tercera Parte de este trabajo profundizaremos en la opción pedagógica del *homeschooling*.

Educación diferenciada y conciertos públicos

«A pesar de que en su art. 14 la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) reconoce el «derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas», esta última precisión debe entenderse referida a aquellas opciones pedagógicas que resulten de convicciones de tipo religioso o filosófico, puesto que el art. 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea «se inspira tanto en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como en el artículo 2 del Protocolo Adicional al CEDH», sin que la referencia a las convicciones pedagógicas se encuentre entre las ampliaciones de este último precepto reconocidas en las explicaciones elaboradas bajo la autoridad del Praesidium de la Convención que redactó la Carta y actualizadas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención Europea, y que, conforme establece la propia Carta el Preámbulo y en su art. 52.7, han de servir a una interpretación genética de los derechos por ella reconocidos»¹⁰³.

174. Si el Tribunal se hace eco de algunos de los pronunciamientos de la STEDH, Caso *Campbell y Cosans* contra Reino Unido, de 25 febrero 1982, finalmente no tiene en cuenta, a nuestro parecer, la definición de «convicciones filosóficas», en relación con las pedagógicas a las que hace referencia el Alto Tribunal. Según el TEDH, como ya hemos advertido anteriormente, «los padres pueden exigir del Estado el respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas»¹⁰⁴, entendiendo por convicciones filosóficas «a las convicciones merecedoras de respeto en una "sociedad democrática" [...] que no son incompatibles con la dignidad humana y, además, no se oponen al derecho fundamental del niño a la instrucción, prevaleciendo la primera frase del artículo 2

¹⁰³ STC 133/2010, FJ 6.

¹⁰⁴ STEDH, Caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca*, de 7 diciembre de 1976, §52.

sobre todo el precepto»¹⁰⁵. Por ello, consideraríamos errónea una interpretación similar del Tribunal Constitucional en un caso referente a la educación diferenciada, ya que, teniendo en cuenta la expresión «convicciones filosóficas» delimitada por el TEDH, entraría de lleno en esta la opción pedagógica de la educación no mixta como una posible «convicción filosófica» merecedora de respeto en una sociedad democrática, compatible con un Estado social y democrático de Derecho.

175. El que sí se ha pronunciado sobre la educación diferenciada –aunque de una forma un tanto contradictoria como vimos en el epígrafe relativo a las discriminaciones– es el Tribunal Supremo.

176. En uno de sus pronunciamientos, el Tribunal declara que:

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

Pero es que esta configuración legal apuntada por la sentencia recurrida tampoco puede ser compartida. Ni la LODE ni la LOCE reconocen a los titulares de los centros concertados el derecho a establecer en ellos un sistema de enseñanza diferenciada como parte integrante de su derecho de creación y dirección de centros privados y que, por esta razón, deba ser aceptado como un contenido adicional de lo directamente establecido en el artículo 27 CE»¹⁰⁶.

177. Comenzamos la parte relativa al estudio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la educación diferenciada con este pronunciamiento debido a que en el mismo el Tribunal no considera la

¹⁰⁵ STEDH, Caso *Campbell y Cosans contra Reino Unido*, de 25 febrero de 1982, §36.

¹⁰⁶ STS de 16 de abril de 2008, FJ 9.

Educación diferenciada y conciertos públicos

educación diferenciada como contenido esencial del derecho a la dirección y creación de centros docentes.

178. Necesariamente debemos oponernos a dicho pronunciamiento¹⁰⁷. No podemos entender que el modelo pedagógico de educación diferenciada no forme parte del contenido esencial del derecho a la dirección y creación de centros docentes cuando, constitucionalmente, «se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales»¹⁰⁸, respetando, en todo caso, el modelo monoeducativo los principios constitucionales.

179. A través de la consideración de los textos internacionales, y la ya mencionada Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se faculta expresamente a los titulares de los centros docentes a dotarlos de un ideario pedagógico propio¹⁰⁹. El no reconocimiento, por parte de la LODE ni la LOCE, de este modelo educativo no exime de la garantía constitucional de la dotación del mismo a través del carácter propio del centro docente.

180. El que un centro privado sea subvencionado con fondos públicos no significa que pierda su naturaleza privada¹¹⁰, por lo que habrá que respetarse, en todo caso, el contenido esencial de su derecho de

¹⁰⁷ En el mismo sentido: CALVO CHARRO, María (2007): 7.

¹⁰⁸ Artículo 27.6 CE.

¹⁰⁹ Artículo 14.3 CDFUE: «Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas». No se entiende que los padres puedan elegir la enseñanza y educación de sus hijos conforme a sus convicciones pedagógicas si los centros educativos no están facultados para dotarlos de un ideario propio pedagógico.

¹¹⁰ DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (2005): 41.

creación y dirección del centro¹¹¹ avalado y protegido constitucionalmente. Restarle estas facultades significaría privar de sentido a un pronunciamiento de la Carta Magna por el hecho de tener una financiación que no sea privada, algo que no prevé, de ninguna manera, el texto constitucional, y que, en ningún caso, podría formar parte de los requisitos del artículo 27.9 CE ya vistos.

181. Pero es que además el Tribunal Supremo puede, a nuestro humilde entender, cometer un error de interpretación constitucional al afirmar que las leyes educativas no han reconocido el derecho de establecer como ideario del centro docente la opción pedagógica de la educación diferenciada. A tenor del artículo 53.1 CE las leyes no han de reconocer, sino respetar, el contenido esencial de los derechos fundamentales. La dotación de ideario propio es parte esencial del derecho de creación de centros docentes. Por lo tanto, creemos que no será la ley quien delimite qué puede contener ese ideario, sino que este habrá de ser delimitado por los propios preceptos constitucionales y el desarrollo legislativo, en todo caso, tendrá que respetarlo¹¹².

182. A pesar de todo, el Tribunal Supremo no descarta el modelo de educación diferenciada como legítimo en el ordenamiento constitucional, es más, considera que este tipo de educación sea lícita no se discute¹¹³, siendo tan legítima como el modelo coeducativo que

¹¹¹ STC 77/1985, FJ 20.

¹¹² En sentido parecido se pronuncia NUEVO LÓPEZ, quien estima que el Tribunal Supremo no vincula directamente la educación diferenciada con un modelo educativo, con lo que podría tener una protección a través de la creación de centros docentes y la posibilidad de dotarlos de un carácter propio. Por ello no lo considera contenido esencial, sino un derecho de configuración legal (NUEVO LÓPEZ, Pablo (2013): 17).

¹¹³ STS de 26 de junio de 2006, FJ 8.

Educación diferenciada y conciertos públicos

preconiza la Ley Orgánica de Educación¹¹⁴ –que analizaremos posteriormente–.

183. Por lo tanto, nos encontramos ante la circunstancia de un Tribunal Constitucional que aboga por la máxima expresión de las libertades fundamentales y un Tribunal Supremo que considera lícito y legítimo el sistema educativo de educación diferenciada, no disponiendo de pronunciamiento del Alto Tribunal sobre la constitucionalidad del mismo pero que, a través de las sentencias y autos estudiados, podemos deducir la misma.

184. No ocurre lo mismo en Alemania, donde el Tribunal Federal Alemán¹¹⁵ se ha enfrentado, explícitamente, al «problema» de los centros «monoeducativos». En la sentencia del Tribunal Federal Alemán, ya reseñada anteriormente, se dilucida la cuestión relativa a la denegación, por parte del Ministerio de Educación, Juventud y Deporte del *Land* de Brandeburgo, de la autorización de una escuela monoeducativa como escuela sustitutiva, prevista en el artículo 7.4 GG.

La Constitución del Estado de Brandeburgo, en materia educativa, es especialmente semejante a la Constitución Española¹¹⁶, por lo que hacen más idóneo este caso para su comparación con el derecho español.

¹¹⁴ STS de 23 de julio de 2012, FJ 3. Reiterado en múltiples sentencias posteriores.

¹¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo Federal de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 30 de enero de 2013 (*Bundesverwaltungsgericht, BVerwG, 30.01.2013 - 6 C 6.12*).

¹¹⁶ Principalmente, comparte los objetivos educativos del artículo 27.2 CE (art. 28), asegura el derecho de todos a la educación (art. 29.1), garantiza la gratuidad obligándose, a su vez, los Estados a la promoción y creación de centros docentes (art. 30.5). Ello, unido a la libertad de creación de centros del art. 7 GG y de la búsqueda de la igualdad y del desarrollo de la personalidad (arts. 12 y 10 respectivamente), proclamando su fidelidad al CEDH y los pactos internacionales de derechos humanos.

A juicio del Tribunal Supremo Federal, el control de la autorización y la comprobación de los requisitos del artículo 7 GG han de ceñirse a su adecuación a la consecución de los objetivos educativos, no pudiéndose extender a los conceptos e instrumentos pedagógicos utilizados¹¹⁷. En cuanto a los objetivos educativos, los conceptualiza el Tribunal en la transmisión de conocimientos y la formación cultural, así como la impregnación socio-educativa del principio de igualdad entre sexos, para lo cual considera que las escuelas monoeducativas no se encuentran en condiciones de inferioridad a ese fin¹¹⁸.

El Tribunal Supremo Federal, que a la postre terminaría otorgándole la razón al centro privado, argumenta que la libertad del titular de crear un centro privado incluye la elección de métodos pedagógicos o de organización de la enseñanza distintos de los tradicionalmente considerados, principalmente cuando no existe aceptación generalizada de cuál de los modelos pedagógicos es más adecuado, incontrovertiblemente, para la consecución de los objetivos educativos¹¹⁹. Por ello, un trato desigual y desfavorecedor a las escuelas privadas por el simple hecho de una diferente organización pedagógica queda totalmente prohibida¹²⁰, ya que, en otro caso, si se otorgara al legislador del *Land* la facultad –excesiva– de la determinación del modelo educativo a seguir, se estaría imponiendo un modelo pedagógico único, contrario a la libertad de creación de escuelas¹²¹ y la libertad, en general.

A semejante conclusión y fallo llega a través de la legislación interna y de la interpretación y aplicación de la Convención Relativa a la

¹¹⁷ BVerwG, 30.01.2013 - 6 C 6.12, §13.

¹¹⁸ BVerwG, 30.01.2013 - 6 C 6.12, §17.

¹¹⁹ BVerwG, 30.01.2013 - 6 C 6.12, §28.

¹²⁰ BVerwG, 30.01.2013 - 6 C 6.12, §27.

¹²¹ BVerwG, 30.01.2013 - 6 C 6.12, §13.

Educación diferenciada y conciertos públicos

Lucha Contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 1960¹²², del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966¹²³ y de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979¹²⁴, de aplicación también en España.

Resulta realmente aclarativo e ilustrativo este fallo del Tribunal Supremo Federal de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ya que nos otorga un posible margen de interpretación de nuestro derecho interno, al advertir las semejanzas¹²⁵, a la vez que en la aplicación de los textos internacionales, que realiza de forma impecable.

Por lo tanto, podemos considerar como legítima y aceptada la educación diferenciada o *monoedukation* en el ordenamiento jurídico alemán.

3.2.3. LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA EN LA LEGISLACIÓN

185. Hasta la Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa no encontramos en el articulado legislativo español en materia educativa una mención expresa a la educación diferenciada.

186. Desde la primera legislación educativa democrática se ha contemplado, respetado y protegido el ideario de los centros docentes¹²⁶ o

¹²² BVerwG, 30.01.2013 - 6 C 6.12, §37.

¹²³ BVerwG, 30.01.2013 - 6 C 6.12, §38.

¹²⁴ BVerwG, 30.01.2013 - 6 C 6.12, §39.

¹²⁵ Para un estudio en profundidad de la sentencia, con explicaciones cruzadas entre derecho español y derecho alemán, *vid.* ESTEVE PARDO, José (2013).

¹²⁶ Artículo 15 LOECE.

el carácter propio de los mismos¹²⁷ –utilizados, ciertamente, como términos sinónimos¹²⁸, aun con intención de desligarlo de convicciones ideológicas–, sin hacer mención expresa del contenido que podía albergar ese ideario, por lo que ninguna legislación ha afirmado la existencia de la posibilidad de dotar a los centros docentes del modelo pedagógico de educación diferenciada, aunque tampoco lo ha prohibido¹²⁹.

187. La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales, entendida como *«la prohibición de que el legislador reduzca el haz de facultades y situaciones jurídicas que constituye el contenido de los derechos tal y como este es delimitado por la Constitución»*¹³⁰, y que tal y como hemos visto anteriormente la Carta Magna no reduce, en modo alguno, los modelos pedagógicos que respeten los principios democráticos, ha presidido la cautela en los distintos legisladores a la hora de determinar los diversos sistemas educativos que han regido en nuestro país, sin imponer ningún tipo pedagógico por encima del otro.

188. El Estado tiene, en esta situación, un deber de neutralidad¹³¹ a favor del *status libertatis*¹³² caracterizador de la expansión debida de los derechos y libertades fundamentales, no pudiendo optar por ningún modelo exclusivo pedagógico, especialmente en los centros privados, los cuales son libres de dotarse de un carácter propio que respete los principios democráticos.

¹²⁷ Artículo 22 LODE; artículo 73 LOCE; artículo 115 LOE.

¹²⁸ STC 77/1985, FJ 8.

¹²⁹ CALVO CHARRO, María (2007): 1.

¹³⁰ MEDINA GUERRERO, Manuel (1996): 115.

¹³¹ ESTEVE PARDO, José (2013): 11-12.

¹³² MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2012): 92-94.

Educación diferenciada y conciertos públicos

189. La única aproximación a los distintos modelos pedagógicos ha sido –hasta la LOMCE, como hemos advertido *ab initio*– la Ley Orgánica de Educación, la cual, y prescindiendo en este momento de las controversias relativas a la financiación de los centros educativos de educación diferenciada –que veremos más adelante–, en su Disposición Adicional 25^a, establece 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».

190. Esta previsión ha llegado a ser entendida como la no idoneidad e incluso ilegitimidad del modelo de educación diferenciada¹³³, algo desmentido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2012 –y las sucesivas, con los mismos argumentos–.

191. En todo caso, y en un análisis sistemático de la Ley Orgánica de Educación parecería fuera de lugar una previsión tendente a la supresión de este modelo pedagógico cuando la propia ley, en su Exposición de Motivos, establece que «la atención a la diversidad se establece como principio fundamental que debe regir toda la enseñanza básica», apareciendo la expresión «diversidad» diez veces en la Exposición de Motivos y otras quince en el articulado¹³⁴.

¹³³ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ se cuestiona, incluso, qué significa el principio de coeducación al que hace referencia la mencionada Disposición Adicional, y si se identifica con la educación mixta (MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2008b): 3-4) cuestión que, como hemos visto en epígrafes anteriores, y en aras de que lo que está en juego son las libertades educativas, no es baladí.

¹³⁴ NUEVO LÓPEZ, Pablo (2009): 146, recuento en el pie de página núm. 594.

192. Sería incongruente sostener que, a partir de una legislación educativa de espíritu manifiestamente progresista en la que se presta especial atención a la pluralidad y diversidad y se fomenta el espíritu democrático a través de materias y la transversalidad de la igualdad, la libertad y la democracia, se pudiese suprimir un modelo pedagógico igualitario, no discriminatorio y respetuoso con los principios democráticos de convivencia, por lo que hemos podido comprobar hasta ahora.

193. Tampoco regulaba expresamente la educación diferenciada o *single-sex schools* el ordenamiento jurídico inglés en ninguna de sus disposiciones normativas relativas a la educación, a pesar de la arraigada conciencia cultural y educativa sobre la validez de este modelo pedagógico como apto, como acredita la existencia de más de 1.900 escuelas *single-sex* (entre públicas y privadas)¹³⁵.

Y es que, seguramente por esa tradición y consideración de este modelo pedagógico tan legítimo como el de la educación mixta, no había sido necesario incluirlo expresamente en la legislación educativa, pero sí lo ha sido en la actual *Equality Act 2010*, en su *Schedule 11*, como vimos anteriormente, y que toma el relevo de la *Sex Discrimination Act 1975*¹³⁶, que también admitía expresamente, al excluirlo del ámbito de aplicación de la ley, al modelo pedagógico de la educación diferenciada.

¹³⁵ <http://www.easse.org/es/country/gb/Reino+Unido>. Constantemente actualizada. Última visita: 18/08/2015.

¹³⁶ Redacción original del artículo 26, hoy derogado por la *Equality Act 2010*: «*Exception for single-sex establishments*:

1. *Sections 22a) and b) and 25 do not apply to the admission of pupils to any establishment (a "single-sex establishment ") which admits pupils of one sex only, or which would be taken to admit pupils of one sex only if there were disregarded pupils of the opposite sex—*

a) whose admission is exceptional, or

Educación diferenciada y conciertos públicos

194. Sin embargo, en el ordenamiento jurídico francés, como recordaremos, encontramos la Ley 2008-496, de 27 de mayo de 2008¹³⁷, de transposición de las Directivas Comunitarias en materia de igualdad y no discriminación¹³⁸, que en su artículo 2.4 excluye del ámbito de

b) whose numbers are comparatively small and whose admission is confined to particular courses of instruction or teaching classes.

2. Where a school which is not a single-sex establishment has some pupils as boarders and others as non-boarders, and admits as boarders pupils of one sex only (or would be taken to admit as boarders pupils of one sex only if there were disregarded boarders of the opposite sex whose numbers are comparatively small), sections 22a) and b) and 25 do not apply to the admission of boarders and sections 22c), i) and 25 do not apply to boarding facilities.

3. Where an establishment is a single-sex establishment by reason of its inclusion in subsection (1)(b), the fact that pupils of one sex are confined to particular courses of instruction or teaching classes shall not be taken to contravene section 22(c) (i) or the duty in section 25».

Las secciones a las que se hacen referencia explícitamente protegen la no discriminación de la mujer en materia educativa.

¹³⁷ *Loi n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.*

¹³⁸ Según el propio Preámbulo, las Directivas Comunitarias que se transponen a través de esta ley son:

- Directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique.

- Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail;

- Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 modifiant la directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail;

aplicación de la ley, por no considerarlo discriminatorio, el establecimiento de centros docentes que separen por sexos.

A pesar de que el *Code de l'éducation* menciona expresamente, en su art. L121-1 que «*Les écoles, les collèges, les lycées et les établissements d'enseignement supérieur [...] contribuent à favoriser la mixité et l'égalité entre les hommes et les femmes, notamment en matière d'orientation*» no es posible entender dicha disposición como la obligatoriedad de la coeducación, sino como la búsqueda de la igualdad a través del carácter mixto educativo, que puede lograrse a través de la coeducación o bien mediante la presencia de una política educativa de igualdad entre sexos en el programa escolar o la transversalidad del sistema educativo¹³⁹.

- *Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services;*

- *Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail.*

¹³⁹ Para una mejor comprensión de las divergencias en la aceptación de las escuelas de educación diferenciada en Francia y su explícita legitimidad –aun cuando, anteriormente, estaban igualmente permitidas *de facto*, tal y como puede observarse en los documentos que vamos a señalar–, recomendamos la lectura de los trabajos parlamentarios en la transposición de la Ley, concretamente:

- RAPPORT núm. 695 (AN) Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 6 février 2008.

- RAPPORT D'INFORMATION núm. 252 (Sénat) Annexe au procès-verbal de la séance du 1er avril 2008, Par Mme Christiane HUMMEL, Sénateur, *au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes.*

- RAPPORT núm. 253 (Sénat) Annexe au procès-verbal de la séance du 2 avril 2008, Par Mme Muguette DINI, Sénatrice, *au nom de la commission des Affaires sociales.*

Educación diferenciada y conciertos públicos

Es verdad que el art. D321-11 del *Code de l'éducation* contempla explícitamente que «*les classes maternelles et élémentaires sont mixtes*», pero esta disposición es aplicable únicamente a los establecimientos públicos¹⁴⁰, aguardando, en todo caso, el carácter propio de los centros docentes de carácter privado el ordenamiento jurídico francés¹⁴¹. Con ello, unido a la habilitación expresa de la Ley 2008-496, se legitima el modelo de educación diferenciada en Francia, que cuenta actualmente con, aproximadamente, unos 122 centros educativos en los que ofrecen este tipo pedagógico característico en alguna de sus etapas¹⁴².

3.2.4. EL PAPEL DEL CONSEJO DE ESTADO EN LA DETERMINACIÓN DE LA INCLUSIÓN DE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

195. El papel que adquiere el Consejo de Estado en la interpretación de la conveniencia de introducir el modelo pedagógico de educación diferenciada es relativamente relevante, en cuanto nos brinda la oportunidad de disponer de un instrumento de análisis jurídico-

- RAPPORT núm. 882 (AN) et núm. 324 (Sénat) Annexe au procès-verbal de la séance du 13 mai 2008, AU NOM DE LA COMMISSION MIXTE PARITAIRE, PAR MME ISABELLE VASSEUR, Rapporteure, Députée et PAR MME MUGUETTE DINI, Rapporteure, Sénatrice.

¹⁴⁰ Así se deduce del estudio sistemático del índice analítico en el que se enmarca: «*Livre III: L'organisation des enseignements scolaires – Titre II : L'enseignement du premier degré. – Chapitre unique – Section 1 : Organisation et fonctionnement des écoles maternelles et élémentaires publiques*».

¹⁴¹ Particularmente, arts. L441-1 y ss. del *Code de l'éducation*, especialmente art. L442-1.

¹⁴² Datos extraídos de: <http://www.easse.org/es/country/fr/Francia>. Constantemente actualizada. Última visita: 18/08/2015.

constitucional del modelo monoeducativo. Principalmente son tres los Dictámenes a tener en cuenta:

196. Dictamen 1125/2005¹⁴³. El mismo es importante más por lo que deja de decir que por lo que dice. En el Dictamen entra en el fondo de la oportunidad de la Ley Orgánica de Educación lamentando, en todo caso, «el desconcierto que para los españoles supone el mero hecho de tener que ajustarse cada breves periodos de tiempo a toda una revisión sistémica y pretendidamente total del sistema educativo»¹⁴⁴. Sin embargo, no aprecia cambios considerables en cuanto a la posible limitación del modelo pedagógico de educación diferenciada, por lo que entendemos que el Consejo de Estado no estima que haya variación alguna en las libertades de la enseñanza en este aspecto.

197. Dictamen 625/2011¹⁴⁵. Dictamen sobre un Anteproyecto de Ley que, debido a su desarrollo en los últimos meses de la IX Legislatura de la democracia, no llegó a aprobarse, pero que nos sirve para el estudio jurídico objeto de la presente investigación.

Según el artículo 16.2 del Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, «en ningún caso los centros educativos que excluyan del ingreso en los mismos a grupos o personas individuales por razón de alguna de las causas establecidas en esta Ley, no podrán acogerse a cualquier forma de financiación pública»¹⁴⁶.

¹⁴³ Dictamen 1125/2005, del Consejo de Estado, del Anteproyecto de la Ley Orgánica de Educación, aprobado el 14 de julio de 2005.

¹⁴⁴ Dictamen 1125/2005, del Consejo de Estado, p. 9.

¹⁴⁵ Dictamen 625/2011, del Consejo de Estado, del Anteproyecto de Ley Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, de 26 de mayo de 2011.

¹⁴⁶ En el paso del Anteproyecto al Proyecto de Ley se suprime, a propuesta del Consejo de Estado, «la locución “en ningún caso”, habida cuenta de que en algunos centros educativos existen diferencias o distinciones en la admisión de alumnos (por ejemplo, colegios de educación especial o para alumnos discapacitados) que se encuentran

Educación diferenciada y conciertos públicos

A una de las conclusiones a las que llega el Consejo de Estado en el estudio de la educación diferenciada a raíz de este Anteproyecto es que «la admisión de la educación diferenciada constituye una decisión de política educativa que corresponde a cada Estado en la que el legislador debe atender a su propio ordenamiento constitucional y a los convenios y tratados internacionales ratificados por el mismo»¹⁴⁷, habiendo considerado anteriormente que «lo dispuesto en este apartado no afecta a la libertad de los centros privados no concertados para seguir un modelo de educación diferenciada»¹⁴⁸, por lo que reputa, a priori, la educación diferenciada como una opción constitucionalmente válida, en el ámbito de la educación privada no concertada.

198. Dictamen 172/2013¹⁴⁹. Correspondiente al Anteproyecto de modificación de la Ley Orgánica de Educación. En este Dictamen, al contemplar directamente el Anteproyecto de Ley Orgánica la educación diferenciada, el Consejo de Estado recrudence su postura, formulando las siguientes declaraciones:

«El anteproyecto de Ley Orgánica sometido a consulta, en cuanto condiciona la financiación del modelo de educación diferenciada de los centros docentes sostenidos con fondos públicos a 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 enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960” debe, con arreglo a la jurisprudencia más

justificadas en atención a la finalidad perseguida y que, por ello y de acuerdo con el artículo 4.2 del anteproyecto de Ley, no pueden considerarse discriminatorios», Dictamen 625/2011, del Consejo de Estado, p. 121.

¹⁴⁷ Dictamen 625/2011, del Consejo de Estado, pp. 123-124.

¹⁴⁸ Dictamen 625/2011, del Consejo de Estado, p. 121.

¹⁴⁹ Dictamen 172/2013, del Consejo de Estado, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa, de 18 de abril de 2013.

extendida, contener alguna previsión que justifique de forma objetiva y razonable la educación diferenciada, previsión que permita valorar los motivos y las razones por los que aplicando la excepción a la coeducación se favorece la igualdad de oportunidades. Estamos ante una opción que requiere la debida justificación dada la importante alteración que supone respecto del modelo elegido hasta ahora»¹⁵⁰.

199. A nuestro modo de entender, la previsión del Consejo de Estado no es del todo correcta¹⁵¹. Parte de la premisa de la desigualdad y discriminación de la educación diferenciada al contemplar que la Ley debe prever algún tipo de justificación objetiva y razonable para elegir ese tipo de modelo educativo. Como hemos podido comprobar a lo largo de estas líneas, está ampliamente aceptado por parte de los textos internacionales, comparados y los pronunciamientos de nuestro Tribunal Supremo –aun cuando hay parte de la doctrina que muestra su disconformidad– que la educación diferenciada es lícita, legítima y no constituye ningún tipo de discriminación, amparándose, entre otros artículos en el número dos CRLCDEE, que tiene en cuenta el propio Consejo de Estado pero el cual, al parecer, no cree suficiente.

¹⁵⁰ Dictamen 172/2013, del Consejo de Estado, pp. 142-143.

¹⁵¹ LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS sí considera, junto al Dictamen del Consejo de Estado, que es vital que se establezcan mecanismos para exigir justificar la existencia de la educación diferenciada, para impedir que, en la práctica, sea realmente una educación segregada (LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena (2015): 71).

TERCERA PARTE

**FINANCIACIÓN PÚBLICA DE LA EDUCACIÓN
DIFERENCIADA**

CAPÍTULO I

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA FINANCIACIÓN DEL SERVICIO EDUCATIVO

1. EL SERVICIO EDUCATIVO

1. Si en las dos primeras partes del estudio nos hemos centrado en el análisis y desarrollo de los derechos y libertades fundamentales en materia educativa desde el punto de vista de los sujetos particulares inmersos en las relaciones jurídicas, es el momento de considerar el papel de los poderes públicos en la educación.

2. Ya hemos tenido ocasión de ver algunas relaciones entre individuos y poderes públicos respecto a los derechos contenidos en el artículo 27 CE. Sin embargo, es preciso, a su vez, una aproximación a la materia educativa desde el prisma de las Administraciones Públicas, pudiendo, con ello, detallar las distintas competencias de las diversas Administraciones, el desarrollo legislativo de la materia educativa, la otra cara de la moneda de la creación y titularidad de los centros docentes –al haber visto ya el art. 27.6 CE, que contiene la libertad de creación de centros docentes por parte de las personas físicas y jurídicas– así como la

naturaleza de la prestación del servicio educativo, indispensable para conocer la profundidad y alcance de la regulación, por parte de los poderes públicos, de los derechos y libertades educativas.

3. Mucho se ha escrito sobre el concepto de servicio público, tanto en la doctrina española como en la extranjera, principalmente en la francesa¹, de donde proviene el fervoroso debate sobre su conceptualización. No obstante, no es objeto de este trabajo dilucidar un concepto claro y conciso sobre el servicio público –empresa, en todo caso, harto difícil o prácticamente imposible–, sino introducirnos en la materia con el propósito de ahondar, esta vez sí, en las posibilidades que nos brinda el concepto, dado que, como veremos posteriormente, el legislador, desde épocas preconstitucionales, ha calificado en distintas ocasiones a la educación como «servicio público», por lo que es nuestra labor conocer las implicaciones que la calificación de «servicio público» conlleva así como el posible acierto o desacierto del legislador al denominar de tal manera a un derecho fundamental como es la educación.

¹ Para una mejor comprensión de la evolución del concepto de servicio público, el cual no tiene cabida en este estudio, recomendamos los trabajos de ESPLUGAS y LE MESTRE en derecho francés así como los de SOUVIRÓN MORENILLA y LÓPEZ CANDELA en derecho español, con especiales referencias al derecho francés (ESPLUGAS, Pierre (1998): 11-39; LE MESTRE, Renan (2005): 21-59; SOUVIRÓN MORENILLA, José María (1998): 112-131; LÓPEZ CANDELA, Javier Eugenio (2004): 13-21).

Educación diferenciada y conciertos públicos

1.1. EL SERVICIO PÚBLICO

4. Si hay algo meridianamente claro en la doctrina en lo relativo al servicio público es que este no tiene un concepto unívoco². A veces ha sido calificado, incluso, de tener un carácter anfibológico³, al contener una pluralidad de significados y poder llevar a equívocos.

5. Ciertamente, podemos aproximarnos al concepto de servicio público desde distintos puntos de vista, aunque el que nos interesa, obviamente, es el concepto estrictamente jurídico. Un primer acercamiento nos podría conducir al examen literal del propio concepto, «servicio público», pudiendo entender por «servicio» la *«actividad prestada continua y regularmente por una organización, destinada a aportar alguna utilidad a alguien»*⁴ y por «público» la gestión *«en nombre de la colectividad y ofrecido a la misma»*⁵. Es, ciertamente, una conceptualización bastante próxima a la idea colectiva de servicio público prestado por las Administraciones Públicas.

6. Desde un punto de vista constitucional, la construcción doctrinal del servicio público, tradicionalmente, se ha supeditado sobre el apartado segundo del artículo 128 de nuestra Constitución:

«Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios

² Recogido incluso en la STC 127/1994, FJ 6: «La idea de servicio público no constituye una noción unívoca y sí un concepto muy debatido por la doctrina científica -con detractores y valedores-, sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con finalidades también distintas».

³ TRONCOSO REIGADA, Antonio (1999): 140.

⁴ DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel (1983): 126-127.

⁵ *Ibidem*.

esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general».

7. Como podemos observar, en ningún momento el artículo 128.2 CE menciona expresamente la noción de «servicio público», el arraigado concepto del mismo no ha necesitado referencia manifiesta en nuestra Carta Magna para poder extraer, de este precepto, las bases necesarias para la construcción doctrinal del servicio público postconstitucional.

8. A partir de este precepto constitucional vamos a partir para delimitar el concepto de servicio público en lo que a este trabajo interesa, empezando por la noción de servicio esencial, el cual, a primera vista en el artículo 128.2 CE, constituye el núcleo del servicio público, para seguir con las distintas conceptualizaciones del servicio público: concepto estricto y concepto amplio. Antes de pasar al estudio del «servicio educativo», que será el centro de atención del siguiente epígrafe, nos referiremos a la conexión entre servicio público y derechos fundamentales, para valorar de antemano la posibilidad de que los derechos fundamentales y libertades públicas puedan constituir un servicio público.

1.1.1. SERVICIO ESENCIAL

9. Partiendo de un análisis del precepto constitucional del apartado segundo del artículo 128 CE, el núcleo del servicio público lo constituirían los denominados «recursos o servicios esenciales». Pero, ¿qué se entiende por servicio esencial? ¿Existe una noción unívoca del mismo? ¿Está supeditada la calificación de «recurso o servicio esencial» a algún procedimiento en el que atender a reglas estrictas de idoneidad? ¿O, por el contrario, actúa el Legislador con cierto margen de

Educación diferenciada y conciertos públicos

discrecionalidad a la hora de calificar un servicio o recurso como esencial?

10. Nuestro Tribunal Constitucional, en sentencia temprana, realizó una aproximación al concepto de «servicio esencial», afirmando, no obstante, que existen, al menos, dos conceptos del mismo:

«De acuerdo con una primera idea «servicios esenciales» son aquellas actividades industriales o mercantiles de las que derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad. De esta manera, en la definición de los servicios esenciales entrarían el carácter necesario de las prestaciones y su conexión con atenciones vitales»⁶.

11. Como posteriormente manifiesta, el Alto Tribunal se decanta por la segunda conceptualización:

«De acuerdo con una segunda concepción, un servicio no es esencial tanto por la naturaleza de la actividad que se despliega como por el resultado que con dicha actividad se pretende. Más concretamente, por la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se endereza. Para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos. Como bienes e intereses esenciales hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos. A nuestro juicio, esta línea interpretativa, que pone el acento en los bienes y en los intereses de la persona -y no la primera que se mantiene en la superficie de la necesidad de las organizaciones dedicadas a llevar a cabo las actividades- es la que debe ser tomada en cuenta, por ser la que mejor concuerda con los principios que inspira la Constitución»⁷.

⁶ STC 26/1981, FJ 6. Analiza el concepto «servicios esenciales para la comunidad», relativo al derecho a la huelga del artículo 28.2 CE. No obstante, es clara la relación existente entre ambos preceptos, como ha puesto de manifiesto GARRIDO FALLA al explicar la doble funcionalidad del concepto de «servicio esencial» (GARRIDO FALLA, Fernando (1999): 19-20).

⁷ STC 26/1981, FJ 6.

12. Por lo tanto, hemos obtenido ya el objeto de los recursos o servicios esenciales: los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos.

13. Del propio artículo 128.2 CE podemos extraer las conclusiones respecto al procedimiento de realización de declaración de servicio como esencial: «Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales...». Por lo que tendrá que ser el Legislador el que declare un recurso o servicio como esencial, siempre y cuando sea derecho fundamental, libertad pública o bien constitucionalmente protegido.

14. Pero no siempre que estemos ante uno de estos supuestos estaremos ante un servicio esencial y, por consiguiente, ante una posible declaración de servicio público, sino que servicio esencial es «*un concepto político*»⁸, por lo que será «*aquel que decida en cada momento el legislador*»⁹, el cual goza de cierta discrecionalidad, dentro de los límites ya establecidos, para considerar un servicio o recurso como esencial¹⁰. Por ello, en esta clara relación entre «servicio público» y «servicio esencial», siempre que estemos ante el primero estaremos igualmente ante el segundo, algo que no ocurre a la inversa, puesto que puede haber «servicios esenciales» –a tenor del significado dado por el Tribunal Constitucional– que no hayan sido declarados «servicios

⁸ SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (2006): 5.

⁹ *Ibidem*: 4-5.

¹⁰ Como es lógico, el Legislador no goza de un ilimitado poder discrecional, sino que «*está sujeto a los oportunos mecanismos de control, entre los que destaca el ejercido por el Tribunal Constitucional en su labor de control de la constitucionalidad de las leyes o normas con rango de ley*», sin lo cual más que de discrecionalidad estaríamos hablando de arbitrariedad de los poderes públicos, vulnerando así la interdicción de la arbitrariedad contemplada en el artículo 9.3 CE (HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel (2003): 4-5).

Educación diferenciada y conciertos públicos

públicos»¹¹, quedando, por tanto, en manos de los particulares. Lo que no puede existir son servicios públicos no esenciales, algo no previsto en la Constitución y que puede chocar, en todo caso, con el principio de libre empresa del artículo 38 CE¹².

15. Queda claro que los servicios públicos han de ser esenciales y que la declaración de los servicios públicos ha de realizarse mediante Ley –declaración conocida como *publicatio*–, aunque no es tan pacífico las implicaciones que la declaración de servicio público conlleva para ese recurso o servicio esencial concreto, siendo esto objeto de los siguientes apartados.

1.1.2. CONCEPTO ESTRICTO DE SERVICIO PÚBLICO

16. Como hemos avanzado anteriormente, la doctrina se divide, principalmente, en dos corrientes a la hora de delimitar el contenido del concepto de servicio público: los que se inclinan por una concepción estricta –histórica–, también llamada «subjetiva», de servicio público y los que amplían la misma, a través de una conceptualización «objetiva», con el fin de enmarcar nuevas situaciones que quedarían fuera en el caso de mantener la concepción tradicional.

17. El concepto de servicio público no se encuentra ni en la Constitución ni en disposiciones infraconstitucionales, por lo que cualquier definición será puramente doctrinal, aun con el ánimo de resultar plenamente aplicable a la realidad jurídica. Tomamos como punto de partida para la conceptualización del servicio público en sentido

¹¹ GARRIDO FALLA, Fernando (1999): 19-20.

¹² GARRIDO FALLA, Fernando (2006): 420-421.

estricto un pronunciamiento del Tribunal Supremo, seguido por la corriente doctrinal que aboga por este concepto:

El servicio público, «ya que ningún texto legal da un concepto del mismo, [puede] considerarse como una forma de actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una Ley a la Administración para que esta la reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se presta un servicio al público de forma regular y continua»¹³.

18. De esta definición pueden extraerse las siguientes notas definitorias del servicio público –concepto estricto–:

a) Reserva de ley para su determinación.

b) Es una actividad administrativa de prestación.

c) Exclusividad regalística o titularidad de la Administración sobre la función o actividad prestada.

d) Se presta bajo régimen de Derecho Público.

e) Se presta de forma regular y continua.

f) Se presta al público, teniendo una utilidad general¹⁴.

19. Al ser de titularidad de la Administración, esta puede reservarse el ejercicio de la misma, como bien indica el artículo 128.2 CE, en régimen de monopolio, al menos *de iure*, toda la actividad en que consista el servicio determinado¹⁵, pero no significa que esta haya de ser prestada directamente por la Administración en todo caso, sino que

¹³ STS de 24 de octubre de 1989, FJ 3.

¹⁴ Notas extraídas de dos trabajos distintos de ARIÑO ORTIZ –uno anterior a la mencionada STS; el otro, posterior– (ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1992): 1320-1321; ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2004): 548).

¹⁵ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2003): 9-10.

Educación diferenciada y conciertos públicos

puede ser gestionada de forma indirecta¹⁶, por lo que no habría monopolio *de facto* al poder acudir, en su caso, a distintos prestadores del mismo servicio, aun bajo un real mismo régimen, impuesto por la Administración competente.

20. Con esta declaración de servicio público y la reserva de la titularidad a la Administración, de forma monopolística, de dicha actividad, se sustrae de la iniciativa privada la posibilidad de ejercer esas concretas tareas¹⁷ sin una concesión administrativa o contrato de gestión, resultando, en ese caso, meros gestores indirectos de la actividad o colaboradores de la Administración¹⁸. Situación que podría chocar con la «libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» del artículo 38 CE al no existir, propiamente, ni libertad de empresa ni economía de mercado en ese sector concreto de actividad.

21. Este concepto de servicio público es el más restrictivo y el más invasivo en las libertades fundamentales. Sin embargo, encuentra fundamento constitucional, además de en el art. 128.2 CE, en el art. 1.1 CE, al definir, al Estado como social y democrático de Derecho¹⁹ –en lo que interesa, social–, al incidir plenamente en los servicios esenciales y que, como vimos, son principalmente los derechos fundamentales y libertades públicas, y así proteger y promover su desarrollo por parte de los poderes públicos. En todo caso, y aunque su finalidad sea fomentarlos y sus intenciones sean claramente de progreso social, es necesario ponderar los intereses en conflicto, al poder afectar igualmente a libertades públicas y otros derechos constitucionalmente protegidos, como la libertad de empresa del artículo 38 CE.

¹⁶ MEILÁN GIL, José Luis (1997): 92. También admitido en el propio pronunciamiento del TS visto anteriormente – STS de 24 de octubre de 1989, FJ 3–.

¹⁷ CHINCHILLA MARÍN, Carmen (1997): 86-87; PAREJO ALFONSO, Luciano (2004): 52-53.

¹⁸ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (1993b): 23.

¹⁹ MALARET I GARCÍA, Elisenda (1998): 73.

1.1.3. CONCEPTO AMPLIO DE SERVICIO PÚBLICO

22. El concepto amplio de servicio público –también denominado «objetivo», «virtual» o «impropio»– intenta suplir las posibles restricciones a los derechos y libertades fundamentales con la ampliación del marco conceptual del servicio público.

23. Este concepto amplio de servicio público se caracteriza por entender que, para calificar una actividad de servicio público, no ha de ser necesariamente la Administración la titular única de dicho sector de actividad²⁰ –por lo que no es necesaria la *publicatio*–, sino que basta que esta tenga el necesario interés general, y sea, claro está, un servicio esencial²¹, para que la Administración quede facultada para ejercer una actividad administrativa de policía especialmente intensa²².

24. La diferencia principal entre ambos conceptos, como ha quedado establecido, es la titularidad exclusiva de la Administración o no. No es cuestión baladí, ya que la no exclusividad en la titularidad otorgaría mayor margen de actuación a los particulares, sin enervar, en este caso, el régimen de libre competencia y la libertad de empresa²³,

²⁰ MUÑOZ MACHADO afirma que el artículo 128.2 CE permite al Estado reservarse en exclusiva ciertos servicios esenciales, pero que, en ningún caso, impide la colaboración público-privada ni es obligatorio que las reservas se hagan en exclusividad al Estado (MUÑOZ MACHADO, Santiago (1998): 116).

²¹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2004): 555-559.

²² SOUVIRÓN MORENILLA, José María (1998): 131-132.

²³ MUÑOZ MACHADO, en su extensa monografía de varios volúmenes sobre servicios públicos, da una serie de pautas para asegurar la libertad de empresa en relación a la posible reserva de servicios esenciales en exclusividad por parte del Estado (MUÑOZ MACHADO, Santiago (1998): 116-118). Por cuestiones de oportunidad, nos remitimos al mencionado trabajo.

Educación diferenciada y conciertos públicos

aunque concurren sujetos públicos y privados en la prestación de dicho servicio o actividad²⁴, cambiando el régimen de acceso al ejercicio de dichas actuaciones: si antes era necesaria una concesión administrativa – discrecional– para poder ejercer, siendo un mero gestor indirecto de la actividad, ahora el particular podrá actuar directamente, por sí mismo, como titular de la actividad, bajo una autorización administrativa, reglamentada²⁵.

1.1.4. SERVICIO PÚBLICO Y DERECHOS FUNDAMENTALES

25. Otra de las cuestiones mencionadas anteriormente y que hemos de mencionar es la posibilidad de que una actividad declarada de servicio público afecte a derechos fundamentales.

26. En todo caso, hemos de recordar que el Tribunal Constitucional, en su STC 26/1981 –FJ 6–, atribuía el carácter de «esencial» a «los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos». Huelga repetir nuevamente la relación entre servicio esencial – servicio público. Sin embargo, sí haremos hincapié en que no todo servicio esencial ha de ser declarado servicio público, por lo que pueden existir derechos fundamentales con carácter «esencial» sin que hayan sido sometidos a la *publicatio*.

