

## LA DIFERENCIACIÓN POR GÉNERO EN LOS CENTROS EDUCATIVOS: ¿DEBE FINANCIARSE POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA A TRAVÉS DE LOS CONCIERTOS?

DIFFERENTIATION BY GENDER IN SCHOOLS: SHOULD THEY  
BE FINANCED BY THE PUBLIC ADMINISTRATION THROUGH  
EDUCATIONAL SUBSIDIES?

---

Amaya Angulo Garzaro

Doctoranda de la Universidad del País Vasco UPV/EHU

Noemi Angulo Garzaro

Doctoranda de la Universidad de Deusto

### **RESUMEN**

*La entrada en vigor en 2013 de la Ley Orgánica 8/2013, para la mejora de la calidad educativa (en adelante, LOMCE), supuso la introducción de un párrafo en el artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de Educación (en adelante, LOE). Como consecuencia de dicha modificación, se ha establecido que la educación diferenciada por sexos no puede implicar, de cara a suscribir conciertos con las Administraciones educativas, un trato menos favorable para quienes opten por un modelo educativo en el que las materias se impartan en clases en las que no se diferencie por sexos. Hasta esa fecha, varias son las sentencias en las que el Tribunal Supremo, en contra de la postura adoptada por los Tribunales Superiores de Justicia, había dado la razón a las Comunidades Autónomas que excluían del concierto a aquellos centros que no ofreciesen una educación mixta. A continuación se analizará*

Amaya Angulo Garzaro / Noemi Angulo Garzaro

*si, según vaya tocando la renovación de los conciertos, su situación debe cambiar tras la introducción del mencionado párrafo.*

**Palabras clave:** *Educación, igualdad, educación mixta, concierto educativo.*

### ABSTRACT

*The entry into force in 2013 of the Organic Law 8/2013, to improve educational quality (hereinafter LOMCE), involved the introduction of a paragraph in Article 84.3 of the Organic Law 2/2006, of Education (hereinafter, LOE). As a result of this amendment, it was established that single-sex education cannot mean, in order to receive educational subsidies with the educational authorities, less favorable conditions in comparison to those who opt for an educational model that opts for a coeducational system. Until then, there had been several Judgments in which the Supreme Court, contrary to the position taken by the High Courts of Justice, which agreed with the position taken by the Autonomous Communities that excluded from the educational subsidies those schools that did not offer mixed-education. Therefore, it will be analyzed if, when the time comes for renewal, their situation should change after the introduction of that paragraph.*

**Keywords:** *Education, equality, mixed-education, educational subsidy.*

### SUMARIO

---

1. INTRODUCCIÓN.
2. EL CÍRCULO VIRTUOSO DEL SISTEMA EDUCATIVO: LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA, EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LA FINANCIACIÓN PÚBLICA.
  - 2.1. Los conciertos educativos como instrumento para garantizar el derecho a la educación.
  - 2.2. El interés de los conciertos para los centros educativos y la Administración.

La diferenciación por género en los centros educativos: ¿debe financiarse a través de los conciertos?

### 3. LIBERTAD DE ENSEÑANZA E IGUALDAD. SU ENCAJE DENTRO DE LA CONCERTACIÓN.

#### 3.1. Descripción de la situación actual.

3.1.1. El supuesto derecho a separar al alumnado en función del sexo: argumentos a favor y en contra.

3.1.2. La posibilidad de que la Administración fije como condición de admisión la no diferenciación en función del género.

#### 3.2. La dificultad del cambio.

3.2.1. Limitación de recursos: el impedimento de la suficiente motivación.

3.2.2. Nuestro entorno: la aceptación generalizada de la diferenciación frente a la necesidad de trabajar en el camino de la igualdad.

### 4. CONCLUSIONES.

## 1. INTRODUCCIÓN

El artículo 27 de la Constitución española (en adelante, CE) recoge el derecho a la educación<sup>1</sup>. Dicho artículo de la Norma fundamental ha sido desarrollado y se ha establecido que, sobre la base del derecho a la educación, corresponde a los poderes públicos garantizar el derecho a la educación básica obligatoria y gratuita en los niveles y ámbitos determinados por las leyes<sup>2</sup>. No obstante, la operatividad del referido precepto exige que se deje un cierto margen a la interacción de la iniciativa privada; así, esta garantía puede hacerse efectiva a través de centros privados mediante el régimen de conciertos<sup>3</sup>. De este modo, los conciertos educativos se constituyen como manifestación principal de la ayuda de los poderes públicos a los centros docentes que cumplan los requisitos legalmente establecidos<sup>4</sup>.

El recurso a la técnica de conciertos para garantizar el derecho a la educación constitucionalmente reconocido exige la valoración y el balance de intereses y derechos que, aunque igualmente recogidos en la CE, son, en ocasiones, contrapuestos. En concreto, y con motivo de las modificaciones recientemente introducidas en la Ley Orgánica 2/2006, de Educación (en adelante, LOE) con

---

<sup>1</sup> La importancia de este derecho queda reflejada al recogerse también, entre otros, en el artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en el artículo 13 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Como señala MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «*la razón de ser de toda educación obviamente está en la persona que ha de recibirla o lograrla y que tiene un verdadero derecho a ella, en razón de su dignidad personal, en la medida de su capacidad o aptitud*». Véase MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., «Escolarización homogénea por razón del sexo y derecho fundamental a la educación en libertad», en *Revista española de Derecho Administrativo*, vol. 154, 2012, p. 21.

<sup>2</sup> Artículo 4.1 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, BOE núm. 106, de 4 de mayo de 2006.

<sup>3</sup> El Gobierno establece los aspectos básicos a los que deben someterse estos conciertos y las Comunidades Autónomas dictan las normas necesarias para el desarrollo de ese régimen. Para más información sobre el reparto de competencias véase MEDINA GONZÁLEZ, S., «El sistema educativo español», en *Tratados y Manuales. Derecho de los servicios públicos sociales*, ed. Civitas, enero de 2014, p. 36. Las normas básicas de conciertos educativos se encuentran recogidas en el Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre. No obstante, las Comunidades Autónomas, respetando este marco general básico, pueden aprobar normas específicas sobre la enseñanza concertada impartida en su territorio. Competencia exclusiva esta que en materia educativa tiene atribuida, por ejemplo, la Comunidad Autónoma del País Vasco por el Decreto 293/1987, de 8 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Conciertos Educativos de los centros docentes no universitarios de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

<sup>4</sup> SETUÁIN MENDÍA, B., «El tratamiento jurisprudencial de la enseñanza diferenciada: la errática doctrina sobre conciertos educativos con centros privados que separan por sexos», en *Revista española de Derecho Administrativo* núm. 154/2012 parte Jurisprudencia, editorial Civitas, Pamplona, 2012, p. 1.

La diferenciación por género en los centros educativos: ¿debe financiarse a través de los conciertos?

motivo de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2013, para la mejora de la calidad educativa (en adelante, LOMCE), debemos referirnos, de una parte, a la libertad de creación de centros educativos, a la libertad de definir el carácter de estos centros y al derecho de los padres a elegir la educación que desean para sus hijos e hijas; y, de otra parte, al derecho a la igualdad<sup>5</sup>. Procede, en definitiva, analizar en qué medida la importancia otorgada a uno de esos intereses condiciona la observancia de los demás. Pretendemos, desde una perspectiva jurídica, identificar la base normativa que justifica la posibilidad de firmar conciertos con centros que diferencian al alumnado en función de su género. Concluiremos que, en ausencia de tal justificación, las razones que arguyen los defensores de la educación diferenciada no se fundan en derechos o intereses que merezcan una mayor protección que el derecho a la igualdad; por lo tanto, la Administración pública deberá valorar muy cuidadosamente hasta qué punto debe firmar conciertos educativos con dichos centros<sup>6</sup>.

## 2. EL CÍRCULO VIRTUOSO DEL SISTEMA EDUCATIVO: LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA, EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LA FINANCIACIÓN PÚBLICA

El derecho a la educación puede hacerse efectivo a través de tres tipos de centros, diferenciados en función de su personalidad jurídica y del origen y carácter de los recursos que aseguran su sostenimiento: los centros privados, los centros públicos y los centros concertados.