27. A su vez, es obvio que algunos de los derechos fundamentales de la Sección 1ª del Título II del Capítulo I de nuestra Constitución lo que contemplan son derechos de libertad, libertades frente a las injerencias de los poderes públicos y que estos han de respetar e, incluso, fomentar. Es por ello evidente que respecto a estos

²⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano (2004): 53-54.

²⁵ HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel (2003): 7.

derechos de libertad no pueden declararse sus actividades como servicio público²⁶. Y no es posible porque, al tener reconocimiento constitucional, y en su más alto grado, no puede posteriormente el Legislador arrogar la titularidad exclusiva a la Administración y luego esta conceder la gestión indirecta «*más o menos graciosa y discrecionalmente*»²⁷ al ciudadano. «*Si un precepto ubicado en el título referente a las libertades públicas choca con otro colocado en otro lugar del texto constitucional, debe primar el supervalor del primero*», no pudiendo existir, por ello, un servicio público²⁸.

28. Es por ello que no podemos hacer otra cosa sino mostrar nuestra disconformidad ante la posibilidad de que un derecho fundamental sea declarado servicio público en sentido estricto.

29. No obstante, como ya hemos advertido anteriormente, las declaraciones sobre los servicios públicos no pueden ser absolutas, al ser este una concepción doctrinal. El Legislador no puede desconocer los derechos fundamentales y libertades públicas, atribuyendo en exclusiva la titularidad de los servicios públicos a la Administración. Esto no ocurriría con el concepto de servicio público en sentido amplio, el cual no otorga la exclusividad de la titularidad a los poderes públicos, sino que contempla la posibilidad de disponer por ambas parte de la oportunidad de ejercer los derechos y libertades en cuestión, por lo que no existiría el problema antedicho.

30. La posición de nuestro Tribunal Constitucional respecto a la posibilidad de que se declaren como servicios públicos algunos derechos fundamentales es favorable. Por ejemplo, no estima contrario al derecho a la información la calificación como servicio público de la televisión²⁹,

²⁶ DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (1995): 137-138.

²⁷ ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1992): 1321.

²⁸ MARTÍN REBOLLO, Luis (2008): 363.

²⁹ STC 127/1994, FJ 6.

Educación diferenciada y conciertos públicos

así como tampoco contraría a la autonomía universitaria del art. 27.10 la declaración de la educación como servicio público que realizaba la derogada Ley Orgánica 11/1983, de Reforma Universitaria, en su artículo 13º –y que sigue realizando la actual Ley Orgánica 6/2001, de Universidades, en su primer artículo igualmente–. No obstante, el propio Alto Tribunal es consciente de la idea no unívoca de «servicio público» y no entra a valorar las distintas concepciones –«un debate doctrinal en el que no corresponde a un Tribunal Constitucional terciar, so pretexto del ejercicio de su función de control normativo, de no ser inevitable para alcanzar un pronunciamiento de adecuación a la Constitución»³¹–, por lo que no podemos sino reiterar nuestra posición al respecto: la imposibilidad de declaración de servicio público, considerado en su sentido estricto, de un derecho fundamental, aunque, desde el punto de vista del «servicio público impropio», al no chocar frontalmente con otros derechos y libertades fundamentales y no impedirlo directamente la Constitución, no cabría oponer mayores inconvenientes.

1.2. EL SERVICIO EDUCATIVO

31. Antes de poder enmarcar la educación dentro de los servicios públicos o no, utilizaremos el término genérico «servicio educativo» para referirnos al mismo. Para ello, comenzaremos con un análisis de la evolución de las distintas legislaciones en materia educativa, desde 1970 hasta nuestros días, con el fin de comprobar la preocupación por la definición del servicio educativo por parte del poder Legislativo, así como la fuerza que, en su caso, pueda tener dicha descripción.

³⁰ STC 26/1987, FJ 4.

³¹ STC 127/1994, FJ 6.

1.2.1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA EDUCACIÓN COMO SERVICIO PÚBLICO

32. La especificación de la educación como servicio público en la Ley no es cuestión baladí, ya que como acabamos de ver, uno de los requisitos para poder calificar precisamente de servicio público a un recurso o servicio esencial es hacerlo mediante Ley. Por ello, vamos a considerar las distintas legislaciones habidas en nuestro país para poder estudiar la evolución de la educación como servicio público y sus implicaciones teóricas y prácticas.

33. Ley General de Educación de 1970. Aunque todo nuestro estudio se centra en la etapa constitucional, es necesario hacer frente a esta cuestión desde la legislación preconstitucional, al producirse, a partir de esta, un cambio importante en la evolución histórica de la legislación educativa en nuestro país y a la vez servir de pasarela para los cambios producidos en el período democrático posterior.

La LGE supuso la primera gran modificación total del sistema educativo desde la Ley Moyano, de 1857. En su artículo tercero, en su apartado uno, se especifica que «la educación, que a todos los efectos tendrá la consideración de servicio público fundamental...». ¿Implica esta consideración de la educación como «servicio público fundamental» la estatalización o *publicatio* de la educación? No podemos considerar como afirmativa esta cuestión³², al atender al propio

³² GÓMEZ-FERRER MORANT, en un trabajo del año 1973, analizaba pormenorizadamente la calificación de la educación como servicio público, haciendo un análisis histórico del desarrollo legislativo de la materia educativa y uniéndolo al concepto de servicio público de la época, llegando a la conclusión de que no podía ser

Educación diferenciada y conciertos públicos

contenido de la Ley General de Educación, además de al Fuero de los Españoles, que contemplaba explícitamente, en su artículo quinto, la existencia de una enseñanza privada sin especificar que fuese de competencia estatal.

La LGE, en su artículo quinto, apartado uno, afirma que «las Entidades públicas y privadas y los particulares pueden promover y sostener Centros docentes», no siendo, por ello, competencia exclusiva estatal la creación de centros docentes, algo que pasaría si la calificación de «servicio público fundamental» supusiese la *publicatio* del servicio educativo.

Además, en su artículo cincuenta y cinco vuelve a especificar que «los centros docentes podrán ser estatales y no estatales», siendo los no estatales «los pertenecientes a la Iglesia o a otras Instituciones o personas físicas o jurídicas, públicas o privadas» y dedicando todo el Capítulo III a la regulación de dichos centros.

34. El servicio educativo en la Legislatura constituyente. Vemos la necesidad de afrontar, entre el estudio de la evolución de la legislación educativa pre y postconstitucional, los debates en el seno de la Legislatura constituyente, que marcarán el devenir de la conceptualización de la educación.

Ya en los debates se introdujo la mención de la educación como servicio público, si bien, como hemos puesto de relieve en alguna ocasión, no se hace siempre en un sentido técnico-jurídico, sino más bien desde una percepción político-social del término. Sin ir más lejos, en una de las intervenciones se deja clara la delimitación entre ambos sentidos mencionados:

calificado como «servicio público subjetivo», al no asumir el Estado la titularidad plena (*vid.* GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael (1983): *in totum*, especialmente 23-27).

«La escuela es un servicio público que se puede prestar tanto mediante los centros estatales como mediante los centros no estatales. El problema entiendo que no puede plantearse en términos de estatalización, que despiertan en muchos ciudadanos la idea de un monopolio estatal totalitario y una amenaza, de algún modo, al principio de libertad de enseñanza, ni tampoco en términos de privatización. Repito que ambos tipos de centros cumplen una función social, prestan un servicio público y, por tanto, deben ser financiados mediante fondos públicos»³³.

A través de esta intervención se deja claro que el concepto de «servicio público» utilizado para la materia educativa va más encaminado hacia la «función social» que cumple que a la «estatalización» o *publicatio* que supondría tal calificación en el sentido estricto del servicio público.

Incluso se pretendió introducir la mención «servicio al interés público», a través de enmiendas al apartado 9 del artículo 27³⁴, basado en el establecimiento de criterios objetivos a la hora de subvencionar a los centros privados³⁵, enmienda que no prosperó.

No obstante, distintas intervenciones en los debates nos hacen concluir que el sentido que en los mismos se le daba a la mención al «servicio público educativo» va en la línea de la intervención

³³ Intervención para la defensa de sus votos particulares de los apartados 1 a 7 del artículo 27, del señor CACHARRO PARDO (GPMXS) (DSS, núm. 60, 27/09/1978, p. 2989).

³⁴ Enmienda núm. 670, de la señora BEGUÉ CANTÓN (GPAI): «Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos establecidos por la ley, en razón del servicio al interés público que desempeñen» (BOCG 06/10/1987, núm. 157).

³⁵ Intervención para la defensa de sus votos particulares de la señora BEGUÉ CANTÓN (GPAI) (DSS, núm. 44, 25/08/1978, p. 1933).

Educación diferenciada y conciertos públicos

remarcada³⁶, por lo que no parece que el constituyente estuviese por la labor de institucionalizar la educación como un servicio público en servicio estricto.

35. La Ley Orgánica por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares, de 1980. La LOECE fue una Ley Educativa marcada por los enfrentamientos, en esta materia, en la Legislatura constituyente, tan próxima en el tiempo. Es una Ley en la que no se menciona a la educación como «servicio público», al tratar principalmente de los Centros Escolares, no directamente de la materia educativa en profundidad, pero sí se establece la «libertad para establecer y dirigir centros docentes» a las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, de nacionalidad española (art. 7 LOECE), con lo cual, si existe libertad de establecimiento de centros docentes no puede existir un servicio público en sentido estricto, al ser estos, en ese caso, meros concesionarios y gestores indirectos del servicio educativo.

De cualquier modo, la no mención de servicio público en el texto, tanto en el proyecto como en la consolidación, no impidió un debate sobre el mismo en el Parlamento, por lo que podemos afirmar que, como ya ocurriese en la Legislatura constituyente, en bastantes

³⁶ *Ad exemplum*, el señor ROCA JUNYENT (GMC) menciona expresamente el «servicio público de la educación» para hacer referencia a la importancia de la financiación de las escuelas privadas en el sistema educativo (DSCD, núm. 106, de 07/07/1978, pp. 4045-4047).

También, el señor SOLÉ TURA (GPCo) menciona la importancia de las subvenciones a las escuelas privadas, si bien la educación es un servicio público (DSCD, núm. 106, de 07/07/1978, pp. 4047-4049).

Ambas intervenciones quedan mejor entendidas al remitirnos a las enmiendas presentadas al artículo 27 –entonces 28– y conocer la defensa de la libertad de creación de escuelas propugnada por los Grupos Parlamentarios a los que pertenecían y de los cuales ambos fueron ponentes –*vid.* BOC 05/01/1978, núm. 44, pp. 704 y 709–, con lo que no parece que realmente prevean una estatalización de la enseñanza a través de la denominación de la educación como servicio público.

ocasiones se utiliza el término «servicio público» en un sentido político-social, y se asimila a la realización de una «función social»³⁷, «servicio de interés general», «servicio de interés público», incluso de «experiencia colectiva al servicio del pluralismo»³⁸ y que, en todo caso, permanece la idea de la necesaria conjugación del papel de las administraciones públicas en la prestación del servicio educativo con la consolidación de la iniciativa privada, junto a su financiación, en un concepto global del mismo³⁹.

36. La Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación, de 1985. La LODE, en su Preámbulo, recoge el testigo de la Ley General de Educación de 1970, la cual concebía la educación como «servicio público fundamental». La LODE menciona, en el primer párrafo del Preámbulo, que los Estados asumen la provisión del derecho a la educación como un «servicio público prioritario» pero en el mismo Preámbulo matiza la importancia de la libertad de enseñanza, algo que queda reflejado, entre otras cosas, por dedicar el Capítulo III (arts. 21 a 26) a los centros privados, y entre los cuales nos encontramos, como ya hicimos en las anteriores legislaciones, como la libertad de creación y dirección de centros docentes por parte de las personas físicas o jurídicas, si bien ya sólo permite que sean las de carácter privado y no como en las anteriores legislaciones en las que se permitía la creación de centros docentes por parte de las personas jurídico-públicas.

La única mención que se realiza en el texto al «servicio público» es en el artículo 47.1, relativo a los conciertos –centros concertados–, el cual prevé que «para el sostenimiento de Centros

³⁷ El señor GÓMEZ LLORENTE (GPSC) (DSCD, núm. 70, 05/03/1980, p. 4678).

³⁸ El señor SOLÉ TURA (GPCo) (DSCD, núm. 72, 11/03/1980, p. 4768).

³⁹ En este sentido, el señor GRACIA NAVARRO (GS) (DSCD, núm. 74, 13/03/1980, p. 4961). Se pronunció con anterioridad manifestando claramente que «los socialistas no queremos estatificar la escuela» al referirse a la concepción socialista acerca del servicio público de la educación –DSCD, núm. 69, 04/03/1980, p. 4604–.

Educación diferenciada y conciertos públicos

privados con fondos públicos se establecerá un régimen de conciertos al que podrán acogerse aquellos Centros privados que, en orden a la prestación del servicio público de la educación...»⁴⁰, sin haber especificado anteriormente que la educación pública constituiría, igualmente, un servicio público, por lo que no podemos sino pensar que la referencia al «servicio público de la educación» se hace en esa vertiente de «función social»⁴¹ referida con anterioridad⁴².

⁴⁰ El señor LLORENS BARGES (GPP) intentó introducir, sin éxito alguno, una enmienda –núm. 1942– de supresión del inciso «*en orden a la prestación del servicio público de la educación...*», al considerar que «*la declaración de servicio público de la educación concertada desnaturaliza la esencia del Centro privado concertado y lo convierte jurídicamente en Centro público. Como se sabe, la declaración de servicio público comporta la asunción por parte del poder público de la titularidad del servicio con lo cual se quiebra el principio del derecho preexistente en las personas físicas o jurídicas a la prestación del servicio de enseñanza*» (BOCG 13/02/1984, núm. 98, enmienda núm. 1942, p. 643), asumiendo un concepto estricto de servicio público, algo rechazado por el Legislador al no prosperar dicha enmienda, en consonancia con el resto del articulado del texto.

Inciso que también intento suprimir, a través de la enmienda núm. 3005, el señor REIGADA MONTOTO (GPP), con el mismo escaso éxito (BOCG 13/02/1984, núm. 98, p. 988).

⁴¹ El propio Ministro de Educación y Ciencia, el señor MARAVALL HERRERO, afirma en una intervención en el Senado que «*si los centros privados reciben un dinero público es porque prestan un servicio público, esto es, porque contribuyen a la escolarización obligatoria*» (DSS, núm. 49, 02/03/1984 p. 2400), constituyendo el «servicio público» la «escolarización obligatoria», es decir, una «función social» básica.

⁴² Una intervención del señor MAYORAL CORTÉS (GS), del mismo signo político que el partido en el Gobierno, deja meridianamente claro que la expresión «servicio público» efectuada en el texto no se realiza en el sentido estricto del concepto: «*La primera cuestión es que el servicio público de enseñanza tal y como se propugna en este proyecto de Ley, no es equivalente al monopolio de la educación por parte del Estado*» (DSCD, 13/12/1983, núm. 82, p. 3920).

Destaca, en todo caso, a nuestro entender, el artículo 23 de la LODE, según el cual «la apertura y funcionamiento de los centros docentes privados se someterán al principio de autorización Administrativa», ya que, como vimos con anterioridad, el servicio público en sentido estricto necesitaba una concesión administrativa, mientras que, en un sentido amplio, al no ostentar la titularidad de la prestación, los sujetos privados que pretendiesen ejercer sus libertades necesitarían autorización administrativa, algo que ocurre en este caso.

37. La Ley Orgánica de Ordenación General del Sistema Educativo, de 1990. La LOGSE realiza una nueva ordenación completa del sistema educativo español, por lo que no se prevén grandes manifestaciones en torno a conceptos difusos.

No obstante, en su Preámbulo encontramos una manifestación de hondo calado, según la cual «la Ley se refiere a la Ordenación General del Sistema Educativo, y, en la provisión de la educación como servicio público, integra tanto a la enseñanza pública como a la enseñanza privada y a la enseñanza privada concertada». Hemos pasado, a través de tres leyes educativas –prescindiendo de la preconstitucional–, de no considerar la educación como servicio público a considerar tanto la pública como la privada, sea o no concertada, como servicio público⁴³, pasando por la LODE, la cual mencionaba a los colegios concertados que realizasen funciones de servicio público, lo cual no hace sino enturbiar un poco más la virtualidad de declaración de la educación como servicio público, al englobar incluso a la que no está sostenida con fondos públicos.

⁴³ Algo que deja bastante claro el señor NIETO GONZÁLEZ (GS) en una intervención en el Congreso de los Diputados: «Nosotros pretendemos consolidar [...] un servicio público de educación en el que convivan armónicamente tres redes: la red pública, la red concertada y la red privada no concertada» (DSCD, núm. 42, 31/05/1990, p. 1963).

Educación diferenciada y conciertos públicos

38. La Ley Orgánica de Calidad de la Educación, de 2002. Al no existir ningún tipo de debate relativo al servicio público educativo, por razón de la materia a tratar, en la tramitación de la Ley Orgánica de la Participación, la Evaluación y el Gobierno de los Centros Docentes (LOPEG), de 1995, así como la inexistencia de menciones, directas o indirectas al servicio público en el texto, pasamos a la siguiente Ley educativa, que incide directamente en el ejercicio del derecho fundamental a la educación y la libertad de enseñanza.

En el texto de la LOCE desaparece cualquier tipo de mención de «servicio público», limitándose, en la Exposición de Motivos, a mencionar el «servicio educativo». Paradójicamente, el texto que suprime dicha mención es el único que no reconoce expresamente, con rango legal, la libertad de creación de centros –algo, por otra parte, innecesario, al estar previsto con rango constitucional, si bien era recurrente en los anteriores textos legales–, limitándose a clasificar los centros docentes en públicos y en privados, siendo los primeros los de titularidad de un poder público y los segundos aquellos cuyo titular sea una persona física o jurídica de carácter privado. Distingue, a su vez, entre los centros privados sostenidos con fondos públicos –a los que denomina centros concertados– y los centros privados en sentido estricto, que no son sostenidos con fondos públicos (artículo 64 LOCE).

A pesar de que estuvo presente en todo momento en los debates parlamentarios la definición de la educación como servicio público, sólo tres enmiendas se presentaron al Proyecto de Ley Orgánica que definiesen, explícitamente, la educación como servicio público⁴⁴, de

⁴⁴ La primera de ellas, la núm. 24, es una enmienda a la totalidad del GS, el cual, en su texto alternativo, introduce un Título VII denominado «Del servicio público de educación».

La segunda, la núm. 25, nuevamente enmienda a la totalidad por parte del Grupo Parlamentario Catalán (CiU), califica a la educación como «servicio educativo» en su Exposición de Motivos.

las cuales no prosperó ninguna. Aún así, las obligaciones por parte de los poderes públicos respecto al sistema educativo no varían por la no calificación de la educación como servicio público, lo que hace cuestionarse la virtualidad de dicha denominación.

39. La Ley Orgánica de Educación, de 2006. La corta vida de la LOCE se debió a la entrada en vigor, en 2006, de la LOE. Si la LOCE no introdujo en ningún momento la denominación de «servicio público» no es así el caso de la LOE, la cual, en su Preámbulo, establece claramente su hoja de ruta respecto el servicio educativo:

«La Ley 14/1970, General de Educación y de Financiamiento de la Reforma Educativa, y la Ley Orgánica 8/1985, Reguladora del Derecho a la Educación, declaraban la educación como servicio público. La Ley Orgánica de Educación sigue y se inscribe en esta tradición. El servicio público de la educación considera a esta como un servicio esencial de la comunidad, que debe hacer que la educación escolar sea asequible a todos, sin distinción de ninguna clase, en condiciones de igualdad de oportunidades, con garantía de regularidad y continuidad y adaptada progresivamente a los cambios sociales. El servicio público de la educación puede ser prestado por los poderes públicos y por la iniciativa social, como garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos y la libertad de enseñanza...».

[...] «La Constitución Española reconoció la existencia de una doble red de centros escolares, públicos y privados, y la Ley Orgánica del Derecho a la Educación dispuso un sistema de conciertos para conseguir una prestación efectiva del servicio público y social de la educación, de manera gratuita, en condiciones de igualdad y en el marco de la programación general de la enseñanza...»

La última, la núm. 403, introducida por el señor SAURA LAPORTA (GPMx), consiste en la adición de un apartado “k)” en el artículo número 1: «*La consideración de la educación como una inversión, un servicio público establecido como derecho fundamental que el Estado debe garantizar...*» (vid., para todas las enmiendas, BOCG 21/10/2002, núm. 104-9).

Educación diferenciada y conciertos públicos

[...] «El título IV trata de los centros docentes, su tipología y su régimen jurídico, así como de la programación de la red de centros desde la consideración de la educación como servicio público...».

Visto lo cual, el artículo 108.4 –perteneciente al Título IV– establece que «la prestación del servicio público de la educación se realizará a través de los centros públicos y privados concertados»⁴⁵. Siguiendo la estela de la legislación anterior –la LOCE–, la LODE no menciona la libertad de creación de centros docentes, pero los reconoce en la tipología de los centros, del mismo artículo 108, por lo que nada ha cambiado realmente en cuanto a la creación y titularidad de los centros docentes, al remitirnos directamente a las libertades educativas de la Constitución, a pesar de haber vuelto a definir, reiteradamente, la educación como servicio público.

40. La posterior –y actual– Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa, de 2013 no suprime ni añade nada nuevo en cuanto a la denominación de la educación como servicio público así como respecto a la creación y titularidad de centros docentes, con lo cual en la actualidad tenemos una legislación que considera explícitamente la educación como un servicio público. Pero no toda la educación, sólo la pública y la privada concertada, es decir, la financiada con fondos públicos.

⁴⁵ Para GÁMEZ MEJÍAS el argumento último de excluir los centros privados de la declaración de servicio público es la pretensión de dotar de un carácter sinónimo a «servicio público» y «utilización de fondos públicos directos», algo que el autor considera del todo insuficiente (GÁMEZ MEJÍAS, Manuel Miguel (2010): 263, nota al pie de página núm. 148).

1.2.2. EL «SERVICIO EDUCATIVO» COMO «SERVICIO PÚBLICO»

41. Si atendemos a la anteriormente mencionada STC 26/1981 – FJ 6–, «para que el servicio sea esencial deben ser esenciales los bienes e intereses satisfechos. Como bienes e intereses esenciales hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos», es del todo claro que la educación constituye un servicio esencial para la comunidad, al derivar de la necesidad del derecho a la educación y constituyendo, además, la educación básica obligatoria un derecho-deber, que ha de ser garantizado por los poderes públicos.

42. La calificación de «servicio esencial» viene impuesta por el papel que desempeña la educación en la sociedad, por constituir un «bien indispensable»⁴⁶ para los ciudadanos, y no por la eventual intervención pública sobre la materia tratada⁴⁷. Y tal y como vimos con anterioridad, pueden existir servicios esenciales que no constituyan servicios públicos –algo que no puede ocurrir a la inversa–.

43. A la vista de lo estudiado hasta ahora, ¿es posible calificar a la educación de servicio público? Y, en su caso, ¿conforme al concepto estricto o amplio?

44. Son numerosos los autores que se inclinan en considerar la educación como un servicio público, por diversas causas. Algunas, derivadas del propio derecho a la educación en sentido estricto⁴⁸, al

⁴⁶ SOUVIRÓN MORENILLA, José María (1998): 460.

⁴⁷ DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (2005): 144.

⁴⁸ CÁMARA VILLAR, Gregorio (2002): 981; FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2000): 68; ROMEA SEBASTIÁN, Ángel (2003): 279.

Educación diferenciada y conciertos públicos

existir una obligación del Estado de garantizar el derecho de todos a la educación⁴⁹.

45. Otros, sin embargo, consideran que el servicio educativo no puede ser proclamado como servicio público⁵⁰, al chocar frontalmente con la libertad de enseñanza⁵¹, al limitarse expresamente, por la Constitución, este tipo de reservas al sector público⁵².

46. Existe unanimidad en una cuestión, tanto en los detractores de la denominación de la educación como servicio público como por sus valedores: la doble vertiente “derecho a la educación–libertad de enseñanza” del artículo 27 CE, la cual obliga a los poderes públicos a asegurar la prestación de la educación⁵³ pero que a la vez garantiza a los particulares la libertad de creación de los centros docentes, no pudiendo,

⁴⁹ PEÑA TIMÓN, Ana María Teresa (2004): 63.

⁵⁰ EMBID IRUJO no es del todo reacio a la designación de la educación como servicio público, si bien sí afirma que tal denominación no puede verse como en otros ámbitos de la intervención administrativa, donde no existen derechos fundamentales en juego (EMBID IRUJO, Antonio (2006a): 130-131).

⁵¹ VIDAL PRADO considera que la «*la utilización del término “servicio público” aplicado a la educación no es constitucionalmente del todo correcta, aunque se haya empleado desde la LODE, pasando por la LOGSE y actualmente en la LOE*» (VIDAL PRADO, Carlos (2010): 189); CALVO CHARRO denomina «*ataque frontal a la libertad de enseñanza*» a la declaración legislativa de la educación como servicio público (CALVO CHARRO, María (2006): 91).

⁵² BLANQUER, David (2010): 850; ENTRENA CUESTA, Ramón (1981): 163-164.

⁵³ Afirma EMBID IRUJO que no sería concebible en nuestro Estado social y democrático de Derecho que los poderes públicos no asuman como necesidad y tarea propia la realización del derecho a la educación, cuanto menos en lo que concierne al aseguramiento de un puesto escolar a cada educando en los niveles gratuitos (EMBID IRUJO, Antonio (2009): 156-157).

en ningún caso, constituir la titularidad de los centros docentes un monopolio⁵⁴ por parte de los poderes públicos⁵⁵.

47. Si se atiende exhaustivamente a lo mencionado, podemos observar que en la doctrina, al igual que en la legislación y los debates legislativos⁵⁶, a veces es confundido el concepto jurídico-administrativo del servicio público con el concepto político-social⁵⁷, aunque, como no

⁵⁴ LORENZO VÁZQUEZ, Paloma (2001): 59-60; FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (1983): 147-148, aceptando este último la calificación de la enseñanza como servicio público «*si con él, desde una perspectiva sustancial, se quiere afirmar que los servicios educativos cumplen una función pública que habrá de tener relevancia en su tratamiento jurídico*».

⁵⁵ VILLAR EZCURRA asegura que «*la característica fundamental [del servicio público educativo] incide sobre el «ámbito propio» de la publicatio, de tal forma que lo que se publica no es tanto la titularidad en la actividad de la enseñanza, sino las condiciones de su ejercicio*» (VILLAR EZCURRA, José Luis (1979): 183-184), es decir, el especial e intenso régimen de policía administrativa sobre las actividades educativas.

⁵⁶ Una excepción lo constituye el toque de atención de la enmienda núm. 190 a la LOMCE, por parte de los señores EZA GOYENECHÉ, YANGUAS FERNÁNDEZ y la señora SALANUEVA MURGUIALDAY (GPMx), los cuales, en un intento de adición del artículo 63.bis, modificador del artículo 108.4 LOE, pretenden introducir que «*la prestación del servicio público y social de la educación se realizará, a través de los centros públicos y privados concertados*», justificando su enmienda, la introducción de «*prestación del servicio público y social*» –la de «servicio público» ya existía– en que «*la educación no es en ningún caso un «servicio público» strictu sensu, pues su prestación y titularidad no recae únicamente en la Administración, ni los Centros privados concertados actúan «por delegación o concesión» de aquella*» (BOCG, 06/11/2013, pp. 139-140).

⁵⁷ Así, por ejemplo PRIETO DE PEDRO (PRIETO DE PEDRO, Jesús (1978): 521) afirma que:

«[El reconocimiento de la libertad de cátedra tuvo una consecuencia decisiva sobre la configuración de la naturaleza de la intervención del Estado sobre] la enseñanza, que dejó de ser de “función pública” para convertirse progresivamente en una actividad de “servicio público”, es decir, de organización y predisposición de los medios materiales y personales necesarios para que los fines de la instrucción se pudieran llevar a cabo».

Educación diferenciada y conciertos públicos

podía ser de otra manera, la doctrina se encarga, de forma mayoritaria, de desglosar las posibilidades que otorga la declaración de servicio público de la materia educativa así como las limitaciones de los poderes públicos.

48. Así, en una poco habitual casi uniformidad doctrinal, esta considera que la denominación de servicio público no afecta a las libertades fundamentales, siempre y cuando consideremos esta calificación como «servicio público objetivo»⁵⁸, «en sentido amplio», «virtual» o «impropio», ya que a través de esta calificación no se impide la libertad de creación de centros docentes por los particulares –que de otra manera serían meros concesionarios de la gestión indirecta de los servicios públicos– y faculta a los poderes públicos para una actuación administrativa de policía especialmente intensa, por la materia esencial a tratar.

49. Y es que, al igual que en la legislación, en la doctrina parece ser que lo más importante del servicio educativo no es la denominación que ostente, sino las capacidades de los particulares y de los poderes públicos para hacer efectivo el artículo 27 CE.

50. Aún así, quedaría por tratar, ciertamente, el tema de la enseñanza privada sin sostenimiento con fondos públicos, ya que, como vimos anteriormente, en la LOGSE se consideraba que la enseñanza privada también constituía un servicio público, en aras de la prestación que realizaban, aunque las posteriores legislaciones han dejado de lado

⁵⁸ DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (1995): 642. O como EMBID IRUJO, quien considera incompatible con la Constitución un sistema de servicio público educativo en su sentido estricto (EMBID IRUJO, Antonio (2006b): 9-10). Por otra parte, MEILÁN GIL es contrario a poder calificar, ni siquiera como servicio público objetivo, la educación, ya que considera que se utiliza esta denominación por inercia del Derecho positivo, al no presentar las características básicas que un servicio esencial necesita para poder ser considerado como servicio público (MEILÁN GIL, José Luis (2005): 533).

esta posibilidad para centrarse en la concepción de prestación de servicio público educativo únicamente por parte de los centros públicos y de los centros concertados.

51. ¿Es posible considerar la educación privada como servicio público? A nuestro entender, falta una de los requisitos básicos para la consideración de una actividad como de servicio público: la regulación por parte del derecho público. Aunque los centros privados están igualmente sometidos a una cierta actividad administrativa especialmente intensa⁵⁹, al expedir títulos homologados y tener que reunir una serie de requisitos para poder impartir las enseñanzas y que sean reconocidas, no es aplicable a los centros públicos y a los centros concertados, al preverse en estos desde la organización del propio centro hasta la admisión de los alumnos. Incluso existen distintas libertades educativas constitucionales, al establecer el artículo 27.7 CE que «los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca» y no hacer lo propio con los integrantes de los colegios privados. Por todo ello, no es posible clasificar los colegios privados como servicios públicos.

52. Por todo lo cual, llegamos a la conclusión de que sería posible denominar la educación, pública y concertada, como de servicio público, siempre y cuando esto no impida la expansión de la libertad de enseñanza, no implicando la titularidad del servicio educativo por parte de los poderes públicos así como tampoco un título de cobertura que sirva de excusa *«para justificar un dirigismo de los centros por parte de la Administración ni un exceso reglamentista que burocratice el sistema educativo»*⁶⁰.

⁵⁹ ROMEA SEBASTIÁN, Ángel (2003): 87.

⁶⁰ ROMEA SEBASTIÁN, Ángel (2003): 88.

2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA FINANCIACIÓN

2.1. SIGNIFICACIÓN Y CONTENIDO DEL TÉRMINO «AYUDARÁN» DEL ARTÍCULO 27.9 CE COMO MANDATO CON FUERZA VINCULANTE AL LEGISLADOR⁶¹

53. El primer problema que se nos plantea a la hora del análisis del artículo 27.9 CE es ante qué tipo de precepto nos encontramos. Aunque está enmarcado dentro de la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero, este apartado noveno no otorga ningún derecho subjetivo, susceptible de ser exigido por los particulares a los poderes públicos. Se trata, más bien, de un mandato al Legislador⁶².

54. Por ello no podemos tratarlo desde la óptica de la defensa y garantía de un derecho fundamental, sino desde las obligaciones y deberes del Legislador para con los centros docentes privados. No obstante, su inclusión en esta sección denota, por parte del constituyente, una clara idea de necesaria protección de la financiación de este tipo de centros.

55. Pero este no es el único mandato a los poderes públicos previsto en la «constitución educativa». Como vimos anteriormente, el artículo 27.5 CE prevé una red pública de centros docentes, con lo cual impone a las administraciones educativas un deber de creación de los mismos, para asegurar, con ello, el derecho a la educación. Pues bien, el

⁶¹ STC 77/1985, FJ 11.

⁶² STC 86/1985, FJ 3.

artículo 27.9 CE sería la otra cara de la moneda: el aseguramiento de la efectividad de la libertad de enseñanza⁶³.

56. Con ambos artículos el constituyente pretende potenciar la libertad de elección de centro docente, ya sea público o privado, en virtud del artículo 27.3 CE a la luz del art. 10.2 CE, como ya vimos. Por ello, equipara, en cierta medida, las posibilidades de acudir indistintamente a uno y otro tipo de centro: el público, a través de la creación de centros docentes por las administraciones educativas; y el privado, mediante la financiación de los centros educativos, siempre y cuando cumplan ciertos requisitos que el Legislador establezca.

57. La remisión al Legislador ni supone ni puede suponer una «desconstitucionalización»⁶⁴ de las ayudas a los centros docentes públicos. Y ello porque queda establecido el mandato de ayudar en la propia Constitución, aunque tenga que desarrollarse legislativamente, por lo que la proclamación de las ayudas en el texto constitucional no supone una mera afirmación retórica⁶⁵, sino la vinculación del Legislador para hacerlo efectivo, por lo que se verá obligado a optar por un sistema en el que se financien estos centros.

58. Tampoco puede quedar totalmente en manos del Legislador la concreción del sistema de ayudas, hasta el punto de ser virtualmente imposible el acceso a las ayudas por parte de una gran mayoría de centros privados, debido a la conexión directa de las ayudas públicas a estas actividades privadas con el artículo 9.2 CE⁶⁶. Si a los poderes públicos les corresponde «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas», en aras de los principios de libertad, igualdad y pluralismo, el

⁶³ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (1983): 168.

⁶⁴ DÍAZ LEMA, José Manuel (1992): 60.

⁶⁵ STC 77/1985, FJ 11.

⁶⁶ CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2006): 234.

Educación diferenciada y conciertos públicos

Legislador ha de quedar afecto a los mismos y proveer a los centros docentes privados de ayudas para su correcto desenvolvimiento.

59. Ahora sí, lo que el constituyente no especifica, como hemos indicado anteriormente, es la intensidad del régimen de las ayudas públicas, ya que el apartado noveno del artículo 27 CE tiene un contenido bastante impreciso⁶⁷, siendo imposible su determinación con la simple lectura literal del precepto.

60. El alcance de las ayudas viene delimitado no de manera literal sino contextual. A partir del estudio completo del artículo 27 CE, así como de otros preceptos constitucionales como el art. 9.2 CE, pueden extraerse algunas conclusiones del alcance de la ayuda de este precepto.

61. Como ya hemos señalado, el sujeto principal del artículo 27 CE es el educando, ni sus padres ni los centros docentes. Los padres actuarán en beneficio de sus hijos y los centros educativos serán el medio a través del cual los discentes satisfagan sus derechos y libertades educativas. Es por ello que las ayudas a los centros privados tenemos que observarlas desde el prisma del educando.

62. En primer lugar hemos de tener en cuenta lo establecido páginas atrás: el derecho a la educación básica obligatoria del educando. Vimos que los poderes públicos pueden satisfacer el derecho de tres formas: dos directas –red pública y financiación directa a las familias– o bien indirecta –ayudas a los centros privados⁶⁸–. Por lo que,

⁶⁷ BEGUÉ CANTÓN asegura que el término es tan impreciso que no puede identificarse ni con «financiación total», ni con un tipo de «ayuda concreta», ni siquiera «*esas ayudas pueden entenderse dirigidas directamente a los centros, o indirectamente a través de los alumnos*» (BEGUÉ CANTÓN, Gloria (1992): 1229).

⁶⁸ Siendo la forma más común, actualmente, la suscripción de conciertos educativos como forma de satisfacción del derecho a la educación en los niveles gratuitos de la enseñanza básica, compensando indirectamente a los alumnos por el derecho-deber de educarse, dotando de sentido la libertad de enseñanza y el pluralismo educativo

prescindiendo de la red pública, parece claro que la extensión de las ayudas a los centros docentes dependerá, en gran medida, de la satisfacción por vía directa de este derecho.

63. Si el Legislador prevé medidas económicas para las familias con el objeto de la libre elección de centro docente a través, por ejemplo, del denominado «cheque escolar»⁶⁹, el centro privado estará recibiendo financiación de forma indirecta, con el objeto de satisfacer los derechos y libertades educativas de los educandos. Si no prevé dichas medidas, el Legislador tendrá que disponer otras disposiciones que faciliten a las familias la elección de centro, como la financiación directa a los colegios.

64. Por ello, los centros docentes podrán disponer de dos tipos de financiación:

a) Financiación total: cuando no se satisface de forma directa los derechos y libertades educativas.

b) Financiación parcial: como complemento a la financiación directa.

65. De esta manera se comprende la elección por la forma «ayudarán» en lugar de otro tipo de formulaciones, como la contenida en el artículo 27.7 CE, «centros sostenidos por la Administración con fondos públicos», al no prever únicamente el sostenimiento directo de los centros, sino posibilitar igualmente el indirecto, siempre con la vista

(AROZAMENA LASO, Ángel y ALCANTARILLA HIDALGO, Fernando J. (2001): 86-87).

⁶⁹ Diversos autores han subrayado la posibilidad –en algunos casos hasta la conveniencia– de instaurar un sistema de «cheques escolares» para la satisfacción de los derechos y libertades educativas (ALÁEZ CORRAL, Benito (2009c): 1009; COTINO HUESO, Lorenzo (2012): 177; EMBID IRUJO, Antonio (1997): 98; FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2000): 75. También CÁMARA VILLAR, Gregorio (2012a): 327, en relación con el art. 14 CDFUE). La posibilidad de la introducción del cheque escolar la trataremos en el siguiente capítulo.

Educación diferenciada y conciertos públicos

puesta en la satisfacción de los derechos y libertades del educando y posibilitando un eficaz desempeño de las actividades educativas por parte de los centros docentes⁷⁰.

66. Con todo ello, consideramos que con el término «ayudarán» el constituyente quiso asegurar una red dual de centros docentes, pública y privada, con idénticas posibilidades de elección para los educandos, sin que puedan verse privados de la posible elección aquellos con menores recursos económicos⁷¹. Pero será el Legislador el encargado de establecer los requisitos para el acceso a esas ayudas, que podrán ser totales o parciales, siempre y cuando puedan complementarse con estímulos económicos directos para los obligados a la educación.

67. Con la significación del término «ayudarán» ya planteada, podemos preguntarnos hasta dónde llega la financiación de los centros docentes privados por parte de los poderes públicos. Es posible vislumbrar dos corrientes doctrinales al respecto: una que aboga por la restricción de la financiación mientras que la otra, en sentido antagónico, apuesta por un planteamiento extensivo de la financiación, para mayor efectividad de las libertades educativas.

⁷⁰ Para DÍAZ LEMA, «no basta cualquier tipo de ayuda –por ejemplo, una ayuda mínima u ocasional– para que se entienda satisfecho el mandato constitucional de los preceptos citados. La «ayuda» ha de ser suficiente para garantizar la institución» (DÍAZ LEMA, José Manuel (1992): 75).

⁷¹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2008a): 69.

2.2. PLANTEAMIENTO RESTRICTIVO DE LA FINANCIACIÓN DE LOS CENTROS DOCENTES PRIVADOS POR PARTE DE LOS PODERES PÚBLICOS

68. Existe un antes y un después en la concepción de la extensión de las ayudas a los centros docentes privados a partir de la STC 77/1985:

«El precepto constitucional que se expresa en los términos «los poderes públicos ayudarán a los Centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca» no puede interpretarse como una afirmación retórica, de manera que quede absolutamente en manos del legislador la posibilidad de conceder o no esa ayuda [...].

Ahora bien, tampoco puede aceptarse el otro extremo, esto es, el afirmar, como hacen los recurrentes, que el art. 27, núm. 9, de la C. E. se desprende un deber de ayudar a todos y cada uno de los Centros docentes sólo por el hecho de serlo...»⁷².

69. Es con este segundo inciso mediante el cual se pretende basar la restricción de la financiación a los centros docentes privados, al no desprenderse un deber de ayuda a este tipo de centros, no constituyendo un derecho, sino un mandato al Legislador.

70. Para este planteamiento, habría que diferenciar las dos facetas del artículo 27 CE, la relativa al derecho a la educación y su contraparte en la libertad de enseñanza. A partir de esta diferenciación, se potenciaría el derecho a la educación, que se vería satisfecho a través de la prestación de la enseñanza en los centros creados por los poderes públicos principalmente, sin que exista un deber de la Administración de

⁷² STC 77/1985, FJ 11.

Educación diferenciada y conciertos públicos

financiar los centros educativos privados, ni siquiera en sus niveles obligatorios, constituyendo una posibilidad del Estado⁷³.

71. La prestación directa del derecho a la educación por parte de los centros públicos sería la obligación principal de las administraciones educativas. Sólo asegurando esta prestación se satisface los requerimientos de la constitución educativa, y únicamente, de forma subsidiaria, cuando esté satisfecha esta necesidad, podrá procederse a la financiación de los centros privados⁷⁴, sin que por ello se vulneren las libertades educativas previstas en la Constitución⁷⁵.

72. Que el derecho a la educación básica obligatoria establecida en el artículo 27.4 CE no comprende el derecho a la gratuidad educativa en cualesquiera Centros privados es algo que queda meridianamente claro a partir de la STC 86/1985⁷⁶. No obstante, no es menos cierto que, como hemos dicho anteriormente, la ayuda impuesta por el artículo 27.9 CE a los centros privados por parte de los poderes públicos no es una mera afirmación retórica que quiso introducir el constituyente, por lo que la postura restrictiva de la financiación de los centros privados suele matizarse.

73. Se suele admitir la posibilidad de financiación de los centros docentes privados en orden a la satisfacción de las necesidades sociales y en aras a garantizar «*la concepción pluralista y flexible que alienta*

⁷³ ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, Fernando (2012): 621; EMBID IRUJO, Antonio (1983): 242.

⁷⁴ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio (2010b): 48.

⁷⁵ NOGUEIRA SORIANO, Rosario (1988): 168-169.

⁷⁶ «El derecho a la educación -a la educación gratuita en la enseñanza básica- 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» (STC 86/1985, FJ 4).

nuestro modelo de Estado social y democrático de Derecho»⁷⁷, todo ello bajo unos controles necesarios por parte de la Administración y con un amplísimo margen de apreciación del Legislador para hacer efectivo este mandato⁷⁸.

74. En resumen, los derechos educativos, y principalmente el derecho a recibir la educación básica y obligatoria de forma gratuita, se satisfará a través de los centros públicos, sin pretender realizarlo a través de los centros privados⁷⁹. Para estos, y de forma subsidiaria, se pueden prever ayudas, bajo unos controles estrictos administrativos y a través de la acción plenamente discrecional del Legislador de imponer requisitos. Con ello, quedaría una amplísima red de centros docentes públicos y una pequeña red residual de centros privados financiados con fondos públicos, solventando, con la existencia de esta red dual, las posibles reticencias de los defensores de las libertades educativas, al poder elegir, teóricamente, centro docente.

75. Pensamos que el constituyente, al prever la red pública de centros docentes –artículo 27.5 CE– junto con la privada –artículo 27.9 CE– quiso establecer una red dual real, con la que satisfacer las pretensiones de elección de escuela gratuita. Por lo tanto, no podemos compartir esta visión restrictiva de las ayudas a los centros docentes.

⁷⁷ CÁMARA VILLAR, Gregorio (2007): 71-72.

⁷⁸ CÁMARA VILLAR, Gregorio (2002): 1031.

⁷⁹ LORENZO VÁZQUEZ, Paloma (2001): 37.

Educación diferenciada y conciertos públicos

2.3. PLANTEAMIENTO EXTENSIVO DE LA FINANCIACIÓN DE LOS CENTROS DOCENTES PRIVADOS POR PARTE DE LOS PODERES PÚBLICOS

76. A través de este planteamiento se pretende que la financiación de los centros privados alcance su máximo exponente, cumpliendo así con las expectativas constitucionales que aúnen el derecho a la educación con las libertades educativas en su conjunto.

77. Los matices desde los que estudiar la necesidad de financiar los centros docentes son, principalmente, tres: desde el punto de vista de los centros docentes, desde el de los educandos y desde el de la comunidad educativa en su conjunto. Por ello se aconseja el estudio separado y pormenorizado de cada uno de ellos, para una mejor sistematización y comprensión de la oportunidad de disponer de un amplio sistema de financiación de centros docentes distintos a los creados por los poderes públicos.

2.3.1. DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LOS CENTROS DOCENTES

78. Empezando desde el mismo punto que la propuesta contraria, la financiación a los centros educativos por parte de los poderes públicos, tal y como dejó apuntado el Tribunal Constitucional en su STC 77/1985 –FJ 11–, «no puede interpretarse como una afirmación retórica». El mandato al Legislador es claro: ayudar a los centros docentes, de forma imperativa, según la propia formulación literal del artículo 27.9 CE.

79. La financiación de estos centros, aun cuando no pueda calificarse de derecho subjetivo, nace de la Constitución, y no de la ley⁸⁰, por lo que esta lo que hace es concretar la financiación, a través del establecimiento de requisitos. Por lo tanto, tiene un papel más relevante que el de mero actor subsidiario, al prever el constituyente la ya mencionada red dual de centros gratuitos, no pudiendo suponer la financiación de centros una opción última cuando no quede otra manera al no disponer de suficientes plazas en centros públicos⁸¹, con lo que se confundiría de esta manera «*la financiación de la libertad escolar con la financiación de la opción educativa*»⁸², sobrando decir que el primero es más amplio que el segundo.

80. De otra parte, es evidente la conexión entre la creación de los centros docentes por parte de personas físicas o jurídicas de carácter privado, protegido por el artículo 27.6 CE, y la financiación para su funcionamiento, puesto de relevancia en numerosas ocasiones por los Tribunales, llegando a afirmar que:

«La financiación pública de la enseñanza básica no puede disociarse del derecho reconocido en el artículo 27-6 de la Constitución, pues difícilmente podría ser la libertad de creación de centros docentes real y efectiva desconectada de un régimen de ayuda pública en los niveles en los que la enseñanza es obligatoria y gratuita»⁸³.

⁸⁰ GALLEGO ANABITARTE, Alfredo (1997): 119. En contra, ALÁEZ CORRAL: «*el derecho a obtener un concierto es, por tanto, sólo un derecho legal, que corresponde a los centros escolares que reúnan los requisitos establecidos por la ley*» (ALÁEZ CORRAL, Benito (2009a): 52-53).

⁸¹ En sentido afirmativo: LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio (2010b): 48, citado anteriormente.

⁸² VIDAL PRADO, Carlos (2012): 477.

⁸³ STS de 18 de octubre de 1990, FJ 1, recordando el Tribunal nuevamente, en su STS de de 21 de julio de 2000, FJ 6, que:

Educación diferenciada y conciertos públicos

81. Todo ello emana del artículo 27.9 CE ya que, aunque los centros educativos pueden pretender no ser financiados con fondos públicos, también podrán optar a serlo a través del cumplimiento de los requisitos que la Ley establezca en cada momento oportuno, con lo que el Legislador, en el desarrollo ya mencionado de la financiación, no podrá optar, de ninguna manera, por una «no ayuda» a los centros educativos⁸⁴. Tendrá que prestar, de forma inequívoca y obligatoria, una ayuda eficaz a aquellos centros docentes que cumplan los requisitos establecidos por él mismo, con las limitaciones que veremos posteriormente.

2.3.2. DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL EDUCANDO

82. También es posible el estudio de la financiación de los centros privados a través del foco de atención principal de la constitución educativa: el educando⁸⁵. Aunque para ello tengamos que redirigirnos a otro apartado del artículo 27 CE que complemente su noveno, al dedicarse este a los centros docentes. Ya comentamos que las enmiendas

«Baste (...) con recordar la íntima relación existente entre el derecho reconocido en el artículo 27.6 de la Constitución –libertad de creación de centros docentes– y el mandato contenido en el artículo 27.9 del propio texto constitucional –deber de los poderes públicos de ayudar a los centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca–, pues difícilmente aquella libertad podría ser real y efectiva, en unos niveles educativos en que la enseñanza es obligatoria y gratuita, desconectada de un régimen de ayuda pública».

⁸⁴ CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2004b): 244.

⁸⁵ Para MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ «*la financiación pública de la educación se justifica principalmente en razones independientes de la naturaleza pública o privada del centro que la imparta y que tienen que ver (...) con los derechos del educando*» (MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2008a): 67-68).

destinadas a la modificación de esta apartado para otorgar la financiación a los alumnos o a sus padres⁸⁶ era, a nuestro entender, acertada pero en sede equivocada, ya que habría que tratarla en otro apartado, al dedicarse este a otra posibilidad a las que hacían referencia en las enmiendas.

83. Mediante el conveniente estudio de los derechos y libertades educativas de los obligados a recibir una educación básica, algo que ya hicimos anteriormente, podremos llegar a conclusiones similares a las vistas en el apartado anterior, salvo que por una vía distinta.

84. Los derechos del educando no los encontramos en el artículo 27.9 CE, sino en el artículo 27.4 CE. Varios autores han recalcado que el artículo 27.4 CE no prevé una educación básica obligatoria de forma gratuita únicamente en los centros públicos, sino que lo hace de una manera indeterminada, pudiéndose comprender, para mayor efectividad de dicho derecho, tanto los centros públicos como los privados⁸⁷. Y ello es cierto, pero ¿es posible extraer un derecho de los educandos a obtener una educación gratuita en cualquier centro docente a tenor de la no especificación del artículo 27.4 CE? A nuestro entender, no es posible teniendo únicamente en cuenta el mencionado apartado.

85. En relación a la satisfacción de los derechos y libertades educativas en un centro distinto a los creados por los poderes públicos, habrá que conjugar debidamente los apartados cuarto y noveno del artículo 27 CE. El educando tiene derecho a recibir la educación básica y obligatoria de forma gratuita, si bien, teniendo en cuenta sólo este

⁸⁶ Enmienda núm. 10, señor DE LA VALLINA VELARDE (AP), en el trámite en el Congreso y las enmiendas núm. 426 y 441, ambas en el trámite en el Senado, pertenecientes a la señora LANDÁBURU GONZÁLEZ (GPMx) y al señor CALATAYUD MALDONADO (GUCD) respectivamente.

⁸⁷ CALVO CHARRO, María (2008): 82; DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (1995): 207-208; VIDAL PRADO, Carlos (2012): 475.

Educación diferenciada y conciertos públicos

apartado, el constituyente no prevé ninguna forma concreta de satisfacción del derecho. Es a través del artículo 27.9 CE por el que se especifica la forma –una, no la única, como hemos comprobado con anterioridad– en la que se puede satisfacer dicho derecho y a la vez gozar de la máxima protección en relación al ejercicio de la libertad de elección de centro docente.

86. El mandato al legislador de financiación de los centros privados no se hace únicamente como forma de dar cumplimiento y validez al funcionamiento de los centros docentes, protegido igualmente como la creación de centros docentes⁸⁸, sino que con esta orden de rango constitucional se obliga a los poderes públicos a hacer efectivo el derecho a la educación gratuita de los obligados a recibir la educación básica a la vez que protege la libertad de elección de centro docente. Pero no en cualquier centro privado, sino únicamente en aquellos que cumplan los requisitos que la ley establezca.

87. Consideramos que la libertad de elección de centro docente se materializa a través del artículo 27.4 CE pero con una necesaria complementariedad del artículo 27.9 CE, sin el cual no podría extraerse una conclusión exacta de las obligaciones de los poderes públicos para dotar de efectividad a las libertades educativas. No pueden comprenderse estos dos apartados de forma separada cuando tratamos de la libertad de elección de centro docente y el derecho a recibir una educación básica gratuita, ya sea en centros públicos ya en privados financiados con fondos públicos –con los requisitos legislativos oportunos–.

88. Bajo este planteamiento se estaría dando efectividad a lo que, a nuestro entender, quiso prever el constituyente a través de este entramado de apartados, núcleo central del “consenso constitucional”: la red dual de centros docentes que realicen, de forma gratuita, la prestación del derecho a la educación en libertad. La potencial

⁸⁸ STS de 20 de marzo de 1985.

posibilidad de una impartición de la educación gratuita únicamente por los centros públicos vulneraría el derecho fundamental a la educación⁸⁹, en un sentido amplio y unitario.

89. Sólo mediante la promoción y protección de la red dual gratuita se estaría asegurando la libertad de enseñanza como libertad real, y no meramente formal⁹⁰, pudiendo los educandos, y sus padres, ejercer sus derechos educativos en total libertad, gracias a las políticas de promoción de los derechos fundamentales a las que están obligados los poderes públicos⁹¹, protegiendo los derechos y libertades educativas de los educandos en su máximo exponente.

2.3.3. DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA COMUNIDAD EDUCATIVA

90. La tríada de justificaciones del planteamiento extensivo de la financiación de los centros educativos de iniciativa social se completa con el punto de vista de la comunidad educativa. Y cuando nos referimos a esta lo hacemos en el mismo sentido en el que lo hace el Tribunal Supremo en su STS de 21 de julio de 2000 –FJ 6–: la comunidad educativa o, lo que es igual, la sociedad misma.

91. La educación no es obligatoria únicamente para el desarrollo de la persona contemplada en solitario, en unicidad, sino para el progreso social, el crecimiento de una comunidad, en la cual todos los individuos contamos y en la que hemos de desarrollarnos en plenitud,

⁸⁹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (1979): 263.

⁹⁰ HERVADA, Javier (1979): 211.

⁹¹ MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis (2000): 131-132.

Educación diferenciada y conciertos públicos

favoreciendo de esta manera la prosperidad de la sociedad en su conjunto.

92. A su vez, dentro de la sociedad, los ciudadanos nos agrupamos, según nuestras ideologías, credos o preferencias, para potenciar nuestro libre desarrollo, y a través de estos grupos, debidamente promocionados, conseguimos la integración de todos en la vida global, de una forma plural, en la que caben todos los pensamientos y con igualdad de condiciones y posibilidades.

93. Esto es lo que prevé nuestra Constitución. El artículo 9.2 CE obliga «a los poderes públicos [a] promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas». En estos grupos, potenciamos nuestro libre desarrollo, que es «fundamento del orden político y de la paz social» – artículo 10.1 CE–, y todo ello en una clara búsqueda del pluralismo social, como principio inspirador de todo nuestro ordenamiento jurídico –artículo 1.1 CE–.

94. Por ello no podemos quedarnos únicamente en el punto de vista de los centros docentes y el de los educandos. Estos son el centro de la constitución educativa y aquellos son el medio por el cual pueden desarrollar sus libertades educativas. Todo se hace teniendo en cuenta la integración de los primeros en la sociedad y de los segundos en la diferenciación entre los diferentes grupos a promocionar por los poderes públicos.

95. La defensa de la financiación de los centros privados se hace también desde el punto de vista colectivo. Y ello porque los derechos fundamentales son fundamento del orden jurídico y de la paz social y los poderes públicos tienen «la obligación positiva de contribuir a la

efectividad de tales derechos, y de los valores que representan», garantizando de esta manera su plena vigencia⁹².

96. La promoción de los derechos fundamentales por parte de los poderes públicos obliga a estos a darle efectividad, en nuestro caso, a las libertades educativas. El artículo 27.9 CE se torna más crucial que nunca en este aspecto, al concretar, a través de un mandato al Legislador, la forma de promoción real de la libertad de elección de centro. En palabras del Tribunal Supremo, porque la financiación los centros educativos:

«No pretende sólo, ni tan siquiera prioritariamente, satisfacer intereses de la Administración educativa y de los titulares de los centros concertados; busca ante todo satisfacer intereses de toda la comunidad educativa, o lo que es igual, de la sociedad misma, contribuyendo a la efectividad del derecho a la educación»⁹³.

97. A través de esta financiación la sociedad encuentra su reflejo. Pluralidad. La pluralidad no debe ser sólo un fin, sino una realidad⁹⁴. Y para la consecución de la realidad plural, que ha de inspirar todo nuestro ordenamiento jurídico en virtud del artículo 1.1 CE, es necesario financiar la educación obligatoria de cualquier signo⁹⁵, sin posibilidad de ignorar las preferencias sociales⁹⁶, en las que los grupos de individuos se integran y los poderes públicos deben fomentar.

⁹² STC 53/1985, FJ 4.

⁹³ STS de 21 de julio de 2000, FJ 6.

⁹⁴ LETURIA NAVARROA, Ana (2006): 47.

⁹⁵ BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (1984): 44.

⁹⁶ GÓMEZ MONTORO, Ángel José (2004): 35-36.

Educación diferenciada y conciertos públicos

98. Con la financiación de los centros privados se consigue:
- a) Satisfacción del derecho a la educación.
 - b) Prestación de los derechos educativos de forma gratuita.
 - c) Protección de la libertad de enseñanza.
 - d) Promoción de los grupos sociales en los que los individuos se integran.
 - e) Respeto al pluralismo debido en la sociedad.
 - f) Pleno desarrollo de la personalidad humana en libertad.

99. Por todo ello no podemos entender otra cosa que la obligación de los poderes públicos de financiar los centros privados, para la maximización de los derechos fundamentales y la promoción del Estado social y democrático de Derecho. No significando, desde luego, una financiación indiscriminada de cualesquiera centro docente, sino que habrá que atender a los requisitos que el Legislador establezca para ello.

2.4. REQUISITOS CONSTITUCIONALES PARA LA FINANCIACIÓN DE LOS CENTROS

100. En virtud de la importancia que, como no podía ser de otro modo, tienen los pronunciamientos del supremo intérprete de nuestra Constitución, comenzamos el estudio de los requisitos a través de una de sus sentencias:

«El que en el artículo 27.9 no se enuncie como tal un derecho fundamental a la prestación pública y el que, consiguientemente, haya de ser sólo en la Ley en donde se articulen sus condiciones y límites, no

significa, obviamente, que el legislador sea enteramente libre para habilitar de cualquier modo este necesario marco normativo. La Ley que reclama el artículo 27.9 no podrá, en particular, contrariar los derechos y libertades educativas presentes en el mismo artículo y deberá, asimismo, configurar el régimen de ayudas en el respecto al principio de igualdad»⁹⁷.

101. Al igual que la financiación de los centros privados nace de la Constitución, los límites al otorgamiento de la misma también lo hace. Y eso no significa otra cosa que el Legislador no tiene plena libertad para imponer los requisitos que estime convenientes⁹⁸, sino que tendrá que ceñirse a lo estrictamente previsto por el constituyente, al constituir los requisitos que se extralimiten del mandato constitucional unos límites a los derechos fundamentales no justificados ni justificables en el texto constitucional, con fundamento en la fuerza expansiva de todo derecho fundamental y en la necesidad de interpretar esas normas «delimitadoras» de forma restrictiva y en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos y libertades fundamentales⁹⁹, en un marco de desarrollo de los derechos fundamentales en el que *«lo jurídicamente posible tiende a ser sustituido por lo constitucionalmente debido»*¹⁰⁰.

102. El Legislador no podrá imponer unos requisitos tales que constriñan la expansión de las libertades educativas, autolimitándose en la promoción para que las libertades de las personas y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, si con los requisitos impuestos impiden que una amplia mayoría de centros educativos no puedan

⁹⁷ STC 86/1985, FJ 3.

⁹⁸ CÁMARA VILLAR apuesta por «*un amplísimo margen de apreciación*» por parte del Legislador para el establecimiento de estas ayudas públicas y, por tanto sus requisitos (CÁMARA VILLAR, Gregorio (2002): 1031).

⁹⁹ STC 159/1986, FJ 6.

¹⁰⁰ BASTIDA FREIJEDO, Francisco (2004): 63.

Educación diferenciada y conciertos públicos

acceder a la financiación¹⁰¹. De ahí el mantenimiento en el trámite constitucional de la expresión «ayudarán» y no su cambio por «podrán ayudar», como pretendían distintas enmiendas¹⁰², porque el constituyente quiso una obligación de financiación¹⁰³ a los centros privados sin imponerles requisitos distintos a los constitucionalmente admitidos¹⁰⁴, pudiendo los centros privados cumplirlos sin perder su identidad o carácter propio¹⁰⁵ y asegurando la red dual gratuita.

¹⁰¹ CASTILLO CÓRDOVA aboga porque el cumplimiento de los requisitos establecidos por el Legislador puedan ser cumplidos por todos los centros docentes (CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2006): 251).

¹⁰² Los votos particulares de los Grupos Parlamentario Comunista y de la Minoría Catalana, cuyos ponentes son, respectivamente, el señor SOLÉ TURA y el señor ROCA JUNYENT, así como la enmienda núm. 696 del trámite en el Congreso de los Diputados de la señora BRABO CASTELLS (CPCo).

¹⁰³ SATORRAS FIORETTI opina que no se varía en nada el significado del precepto de «ayudarán» a «podrán ayudar», «*pues lo importante no es que puedan o que deban ayudarlos, sino que la tabla de requisitos requeridos sea verdaderamente asequible*» (SATORRAS FIORETTI, Rosa María (1998): 137-138).

¹⁰⁴ CÁMARA VILLAR, respecto a la remisión al Legislador en el artículo 27.7 CE para establecer los términos en los que la comunidad educativa intervendrá en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos, afirma que «*su reconocimiento se produce en la Constitución sin restricciones ni condicionamientos, por lo que la configuración legal no podrá someterlo a ciertos requisitos que puedan suponer su anulación*» (CÁMARA VILLAR, Gregorio (2000): 301). Pese a tratarse de preceptos distintos, si equiparamos ambas expresiones –«términos» y «requisitos», al poder constituir los términos, claramente, los requisitos para su desarrollo–, y aunque el mismo autor, como hemos dicho antes, para el supuesto que ahora tratamos defiende un amplio margen de apreciación por parte del Legislador, nos decantamos por la misma interpretación en el caso del artículo 27.9 CE que la que hace el autor en el artículo 27.7 CE. No sería admisible la imposición de criterios no previstos en la Constitución por parte del Legislador, al no haber otorgado tanto margen de discrecionalidad la Carta Magna a este con el fin de limitar los derechos y libertades educativas.

¹⁰⁵ FERRER ORTIZ, Javier (2006): 25.

103. Por lo tanto, visto el marco constitucionalmente admitido para el establecimiento de requisitos para la financiación de los centros privados, tendremos que analizar más detalladamente tanto el artículo 27 CE como la propia Constitución en su conjunto, para concluir qué le está permitido y qué no le está permitido al Legislador a la hora de la fijación de los requisitos.

104. Los colegios de iniciativa social tendrán que cumplir con una serie de condiciones para poder optar a la financiación¹⁰⁶:

a) En primer lugar, tendrán que ser capaces de satisfacer el derecho a la educación en un marco de libertades educativas. Para ello, la educación básica y obligatoria tendrá que prestarse de forma gratuita, gracias a la financiación otorgada por los poderes públicos.

b) Además, tendrán que contribuir con el objeto constitucional de la educación establecido en el artículo 27.2 CE: «el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales».

c) A su vez, han de respetar las convicciones de los padres o tutores de los menores, así como de estos. Como ya explicamos en el lugar oportuno, la matriculación en un centro docente determinado implica el respeto del ideario del centro, y no su completa asunción. Así se garantiza tanto la pluralidad de centros como en los centros. Los centros educativos que quieran ser financiados con fondos públicos tendrán que respetar escrupulosamente el artículo 27.3 CE, al igual que ha sido promocionado, por parte de los poderes públicos, para que

¹⁰⁶ Para el desarrollo de este punto se ha tenido muy en cuenta el trabajo de ZUMAQUERO, (concretamente: ZUMAQUERO, José Manuel (1984): 400-402).

Educación diferenciada y conciertos públicos

puedan elegir los padres su escuela gracias a la libertad de elección de centros.

d) Al estar sostenidos con fondos públicos, los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de los centros docentes, en los términos que la ley establezca, a tenor del artículo 27.7 CE.

e) Los centros docentes privados se comprometen al respeto de los derechos y libertades educativas no sólo de los padres y alumnos, sino también de sus propios empleados, y más concretamente de sus profesores, respetando la libertad de cátedra debidamente protegida.

f) Respecto a la escolarización del alumnado, habrán de respetar los principios de igualdad de oportunidades y no discriminación. No podrán establecer más criterios de ingreso que aquellos derivados de su ideario propio, constitucionalmente garantizado, siempre y cuando, obviamente, este no sea discriminatorio.

g) Por último, los programas educativos tendrán que ser debidamente homologados por las administraciones educativas competentes. A su vez, los centros docentes financiados con fondos públicos tendrán la obligación de someterse a las inspecciones que las autoridades educativas estimen oportunas a fin de constatar el cumplimiento de los requisitos.

105. Respecto al Legislador, a la hora de establecer los requisitos, ha de comprometerse¹⁰⁷:

a) A respetar el pluralismo debido, como principio inspirador e informador de todo el ordenamiento jurídico a través del artículo 1.1 CE.

b) A «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas» y a «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud» –artículo 9.2 CE–.

c) A promover las libertades educativas a través de la financiación expansiva de los centros docentes.

d) A respetar la autonomía de los centros docentes y, con ello, el proyecto educativo, ideario o carácter propio de los centros que sean financiados, permitiendo, entre otras cosas, la admisión del alumnado en estos establecimientos docentes por afinidad con el ideario propio del mismo.

106. Siguiendo estas once pautas, los requisitos constitucionalmente establecidos y permitidos y los límites del Legislador, los centros docentes privados podrán solicitar, si lo estiman conveniente, la financiación a los poderes públicos, para satisfacer las pretensiones de los educandos y colmar las expectativas de la comunidad educativa, de la sociedad en su conjunto, a través de una oferta dual gratuita que garantiza la pluralidad y la financiación en igualdad de condiciones.

¹⁰⁷ Igualmente, en este punto, se ha tenido muy en cuenta el trabajo de CASTILLO CÓRDOVA, (concretamente: CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2005): 89).

Educación diferenciada y conciertos públicos

107. Es de esta manera, a nuestro humilde entender, como se respeta el “consenso constitucional”, visto el resultado final del texto y seguido, en la medida de lo posible –al ser en gran parte extraparlamentario–, y a través de lo admitido y no admitido en los debates parlamentarios, el sentir del constituyente a la hora de la aprobación del texto final constitucional.

CAPÍTULO II

FINANCIACIÓN DE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA EN LOS CENTROS DE INICIATIVA SOCIAL

1. CENTROS CONCERTADOS: ¿MÁS PÚBLICOS QUE PRIVADOS? ¿MÁS PRIVADOS QUE PÚBLICOS?

108. La función que cumplen los centros privados concertados en la sociedad provoca la indeterminación real de su naturaleza y desarrollo. Todo podría hacer pensar, debido a su propia denominación, que son centros eminentemente privados, pero la financiación pública que recibe hace que en ocasiones pueda aproximarse su desenvolvimiento a lo previsto para los colegios creados por la Administración educativa, a los centros docentes públicos.

109. Para adentrarnos en su naturaleza, función y posibilidades otorgadas a los centros de iniciativa social que reciben ayudas públicas vamos a concretar, en primer lugar, el tratamiento que la legislación postconstitucional ha otorgado a este tipo de centros para, posteriormente, analizar y calificar, desde un punto de vista jurídico-

constitucional, las consecuencias que puede tener la obtención de financiación pública por parte de los centros concertados.

1.1. EVOLUCIÓN Y DESARROLLO LEGISLATIVO

110. En este apartado vamos a apuntar las notas características que legislativamente se les ha otorgado a los centros privados concertados. Para ello, hemos de comenzar con la primera ley educativa postconstitucional, de 1980, la LOECE. En su artículo 8 prevé la clasificación de los centros, que pueden ser de dos tipos: o públicos o privados. Los primeros, los que tienen por titular a entes públicos con competencias sobre la materia; los segundos, aquellos cuyo titular sea una institución, entidad o persona física o jurídica –también, hasta la LOECE, admitidos los colegios privados con titularidad de personas jurídicas públicas no incluidas en la denominación de centros públicos–.

La LOECE no desarrolla de forma explícita los derechos y deberes de los centros concertados. El artículo 34 de la LOECE reconoce el derecho de los titulares de los centros privados a un amplio abanico de posibilidades en la gestión interna de los centros¹, sin distinguir entre centros privados concertados y sin concertar, pero si atendemos a las posibles concordancias con la Ley General de Educación, en lo no derogado –disposiciones derogadas en su Disposición Final Segunda– al no abrogarlo expresamente, el artículo 97 de la Ley General de Educación

¹ «Se reconoce a los titulares de los centros privados el derecho a establecer un ideario educativo propio dentro del respeto a los principios y declaraciones de la Constitución. Asimismo podrán contratar el personal del centro y ejercitar los derechos y deberes dimanantes de esas relaciones contractuales con el personal, asumir la gestión económica del centro y la responsabilidad del funcionamiento del mismo ante la Administración, padres de alumnos, profesorado y personal no docente».

Educación diferenciada y conciertos públicos

de 1970 seguiría en vigor, por lo que, *sensu contrario*, los centros concertados tendrían mucho más limitadas las capacidades de autonomía, asemejándolo más, en este aspecto, a los centros públicos al resguardarse para sí la Administración educativa competencias en esta materia. A su vez, la mención a los centros ayudados públicamente llega con el cumplimiento del mandato constitucional del artículo 27.7 CE relativo a la intervención de la comunidad educativa en los centros sostenidos con fondos públicos –artículo 34.3.d) LOECE–.

111. Será la LODE la que nuevamente traiga a la legislación la denominación de centros concertados, para distinguir entre los centros educativos privados no sostenidos con fondos públicos de aquellos que sí lo son –artículo 10 LODE–. Esta ley clasifica los centros docentes atendiendo conjuntamente tanto a su titularidad como al origen y carácter de los recursos de los que se nutre. Por ello distingue «los centros privados que funcionan en régimen de mercado, mediante precio, y los centros sostenidos con fondos públicos, y dentro de estos los privados concertados y los de titularidad pública» –Preámbulo LODE–. Ya, en este punto, se puede vislumbrar una imagen de lo que será el desarrollo de los centros concertados, los cuales no podrán adherirse al régimen jurídico de los centros privados en sentido estricto –comparten naturaleza, pero no origen y carácter de los recursos– pero tampoco podrá asemejarse al público –al compartir origen y carácter de los recursos, pero no naturaleza–, creando de esta manera un régimen híbrido *ad hoc* para los centros privados sostenidos con fondos públicos, desarrollado en los artículos 47 y siguientes de la propia LODE.

Debido a esa dualidad entre la naturaleza y el origen y carácter de la financiación, los centros concertados se ven sometidos a un detallado régimen jurídico descrito en el Título IV de la LODE, en el cual los centros concertados tendrán la facultad de definir su carácter propio, al igual que queda previsto para los centros privados sin financiación pública, pero se verán sometidos al mismo régimen de admisión de

alumnos que el establecido para los centros públicos, difiriendo, de esta manera, respecto a la escolarización de los centros privados en sentido estricto. A su vez, y al igual que pasara en la LOECE, a los centros privados concertados se les restringe la autonomía propia de los de iniciativa social no concertados –artículo 25 LODE–, en beneficio de la participación de la comunidad educativa en la gestión y control del centro, siguiendo el mandato constitucional del artículo 27.7 CE. No obstante, queda en entredicho las facultades que puede ostentar el titular del centro docente, al ser de naturaleza privada, si ha de verse sometido, en todo momento, a la consideración de la comunidad educativa y si existiese la posibilidad de una mayor conciliación entre las facultades de titular y las otorgadas a la comunidad escolar².

112. La LOCE, recogiendo en parte el testigo de la LOPEG, garantiza la autonomía de los centros –pedagógica, organizativa y de gestión económica–, sin especificar la titularidad ni el origen de su financiación –artículos 67 a 70 LOCE–. El régimen de competencias entre la dirección y la comunidad educativa en los centros concertados es modificado para otorgarle algunas facultades más a la dirección del centro. Asimismo, la admisión de alumnos no es tan detallada como en ocasiones anteriores. Por lo que se puede concluir que el Legislador, en la LOCE, quiso establecer una mayor distinción entre los centros concertados y los centros públicos, asimilándolos más a los privados, aunque no llegase a toda su extensión.

113. Conocida ya la escasa aplicación de la LOCE, la LOE revierte el sistema dual a su estado anterior, concediendo más competencias a la comunidad educativa en el Consejo Escolar y estableciendo una mayor equiparación en la admisión del alumnado en los centros públicos y privados concertados en su artículo 84. Por lo que podríamos afirmar que

² La LOPEG, en su Disposición Final Primera, modifica el régimen participación de los centros concertados, otorgando mayores facultades al Consejo Escolar, en todo caso.

Educación diferenciada y conciertos públicos

la regulación estricta del Legislador en los centros privados concertados supone un mayor acercamiento a los públicos debido al origen de su financiación en lugar de a los privados *stricto sensu* a tenor de su naturaleza, primando, en este sentido, un pretendido derecho a la educación en lugar de las libertades educativas. «Pretendido» porque no se asegura el derecho a la educación con la intromisión de las administraciones educativas en la prestación educativa impartida por los centros privados concertados, pero sí se limitan las libertades previstas constitucionalmente para los centros educativos y los escolares.

1.2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

114. Visto el desarrollo y evolución legislativa de las diferencias y semejanzas entre los centros privados, los privados concertados y los públicos, es necesario el estudio del tema desde la raíz. A través las funciones que realizan los centros concertados podremos extraer las conclusiones respecto a su naturaleza, pudiendo terminar aportando conclusiones para una, a nuestro entender, posible correcta delimitación, *de lege ferenda*, de los centros privados, privados concertados y públicos.

1.2.1. FUNCIÓN DEL CENTRO CONCERTADO EN LA RED DE CENTROS EDUCATIVOS

115. Como ha quedado dicho en repetidas ocasiones a lo largo de este trabajo, consideramos que el constituyente previó, a través de los derechos y libertades del artículo 27 CE, la necesidad de una instauración permanente de un sistema dual de centros docentes en el que recibir

educación gratuita: los centros públicos y los centros privados ayudados con fondos públicos.

116. La función que desempeña el centro concertado en esta red dual de centros educativos es la misma que los centros públicos: la prestación del derecho a la educación y la protección de las libertades educativas. A través de estos centros se potencian las libertades en la educación, y el establecimiento y libre creación de centros docentes que puedan ser sostenidos con fondos públicos posibilita la libre elección de tipo educativo.

117. Sin embargo, los mayores escollos que encuentra este reconocimiento a la función de los centros concertados en cuanto a su funcionamiento son las restricciones en las facultades directivas del centro y el ideario del mismo³.

118. Y es que si la función principal del centro concertado es posibilitar la libre elección de centro docente para satisfacer los derechos y libertades educativas, parece del todo sensato dejar un margen de apreciación para la admisión del alumnado a los propios centros educativos. Y todo ello en aras de una mejor comprensión de las libertades educativas que no vulnere, en ningún momento, el derecho de todos a una educación gratuita.

119. Es necesario permitir que los centros concertados puedan imponer determinadas reglas de admisión del alumnado, principalmente

³ Para SUÁREZ PERTIERRA, parece inviable que los centros subvencionados fijen un ideario, al resultar contradictorio o problemático el carácter propio del centro y la intervención de la comunidad educativa en la gestión y control del mismo (SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo (1983): 635-636). Argumento que no podemos compartir, al existir un deber de la comunidad educativa de respetar el ideario del centro docente en el que están matriculados. Por ello, la matriculación en un centro docente para la «destrucción» del ideario desde dentro, parece más inviable que la propia fijación del ideario, protegida constitucionalmente a la vez que la creación de centros docentes.

Educación diferenciada y conciertos públicos

en razón de su ideario⁴. No pueden determinarlas si ello supone una discriminación. Es algo obvio, en virtud de los artículos 9.2 y 14 CE. Sin embargo, un centro educativo cuyo ideario discrimine no podría, en ningún caso, ser capaz de cumplir los objetivos de la constitución educativa establecidos en el artículo 27.2 CE, y esa es una de las restricciones que, como vimos anteriormente, es posible determinar a la hora de la financiación del centro docente de iniciativa social.

120. Salvado el análisis de la posible discriminación en razón del alumnado, los centros docentes privados con financiación pública deberían ser capaces de determinar una serie de prioridades a la hora de la escolarización del alumnado, que en ningún caso podría ser arbitrario, por lo que tendría que ser un complemento de los requisitos de admisión establecidos por los poderes públicos para sus propios centros docentes.

121. Admitimos la intromisión de los poderes públicos en la escolarización del alumnado en centros privados sostenidos con fondos públicos, en virtud del servicio al interés público⁵ que prestan, por lo que tendrán que ser capaces de asumir esta prestación del derecho a la educación⁶. Pero a su vez somos conscientes de lo absurdo que podría suceder si, restando todas las capacidades resolutorias a los centros concertados, un centro caracterizado ideológicamente no fuese capaz de admitir a alumnos que, no sólo respetasen el ideario –algo obligado en la

⁴ En la misma línea: ROCA FERNÁNDEZ (ROCA FERNÁNDEZ, María J. (2008): 8).

⁵ Para DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN y SENDÍN GARCÍA es esta contribución la «*que determina que su régimen jurídico se aparte en cierta medida del de los centros privados, para asimilarse en algunos aspectos al de los públicos*» (DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (2005): 41).

⁶ No sería procedente que el centro educativo concertado no admitiese a educandos inmigrantes, con necesidades especiales educativas, cuando sí son admitidos en los centros públicos. El servicio público –en sentido amplio, como ya vimos– que prestan estos centros docentes los hacen deudores de una prestación educativa de este tipo.

escolarización—, sino que lo compartan plenamente⁷. De esta manera quedaría un centro educativo con ideario que ha escolarizado alumnos que no lo comparten, mientras que aquellos que sí lo comparten se ven desplazados a otros centros docentes que no están caracterizados ideológicamente de esa manera, vaciando de contenido los derechos de la comunidad educativa⁸, tanto de los centros docentes como de los educandos.

122. Llegados a ese punto, lógicamente no se aseguraría ni el derecho a la educación ni las libertades de la enseñanza, por lo que perdería, en gran medida, su sentido el centro concertado. Con lo cual, en aras del pluralismo educativo⁹ debido y la expansión de las libertades educativas, los centros docentes han de tener capacidad de decisión a la hora de la selección de su alumnado, quedando al margen de las actuaciones de los poderes públicos, no justificando las ayudas públicas esta intromisión en las capacidades directivas de los centros docentes de iniciativa privada.

1.2.2. ¿MÁS PÚBLICOS QUE PRIVADOS?

123. La consideración de los centros concertados como «servicio público» puede llevar a cierta confusión en cuanto a la naturaleza y el desarrollo de los centros privados que reciben financiación pública.

⁷ Para GÓMEZ MONTORO, «*la financiación no busca la igualdad de oferta, sino la igualdad de oportunidades en un sistema plural*», por lo que «*de acuerdo con los criterios objetivos que el legislador establezca, el centro pueda efectivamente seleccionar a aquellos alumnos que, en su caso, compartan su ideario*» (GÓMEZ MONTORO, Ángel José (2004): 33-34).

⁸ CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2005): 89.

⁹ MARTÍNEZ BLANCO, Antonio (2004): 302.

Educación diferenciada y conciertos públicos

124. Al pretender la integración de los centros concertados en una red pública de servicios educativos, dentro de la ya aludida red dual de prestación gratuita de la educación se procura la búsqueda de las semejanzas en el régimen jurídico de ambos tipos de centros educativos. Para evitar desórdenes en vista a la interpretación literal de los conceptos utilizados, más que «red pública» debería denominarse «red gratuita»¹⁰.

125. Con la finalidad de ese acercamiento, el Legislador se ha valido de que el mandato constitucional de la financiación de los centros públicos establece que los mismos habrán de cumplir una serie de requisitos. Con ello ha venido imponiendo ciertas condiciones a los centros privados que han asegurado sus semejanzas con los centros públicos, con los cuales comparten el origen de sus recursos económicos y su consideración de servicio público, mas no su naturaleza, la cual no varía por ello¹¹.

126. La aproximación de ambos centros, a través de una alta intervención del Legislador, viene ya señalada en la primera sentencia en materia de enseñanza del Tribunal Constitucional, en forma del Voto Particular formulado por el magistrado Tomás y Valiente. En el mismo, se señala que:

«Puede afirmarse en principio de que a mayor financiación pública a centros docentes privados, habrá una mayor intervención del Estado o de los protagonistas de la comunidad escolar (profesores, padres y, en su caso, alumnos) en el control y gestión de la misma»¹².

¹⁰ DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (2004a): 125-126.

¹¹ DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (2005): 41.

¹² STC 5/1981, F 6 del Voto Particular formulado por el magistrado Tomás y Valiente. En idéntico sentido se pronuncia parte de la doctrina, como LLAMAZARES FERNÁNDEZ (LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio (2010b): 48).

127. Con esta intervención se justificaría la aproximación de ambos regímenes. Al estar altamente intervenidos, no puede resultar otra cosa sino un régimen jurídico muy próximo al de los centros públicos dependientes directamente de las administraciones educativas, sacrificando gran parte de la autonomía de los centros privados¹³.

128. Esta idea ha estado muy presente en parte de la doctrina, la cual ha justificado la alta intervención estatal en estos centros por su sostenimiento, y este apoyo por ser considerados los centros concertados como de servicio público. Por ello, las semejanzas entre los centros públicos y los privados no es más que el resultado de la consideración de ambos tipos de centros como servicio público¹⁴, debiendo prestar un servicio semejante, y para ello los poderes públicos han de prever un régimen similar¹⁵.

1.2.3. ¿MÁS PRIVADOS QUE PÚBLICOS?

129. No podemos estar de acuerdo con la anterior postura, que postula las semejanzas entre regímenes por ser financiados y prestar servicio público. Efectivamente, son financiados al pretender integrarlos en una red educativa de servicios públicos los cuales, como ya hemos comentado, en ningún momento puede pretenderse que sean considerados como servicios públicos en sentido estricto. Los centros

¹³ AGOUÉS MENDIZÁBAL, Carmen (2000): 44-45.

¹⁴ STS de 24 de marzo de 1997, FJ 2. En la doctrina: SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (2006): 11.

¹⁵ Para SETUÁIN MENDÍA, los centros concertados han de garantizar la dación de los servicios educativos «en términos semejantes a los exigidos normativamente a la escuela pública» (SETUÁIN MENDÍA, Beatriz (2012): 240).

Educación diferenciada y conciertos públicos

privados obtienen la financiación por atender una demanda real¹⁶ de escolarización, cumpliendo así los objetivos educativos previstos constitucionalmente. Es por ello, por prestar estos servicios educativos, por lo que se integran en los laxamente denominados, en este caso, servicios públicos. Y son demandados por los padres precisamente por no pertenecer a la red pública, por estar dotados de un carácter propio o por la propia organización interna de cada centro educativo. La intervención máxima de estos centros traería como consecuencia la «publicación»¹⁷ injustificada, al no tratarse de un servicio público en sentido estricto.

130. Si el efecto de la financiación y consecuente estatus de servicio público consiste en la equiparación de regímenes entre los centros, el resultado más inmediato radicaría en la pérdida de eficacia real de las libertades educativas. Los titulares de los centros privados se verían constreñidos a ser un objeto de los poderes públicos, al no disponer de una autonomía interna suficientemente amplia como para llevar a cabo el carácter propio del centro docente y sus expectativas de funcionamiento. Con lo cual, desembocaría en la pérdida de la libertad de elección de centro docente¹⁸ y del pluralismo¹⁹ buscado y requerido constitucionalmente, ya que si los centros públicos y privados concertados mantienen un mismo régimen, en poco varía la posibilidad de elegir centro.

¹⁶ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR asegura que «no hay un derecho constitucional a la financiación, pero sí una obligación de financiar la demanda real», con lo cual lo que se está financiando, en definitiva, es la demanda real de la educación (FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (2006): 60).

¹⁷ DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (2008): 130.

¹⁸ ORTIZ DÍAZ, José (1980): 46.

¹⁹ DÍAZ LEMA, José Manuel (1992): 77-78. Además, afirma que «en la medida en que el servicio público se entienda como una continuación del régimen de los centros públicos, nos habremos alejado de lo que constitucionalmente explica las subvenciones a la enseñanza: la garantía institucional de esta libertad, y por tanto del pluralismo educativo».

131. Hemos de afirmar que el origen de los recursos económicos en nada modifica la naturaleza del centro docente²⁰, que es elegido, por esos mismos motivos, por los actores educativos y es así como presta su particular «servicio público educativo». Una amplia intervención de las administraciones educativas estaría totalmente injustificada desde un punto de vista constitucional. La Constitución, como hemos visto, impone el mandato al Legislador a través de las ayudas públicas bajo una serie de requisitos. Y entre esos requisitos no se justifica, de ninguna manera, una intervención que provoque la pérdida de identidad del proyecto educativo docente.

132. No está justificado, por ello, ni la intervención de los poderes públicos ni la delimitación de las ayudas según unas pautas preestablecidas por el Legislador que no se ajusten a los requisitos constitucionales previstos, que no puedan reunir sino unos pocos centros docentes. Hablamos de las denominadas «ayudas de resultado», bajo las cuales las administraciones educativas podrían imponer una serie de requisitos adicionales a los centros privados para garantizar la efectividad de los objetivos constitucionales²¹. Esto, a nuestro modo de entender, no está en absoluto justificado. Ni el Legislador, ni las administraciones educativas competentes, pueden imponer mayores requisitos que los establecidos en el artículo 27 CE y en la Constitución en su conjunto, como hemos podido estudiar anteriormente. Sin tales requisitos, no se pueden financiar los centros docentes. Fuera de esos requisitos, es inconstitucional imponer ningún otro que condicione la organización o la dirección del centro docente²².

²⁰ DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (1995): 140-141.

²¹ A favor de las «ayudas de resultado», ALÁEZ CORRAL, Benito (2009a): 58-59. En contra –apostando por «ayudas de actividad», DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (2004a): 128 y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2005): 230

²² DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (2004a): 127.