Los primeros son de titularidad privada y funcionan en régimen de libre mercado, es decir, pueden fijar el precio que estimen más conveniente como contraprestación a los servicios educativos que prestan; el límite estará en lo que establezca el mercado como máximo que está dispuesto a pagar. Los segundos

<sup>5</sup> Como se hará referencia más adelante, el Tribunal Constitucional debe pronunciarse sobre varios recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra el artículo 84.3 de la LOE. En dicho precepto se establece que el hecho de que el centro educativo segregue por sexos no puede suponer un trato menos favorable de cara al acceso de dicho centro a la concertación.

<sup>6</sup> Cuestión distinta, que no abordaremos en este estudio, es si el propio sistema educativo diferenciado es discriminatorio. De hecho, acogiendo las palabras del magistrado Excmo. Sr. Requero Ibáñez, recogidas en su voto particular a la sentencia de 23 de junio de 2014, recaída en el recurso de casación núm. 2251/2014, «si la [educación] diferenciada fuese discriminatoria —expresión que ya encierra un matiz negativo— el problema no estaría en el acceso al régimen de conciertos, sino en si cabría tolerar un sistema docente contrario a la Constitución. De ser la respuesta negativa no sólo habría que excluir a los colegios de enseñanza diferenciada del sistema de conciertos, sino a los no concertados del mismo sistema educativo». Véase, asimismo, sobre un análisis de las ventajas y desventajas de la educación diferenciada, MAEL, F., SMITH, M., ALONSO, A., ROGERS, K., y GIBSON, D. «Theoretical arguments for and against single-sex schools: A critical analysis of the explanations», en *American Institutes for Research*, US Department of Education, 2014, disponible en [http://www.air.org/files/SSX\\_Explanatory\\_11-23-04.pdf](http://www.air.org/files/SSX_Explanatory_11-23-04.pdf) (última consulta: 3-5-2016).

Amaya Angulo Garzaro / Noemi Angulo Garzaro

son de titularidad de un poder público y se sostienen con fondos públicos; esto es, son totalmente gratuitos para el alumnado que acude a ellos y sirven para garantizar el respeto al artículo 27 de la CE en la vertiente de la enseñanza «obligatoria y gratuita». Finalmente, y con relación a nuestro objeto de análisis, encontramos los centros concertados. Estos son una mezcla de los dos anteriores: son de titularidad privada, pero se mantienen con fondos públicos y, por lo tanto, contribuyen, junto con los centros públicos, a la provisión de la educación obligatoria en régimen de gratuidad<sup>7</sup>.

## 2.1. LOS CONCIERTOS EDUCATIVOS COMO INSTRUMENTO PARA GARANTIZAR EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

Los conciertos educativos, como establece el artículo 9 del Real Decreto 2377/1985, tienen por objeto garantizar la impartición de la educación básica obligatoria y gratuita en centros privados mediante la asignación de fondos públicos destinados a este fin por la Administración, en orden a la prestación del servicio público de la educación en los términos previstos en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación<sup>8</sup>.

La razón que justifica la financiación pública de centros distintos de los creados por los propios poderes públicos encuentra su fundamento en la necesidad de garantizar que los padres puedan elegir centros que adecúen su modelo educativo a la opción por ellos elegida —en muchas ocasiones, religioso—. Ello se debe a que el derecho a la educación descansa tanto en quien recibe dicha educación como en los titulares de la patria potestad, quienes lo ejercitan en interés del menor<sup>9</sup>. En definitiva, la elección de un centro concreto, que permita al menor una formación coherente e integral con la opción educativa elegida por

<sup>7</sup> Como estipula la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1990, FJ 2.º: «En un sistema de libertad de enseñanza, como propugna el art. 27.1 CE, la libre creación de centros docentes, reconocida en favor de la iniciativa privada, difícilmente puede ser real y efectiva, en los niveles en que la enseñanza es obligatoria y gratuita, si no va acompañada de un régimen de ayuda pública».

<sup>8</sup> El hecho de que sea considerada la educación como servicio público implica que se trata de una actividad esencial, o en el sentido del artículo 128.2 CE, constituye un «servicio esencial»; es decir, los poderes públicos deben garantizar su satisfacción. SENDÍN GARCÍA, M. A., «La educación como servicio público», en *Diario La Ley*, núm. 6482, Sección Doctrina, 15 de mayo de 2006, pp. 4-5.

Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos, BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 1985; Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, BOE núm. 159, de 4 de julio de 1985.

<sup>9</sup> Precisamente, el artículo 154 del Código Civil establece que la patria potestad comprende la facultad y el deber de educar a los hijos. Véase AHUMADA RAMO, F. J., «El derecho fundamental a la educación y el servicio público educativo», en *Grandes Tratados. La Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas*, editorial Aranzadi, junio de 2009, p. 1.

La diferenciación por género en los centros educativos: ¿debe financiarse a través de los conciertos?

los padres, está amparada por la libertad de enseñanza<sup>10</sup>. Por lo tanto, los poderes públicos deben garantizar que no van a existir razones socioeconómicas que impidan el efectivo ejercicio de esa libertad de enseñanza<sup>11</sup>. Junto a ello, y con motivo del fuerte crecimiento demográfico experimentado en los años del *baby boom*, así como debido a la ampliación de los años de escolarización obligatoria, la red pública se vio incapaz de atender la demanda de educación<sup>12</sup>.

Los conciertos educativos pueden ser de dos tipos: generales o singulares<sup>13</sup>. Por un lado, los conciertos educativos generales tienen como objeto la educación obligatoria y gratuita. En estos casos, no solo la educación, sino también las actividades escolares complementarias y de servicios de los centros concertados carecerán de carácter lucrativo<sup>14</sup>. Por otro lado, los conciertos educativos singulares, tal y como recoge el artículo 116.7 de la LOE, están destinados a financiar las enseñanzas postobligatorias<sup>15</sup>. En este segundo caso, la firma de conciertos no necesariamente supone la gratuidad de la enseñanza, puesto que su finalidad puede ser tanto la eliminación como la mera reducción de los costes del servicio de enseñanza para las familias.

Aunque ambos son conciertos, en este estudio nos centraremos en los conciertos educativos generales, puesto que, tratándose de la educación básica y obligatoria, y estando financiados con módulos plenos, aseguran la gratuidad de la totalidad de la enseñanza dentro de su ámbito de aplicación<sup>16</sup>.

<sup>10</sup> Véase el voto particular que formula el magistrado Excmo. Sr. Requero Ibáñez a la sentencia de 23 de junio de 2014, recaída en el recurso de casación núm. 2251/2014: «*La educación diferenciada, como la mixta, no deja de ser sino una libre opción de sistema pedagógico; no es más que una cuestión de libertad de enseñanza, tanto para los padres a la hora de elegir colegio como para los titulares de los colegios para hacer su oferta*».

<sup>11</sup> MUÑOZ DE PRIEGO ALVEAR, J., *Libertad de enseñanza y concierto educativo. Análisis jurídico de la nueva jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en materia de conciertos educativos (2002-2008)*, ed. Federación Española de Religiosos de Enseñanza Titulares de Centros Católicos (FERECECA), 2009, p. 12.

<sup>12</sup> ROBERTO FERNÁNDEZ LLERA, R. y MUÑIZ PÉREZ, M., «Colegios concertados y selección de escuela en España: un círculo vicioso», en *Presupuesto y Gasto Público*, número 67/2012, ed. Instituto de Estudios Fiscales, 2012, p. 98, disponible en [http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/presu\\_gasto\\_publico/67\\_05.pdf](http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/presu_gasto_publico/67_05.pdf) (última consulta: 27-5-2016).

<sup>13</sup> Están previstos en la LOE y son desarrollados por el Real Decreto 2377/1985.

<sup>14</sup> Como establece el artículo 15 del Real Decreto 2377/1985, estas actividades complementarias serán voluntarias, no tendrán carácter discriminatorio para los alumnos y no podrán llevarse a cabo durante el horario lectivo.

<sup>15</sup> El artículo 117.9 de la LOE recoge que, con relación al importe máximo de las cuotas que los centros podrán percibir de las familias, la Ley de Presupuestos Generales del Estado determinará dicho importe.