Educación diferenciada y conciertos públicos

133. Como ha dicho el propio Tribunal Constitucional, se podrán poner limitaciones a la dirección del centro, a tenor del artículo 27.9 CE, siempre y cuando respeten su contenido esencial, el cual delimita de la siguiente forma:

Desde un punto de vista positivo del contenido esencial, «implica el derecho a garantizar el respeto al carácter propio y de asumir en última instancia la responsabilidad de la gestión, especialmente mediante el ejercicio de facultades decisorias en relación con la propuesta de Estatutos y nombramiento y cese de los órganos de dirección administrativa y pedagógica y del Profesorado. Desde el punto de vista negativo, ese contenido exige la ausencia de limitaciones absolutas o insalvables, o que lo despojen de la necesaria protección. De ello se desprende que el titular no puede verse afectado por limitación alguna que, aun respetando aparentemente un suficiente contenido discrecional a sus facultades decisorias con respecto a las materias organizativas esenciales, conduzca en definitiva a una situación de imposibilidad o grave dificultad objetiva para actuar en sentido positivo ese contenido discrecional»²³.

134. Por todo ello, más allá del desarrollo legislativo de los requisitos constitucionales, el Legislador no puede imponer ninguna condición que afecte a la autonomía de los centros educativos. La Constitución no condiciona la financiación a la intervención estatal. Únicamente impone, para los centros sostenidos con fondos públicos, la participación de la comunidad educativa²⁴ –artículo 27.7 CE–.

135. Ello no implica, como hemos esbozado anteriormente, una total libertad para los centros educativos privados concertados. Hemos hecho hincapié en la imposibilidad de una fuerte intervención pública de este tipo de centros. Sin embargo, como servicio público impropio que es, y sobre todo para garantizar el derecho a la educación, en aras de una

²³ STC 77/1985, FJ 20.

²⁴ DÍAZ LEMA, José Manuel (2004): 108.

correcta interpretación constitucional en virtud del pronunciamiento que nuestro Alto Tribunal ha realizado sobre las facultades de dirección y autonomía de los centros, estos han de cumplir ciertos requisitos, que se restringirían, principalmente, al aseguramiento del destino de los fondos recibidos²⁵ de un lado y, del otro, a la posibilidad de escolarización de alumnado que, por necesidades especiales, hayan de ver satisfecho su derecho fundamental a la educación, viniendo obligados estos centros a su admisión, teniendo que aceptar, en todo caso, el ideario del centro.

136. Por tanto debemos concluir que los centros privados concertados han de ser tratados conforme a su naturaleza –privados– y no respecto a su financiación –pública– en aras del mantenimiento de las libertades educativas. Ello no significa una total libertad de autonomía de los centros privados, los cuales tendrán que asegurar la prestación de los servicios educativos en condiciones de igualdad de oportunidades y no discriminación, bajo unas mínimas limitaciones²⁶, pero que podrán asegurar su carácter propio y su autonomía frente a restricciones injustificadas por parte de los poderes públicos por el mero hecho de estar sostenidos con fondos públicos, cuando lo que hacen es satisfacer derechos y libertades educativas ajenas, del educando, siendo este su razón de ser.

²⁵ STS de 18 de octubre de 1990, FJ 2.

²⁶ MARTÍNEZ BLANCO dice que «*la limitación de las facultades del centro privado concertado debe tener sentido restrictivo*» (MARTÍNEZ BLANCO, Antonio (2004): 302).

2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA FINANCIACIÓN DE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA

2.1. RESPETO A LA FINANCIACIÓN COMO OBLIGACIÓN POSITIVA DEL ESTADO²⁷

137. La proclamación de la legitimidad²⁸ y licitud²⁹ de la educación diferenciada por el Tribunal Supremo, equiparado a la opción pedagógica de la educación mixta, no basta para fundamentar la financiación de este modelo pedagógico. Siguen existiendo reticencias a la hora de la financiación de la educación diferenciada. Ahora nos encargaremos, desde un punto de vista general y partiendo del texto constitucional, de intentar establecer unas pautas que fundamenten y permitan la financiación de la monoeducación.

138. Existe una tendencia a considerar como supuesto requisito – inexistente³⁰– de financiación de los centros privados que estos sean mixtos. Ello es debido al problema de delimitación de la naturaleza y funciones de los centros privados concertados, que acabamos de ver. Trayendo a colación las deducciones extraídas de ese análisis, podemos observar la tendencia a considerar como requisito la necesidad de que los centros financiados sean mixtos en razón al servicio público que prestan y que, por ello, han de estar próximos al régimen jurídico y prestar similar servicio que los centros públicos.

²⁷ “Respeto” en el sentido en el que lo delimita la STEDH en el Caso *Campbell y Cosans c. Reino Unido*. Sentencia de 25 febrero de 1982, §37.

²⁸ STS de 23 de julio de 2012, FJ 3.

²⁹ STS de 26 de junio de 2006, FJ 8

³⁰ DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (2004a): 140.

139. En primer lugar, tenemos que remitirnos, nuevamente, a otra parte de este estudio. Y es que, como veremos en el último capítulo de este estudio, que la escuela pública española sea mixta no significa que no pueda ser diferenciada. Es una opción de política legislativa, ya que en nada alteraría los derechos y libertades educativas, sino al contrario, ayudaría a potenciarlos.

140. En segundo lugar, y como ya hicimos hincapié en su momento, que el centro privado esté financiado públicamente no significa que pierda su finalidad³¹ y su naturaleza de privado, por lo que los poderes públicos han de respetar, en todo momento, los derechos y libertades que se les otorga a través de la Constitución. Y uno de ellos es la posibilidad de dotarse de ideario. Y la categorización como servicio público³² de los centros concertados no puede suponer ni servir «de título de cobertura para justificar un dirigismo de los centros por parte de la Administración»³³, debiendo ser respetado por los poderes públicos competentes en materia educativa. Todo ello no se hace sino para acatar el, repetido hasta la saciedad, pluralismo buscado a través del artículo 1.1 CE.

141. Si la financiación pública del centro docente en nada puede modificar su carácter propio y la educación diferenciada es constitucionalmente legítima, buscando la pluralidad y la posibilidad de que los padres y los educandos ejerzan con plenitud sus derechos y

³¹ Su finalidad «*sigue siendo hacer posible el ejercicio por parte de los padres y de los alumnos del derecho a la libertad de enseñanza*», tal y como indica LORENZO VÁZQUEZ (LORENZO VÁZQUEZ, Paloma (2001): 93-94).

³² Para el Magistrado Requero Ibáñez, no hay que olvidar que aunque se esté gestionando un servicio público, el docente, hay derechos fundamentales en juego (STS de 23 de junio de 2014, Voto Particular del Magistrado Requero Ibáñez).

³³ ROMEA SEBASTIÁN, Ángel (2003): 88.

Educación diferenciada y conciertos públicos

libertades educativas, los poderes públicos deben promocionarla para hacerla efectiva, en virtud del artículo 9.2 CE³⁴.

142. Pensamos que una limitación de la financiación de los centros privados que impartan sus enseñanzas mediante el modelo de la educación diferenciada³⁵, por el simple hecho de serlo, atenta contra los derechos y libertades educativas de una forma manifiesta³⁶. Con ello se priva a muchos educandos –y sus padres– de elección de tipo de centro docente, al cual sólo podrán acudir si sus recursos económicos se lo

³⁴ El Magistrado Requero Ibáñez lo expresa, de una manera muy acertada, en su Voto Particular a la STS de 23 de junio de 2014:

«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».

³⁵ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ se pregunta, en 2005, «*qué pasaría si una nueva Ley Orgánica impusiera la enseñanza mixta obligatoria en los centros públicos y concertados*», contestando que «*se trataría de una desnaturalización del contenido esencial del derecho fundamental pues evidentemente la libertad de enseñanza y de creación de centros docentes quedaría completamente laminada*» (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2005): 1179-1180).

³⁶ Resulta muy indicativa la reacción de FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR ante un artículo aparecido en la Revista Ya, el 25 de mayo de 1978, en el cual la Federación Española de Religiosos de la Enseñanza transmitía sus temores sobre que la financiación de los centros se hiciese depender de la renuncia a algunos aspectos básicos de la dirección y carácter propio de los centros, y a lo cual responde el autor (FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (1983): 169, pie de página núm. 42) que:

«*Resultan absurdos los recelos de la Federación Española de Religiosos de la Enseñanza frente al artículo 27.8 (sic) de la Constitución ante la posibilidad de que la ley hiciera depender las subvenciones de condiciones tales como la renuncia a la confesionalidad o a la dirección (Ya, 25 de mayo de 1978). En ningún caso la ley podrá imponer condiciones lesivas para cualquiera de los derechos fundamentales*».

permiten. De esta manera se está fomentando, por parte de los poderes públicos, una discriminación condenada por el artículo 14 CE –aun no de manera explícita³⁷–, por razón de los recursos económicos.

143. «*Si es una opción legítima y afecta al ejercicio de derechos fundamentales, nada debería impedir que los centros con enseñanza diferenciada pudieran solicitar un concierto en igualdad de condiciones que los mixtos*»³⁸, remarcando la «igualdad de condiciones» ya que si ambos modelos son plenamente legítimos y cumplen los objetivos educativos, la financiación de uno en detrimento de la otra opción constituiría una clara discriminación contraria al artículo 14 CE³⁹.

144. Se estaría justificando que aquellas familias que no tienen recursos económicos suficientes⁴⁰ no puedan acceder a un tipo de educación que es constitucionalmente legítima y es admitida por los textos internacionales, sólo por el hecho de no cumplir con un requisito impuesto infundadamente, justificado *a priori* a la luz del artículo 27.9 CE, de no impartir la educación a alumnos de distinto sexo de forma conjunta, no pudiendo compartir, con todo el respeto, la interpretación que consideramos que realiza el Tribunal Supremo, en este extremo, sin un análisis debido de los derechos y libertades educativas:

³⁷ Algo que sí hace, por ejemplo, el artículo 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: «Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición».

³⁸ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro (2013): 20.

³⁹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2012): 108.

⁴⁰ Como afirma DE LOS MOZOS TOUYA, la realización efectiva del derecho a la educación y las libertades de la enseñanza son necesarias para que las mismas no sean únicamente «*un privilegio de unos cuantos*», es decir, de aquellos que tienen poder económico suficiente para acudir a un centro privado *stricto sensu* (DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (2004b): 280).

Educación diferenciada y conciertos públicos

«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»⁴¹.

145. Siguiendo con nuestra disconformidad respecto a esta línea jurisprudencial seguida por el Tribunal Supremo, consideramos que no existe una justificación constitucional que impida una financiación de los centros educativos de educación diferenciada. Al contrario, la no financiación de los mismos, siempre y cuando cumplan con los requisitos del artículo 27.9 CE en los términos ya estudiados, podría constituir un atentado contra los derechos y libertades educativas, provocando discriminación entre los distintos grupos de la comunidad educativa, por el hecho de sus opciones filosófico-pedagógicas, algo que, al parecer, es lo que ha intentado impedir el Legislador a través de la LOMCE, la última reforma legislativa, en virtud de la cual:

«La elección de centro por razón de su carácter propio [no podrá] 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»⁴²

146. El mismo Legislador prevé explícitamente la imposibilidad de discriminación por razón de elección del modelo pedagógico de educación diferenciada:

«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

⁴¹ STS de 16 de abril de 2008, FJ 9.

⁴² Artículo 116.1 LOE, tras la modificación efectuada por la LOMCE.

de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto»⁴³.

147. A nuestro entender, este apartado, incluido en la LOE por la modificación de la LOMCE, nada añade al mandato constitucional, dado que más que permitido, y en la necesidad de una interpretación eficaz de la Constitución que permita la realización y consolidación del Estado Constitucional de Derecho⁴⁴, la financiación es obligada para estos centros, en la misma posición que los mixtos, siempre y cuando, repetimos, cumpla los requisitos establecidos por el Legislador a través del artículo 27.9 CE⁴⁵.

148. Será, de esta manera, de la forma en la que se cumpla eficazmente el deseo del constituyente del establecimiento de una red dual gratuita de educación, a través de la cual la comunidad educativa pueda ejercer, en su plenitud, los derechos y libertades educativas.

2.2. EXCLUSIÓN DEL MODELO PEDAGÓGICO DE EDUCACIÓN DIFERENCIADA DE LA FINANCIACIÓN PÚBLICA

149. Opuestamente a lo defendido hasta ahora en nuestro trabajo, parte de la doctrina considera constitucional y legítima la

⁴³ Artículo 84.3.3 LOE, modificado por LOMCE.

⁴⁴ REQUENA LÓPEZ asegura que «una interpretación eficaz para la Constitución es la que el operador jurídico debe procurar por principio y, claro está, no es simplemente aquella que tiene virtualidad en el mundo jurídico, pues todas la tienen (aún la regresiva), sino la que coadyuva lo más acertadamente posible a la realización y consolidación del Estado constitucional democrático» (REQUENA LÓPEZ, Tomás (2001): 29-30). En este sentido de expansión y consolidación del Estado Constitucional es en el que promovemos la necesidad de financiación de este modelo pedagógico.

⁴⁵ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2012): 108.

Educación diferenciada y conciertos públicos

exclusión de la financiación pública de los centros privados que imparten enseñanzas diferenciadas⁴⁶.

150. Ello ha sido defendido, principalmente, en la aseveración de que ambos modelos, el mixto y el diferenciado, «*no son iguales ni en sus objetivos ni en sus premisas*», con lo que un tratamiento normativo diferente no sería contrario al principio de igualdad⁴⁷, por lo tanto la elección de la coeducación como único modelo de financiación, y por ende la limitación de la elección de centro y de la dirección del mismo por parte del titular, sería únicamente una «autolimitación» para poder disfrutar de los fondos públicos⁴⁸, sin vulnerar los derechos y libertades educativas. Algo en lo que, por lo defendido hasta el momento, no podemos estar en absoluto de acuerdo.

151. Las justificaciones a la hora de la exclusión del modelo pedagógico de la financiación con fondos públicos gira en torno a dos argumentos: son un modelo educativo discriminatorio y el Legislador tiene total discrecionalidad para imponer el modelo coeducativo como el único que reciba financiación pública.

⁴⁶ Afirma BASTIDA FREIJEDO que a lo más que se puede llegar es a aceptar la no inconstitucionalidad de los colegios de educación diferenciada, pero que cosa distinta es su compatibilidad con un sistema público educativo –directamente público o financiado– (BASTIDA FREIJEDO, Francisco (2012)).

⁴⁷ ALÁEZ CORRAL, Benito (2009c): 1014.

⁴⁸ ALÁEZ CORRAL, Benito (2009c): 1011.

2.2.1. JUSTIFICACIÓN DE LA EXCLUSIÓN POR SER UN MODELO DISCRIMINATORIO

152. En el análisis de este punto, interesa muy especialmente la última doctrina jurisprudencial emanada de nuestro Tribunal Supremo, inaugurada en la STS de 24 de febrero de 2010 y seguida por un numeroso catálogo de sentencias durante los años venideros⁴⁹, que se centra en la interpretación del artículo 84 de la Ley Orgánica de Educación, antes de su modificación por la LOMCE.

153. En cuanto al ejercicio del derecho prestacional a la educación, la legislación educativa ha sido siempre bastante clara prohibiendo la discriminación en el acceso a las enseñanzas⁵⁰. Es, sin embargo, la Ley Orgánica de Educación de 2006 la que ha generado mayores problemas a la hora de la aceptación de la educación diferenciada debido a que el artículo 84.3 prevé que «en ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» en la admisión del alumnado en colegios públicos y concertados, ya que hasta esta Ley Orgánica el legislador había eludido el elemento del «sexo» en la discriminación en el acceso a los centros de enseñanza⁵¹, lo que ha dado lugar a la reapertura del debate de la conveniencia del mantenimiento del modelo pedagógico de educación diferenciada, su posible discriminación y el acceso de los alumnos a los centros docentes caracterizados con este modelo educativo, además de la problemática en torno a su financiación.

⁴⁹ SSTS de 23 de julio de 2012, de 24 de julio de 2012, de 09 de octubre de 2012, 14 de enero de 2013, de 15 de enero de 2013, de 21 de enero de 2013, de 22 de enero de 2013, de 26 de febrero de 2013 y de 23 de junio de 2014.

⁵⁰ Artículos 35 LOECE, 20 LODE, 72 LOCE y 84 LOE, *ad exemplum*.

⁵¹ COTINO HUESO, Lorenzo (2012): 268.

Educación diferenciada y conciertos públicos

154. Todo ello ha desembocado en la referida serie jurisprudencial del Tribunal Supremo, que analiza la idoneidad y legitimidad de los colegios de educación diferenciada. El Tribunal Supremo considera que:

«La educación separada por sexos era conforme en España y estaba autorizada de acuerdo con la Convención [Relativa a la Lucha Contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, de 1960] puesto que el Estado la admitía, y desde luego así resultaba hasta la derogación de la Ley Orgánica 10/2.002 [...]. Y desde luego hay que admitir que dejó de serlo para los Centros Docentes sostenidos con fondos públicos una vez que la Ley Orgánica 2/2.006 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»⁵².

155. Y es a partir de este pronunciamiento cuando, a nuestro entender, el Tribunal Supremo puede llegar a cometer una serie de irregularidades e incongruencias jurídicas en torno a la educación diferenciada⁵³.

a) En primer lugar, no entendemos cómo la introducción de la palabra «sexo» en el artículo 84.3 LOE, con la interdicción de su discriminación, puede producir la no financiación de los colegios de Educación Diferenciada. Podría pensarse que el

⁵² STS de 24 de febrero de 2010, FJ 4.

⁵³ BASTIDA FREIJEDO (BASTIDA FREIJEDO, Francisco (2012)) intenta dotar de cierta congruencia el pronunciamiento del Tribunal Supremo, interpretándolo y declarando que:

«Una cosa es admitir la constitucionalidad de una excepción al sistema mixto de educación y otra afirmar que no es una excepción, sino un sistema educativo más, irrelevante a la hora de financiar la educación. La ley no puede establecer esa equidistancia sin infringir los arts. 14 y 27 de la Constitución y eso es lo que seguramente quiere decir el TS en sus (...) sentencias».

Tribunal Supremo otorga mayor notoriedad y ejecutoriedad a una Ley Orgánica que a la propia Constitución. La misma prohíbe cualquier tipo de discriminación, y concretamente por razón de sexo, en su artículo 14 CE. Por lo tanto, pensamos que nada nuevo añade la LOE en este sentido, pero el Tribunal Supremo considera que sí. No podía estar admitida antes y no ahora por una disposición legislativa cuando la Constitución ya lo preveía anteriormente. Si en la anterior legislación no estaba prohibido, parece una incongruencia jurídico-constitucional, o quizá un error interpretativo de apreciación jerárquica, que sí lo esté en este momento.

b) En segundo lugar, el mismo Tribunal, en la misma Sentencia⁵⁴, califica de discriminatorio el modelo aun cuando considera que es totalmente lícito y legítimo⁵⁵. Para el Tribunal Supremo no se cuestiona «la existencia de la educación diferenciada, tan legítima como el modelo de coeducación», pero sí considera que se queda fuera de la financiación, al prever el artículo 84.3 LOE que no pueden haber colegios concertados que discriminen por razón de sexo en la admisión de su alumnado.

Es decir, podría parecer que, a juicio del Tribunal, que un colegio privado admita únicamente a alumnos de un único sexo no es discriminatorio, pero que lo haga un colegio privado que está financiado con fondos públicos sí lo es. No estaríamos hablando de una cuestión sobre el fondo de la naturaleza ni función de los colegios, sino sobre los recursos utilizados para su funcionamiento.

⁵⁴ SSTS de 23 de julio de 2012 –FJ 3– y siguientes, en el mismo sentido.

⁵⁵ Compartimos la estimación de «afirmación contradictoria» que realiza, en este sentido, el Magistrado Requero Ibáñez en su Voto Particular realizado a la STS de 23 de junio de 2014.

Educación diferenciada y conciertos públicos

«El hecho de recibir financiación pública no puede convertir en ilícito por discriminatorio lo que en sí mismo se reconoce por nuestro ordenamiento —y por el propio Tribunal Supremo, incluso en estas mismas sentencias— como no discriminatorio y legítimo»⁵⁶.

La única discriminación que parece haber es la existente entre los colegios que no reciben financiación pública y los que sí, al considerar no ya que, por razones de política educativa, “sea necesario” implantar un sistema mixto de enseñanza, sino que, de una forma categórica, se considera discriminatoria un tipo de modelo educativo dependiendo de si recibe financiación pública o no.

c) Y es que la pregunta, por ello, no sería otra sino la tendente a dilucidar si la educación diferenciada es discriminatoria o no. Como ya hemos podido comprobar, no consideramos, de ninguna manera, que pueda ser discriminatoria. Y si el Tribunal Supremo la considera así, creemos que la opción no es financiar o no a los centros que opten por este modelo educativo, sino la radical contravención constitucional de estos modelos pedagógicos, al resultar discriminatorios, por lo que los poderes públicos no podrían, en ningún caso, homologarlos para que impartan las enseñanzas previstas constitucionalmente, en virtud de las capacidades que ostentan a través de los artículos 27.5 y 27.8 CE.

156. Además, los Estados Parte de la Convención Relativa A La Lucha Contra Las Discriminaciones En La Esfera De La Enseñanza se comprometen:

«A fin de eliminar o prevenir cualquier discriminación en el sentido que se da a esta palabra en la presente Convención (...) a:

⁵⁶ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2015): 202.

a) Derogar todas las disposiciones legislativas y administrativas y abandonar todas las prácticas administrativas que entrañen discriminaciones en la esfera de la enseñanza;

b) Adoptar las medidas necesarias, inclusive disposiciones legislativas, para que no se haga discriminación alguna en la admisión de los alumnos en los establecimientos de enseñanza»⁵⁷.

157. Si se considerase discriminatoria la educación diferenciada no bastaría con su simple no financiación, sino con su eliminación total⁵⁸. Pero la propia CRLCDEE ha previsto, como hemos visto con anterioridad, qué puede entenderse por discriminación en la esfera de la enseñanza y excluye expresamente la educación diferenciada, siempre que se den determinadas condiciones, de esta discriminación. Por eso el Tribunal Supremo no puede hacer otra cosa sino calificarlo de «legítimo», pero vaciando de contenido dicha declaración al considerarlo «discriminatorio» para su financiación posteriormente, cambiando de postura, en un giro copernicano, a lo entendido pocos años atrás respecto a la educación diferenciada:

«...Que este tipo de educación es lícita no se discute...

...No se puede asociar la enseñanza separada con la discriminación por razón de sexo...

...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...

⁵⁷ Artículo 3 CRLCDEE.

⁵⁸ MORENO BOTELLA, Gloria (2009): 14; ESTEVE PARDO, José (2013): 10; MIJANCOS GURRUCHAGA, Liliana (2013): 139-140. En el mismo sentido, el Voto Particular del Magistrado Requero Ibáñez a la STS de 23 de junio de 2014.

Educación diferenciada y conciertos públicos

...Ninguna discriminación concreta se ha producido por el hecho de que los centros que han dado lugar a este pleito impartan enseñanza separada»⁵⁹.

158. No podemos comprender que este cambio haya sido provocado por el apartado tercero del artículo 84 de la LOE, por lo comentado líneas atrás: la plena vigencia, en un plano de interpretación jerárquica, de la Constitución y el mantenimiento de la Convención Relativa A La Lucha Contra Las Discriminaciones En La Esfera De La Enseñanza, a través de la cual hay que interpretar los derechos educativos, a la luz del artículo 10.2 CE.

159. Por lo que, en resumen, para el Tribunal Supremo:

«Los centros que "desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas" y la posterior afirmación de que "los mismos serán objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones recogidas en la presente Ley" [Disposición Adicional Vigésimo Quinta], no excluye la existencia en el sistema educativo español de otros centros docentes que no sigan ese modelo», si bien «de ahí no se puede tener por cierto que los centros docentes que siguen el sistema de educación diferenciada pueden suscribir conciertos aunque no gocen de prioridad para ello»⁶⁰.

160. Para despejar toda duda, el Legislador, en la nueva reforma educativa, la LOMCE, ha previsto expresamente, modificando el artículo 84.3 LOE, algo que no hace sino respetar los textos internacionales y las libertades públicas de la comunidad educativa:

⁵⁹ STS de 26 de junio de 2006, FJ 8. Sentencia en la que alude expresamente a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, tantas veces aludida para intentar justificar la exclusión de la financiación de la educación diferenciada, como por ejemplo MARTÍNEZ SAMPERE (MARTÍNEZ SAMPERE, Eva (2004): 61).

⁶⁰ STS de 23 de julio de 2012, FJ 3.

«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».

161. Por todo lo dicho, no podemos sino oponernos al intento de exclusión de la financiación de la educación diferenciada bajo la premisa de una pretendida discriminación por parte de estos centros, máxime cuando sí es posible matricularlos en centros privados no financiados con fondos públicos –¿se permite la discriminación si se tienen recursos económicos suficientes para poder “discriminar” y “ser discriminado”?–. Y no encontramos, por ello, razón alguna en la LOE, como no lo estaba en ninguna otra legislación, de exclusión de la financiación de la educación diferenciada⁶¹, tan legítima como el modelo mixto.

162. Para concluir diciendo que la pretendida discriminación, al no ser tal, no puede justificar la exclusión de la financiación de los centros educativos no mixtos, tomaremos el sentir del Magistrado Marti García, en el Voto Particular a la STS de 23 de julio de 2012:

«Teniendo en cuenta que en España, como se ha expuesto, está autorizada la educación diferenciada, se puede y debe concluir

⁶¹ CALVO CHARRO, María (2007): 1.

Educación diferenciada y conciertos públicos

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 citadas⁶², a las que es preciso acudir para interpretar y aplicar la normativa española a virtud de lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución Española»

2.2.2. JUSTIFICACIÓN DE LA EXCLUSIÓN POR POLÍTICA LEGISLATIVA

163. Estudiada la justificación, a nuestro entender no fundada, de la exclusión de la financiación pública por motivos de generar discriminaciones de los centros de iniciativa social que imparten sus enseñanzas conforme al modelo pedagógico de educación diferenciada, la opción que los detractores de este legítimo modelo educativo pueden encontrar es que la expulsión de la red educativa gratuita se debe a motivos de política legislativa.

164. Se considera que «*el tratamiento jurídico de la enseñanza diferenciada no deja de ser sino una opción de política legislativa*»⁶³, arguyendo principalmente que los modelos educativos mixto y diferenciado «*no son iguales ni en sus objetivos ni en sus premisas*»⁶⁴, por lo que no contraviene el mandato de no discriminación del artículo 14 CE al tratar, de forma desigual, dos situaciones desiguales.

⁶² Las normas internacionales consideradas por el Magistrado son, principalmente, la Convención de la UNESCO de 1960 relativa a la lucha contra las discriminaciones en el esfera de la enseñanza y la Directiva del Consejo 2004/113/CE de 13 de diciembre de 2004, tomando en consideración, en un plano comparado, la Ley francesa 2008/446 de 27 de mayo de 2008, de transposición de la citada Directiva.

⁶³ SETUÁIN MENDÍA, Beatriz (2012): 239.

⁶⁴ ALÁEZ CORRAL, Benito (2009a): 59-60.

165. A estas alturas del escrito, poco vamos a descubrir ya acerca de las virtudes y bondades de uno y otro modelo educativo, pero lo que sí tenemos que dejar patente, una vez más, es que ambos modelos son opciones legítimas que, en todo caso, han de ser iguales en sus objetivos. La educación no puede tener otro objetivo que no sea el detallado por el artículo 27.2 CE. Un tipo educativo que no tenga ese objetivo es obvio que no podrá ser ni financiado ni siquiera homologado para dar las enseñanzas oficiales, ya que incumplirá el mandato constitucional, por lo que volvemos la vista atrás para señalar que si no cumple los objetivos del artículo 27.2 CE, la educación diferenciada no tendría que ser excluida del sistema de financiación, sino expulsada del sistema educativo, algo que no puede ocurrir por lo ya visto hasta ahora.

166. Como ya hemos hecho hincapié en distintas fases del trabajo, los poderes públicos están sujetos, en virtud del artículo 9.1 CE, a la Constitución. Ello no quita para que no puedan desarrollar, según sus competencias, los preceptos constitucionales, pero sí que limitan su actuación, sobre todo en lo referente a los derechos fundamentales y las libertades públicas. Las limitaciones que tienen los poderes públicos a la hora de desarrollar estos preceptos son evidentes, debido a la necesidad de la expansión de estos derechos fundamentales y libertades y a la posibilidad de que una excesiva actividad pública sobre las libertades pueda considerarse abusiva si termina neutralizando y extinguiendo las libertades⁶⁵.

167. Es esto lo que podría ocurrir, a nuestro modo de entender, si por «política legislativa» el Legislador considera que tiene plena capacidad de decidir la financiación de los distintos centros, para otorgarla discrecionalmente a aquellos que él considere, en un momento

⁶⁵ EMBID IRUJO, Antonio (1983): 188.

Educación diferenciada y conciertos públicos

dado, que son los únicos dignos de recibir las ayudas públicas⁶⁶. Es aquí cuando los derechos fundamentales han de mostrar su máximo esplendor, ya que «*los poderes públicos son un instrumento al servicio de los seres humanos, y no al revés*»⁶⁷, y son los derechos fundamentales y su necesidad de protección y promoción por parte de los poderes públicos la prueba más evidente de ello. Por eso, creemos que el tema de la financiación de este tipo de centros no puede depender del Legislador de turno. Y no puede pasar porque con ello se vulneran los derechos y libertades de toda una comunidad educativa⁶⁸.

168. No está en juego el funcionamiento de un centro docente, protegido constitucionalmente, como ya vimos, por el artículo 27.6 CE, sino que prescindiríamos de promover una parte importante de la comunidad educativa, de la sociedad considerada en su conjunto, que participa en la misma a través de grupos concretos con quienes comparten afinidades, algo que debe ser impulsado por los poderes públicos a través del mandato del artículo 9.2 CE.

169. No creemos que la financiación de estos centros pueda quedar en manos del Legislador de turno a riesgo de que estas libertades vulneradas no puedan volver a ejercerse ya que, aunque un Legislador futuro admitiese su financiación, pocos serían los padres que, ante la incertidumbre de un futuro educativo financiado públicamente, escogerían libremente este tipo de educación.

⁶⁶ Como afirma DE LOS MOZOS TOUYA, en un trabajo anterior a la LOE y toda su problemática que estamos viendo, ninguna Ley Orgánica podría imponer la educación mixta excluyendo la educación diferenciada, principalmente porque no existe justificación suficiente para imponer ese modelo único obligatorio para ser ayudado por fondos públicos (DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (2004b): 306).

⁶⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis María (2008): 70-71.

⁶⁸ En contra ALÁEZ CORRAL, que considera que retirar la financiación a estos centros no conlleva la limitación o desconocimiento de los derechos y libertades educativas (ALÁEZ CORRAL, Benito (2009a): 59-60).

170. Como hemos repetido hasta la saciedad, el constituyente previó una red dual de centros educativos gratuitos. En esta red han de tener cabida todos los derechos y libertades fundamentales. Aquellos idearios que sean constitucionales, como el de la educación diferenciada, consideramos que deben tener su sitio en la red gratuita, sin el que el deseo del constituyente se vería violado ante las graciosas disposiciones del Legislador desconocedor de las libertades educativas constitucionalmente salvaguardadas e internacionalmente protegidas.

171. Para una mayor efectividad de los derechos fundamentales y libertades públicas en materia educativa es necesario financiar los distintos tipos de educación constitucionalmente avalados. Sólo de esta manera se pueden cumplir los objetivos, educativos y sociales, previstos en la Constitución: un efectivo Estado social, plural, cuyos poderes públicos fomenten la igualdad real y efectiva de los individuos y los grupos en los que se integra para el libre desarrollo, personal y educativo, de las personas y de la comunidad educativa en su conjunto⁶⁹.

⁶⁹ En este punto nos apoyamos en la locución latina empleada por JIMÉNEZ CAMPO en uno de sus trabajos: «*silentium legis libertas civium*», es decir, «*la libertad comienza allá donde acaban las prohibiciones legales*». Esta es la primera manifestación del libre desarrollo de la personalidad (JIMÉNEZ CAMPO, Javier (2009): 187), que hemos de tener en cuenta tanto en su versión “general” –artículo 10.2 CE– como en su versión “educativa” –artículo 27.2 CE–.

CAPÍTULO III

EDUCACIÓN DIFERENCIADA Y MODELOS ALTERNATIVOS

1. FINANCIACIÓN ALTERNATIVA: CHEQUE ESCOLAR

1.1. ¿QUÉ ES EL CHEQUE ESCOLAR?

172. En la línea de garantizar las libertades educativas, no podíamos dejar pasar la oportunidad de hacer mención a los denominados «cheques escolares». Pueden encontrarse referencias al mismo también como «bonos escolares» o «vales educativos», ya que, en ocasiones, el término «cheque» puede indicar algún tipo de mercantilización de la educación, lo cual le resta, *ab initio*, posibles partidarios del uso de este sistema. No obstante, como no es el objeto final de este trabajo, no entraremos a valorar las distintas denominaciones con los diferentes usos y connotaciones que pueden

conllevar, limitándonos a una visualización general de esta figura garantista de las libertades en la enseñanza¹.

173. En una primera aproximación, podríamos decir que el cheque escolar es un documento que equivale a una cantidad económica determinada para hacer frente a los gastos de escolarización en un centro educativo concreto. Este bono se reparte por las Administraciones Públicas competentes para garantizar la libertad de elección de centro educativo².

174. Es este el principal punto fuerte de los cheques escolares, por el que los defensores de la expansión de las libertades educativas suelen mostrar su apoyo mayoritario. Así, de esta manera, las familias podrían elegir libremente una escuela de su elección, canjeando el bono escolar directamente en el colegio elegido³, siendo la financiación a cargo de los poderes públicos.

175. Uno de los principales interrogantes que se pueden plantear a este respecto es en qué tipo de escuelas podrán canjearse esos vales, si únicamente podrían ser válidos para escuelas públicas o se podrían ampliar a las escuelas privadas, pudiendo ser, de esta manera, financiadas o ayudadas con fondos públicos como los actuales centros privados concertados.

176. Desde un principio, con el afán de ampliar las libertades educativas, interesa que los vales educativos puedan ser canjeables en

¹ Para ello se recomienda el trabajo, entre otros, de GRANELL PÉREZ, Rafael (2003), en el que, además de hacer un estudio exhaustivo del vale educativo, analiza su aplicación en una de las escasas apariciones en territorio español, en Valencia, sin entrar nosotros, por motivos de oportunidad, en las distintas apariciones jurídicas en diversos territorios autonómicos y municipales de nuestro país, al carecer de una política estatal al respecto.

² VILLAMAR MANERO, Patricia (2005): 633.

³ MARCOS PASCUAL, Enrique (2007): 167.

Educación diferenciada y conciertos públicos

cualquier tipo de escuela⁴, siempre que cumplan una serie de requisitos que la ley establezca⁵, ya que no podrá ser canjeable en cualesquiera tipo de centros docentes, como luego podremos ver cuando hablemos de su constitucionalidad.

177. Una política de implantación de cheques escolares supondría una ampliación de las libertades educativas, un aseguramiento de la potenciación de la elección que, *lato sensu*, otorga a los padres, en condiciones de igualdad⁶, el artículo 27.3 CE.

178. Con estos bonos escolares cambiaría el panorama de financiación de nuestro sistema educativo:

a) Actualmente tenemos un sistema gratuito dual, tan aludido durante el trabajo, en el que estarían comprendidos los centros públicos y los privados concertados. Se complementan con una tercera vía, que serían los centros privados sin financiación.

b) Con el sistema de cheques, este sistema tripartito de centros cambiaría a una tríada de centros públicos, centros privados susceptibles de financiación y centros privados no susceptibles de financiación⁷, al necesitar una serie de requisitos para que los centros puedan recibirla.

⁴ Unos de los principales valedores de los cheques escolares fue el matrimonio FRIEDMAN (FRIEDMAN, Milton y FRIEDMAN, Rose (1980)). Ellos, en un principio, pensaron en las escuelas privadas, pero que podría ser ampliable a las escuelas públicas (FRIEDMAN, Milton y FRIEDMAN, Rose (1980): 224-225).

⁵ VILLAMAR MANERO, Patricia (2005): 633; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro (2015): 239-241.

⁶ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (2006): 44-45; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro (2009): 174-175.

⁷ EMBID IRUJO, Antonio (1997): 98-99.

179. De esta manera se satisfaría de forma directa el derecho a la educación, que ya vimos que podía ser de forma directa –a través de centros públicos y financiación directa a las familias– o de forma indirecta –financiación a los centros educativos–⁸.

180. El montante económico en el que esté valorado el cheque escolar requeriría de un «*cálculo econométrico riguroso del coste medio del puesto escolar público*»⁹, aunque la satisfacción de las libertades de elección en conjunción con el derecho a la educación puede depender, en gran medida, de los niveles de renta de los destinatarios de los bonos y la titularidad de los centros docentes en los que quiera canjearse. De esa manera se aseguraría, en todo caso, una financiación total en los centros públicos, mientras que en los privados susceptibles de financiación podrían preverse algún tipo de fórmulas alternativas dependiendo de los niveles de renta de las familias destinatarias de los cheques.

181. De lo que no cabe duda para el sector doctrinal que aboga por la ampliación de las libertades educativas es que este tipo de financiación de la educación coadyuva a la consecución de la plenitud de la elección de centro por parte de las familias¹⁰.

182. De esta manera asistiríamos a un sistema de financiación educativa en la que no se financia la oferta de puestos escolares, sino la demanda¹¹, generando opiniones contrapuestas:

⁸ En el apartado 3.2. del Capítulo I de la Primera Parte hacíamos referencia a las diferentes formas de satisfacción del derecho a la educación.

⁹ DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (2004a): 147.

¹⁰ Así FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (2006): 44-45; MARCOS PASCUAL, Enrique (2007): 167-168; ORTIZ DÍAZ, José (1980): 128; ZUMAQUERO, José Manuel (1984): 403-406; *ad exemplum*.

¹¹ FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (2006): 52; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro (2015): 239-241; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (1993a): 45-46.

Educación diferenciada y conciertos públicos

a) Por un lado se potencia así la oferta educativa¹² –una especie de competencia de mercado¹³ educativo–, generando ventajas como: especialización de centros y la búsqueda de la excelencia académica, para, de este modo, ser los centros que más demanda tengan de puestos escolares¹⁴, independientemente de si son públicos o privados, los que de mayor financiación dispongan. Además puede conllevar, igualmente, el aumento de eficacia pedagógica de los centros, la introducción de mejoras de la Administración Pública, la innovación continua, o la mejora del profesorado¹⁵.

b) También puede plantear problemas, al generar desigualdades a los alumnos con mayor renta –al proporcionarles la oportunidad de acudir a un mayor abanico de centros susceptibles de financiación–, competencia a la baja por menor esfuerzo y así recibir mayor demanda o mayor prestigio por crear red clientelar extraeducativa¹⁶. Tampoco, se aduce, asegura la libertad de elección, al poder existir, en algunos centros docentes, menor demanda que oferta¹⁷, sin embargo esto es algo que, en el actual sistema de financiación, también puede ocurrir en la red dual de centros financiados con fondos públicos.

¹² GRANELL PÉREZ, Rafael (2003): 83-84.

¹³ MATEOS GARCÍA, Ángeles (2011): 392-393.

¹⁴ Como contrapartida, es uno de los problemas que pueden aducirse en contra del cheque escolar, ya que los centros que no dispongan de una demanda suficiente pueden tender a su desaparición o tengan déficit de financiación (EMBID IRUJO, Antonio (1997): 98-99; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro (2015): 239-241).

¹⁵ ORTIZ DÍAZ, José (1980): 128.

¹⁶ MARTÍNEZ SÁNCHEZ, José María (2011): 237.

¹⁷ GAVALDÓN HERNÁNDEZ, Guillermina y AZQUETA OYARZÚN, Diego (2008): 466-467.

183. Por todo ello, queda abierta la posibilidad de una nueva forma de financiación de la educación, para lo cual a continuación veremos el posible encaje constitucional de este sistema¹⁸.

1.2. CONSTITUCIONALIDAD DEL CHEQUE ESCOLAR

184. El principal obstáculo constitucional al cheque escolar es el artículo 27.9 CE: «los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca». En este apartado, el constituyente prevé ayudas a los centros docentes, no mencionando, en ningún momento, al actor principal de todo el proceso educativo, que es el educando¹⁹.

¹⁸ Algo planteado ya desde los debates constituyentes, en los que el señor BARRERA COSTA (Grupo Minoría Catalana), para aumentar «*las reales posibilidades de elección de las familias más humildes, menos favorecidas económicamente*», plantea la posibilidad de la ayuda directa a las familias en lugar de la financiación directa al centro docente (DSCD, Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas (Sesión número 11), núm. 72, de 23/05/1978, p. 2597).

El señor DURÁN PASTOR (Grupo Unión de Centro Democrático), en respuesta a otra intervención en otra sesión del señor BARRERA COSTA, advierte que, desde su Grupo Parlamentario (y su partido, en el Gobierno en ese momento) «*tomamos nota, eso sí, de la sugerencia del sistema de cheque escolar, es decir, de la ayuda directa a la familia para que esta pueda escoger libremente el establecimiento público o privado donde quiera que sean enseñados sus hijos*» (DSCD, núm. 106, de 07/07/1978, pp. 4033-4036).

¹⁹ Ya puso de manifiesto el temor a la posibilidad de exclusión de otros modelos distintos de financiación que no fuesen la subvención directa a los centros docentes el señor BARRERA COSTA (Grupo Minoría Catalana) en los debates constituyentes: «*el texto del anteproyecto, hablando solamente de ayuda a los centros, excluye de hecho otras fórmulas acaso más justas de canalizar la ayuda, por ejemplo a través de los padres mediante el cheque escolar o fórmulas equivalentes*» ((DSCD, Comisión de

Educación diferenciada y conciertos públicos

185. No vamos a reiterarnos en los argumentos relativos a la financiación de los centros docentes o a la financiación directa a las familias, visto ya en páginas pasadas. Lo que sí hemos de tener en cuenta es el texto constitucional y su indeterminación a la hora de la fijación de una exclusiva forma de financiar la educación.

186. Como la Constitución Española nada dice en contra de los cheques escolares –es decir, de la financiación directa a las familias– y teniendo en cuenta que el centro de todo el universo educativo es el educando²⁰, además de las libertades públicas que en esta materia ostentan sus padres o tutores, *a priori*²¹, nada hay en contra de la posibilidad de un desarrollo legislativo para financiar la elección de tipo

Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas (Sesión número 11), núm. 72, de 23/05/1978, p. 2596).

Si ya, como comentamos anteriormente, el señor DURÁN PASTOR (Grupo Unión de Centro Democrático) «tomaba nota» de la sugerencia relativa a los cheques escolares hecha por el señor BARRERA COSTA, el señor CAMACHO ZANCADA (Grupo Unión de Centro Democrático) se muestra más tajante al respecto: «*no se constitucionaliza la limitación de las subvenciones a los centros como única forma de ayuda estatal, puesto que se hace un planteamiento abierto y no restrictivo, que garantiza la ayuda de acuerdo con los requisitos que la ley, aprobada democráticamente, establezca*» (DSCD, núm. 106, de 07/07/1978, p. 4028).