<sup>16</sup> La educación primaria y la educación secundaria obligatoria constituyen la educación básica. La educación secundaria se divide en educación secundaria obligatoria y educación secundaria postobligatoria. Constituyen la educación secundaria postobligatoria el bachillerato, la formación profesional de grado medio y de grado superior, las enseñanzas profesionales de artes plásticas y diseño de grado medio y de grado superior, y las enseñanzas deportivas de grado medio y de grado superior.

Amaya Angulo Garzaro / Noemi Angulo Garzaro

Una vez que la Administración acepta la solicitud de un centro docente privado y le concede o renueva el concierto, este segundo asume determinadas obligaciones entre las que se encuentra la de admitir el alumnado en los niveles concertados ajustándose a la normativa vigente en cada momento. Destaca que, al estar financiados con fondos públicos, la Administración podrá fijar criterios de prioridad en el acceso tales como los recogidos en el artículo 84 de la LOE: la existencia de hermanos matriculados en el centro; padres, madres o tutores legales que trabajen en él; proximidad del domicilio o del lugar de trabajo de alguno de sus padres, madres o tutores legales; renta per cápita de la unidad familiar y condición legal de familia numerosa; situación de acogimiento familiar del alumno o la alumna; y concurrencia de discapacidad en el alumno o alumna, o en alguno de sus padres, madres o hermanos. Ahora bien, no se encuentra ningún precepto legal por el que el género deba ser considerado criterio de prioridad en el acceso a un centro, salvo por el hecho propio de que dicho centro desee impartir su enseñanza a un único sexo o en aulas diferenciadas<sup>17</sup>.

Aunque pueda parecer un ejemplo más teórico que real, dada la existencia de centros públicos capaces de satisfacer una buena parte de las necesidades de escolarización, se han dado supuestos en los que la Administración ha estimado que sí se estaba infringiendo el derecho a la igualdad por ese motivo. Así por ejemplo,

*«... la Orden de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía de 27 de febrero de 2014, por la que se deniega la solicitud de acogerse al régimen de conciertos educativos al centro docente “Yuca-tal”, de Posadas (Córdoba), por no cumplir con lo establecido en el artículo 14 de la Constitución y en el artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2005, de 3 de mayo, de Educación, en lo que se refiere a la no discriminación por razón de sexo, puesto que al no tratarse de un establecimiento que ofrezca facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza al alumnado de sexo femenino, no cumple lo establecido en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (Convención de la UNESCO de 14 de diciembre de 1960) y por no dar cumplimiento efectivo a lo dispuesto en el artículo 4, apartados 5 y 13, de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, al no comprometerse a escolarizar alumnado de ambos sexos»<sup>18</sup>.*

<sup>17</sup> De hecho, en estos casos, se estaría aceptando lo fijado por el Tribunal Supremo cuando estipula que «esa imposibilidad de obtener conciertos para esos centros docentes tampoco perturba ningún derecho constitucional de los padres, que conservan el derecho de libre elección de centro y el de los titulares a la creación de centros con ideario o carácter propio». Véase STS de 23 de junio de 2014, FJ 5, RJ 2014\3477.

<sup>18</sup> Así aparece recogido, con motivo de la adopción de medidas cautelares, en la STS de 14 de julio de 2015, FJ 1, RJ 2015\3277.

La diferenciación por género en los centros educativos: ¿debe financiarse a través de los conciertos?

La relevancia de esta decisión de la Administración radica en que las novedades introducidas por la LOMCE en la LOE ya estaban en vigor, entre las que se encuentra que la discriminación por sexos no debe suponer una desventaja para la concertación. Sin embargo, en este supuesto, la Administración entendió que predominaba el derecho a la educación en condiciones de igualdad sobre la libertad de enseñanza<sup>19</sup>.

Por otra parte, en el supuesto de que la separación se realice por aulas y no por centros, también podría estarse afectando al principio de igualdad en el acceso al centro. Esto podría suceder si se da preferencia a un género sobre el otro, para respetar el mínimo o el máximo de alumnos fijados por la proporción alumnado/unidad que se fije en la normativa o en la orden para la renovación y suscripción de conciertos emitida por la Administración educativa competente<sup>20</sup>. En estos casos se estaría dando preferencia a un género sobre el otro, pero no se estaría aplicando ninguno de los criterios de prioridad recogidos por la normativa o, incluso, podría estarse decidiendo contrariamente a ellos<sup>21</sup>.

En estos supuestos se están enfrentando dos vertientes del mismo derecho: el derecho a la libertad frente al derecho de prestación. El primero debe entenderse como la atribución de autonomía que realiza el artículo 27 CE a los padres del alumnado y a los centros para elegir la enseñanza que estimen oportuna. Dentro de este ámbito, podrán desenvolver su acción libremente sin perturbaciones externas. Ello significa que solo se derivarán obligaciones negativas para la Administración, es decir, debe limitarse a evitar injerirse en ese ámbito de libertad<sup>22</sup>.

Por otra parte aparece el derecho de prestación. En este caso se dirige a la obligación de garantizar a los ciudadanos una educación gratuita que se hace

---

<sup>19</sup> A este respecto conviene recordar lo que escribe Sendín García al señalar correctamente que «La diferenciación entre derechos de libertad y derechos de prestación tiende a matizarse en los últimos tiempos, negándose su carácter absoluto. Pues se considera que todo derecho de libertad tiene siempre algún contenido prestacional, y todo derecho de prestación tiene algún elemento propio de los derechos de libertad». SENDÍN GARCÍA, M. A., «La educación como servicio público», en *Diario La Ley*, núm. 6482, Sección Doctrina, 15 de mayo de 2006, p. 5.

<sup>20</sup> Así por ejemplo, si un centro que diferencia en función del sexo recibe 33 solicitudes para un curso escolar, de las que 17 son niños y 16 niñas, no podría impartir la clase femenina si en su Comunidad Autónoma se ha fijado en 17 el número mínimo de alumnado por unidad escolar. Por tanto, todas esas niñas pasarían a la situación de no admitidas (el artículo 16 del RD 2377/1985 establece que «por el concierto educativo el titular del centro (...) se obliga a tener una relación media alumnos/profesor por unidad escolar no inferior a la que la Administración determine»). Del mismo modo, si el máximo se fija en 25 y hay 27 solicitudes de niños y 17 de niñas, aun teniendo capacidad para todo el alumnado, dos niños pasarían a estar en no admitidos.

<sup>21</sup> Supongamos, partiendo del ejemplo de la nota anterior, que la niña que no es admitida además tiene a sus hermanos en ese colegio y a sus padres trabajando como profesores en él.

<sup>22</sup> MARTÍNEZ DE PISÓN, J. M., *El derecho a la educación y a la libertad de enseñanza*, ed. Dykinson, 2003, p. 63.

Amaya Angulo Garzaro / Noemi Angulo Garzaro

efectiva tanto a través de los colegios públicos como de los concertados. En estos casos la obligación que surge para la Administración es positiva, por lo que queda obligada a asegurar el correcto funcionamiento del servicio a través del cual la prestación «educación» se hace efectiva.

## 2.2. EL INTERÉS DE LOS CONCIERTOS PARA LOS CENTROS EDUCATIVOS Y LA ADMINISTRACIÓN

Los conciertos educativos implican importantes ventajas tanto para la Administración concedente como para el centro privado que es beneficiario de esta financiación. En el primer caso, porque permite atender necesidades educativas sin la necesidad de construir y dotar nuevos centros públicos allá donde la demanda escolar es más elevada que en periodos anteriores<sup>23</sup>; en el segundo caso, porque muchos centros privados han encontrado en esta figura un apoyo para su mantenimiento e impulso<sup>24</sup>.

A estas dos ventajas también podríamos añadir otras dos que contribuyen a la eficacia real del derecho a la educación obligatoria y gratuita: el aumento del pluralismo en el ámbito educativo y la incorporación de la iniciativa social en funciones cuyo responsable es el poder público<sup>25</sup>. El pluralismo aumenta a través de este tipo de centros porque permiten extender, por ejemplo, la educación religiosa a sectores de la población que podrían tener dificultades para satisfacer los gastos que implica la educación privada.

También se ha señalado que se incorpora la iniciativa social porque son los propios centros quienes acuden a la Administración a solicitar la posibilidad de impartir las enseñanzas contempladas en el ámbito del concierto, como centros propios privados concertados, en régimen de gratuidad y en términos semejantes a los exigidos normativamente a los centros públicos, permitiendo, a cambio, una importante limitación en cuanto a sus facultades de gestión, dado que,

---

<sup>23</sup> La Administración debe ser capaz de satisfacer las demandas de escolarización de la sociedad. Como explica Martínez López-Muñiz, «es un derecho que la sociedad organizada políticamente debe asegurar, pues, a toda persona, y por ello se le califica como derecho social prestacional, en cuanto comporta una exigibilidad de prestaciones educativas que, en último término, es ejercitable ante los Poderes públicos». MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., «Escolarización homogénea por razón del sexo y derecho fundamental a la educación en libertad», en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 154/2012, parte Estudios, editorial Civitas, Pamplona, 2012, p. 21.

<sup>24</sup> SETUÁIN MENDÍA, B., «El tratamiento jurisprudencial de la enseñanza diferenciada: la errática doctrina sobre conciertos educativos con centros privados que separan por sexos», en *Revista española de Derecho Administrativo* núm. 154/2012 parte Jurisprudencia, editorial Civitas, Pamplona, 2012, p. 2.

<sup>25</sup> ROMEA SEBASTIÁN, A., *Régimen jurídico de los centros concertados*, ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2003, p. 72.

La diferenciación por género en los centros educativos: ¿debe financiarse a través de los conciertos?

como establece la Constitución (artículo 27), en la gestión y control de los centros sostenidos con fondos públicos «*intervendrán los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos, en los términos que la ley establezca*».

La importancia de los conciertos educativos y el interés que suscitan puede comprobarse a través de la siguiente tabla, donde se recoge el número de grupos concertados por las Administraciones educativas para el curso 2013-2014 para las enseñanzas de régimen general.

**Tabla 1: Unidades/Grupos concertados por las Administraciones Educativas (1) - por Comunidad Autónoma y enseñanza (curso 2013-2014)**

	E. Infantil. Segundo ciclo	E. Primaria	E. Especial (2)	ESO	Bachillerato (3)	C.F. FP Grado Medio (3)	C.F. FP Grado Superior (3)	Programas de Cualificación Profesional Inicial (4)
TOTAL	18.195	32.997	2.314	21.354	2.338	2.781	1.854	1.227
ANDALUCÍA	2.080	4.533	433	3.003	267	563	223	205
ARAGON	442	881	63	639	44	97	75	56
ASTURIAS (Principado de)	280	567	40	408	10	40	23	1
BALEARS (Illes)	453	964	76	461	89	33	8	38
CANARIAS	480	1007	71	714	38	46	9	4
CANTABRIA	223	456	33	260	14	60	37	32
CASTILLA Y LEÓN	841	1.733	77	1.224	68	186	141	93
CASTILLA-LA MANCHA	458	910	77	617	26	54	13	33
CATALUÑA	2.890	5.945	512	3.747	388	386	389	118
COMUNITAT VALENCIANA	1.610	3.308	108	2.249	469	434	264	69
EXTREMADURA	278	565	64	418	21	25	11	28
GALICIA	821	1.636	176	1.062	0	105	47	26
MADRID (Comunidad de)	2.982	5.824	363	3.511	261	398	136	209
MURCIA (Región de)	598	1.171	61	728	24	64	21	40
NAVARRA (Comunidad Foral de)	269	567	41	368	104	37	33	41
PAIS VASCO	1.272	2.538	120	1.660	519	221	418	192
RIOJA (La)	134	254	9	179	6	32	6	16
CEUTA	30	60	0	40	0	0	0	17
MELILLA	24	48	0	16	0	0	0	9

Notas:

- 1) Se refiere al número de unidades/grupos concertados/subvencionados por las Administraciones Educativas, independientemente de las unidades en funcionamiento en esos centros.
- 2) En unidades de «Educación Especial» se incluyen las unidades en centros específicos y las unidades de E. Especial en centros ordinarios.
- 3) En los grupos de Bachillerato y Ciclos Formativos de FP se incluyen los grupos de Régimen Ordinario y de Adultos.

Amaya Angulo Garzaro / Noemi Angulo Garzaro

4) En los grupos de «Programas de Cualificación Profesional Inicial» se incluyen los grupos en centros docentes y en actuaciones.

*Fuente:* Subdirección General de Estadística y Estudios del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte

Por tanto, como puede demostrarse a través de la tabla anterior, está claro que las Administraciones educativas van a dedicar un importante esfuerzo —tanto económico como de gestión de la concertación— y, además, que el número de estudiantes afectados por dicho concierto será muy significativo. Por ello, las decisiones que se operen en este ámbito deben ser profundamente meditadas. Tanto si son en favor de la libertad de enseñanza como si se estima que deben colaborar en la promoción de la igualdad.

Además, como soporte de este argumento, se pretende demostrar con la Tabla número 2 que el alumnado medio en los centros privados y públicos es similar —no debemos olvidar que los centros concertados son centros privados—, por lo que la titularidad no necesariamente significará una variante determinante a la hora de fijar los criterios que deben seguirse en uno u otro centro; y, a la vez, esta tabla —en relación con la Tabla 1— permite calcular aproximadamente el número de estudiantes a quienes afectan los criterios educativos.

La diferenciación por género en los centros educativos: ¿debe financiarse a través de los conciertos?

**Tabla 2: Número medio de alumnos por Unidades / Grupos por titularidad del centro (curso 2013-2014)**

TOTAL	TODOS LOS CENTROS	CENTROS PÚBLICOS	CENTROS PRIVADOS
E. INFANTIL – TOTAL	18,8	18,9	18,5
E. INFANTIL – PRIMER CICLO (1)	12,7	12,8	12,6
E. INFANTIL – SEGUNDO CICLO (2)	22,1	21,3	23,9
E. PRIMARIA	21,7	20,8	24,4
E. ESPECIAL (3)	5,5	5,1	6,1
ESO	25,1	24,9	25,5
BACHILLERATO RÉG. ORDINARIO (4)	26,7	27,8	24,5
C.F. FP GRADO MEDIO – RÉG. ORDINARIO (4)	21,6	21,4	22,1
C.F. FP GRADO SUPERIOR – RÉG. ORDINARIO (4)	22,8	23	21,9
PROGRAMAS DE CUALIFICACIÓN PROFESIONAL INICIAL (5)	13,9	13,8	14,4

**Notas:**

- 1) En unidades de «E. Infantil – Primer ciclo» solo se incluyen las unidades en centros autorizados por la Administración Educativa.
- 2) En unidades de «E. Infantil – Segundo ciclo» se incluyen las unidades mixtas de E. Infantil.
- 3) En unidades de «Educación Especial» se incluyen las unidades en centros específicos y las unidades de E. Especial en centros ordinarios.
- 4) Las unidades del Régimen de Adultos se incluyen dentro del Régimen Ordinario para la Comunidad Autónoma de Cataluña.
- 5) En los grupos de «Programas de Cualificación Profesional Inicial» se incluyen los grupos en centros docentes y en actuaciones.

*Fuente:* Subdirección General de Estadística y Estudios del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte

Finalmente, a través de la Tabla 3 se demuestra que no son unos pocos centros con un elevado número de aulas concertadas; sino que realmente los centros educativos sujetos a la normativa de conciertos suponen un importante colectivo. Además, para una mayor ilustración, también se indica, a continuación, el número de centros de enseñanza privada no concertada.