Es algo que tenían muy presente desde el Gobierno, puesto que, como puso de manifiesto el señor CAVERO LATAILLADE, a la sazón Ministro de Educación y Ciencia, el Ministerio del momento estaba elaborando un proyecto de ley sobre financiación del sistema educativo, con una «*orientación legislativa basada en los costes reales de la enseñanza estatal, arbitrando las fórmulas necesarias para que los destinatarios de las ayudas sean las propias familia, sujeto primario del derecho a la educación*» (DSCD, 25/01/1978, núm. 7, pp. 226).

²⁰ Para algunos autores como ORTIZ DÍAZ o MARCOS PASCUAL, es el educando el que tiene el derecho a la gratuidad, no los centros escolares, por mandato constitucional (ORTIZ DÍAZ, José (1980): 126; MARCOS PASCUAL, Enrique (2007): 167).

²¹ COTINO HUESO, Lorenzo (2012): 177.

y centro escolar a través de vales educativos, a pesar de que el artículo 27.9 CE sólo haga mención a los centros docentes²².

187. No es común en la doctrina una posición contraria a la aceptación constitucional del cheque escolar²³. La mayoría de la doctrina considera que el sistema de bonos educativos es compatible con el texto constitucional²⁴. Es más, en virtud del artículo 10.2 CE tenemos que interpretar los derechos fundamentales a la luz de los diversos tratados internacionales ratificados por España. En los distintos textos internacionales protectores de los derechos humanos, y en especial de los derechos educativos, lo que se protege es la educación de los menores y, en particular, la gratuidad de la enseñanza básica, pero de ningún modo delimita las opciones que tiene el Legislador nacional para hacer efectivo ese derecho a la educación básica gratuita, que bien pudiera ser mediante la implantación de un sistema de cheques escolares²⁵.

188. Una posible fundamentación constitucional de este tipo de ayudas, a pesar de lo visto al respecto sobre el artículo 27.9 CE, es que realmente, tal y como solicita el texto constitucional, los poderes públicos

²² GARCÍA-PARDO, David (1998): 180-181. El autor la denomina *gratuidad subjetiva*, recordando que aunque nada obste para ese tipo de financiación, el artículo 27.9 CE hace mención expresa a los centros.

²³ Una excepción la encontramos en ESPINOSA DÍAZ, quien considera que el sistema de cheques escolares queda descartado debido a que «*nuestro ordenamiento sólo prevé la posibilidad de ejercer este derecho [a acceder al sistema educativo] en la “red pública educativa”*» (ESPINOSA DÍAZ, Ana (2014): 170-171). Desde aquí consideramos que la red pública educativa también debe estar inserta en un hipotético sistema de cheques escolares.

Como acabamos de ver, GARCÍA-PARDO también tiene ciertas reticencias al sistema de cheques escolares, al hacer mención única y expresamente la Constitución a los centros docentes (GARCÍA-PARDO, David (1998): 180-181).

²⁴ ALÁEZ CORRAL, Benito (2009a): 52-53; FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (2006): 49; ZUMAQUERO, José Manuel (1984): 403-406; *ad exemplum*.

²⁵ CÁMARA VILLAR, Gregorio (2012a): 327, en relación con el artículo 14 CDFUE.

Educación diferenciada y conciertos públicos

estarán ayudando a los centros docentes, pero una ayuda de forma indirecta²⁶. No es contrario a lo que venimos manteniendo durante el trabajo, sino que es visto desde otra perspectiva:

a) Por un lado, el derecho a la educación puede satisfacerse de forma directa o indirecta. Una de las posibilidades de satisfacción directa son los cheques escolares, la financiación a la familia.

b) Por otro lado decimos que los cheques escolares son un tipo de financiación indirecta. Esto no es desde el punto de vista del educando, el centro del artículo 27 CE, sino del centro docente, como especifica el artículo 27.9 CE. De esta manera, los poderes públicos seguirán manteniendo un mecanismo indirecto de relación con los centros escolares²⁷.

189. Por lo tanto, desde un punto de vista constitucional, podemos concluir que, en aras del pluralismo educativo buscado permanentemente por el constituyente²⁸ y siendo el cheque escolar una forma avanzada de satisfacción del mismo, no existen razones que impidan la implantación de un sistema de financiación educativa mediante bonos educativos²⁹.

190. En todo caso, será necesaria una articulación legislativa que delimite los requisitos que han de reunir los centros docentes que aspiren a poder ser receptores de vales educativos, respetando una serie de límites constitucionales³⁰, los cuales, a nuestro modo de ver, se corresponderían con los estudiados para los centros docentes

²⁶ EMBID IRUJO, Antonio (2000): 244.

²⁷ EMBID IRUJO, Antonio (2000): 244.

²⁸ MARCOS PASCUAL, Enrique (2007): 167.

²⁹ FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2000): 76.

³⁰ ALÁEZ CORRAL, Benito (2009c): 1009.

demandantes de conciertos educativos, y en todo caso con el fin exclusivo de financiar la educación en el centro docente de su elección³¹, ya que las familias no poseerían, directamente, el dinero, sino un documento representativo del mismo que ha de ser canjeado en el centro escolar, el que será quien lo transforme en dinero en sus relaciones con los poderes públicos.

1.3. CHEQUE ESCOLAR Y EDUCACIÓN DIFERENCIADA

191. La relación entre el cheque escolar y la educación diferenciada no es difícil de vislumbrar, principalmente en su relación con los colegios concertados, ya que respecto a la constitucionalidad intrínseca de este modelo pedagógico no aporta nada la financiación escolar a través de la adjudicación de vales educativos.

192. Uno de los argumentos básicos esgrimidos a la hora de concertar centros escolares con la opción pedagógica de la educación diferenciada es la libertad de elección del tipo educativo previsto en el artículo 27.3 CE y a través de todos los tratados internacionales ya vistos y de obligado cumplimiento por el artículo 96.1 CE y necesaria interpretación de los derechos fundamentales a la luz del artículo 10.2 CE.

193. Con la introducción de los cheques escolares, las familias que pretenden que sus hijos estén escolarizados en centros caracterizados ideológicamente con la opción pedagógica de la educación diferenciada lo tendrían más fácil, ya que podrían canjear su vale educativo en cualesquiera centro, siendo su opción la del colegio que

³¹ Hay voces que también reclaman la posibilidad de cheques educativos para el *homeschooling* (VILLAMAR MANERO, Patricia (2005): 633-634).

Educación diferenciada y conciertos públicos

educa a los menores diferenciándolos por su sexo por razones psicopedagógicas, sociales y de mejor desarrollo y rendimiento personal.

194. A través de este sistema de financiación lo que se va a financiar es la demanda de puestos escolares, no la oferta. Tendrá limitación en número, desde luego, pero aún así este tipo de centros educativos sería más libre a la hora de ofrecer su sistema pedagógico constitucionalmente avalado.

195. De esta manera, no podría existir discriminación a la hora del acceso a los centros, a que quien tenga derecho a canjear un vale educativo lo podrá hacer en ese centro escolar, independientemente de su situación económica, algo que no podría pasar si los centros, como hemos visto anteriormente, dejan de ser financiados directamente por los poderes públicos y tampoco pueden recibir esta financiación indirecta, a través de cheques escolares, por parte de los libres demandantes de esta oferta educativa.

196. Son necesarios unos límites a imponer a los centros escolares a la hora de ofrecer tanto los puestos escolares como los requisitos para poder aceptar los cheques educativos y ser ayudados financieramente por los poderes públicos de manera indirecta. Ya vimos, en capítulos pasados, los límites constitucionales que se pueden imponer a los centros docentes y la educación diferenciada cumplía todos los requisitos para poder ser financiada públicamente.

197. Por lo tanto la relación cheque escolar – educación diferenciada es un binomio condenado a entenderse para una ampliación de las libertades educativas de aquellas familias que, desde un punto de vista constitucional, están protegidas para escoger este tipo de educación para sus hijos.

2. MODELO ALTERNATIVO: *HOMESCHOOLING*

198. Bien pudiera pensarse que dos concepciones educativas tan distintas, *a priori*, como el *homeschooling* y la educación diferenciada poco o nada tienen que ver. Para ver la interconexión existente entre estos dos fenómenos educativos vamos a dedicar un apartado al estudio del *homeschooling*, visto a grandes rasgos, al no ser el objeto principal de nuestro trabajo, para poder terminar el mismo con una aproximación a la oportunidad del estudio del *homeschooling* en relación con la monoeducación, cohonstando las distintas libertades educativas en juego cuando los padres deciden para sus hijos un tipo concreto de educación, ya sea dentro de las escuelas o fuera de ellas.

2.1. ¿QUÉ ES EL *HOMESCHOOLING*?

199. El fenómeno educativo del *homeschooling* no tiene una fácil definición, principalmente porque, al ser un tipo de formación que viene marcada por las distintas concepciones educativas de las familias que creen firmemente en este modelo de educación para sus hijos, hay tantas concepciones como núcleos familiares *homeschoolers*.

200. No obstante una aproximación general a este tipo educacional podría concebirse como la asunción directa, por parte de los padres, de la educación de sus hijos³², pudiendo tratarse de una educación en la más estricta intimidad familiar o bien en núcleos más amplios instructivo-educativos³³, pero con una coincidencia básica: la

³² GOIRIA MONTOYA, Madalen (2014): 36.

³³ CABO GONZÁLEZ, Carlos (2012): 23.

Educación diferenciada y conciertos públicos

huida de las instituciones educativas formales³⁴. De esta manera, se reserva a las familias un rol prioritario en la educación de sus hijos, teniendo los poderes públicos un papel subsidiario con la educación formal³⁵.

201. Este primer acercamiento al *homeschooling* en forma conceptualizadora puede no ser plenamente compartida al haber advertido ya, *ab initio*, de las múltiples variantes y concepciones del mismo fenómeno educativo.

202. Es más, el propio concepto de *homeschooling* no es participado por todas las familias que educan a sus hijos en primera persona. Son diversas las formas de referirse al fenómeno, como dispares son las concepciones subyacentes a las mismas, ya que el propio sustantivo «*homeschooling*» evoca aquello que una gran parte de las familias que lo practican quieren eliminar de las rutinas educativas: la escuela.

203. En España³⁶ encontramos denominaciones tan diversas como *unschooling* –no escuela o antiescuela³⁷–, objeción a la

³⁴ GOIRIA MONTOYA, Madalen (2014): 42.

³⁵ CABO GONZÁLEZ, Carlos (2012): 24-25.

³⁶ Todos los conceptos, así como sus definiciones, han sido extraídos de la tesis doctoral de CABO GONZÁLEZ, en la que el autor, además de realizar la investigación con materiales bibliográficos y legales, efectúa entrevistas, encuestas y trato directo con familias *homeschoolers*. Todas las definiciones en este punto han de entenderse citadas a: CABO GONZÁLEZ, Carlos (2012): 24-25.

³⁷ «*Expresa una visión más radical del fenómeno desescolarizador. Se presenta como una forma de oposición frontal y sin paliativos a la escuela. Quienes se identifican con esta denominación condenan la estructura, el modelo organizativo, los métodos y los objetivos de la institución escolar. La escuela para esta opción desescolarizadora es simplemente un anti modelo del que se debe huir*».

escolarización³⁸, desescolarización³⁹, educación en familia⁴⁰ o crecer sin escuela⁴¹ son algunas de las concepciones que los practicantes de esta forma de educación dan al fenómeno, sin entrar a valorar en este estudio la validez de alguna entre todos o la oportunidad de cada una de las mismas. Para dotar de fluidez el estudio, nos referiremos indistintamente a algunos de los conceptos remarcados.

204. Pero no sólo en España podemos profundizar en el fenómeno del *homeschooling*. Es más, aquí la práctica de la educación en familia es relativamente reciente, siendo uno de los países de nuestro entorno geográfico y cultural en los que aún queda mucho por hacer en esta materia, como veremos posteriormente.

205. En la doctrina comparada las referencias al *homeschooling* se realiza, igualmente, con diferentes denominaciones como *education*

³⁸ «Manifiesta una postura de contestación a la escuela, fundamentada en razones ideológicas. Los objetores escolares se niegan a delegar en la escuela la educación de sus hijos (...). Se trata de una denominación muy próxima a la de “objeción de conciencia”, con la que mantiene un parentesco no sólo formal, sino también de concepto».

³⁹ «Expresa un proceso de retorno, de desandadura de un camino iniciado en la escuela, para regresar a estadios y modelos anteriores y diferentes a los de la escolarización».

⁴⁰ «Educar en familia, Educación en casa, Educación en el domicilio, son otras formas de nombrar este fenómeno. Todas tienen en común el obviar cualquier relación explícita a la escuela, y el explicitar el objeto de su acción: la educación».

⁴¹ «Crecer sin Escuela, Aprender sin Escuela, Educación libre, Instrucción libre y Aprendizaje autónomo son otras tantas formas de denominar este movimiento alternativo a la escolarización. Todas ellas se encuentran más próximas del espíritu del “*unschooling*” que del “*homeschooling*”. Las cinco apuntan hacia una práctica educativa bastante alejada de las formas tradicionales de la educación en familia, que suelen reproducir, por lo general, el modelo curricular de la institución escolar. Quienes utilizar estas denominaciones suelen ser partidarios de dejar que el niño protagonice sus aprendizajes».

Educación diferenciada y conciertos públicos

*otherwise*⁴², *elective home education*⁴³, *ensino doméstico*⁴⁴ o *l'école à la maison*⁴⁵, por citar algunos ejemplos de países de nuestro entorno geográfico.

206. Al igual que no hay una uniformidad a la hora de conceptualizar la educación en familia, los motivos que llevan a estas a educar a sus hijos en sus propias casas, o con sus métodos personales, tampoco son los mismos. Lo único que tienen en común es el deseo de unos padres de no escolarizar a sus hijos en una institución pública o privada, sino dirigir y llevar a cabo personal y directamente la educación de sus hijos.

207. Tradicionalmente se ha sostenido que la educación en casa respondía a un deseo, por parte de los activistas religiosos, de educar a sus hijos en una profunda y, en algunos casos, radical religiosidad, sin querer que se relacionasen con otras personas no religiosas o no teniendo que acudir a instituciones educativas que no compartan plenamente sus

⁴² Esta denominación hace referencia a la que realiza la legislación inglesa. La *Education Act 1996*, en su art. 7, prevé que: «*The parent of every child of compulsory school age shall cause him to receive efficient full-time education suitable—*

(a) to his age, ability and aptitude, and

(b) to any special educational needs he may have,

either by regular attendance at school or otherwise».

⁴³ El *Department for children, schools and families* publicó en 2007, con revisión en 2013, una guía para las Autoridades Educativas Locales, denominada *Elective Home Education*.

⁴⁴ Previsto así en el artículo 3º, 4-b) del Decreto-Ley nº 553/80 de Portugal: «*Para efeitos da alínea a) do número anterior, é considerado:*

a) Ensino individual, aquele que é ministrado por um professor diplomado a um único aluno fora de estabelecimento de ensino;

b) Ensino doméstico, aquele que é leccionado, no domicílio de aluno, por um familiar ou por pessoa que com ele habite».

⁴⁵ WIEDEMANN, Rémy y WIEDEMANN, Cécile (2015): *L'École à la Maison*, Larca, Le Moine-guerrier Editeur.

dogmas religiosos, al no existir⁴⁶. Sin embargo hoy en día los motivos religiosos no son los más comunes para organizar una formación en el propio domicilio, aun cuando siguen siendo importantes sobre todo en países como Estados Unidos⁴⁷.

208. Los motivos actuales por los que algunas familias prefieren educar a sus hijos en su propio domicilio van desde los estrictamente pedagógicos hasta los ideológico-políticos, pasando por los personales, afectivos, socio-relacionales y, cómo no, ideológico-religioso⁴⁸. Como acabamos de comentar, estos últimos, al menos en España, son la opción minoritaria de los padres a la hora de escoger una educación en familia, la cual se puede calificar de «*esencialmente laicista*»⁴⁹, optando a la misma principalmente por motivos pedagógicos y de creencia de insuficientes medios y contenidos de la educación formal.

209. Pese a todo, el *homeschooling* en España no está reconocido en textos legales, como tendremos ocasión de ver en más profundidad posteriormente. Y ello seguramente por los conflictos de intereses que pueden crearse en relación con la educación del menor, la libertad de enseñanza, el derecho a la educación básica y el papel de los poderes públicos en la educación de los menores⁵⁰.

210. Es también amplio el temor de que la práctica generalizada del *homeschooling* pudiese dar lugar a situaciones de abandono y desamparo de menores⁵¹. Los poderes públicos han de proteger el

⁴⁶ La Comisión Europea de Derechos Humanos tuvo la oportunidad de pronunciarse en un caso marcado por estas ideas, en *LEUFFEN* c. Alemania, *Application No.* 19844/92, que veremos con más detalle posteriormente.

⁴⁷ BRIONES MARTÍNEZ, Irene María (2012): 34.

⁴⁸ CABO GONZÁLEZ, Carlos (2012): 321.

⁴⁹ CABO GONZÁLEZ, Carlos (2012): 400.

⁵⁰ REDONDO, Ana María (2003): 156-157.

⁵¹ RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María (2015): 128-129.

Educación diferenciada y conciertos públicos

derecho preferente de los padres a la elección de tipo educativo de sus hijos⁵² pero también han de velar por la instrucción y no abandono de los mismos, con la programación general de la enseñanza y sus poderes inspectores y homologadores –artículo 27 CE, apartados 5 y 8–. Para ello habrá que atender caso por caso, para una expansión real de las libertades públicas educativas.

211. Pero sobre todo ello hay una crítica hacia la educación en familia por el conflicto creado entre los derechos de los padres a elegir la educación de los hijos previsto en el artículo 27.3 CE y el pleno desarrollo de su personalidad, tanto en el artículo 10 CE como en el artículo 27.2 CE como fin primordial educativo⁵³.

212. La educación tiene una doble dimensión: una interna de libertad y otra externa de socialización⁵⁴, y aunque la escolarización no es garantía de una correcta sociabilización de los menores de edad, puede producir, por regla general, efectos beneficiosos para el alumnado⁵⁵.

213. Son hándicaps que el *homeschooling*, si quiere prosperar en España, ha de poder prever, adelantarse y hacer frente a todas las críticas surgidas y por surgir. Para ello, un buen comienzo podría consistir en el denominado *flexischooling* o escolarización parcial a través de la cual los padres que lo deseen podrían compartir la educación de sus hijos con instituciones formales, acudiendo el menor al centro únicamente de forma parcial, obteniendo lo mejor de ambos sistemas: la sociabilización del menor y la escolarización en casa por los motivos que las familias

⁵² RODRÍGUEZ GUTIÁN, Alma María (2015): 128-129.

⁵³ VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J. (2011): 263.

⁵⁴ BRIONES MARTÍNEZ, Irene María (2010): 19.

⁵⁵ CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael (2014): 96-97.

hayán decidido⁵⁶. Siendo esta una más de las opciones educativas a debatir *de lege ferenda*.

2.2. EDUCACIÓN VS. ESCOLARIZACIÓN

214. Durante todo el trabajo hemos dado por hecho, al ser inherente al objeto del mismo, la necesaria escolarización de los educandos, optando por una impartición de la educación en libertad, que permita a los padres, tal y como establece el artículo 27.3 CE, elegir el modelo y tipo educativo que más se adapte a sus requerimientos.

215. Sin embargo, en este punto nos hemos de cuestionar la necesidad de escolarizar a los menores. El *homeschooling*, como acabamos de ver, opta por enseñar a los hijos en familia, en las casas, de forma privada. Para este movimiento pedagógico la escolarización sería totalmente prescindible –o al menos parcialmente si nos atenemos al denominado *flexischooling*–.

216. Si revisamos los textos internacionales que hasta el momento hemos utilizado como base de nuestro estudio, no encontramos que en ninguno de ellos se imponga la obligatoriedad de la escolarización. En todos ellos se quiere garantizar la educación, y en la gran mayoría con un ánimo de educación en libertad en la cual los padres tengan derecho preferente a escoger el tipo de educación que dar a sus hijos⁵⁷, pero ninguno impone la escolarización.

217. Se ha asimilado la obligación de asegurar la educación, el carácter fundamental del derecho, con una posible instrumentalización

⁵⁶ GOIRIA MONTOYA, Madalen (2012): 38.

⁵⁷ Artículo 26.3 DUDH, *ad exemplum*.

Educación diferenciada y conciertos públicos

como es la escolarización⁵⁸, que es uno de los posibles cauces para hacer valer dicho derecho.

218. Bien es verdad que, en las últimas décadas, y además como desarrollo y mérito del Estado social, se ha satisfecho este derecho a través de la universalización de la escolarización⁵⁹. Uno de los puntos clave de todos los textos internacionales estudiados hasta el momento es el importante papel que juega la educación en la sociedad. Pero una vez que puede verse asegurado ese derecho a través de las vías de los centros públicos o privados, es necesario expandir las libertades de los padres y madres en orden a satisfacer sus derechos, en aras de una sociedad más libre en materia educativa.

219. Una de las demandas clásicas para este tipo de educación es, como ya vimos anteriormente, la posible falta de sociabilización del menor. Los diversos textos internacionales, además de darle un papel importante a la educación, también se lo dan a la integración en sociedad y desarrollo de la personalidad del educando⁶⁰. Por ello en ocasiones se ha visto a la escolarización como un derecho/deber⁶¹, unida inexorablemente a la satisfacción del derecho a la educación para la consecución de los objetivos internacionalmente asumidos en materia educativa.

220. La escuela puede verse como el principal instrumento de transmisión de conocimientos y también de la sociabilización del educando⁶², pero en todo caso como un instrumento de apoyo a las

⁵⁸ LLANO TORRES, Ana (2014): 164.

⁵⁹ ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel (2012): 187.

⁶⁰ *Vid.* artículo 29 CDN.

⁶¹ ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel (2012): 195-196.

⁶² ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel (2012): 187.

familias⁶³, sobre las que recae el derecho/deber de educar a los hijos y de poder elegir la educación que para ellos deseen.

221. A nivel internacional, la Comisión Europea de Derechos Humanos primero, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos después, han podido pronunciarse respecto al *homeschooling*:

a) La Comisión Europea de Derechos Humanos⁶⁴ asumió la posibilidad de que un Estado, en este caso Alemania, obligase a escolarizar a los alumnos, siempre y cuando se respetase la pluralidad.

b) El Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁶⁵, en un caso seguido igualmente contra Alemania, hace suyos los planteamientos de los tribunales internos alemanes para confirmar que con la escolarización lo que intenta el Legislador alemán es subrayar el interés general en la creación de una sociedad plural, que se consigue, en este caso, con la obligación de escolarizar a los educandos.

222. Alemania es uno de los países europeos más restrictivos respecto a la aceptación del *homeschooling*. En un plano continental, el Reino Unido⁶⁶ acepta el *homeschooling* explícitamente en la *Education Act 1996*, que en su artículo 7, prevé que:

⁶³ CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael (2014): 92.

⁶⁴ Comisión Europea de Derechos Humanos, *LEUFFEN c. Alemania*, *Application No.* 19844/92.

⁶⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Konrad c. Alemania*. Sentencia de 11 de septiembre de 2006.

⁶⁶ Una de las asociaciones pro-educación en casa en Reino Unido, la *Education Otherwise*, tiene como lema «*Education is compulsory. School is optional*» [<http://www.educationotherwise.net/>. Última visita: 14/07/2015.]

Educación diferenciada y conciertos públicos

«The parent of every child of compulsory school age shall cause him to receive efficient full-time education suitable—

(a) to his age, ability and aptitude, and

(b) to any special educational needs he may have,

either by regular attendance at school or otherwise».

En una guía elaborada para la Autoridades Educativas Locales, denominada *Elective Home Education*⁶⁷, publicada en 2007 y reeditada en 2013, el *Department for Children, Schools and families* fundamenta la no obligatoriedad de la escolarización en textos internacionales, concretamente en el artículo 2 del Protocolo 1º del Convenio Europeo de Derechos Humanos, al tener que respetar el Estado las convicciones religiosas y filosóficas de los padres.

223. Francia igualmente prevé legalmente la posibilidad, en su *Code de l'Éducation*, de que: *«l'instruction obligatoire peut être donnée soit dans les établissements ou écoles publics ou privés, soit dans les familles par les parents, ou l'un d'entre eux, ou toute personne de leur choix»* –article L131-2–.

224. El otro país vecino, Portugal, también legaliza la educación en casa. Lo prevé en el artículo 3º, 4-b) del Decreto-Ley nº 553/80 de Portugal:

«Para efeitos da alínea a) do número anterior, é considerado:

⁶⁷ Disponible en:

https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/288135/guidelines_for_the_on_elective_home_educationsecondrevised2_o.pdf [Última visita: 14/07/2015].

a) *Ensino individual, aquele que é ministrado por um professor diplomado a um único aluno fora de estabelecimento de ensino;*

b) *Ensino doméstico, aquele que é leccionado, no domicílio de aluno, por um familiar ou por pessoa que com ele habite».*

225. Otros países europeos constitucionalizan⁶⁸ esta opción, demostrando de esta manera que cabe otra interpretación de los textos internacionales y que es posible proteger, al máximo nivel, las libertades educativas de los padres y proteger el supuesto interés del menor y el pleno desarrollo de su personalidad que los detractores de la educación en familia arguyen como uno de los principales problemas a la hora de legalizarlo en España⁶⁹.

226. Fuera del ámbito europeo, Estados Unidos ha sido denominado como «*un auténtico paraíso para los padres que pretenden formar a sus hijos mediante la alternativa del homeschooling*»⁷⁰. La regulación que cada Estado hace de la materia educativa hace que cada uno regule, con mayor o menor profusión, la educación en familia, pero está aceptada en todo el territorio⁷¹.

227. Como hemos comentado anteriormente, el interés superior del menor es objeto de amplio estudio cuando se trata de la educación en familia, al considerar que puede existir un conflicto de intereses entre los padres del menor y el propio educando si no asiste a la escuela⁷². Este conflicto siempre puede advertirse, como hemos podido comprobar en

⁶⁸ Así, la Constitución de Dinamarca de 1953 –artículo 76– o la Constitución de Irlanda de 1937 –artículo 42.2–.

⁶⁹ VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J. (2011): 275.

⁷⁰ BRIONES MARTÍNEZ, Irene María (2010): 2.

⁷¹ Para más detalles *vid.* el trabajo de BRIONES MARTÍNEZ, Irene María (2012).

⁷² GOIRIA MONTOYA, Madalen (2014): 245.

Educación diferenciada y conciertos públicos

torno a la educación diferenciada. Pero lo que hay que comprobar es si el *homeschooling* atenta contra el interés superior del menor.

228. Este interés del menor ha de ir siempre encaminado a su plena realización y a su desarrollo personal⁷³, tal y como dictan los distintos textos internacionales⁷⁴ que ya hemos estudiado y que no hacen más que recordar que la educación es un instrumento fundamental para la creación de ciudadanos libres y que ha de ir encaminada al pleno desarrollo del educando.

229. El problema estribará en si el menor podrá desarrollarse personalmente, sacar todo su potencial, recibiendo la instrucción en su propio hogar o en un ambiente similar. Si hemos visto antes que la escuela es, *a priori*, un importante elemento para poder sociabilizarse, no es plenamente efectivo en todos los casos, siempre puede existir otro método más apropiado. Y es en esos casos, en los que convergen los derechos de los padres y de los hijos –que normalmente irán acompañados, en la misma dirección⁷⁵–, en los que es necesario prever este tipo de educación, que puede ser más beneficiosa para los menores que la propia escolarización obligatoria, en la que el Estado se erige como único capaz de lograr la plena efectividad del derecho a la educación y realización personal del menor⁷⁶.

230. En todo caso, al igual que no es posible una generalización de las maldades del *homeschooling* ni de la escolarización obligatoria, tampoco puede hacerse con las supuestos bondades o los beneficios que

⁷³ RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María (2015): 130.

⁷⁴ VALERO ESTARELLAS, María José (2014): 278.

⁷⁵ LLANO TORRES, Ana (2014): 166-167.

⁷⁶ LLANO TORRES, Ana (2014): 167. Para la autora, «reconocer el bienestar y el interés superior del niño como criterio a seguir no implica adoptar una perspectiva estatista, sino cooperación y amplitud de miras» (LLANO TORRES, Ana (2014): 169).

el menor pueda obtener. Por ello será necesario un análisis pormenorizado de cada situación⁷⁷.

231. Ya hemos visto que en los textos internacionales se protege el interés del menor y que muchos de los países que han aceptado esos textos internacionales y los han integrado en su derecho interno también prevén la posibilidad del *homeschooling*, por lo que parece no ir en contra del pleno desarrollo de la personalidad del menor.

232. No podemos olvidar las palabras del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación, en su visita a Alemania en 2006, país que ha obtenido dos pronunciamientos favorables respecto a la escolarización obligatoria, como vimos antes, y que no contempla la posibilidad de la educación en familia. Para el Relator Especial, a pesar de ser un firme defensor de una educación pública, gratuita y obligatoria:

«Distance learning methods and home schooling represent valid options which could be developed in certain circumstances, bearing in mind that parents have the right to choose the appropriate type of education for their children, as stipulated in article 13 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights»⁷⁸.

2.3. HOMESCHOOLING A NIVEL ESTATAL

233. «La enseñanza básica comprende diez años de escolaridad y se desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad»⁷⁹. De esta manera tajante el Legislador español zanja cualquier debate entre educación y escolarización, asimilando el derecho a la

⁷⁷ RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María (2015): 121.

⁷⁸ MUÑOZ, Vernor (2007): párr. 62.

⁷⁹ Art. 4.2 LOE.

Educación diferenciada y conciertos públicos

educación básica y obligatoria del artículo 27.4 CE con la escolarización obligatoria en centros oficiales⁸⁰. Lo hace a nivel legal, lo que no quiere decir que a nivel doctrinal no siga generando debates la posibilidad de prescindir de la escolarización obligatoria a nivel estatal⁸¹, previa modificación legislativa.

234. A nivel infraconstitucional, los menores están sometidos a la patria potestad de sus padres, quienes están obligados, entre otras cosas, a procurarles una formación integral⁸². A este respecto, corresponde a los padres, como primeros responsables de la educación de sus hijos, adoptar las medidas necesarias para garantizar que cursen las enseñanzas obligatorias y asistan regularmente a clase⁸³. Si se llega a dar el caso de un incumplimiento, por parte de los padres, de sus obligaciones respecto a la patria potestad, se prevén posibles acciones penales contra los mismos por dejación de funciones y desamparo de menores⁸⁴.

235. Esta situación es la que dio lugar al primer pronunciamiento de nuestro Tribunal Supremo⁸⁵ sobre el *homeschooling*, en el caso de los *Niños de Dios*. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo debía pronunciarse sobre las posibles responsabilidades penales de los padres y

⁸⁰ VALERO HEREDIA, Ana (2012): 428.

⁸¹ GOIRIA MONTOYA se pregunta: «¿Cómo se interpreta la exigencia de 10 años de escolaridad? ¿Qué comprende el término escolaridad? ¿Exige la ley que esa escolaridad sea presencial? ¿Exige la ley que esa escolaridad sea a tiempo completo? ¿Qué es una escuela?» (GOIRIA MONTOYA, Madalen (2012): 40). De esta manera hace notar la posibilidad de, aun con la actual legislación, de adoptar modelos de educación en familia, particularmente, en este caso, de *flexischooling*.

⁸² Artículo 154 del Código Civil.

⁸³ Artículo 4.2.a) LODE, modificado por la Disposición Final Primera de la LOE.

⁸⁴ Artículo 226 del Código Penal; artículo 17 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.

⁸⁵ STS de 30 octubre de 1994.

adultos de dicha organización, tildada de secta, por privar a los menores en edad de ser escolarizados de acudir a los centros docentes creados al efecto para brindarles la instrucción y la educación en el seno de dicho grupo. Asimismo, el Ministerio Fiscal pretende que se condene a los susodichos por creación ilegal de centro docente, al dar instrucción, sin la preceptiva autorización, a los menores de edad.

236. El Tribunal Supremo considera que una conducta moralmente o socialmente reprochable de los padres, al no escolarizar a sus hijos, no equivale a una conducta punible, en el marco de un proceso penal⁸⁶, y más cuando la Constitución brinda un abanico de libertades educativas que, si bien los poderes públicos están plenamente legitimados para limitar en determinados extremos, como en el caso de una escolarización obligatoria:

«Proclamar la superioridad de un sistema educativo sobre otros lleva necesariamente a valernos de juicios de valor basados en presupuestos psicológicos, sociológicos, culturales y morales que abren un debate siempre inacabado que en todo caso, debe mantenerse en el plano científico sin olvidar sus ribetes de neto contenido político»⁸⁷.

Con ello, se deja a la doctrina jurídica que siga debatiendo sobre el encuadramiento del *homeschooling* en el ordenamiento jurídico español, pero sentando la base de que una educación en familia no es una conducta típica punible.

237. Respecto a la posible creación ilegal de centros docentes, considera el Tribunal Supremo que el Legislador, en materia educativa, ha de ponderar los derechos y libertades educativas con una frontera infranqueable: «toda la tarea educativa se debe desarrollar dentro del respeto a los principios constitucionales». Con ello no descarta la

⁸⁶ STS de 30 octubre de 1994, FJ 2.

⁸⁷ STS de 30 octubre de 1994, FJ 2.

Educación diferenciada y conciertos públicos

enseñanza en el propio domicilio como forma de satisfacer, dentro de los principios constitucionales, la educación de los menores, aunque este modelo educativo tendrá que ser previsto por el Legislador previamente, y en ningún caso puede discernirse por la vía penal, siendo el marco apropiado para ejercitar las acciones que crean oportunas el marcado por el ordenamiento civil⁸⁸.

238. Así, podemos descartar la vía penal como la más adecuada para la escolarización obligatoria de los menores al no cumplir los requisitos básicos del tipo penal antedicho: el incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad por parte de los padres y la generación de un daño real a los menores⁸⁹.

239. El mismo caso se le planteó a nuestro Tribunal Constitucional, una vez recurrido en amparo⁹⁰. El Alto Tribunal evita entrar en el fondo del asunto una vez estudiado *a limine litis* los antecedentes. No es el caso de uno de los Magistrados integrantes del mismo, quien, en un voto particular⁹¹, realiza un análisis sobre la idoneidad constitucional del *homeschooling*.

El Magistrado disidente de la opinión mayoritaria considera que el problema principal planteado por la práctica de la educación en familia es el conflicto de intereses surgido entre la voluntad de los padres, como manifestación de la libertad ideológica y religiosa, y los intereses de los hijos. Este conflicto debe resolverse a favor de un supuesto interés de los menores, contrapuesto en este caso al de los padres, ya que «la libertad religiosa no ampara un supuesto derecho de los padres a la no escolarización de los hijos bajo el pretexto de que sólo

⁸⁸ STS de 30 octubre de 1994, FJ 4.

⁸⁹ MORENO ANTÓN, María (2014): 218.

⁹⁰ STC 260/1994.

⁹¹ Voto Particular formulado por el Magistrado Gimeno Sendra.

ellos han de impartir la educación que estimen conveniente»⁹². Por lo que, para este Magistrado, no existe un derecho, ni siquiera una posibilidad, de que los menores se eduquen en un ambiente familiar.

240. No será hasta la STC 133/2010 en la que el que Alto Tribunal se pronuncie, definitivamente, sobre la práctica del *homeschooling* en España. En este caso, unos padres que educaban a sus hijos en casa recurren en amparo al Tribunal Constitucional tras una larga batalla judicial en la que se sustentaban, entre otras cosas, en las lagunas legales sobre la obligatoriedad de la escolarización de los menores. De esta importante sentencia del Tribunal Constitucional en materia educativa podemos extraer varias conclusiones:

a) Existe una obligación legal de escolarización⁹³. Se sustenta el Tribunal Constitucional en la Ley educativa vigente en el momento de interposición del recurso de amparo, la LOCE⁹⁴. En todo caso, acabamos de ver que la LOE⁹⁵, siguiendo la estela de su predecesora, también instituyó una escolaridad obligatoria de diez años, entre los 6 y los 16 años de edad.

b) Al existir una obligación legal de escolarización de los menores, los padres pueden enseñar e instruir a los hijos en horarios compatibles con la escolarización, es decir, en las horas libres, con lo que también se daría, ciertamente, una educación en el hogar⁹⁶. Huelga hacer mención alguna sobre la inoportunidad del Alto Tribunal de inmiscuirse en el régimen interno familiar y en lo que se puede o no se puede enseñar en el

⁹² STC 260/1994, Voto Particular Magistrado Gimeno Sendra, F 2.

⁹³ STC 133/2010, FJ 4.

⁹⁴ Artículo 9 LOCE.

⁹⁵ Artículo 4.2 LOE.

⁹⁶ STC 133/2010, FJ 5.

Educación diferenciada y conciertos públicos

seno de una familia en un horario extraescolar⁹⁷. Por otro lado, no es un argumento nuevo, ya que fue utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, a su vez, fue extraído de la jurisprudencia alemana en el histórico del caso del que conocía en ese momento⁹⁸.

c) No existe un derecho de protección de elección de tipo educativo por motivos pedagógicos⁹⁹. Aunque el artículo 14.4 *in fine* del CDFUE sí reconoce explícitamente una protección conforme a las convicciones pedagógicas de los padres, para el Alto Tribunal ha de entenderse a las convicciones religiosas y filosóficas, por lo que en nada amplía el contenido de la CDFUE el artículo 27.3 CE, algo a lo que ya hemos mostrado nuestra disconformidad durante el trabajo, al igual que parte de la doctrina¹⁰⁰.

d) La escolarización obligatoria no es un límite desproporcionado a la libertad de enseñanza¹⁰¹. Los poderes públicos, en su función de asegurar los derechos y libertades fundamentales, pueden limitar algunos para asegurar otros, siempre y cuando no sea desproporcionado¹⁰². De esta manera

⁹⁷ Según DÍAZ REVORIO, esta visión del Tribunal Constitucional «*parece encerrar una concepción bastante reducida del papel de los padres en la educación de sus propios hijos*» (DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2013): 289).

⁹⁸ STEDH, Caso *Konrad c. Alemania*. Sentencia de 11 de septiembre de 2006, FJ 1.

⁹⁹ STC 133/2010, FJ 6.

¹⁰⁰ VALERO ESTARELLAS, María José (2012): 26-27, *ad exemplum*. Más recientemente, MEIX CERECEDA, para quien «*el término “convicciones pedagógicas” aludiría por tanto a los medios y no sólo a los contenidos de la instrucción*» (MEIX CERECEDA, Pablo (2014): 163).

¹⁰¹ STC 133/2010, FJ 7.

¹⁰² Una parte de la doctrina, como ya sabemos por el estudio a lo largo del trabajo, considera que el Tribunal Constitucional desconoce u olvida, en esta Sentencia, la

deja claro que la educación de los hijos no es un patrimonio exclusivo de las familias¹⁰³, sino que el Estado tiene potestad para limitar los derechos de los padres para un supuesto beneficio o interés del menor.

e) El *homeschooling* no es tan eficaz como la escolarización para cumplir con los objetivos legal y constitucionalmente marcados¹⁰⁴. Como ya hicimos mención anteriormente, una parte de la doctrina considera que, mediante el *homeschooling*, se desconocen algunos de los objetivos que el constituyente previó esenciales para la educación, principalmente el del artículo 27.2 CE, el ideario educativo constitucional¹⁰⁵.

f) Por último, cabe destacar que, pese a todo lo dicho, el Tribunal Constitucional no descarta la constitucionalidad de la educación en familia¹⁰⁶. Pero, como no podía ser de otra forma, eso es tarea del Legislador, a quien deja la puerta abierta a flexibilizar el sistema educativo.

241. De todo ello podemos extraer conclusiones personales. Nuestra Constitución, en su artículo 27 CE, deja un amplio margen para establecer el sistema educativo¹⁰⁷. No existen indicios, en el texto constitucional, que equiparen la educación con la escolarización¹⁰⁸. Es necesario, en cualquier caso, vista toda la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, que hay que respetar una «franja

subsidiariedad que, en temas educativos, ha de presidir la actuación de los poderes públicos (MARTÍ SÁNCHEZ, José María (2011): 15).

¹⁰³ VALERO HEREDIA, Ana (2012): 442.

¹⁰⁴ STC 133/2010, FJ 8.

¹⁰⁵ VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J. (2011): 275.

¹⁰⁶ STC 133/2010, FJ 9.

¹⁰⁷ CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael (2014): 93.

¹⁰⁸ REDONDO, Ana María (2003): 156-157.

Educación diferenciada y conciertos públicos

de constitucionalidad» en el sistema educativo¹⁰⁹. Ese límite constitucional se encuentra en los objetivos mencionados en el artículo 27.2 CE. Si la práctica de la educación en familia puede asegurar el cumplimiento de los objetivos del ideario educativo constitucional, podría hablarse de una tercera vía al pluralismo de centros ya estudiados, es decir, centros públicos, centros privados –centros concertados igualmente– y, en tercer lugar, una vía no formal¹¹⁰, de educación fuera de los centros escolares o parcialmente fuera de los mismos. Es necesario un análisis en profundidad y establecer unas líneas básicas de actuación por parte de los poderes públicos para poder aceptar este método pedagógico y otorgar mayor margen de libertad educativa¹¹¹.

2.4. OPORTUNIDAD DEL ESTUDIO DEL *HOMESCHOOLING* EN RELACIÓN A LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA

242. El estudio del *homeschooling* en este trabajo responde a razones de oportunidad. Aunque pudiera parecer que un estudio sobre la educación diferenciada nada tiene que ver con la educación en familia, son bastantes los aspectos que tienen en común, aunque también están alejados en determinadas cuestiones.

243. Educación diferenciada y *homeschooling* difieren, en primer lugar, en el formato educativo. Como hemos podido comprobar, la

¹⁰⁹ VALERO ESTARELLAS, María José (2012): 31.

¹¹⁰ En contra de esta tercera vía, en virtud de la STC 133/2010: VALERO HEREDIA, Ana (2012): 422-423.

¹¹¹ REDONDO realiza en su amplio estudio sobre la defensa de la Constitución y la posibilidad del *homeschooling* una propuesta con seis bases o extremos que acordar para poder admitir sin recelos la educación en familia (REDONDO, Ana María (2003): 165-166).

educación en familia es un intento de *desescolarizar* a los menores, que no acudan a instituciones educativas formales y puedan educarse en el seno familiar. Por el contrario, la educación diferenciada responde a la necesidad de modelos alternativos a la escolarización mixta, comprometiéndose a la búsqueda de soluciones a algunos de los problemas de los educandos en cuanto a su avance en la enseñanza y la educación.

244. Por otro lado, ambos modelos alternativos son un intento de destruir los pretendidos dogmas, ya comentados, de necesaria educación mixta en centros escolares. La imposición de un modelo educativo único supone la no protección de las minorías que exigen el respeto a su identidad personal y social¹¹², algo que los poderes públicos están obligados a acatar e incluso promover a tenor del artículo 9.2 CE.

245. Ambos modelos buscan un trato específico de los educandos. Trato específico no es equiparable a discriminatorio, sino que lo que buscan realmente es el bienestar del menor y desarrollo de su personalidad¹¹³, ese interés superior que hemos comentado anteriormente y del que el Estado se ha erigido en único capaz de proteger a través de las escuelas públicas mixtas o las escuelas concertadas con un amplio abanico de requisitos.