Amaya Angulo Garzaro / Noemi Angulo Garzaro

**Tabla 3: Clasificación de los centros por enseñanzas que imparten por titularidad/financiación del centro, Comunidad Autónoma y tipo de centro (curso 2013-2014)**

	A (1)	B (2)	C (2)	D (3)	E (2)	F	G
	<b>Enseñanza privada concertada (4)</b>						
<b>TOTAL</b>	<b>1.217</b>	<b>383</b>	<b>1.548</b>	<b>410</b>	<b>1.139</b>	<b>279</b>	<b>0</b>
ANDALUCÍA	940	78	259	51	135	42	0
ARAGÓN	1	6	45	22	28	8	0
ASTURIAS (Principado de)	3	0	35	8	20	6	0
BALEARS (Illes)	17	9	66	1	17	7	0
CANARIAS	2	6	59	8	23	9	0
CANTABRIA	4	10	24	9	17	6	0
CASTILLA Y LEÓN	11	12	74	33	78	15	0
CASTILLA-LA MANCHA	3	15	67	8	25	12	0
CATALUÑA	11	105	262	70	202	64	0
COMUNITAT VALENCIANA	28	29	188	46	121	16	0
EXTREMADURA	1	6	34	4	21	11	0
GALICIA	51	22	101	25	54	20	0
MADRID (Comunidad de)	50	47	142	42	241	41	0
MURCIA (Región de)	1	4	69	7	33	4	0
NAVARRA (Comunidad Foral de) (5)	2	19	10	16	18	2	0
PAIS VASCO	88	13	95	57	95	15	0
RIOJA (La)	1	3	12	3	9	1	0
CEUTA	0	0	5	0	1	0	0
MELILLA	3	1	1	0	1	0	0
	<b>Enseñanza privada no concertada</b>						
<b>TOTAL</b>	<b>3.061</b>	<b>80</b>	<b>65</b>	<b>369</b>	<b>284</b>	<b>4</b>	<b>12</b>
ANDALUCÍA	353	16	7	68	65	0	6
ARAGÓN	134	2	2	8	6	0	0
ASTURIAS (Principado de)	7	1	0	20	5	0	0
BALEARS (Illes)	48	3	7	7	3	0	0
CANARIAS	37	8	6	16	18	0	5
CANTABRIA	8	0	0	4	0	0	0
CASTILLA Y LEÓN	58	1	3	12	4	0	1
CASTILLA-LA MANCHA	171	0	1	15	4	0	0
CATALUÑA	551	8	11	54	26	0	0
COMUNITAT VALENCIANA	452	11	8	43	40	1	0
EXTREMADURA	20	0	1	8	3	0	0
GALICIA	191	1	1	33	12	0	0
MADRID (Comunidad de)	902	25	15	59	90	2	0
MURCIA (Región de)	69	1	3	12	4	0	0
NAVARRA (Comunidad Foral de) (5)	15	2	0	2	0	1	0
PAIS VASCO	0	0	0	7	4	0	0
RIOJA (La)	39	0	0	1	0	0	0
CEUTA	3	0	0	0	0	0	0
MELILLA	3	1	0	0	0	0	0

La diferenciación por género en los centros educativos: ¿debe financiarse a través de los conciertos?

*Leyenda:* A: Centros de Educación Infantil. B: Centros de Educación Primaria. C: Centros de Educación Primaria y ESO. D: Centros ESO y/o Bachillerato y/o FP. E: Centros de Educación Primaria, ESO y Bachillerato/FP. F: Centros Específicos de Educación Especial. G: Centros Específicos de Educación a Distancia

*Notas:*

- 1) Los centros de «Educación Infantil» imparten exclusivamente Educación Infantil y solo incluyen los centros autorizados por la Administración Educativa.
- 2) Los centros de «Educación Primaria», «Educación Primaria y ESO» y «Educación Primaria, ESO y Bachillerato/FP» también pueden impartir Educación Infantil.
- 3) Los centros de «ESO y/o Bachillerato y/o FP» Imparten una o varias de las siguientes enseñanzas: ESO, Bachillerato y/o Ciclos Formativos de FP y/o PCPIs. No se incluyen las actuaciones de PCPIs.
- 4) Se considera que un centro privado tiene una enseñanza concertada cuando tiene unidades concertadas/subvencionadas de dicha enseñanza. Los centros concertados con alumnos exclusivamente de FCT no se incluyen en esta tabla.
- 5) En Navarra, además de los centros registrados, funcionan otros que están en proceso de adaptación; el número de centros es 11 y el de alumnos 722.

*Fuente:* Subdirección General de Estadística y Estudios del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte.

### 3. LIBERTAD DE ENSEÑANZA E IGUALDAD. SU ENCAJE DENTRO DE LA CONCERTACIÓN

A la hora de analizar la regulación actual con vistas a una posible modificación cabe plantearse si debe seguir financiándose a aquellos centros que separan al alumnado en función del sexo o si ello es contrario al principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución o a la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza<sup>26</sup>.

Actualmente, el régimen de conciertos, en lo que respecta a su normativa básica, viene regulado en el artículo 116 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Enseñanza (LOE), conforme al cual *«los centros privados que ofrezcan enseñanzas declaradas gratuitas en esta Ley y satisfagan necesidades de escolarización, en el marco de lo dispuesto en los artículos 108 y 109, podrán acogerse al régimen de conciertos en los términos legalmente establecidos»*.

---

<sup>26</sup> No haremos referencia a la normativa de la Unión Europea porque su competencia es muy reducida al reconocer el artículo 165.1 TFUE que la contribución de la Unión será, si fuera necesario, *«apoyando y completando la acción de éstos [los Estados miembros] en el pleno respeto de sus responsabilidades en cuanto a los contenidos de la enseñanza y a la organización del sistema educativo, así como de su diversidad cultural y lingüística»*.

Amaya Angulo Garzaro / Noemi Angulo Garzaro

El artículo 84.3 LOE, donde se regula la admisión del alumnado, y que mayor controversia puede despertar en este análisis, establece lo siguiente:

*«En ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*

*No constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciadas por sexos, siempre que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960.*

*En ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir concertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto. A estos efectos, los centros deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad»<sup>27</sup>.*

Si acudimos al mencionado artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, podemos leer que no se considera como constitutivo de discriminación en el sentido recogido por dicha Convención:

*«La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes»<sup>28</sup>.*

Por tanto, partiendo de que es constitucional el que existan centros con aulas para niños y otras diferentes para niñas, en la normativa básica y en el texto de

<sup>27</sup> No obstante, esta redacción podría verse modificada cuando el Tribunal Constitucional resuelva sobre los recursos de inconstitucionalidad presentados contra el apartado 3.º y admitidos por el Pleno del TC por providencia de 8 de abril de 2014 (recursos de inconstitucionalidad núm. 1406-2014, núm. 1455-2014, núm. 1433-2014 y núm. 1435-2014).

<sup>28</sup> La UNESCO nos señala específicamente que, *per se*, no existe discriminación en la enseñanza separada por sexos. Véase el estudio de la STSJ de Asturias de 11 de abril de 2011 en PAREDES PÉREZ, A., «Concertos y educación diferenciada: el final del desconcierto», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 821/2011, parte Estudio, editorial Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 1.

La diferenciación por género en los centros educativos: ¿debe financiarse a través de los conciertos?

la UNESCO no encontramos ningún motivo por el que la Administración no pueda concertar la educación con centros exclusivamente para niños o para niñas. De hecho, podría interpretarse que incluso *debe* hacerlo si Estos lo solicitan y cumplen el resto de requisitos exigidos por la normativa, en la medida en que ello no puede suponer «*un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas*» (art. 84.3 LOE).

Ahora bien, tampoco podemos desconocer que la DA 25.<sup>a</sup> de la LOE fija 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*». Lo que implica un guiño de la normativa hacia el fomento de la igualdad, también a la hora de recibir la educación.

No obstante, con anterioridad a la actual redacción de LOE sí han existido intentos autonómicos<sup>29</sup> en el sentido de pretender fijar como condición para la concertación la exigencia de no diferenciar por sexos<sup>30</sup>. Estos reglamentos autonómicos, como era de esperar, se han encontrado con numerosos recursos presentados ante los tribunales por los centros que podrían verse afectados.

### 3.1. DESCRIPCIÓN DE LA SITUACIÓN ACTUAL

Los sujetos de la relación jurídica educativa son muy variados, y ello puede dar lugar a intereses contrapuestos. En primer lugar encontramos al alumnado. Son

<sup>29</sup> Las Comunidades Autónomas pueden asumir en sus Estatutos de Autonomía competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia educativa, siempre que no invadan las competencias exclusivas del Estado que aparecen recogidas en el artículo 149.1.30.<sup>a</sup> de la Constitución.

<sup>30</sup> Sirva de ejemplo de ello Andalucía, cuya Orden de 22 de diciembre de 2008, por la que se establecen las normas que regirán la convocatoria para solicitar acogerse o renovar el régimen de conciertos educativos a partir del curso académico 2009/10, determina en su artículo 17.5 la obligación de los titulares de los centros «*de cumplir lo establecido en la normativa vigente sobre escolarización del alumnado, especialmente en lo relativo a la no discriminación por las razones que en dicha normativa se contemplan en desarrollo del artículo 84.3 de la LOE*». No obstante, esta orden fue anulada por el TSJ de Andalucía sin entrar en el enjuiciamiento de la legalidad y constitucionalidad de la obligatoriedad de la enseñanza mixta como condición de concertación. Para más información véase SETUÁIN MENDÍA, B., «El tratamiento jurisprudencial de la enseñanza diferenciada: la errática doctrina sobre conciertos educativos con centros privados que separan por sexos», en *Revista española de Derecho Administrativo* núm. 154/2012 parte Jurisprudencia, editorial Civitas, Pamplona, 2012, p. 5.

Amaya Angulo Garzaro / Noemi Angulo Garzaro

los destinatarios inmediatos de la función educativa, y en los Estados que creen en la igualdad de géneros se incluye tanto a los niños como a las niñas<sup>31</sup>.

En segundo lugar, aparecen los poderes públicos representados genéricamente por el «Estado», quien debe garantizar el derecho a la educación recogido en el artículo 27 CE y en el resto de normas internacionales<sup>32</sup>.

En tercer lugar, los propios centros, e incluso los profesores, están presentes en la relación educativa. Centros docentes a los cuales ya nos hemos referido anteriormente, que pueden ser privados, públicos o concertados. En función de su tipología se caracterizarán por un determinado conjunto de derechos y obligaciones que pueden variar.

Finalmente aparecen los padres, que en última instancia son quienes velarán por el tipo de educación que deberá darse a sus hijos<sup>33</sup>. Aunque el origen de este deber provenga de una perspectiva ideológica que encuentra fundamento en los artículos 27.3 CE y 2 del Protocolo al Convenio Europeo, por los que pueden exigir que los niños no sean educados en doctrinas religiosas distintas a la querida por los padres<sup>34</sup>, ahora cabría plantearse si ello puede incluir el que únicamente lo sean en centros para niños o niñas.

De los diferentes intereses que pueden presentar estos cuatro sujetos puede surgir el conflicto sobre qué prima más: el derecho de los padres a elegir para sus hijos la educación de un solo sexo, la libertad de los centros docentes a crear este tipo de centros sin que ello pueda significar un trato menos favorable para acceder al concierto, el derecho de los padres a que no se discrimine a sus hijos en función de su género o la necesidad de que el Estado promueva las condiciones necesarias para fomentar la igualdad.

---

<sup>31</sup> Aunque la educación incluye a personas de todas las edades (también conocida como «educación a lo largo de la vida»), debido al ámbito concreto de nuestro estudio —que incluye únicamente al alumnado de la enseñanza obligatoria— se hace referencia a «niños» y «niñas», sin perjuicio de que muchas de las consideraciones que aquí se expresan sean extensibles a las personas de otras edades.

<sup>32</sup> Como escribe el catedrático Martín-Retortillo Baquer, debe tenerse en cuenta, por ejemplo, «*que las eventuales reclamaciones ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, derivadas del mal funcionamiento de cualquiera de los centros públicos educativos, se sustancian frente al Reino de España*». MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «La presencia de los padres en el derecho a la educación.», en *Revista española de Derecho Administrativo* núm. 161/2014, parte Estudios, Editorial Civitas, Pamplona. 2014, p. 5.

<sup>33</sup> En el artículo 13.3 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se señala 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, siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*».

<sup>34</sup> MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L., «La presencia de los padres en el derecho a la educación.», en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 161/2014, parte Estudios, Editorial Civitas, Pamplona. 2014, p. 11.

La diferenciación por género en los centros educativos: ¿debe financiarse a través de los conciertos?

### 3.1.1. *El supuesto derecho a separar al alumnado en función del sexo: argumentos a favor y en contra*

Los motivos por los que en numerosas ocasiones se ha dado la razón por los tribunales a los centros educativos que claman por su derecho a separar por sexos si así lo estiman conveniente han sido numerosos<sup>35</sup>.

El primero de ellos, la ilegalidad de incluir un criterio de admisión no establecido en la normativa<sup>36</sup>. Así por ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha entiende que se vulnera el derecho a la libertad de enseñanza con la imposición que se establece en la normativa autonómica por la que los centros concertados deben observar el sistema de enseñanza mixta. En concreto, señala que la normativa autonómica incurre en un exceso competencial y vulnera los textos legales, al introducir «*un nuevo factor o criterio delimitador de la admisión de los alumnos no previsto en ellos y conforme al cual puede quedar proscrita en los centros privados concertados o financiados con fondos públicos toda la limitación a la admisión por razón del sexo*»; y se añade que «*ya hemos dicho con anterioridad que una clara extralimitación del Reglamento en la configuración legal del derecho fundamental puede transgredir su contenido*»<sup>37</sup>.

En estos casos, lo que los centros suelen invocar es el derecho a la libertad de enseñanza, así como el reconocimiento a la dirección de aquellos, entendiendo que ello supone la posibilidad de definir el carácter propio del centro y de establecer, como forma propia de su proyecto educativo, una educación diferenciada para el alumnado en función del sexo<sup>38</sup>.

Idea que no es compartida por el Tribunal Supremo en su totalidad por los argumentos que se exponen a continuación<sup>39</sup>:

- La Ley Orgánica 8/1985 no atribuye de manera explícita a los titulares de centros privados concertados la competencia para decidir sobre la

<sup>35</sup> Entre otras, la STSJ de La Rioja de 25 de noviembre de 2002, las dos SSTSJ de Castilla-La Mancha de 10 de noviembre de 2004 por las que se anula el Decreto 22/2004, de 2 de marzo, de admisión de alumnado en los centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos; y la STSJ de Andalucía de 11 de mayo de 2006 que anula el Decreto 77/2004, de 24 de febrero, que imponía la obligación en los centros concertados de escolarizar tanto a alumnos como a alumnas.

<sup>36</sup> SETUÁIN MENDÍA, B., «El tratamiento jurisprudencial de la enseñanza diferenciada: la errática doctrina sobre conciertos educativos con centros privados que separan por sexos», en *Revista española de Derecho Administrativo* núm. 154/2012, parte Jurisprudencia, ed. Civitas, Pamplona, 2012, p. 5.

<sup>37</sup> STSJ de Castilla-La Mancha de 10 de noviembre de 2004, FJ 6, estimatoria parcialmente del recurso deducido contra el Decreto 22/2004, de 2 de marzo, sobre admisión de alumnado en centros docentes no universitarios sostenidos con fondos públicos en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha.

<sup>38</sup> Argumentos que aparecen recogidos en la STS de 11 de julio de 2008, FF.JJ. 6.º a 8.º, RJ 2008/6755.

<sup>39</sup> STS de 11 de julio de 2008, FJ 6.º, RJ 2008/6755.

admisión de alumnos. Por tanto, y salvo que esa competencia forme parte del contenido esencial de un derecho fundamental, no puede entenderse implícito en la regulación legal, dado que ello constituiría un juicio apriorístico que no queda debidamente fundamentado.

- La competencia sobre la admisión de alumnos no forma parte del contenido esencial del derecho constitucional de dirección del centro y por tanto no se deriva, de forma directa ni indirecta, de la doctrina contenida en la STC 77/1985, de 27 de junio, dado que esta Sentencia (FJ 20.º) fija lo siguiente:

*«... El contenido esencial del derecho a la dirección puede precisarse, de acuerdo con la doctrina de este TC (Sentencia 11/1981, de 8 de abril), 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 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 caben, 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. Una de estas limitaciones es la que resulta de la intervención estatal, respaldada constitucionalmente por el artículo 27.9 de la C.E., para el caso de Centros con respecto a los cuales los poderes públicos realizan una labor de ayuda, particularmente a través de la financiación total o parcial de la actividad, al disponer que “los poderes públicos ayudarán a los Centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca” con lo que, a salvo, repetimos, lo arriba dicho sobre el contenido esencial del derecho en cuestión, supone la posibilidad de establecer condicionamientos y limitaciones legales del mismo respecto a dichos Centros».*

La diferenciación por género en los centros educativos: ¿debe financiarse a través de los conciertos?

- No hay base para afirmar que la atribución de la competencia sobre la admisión del alumnado sea indispensable para garantizar el respeto al carácter propio del centro o que sin ella quede cercenada la potestad de dirección.