246. En virtud de la libertad de enseñanza del artículo 27.1 CE no se pueden excluir formas de enseñanza minoritarias y alternativas¹¹⁴. La libertad educativa debe prevalecer sobre la organización del poder y sus aspiraciones para controlar el futuro social¹¹⁵.

¹¹² BRIONES MARTÍNEZ, Irene María (2014): 88.

¹¹³ BRIONES MARTÍNEZ, Irene María (2014): 88.

¹¹⁴ REDONDO, Ana María (2003): 160-161.

¹¹⁵ CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael (2014): 95.

Educación diferenciada y conciertos públicos

247. La pluralidad de ofertas educativas debe entenderse como una posibilidad real, no únicamente teórica¹¹⁶, ya que la Constitución establece derechos y libertades plenamente efectivas, no programáticas. El interés del menor exige la flexibilización del sistema educativo, que permita dar respuesta, de forma personalizada, a los requerimientos individuales de cada uno de los educandos¹¹⁷.

248. Es este interés del menor y su respuesta personalizada lo que ha hecho llevar a múltiples familias a educar, por un lado, en su propio domicilio y, por otro, a optar por centros educativos con la opción pedagógica de la educación diferenciada. La respuesta y el trato personalizado, unido a las características propias de los educandos, es una de las semejanzas básicas en ambos modelos alternativos de educación.

249. Nada impide en un modelo de *homeschooling* –teniendo en cuenta las diferentes concepciones de este modelo que vimos anteriormente– que la educación se imparta en el seno de una comunidad y de forma separada a chicos y a chicas, para, así, poder responder mejor a sus necesidades. De ahí, y por lo tratado hasta ahora, puede verse la oportunidad del estudio de la educación en familia en un trabajo referente a la educación diferenciada.

250. Con todo, el principal problema del sistema educativo español, además de su rigidez legal –ya que, como hemos podido comprobar, existen múltiples variables constitucionales, permitidas por el artículo 27 CE–, es el camino zigzagueante¹¹⁸ que ha seguido en la etapa posconstitucional. La ausencia de acuerdos políticos, las posiciones antagónicas de los mismos que rechazan cualquier tipo de consenso en materia educativa, hacen verdaderamente difícil que se llegue a un

¹¹⁶ VALERO ESTARELLAS, María José (2012): 21-22.

¹¹⁷ VALERO ESTARELLAS, María José (2014): 295.

¹¹⁸ VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J. (2011): 260.

verdadero y duradero pacto educativo en la que opciones tan diversas como la educación diferenciada o el *homeschooling*, además de la educación mixta, puedan tener cabida en un marco constitucional que sólo marca una línea infranqueable: el pleno desarrollo de la personalidad del educando.

3. EDUCACIÓN DIFERENCIADA Y ESCUELA PÚBLICA

3.1. LA ESCUELA COMO INSTITUCIÓN PÚBLICA IDEOLÓGICAMENTE NEUTRAL¹¹⁹

251. La escuela pública en España, en la etapa postconstitucional, está caracterizada fuertemente por dos dogmas: la neutralidad del sistema de enseñanza y la necesidad de que esta sea impartida de una forma mixta¹²⁰.

252. La distinción de la escuela pública como «neutra» es tempranamente observada por el Tribunal Constitucional, para el cual la neutralidad vendrá dada por una «*neutralidad-abstención*»¹²¹:

«En un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la confesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas y muy especialmente los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales. Esta neutralidad, que no impide la organización en los centros públicos de enseñanzas de seguimiento libre para hacer posible el derecho de los

¹¹⁹ STC 5/1981, FJ 9.

¹²⁰ De forma parecida ocurre en Francia: Z Aidman, Claude (2007): párr. 27.

¹²¹ BARRERO ORTEGA, Abraham (2006): 273-274.

Educación diferenciada y conciertos públicos

padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (artículo 27.3 Constitución), es una característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro»¹²².

253. Está claro que, al no tener ninguna confesión el carácter de estatal –artículo 16.3 CE–, no es posible pretender que la escuela pública esté caracterizada ideológicamente de forma religiosa.

254. Sin embargo, sí viene admitiéndose por una amplia parte de la doctrina en un, a nuestro entender, muy acertado planteamiento e interpretación, la necesidad de cierto «adoctrinamiento» de los educandos en la escuela, ya sea pública o privada, ya que en este punto en nada cambia.

255. Como ya tuvimos ocasión de observar en el capítulo tercero de la primera parte de este trabajo, al estudiar el ideario educativo constitucional apuntamos la necesidad de una educación cívico-democrática, que instruya a los educandos «en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales» –artículo 27.2 CE–. De esta forma, se «adoctrina»¹²³ a los discentes a través de una educación en valores, en valores constitucionales y democráticos¹²⁴. «*Adoctrinar para asegurar la libertad*»¹²⁵. La escuela pública no podrá adoctrinar en asuntos religiosos, morales, filosóficos¹²⁶ o aquellas ideas que pretendan dar «*una explicación de la condición humana y de la sociedad*»¹²⁷, únicamente en

¹²² STC 5/1981, FJ 9.

¹²³ ALÁEZ CORRAL, Benito (2009b): 13.

¹²⁴ BEGUÉ CANTÓN, Gloria (1992): 1222-1223.

¹²⁵ Es lo que ÁLVAREZ ÁLVAREZ ha denominado «*la gran paradoja de la educación*» (ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (2011): *in totum*, en especial 24-25).

¹²⁶ RODRÍGUEZ-PATRÓN RODRÍGUEZ, Patricia (2011): 172-173.

¹²⁷ BARRERO ORTEGA, Abraham (2006): 273.

aquellos valores admitidos por el constituyente, y el objetivo último de toda la educación¹²⁸.

256. La pretendida neutralidad ideológica de los poderes públicos no impide, en todo caso, difundir ciertas informaciones religiosas o filosóficas¹²⁹, con lo que la Constitución, a la luz de los tratados internacionales que le son de aplicación para su interpretación, permite, o incluso fomenta, una cierta «democracia militante» en materia educativa¹³⁰.

257. Todo ello porque el artículo 27.2 CE, el que orienta los objetivos educativos en nuestra Constitución, es «indubitadamente militante»¹³¹ y con ello se exige la orientación de la educación hacia principios vinculados con la democracia¹³². Esa educación en valores democráticos es una exigencia de la democracia misma¹³³.

258. Todos estos valores transmitidos en la educación tienen un límite: los valores constitucionales¹³⁴. Dentro de estos valores, el Legislador puede prever una instrucción para el conocimiento de los

¹²⁸ Además, estamos con COTINO HUESO en la afirmación de que la educación, al suponer la socialización del individuo, «*impide y excluye una formación aséptica en conocimientos ideológicos, valores morales y principios éticos*» (COTINO HUESO, Lorenzo (2000b): 245). Por lo tanto, los únicos conocimientos ideológicos y valores transmisibles en la escuela pública serían los aceptados constitucionalmente.

¹²⁹ STEDH, Caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, de 7 de diciembre de 1976, §53, en alusión al artículo 2 del Protocolo Adicional 1 al CEDH. Para una visión rápida de los principios generales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación al mencionado artículo, *vid.* STEDH, *Caso Folgerø y otros c. Noruega*, de 29 de junio de 2007, §84.

¹³⁰ STS de 11 de febrero de 2009, FFJJ 6-7.

¹³¹ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (2015): 519.

¹³² ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (2012c): 401.

¹³³ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (2015): 502.

¹³⁴ BARRERO ORTEGA, Abraham (2011): 168.

Educación diferenciada y conciertos públicos

misimos. La escuela, y en particular la pública, por ser donde principalmente puede satisfacerse el derecho a la educación, debe formar una cierta conciencia social y moral¹³⁵, que ha de ser la conciencia de los valores democráticos previstos constitucionalmente¹³⁶. Ese es el verdadero ideario de la educación pública¹³⁷, tal y como lo manifiesta el artículo 27.2 CE¹³⁸.

259. Por otra parte, es comprensible la reticencia de cierta parte de la sociedad a que la escuela pública transmita valores, aun cuando sean democráticos, debido a la necesaria neutralidad de los poderes públicos, también en esta materia¹³⁹. Se llega a considerar que la educación puede servir como medio a los poderes públicos para respaldarse y perpetuarse en el poder¹⁴⁰, si son ellos mismos los que planifican las enseñanzas, justificándose, igualmente, en que la Constitución no impone ninguna especial formación moral¹⁴¹.

260. En cualquier caso, objetamos este tipo de planteamiento, creyendo necesaria una cierta formación ciudadana en valores

¹³⁵ SAVATER, Fernando (1997): 33.

¹³⁶ Esta enseñanza de los principios y valores democráticos sería un instrumento idóneo, a tenor de las palabras de DELGADO DEL RINCÓN, para integrar correctamente a personas, educandos, que proceden de otros países con otros sistemas políticos y culturas diferentes a los españoles (DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. (2013): 11).

¹³⁷ PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (2003).

¹³⁸ En contra PRIETO SANCHÍS, quien considera que el “sello ideológico” de la educación pública es la neutralidad (PRIETO SANCHÍS, Luis (2007): 53).

¹³⁹ Para ROLLNERT LIERN la vulneración de la neutralidad ideológica en materia educativa se puede producir en una triple vertiente: cuando se enseña una doctrina determinada, cuando las enseñanzas son contrarias a las convicciones de los padres y cuando se excluye o descalifica deliberadamente las convicciones de los padres – adoctrinamiento en negativo– (ROLLNERT LIERN, Göran (2007): 292).

¹⁴⁰ RODRÍGUEZ NEIRA, Teófilo (2015): 56.

¹⁴¹ PRIETO SANCHÍS, Luis (2009): 210.

democráticos, al ser la educación el instrumento básico para la formación de los sujetos-ciudadanos¹⁴², conscientes y consecuentes con sus derechos y libertades, y cuyos fines educativos sean acordes a los valores constitucionales¹⁴³. Ello es necesario para la salvaguarda de la neutralidad y pluralismo debidos de la escuela pública¹⁴⁴.

261. En vista de que la educación, también por lo que hablamos la pública, está orientada a la persecución de unos fines más allá de los meramente educativos, unos fines democráticos y sociales, tenemos que apostar por un respeto a todos los valores¹⁴⁵, una educación pública que sea respetuosa con la pluralidad, que es la esencia de la democracia.

262. Y es que no hay un mayor enemigo para el pluralismo y la democracia que un totalitarismo ideológico autoproclamado como el único posible con encaje constitucional. Nuestra Constitución alberga numerosas opciones, también en materia educativa, y *«mientras se respeten los principios constitucionales, cualquier modalidad escolar es sustentable en nuestro país, debiendo ser protegida y apoyada por los poderes públicos»*¹⁴⁶.

263. No es coherente mantener la necesidad de educar en valores cívico-democráticos a los educandos cuando el propio sistema escolar no es democrático ni plural, sin permitir la elección de un modelo educativo

¹⁴² ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (2011): 160.

¹⁴³ Coincidentes con los subfines educativos que enumera ÁLVAREZ ÁLVAREZ: libertad, igualdad, pluralismo y participación (ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (2012c): 421).

¹⁴⁴ BARRERO ORTEGA, Abraham (2012): 385-387.

¹⁴⁵ Como dice LÓPEZ DE GOICOECHEA ZABALA: *«en materia educativa no existe neutralidad. Lo que existe es el debido respeto mutuo a los valores de los demás»* (LÓPEZ DE GOICOECHEA ZABALA, Javier (2011): 242).

¹⁴⁶ SATORRAS FIORETTI, Rosa María (1998): 178.

Educación diferenciada y conciertos públicos

declarado legítimo por el Tribunal Supremo en distintas ocasiones y admitido como no discriminatorio por textos internacionales¹⁴⁷.

3.2. POSIBILIDAD DE INTEGRACIÓN DE UN MODELO DUAL DE EDUCACIÓN MIXTA Y EDUCACIÓN DIFERENCIADA EN LA ESCUELA PÚBLICA ESPAÑOLA

264. Para terminar este estudio, nos proponemos una visión más amplia de las posibilidades que otorga un sistema educativo que admita la educación diferenciada, sin tapujos ni complejos, como un modelo pedagógico totalmente válido y legítimo, y el cual los poderes públicos apoyen y promocionen.

265. La educación diferenciada no se corresponde con una visión moral o religiosa del mundo¹⁴⁸, ni intenta explicar la vida a través de una determinada filosofía. La educación diferenciada responde a la

¹⁴⁷ SAVATER afirma que *«cuanto menos padres quieren ser los padres, más paternalista se exige que sea el Estado»* (SAVATER, Fernando (1997): 29). Dándole un giro a la frase, afirmamos que cuanto más paternalista quiere ser el Estado, permite a los padres ser menos padres, sin dejarles decidir sobre la educación de sus vástagos.

¹⁴⁸ ALÁEZ CORRAL mezcla la educación diferenciada con las concepciones religiosas cuando dice que *«La educación diferenciada aparece en este contexto como una alternativa pedagógica de los centros escolares (en España de momento los privados o los concertados)»* (ALÁEZ CORRAL, Benito (2009a): 36), anotando al pie de página que:

«La existencia de centros escolares públicos de carácter confesional parecería, en principio, claramente contraria al mandato de neutralidad religiosa del Estado y la correlativa prohibición de confesionalidad de la administración, que se opondrían a que, derivada de la concepción del mundo de una determinada concepción religiosa, fuese posible la introducción de la educación diferenciada por razón de sexo como técnica pedagógica».

satisfacción del derecho a la educación a través de un modelo pedagógico adaptado a los diferentes ritmos de aprendizaje de los educandos, el cual depende, en gran medida, de su sexo. Y los ritmos y capacidades no lo son únicamente en materias técnico-científicas, sino también en la asunción de responsabilidades y planteamiento vital, como tuvimos ocasión de ver. Es un sistema neutro, en la entendida necesidad de neutralidad que le puede corresponder al sistema educativo.

266. A lo largo de este trabajo hemos podido comprobar que el modelo de educación diferenciada responde, de forma positiva, a cada uno de los interrogantes que le hemos planteado para conocer si es un modelo constitucionalmente válido. También son modelos constitucionalmente válidos aquellos que caracterizan los centros privados con notas religiosas, pero que no tendrían cabida en el sistema público en una pretendida enseñanza impregnada en su totalidad de esa religiosidad, al ir en contra de la neutralidad debida del sistema público. Es cierto que en España la amplia mayoría de los centros que han optado por impartir una educación diferenciada, si no la totalidad, son centros privados con carácter religioso, si bien hemos de desligar ambas concepciones. También existen centros religiosos con enseñanza mixta.

267. A la educación diferenciada no se le ha dado la opción de implantarse en la educación pública en la etapa postconstitucional, a pesar de que diversos autores son partidarios de una escuela pública que pueda ser diferenciada¹⁴⁹. Otros, en cambio, desautorizan este sistema¹⁵⁰, pretendiendo mantenerlo alejado de la escuela pública, incluso suprimirlo, arguyendo que la educación diferenciada es disonante con los

¹⁴⁹ NUEVO LÓPEZ, Pablo (2009): 231; MIJANCOS GURRUCHAGA, Liliana (2013): 128-129; *ad exemplum*.

¹⁵⁰ ALÁEZ CORRAL, Benito (2009a): 36. Para MARTÍNEZ SAMPERE «uno de los elementos básicos que configuran la educación pública en los países democráticos es la educación mixta o coeducación» (MARTÍNEZ SAMPERE, Eva (2004): 55), *ad exemplum*.

Educación diferenciada y conciertos públicos

principios y valores del ideario educativo constitucional¹⁵¹ o que frustra la educación en igualdad buscada por el constituyente¹⁵². Pero lo cierto es que sí está permitida y es legítima, como ha reiterado el Tribunal Supremo en algunos de sus últimos pronunciamientos¹⁵³, en los centros privados, los cuales, al igual que los públicos, han de respetar el artículo 27.2 CE¹⁵⁴.

268. En otros países, al contrario que ocurre en el nuestro, sí se acepta e incluso incentiva la creación de escuelas de educación diferenciada, como Estados Unidos, país en el que la educación diferenciada en la escuela pública estaba prohibida desde 1972, a través del «*Title IX*». Sin embargo, a partir de la «*No Child Left Behind*», ley educativa estadounidense en vista al progresivo fracaso escolar, se autoriza a las escuelas públicas a adoptar modelos pedagógicos para asegurar el éxito del alumnado. Entre ellos está el modelo educativo de educación diferenciada, que goza cada vez de más éxito en este país y mayor reconocimiento en la escuela pública, asistiendo a un «*crecimiento espectacular*»¹⁵⁵ en la creación de centros públicos caracterizados con este modelo pedagógico, a merced de las políticas

¹⁵¹ LÓPEZ CASTILLO, Antonio (2013): 329.

¹⁵² PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (2003). El mismo autor, en otro trabajo, habla *in extenso* de las relaciones entre ética, poder y derecho, y hace mención a que la igualdad es incomprensible sin la libertad y hace una distinción entre éticas totalitarias premodernas y éticas postmodernas, más abiertas y plurales (PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (1995): 60-68, *passim*). Es lo que el autor entiende que debe haber en la escuela pública, una suerte de pensamiento totalitario en el que sólo cabe una concepción mixta de la educación, incluso con interés de excluir la educación diferenciada de las escuelas privadas también.

¹⁵³ STS de 23 de julio de 2012, *ad exemplum*.

¹⁵⁴ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José (2007): 143. También ÁLVAREZ ÁLVAREZ habla de una necesaria «plena adecuación» de los centros privados al artículo 27.2 CE (ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (2015): 503).

¹⁵⁵ CALVO CHARRO, María (2013): 169.

públicas creadas al efecto y las demandas de familias solicitando este tipo educativo¹⁵⁶.

269. Y no sólo en Estados Unidos puede disfrutarse de estas mayores libertades educativas en cuanto a la elección del tipo de centro y su caracterización pedagógica. En Europa, países y regiones como

¹⁵⁶ El número de escuelas públicas que ofrecen sus enseñanzas diferenciadas ha crecido progresivamente en los últimos años, tal y como indica el siguiente cuadro, extraído del trabajo de SPIELHAGEN y KOHL (SPIELHAGEN, Frances R.; KOHL, Robin J. (2013): 11):

State	2006	2011	State	2006	2011
New York	11	27	Connecticut	--	2
Ohio	10	21	Delaware	--	1
Pennsylvania	4	13	D.C.	--	4
Indiana	3	13	Florida	--	44
Texas	3	18	Idaho	--	2
California	3	9	Oklahoma	--	4
Louisiana	2	10	Georgia	--	19
Oregon	2	4	Iowa	--	2
N. Carolina	2	13	Kansas	--	1
S. Carolina	1	125	Maine	--	1
Minnesota	1	15	Massachusetts	--	1
Arizona	1	4	Michigan	--	8
Colorado	1	5	Mississippi	--	11
Kentucky	1	17	Missouri	--	7
Washington	1	--	Nevada	--	11
Illinois	1	18	New Jersey	--	1
Wisconsin	1	13	New Mexico	--	1
Maryland	1	10	Tennessee	--	12
Alabama	--	4	Virginia	--	13
Alaska	--	1	West Virginia	--	7
Arkansas	--	4			

Educación diferenciada y conciertos públicos

Escocia, Gales, Malta, Irlanda del Norte, Inglaterra o Grecia¹⁵⁷, en mayor o menor medida, aceptan el modelo de educación diferenciada en el sistema público. Otros países como Polonia o Estonia han mostrado, en el pasado o en la actualidad, interés por la creación de centros de educación *single-sex*¹⁵⁸. En todo caso, en la gran mayoría de los países europeos pueden encontrarse instituciones caracterizadas con este modelo pedagógico en el sector privado, siendo financiados en su mayoría con cargo a fondos públicos¹⁵⁹.

270. Con todo ello se demuestra la preocupación en los países de nuestro entorno cultural y geográfico por una mejor educación de los menores en edad de obligatoriedad escolar y una mayor proyección de las libertades educativas. Así se garantiza que las libertades en la educación puedan ser disfrutadas por todos y no únicamente por aquellos que posean unos holgados recursos económicos¹⁶⁰.

271. De la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos podemos extraer determinadas conclusiones en aras de esclarecer las posibilidades de implantar la educación diferenciada en la escuela pública:

a) Los Estados tienen el deber de asegurar en la enseñanza pública el respeto a las convicciones religiosas y filosóficas¹⁶¹, tal y como viene establecido en el artículo 2 del Protocolo Adicional 1 del CEDH, al no distinguir entre educación pública y privada¹⁶².

¹⁵⁷ EURYDICE (2011): 85.

¹⁵⁸ EURYDICE (2011): 87.

¹⁵⁹ EURYDICE (2011): 87.

¹⁶⁰ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2011): 105.

¹⁶¹ STEDH, Caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, de 7 de diciembre de 1976, §50.

¹⁶² STEDH, Caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, de 7 de diciembre de 1976, §51.

b) La educación diferenciada, a pesar de ser una opción pedagógica, tal y como vimos en el Capítulo Tercero de la Segunda Parte de este trabajo, encajaría en las «convicciones filosóficas» del artículo 2 del Protocolo Adicional 1 del CEDH¹⁶³.

c) El «respeto» a las convicciones filosóficas y religiosas de los padres del artículo antedicho es algo más que «tener en cuenta». Significa «reconocer» o «tomar en consideración»¹⁶⁴ las convicciones filosóficas que sean dignas de respeto.

d) La posibilidad de acudir a escuelas privadas no exime a los poderes públicos de su obligación de garantizar el pluralismo en las escuelas públicas¹⁶⁵, siendo estas donde se satisface mayoritariamente el derecho a la educación y no pudiendo, así, incurrir en desigualdades por motivos económicos, al poder permitirse, aquellos con mayores ingresos monetarios, acudir a los centros privados que respeten sus convicciones.

e) Si la educación diferenciada es un fenómeno pedagógico minoritario, la democracia misma exige asegurar a las minorías un trato justo¹⁶⁶. Las mayorías no pueden subyugar a las minorías siempre y en todo caso, y menos cuando lo que las minorías solicitan es lícito y viable.

f) La educación se puede impartir de forma separada por motivos razonables, facilitando a todos los implicados una educación adecuada y suficiente¹⁶⁷. De otra forma no podría darse

¹⁶³ STEDH, Caso *Campbell y Cosans* c. Reino Unido, de 25 febrero de 1982, §36. Se conceptualiza el significado de «convicciones filosóficas».

¹⁶⁴ STEDH, Caso *Campbell y Cosans* c. Reino Unido, de 25 febrero de 1982, §37.

¹⁶⁵ STEDH, Caso *Folgerø y otros* c. Noruega, de 29 de junio de 2007, §101.

¹⁶⁶ STEDH, Caso *Young, James y Webster* c. Reino Unido, de 13 agosto de 1981, §63.

¹⁶⁷ STEDH, Caso *Orsus y otros* c. Croacia, de 17 julio de 2008, §59-68.

Educación diferenciada y conciertos públicos

la educación homogénea por razón de sexo, ya que iría en contra de la Convención Relativa a la Lucha Contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de la UNESCO, de 1960¹⁶⁸.

272. Nosotros consideramos que, al no estar caracterizado ideológicamente ni alineado con ninguna concepción religiosa ni moral, que se trata únicamente de la búsqueda de una respuesta más satisfactoria para el éxito educativo, los centros públicos, en aras de su autonomía pedagógica¹⁶⁹ protegida legalmente¹⁷⁰, pueden implantar estos sistemas educativos¹⁷¹.

¹⁶⁸ MARTÍNEZ SAMPERE considera que la educación diferenciada *«es algo que sólo estaría permitido en los centros privados cuando se cumplan todos los requisitos que esta Convención de la UNESCO establece»* (MARTÍNEZ SAMPERE, Eva (2010): 178). A nuestro entender, la Convención de la UNESCO no dice nada en absoluto sobre ello. En su artículo MARTÍNEZ SAMPERE hace referencia, justo antes, a la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer y durante todo el artículo aboga por la necesidad de una educación igualitaria entre mujeres y hombres, es decir, radicalmente distinta a la historia educativa, en la que las mujeres o bien se veían privadas del estudio, o bien las formaban según estereotipos de sexo. Algo que, en los colegios separados por sexos, está más que superado hoy en día, principalmente por la prohibición de la propia Convención de la UNESCO.

¹⁶⁹ Si como dice AGOUÉS MENDIZÁBAL *«el proyecto educativo se vincula a la decisión sobre elementos pedagógicos que le confieran una identidad propia al centro, y que ha de estar en función de dos variables: el entorno escolar y las necesidades de los alumnos»* (AGOUÉS MENDIZÁBAL, Carmen (2000): 129), como hemos recalado, la educación diferenciada responde a un proyecto y modelo pedagógico, adaptado al entorno y necesidades del alumnado.

CÁMARA VILLAR también es partidario de la autonomía pedagógica del centro, pero sólo *«pedagógica y organizativa, no ideológica ni religiosa»* (CÁMARA VILLAR, Gregorio (2002): 1005).

¹⁷⁰ Artículo 121 LOE.

¹⁷¹ SALGUERO se cuestiona si la autonomía pedagógica y el proyecto educativo en los centros públicos equivale a un cierto ideario o carácter propio semejante al de los centros privados. Aunque es consciente de que el ideario, además de aspectos morales y religiosos, puede conllevar otros aspectos como pedagógicos o metodológicos –en

273. La verdadera libertad educativa llegará cuando se pueda elegir en centros públicos entre distintas opciones, y no únicamente la admitida, sin una fundamentación clara, por parte de las administraciones educativas. No hay problemas en la libertad de elección siempre que se elija lo que quieren los poderes públicos¹⁷², pero ha de llegar el momento en el que varios tipos de escuela se encuentren en igualdad ante la ley¹⁷³, para cumplir con el mandato de pluralismo educativo que hemos reiterado durante todo el trabajo. La verdadera escuela pública es aquella que pertenece al público, es decir, a los padres y profesores, y en la que pueden elegir libremente la educación que consideren oportuna para sus hijos¹⁷⁴.

274. Y es que de la Constitución no se puede deducir una conclusión contraria¹⁷⁵. Si se acepta la educación diferenciada como modelo legítimo y cumple con los requisitos constitucionales para impartir enseñanza y para formar parte del sistema público, no debería admitir otra respuesta. Ni siquiera los Estatutos de Autonomía «de nueva generación» se han atrevido a caracterizar la educación pública como necesariamente mixta¹⁷⁶, al contrario que han hecho con la laicidad de la

una concepción amplia que es la que nosotros admitimos y defendemos en este estudio–, concluye que no pueden equipararse el proyecto educativo de los centros públicos con el ideario de los centros privados, ya que, aunque pueden ser otros aspectos que no sean morales y religiosos, el ideario de un centro privado sí los puede contemplar, por lo que no pueden asemejarse ambas concepciones (SALGUERO, Manuel (1997): 195-196).

¹⁷² RODRÍGUEZ NEIRA, Teófilo (2015): 57-58.

¹⁷³ GARCÍA HOZ, Víctor (1979): 44.

¹⁷⁴ GLENN, Charles L. (2006): 15.

¹⁷⁵ En contra SALAZAR BENÍTEZ, quien considera «*el entendimiento de la coeducación como parte del contenido esencial del derecho a la educación constitucionalmente garantizado*» (SALAZAR BENÍTEZ, Octavio (2013): 15).

¹⁷⁶ Al contrario piensa GÓMEZ GARCÍA quien, al objeto de comentar el Artículo 21 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, afirma que dicho artículo «*reproduce*

Educación diferenciada y conciertos públicos

enseñanza pública¹⁷⁷, que sí se extrae del conjunto del texto constitucional.

275. Ahora bien, ¿están obligadas las administraciones educativas a erigir instituciones públicas con este modelo pedagógico? Ante esta pregunta, no creemos que se pueda afirmar de una forma tajante la necesidad de escuelas públicas de educación diferenciada¹⁷⁸. Por ello, los poderes públicos, en aras de la pluralidad, deberían fomentar y promocionar las que surjan de la iniciativa social¹⁷⁹ a través de los centros privados caracterizados con este modelo pedagógico, en virtud de los artículos 27.9 y 9.2 CE. Así se protegería el sistema plural que tan ambiciosamente buscó el constituyente.

prácticamente la sistemática del precepto constitucional, asumiendo en su tenor las bases de la coeducación, la interculturalidad, y la integración, como principios inspiradores del modelo de educación a potenciar» (GÓMEZ GARCÍA, Gracia (2012): 103).

¹⁷⁷ Artículo 21.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña –Ley Orgánica 6/2006–; artículo 21.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía –Ley Orgánica 2/2007–.

¹⁷⁸ Tal y como expone BARRERO ORTEGA, sintetizando principios asentados por el TEDH, «*el derecho de los padres es un derecho de libertad, eminentemente negativo, sin que necesariamente deba deducirse de su contenido una dimensión prestacional. Basta con que el poder público respete su deber de neutralidad en la escuela pública y no interfiera en el libre desenvolvimiento de la iniciativa privada en el campo de la educación*» (BARRERO ORTEGA, Abraham (2009): 265).

¹⁷⁹ Para NUEVO LÓPEZ los centros privados que impartan este tipo de educación tendrían que tener, incluso, prioridad de acceso a la financiación pública (NUEVO LÓPEZ, Pablo (2009): 231).

CONCLUSIONES

1. Los trabajos parlamentarios en Cortes constituyentes consistieron en un arduo trabajo de cohesión política y social, principalmente en materia educativa. En este asunto se centró el denominado “consenso constitucional”, a través del cual se acordó el texto del hoy artículo 27 CE. En el mismo podemos comprobar las concordancias, transacciones y concesiones que tuvieron que realizar los distintos partidos que formaron parte de ese consenso extraparlamentario, con el fin de llevar a buen puerto la aprobación final en materia educativa. No obstante, nadie preveía, en ese momento, la introducción del apartado segundo del hoy artículo 10 CE en el trámite en el Senado, el cual posibilita la interpretación de los derechos y libertades fundamentales a la luz de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y demás tratados internacionales en esta materia ratificados por España. Para algunos sectores, la introducción de este apartado por el Grupo UCD supuso la ruptura del consenso educativo, debido a que, según su entender, se buscaban mayores libertades educativas de las previstas en el texto consensuado. Aunque este apartado afecta a todo el conjunto de derechos y libertades fundamentales, no es menos cierto que influye principalmente en nuestra materia a tratar, debido a la profusión de textos internacionales que inciden en los derechos y libertades educativas. Y es así como la educación ha experimentado una expansión en sus libertades que un determinado sector de las Cortes constituyentes no deseaba.

2. A través del texto constitucional y de los textos internacionales de derechos humanos se ha podido delimitar jurisprudencial y doctrinalmente tanto el derecho a la educación como la libertad de enseñanza.

A nuestro entender, el derecho a la educación comprenderá el derecho a la escolarización sin discriminaciones, el derecho a la obtención de la instrucción básica y obligatoria de forma gratuita, el derecho a la calidad de la educación y el derecho a recibir una educación de y en derechos fundamentales, que potencie su desarrollo personal.

La libertad de enseñanza, por su parte, comporta una serie de facultades para los actores del sistema educativo –educandos, padres o tutores, profesores y titulares de los centros docentes–, que implican una amplitud en la posibilidad de actuación dentro del marco instructivo y formativo, como pueden ser la libertad de elección de centro y de tipo educativo, la de creación y dirección de centros docentes, la de dotar al mismo de un ideario o carácter propio, la intervención en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos por parte de los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos y la libertad de cátedra.

A pesar de que hay controversias en torno a la distinción entre el contenido del derecho a la educación y la libertad de enseñanza, optamos por esta clasificación en virtud de su naturaleza. La dimensión esencial del derecho a la educación es la social y prestacional, constituyendo un mandato constitucional a los poderes públicos por el cual se impone a los mismos el deber de realizar su objeto de una manera efectiva, prestando un servicio a través de sus propias instituciones o garantizándola mediante externas. La libertad de enseñanza, por el contrario, no implica una prestación directa por parte de los poderes públicos, sino que tiene naturaleza de derecho de libertad, otorgando a

Educación diferenciada y conciertos públicos

sus titulares los poderes suficientes para la salvaguarda de la esfera vital del derecho sin la injerencia de los poderes públicos.

3. La principal manifestación del derecho a la educación es el derecho-deber de recibir la educación básica obligatoria de forma gratuita. Lo que se entiende por educación básica obligatoria no ha sido objeto de mayores consideraciones por la doctrina y la jurisprudencia, dejando a la discrecionalidad del Legislador la delimitación del rango de edad u horquilla de estudios calificados como básicos y obligatorios. No ha pasado lo mismo, sin embargo, con la gratuidad de dicha etapa.

Al constituir un gasto a través de la financiación pública, ha sido objeto de bastante atención el derecho de los educandos a obtener una educación básica de forma gratuita. Aunque nada señala el texto constitucional sobre la forma en la que van a recibir los discentes esa gratuidad, todo indica que, con la sola consideración del artículo 27.4 CE, la prestación del derecho a la educación debería ser de forma directa. Esta puede ser, a su vez, de dos tipos: a través de las instituciones públicas creadas al efecto o mediante el abono de los gastos educativos a los educandos –a sus padres o tutores–.

No nos es posible determinar la gratuidad absoluta en cualesquiera centro docente por varios motivos: en primer lugar, la STC 86/1985 (FJ 4) deja meridianamente claro que «el derecho a la educación -a la educación gratuita en la enseñanza básica- no comprende el derecho a la gratuidad educativa en cualesquiera Centros privados»; en segundo lugar, porque el constituyente ha previsto otro mecanismo de satisfacción de la educación gratuita a través de una prestación indirecta: la financiación a los centros docentes vía artículo 27.9 CE.

4. Con la proclamación de la libertad de enseñanza en el segundo inciso del artículo 27.1 CE, se produce un hecho clave en la historia constitucional española, como es el reconocimiento conjunto del derecho a la educación y la libertad de enseñanza. A través de esta

dualidad se busca la consagración del pluralismo previsto en el artículo 1.1 CE, permitiendo a los individuos y a los grupos en los que se integran la búsqueda de una igualdad real y efectiva –artículo 9.2 CE– que, además, ha de ser fomentada y facilitada por los poderes públicos.

Y es que una de las principales consecuencias de la libertad de enseñanza es la imposibilidad de la existencia de un monopolio educativo, ya sea en mano estatal o en mano privada. El monopolio estatal se daría en el caso de que el Estado o los poderes públicos competentes en materia educativa considerasen que satisfacen debidamente todas sus obligaciones con una prestación directa a través de la red educativa pública, vulnerando de esta manera todas las libertades educativas. Tampoco podría ocurrir la situación inversa, en la que una pluralidad de centros privados, con el mismo ideario y pertenecientes al mismo titular, constituyesen una red de colegios tan fuerte que la Administración educativa estimase que cumple sus obligaciones en esta materia a través de la financiación de estos centros, despreocupándose de la creación y mantenimiento de centros propios. Sólo podría darse el caso del monopolio educativo en manos privadas en la situación anteriormente descrita, ya que en el caso de diferentes titulares e idearios educativos únicamente podría existir, si acaso, oligopolio educativo, algo que, a nuestro entender, tampoco justificaría la dejadez de los poderes públicos en esta materia, debiendo mantener una red pública de calidad de centros educativos.

Las principales manifestaciones de la libertad de enseñanza son: el derecho de elección de tipos y centros docentes; la creación de centros docentes; la dirección de centros docentes; la caracterización propia de los centros docentes; el control y gestión de los centros docentes por parte de la comunidad educativa; y la libertad de cátedra.

Educación diferenciada y conciertos públicos

El derecho de elección de tipo educativo viene resguardado en el apartado tercero del artículo 27 CE, con la posibilidad de que los padres escojan para sus hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. A través del artículo 10.2 CE es necesario interpretar los derechos educativos desde el prisma de la DUDH y demás tratados internacionales. Es por ello que el tipo educativo no se trata únicamente de la posibilidad de escoger una formación religiosa o moral determinada, sino que abarcará otras cuestiones como las preferencias filosóficas –artículo 2 del Protocolo Adicional 1º al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos– o las pedagógicas –artículo 14 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea–. Con todo ello, además, se asegura el derecho de elección de centro docente que, aunque no viene explícitamente constitucionalizado, es una consecuencia directa de la posibilidad de elegir tipos educativos y de la interpretación de este precepto con los textos internacionales oportunos –artículo 13.3 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales o el artículo 5.1.b) de la Convención Relativa a la Lucha Contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 1960–.

La creación de centros docentes viene expresamente protegida en el apartado sexto del artículo 27 CE. Si bien no establece que el titular del centro docente tenga el derecho a la dirección del centro docente, es una consecuencia obvia de su creación, protegido, además, por textos internacionales –artículo 13.4 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales–. La dirección conllevará las máximas competencias en el seno del centro docente, pero habrá que diferenciar si los mismos están ayudados con fondos públicos o no lo están, ya que en el segundo caso las competencias de los titulares de los centros docentes en cuanto a la dirección de los mismos serán más amplias que en el primer supuesto.

Algo connatural a la creación de centros docentes es la posibilidad de dotarlos de un ideario. Este carácter propio del centro es el conjunto de principios fundamentales que concretan las directrices seguidas por parte del centro docente ante los actores jurídicos educativos –alumnos, padres, profesores– y la sociedad en su conjunto. La caracterización puede tener diversas manifestaciones: desde un marcado carácter religioso o moral –artículo 27.3 CE– hasta filosófico, deportivo o pedagógico, dando cumplimiento a su vez, de esta manera, a las posibilidades de elección de centros y tipos educativos a los padres de los educandos, con un amplio abanico para la satisfacción de sus derechos y libertades educativas.

Como acabamos de recordar, la potestad de dirección del titular del centro en los mismos ayudados con fondos públicos es menor que el del titular de centro sin financiación pública. Y esto porque la Constitución equipara, en este aspecto únicamente, a los centros públicos y a los centros privados sostenidos con fondos públicos en la necesaria participación de la comunidad educativa –profesores, padres y, en su caso, alumnos– en el control y gestión de los centros. Estas facultades no podrían dar lugar, de ninguna manera, al cambio del ideario o carácter propio por una comunidad educativa pasajera o temporal, teniendo como actor necesario de un potencial cambio de ideario al titular del centro. Además, consideramos que la participación por parte de los alumnos debería formar parte de las obligaciones de los centros privados igualmente, aunque de una forma más laxa, y esto es debido a que esta participación tiene como fundamento y objeto la formación en valores democráticos, a través de la intervención en asuntos que les pueden afectar directamente, de los educandos, como objeto, igualmente, del artículo 27.2 CE. Sin embargo, es una visión que el Legislador postconstitucional no ha compartido.

Educación diferenciada y conciertos públicos

5. El artículo 27.2 CE es el objeto y fin último de la constitución educativa. El constituyente asumió la tarea de orientar a la sociedad, presente y futura, hacia su total desenvolvimiento, previendo una educación cuyo objeto fuese el pleno desarrollo de los educandos en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. Esto no significa otra cosa que todo el sistema educativo ha de girar en torno al desarrollo de los educandos. Cualquier política legislativa o estrategia formativa ha de estar encaminada hacia este objetivo. El resto del artículo 27 CE no es sino un instrumento al servicio del segundo apartado, del pleno desarrollo de la personalidad del educando. Y con ello, a su vez, se logrará el libre desarrollo de la persona, que es fundamento del orden político y de la paz social –artículo 10.1 CE–.

Además, para que el pleno desarrollo se realice dentro de los límites constitucionales, se prevé una educación en y de derechos humanos. Eso significa que es necesario instruir a los educandos en los valores y principios constitucionales, dando a conocer sus derechos y obligaciones para poder ejercer plenamente todas las potestades que el ordenamiento jurídico les otorga.

6. La distinción entre la educación y la enseñanza ha sido, igualmente, objeto de atención específica. Si ambos conceptos, en la pedagogía, pueden llegar a constituir fenómenos distintos, desde un punto de vista jurídico-constitucional se ha utilizado su diferenciación únicamente con objeto de limitar las libertades educativas, bajo una supuesta legitimidad pedagógica, para la que la educación sería un concepto más amplio, de transmisión de valores, mientras que la enseñanza sería la formación en conocimientos técnicos. No podemos separar ambos conceptos jurídicamente de una forma racional. Si para la pedagogía ya es difícil la delimitación, al no poder existir una formación sin la valoración propia del profesor en su libertad de cátedra –y con ello,

ciertamente, transmite valores—, más complejo aún se torna el asunto desde una perspectiva jurídica.

Desde un plano jurídico-constitucional, tal y como hemos expuesto, el derecho a la educación lo conformaría, a grandes rasgos, el derecho-deber a recibir una enseñanza básica obligatoria de forma gratuita mientras que la libertad de enseñanza abarcaría el derecho de elección de tipo educativo, la libertad de creación y dirección de centros docentes, la libertad de dotar al centro de ideario propio y la intervención de la comunidad escolar en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos, además de la libertad de cátedra. Con ello comprobaremos que el derecho-deber a recibir enseñanza, atendiendo al proceso educativo, consiste en la instrucción en conocimiento y la formación en valores, con el objetivo del pleno desarrollo de la personalidad humana. Mientras que en la libertad de enseñanza se encuentran libertades típicamente asociadas al fenómeno educativo, como son la formación en valores, creencias e ideales propios del centro docente.

Por lo que la distinción entre educación y enseñanza sólo podría llevarse a cabo en un plano lógico-funcional, abstrayéndose de la realidad, pero poco práctico y conveniente para la delimitación jurídica, y más aún cuando con ello, lo que se intenta, es la limitación de las libertades educativas.

7. Para educar y enseñar es preciso, a nuestro entender, tener la posibilidad de elegir entre múltiples opciones educativas, es decir, encontrarnos ante un sistema educativo plural en cuanto a su oferta y sus centros docentes. No nos vale una «escuela única plural», «pluralismo en la escuela», sino es necesaria una «pluralidad de escuelas». Una escuela única plural supone el monopolio estatal de la prestación del servicio educativo, aun cuando dentro de esta las opciones sean plurales. En todo caso, la necesaria neutralidad del servicio educativo hará imposible una

Educación diferenciada y conciertos públicos

verdadera pluralidad dentro de los centros. Con la pluralidad en las escuelas, los individuos y los grupos en los que se integran podrán ver realizadas sus expectativas de una forma real y efectiva, a través de la escolarización en un centro docente acorde con sus convicciones, sin conllevar una anulación de los derechos fundamentales y libertades públicas que ostentan las personas individualmente consideradas, es decir, con la necesaria pluralidad en los centros además de multiplicidad de centros. Con ello se resguarda de la posibilidad de la existencia de un monopolio educativo a la vez que se fomenta y se asegura un verdadero régimen de libertades educativas.

8. Esta visión de escuela única/escuelas plurales va íntimamente ligada a la concepción de la educación como servicio público. Desde la Ley General de Educación de 1970 el Legislador ha entendido la educación como un servicio público. En todo caso, este concepto no es unívoco, sino que ni la mejor doctrina es capaz de formalizar una conceptualización del servicio público que abarque toda la actividad pretendida a la vez que las formas de actuación de los poderes públicos.