En segundo lugar, se hace referencia a lo inconstitucional de dicha obligación por contravenir el derecho fundamental a la educación, puesto que en ningún sitio se limita la libre creación de centros docentes a aquellos que sean mixtos<sup>40</sup>. A este respecto conviene traer a colación, en favor de dicho argumento, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de diciembre de 1999, F.J. 3.º, donde se señala que «*el hecho de que en un centro docente se impartan enseñanzas sólo a niños o sólo a niñas no puede considerarse que suponga una discriminación por razón de sexo desde el momento en que los padres o tutores pueden elegir, dentro de un entorno gratuito de enseñanza, entre los diversos centros existentes en un determinado territorio*».

Por tanto, los padres y madres del alumnado difícilmente pueden alegar la vulneración a elegir centro de enseñanza cuando existen colegios mixtos gratuitos en el área en la que se encuentre aquel que separa por sexos, situación que casi siempre se dará. Es decir, si hubiera posibilidad de elección, no habría vulneración.

Sin embargo, si nos encontrásemos por ejemplo en un barrio de reciente edificación y la única opción posible para los niños o niñas fuera acudir a un centro educativo propio concertado que diferencia al alumnado por sexos sí se estima que se podría estar produciendo una discriminación por razón de sexo al no existir ninguna otra opción gratuita de enseñanza en el entorno de ese centro. En estos casos, aun cuando el centro deseara asumir como forma propia de su proyecto educativo la de ofrecer una educación diferenciada creemos que debería primar el derecho a la igualdad —en su vertiente educativa— sobre el derecho a la libertad de enseñanza —en su vertiente de definir su carácter de esta forma y, al mismo tiempo, solicitar la subvención prestacional de la Administración—<sup>41</sup>.

Además, también puede darse la situación de que, aun existiendo colegios que no diferencien por sexos en la zona, debido a la necesidad de respetar el mí-

<sup>40</sup> SETUÁIN MENDÍA, B., «El tratamiento jurisprudencial de la enseñanza diferenciada: la errática doctrina sobre conciertos educativos con centros privados que separan por sexos», en *Revista española de Derecho Administrativo* núm. 154/2012, parte Jurisprudencia, ed. Civitas, Pamplona, 2012, p. 5.

<sup>41</sup> Para un análisis de cómo ha sistematizado la doctrina el elenco de derechos contenidos en el artículo 27 CE véase MEDINA GONZÁLEZ, S., «El sistema educativo español», en *Tratados y Manuales. Derecho de los servicios públicos sociales*, ed. Civitas, Pamplona, enero de 2014, p. 2 y siguientes. Disponible en Westlaw con la referencia BIB 2014\1410.

Amaya Angulo Garzaro / Noemi Angulo Garzaro

nimo o máximo de alumnado por unidad educativa, un niño o una niña se quedan fuera exclusivamente por razón de su género. En estos casos se estaría dando preferencia a un género sobre el otro, incluso en contra de los criterios de prioridad en el acceso a un centro recogidos por la normativa (en concreto, en el artículo 87 LOE)<sup>42</sup>.

En tercer lugar, debe valorarse como refuerzo de la posición en favor de quienes apoyan el derecho a diferenciar por sexos que el Consejo de Estado ha admitido ya en varios dictámenes que la educación diferenciada cuenta con el respaldo de la UNESCO y de la Directiva 2004/113 de la Comisión Europea. Además, este modelo está refrendado por las leyes educativas de países del entorno como Reino Unido, Francia, Alemania, Italia, Bélgica o Portugal<sup>43</sup>. Sin embargo, aquí no estamos valorando o no la conveniencia de que existan estos centros, sino la necesidad de que sean financiados con dinero público. Por ello nos remitimos al resto de argumentos para justificar que los poderes públicos deben proteger la igualdad, aunque ello suponga otorgar menos recursos a otras opciones.

En cuarto lugar, hay que añadir la opinión de catedráticos como Jaime RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, quien argumenta lo siguiente:

*«No puede la Comunidad Autónoma [refiriéndose a Castilla-La Mancha por el Decreto en el que obligaba a la enseñanza mixta] establecer esta prohibición porque en España existe libertad de enseñanza y porque, como también dispone la Constitución en el art. 27 “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”. Es decir, si estamos en un sistema democrático, el pluralismo debe protegerse y facilitarse evitando el dogmatismo del pensamiento único que se impone desde la cúpula»<sup>44</sup>.*

Se quiere resaltar en esta argumentación la palabra «convivencia». Ello implica, en primer lugar, que no se trata únicamente de resultados académicos que puedan venir favorecidos por el argumento de las diferencias psicológicas y biológicas de niños y niñas; sino que hace referencia a otras consecuencias relativas

<sup>42</sup> Supongamos, partiendo del ejemplo de la nota anterior, que la niña que no es admitida además tiene a sus hermanos en ese colegio y a sus padres trabajando como profesores en él.

<sup>43</sup> Así por ejemplo, la Ley francesa 2008-496, de 27 de mayo de 2008, establece que el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres «no es obstáculo para la organización de las enseñanzas agrupando los alumnos en función de su sexo». MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J. L., «Escolarización homogénea por razón del sexo y derecho fundamental a la educación en libertad», en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 154/2012, parte Estudios, ed. Civitas, Pamplona, 2012, p. 9.

<sup>44</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J., «Una sentencia relevante en materia de libertad educativa», en *Actuación Administrativa*, núm. 10, Sección A, Fondo, quincena del 16 al 31 de mayo de 2005, p. 1171, tomo 1.

La diferenciación por género en los centros educativos: ¿debe financiarse a través de los conciertos?

al carácter de la educación, tales como el desarrollo de los comportamientos individuales colectivos o el aprendizaje de las relaciones entre los sexos. Objetivo que no se puede atender si no se mezclan los chicos y las chicas en los centros y en las aulas, por lo que compartimos la idea de que «es difícil que alguien se desarrolle socialmente en una isla desierta, como es difícil que los chicos y las chicas aprendan a vivir en una sociedad que es mixta, si ese aprendizaje se realiza por separado»<sup>45</sup>.

Además, se estima que no se está poniendo en peligro el pluralismo que protege un sistema democrático, dado que se sigue respetando la libre creación de centros docentes. Ahora bien, tampoco puede obviarse el derecho reconocido en el artículo 27.7 CE por el que pueden participar «los profesores, padres y en su caso alumnos en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos». Al fin y al cabo, la financiación por parte de las Comunidades Autónomas conllevará, como contrapartida, la pérdida de la posibilidad de tomar ciertas decisiones únicamente por el centro docente; sin que ello pueda entenderse como la imposición del pensamiento único.

### 3.1.2. *La posibilidad de que la Administración fije como condición de admisión la no diferenciación en función del género*

Aun asumiendo que mayoritariamente se acepta el derecho de los centros a diferenciar a los alumnos según el sexo, también se encuentran sentencias que se alejan de esta teoría. Así, por ejemplo, la STS de 16 de abril de 2008, reiterada en STS de 11 de julio de 2008, rechaza que la facultad de decidir sobre la admisión del alumnado en función del sexo pueda considerarse una facultad incluida dentro de la libertad de enseñanza, en su manifestación concreta de dirección de centros y definición de su carácter<sup>46</sup>.

Además, como señala la mencionada STS de 16 de abril de 2008 en su FJ 9.º, cuando nos encontramos frente a centros concertados el sistema de enseñanza mixta es en realidad:

*«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*

<sup>45</sup> A este respecto, véase HEREDERO DE PEDRO, C., «Una educación diferenciada para la diferencia entre los sexos. Análisis crítico de los centros educativos de la Comunidad de Madrid que segregan al alumnado en función del sexo», en *Observatorio de Igualdad de Género*, núm. 8, marzo de 2012, p. 25.

<sup>46</sup> SETUÁIN MENDÍA, B., «El tratamiento jurisprudencial de la enseñanza diferenciada: la errática doctrina sobre conciertos educativos con centros privados que separan por sexos», en *Revista española de Derecho Administrativo* núm. 154/2012, parte Jurisprudencia, editorial Civitas, Pamplona, 2012, p. 11.