Existen diversas manifestaciones del servicio público. Por un lado, tenemos el concepto de servicio público en sentido estricto o subjetivo. A través de esta conceptualización, el Legislador, mediante la *publicatio* de una actividad, se asegura la titularidad de un servicio esencial, algo permitido por el artículo 128.2 CE. En todo caso, no tendría por qué prestar el servicio directamente a través de sus propios órganos, sino que podría dejarlo en manos de un tercero, el cual sería un simple gestor de una actividad de titularidad pública y la Administración tendría que otorgarle una concesión administrativa para dicha actividad.

Por otro lado, el concepto de servicio público en sentido amplio, virtual, impropio u objetivo amplía las posibilidades de los poderes públicos. Se caracteriza por una especial incidencia de un

determinado servicio esencial en la sociedad, por lo que las Administraciones Públicas estarían facultadas a ejercer, en aras del bien común, un régimen de policía especialmente intenso sobre esa actividad, sin la necesidad de reservar el Legislador la titularidad de dicha actividad a ningún poder público a través de *publicatio*, con lo que los sujetos privados que quieran ejercer esta actividad no serán meros gestores, sino titulares de la misma con autorización administrativa.

A través de este concepto sí es posible conceptualizar la educación como servicio público, ya sea en su vertiente pública, ya sea en la privada concertada, y siempre y cuando el régimen al que se vean sometidos los centros privados concertados no sea tan intenso que pierdan su propia identidad, sin un margen de actuación, debiendo preservar el Legislador el contenido esencial del derecho de dirección de los centros docentes. Los centros privados sin financiar, por otro lado, no están sujetos a la proclamación de su actividad como de servicio público. Es innegable que realizan un servicio esencial, pero la conceptualización como servicio público provocaría una mayor intromisión de las Administraciones Públicas en su actividad, que es eminentemente privada. Sin perjuicio de las competencias de las administraciones educativas en la programación general de la enseñanza y la inspección y homologación del sistema educativo, los centros privados sin sostenimiento público estarán libres de injerencias en este extremo.

9. En el actual Estado de las Autonomías, las Comunidades Autónomas han ido adquiriendo cada vez mayor protagonismo. En materia educativa, hay que destacar que no todas las Comunidades gozaron de las mismas competencias *ab initio*. A raíz de los Acuerdos Autonómicos de 28 de febrero de 1992, las posteriores reformas estatutarias y los Reales Decretos de transmisión de competencias, los distintos entes autonómicos han adquirido las mismas potestades educativas. En todo caso, el Estado tiene reservadas las competencias otorgadas tanto por el artículo 149.1 CE (apartados 1 y 30) como las

Educación diferenciada y conciertos públicos

derivadas indirectamente del artículo 81.1 CE. El Estado tendrá competencia para el desarrollo del contenido básico del artículo 27 CE y para el desarrollo de los elementos esenciales de los derechos y libertades fundamentales educativas, en una suerte de círculo concéntrico en el cual, en el círculo exterior, encontraríamos las competencias básicas estatales respecto al artículo 27 CE, y en el interior estaría el desarrollo del derecho fundamental que ha de ser regulado a través de Ley Orgánica, con lo que toda la materia desarrollada por Ley Orgánica es, a su vez, desarrollo del artículo 27 CE y, por ello, competencia del Estado a través del art. 149.1.30 CE, aunque no toda la legislación básica del artículo 27 CE formará parte del desarrollo del contenido del derecho fundamental a la educación y la libertad de enseñanza.

En el ánimo expansivo de las competencias autonómicas, en la última oleada de modificaciones estatutarias, los Estatutos de Autonomía «de nueva o segunda generación» han protegido determinados derechos sociales en materia educativa, algo que parte de la doctrina ha puesto en entredicho al poder vulnerar, principalmente, el artículo 149.1.1 CE que, como ya hemos indicado, es de competencia exclusiva estatal. No obstante, las Comunidades Autónomas, si bien no estatutariamente, sí habían previsto con anterioridad legislación autonómica con contenido jurídico-social, por lo que su previsión estatutaria lo que conlleva es la elevación del estatus jerárquico, y no una novedad plena en cuanto a su regulación. En todo caso, su contenido será informador del desarrollo normativo autonómico, vinculando a los poderes públicos autonómicos *ex nunc*.

10. Una de las competencias en materia educativa adquiridas por las Comunidades Autónomas es la de creación de centros docentes, sin perjuicio de la facultad que tienen estas de realizar convenios con corporaciones locales para que se encarguen de la erección y funcionamiento de los centros. Sin embargo, existe una fuerte

controversia en torno a quién tiene la prioridad en la creación de centros docentes: si las administraciones educativas o si los sujetos privados.

El constituyente previó dos apartados, en el artículo 27 CE, para la creación de centros docentes. Uno para los sujetos privados – apartado 6– y otro para los poderes públicos – apartado 5–. En aras de la búsqueda de la red dual deseada por el constituyente, y ampliamente defendida aquí, no creemos que quisiera otorgarle prioridad a unos ni a otros.

En primer lugar, una prioridad absoluta de las administraciones educativas podría dar lugar a coartar las libertades educativas, al no permitir la creación de nuevos centros docentes por parte de los sujetos privados que pretendiesen prestar el servicio público educativo, es decir, ser financiados. Ello podría conllevar la potencial supresión de los centros docentes privados concertados, con lo que las administraciones educativas se asegurarían el monopolio educativo, a través de su red pública de centros docentes.

Tampoco es posible la defensa de un pretendido principio de subsidiariedad en la creación de los centros docentes por parte de los poderes públicos respecto de los sujetos privados, mediante el cual aquellos sólo podrían intervenir cuando no lo hayan hecho estos. Y no se puede admitir debido a que el constituyente ha colocado al mismo nivel, en la red dual gratuita, a ambos tipos de centros. Y con el mismo fundamento anterior, pero a la inversa: la imposibilidad de un monopolio –u oligopolio– de centros docentes de carácter privado, sin posibilidad de elección del centro público por parte de los padres para sus hijos, tal y como resguarda el artículo 27.3 CE.

Los centros públicos y los privados concertados prestan ambos el mismo servicio público educativo y han de estar al mismo nivel de seguridad jurídica y de preferencia en la erección de centros, sin que la creación de un tipo de centro pueda perjudicar directamente a los

Educación diferenciada y conciertos públicos

otros, siempre y cuando haya oferta educativa amplia, ya que de otra manera podrían vulnerarse los derechos y libertades educativas.

11. Y para hacer efectiva esta dualidad de centros gratuitos es necesaria la financiación de los centros privados concertados. Esta se llevará a cabo a través del mandato constitucional previsto en el apartado noveno del artículo 27 CE, que, de forma imperativa y no simplemente retórica –STC 77/1985, FJ 11–, asegura la financiación de los centros privados que reúnan los requisitos que la ley establezca.

Esta ayuda podrá ser total o parcial, ya que será consecuencia, a su vez, de lo que el Legislador haya establecido respecto a la prestación directa o indirecta del servicio educativo. Si la prestación es eminentemente directa –prescindiendo de los centros públicos en este caso– a través, por ejemplo, del «cheque escolar», está claro que la ayuda a los centros será parcial, debido a que el grueso de la financiación la obtienen indirectamente, a través de los vales entregados por los alumnos. En cambio, si el Legislador opta por una prestación indirecta del servicio educativo de forma predominante, significará que prefiere ayudar de forma total a los centros privados que prestan el servicio público educativo, para que puedan ofrecer la educación básica obligatoria de forma gratuita.

La financiación se presta en base a la efectividad de los derechos y libertades educativas tanto desde el punto de vista de los centros docentes, como de los educandos así como de la comunidad educativa, la sociedad en su conjunto, ya que el avance educativo y el ejercicio de las libertades públicas a todos afectan y benefician. Todo ello se realizará bajo determinados requisitos, los cuales no quedan a la discrecionalidad del Legislador, sino que el propio constituyente los ha previsto en el irreductible artículo 27 CE y el Tribunal Constitucional ha reafirmado – STC 86/1985, FJ 3–. Estos requisitos los concretamos, de una parte, en los que han de cumplir los centros docentes para optar a la

financiación y, por otra, los límites infranqueables por parte del Legislador relativo a los requisitos a imponer.

Respecto a los centros docentes, tendrán que ser capaces de satisfacer el derecho a la educación en un marco de libertades educativas y de forma gratuita. Además, tendrán que contribuir con el objeto constitucional de la educación establecido en el artículo 27.2 CE y respetar las convicciones de los padres o tutores de los menores, así como de estos. Asimismo, al estar sostenidos con fondos públicos, los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de los centros docentes, en los términos que la ley establezca, a tenor del artículo 27.7 CE, comprometiéndose, en todo caso, al respeto de los derechos y libertades educativas no sólo de los padres y alumnos, sino también de sus propios empleados, y más concretamente de sus profesores, respetando la libertad de cátedra debidamente protegida. En relación a la escolarización del alumnado, habrán de respetar los principios de igualdad de oportunidades y no discriminación, no pudiendo establecer más criterios de ingreso que aquellos derivados de su ideario propio, constitucionalmente garantizado, siempre y cuando, obviamente, este no sea discriminatorio. Y los programas educativos tendrán que ser debidamente homologados por las administraciones educativas competentes.

El Legislador, por su parte, ha de respetar el pluralismo debido, como principio inspirador e informador de todo el ordenamiento jurídico a través del artículo 1.1 CE y «promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas», removiendo «los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud» –artículo 9.2 CE–. Ha de comprometerse a promover las libertades educativas a través de la financiación expansiva de los centros docentes y a respetar la autonomía de los mismos y, con ello, el proyecto educativo, ideario o carácter propio de los centros que sean financiados, permitiendo, entre otras cosas, la admisión del

Educación diferenciada y conciertos públicos

alumnado en estos establecimientos docentes por afinidad con su ideario propio.

Con estos requisitos, constitucionalmente admitidos, se asegurará una red dual, gratuita y plural, en la que poder desarrollarse los educandos y ejercitar sus derechos y libertades educativas de una forma plena y garantizada.

12. Con esta red dual se pone de relevancia una controversia respecto al tratamiento debido a los centros privados concertados con respecto a los centros públicos. Tradicionalmente se han asemejado los centros privados concertados a los públicos en virtud del origen de su financiación y no respecto a su naturaleza. El colegio concertado es, ante todo, un colegio privado. Es verdad que recibe financiación pública y, con ello, pasa de ser una escuela que brinda servicios educativos remunerados a formar parte de la red dual gratuita de servicio público educativo. Por ello será necesario que cumplan determinados requisitos, como es la intromisión de las administraciones educativas para el aseguramiento de los recursos recibidos y la escolarización de alumnado que, por necesidades especiales, hayan de ver satisfecho su derecho fundamental a la educación, viniendo obligados estos centros a su admisión, teniendo que aceptar, en todo caso, el ideario del centro los educandos admitidos. Pero nunca podrá vulnerar su contenido esencial a la dirección del centro docente, así como intromisiones excesivas de las administraciones educativas, ya que la Constitución no prevé nada al respecto, sino que lo que asegura es la participación de la comunidad educativa –profesores, padres o tutores y alumnos– en el control y gestión del centro docente, pero no de la administración educativa.

Por tanto, los centros privados concertados han de ser tratados conforme a su naturaleza y no respecto a su financiación, es decir, más privados que públicos, en aras del mantenimiento de las libertades educativas, sin suponer una total libertad de autonomía de los

centros privados, los cuales tendrán que asegurar la prestación de los servicios educativos en condiciones de igualdad de oportunidades y no discriminación, bajo unas mínimas limitaciones, pero podrán asegurar su carácter propio y autonomía frente a restricciones injustificadas por parte de los poderes públicos.

13. En los últimos años viene acentuándose una contraposición clara a la red dual de centros o, mejor dicho, directamente a los centros docentes, vistos desde una perspectiva formal. El *homeschooling* apuesta por una educación de los menores en el seno del núcleo familiar, bien directamente impartida por los padres, bien por estos apoyados por profesionales especializados, pero fuera de los centros escolares o, hasta cierto punto, a través del denominado *flexischooling*, la existencia de un horario flexible para acudir a las clases que interesen a los padres mientras que el resto de materias necesarias se imparten en el hogar.

El *homeschooling* comparte con la educación diferenciada el deseo de hacer valer el derecho de los padres a elegir el tipo de educación para sus hijos con la certeza de que es necesaria una diferenciación de cada una de las personas, al ser diferentes todas, unas de otras, y tener unas necesidades e inquietudes específicas. Para cierto sector del *homeschooling* también pueden llegar a congregarse ciertos grupos reducidos de alumnos, en atención a la mejor socialización y educación específica que, igualmente, podrían ser todos del mismo sexo, participando en el desarrollo de la personalidad de los educandos en similar sentido a como lo hace la educación *single-sex*.

14. La educación diferenciada es un modelo educativo específico que trata a los educandos en razón de su sexo debido a las distintas necesidades psicobiológicas y de maduración personal de los diferentes sexos, para adaptarse a las dispares actitudes, intereses, aptitudes y ritmo de crecimiento de chicas y chicos, pudiéndose llevar a cabo a través de la separación radical de centros escolares o en diferentes aulas para

Educación diferenciada y conciertos públicos

chicas y chicos, a fin de conseguir los objetivos antedichos y sin que pueda suponer ningún tipo de privilegio para ninguno de los sexos, dotando a los distintos centros, o las diferentes aulas, de las mismas condiciones físicas, tecnológicas y pedagógicas, contando con profesionales de equivalente competencia docente y con programas de estudio similares, aun adaptados a los distintos ritmos de maduración y comprensión educativas, prescindiendo de cualesquiera connotaciones religiosas, morales o ideológicas. Es, principalmente, un modelo pedagógico que, según sus valedores, se justifica primordialmente por la búsqueda de la excelencia académica y personal.

Muchas son las implicaciones positivas que, según los expertos educadores y psicólogos, puede conllevar la educación a través de este modelo, como una cultura centrada en el aprendizaje, la no creación de estereotipos de género y consecuente mejora en la igualdad entre sexos, mayor sensibilidad respecto al otro sexo y seguridad y reforzamiento personal. A su vez, otros investigadores del ámbito educativo achacan a este modelo la falta de competencias y problemas sociales que genera, el reforzamiento del sexismo y la discriminación económica.

Pedagógicamente hablando, no hay ningún estudio concluyente que incline definitivamente la balanza a favor o en contra de la educación diferenciada, por lo que, a nuestro entender, han de ser las familias las que escojan lo que consideran mejor para sus hijos. Sin embargo, jurídicamente sí se le ha reprochado a este modelo pedagógico incluso tachas de inconstitucionalidad.

15. Una de las pretendidas tachas de inconstitucionalidad que se le atribuye a la educación diferenciada es la relativa a la discriminación que genera, por escolarizar por sexos a niñas y a niños de forma separada. Al contrario del argumento de que es discriminatorio por el simple hecho de separar por sexos, consideramos que la escuela

monoeducativa goza de amplio respaldo en nuestra Carta Magna, principalmente a través de textos internacionales que, como sabemos, han de servir para la interpretación de los derechos y libertades fundamentales a través del artículo 10.2 CE.

Son diversos los textos internacionales que, directa o indirectamente, legitiman la educación diferenciada. Empezando por el artículo 2 de la Convención Relativa a la Lucha Contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, de 1960, la cual admite expresamente la educación diferenciada, sin considerarla discriminatoria –siendo el único texto internacional que conceptualiza la discriminación en materia educativa en su artículo primero–, y siguiendo por la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, de 1979, que, al tomar como base la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer, de 1967, insta a fomentar la educación mixta sin olvidarse de que otros tipos de educación pueden ayudar a la eliminación de los estereotipos sexistas, como vimos que podía ocurrir en la educación diferenciada –artículo 10 CETFDCM–, además de prever la posibilidad de una educación distinta a la mixta –artículo 9 DEDCM–.

Además de otros textos internacionales en los que se condena la discriminación por razón de sexo pero nada se dice contra la educación diferenciada, la Directiva del Consejo 2004/113/CE, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro, excluye expresamente la educación del ámbito de actuación de dicha Directiva. Países de nuestro entorno como Alemania y Francia, en la transposición de la mencionada Directiva, legitiman directa o indirectamente la educación diferenciada, a través del propio texto legislativo o de la interpretación que, como en el caso alemán, realiza el Tribunal Supremo Federal.

Educación diferenciada y conciertos públicos

En España, la Directiva 2004/11/CE se transpone mediante la Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, la cual no menciona la educación diferenciada. Sí lo hacía, sin embargo, el Proyecto de Ley de Igualdad de Trato y de No Discriminación, no aprobado finalmente, y que excluía la concertación de los centros educativos que practicasen el modelo pedagógico de educación diferenciada, sin explicitar, en ningún momento, que este fuese discriminatorio, por lo que no daba motivos para su exclusión, pudiendo generar, de esta manera, una latente discriminación a los colegios que han escogido como carácter propio la educación para un solo sexo, al no tener una justificación objetiva y razonable de dicha exclusión si ambos tipos de educación, como se ha comprobado, cumplen los mismos requisitos y son legítimos y constitucionales. Por lo que no hay razones para calificar a la educación diferenciada de discriminatoria.

16. Además, consideramos que este modelo pedagógico puede cumplir correctamente con el ideario educativo constitucional. No hay razones, ni conclusiones socio-pedagógicas, que inviten a pensar que a través del modelo de educación diferenciada el discente no satisface los objetivos del artículo 27.2 CE ya que a ambos sexos se les otorgarán las mismas oportunidades, aunque sea de forma separada, y el modelo pedagógico tendrá que ir encaminado al pleno desarrollo de la personalidad, como indica el mencionado artículo, debiendo impartir, en todo caso, una educación en y de derechos humanos.

17. Quizá, uno de los mayores problemas a la hora de aceptar la educación diferenciada como modelo legítimo es la falta de ordenación jurídica en España. A diferencia de otros lugares como en Reino Unido, en derecho interno no existe una norma que conceptualice qué es la educación diferenciada y por qué es tan legítima y aceptable como el modelo mixto de educación. Con la llegada de la LOMCE, esta situación se revierte de alguna manera, al legitimar, de una forma directa, a la educación diferenciada, aun sin conceptualizarla, y remitiéndose al

artículo 2 de la Convención Relativa a la Lucha Contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 1960 que es, ciertamente, el único texto al que podemos acudir para suplir las carencias de nuestro ordenamiento jurídico respecto a esta materia educativa en concreto.

18. Con el ánimo de cumplir los requerimientos constitucionales de expansión de todo tipo de libertades fundamentales que otorga la propia Carta Magna, y considerando la necesidad de una sociedad plural, en la que los poderes públicos han de promover la igualdad real y efectiva, dentro de esa pluralidad, no podemos pensar otra cosa sino en que el sistema constitucional en su conjunto legitima todas las opciones educativas que sean acordes con los preceptos consagrados constitucionalmente, algo que ocurre con la educación homogénea por razón de sexo. Podríamos considerar que privar de legitimidad a este tipo de educación supondría desconocer los principios inspiradores del Estado social y democrático de Derecho así como las libertades fundamentales de los ciudadanos.

19. Es debido a esa legitimidad constitucional de la educación diferenciada por la cual consideramos que se debe proteger la financiación de este tipo de centros privados, al cumplir una importante función social en un ámbito concreto en el que las administraciones educativas se han desentendido por completo, al no realizar una prestación directa de los derechos educativos en un entorno separado por sexos. Es el bien del educando el que busca la Carta Magna. Es el bien del discente el que, según los expertos en el ámbito psicopedagógico y social defensores de la monoeducación, busca el modelo pedagógico de la educación diferenciada. Y al poder cumplir los requisitos constitucionales para poder ser financiados con fondos públicos, el Legislador no puede ir más allá e imponer requisitos concretos que no puedan ser cumplidos por estos centros específicamente, pudiendo provocar indefensión e incluso discriminación por motivos ideológicos.

Educación diferenciada y conciertos públicos

20. A partir de la STS de 24 de febrero de 2010, se considera que la educación diferenciada no puede recibir financiación al prohibir el artículo 84.3 LOE la discriminación por razón de sexo en la escolarización del alumnado –la LOMCE no ha modificado el tenor literal de dicho precepto, aun cuando ha introducido la confirmación de que la educación diferenciada no discrimina–. Sin embargo, el mismo Tribunal Supremo, en la misma sentencia y posteriores, afirma que no se discute la licitud de un modelo pedagógico como el de la educación diferenciada, tan legítimo como la educación mixta, pero se le excluye a la misma de la financiación, por discriminatoria.

Debemos sostener algunas reticencias respecto al planteamiento que realiza el Tribunal Supremo en este extremo, al considerar legítimo y lícito un modelo pedagógico que a la vez, dice, es discriminatorio. No podemos entender que un modelo sea discriminatorio si es financiado con fondos públicos pero no lo sea si las personas que acuden al mismo lo costean directamente con sus propios recursos económicos. En el caso de una verdadera discriminación, el modelo pedagógico de educación diferenciada no tendría que ser excluido de las posibilidades de financiación con fondos públicos, sino expulsado directamente del sistema educativo, al entrar en contradicción directa con la Constitución además de no cumplir con los objetivos constitucionales educativos. La única discriminación que encontramos en este supuesto es considerar que quien se pueda pagar la educación diferenciada puede acudir a ella y quien no la pueda pagar verá insatisfechas sus legítimas pretensiones, al entrar en contradicción directa con la prohibición de discriminación por motivos sociales o económicos previstos en los artículos 14 CE y 2.1 DUDH.

También se ha intentado justificar la exclusión de la financiación de este modelo pedagógico a través de la falta de cumplimiento del ideario educativo constitucional, algo que no nos es posible compartir por el mismo argumento lógico: si incumple el ideario

educativo constitucional no es que no pueda ser financiado, es que no pueden ser homologadas sus enseñanzas. Es un requisito *sine qua non* de una correcta administración educativa, por lo que no consistirá únicamente en privar de financiación a esos centros, sino en no homologarlos al no cumplir con los requisitos constitucionalmente previstos.

Tampoco creemos que pueda formar parte la exclusión de la financiación de estos centros de una mera política legislativa. El Legislador no puede actuar de forma arbitraria, discriminando a un tipo de educación por el mero hecho de sentir algún tipo de animadversión ideológica a la misma, si no existen causas claras para dejar de financiarlos, ya que consideramos que los textos supralegales pueden llegar a amparar la financiación de este legítimo modelo. Y si las citadas causas existen, por contravención de preceptos constitucionales, la solución no consiste en la falta de financiación, sino en la –reiterada– expulsión del sistema educativo por falta del cumplimiento de los objetivos constitucionales educativos. Pero esto es algo que creemos que el Legislador difícilmente puede considerar, después del estudio pormenorizado de los textos internacionales así como de la política legislativa comparada.

21. La legitimidad del modelo de educación diferenciada permite la oferta de la misma. El modelo público de educación determina que los centros pertenecientes a las administraciones educativas han de ser neutros, es decir, no pueden tener una inclinación ideológica más allá del objeto constitucional educativo previsto en el artículo 27.2 CE. Como hemos podido comprobar, la educación diferenciada no difiere, en este extremo, de la educación mixta, al tener los mismos objetivos. Dentro de la autonomía pedagógica que ostenta cada centro docente, consideramos del todo posible la impartición de la educación diferenciada por sexos en los centros públicos, sin contravenir de esta manera la necesaria neutralidad docente, como ocurre en países como en Estados Unidos,

Educación diferenciada y conciertos públicos

donde en los últimos años ha crecido la oferta del modelo diferenciado por sexos en escuelas públicas, así como en distintos países de nuestro entorno geográfico.

Este sí es, a nuestro entender, un tema de política legislativa, no pudiendo imponer a los poderes públicos la creación y mantenimiento de escuelas diferenciadas por sexos. Por ello, y como han de ofertar dicho tipo educativo, creemos que es necesaria la búsqueda de una financiación adecuada para los centros de iniciativa social que respondan a este tipo de necesidades sociales. Sólo así podremos disfrutar de un sistema educativo acorde con la Constitución, en el que se eduquen los menores en un ambiente democrático, plural y en libertad.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES CITADAS

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 5/1981, de 13 febrero (RTC\1981\5).

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 25/1981, de 14 julio (RTC\1981\25).

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 26/1981, de 17 julio (RTC\1981\26).

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 6/1982, de 22 febrero (RTC\1982\6).

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Auto núm. 276/1983, de 8 junio (RTC\1983\276 AUTO).

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 107/1984, de 23 de noviembre (RTC\1984\107).

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 47/1985, de 27 de marzo (RTC\1985\47).

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 53/1985, de 11 abril (RTC\1985\53).

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 77/1985, de 27 junio (RTC\1985\77).

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 86/1985, de 10 julio (STC\1985\86).

Rafael Báez Serrano

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 159/1986, de 12 diciembre (RTC\1986\159).

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 26/1987, de 27 febrero (RTC\1987\26).

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia núm. 217/1992, de 1 diciembre (RTC\1992\217).

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 127/1994, de 5 mayo (RTC\1994\127).

Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 260/1994, de 3 octubre (RTC\1994\260).

Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Auto núm. 382/1996, de 18 diciembre (RTC\1996\382 AUTO).

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 173/1998 de 23 julio (RTC\1998\173).

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 31/2010, de 28 junio (RTC\2010\31).

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 236/2007, de 7 de noviembre de 2007. (RTC\2007\236).

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 247/2007, de 12 diciembre (RTC\2007\247).

Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia núm. 133/2010, de 2 diciembre (RTC\2010\133).

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 111/2012, de 24 mayo (RTC\2012\111).

Educación diferenciada y conciertos públicos

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 155/2015, de 9 julio (JUR\2015\196157).

Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia núm. 176/2015, de 22 julio (JUR\2015\198124).

COMISIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

Comisión Europea de Derechos Humanos, *LEUFFEN* c. Alemania, Application No. 19844/92.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Relativo a determinados aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica* c. Bélgica. Sentencia de 23 julio 1968 (TEDH\1968\3).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen* c. Dinamarca. Sentencia de 7 de diciembre de 1976 (TEDH\1976\5).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Young, James y Webster* c. Reino Unido. Sentencia de 13 agosto 1981 (TEDH\1981\3).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Campbell y Cosans* c. Reino Unido. Sentencia de 25 febrero 1982 (TEDH\1982\1).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Costello-Roberts* c. Reino Unido. Sentencia de 25 marzo 1993 (TEDH\1993\17).

Rafael Báez Serrano

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Konrad* c. Alemania.
Sentencia de 11 de septiembre de 2006.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso *Folgerø y otros* c.
Noruega. Sentencia de 29 de junio de 2007 (TEDH\2007\53).

Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª). Caso *Orsus y otros*
c. Croacia. Sentencia de 17 julio 2008 (TEDH\2008\49).

TRIBUNAL SUPREMO

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia de
20 marzo 1985 (RJ\1985\1416).

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo). Sentencia de
16 diciembre de 1985 (RJ 1985-6273).

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª).
Sentencia de 24 octubre 1989 (RJ\1989\8390).

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª).
Sentencia de 18 octubre 1990 (RJ\1990\7742).

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª).
Sentencia de 18 octubre 1990 (RJ\1990\7968).

Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia de 30 octubre de 1994
(RJ\1994\8334).

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª).
Sentencia de 24 marzo 1997 (RJ\1997\2447).

Educación diferenciada y conciertos públicos

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª).
Sentencia de 26 de marzo de 1999 (RJ\1999\3263).

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª).
Sentencia de 21 julio 2000 (RJ\2000\6172).

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

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

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª).
Sentencia de 11 febrero 2009 (RJ\2009\1878).

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

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

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª).
Sentencia de 24 julio 2012 (RJ\2012\8306).

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª).
Sentencia de 9 octubre 2012 (RJ\2012\9800).

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª).
Sentencia de 14 enero 2013 (RJ\2013\2366).

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª).
Sentencia de 15 enero 2013 (RJ\2013\1865).

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª).
Sentencia de 21 enero 2013 (RJ\2013\1229).

Rafael Báez Serrano

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª).

Sentencia de 22 enero 2013 (RJ\2013\1894).

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª).

Sentencia de 26 febrero 2013 (RJ\2013\2646).

Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª).

Sentencia de 23 junio 2014 (JUR\2014\184069).

BIBLIOGRAFÍA

- ___ (1984): «Las actas de la ponencia constitucional», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 2, pp. 251-419.
- AGOUÉS MENDIZÁBAL, Carmen (2000): *El régimen jurídico de los centros docentes de educación no universitaria*, Granada, Comares.
- ALÁEZ CORRAL, Benito (2003): *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos.
- ALÁEZ CORRAL, Benito (2006): «El derecho a la educación del menor como marco delimitador de los criterios de admisión a los centros escolares sostenidos con fondos públicos», en SANCHO GARGALLO, Miguel Ángel (dir.): *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Madrid, Fundación Europea Sociedad y Educación, pp. 89-106.
- ALÁEZ CORRAL, Benito (2008a): «Caso Folgerø y respeto a las convicciones morales de los padres en materia educativa», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 3, pp. 13-29.
- ALÁEZ CORRAL, Benito (2008b): «La solidaridad como principio interpretativo constitucional necesario para la efectividad del derecho a la educación», en DE ESTEBAN VILLAR, Mercedes (coord.): *Principio de solidaridad y educación. II Encuentros sobre Estudios Jurídico-Políticos en Educación*, Madrid, Fundación Europea Sociedad y Educación, pp. 87-101.
- ALÁEZ CORRAL, Benito (2009a): «El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo de la financiación pública», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86, pp. 31-64.

ALÁEZ CORRAL, Benito (2009b): «Ideario educativo constitucional y respeto a las convicciones morales de los padres: a propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo sobre “Educación para la ciudadanía”», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 5, pp. 1-22.

ALÁEZ CORRAL, Benito (2009c): «Límites constitucionales a la educación diferenciada por razón de sexo en los centros escolares sostenidos con fondos públicos», en AGUILERA VAQUÉS, Mar (dir.): *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Jordi Solé Tura*, Madrid, Cortes Generales, pp. 995-1014.

ALÁEZ CORRAL, Benito (2011): «El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 17, pp. 91-129.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (2010): «La educación en el Estado social y democrático de Derecho. El ideario educativo en la Constitución Española» en PRESNO LINERA, Miguel Ángel y SARLET, Ingo Wolfgang, (eds.): *Los Derechos Sociales como Instrumento de Emancipación*, Cizur Menor (Navarra), Aranzadi, pp. 167-186.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (2011): «La paradoja de la educación – adoctrinar para garantizar la libertad», *Direitos Fundamentais e Justiça*, núm. 14, pp. 13-38.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (2012a): «La redefinición democrática del modelo educativo como objeto del derecho a la educación», en VVAA: *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 447-464.

Educación diferenciada y conciertos públicos

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (2012b): «Fines educativos y sociedades paralelas. Estructura y naturaleza normativa de los fines educativos en un sistema democrático», en GUTIÉRREZ, Ignacio y PRESNO, Miguel Ángel (eds.): *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Granada, Comares, pp. 219-248.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (2012c): «Dilemas jurídicos en la educación en una Europa multicultural. Formar en el pluralismo o en la tradición cultural occidental», *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, núm. 7, pp. 393-427.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, Leonardo (2015): «La delimitación jurisprudencial cívico-democrática del derecho a la educación en la CE de 1978», en BUSTOS GISBERT, Rafael, FERNÁNDEZ DE FRUTOS, Marta y FOSSAS ESPADALER, Enric (dirs.): *La protección jurisdiccional de los derechos. Actas del XI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 497-533.

ÁLVAREZ VÉLEZ, María Isabel y ALCÓN YUSTAS, María Fuencisla (2003): «Breve estudio sobre la situación jurídica del derecho a la educación», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 60, pp. 221-240.

ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, Fernando (2012): «Derechos sociales fundamentales: igualdad y educación», en VVAA: *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, pp. 611-630.

ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (1978): *La Constitución Española de 1978 (comentario sistemático)*, Madrid, Ediciones del Foro.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier (2011): «Educación en valores democráticos y objeción de conciencia», en GARRIDO GÓMEZ, María Isabel y BARRANCO AVILÉS, María del Carmen (eds.):

Libertad ideológica y objeción de conciencia. Pluralismo y valores en derecho y educación, Madrid, Dykinson, pp. 145-162.

AQUINO DE SOUZA, Cristiane (2010): «Las diferentes perspectivas de interpretación de la igualdad relativas al sexo», *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 10, pp. 1-22 [Iustel. Versión on-line].

ARAGÓN REYES, Manuel (2013): «Las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas sobre educación», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 98, pp. 191-199.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar (1992): «Servicio público y libertades públicas», en *VVAA: Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del siglo XX. Homenaje al profesor Garrido Falla*, vol. II, Madrid, Editorial Complutense, pp. 1315-1336.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar (2004): *Principios de Derecho Público Económico (Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación Económica)*, Granada, Comares.

ARZAMENA LASO, Ángel y ALCANTARILLA HIDALGO, Fernando J. (2001): «Los conciertos educativos», en *VVAA: Aspectos administrativos del derecho a la educación. Especial consideración de las universidades públicas*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 76-145.

ASENSIO SÁNCHEZ, Miguel Ángel (2012): «La educación en casa o *homeschooling* en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Foro, Nueva época*, vol. 15, núm. 2, pp. 185-212.

BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (1984): «La educación en la Constitución de 1978 (una reflexión conciliadora)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 12, pp. 23-65.

Educación diferenciada y conciertos públicos

- BARRERO ORTEGA, Abraham (2006): *La libertad religiosa en España*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- BARRERO ORTEGA, Abraham (2009): «Sentencias de 26.06.2007, Folgero y otros c. Noruega, 15472/02, y de 09.10.2007, Hasan y Eylem c. Turquía, 1448/04 – Objeción de conciencia de los padres a educación con implicaciones morales – Enseñanza religiosa obligatoria», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 32, pp. 259-274.
- BARRERO ORTEGA, Abraham (2011): «Educación y ciudadanía democrática», en TEROL BECERRA, Manuel José (dir.): *IV Foro Andaluz de los Derechos Sociales. Igualdad e Integración*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 163-174.
- BARRERO ORTEGA, Abraham (2012): «El caso *Lautsi*: la cara y la cruz», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, pp. 379-409.
- BARRERO ORTEGA, Abraham (2013): «Derechos sociales y descentralización política», en SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro; MORAES DA COSTA, Marli Marlene; HENNIG LEAL, Monia Clarissa y HERMANY, Ricardo (coords.): *Derechos sociales en tiempos de crisis*, Sevilla, Punto Rojo, pp. 163-182.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco (2004): «La interpretación de los derechos fundamentales», en VVAA: *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, pp. 57-82.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco (2012): «Colegios de enseñanza diferenciada por sexos y financiación pública», *La Nueva España*, 26 de agosto de 2012 [versión on-line: <http://www.lne.es/opinion/2012/08/26/colegios-ensenanza->

diferenciada-sexos-financiacion-publica/1289255.html] [Última
revisión: 04/08/2015].

BEGUÉ CANTÓN, Gloria (1992): «Libertad de enseñanza», en
DIRECCIÓN GENERAL DEL SERVICIO JURÍDICO DEL ESTADO:
*Los derechos fundamentales y libertades públicas (I): XII Jornadas
de estudio*, Vol. II, Madrid, Ministerio de Justicia, pp. 1207-1232.

BLANQUER, David (2010): *Derecho Administrativo, Vol. 2: los sujetos,
la actividad y los principios*, Valencia, Tirant lo Blanch.

BOBBIO, Norberto (1993): *Igualdad y libertad*, Barcelona, Paidós.

BOBBIO, Norberto (1995): *Derecha e izquierda. Razones y significados
de una distancia política*, Madrid, Taurus.

BOMBILLAR SÁENZ, Francisco Miguel (2011): «El sistema
constitucional del Reino Unido», *Revista de Derecho Constitucional
Europeo*, núm. 15, pp. 139-183.

BORRAJO INIESTA, Ignacio (2002): «El derecho a la educación en
libertad: esquema de interpretación», en VVAA: *La democracia
constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio
Llorente*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2002, pp. 657-670.

BRIONES MARTÍNEZ, Irene María (2010): «Aspectos constitucionales y
jurisprudenciales de la educación en casa. Análisis comparativo
entre Estados Unidos y España», *Primer Congreso Nacional de
Educación en Familia (homeschooling)*, pp. 1-25 [Disponible en:
www.ulia.org/ficv/homeschooling/textos/Irene%20Briones.doc.
Última visita: 06/07/2015].

BRIONES MARTÍNEZ, Irene María (2012): *La libertad religiosa en los
Estados Unidos de América. Un estudio a través del sistema
educativo y de la educación en familia*, Barcelona, Atelier.

Educación diferenciada y conciertos públicos

- BRIONES MARTÍNEZ, Irene María (2014): «Análisis de la Ley Orgánica de Mejora de la Calidad de la Educación y su repercusión sobre la libertad de conciencia y la educación en familia», en BRIONES MARTÍNEZ, Irene María (coord.): *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Madrid, Dykinson, pp. 39-88.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco (2007): «Sí, pueden (Declaraciones de derechos y Estatutos de Autonomía)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 79, pp. 33-46.
- CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael (2014): «Las dificultades para el encaje de la educación en casa en el sistema educativo español», en BRIONES MARTÍNEZ, Irene María (coord.): *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Madrid, Dykinson, pp. 89-98.
- CABALLERO VÁSQUEZ, Ángel (2009): *La dimensión educativa de la Declaración Universal de Derechos Humanos*, Córdoba, Cajasur, Obra Social y Cultural.
- CABO GONZÁLEZ, Carlos (2012): *El homeschooling en España: descripción y análisis del fenómeno*, Oviedo, Universidad de Oviedo [Tesis doctoral] [<http://www.tdx.cat/handle/10803/94200>].
- CALVO CHARRO, María (2006): «La libertad de elección de centro docente. Historia de la conculcación de un derecho fundamental», *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 14, pp. 81-100.
- CALVO CHARRO, María (2007): «Apoyo de la jurisprudencia española a la educación diferenciada como una opción legítima dentro de la libertad de elección de centro docente de los padres», *Diario La Ley*, núm. 6711, pp. 1-11 [Versión on-line. La Ley 1733/2007].

CALVO CHARRO, María (2008): «Régimen de admisión a los centros sostenidos con fondos públicos», en REQUERO IBÁÑEZ, José Luis y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (dirs.): *Los derechos fundamentales en la educación*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, pp. 79 a 115.

CALVO CHARRO, María (2009): *Guía para una educación diferenciada: (enseñando a los niños como niños y a las niñas como niñas)*, Córdoba, Toromítico.

CALVO CHARRO, María (2013): «Los colegios diferenciados por sexo en Estados Unidos: constitucionalidad y actualidad de una tendencia imparable», *UNED, Revista de Derecho Político*, núm. 86, pp. 159-194.

CALVO CHARRO, María (2015): «El tratamiento de la igualdad y la reforma de la enseñanza diferenciada en la LOMCE», en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen (coord.): *Claves de la reforma educativa. A propósito de la nueva Ley Orgánica para la mejora de la calidad educativa*, Madrid, Colex, pp. 153-193.

CÁMARA VILLAR, Gregorio (1988): «Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución Española», en *VVAA: Introducción a los derechos fundamentales: X Jornadas de estudio*, Volumen III, Madrid, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, pp. 2159-2191.

CÁMARA VILLAR, Gregorio (1993): *Votos Particulares y Derechos Fundamentales en la práctica del Tribunal Constitucional Español (1981-1991)*, Madrid, Ministerio de Justicia.

CÁMARA VILLAR, Gregorio (2000): «Constitución y educación (los derechos y libertades del ámbito educativo a los veinte años de vigencia de la Constitución de 1978)», en TRUJILLO, Gumersindo;

Educación diferenciada y conciertos públicos

LÓPEZ GUERRA, Luis y GONZÁLEZ-TREVIJANO, Pedro (dirs.): *La experiencia constitucional (1978-2000)*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 265-306.

CÁMARA VILLAR, Gregorio (2002): «El derecho a la educación», en MONEREO PÉREZ, José Luis; MOLINA NAVARRETE, Cristóbal y MORENO VIDA, María Nieves (dirs.): *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Granada, Comares, pp. 979-1034.

CÁMARA VILLAR, Gregorio (2007): «Las necesidades del consenso en torno al derecho a la educación en España», *Revista de Educación*, núm. 344, pp. 61-82.

CÁMARA VILLAR, Gregorio (2009a): «Los derechos y libertades del ámbito educativo», en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco (coord.): *Manual de Derecho Constitucional*, Volumen II, Madrid, Tecnos, pp. 321-350.

CÁMARA VILLAR, Gregorio (2009b): «Los derechos estatutarios no han sido tomados en serio (a propósito de la STC 247/2007, de 12 de diciembre, sobre el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, pp. 259-298.

CÁMARA VILLAR, Gregorio (2011): «Veste y realidad de los derechos estatutarios», *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 151, pp. 57-107.

CÁMARA VILLAR, Gregorio (2012a): «Artículo 14. Derecho a la educación», en MONEREO ATIENZA, Cristina y MONEREO PÉREZ, José Luis (dirs. y coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, pp. 295-330.

- CÁMARA VILLAR, Gregorio (2012b): «Mujer y derecho a la educación», en MONEREO ATIENZA, Cristina y MONEREO PÉREZ, José Luis (dirs. y coords.): *Género y Derechos Fundamentales*, Granada, Comares, pp. 551-580.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2004a): «La dimensión subjetiva o de libertad del derecho a la educación», *Persona y Derecho*, núm. 50, pp. 551-576.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2004b): «Sobre el carácter consensual y abierto del artículo 27 CE», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 8, pp. 233-258.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2005): «La dimensión objetiva o prestacional del derecho a la educación», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 9, pp. 75-90.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis (2006): *Libertad de cátedra en una relación laboral con ideario. Hacia una interpretación armonizadora de las distintas libertades educativas*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- CASTRO JOVER, Adoración (1995): «Presentación», en CASTRO JOVER, Adoración (ed.): *Educación como transmisión de valores*, Oñati, The International Institute for the Sociology of Law, pp. 7-12.
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen (1997): «Servicio público: ¿crisis o renovación?», en MALARET GARCÍA, Elisenda (dir.): *Régimen jurídico de los servicios públicos*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 59-98.
- COHEN, David S. y LEVIT, Nancy (2014): «Still Unconstitutional: Our Nation's Experiment With State-Sponsored Sex Segregation in Education», *Seton Hall Law Review*, vol. 44: Iss. 2, Article 1, pp. 339-393.

Educación diferenciada y conciertos públicos

COTINO HUESO, Lorenzo (1999): «Reflexiones a favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo», *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 22/23, pp. 89-136.

COTINO HUESO, Lorenzo (2000a): «Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis», en COTINO HUESO, Lorenzo (coord.): *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza: análisis jurídico-práctico a la luz de las exigencias constitucionales*, Valencia, Conselleria de Cultura, Educació i Ciència de la Generalitat Valenciana. Direcció General d'Ensenyaments Universitaris i Investigació, pp. 101-158.

COTINO HUESO, Lorenzo (2000b): «La libertad del estudiante: derechos, libertades, deberes y responsabilidades del alumnado», en COTINO HUESO, Lorenzo (coord.): *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza: análisis jurídico-práctico a la luz de las exigencias constitucionales*, Valencia, Conselleria de Cultura, Educació i Ciència de la Generalitat Valenciana. Direcció General d'Ensenyaments Universitaris i Investigació, pp. 211-283.

COTINO HUESO, Lorenzo (2012): *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

COTINO HUESO, Lorenzo (2013): «Tratamiento constitucional de la descentralización y del sistema competencial de la educación y enseñanza en España», en TUDELA ARANDA, José y KÖLLING, Mario (eds.): *Autonomía y evolución del modelo de educación de España*, Trabajos de la Jornada realizada en el Palacio de la Aljafería el día 12 de marzo de 2013, Fundación Manuel Giménez

Abad, Colección Actas 7, pp. 13-57 [citas extraídas del texto disponible en la página web personal del autor: www.cotino.es, pp. 1-38].

CRUZ DÍAZ, María del Rocío (2004): «Hacia la igualdad de las mujeres: de la tradición a la coeducación», *XXI. Revista de educación*, núm. 6, pp. 97-109.

CRUZ MIÑAMBRES, José E. (1988): *El derecho fundamental a la educación (estudio interdisciplinar). (Estudios alrededor de un núcleo de Derecho Constitucional)*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid.

DAMIÁN TRAVERSO, Juan (1979): *Educación y Constitución*, Vol. 1, Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia.

DAUDET, Yves y EISMANN, Pierre Michel (2005): *La Convention Concernant la Lutte Contre la Discrimination dans le Domaine de L'enseignement, Commentaire, Le droit a l'éducation*, Paris, UNESCO.

DE DOMINGO, Tomás (2011): «La Teoría de la Justicia del Neoconstitucionalismo: los derechos fundamentales como núcleo del bien común», en MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis y DE DOMINGO, Tomás: *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Granada, Comares, pp. 6-31.

DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel (1983): *La actividad de la Administración*, Madrid, Tecnos.

DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (1995): *Educación en libertad y concierto escolar*, Madrid, Motecorvo.

Educación diferenciada y conciertos públicos

- DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (2004a): «Conciertos escolares: marco legal en el Derecho español», en VVAA: *Educación y democracia. II Encuentros sobre educación en El Escorial (UCM)*, Madrid, Fundación Europea Sociedad y Educación, pp. 121-147.
- DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (2004b): «Exigencias de la igualdad en la educación y legitimidad de especializaciones no discriminatorias», *Persona y Derecho*, núm. 50, pp. 277-324.
- DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (2008): «Programación y libertad escolar: incidencia en el otorgamiento y denegación de conciertos, aumento y reducción de unidades concertadas», en REQUERO IBÁÑEZ, José Luis y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, (dirs.): *Los derechos fundamentales en la educación*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, pp. 117-147.
- DE OTTO Y PARDO, Ignacio (1985): *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- DELGADO DEL RINCÓN, Luis E. (2013): «Algunas reflexiones sobre el derecho a la educación y ciertos elementos del sistema educativo que contribuyen a la integración social de los inmigrantes», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 32, parte Artículos Doctrinales, pp. 1-16 [Versión on-line. BIB 2013\14197].
- DÍAZ LEMA, José Manuel (1992): *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro Derecho nacional, y en el Derecho comparado*, Madrid, Marcial Pons.
- DÍAZ LEMA, José Manuel (2004): «Conciertos escolares: análisis constitucional y Derecho comparado», en VVAA: *Educación y democracia. II Encuentros sobre educación en El Escorial (UCM)*, Madrid, Fundación Europea Sociedad y Educación, pp. 103-120.

- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (1998): «El Derecho a la educación», *Parlamento y Constitución*, Anuario. Núm. 2, pp. 267-305.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2002): *Los Derechos Fundamentales del Ámbito Educativo en el Ordenamiento Estatal y Autonómico de Castilla-La Mancha*, Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha, D.L.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2012): «Derechos educativos, libertad de cátedra y autonomía universitaria», en VVAA: *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 385-414.
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (2013): «Las libertades educativas», en GARCÍA GUERRERO, José Luis (dir.): *Los derechos fundamentales. La vida, la igualdad y los derechos de libertad*, Valencia, Tirant lo Blanch – Alternativa, pp. 261-292.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María (2006): «¿Pueden los Estatutos de Autonomía declarar derechos, deberes y principios?», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78, pp. 63-75.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María (2008): *Sistema de Derechos Fundamentales*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Civitas.
- DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel y SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (2005): *Derecho y educación: régimen jurídico de la educación*, Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca.
- DURU-BELLAT, Marie (2010): «La mixité à l'école et dans la vie, une thématique aux enjeux scientifiques forts et ouverts», *Revue française de pédagogie*, núm. 171, pp. 9-13.

Educación diferenciada y conciertos públicos

DURU-BELLAT, Marie y MARIN, Brigitte (2010): «La mixité scolaire, une thématique (encore) d'actualité?», *Revue française de pédagogie*, núm. 171, pp. 5-8.

ELÓSEGUI ITXASO, María (2008): «La educación para la ciudadanía y los derechos humanos», *Persona y Derecho*, núm. 58, 417-453.

ELÓSEGUI ITXASO, María (2012): «La educación para la ciudadanía en las escuelas públicas y en los centros con ideario cristiano», *Scripta Theologica*, vol. 44, pp. 119-144.

EMBID IRUJO, Antonio (1983): *Las libertades en la enseñanza*, Madrid, Tecnos.

EMBID IRUJO, Antonio (1997): «La enseñanza privada en España. Consideraciones sobre su problemática actual en el marco de la política europea sobre educación», *Revista de Administración Pública*, núm. 142, pp. 75-102.

EMBID IRUJO, Antonio (2000): *La enseñanza en España en el umbral del siglo XXI. Consideraciones jurídicas*, Madrid, Tecnos.

EMBID IRUJO, Antonio (2006a): «El acceso de los alumnos a los centros docentes en la educación no universitaria. El papel de la administración pública», en SANCHO GARGALLO, Miguel Ángel (dir.): *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Madrid, Fundación Europea Sociedad y Educación, pp. 123-140.

EMBID IRUJO, Antonio (2006b): «El acceso de los alumnos a los centros docentes en la educación no universitaria», *Justicia Administrativa*, núm. 30, pp. 5-18.

- EMBID IRUJO, Antonio (2008): «La educación para la ciudadanía en el sistema educativo español. Reflexiones jurídicas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83, pp. 11-56.
- EMBID IRUJO, Antonio (2009): «Derecho a la educación y Comunidades Autónomas», en EMBID IRUJO, Antonio (dir.): *Derechos Económicos y Sociales*, Madrid, Iustel, pp. 155-186.
- ENTRENA CUESTA, Ramón (1981): «El principio de libertad de empresa», en GARRIDO FALLA, Fernando (dir.): *El modelo económico de la Constitución Española*, vol. I, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, pp. 103-166.
- ESPINOSA DÍAZ, Ana (2014): *La enseñanza religiosa en centros docentes: una perspectiva constitucional*, Madrid, Tesis Doctoral [<http://hdl.handle.net/10016/18974>] [Última visita: 20/07/2015].
- ESPLUGAS, Pierre (1998): *Le service public*, Paris, Dalloz.
- ESTEVE PARDO, José (2013): «Paradojas de la discriminación en materia educativa», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 37, pp. 4-12.
- EURYDICE (2005): *La educación para la ciudadanía en el contexto escolar europeo*, Bruselas, Dirección General de Educación y Cultura, Comisión Europea.
- EURYDICE (2011): *Diferencias de género en los resultados educativos: medidas adoptadas y situación actual en Europa*, Bruselas, Agencia Ejecutiva en el ámbito Educativo, Audiovisual y Cultural, Comisión Europea.
- EURYDICE (2012): *La educación para la ciudadanía en Europa*, Bruselas, Agencia Ejecutiva en el ámbito Educativo, Audiovisual y Cultural, Comisión Europea.

Educación diferenciada y conciertos públicos

- EXPÓSITO, Enriqueta (1995): *La libertad de cátedra*, Madrid, Tecnos.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier (1990): *El voto particular*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2000): «El sistema educativo», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 57, pp. 67-80.
- FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (2003): «El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía», *Justicia administrativa: Revista de derecho administrativo*, núm. 18, pp. 7-21.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen (2007): «Intervención administrativa y Educación para la Ciudadanía en la Ley Orgánica de Educación 2/2006», *Revista de Administración Pública*, núm. 174, pp. 421-455.
- FERNANDEZ, Alfred (2005): «Le socle de la liberté d'éducation», en MARIE, Jean-Bernard y MEYER-BISCH, Patrice (eds.): *Un nœud de libertés. Les seuils de la liberté de conscience dans le domaine religieux*, Genève Bruylant, pp. 235-241.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (1983): «Artículo 27: Enseñanza», en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.): *Comentarios a las Leyes Políticas: Constitución Española de 1978*, Tomo III, Madrid, Edersa, pp. 119-199.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (1988): *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación. Los derechos educativos en la Constitución Española*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (2004): «El artículo 27 de la Constitución Española», en VVAA: *Educación y*

democracia. II Encuentros sobre educación en El Escorial (UCM), Madrid, Fundación Europea Sociedad y Educación, pp. 71-89.

FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso (2006): «El derecho a la educación y la libertad de enseñanza en el mercado educativo», en SANCHO GARGALLO, Miguel Ángel (dir): *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Madrid, Fundación Europea Sociedad y Educación, pp. 37-65.

FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso y SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel (1996): «Artículo 27: Enseñanza», en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo III, Madrid, Edersa, pp. 157-272.

FERRER ORTIZ, Javier (2006): «Los derechos educativos de los padres en una sociedad plural», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 10, pp. 1-25 [Iustel. Versión on-line].

FLAHERTY, Eileen (2009): «Single Sex Education in Elementary and Secondary Public Schools», *The Loyola University Chicago Childlaw and Education Institute Forum*, Volume 2009, pp. 1-13 [http://www.luc.edu/media/lucedu/law/centers/childlaw/childed/pdfs/2009studentpapers/flaherty_single_sex.pdf] [Última revisión: 19/08/2015].

FRIEDMAN, Milton y FRIEDMAN, Rose (1980): *Libertad de elegir. Hacia un nuevo liberalismo económico*, Barcelona, Grijalbo.

GALÁN JUÁREZ, Mercedes (2006): «La interpretación de los derechos fundamentales por parte del Tribunal Constitucional: una argumentación en términos de razonabilidad», *ISEGORÍA*, núm. 35, pp. 33-55.

Educación diferenciada y conciertos públicos

- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo (1992): «Estudio preliminar. Derechos fundamentales y garantías institucionales: una recepción jurídico doctrinal», en DÍAZ LEMA, José Manuel: *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro Derecho nacional, y en el Derecho comparado*, Madrid, Marcial Pons.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo (1997): *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial (derecho a la educación: autonomía local; opinión pública)*, Madrid, Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Civitas.
- GALVÁN PALOMO, Francisco (2008): «La Alta Inspección en educación», *Avances en supervisión educativa: Revista de la Asociación de Inspectores de Educación de España*, núm. 9, pp. 1-6 [edición en línea: http://www.adide.org/revista/images/stories/pdf_9/ase09_art01.pdf] [Última consulta: 19/06/2015].
- GÁMEZ MEJÍAS, Manuel Miguel (2010): *La administración educativa: control y autonomía*, Madrid, Iustel.
- GARCÍA GARRIDO, José Luis (2013): *Sistemas educativos de hoy*, Madrid, UNED, Ediciones Académicas.
- GARCÍA GUTIÉRREZ, Juan (2004): «Igualdad de oportunidades entre los sexos y libertad de enseñanza. Una aproximación desde la política de la educación», *Revista Española de Pedagogía*, núm. 229, pp. 467-482.
- GARCÍA HERRERA, Miguel Ángel (1997): «Participación, valores y derecho en el sistema educativo», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 48, pp. 173-203.
- GARCÍA HOZ, Víctor (1979): «La libertad de educación y la educación para la libertad», *Persona y Derecho*, núm. 6, pp. 13-54.

- GARCÍA SORIANO, María Vicenta (2000): «La participación», en COTINO HUESO, Lorenzo (coord.): *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza: análisis jurídico-práctico a la luz de las exigencias constitucionales*, Valencia, Conselleria de Cultura, Educació i Ciència de la Generalitat Valenciana. Direcció General d'Ensenyaments Universitaris i Investigació, pp. 159-179.
- GARCÍA-PARDO, David (1998): *La libertad de enseñanza en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, McGraw-Hill.
- GARCIMARTÍN MONTERO, María del Carmen (2007): «Neutralidad y escuela pública: a propósito de la educación para la ciudadanía», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade de A Coruña*, núm. 11, pp. 279-298.
- GARRIDO FALLA, Fernando (1985): «Artículo 27», en GARRIDO FALLA, Fernando (dir.): *Comentarios a la Constitución*, Madrid, Civitas, pp. 538-560.
- GARRIDO FALLA, Fernando (1999): «El concepto de servicio público en Derecho español», *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994, pp. 7-36.
- GARRIDO FALLA, Fernando (2003): «¿Crisis de la noción de servicio público?», en COSCULLUELA MONTANER, Luis (coord.): *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid, Civitas, pp. 441-456.
- GARRIDO FALLA, Fernando (2006): *Tratado de Derecho Administrativo. V. II, Parte general: conclusión* (con la colaboración de PALOMAR OLMEDA, Alberto y LOSADA GONZÁLEZ, Herminio), Madrid, Tecnos.

Educación diferenciada y conciertos públicos

- GAVALDÓN HERNÁNDEZ, Guillermina y AZQUETA OYARZÚN, Diego (2008): «La educación en casa, el cheque escolar y el capital social», *Investigaciones de Economía de la Educación*, núm. 3, pp. 461-469.
- GERARDS, Janneke (2007): «Chapter One: Discrimination Grounds», en SCHIEK, Dagmar; WADDINGTON, Lisa y BELL, Mark (eds.): *Non-Discrimination Law*, Oxford, Hart, pp. 33-180.
- GLENN, Charles L. (2006): *El mito de la escuela pública*, Madrid, Ediciones Encuentro.
- GOIRIA MONTOYA, Madalen (2012): «La flexibilización educativa o lo mejor de dos mundos (entre la escolarización y el homeschool)», *Estudios sobre educación*, vol. 22, pp. 37-54.
- GOIRIA MONTOYA, Madalen (2014): *La opción de educar en casa. Implantación social y encaje del homeschool en el ordenamiento jurídico español*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- GÓMEZ GARCÍA, Gracia (2012): «Artículo 21», en ORTIZ SÁNCHEZ, Mónica y CARRASCO LÓPEZ, Ignacio (coords.): *Comentarios al Estatuto de Autonomía para Andalucía. Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo*, Sevilla, Instituto Andaluz de Administración Pública, pp. 102-104.
- GÓMEZ MONTORO, Ángel José (2004): «El derecho a la educación en la democracia española (1978-2004)», en VVAA: *Educación y democracia. II Encuentros sobre educación en El Escorial (UCM)*, Madrid, Fundación Europea Sociedad y Educación, pp. 29-37.
- GÓMEZ ORFANEL, Germán (1983): «Derecho a la educación y libertad de enseñanza. Naturaleza y contenido. (Un comentario bibliográfico)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 7, pp. 411-425.

- GÓMEZ-ELEGIDO RUIZOLALLA, María Cruz (2002): «La inspección: su función en el ámbito educativo», *Revista de Educación*, núm. 329, pp. 91-103.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael (1983): «El régimen de los centros privados de enseñanza», *Revista de Administración Pública*, núm. 70, pp. 7-26.
- GONZALEZ, Gérard (2010): «Le droit à l’instruction au sens de la Convention européenne des droits de l’homme», *Revue française de droit administratif*, núm. 5, pp. 1003-1010.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro (2009): «Políticas de igualdad en el ámbito educativo», en GONZÁLEZ MORENO, Beatriz (coord.): *Políticas de igualdad y derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 151-212.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro (2013): «Régimen jurídico de la educación diferenciada en España», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 31, pp. 1-27 [Iustel. Versión on-line].
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro (2015): *Derechos educativos, calidad en la enseñanza y proyección jurídica de los valores en las aulas*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- GRANELL PÉREZ, Rafael (2003): *Vales educativos: el cheque escolar de Valencia*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- HARRIS, Neville (2007): *Education, Law and Diversity*, Portland, Hart Publishing.
- HERNÁNDEZ SAMPELAYO, María (2010): «Género y educación», en CRESPO GARRIDO, María MORETÓN SANZ, María Fernanda

Educación diferenciada y conciertos públicos

(dirs.): *Discriminación por razón de edad y de sexo. Retos pendientes del Estado Social*, Madrid, Colex, pp. 239-266.

HERREROS LÓPEZ, Juan Manuel (2003): «Las transformaciones del servicio público», *Actualidad Administrativa*, núm. 39, pp. 1-29 [La Ley 1632/2003].

HERVADA, Javier (1979): «Derecho natural, democracia y cultura», *Persona y Derecho*, núm. 6, pp. 193-211.

HUBBARD, Lea y DATNOW, Amanda (2005): «Do Single-Sex Schools Improve the Education of Low-Income and Minority Students? An Investigation of California's Public Single-Gender Academies», *Anthropology and Education Quarterly*, vol. 36, núm. 2, pp. 115-131.

JAMES, Abigail Norfleet y RICHARDS, Herbert C. (2003): «Escaping Stereotypes: Educational Attitudes of Male Alumni of Single-Sex and Coed Schools», *Psychology of Men & Masculinity*, Vol. 4, No. 2, pp. 136-148.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier (1983): «La igualdad jurídica como límite frente al legislador», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 9, pp. 71-114.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier (2009): «Artículo 10.1», en CASAS BAAMONDE, Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, MIGUEL (dirs.): *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, Wolters Kluwer, pp. 178-192.

JIMENO, Jesús (2007): «Educación diferenciada», *Revista Iberoamericana de Educación*, núm. 41/3, pp. 1-5.

LE MESTRE, Renan (2005): *Droit du service public*, Paris, Gualino éditeur.

LETURIA NAVAROA, Ana (1995): «Educación en valores y centros públicos. ¿Cabe hablar de tendencia ideológica en los mismos?», en CASTRO JOVER, Adoración (ed.): *Educación como transmisión de valores*, Oñati, The International Institute for the Sociology of Law, pp. 133-148.

LETURIA NAVAROA, Ana (2006): *El derecho a la participación educativa*, Bilbao, Universidad del País Vasco, Servicio Editorial.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio (2010a): «Derecho a la educación y libertad de enseñanza», en LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio (dir.): *Educación e ideología*, Madrid, Dykinson, pp. 15-38.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio (2010b): «Enseñanza pública y enseñanza privada», en LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Dionisio (dir.): *Educación e ideología*, Madrid, Dykinson, pp. 39-72.

LLANO TORRES, Ana (2014): «La regulación del *homeschooling* ante las exigencias democráticas de pluralismo, integración y libertad», en BRIONES MARTÍNEZ, Irene María (coord.): *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Madrid, Dykinson, pp. 161-180.

LÓPEZ CANDELA, Javier Eugenio (2004): *Sobre la necesidad de un concepto de servicio público*, Vol. III, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Centro de Documentación Judicial.

LÓPEZ CASTILLO, Antonio (2009): «Artículo 27: el derecho a la educación», en CASAS BAAMONDE, Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, MIGUEL (dirs.): *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, Wolters Kluwer, pp. 776-799.

LÓPEZ CASTILLO, Antonio (2013): «Formación de la identidad personal y educación: apuntes», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17, pp. 309-331.

Educación diferenciada y conciertos públicos

- LÓPEZ DE GOICOECHEA ZABALA, Javier (2011): «Educación y valores en el marco europeo (del Asunto Hoffmann c. Austria al Asunto Lautsi c. Italia)», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 17, pp. 221-244.
- LÓPEZ LÓPEZ, Eduardo (2010): «La escolarización single-sex: ¿qué dice la investigación educativa?», *Educación XXI*, Vol. 13, núm. 2, pp. 17-45.
- LORENZO RODRÍGUEZ-ARMAS, Magdalena (2015): «La educación para la igualdad y la controversia política y jurídica existente en España entre la educación coeducativa y la escolarización diferenciada por sexos», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 50, pp. 68-77.
- LORENZO VÁZQUEZ, Paloma (2001): *Libertad religiosa y enseñanza en la Constitución*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- LOZANO CUTANDA, Blanca (1995): *La libertad de cátedra*, Madrid, Marcial Pons.
- MALARET I GARCÍA, Elisenda (1998): «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto», *Revista de Administración Pública*, núm. 145, pp. 49-87.
- MARCOS PASCUAL, Enrique (2007): «El derecho de los padres a elegir el tipo de educación que deseen para sus hijos», *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 5, pp. 151-170.
- MARTÍ SÁNCHEZ, José María (2011): «El «homeschooling» en el derecho español», *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 25, pp. 1-40 [Iustel. Versión on-line].

- MARTÍN REBOLLO, Luis (2008): «Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras», en CIENFUEGOS SALGADO, David y RODRÍGUEZ LOZANO, Luis Gerardo (coord.): *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, México D.F., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 355-382.
- MARTÍNEZ BLANCO, Antonio (1998): «Principios sobre enseñanza y educación», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 14, pp. 537-568.
- MARTÍNEZ BLANCO, Antonio (2004): «La financiación de la enseñanza. El centro privado concertado», *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, núm. 22, pp. 293-315.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, José (2003): *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Madrid, Dykinson.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (1979): «La educación en la Constitución Española. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas en materia de enseñanza», *Persona y Derecho*, núm. 6, pp. 215-295.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (1993a): «El art. 27 de la Constitución: análisis de su contenido. Doctrina jurisprudencial. Tratados internacionales suscritos por España», en *VVAA: Aspectos jurídicos del sistema educativo*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 9-58.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (1993b): «Los conciertos escolares como instrumento de marginación escolar: análisis jurídico», *Educadores*, núm. 165, pp. 7-38.

Educación diferenciada y conciertos públicos

- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (1999): «Requisitos y efectos jurídicos del carácter propio de los centros educativos», *Ius Canonicum*, XXXIX, núm. 77, pp. 15-25.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2000): «Legitimidad de los colegios concertados especializados por razón del sexo», *Diario La Ley*, pp. 1-16 [Versión on-line. La Ley 21204/2001].
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2005): «Siete tesis sobre la legalidad de una educación escolar especializada por razón del sexo», en BARRIO MAESTRE, José María (ed.): *Educación diferenciada, una opción razonable*, Pamplona, EUNSA, D. L., pp. 205-236.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2008a): «La educación escolar, servicio esencial: implicaciones jurídico-públicas», en REQUERO IBÁÑEZ, José Luis y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (dirs.): *Los derechos fundamentales en la educación*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, pp. 15 a 78.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2008b): «Legalidad vigente y criterios jurisprudenciales», *EASSE*, Suplemento nº 1, pp. 1-12.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2011): «El derecho a la educación en los Estados Unidos de América», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 93, pp. 65-106.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2012): «Escolarización homogénea por razón de sexo y derecho fundamental a la educación en libertad», *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 154, pp. 71-108.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2015): «Los conciertos con colegios de un solo sexo en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2013», en VVAA: *Legitimidad de los colegios de un solo*

sexo y de su derecho a concierto en condiciones de igualdad, Madrid, Iustel, pp. 187-212.

MARTÍNEZ SAMPERE, Eva (1997): «Discriminación por raza, sexo o religión», *Claves de Razón Práctica*, núm. 76, pp. 56-58.

MARTÍNEZ SAMPERE, Eva (2004): «La Constitución y la educación mixta igualitaria», *XXI. Revista de Educación*, Universidad de Huelva, núm. 6, pp. 55-64.

MARTÍNEZ SAMPERE, Eva (2010): «Educar en la igualdad: las políticas públicas», en MORENO SÁNCHEZ, Emilia (coord.): *Orientaciones para una educación no sexista*, Oviedo, Septum Ediciones, pp. 167-183.

MARTÍNEZ SÁNCHEZ, José María (2011): *Estado, mercado, democracia y bienestar económico*, Burgos, Editorial Universidad de Burgos.

MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis (2010): *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis (2000): «Algunos principios básicos en la interpretación de los derechos fundamentales», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Cerol*, núm. 32, pp. 125-144.

MATEOS GARCÍA, Ángeles (2011): «La Instrucción Pública como función económico-política en Hayek», en HOYO SIERRA, Isabel Araceli (ed.): *Textos jurídicos y contextos sociales en F. A. Hayek*, Madrid, Dykinson, pp. 381-400.

MEDINA GUERRERO, Manuel (1996): *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, McGraw-Hill.

Educación diferenciada y conciertos públicos

- MEHEDI, Mustapha (1999): *Contenido del derecho a la educación (E/CN.4/Sub.2/1999/10)*, Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comisión de Derechos Humanos, Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las minorías.
- MEILÁN GIL, José Luis (1997): «El servicio público como categoría jurídica», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 2, pp. 75-93.
- MEILÁN GIL, José Luis (2005): «El servicio público en el contexto constitucional y comunitario», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 9, pp. 527-542.
- MEIX CERECEDA, Pablo (2013): *Descentralización de la enseñanza y derechos fundamentales. Un estudio comparado entre España y Alemania*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública.
- MEIX CERECEDA, Pablo (2014): *El derecho a la educación en el sistema internacional y europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- MELÉNDEZ-VALDÉS NAVAS, Marina (2002): *El ideario de los centros docentes: concepto y estructura jurídica*, Tesis Doctoral, Universidad de Málaga [http://www.biblioteca.uma.es/bbldoc/tesisuma/16698885.pdf].
- MIJANCOS GURRUCHAGA, Liliana (2013): «El derecho a la educación diferenciada no debe ser privativo de las rentas más alta», en VERDERA IZQUIERDO, Beatriz (dir.): *El principio de igualdad ante el derecho privado: una visión multidisciplinar*, Madrid, Dykinson, pp. 113-140.
- MINISTERIO PARA LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (1992): *Acuerdos Autonómicos de 28 de febrero de 1992*, Madrid, Ministerio para las Administraciones Públicas.

MONEREO ATIENZA, Cristina (2012a): «Artículo 20. Igualdad ante la ley», en MONEREO ATIENZA, Cristina y MONEREO PÉREZ, José Luis (dirs. y coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, pp. 447-462.

MONEREO ATIENZA, Cristina (2012b): «Artículo 21. Principio de no discriminación», en MONEREO ATIENZA, Cristina y MONEREO PÉREZ, José Luis (dirs. y coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, pp. 463-480.

MONEREO ATIENZA, Cristina (2012c): «Artículo 23. Igualdad entre mujeres y hombres», en MONEREO ATIENZA, Cristina y MONEREO PÉREZ, José Luis (dirs. y coords.): *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, pp. 503-529.

MORENO ANTÓN, María (2014): «La educación en casa y el art. 27 de la Constitución en la doctrina del TC», en BRIONES MARTÍNEZ, Irene María (coord.): *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Madrid, Dykinson, pp. 215-228.

MORENO BOTELLA, Gloria (2009): «Educación diferenciada, ideario y libre elección de centro», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 20, p. 1-35 [Iustel. Versión on-line].

MOSCONI, Nicole (2004): «Effets et limites de la mixité scolaire», *Travail, genre et sociétés*, núm. 11, pp. 165-174.

MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés (2010): *Derechos y libertades en la política y la legislación educativas españolas*, Pamplona, EUNSA.

Educación diferenciada y conciertos públicos

MUÑOZ MACHADO, Santiago (1998): *Servicio público y mercado*, Vol. I: Los fundamentos, Madrid, Civitas.

MUÑOZ, Vernor (2007): *Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación* (A/HRC/4/29/Add.3), Aplicación de la resolución 60/251 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 15 de marzo de 2006, titulada "Consejo de Derechos Humanos".

NOGUEIRA SORIANO, Rosario (1988): *Principios constitucionales del sistema educativo español*, Madrid, Ministerio de Educación y Ciencia.

NORDMANN, Jean Daniel (2007): *Rapport sur la liberté de l'enseignement en France*, Ginebra, OIDEL.

NOVOTNEY, Amy (2011): «Coed versus single-sex ed. Does separating boys and girls improve their education? Experts on both sides of the issue weigh in», *Monitor on Psychology*, Vol. 42, núm. 2, p. 58 [http://www.apa.org/monitor/2011/02/coed.aspx] [Última revision: 19/08/2015].

NUEVO LÓPEZ, Pablo (2006): «La introducción de la asignatura “Educación para la Ciudadanía” y la concepción constitucional del pluralismo político», *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 56, pp. 61-79.

NUEVO LÓPEZ, Pablo (2009): *La Constitución educativa del pluralismo. Una aproximación desde la teoría de los derechos fundamentales*, Oleiros (La Coruña), Netbiblo-UNED.

NUEVO LÓPEZ, Pablo (2013): «Derechos fundamentales e ideario educativo constitucional», *Comunicación XI Congreso de Constitucionalistas de España*, pp. 1-24 [http://www.acoes.es/congresoXI/pdf/M4Com-PabloNuevoLopez.pdf] [Última revisión: 10/05/2013].

- OLMOS ORTEGA, María Elena (2014): «El derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral de sus hijos», en CANO RUIZ, Isabel (ed.): *La enseñanza de la religión católica en la escuela pública. Actas del IV Simposio Internacional de Derecho Concordatario*, Granada, Comares, pp. 19-41.
- ORTIZ DÍAZ, José (1980): *La libertad de enseñanza*, Málaga, Universidad de Málaga.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2004): «Servicios públicos y servicios de interés general: la renovada actualidad de los primeros», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 7, pp. 51-68.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (1995): *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio (2003): «La enseñanza pública tiene un ideario», *Diario El País*, 29 de septiembre de 2003 [versión on-line:
http://elpais.com/diario/2003/09/29/opinion/1064786406_850215.html. Última revisión: 19/08/2015].
- PEÑA TIMÓN, Ana María Teresa (2004): *Ideario, centros concertados y financiación pública: estudio legislativo y jurisprudencial*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid [Tesis doctoral] [<http://eprints.ucm.es/tesis/der/ucm-t27512.pdf>].
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (1981): «Igualdad y derechos económicos, sociales y culturales», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, pp. 255-275.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2008): *Dimensiones de la igualdad*, Madrid, Dykinson.

Educación diferenciada y conciertos públicos

- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (2011): *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos.
- PÉREZ ROYO, Javier (2012): *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2004): «La estructura de las normas de derechos fundamentales», en VVAA: *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, pp. 45-56.
- PRIETO DE PEDRO, Jesús (1978): «Consideraciones sobre la enseñanza en la Constitución», en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás (coord.): *Lecturas sobre la Constitución Española*, Tomo II, Madrid, UNED, pp. 503-531.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2007): «La escuela (como espacio) de tolerancia: multiculturalismo y neutralidad», en LÓPEZ CASTILLO, Antonio (ed.): *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 51-70.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (2009): «Educación para la ciudadanía y objeción de conciencia», *Persona y Derecho*, núm. 60, pp. 209-240.
- RANGEON, François (1996): «Droits-libertés et droits-créances: les contradictions du Préambule de la Constitution de 1946», en VVAA: *Le Préambule de la Constitution de 1946. Antinomies juridiques et contradictions politiques*, Paris, Presses Universitaires de France, pp. 169-186.
- REDONDO, Ana María (2003): *Defensa de la Constitución y enseñanza básica obligatoria (integración educativa intercultural y homeschooling)*, Valencia, Tirant lo Blanch.

- REQUENA LÓPEZ, Tomás (2001): *Sobre la función, los medios y los límites de la interpretación de la Constitución*, Granada, Comares.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (1995): *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, Madrid, McGraw-Hill.
- REY MARTÍNEZ, Fernando (2010): «Igualdad entre mujeres y hombres en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español», *Estudios Constitucionales*, Año 8, núm. 2, pp. 527-564.
- ROCA FERNÁNDEZ, María J. (2008): «Deberes de los poderes públicos para garantizar el respeto al pluralismo cultural, ideológico y religioso en el ámbito escolar», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 17, pp. 1-37 [Iustel. Versión on-line].
- RODRÍGUEZ COARASA, Cristina (1998): *La libertad de enseñanza en España*, Madrid, Tecnos.
- RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María (2015): «El *homeschooling* a debate: ¿una hipótesis de responsabilidad paterna?», *Revista boliviana de Derecho*, núm. 19, pp. 118-141.
- RODRÍGUEZ NEIRA, Teófilo (2015): «Opinión pública, educación y política», en *VVAA: Política y educación (desafíos y propuestas)*, Madrid, Dykinson, pp. 39-70.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime (2005): «Una sentencia relevante en materia educativa», *Actualidad Administrativa*, núm. 10, pp. 1171-1180 [Versión on-line. La Ley 1209/2005].
- RODRÍGUEZ-PATRÓN RODRÍGUEZ, Patricia (2011): «Algunas reflexiones acerca de los derechos de los padres y las competencias estatales en el ámbito de la educación pública», *Anuario de la*

Educación diferenciada y conciertos públicos

Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, núm. 15, pp. 169-184.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel y FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda (2009): «Artículo 14: la igualdad ante la ley y en la aplicación de la ley», en CASAS BAAMONDE, Emilia y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, MIGUEL (dirs.): *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid, Wolters Kluwer, pp. 276-291.

ROLLNERT LIERN, Göran (1999): «Las libertades ideológico-educativas en la jurisprudencia constitucional», *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 22/23, pp. 67-88.

ROLLNERT LIERN, Göran (2007): «La neutralidad ideológica del Estado y la objeción de conciencia a la “Educación para la Ciudadanía”», *Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 60/61, pp. 271-302.

ROMEA SEBASTIÁN, Ángel (2003): *Régimen jurídico de los Centros Concertados*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2003.

RUIZ MIGUEL, Alfonso (1996): «La igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 19, pp. 39-86.

RUIZ MIGUEL, Alfonso (2007): «Educación, escuela y ciudadanía», en LÓPEZ CASTILLO, Antonio (ed.): *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 27-50.

RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín y RUIZ-GIMÉNEZ ARRIETA, Itziar (1996): «Artículo 10: derechos fundamentales de la persona», en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II, Madrid, Edersa, pp. 37-108.

- RUIZ-HUERTA CARBONELL, Alejandro (1995): *Constitución y legislación autonómica. Un estudio del Bloque de Constitucionalidad en el Estado Autonómico Español*, Madrid, Ibidem.
- SALAZAR BENÍTEZ, Octavio (2012a): «Los derechos culturales como expresión y exigencia de la dignidad humana: una propuesta de definición», en *VVAA: Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 707-722.
- SALAZAR BENÍTEZ, Octavio (2012b): «El reconocimiento jurídico-constitucional de la diversidad afectiva y sexual», *Revista de Estudios Políticos* (nueva época), núm. 157, pp. 45-81.
- SALAZAR BENÍTEZ, Octavio (2013): «Educación diferenciada por razón de sexo y contenido esencial del derecho a la educación», *Comunicación XI Congreso de Constitucionalistas de España*, pp. 1-16 [http://www.acoes.es/congresoXI/pdf/M4Com-O_Salazar.pdf] [Revisado el 05/10/2013].
- SALDAÑA DÍAZ, María Nieves (2006): «La educación en igualdad y para la igualdad entre los géneros en el marco normativo de las naciones unidas, la unión europea y constitucional español», *XXI. Revista de Educación*, Universidad de Huelva, núm 8, pp. 201-218.
- SALGUERO, Manuel (1995): «Libertad de enseñanza, neutralidad y libertad de cátedra como formas de pluralismo institucionalizado», *Derechos y libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 5, pp. 543-552.
- SALGUERO, Manuel (1997): *Libertad de Cátedra y Derechos de los Centros Educativos*, Barcelona, Ariel.

Educación diferenciada y conciertos públicos

- SALGUERO, Manuel (1998): «El artículo 26 de la Declaración Universal, 50 años después», *Boletín Institución Libre de Enseñanza*, núms. 32-33, pp. 95-108.
- SALGUERO, Manuel (2001): «Formas de pluralismo y signos de identidad de los centros docentes de la enseñanza no universitaria», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 61 (II), pp. 123-178.
- SALGUERO, Manuel (2004): «El derecho a la educación», en BETEGÓN, Jerónimo; LAPORTA, Francisco Javier; DE PÁRAMO, Juan Ramón y PRIETO SANCHÍS, Luis (coords.): *Constitución y Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 795-817.
- SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio (1995): «El artículo 27.2 de la Constitución española. Contenido y fines de la educación», *Revista general del Derecho*, núm. 609, pp. 6491-6506.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago (1996): «Comentario introductorio al Título I», en ALZAGA VILAAAMIL, Óscar (dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II, Madrid, Edersa, pp. 17-36.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, Fernando (ed.) (2009): *Constituciones alemanas. Federación y Estados*, Madrid, Secretaría General del Senado, Departamento de Publicaciones.
- SATORRAS FIORETTI, Rosa María (1998): *La libertad de enseñanza en la Constitución Española*, Madrid, Marcial Pons.
- SAVATER, Fernando (1997): *El valor de educar*, Barcelona, Ariel.
- SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel (2006): «La educación como servicio público», *Diario La Ley, Sección Doctrina*, núm. 6482, pp. 1-20 [Versión on-line. La Ley 1108/2006].

- SETUÁIN MENDÍA, Beatriz (2012): «El tratamiento jurisprudencial de la enseñanza diferenciada: la errática doctrina sobre conciertos educativos con centros privados que separan por sexos», *Civitas. Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 154, pp. 237-266.
- SMITH, Mark; ALONSO, Alex; ROGERS, Kelly y GIBSON, Doug (2004): *Theoretical arguments for and against single-sex schools: a critical analysis of the explanations*, Washington DC, American Institutes for Research.
- SMYTH, Emer (2010): «Single-sex Education: What Does Research Tell Us?», *Revue française de pédagogie*, núm. 171, pp. 47-55.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José (2007): «La enseñanza de valores entre la libertad ideológica y el derecho a la educación», en LÓPEZ CASTILLO, Antonio (ed.): *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 137-146.
- SOUTO GALVÁN, Beatriz (2011): «El derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 17, pp. 245-268.
- SOUTO GALVÁN, Beatriz (2012): «La libertad de educación» en *Derecho de libertad de creencias*, Alicante, Universidad de Alicante, pp. 1-40 [<http://hdl.handle.net/10045/24671>] [Última revisión: 19/08/2015].
- SOUTO GALVÁN, Clara (2012): *Principio de igualdad y transversalidad de género*, Madrid, Dykinson.
- SOUVIRÓN MORENILLA, José María (1998): *La actividad de la administración y el servicio público*, Granada, Comares.

Educación diferenciada y conciertos públicos

- SPIELHAGEN, Frances R.; KOHL, Robin J. (2013): «School Choice – Or threat to Civil Liberties?», en SPIELHAGEN, Frances R. (ed.): *Debating Single-Sex Education: Separate and Equal?*, Second Edition, Rowman & Littlefield Education, pp. 9-24.
- SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo (1983): «Reflexiones acerca de la relación entre libertad de enseñanza e ideario del centro educativo», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 2, pp. 625-644.
- SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo y AMÉRIGO CUERVO-ARANGO, Fernando (1996): «Artículo 14: igualdad ante la ley», en ALZAGA VILLAAMIL, Óscar (dir.): *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo II, Madrid, Edersa, pp. 251-266.
- SUBIRATS, Marina (2010): «¿Coeducación o escuela segregada? Un viejo y persistente debate», *Revista de la Asociación de Sociología de la Educación*, Vol. 3, núm. 1, pp. 143-158.
- THOMPSON, Terri y UNGERLEIDER, Charles (2004): *L'éducation non mixte. Rapport final*, Canadian Centre for Knowledge Mobilisation.
- TIRAPU MARTÍNEZ, Daniel (2005): «Notas sobre el derecho a la educación en la Constitución Europea», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 8, pp. 1-5 [Iustel. Versión on-line].
- TORRES DEL MORAL, Antonio (1998): «¿Qué igualdad?», *Revista de Derecho Político*, núm. 44, pp. 77-102.
- TORRES DEL MORAL, Antonio (2006): «Democracia militante», en CARRASCO DURÁN, Manuel; PÉREZ ROYO, Francisco Javier; URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín y TEROL BECERRA, Manuel José (coords.): *Derecho constitucional para el siglo XXI: actas del VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Vol. I, Cizur-Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, pp. 209-224.

TORRES MURO, Ignacio (2008): «Igualdad y no discriminación en materia de Educación en el sistema de Naciones Unidas», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 11, pp. 137-166.

TRONCOSO REIGADA, Antonio (1999): «Dogmática administrativa y Derecho Constitucional: el caso del servicio público», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 57, pp. 87-164.

U.S. DEPARTMENT OF EDUCATION (2008): *Early Implementation of Public Single-Sex Schools: Perceptions and Characteristics*, U.S. Department of Education, Office of Planning, Evaluation and Policy Development, Policy and Program Studies Service, Washington, D.C.

UNESCO (1979): *Conférence internationale de l'éducation. Recommandations (1934-1977)*, Paris, UNESCO.

VALERO ESTARELLAS, María José (2012): «Homeschooling en España. Una reflexión acerca del artículo 27.3 de la constitución y del derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 28, pp. 1-31 [Iustel. Versión on-line].

VALERO ESTARELLAS, María José (2014): «Homeschooling en Europa», en BRIONES MARTÍNEZ, Irene María (coord.): *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Madrid, Dykinson, pp. 273-295.

VALERO HEREDIA, Ana (2012): «Ideario educativo constitucional y «homeschooling»: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 94, pp. 411-442.

Educación diferenciada y conciertos públicos

- VÁZQUEZ ALONSO, Víctor J. (2011): «*Home schooling* y Constitución. Consideraciones sobre una prudente jurisprudencia constitucional», *Estudios de Deusto*, vol. 59/1, pp. 259-276.
- VERHEYDE, Mieke (2005): *Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 28: Right to Education*, Leiden, Martinus Nijhoff.
- VIDAL PRADO, Carlos (2010): «El derecho a la educación», en TEROL BECERRA, Manuel José (dir.): *El Estado Social y sus exigencias constitucionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 185-203.
- VIDAL PRADO, Carlos (2012): «La doble dimensión de la educación», en VVAA: *Derechos sociales y principios rectores. Actas del IX Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 465-478.
- VILLAMAR MANERO, Patricia (2005): *La libertad de elección en educación: análisis pedagógico de la situación nacional e internacional*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, Madrid [Tesis Doctoral] [<http://biblioteca.ucm.es/tesis/edu/ucm-t28689.pdf>].
- VILLAR EZCURRA, José Luis (1979): «El derecho a la educación como servicio público», *Revista de Administración Pública*, núm. 88, pp. 155-207.
- VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio (2004): «Objeto y contenido de los derechos fundamentales», en VVAA: *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos, pp. 103-119.
- VVAA (2007): *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz.

WIEDEMANN, Rémy y WIEDEMANN, Cécile (2015): *L'École à la Maison*, Larca, Le Moine-guerrier Editeur.

WILLEMS, Jan CM (2010): «Introduction», en WILLEMS, Jan CM (ed.): *Children's Rights and Human Development. A Multidisciplinary Reader*, Antwerp-Oxford-Portland, Intersentia, pp. 1-44.

ZAIDMAN, Claude (2007): «École, mixité, politiques de la différence des sexes», *Les cahiers du CEDREF*, núm. 15 [Versión online: <http://cedref.revues.org/391>] [Última revisión: 27/05/2015].

ZUMAQUERO, José Manuel (1984): *Los derechos educativos en la Constitución Española de 1978*, Pamplona, EUNSA.