Amaya Angulo Garzaro / Noemi Angulo Garzaro

*centros privados que reciben ayudas públicas en virtud de lo establecido en el art. 27.9 CE».*

Esta interpretación, aun siendo minoritaria, no debe descartarse rápidamente, dado que la Administración no asume el deber de satisfacer los gastos recogidos en el artículo 117 LOE sin obtener ningún tipo de garantía sobre el correcto funcionamiento de los centros privados concertados, sino que lo condiciona de una manera significativa porque los conciertos gozan de una naturaleza convencional y sinalagmática<sup>47</sup>. Por lo tanto, si pudiera probarse que no está funcionando correctamente, por no satisfacer necesidades escolares, podría justificarse que dejase de financiarse la educación del centro. El punto discrepante, sin embargo, es que bajo la normativa actual podría interpretarse que la Administración no puede obligar al centro a que las aulas sean mixtas; o, dicho con otras palabras, parece que no entra dentro de su ámbito de control el vigilar que el centro no separe al alumnado por razón de su sexo.

Pese a ello y las dificultades para entender la normativa en ese sentido, y aun con la actual redacción de la LOE tras la LOMCE, el Tribunal Supremo ha seguido estimando en diversos asuntos que la diferenciación por sexos supone una discriminación suficiente para justificar su no financiación con fondos públicos<sup>48</sup>.

### 3.2. LA DIFICULTAD DEL CAMBIO

El artículo 27.6 CE, cuando se refiere a la libertad de crear y dirigir centros docentes, no especifica cómo debe interpretarse esta facultad. Por ello, la decisión de entenderla en uno u otro sentido no es más que la interpretación del ordenamiento jurídico que se realiza en un momento concreto. Es decir, aunque hasta la fecha se haya venido entendiendo mayoritariamente que la Administración no puede imponer como condición para la concertación que el centro no segregue

<sup>47</sup> Sirva de ejemplo, como escribe MORENO GONZÁLEZ-ALLER, «*que éstos deben adoptar las medidas necesarias para la constitución del Consejo Escolar y la designación del Director actuando no con libertad de criterio sino conforme a los principios de mérito, capacidad y publicidad, además de tener en funcionamiento un número total de unidades escolares correspondientes al nivel de enseñanza; es más, la intromisión de los poderes públicos en las facultades de dirección y organización empresarial, propias por consiguiente del empleador, se manifiesta en el hecho de que las actividades escolares complementarias y de servicios de esta clase de centros no podrán formar parte del horario lectivo y carecerán de carácter lucrativo, y el incumplimiento de estas obligaciones es causa de extinción de los conciertos*», en «*Algunas consideraciones sobre la subrogación de la administración educativa en el pago de los salarios del personal docente de centros educativos concertados*», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, vol. II, parte Estudio, editorial Aranzadi, Pamplona, 1993, p. 4.

<sup>48</sup> Así lo ha establecido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de junio de 2014, FJ 5, RJ 2014\3477; reiterada en la STS de 17 de julio de 2014, RJ 2014\4429.

La diferenciación por género en los centros educativos: ¿debe financiarse a través de los conciertos?

al alumnado según el sexo, ello no impide que un cambio de interpretación sí le permita realizarlo.

Las normas deben ser interpretadas conforme a la realidad social del momento en el que han de ser aplicadas, y hoy en día, y tras la entrada en vigor de la LOE, han existido diferentes posturas muy bien argumentadas en ambos sentidos. En primer lugar, hay que tener presente lo que ya nos ha recordado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 24 de febrero de 2010, según la cual la enseñanza separada por sexos *«dejó de ser conforme en España para los centros sostenidos con fondos públicos una vez que la LOE introdujo como criterio de no discriminación en el artículo 84 en el proceso de admisión de alumnos el relativo al sexo, imponiendo definitivamente en esos centros el criterio de la coeducación»*.

No obstante, tres años después de esta Sentencia, y tras la reforma efectuada por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), se introdujo un tercer párrafo al artículo 84 LOE por el que se establece que *«En ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto...»*.

Y no solamente estableció que la separación por sexos no podría implicar un trato menos favorable a la hora de suscribir un concierto educativo con la Administración, sino que la misma Ley, en su Disposición Transitoria Segunda, fijó que *«los centros privados a los que en 2013 se les haya denegado la renovación del concierto educativo o reducido las unidades escolares concertadas por el único motivo de ofrecer educación diferenciada por sexos podrán solicitar que se les aplique lo indicado en el artículo 84.3 de esta Ley Orgánica para el resto del actual periodo de conciertos en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor»*.

Es decir, desde la entrada en vigor de la LOMCE el legislador parece dar a entender que la Administración puede y debe concertar la educación con estos centros cuando satisfagan el resto de requisitos exigidos por la normativa vigente. Lo cual deberá ser respetado por las administraciones educativas, al menos, hasta que el Tribunal Constitucional se pronuncie sobre el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra esta redacción<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> El Pleno del TC, por providencia de 8 de abril de 2014, ha acordado admitir a trámite los recursos de inconstitucionalidad núm. 1406-2014, núm. 1455-2014, núm. 1433-2014 y núm. 1435-2014 contra el párrafo 3.º del artículo 84 de la LOMCE.

Opción legislativa<sup>50</sup> la introducida en el año 2013 que, de acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2006, no encontraría ningún obstáculo en la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de toda forma de discriminación hacia la mujer, de 18 de diciembre de 1979. Hacer referencia a esta Convención es importante porque se refiere expresamente a la enseñanza mixta. En concreto, en el artículo 10 de dicha Convención se recoge el compromiso de los Estados para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, «*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*».

Sobre este compromiso, el Alto Tribunal, en su Sentencia de 26 de junio de 2006, en su Fundamento jurídico octavo argumenta que «*no hace más que indicar que el estímulo de la enseñanza mixta es una de las posibles vías para superar los estereotipos de los papeles masculino y femenino*». Compartimos el argumento de que la enseñanza mixta es un medio para promover la eliminación de aspectos de desigualdad por razón de sexo, y que no es el único existente. Si bien, dado que se afirma que puede servir para esa finalidad, también creemos importante que la Administración Pública lo fomente, para lo cual puede llegar a ser necesario que imponga como condición para la financiación de la educación en centros privados que la admisión del alumnado no se realice en función de su sexo.

### 3.2.1. Limitación de recursos: el impedimento de la suficiente motivación

Además, lo que es indiscutible es la limitación de los recursos disponibles. El artículo 27.9 CE no puede ser interpretado como un deber de ayudar a todos los centros docentes solo por el hecho de serlo, sino que es necesario tener en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales<sup>51</sup>. Así por ejemplo estarían los artículos 1 y 9 CE, en su vertiente de la promoción por parte de los poderes públicos de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas.

---

<sup>50</sup> Previamente, en el procedimiento legislativo que condujo a la adopción de la LOE en 2006, el Congreso y el Senado rechazaron la enmienda que pretendió introducir en la LOE una exigencia explícita de que los centros públicos y privados concertados escolarizaran a alumnos de ambos sexos. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., «Los conciertos con colegios de un solo sexo en la Ley de Presupuestos Generales del Estado», en *Diario La Ley*, núm. 8030, sección Doctrina, de 25 de febrero de 2013, p. 5.

<sup>51</sup> DE AHUMADA RAMOS, F. J., *Responsabilidad de la administración por la lesión de los derechos de los titulares de centros docentes privados*, editorial Aranzadi, colección Grandes Tratados, junio de 2009, ISBN 978-84-9903-169-9, p. 1. Disponible en Westlaw con el código BIB 2011\6364.

La diferenciación por género en los centros educativos: ¿debe financiarse a través de los conciertos?

Pero al mismo tiempo, nuestra normativa contempla el acceso a la concertación como un «derecho subjetivo» de todos los centros privados que cumplan los requisitos que fija la normativa para ello<sup>52</sup>. Es cierto que su efectividad se sujeta a la disponibilidad presupuestaria, pero también hay que tener en cuenta que para rechazar una solicitud de concierto o para no renovarlo «*no son suficientes meras declaraciones genéricas de la Administración sobre falta de previsiones presupuestarias*»<sup>53</sup>.

La motivación, con carácter general, es lo que otorga racionalidad a la actividad administrativa o, en palabras de los tribunales:

*«Desde el punto de vista interno, viene a asegurar la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración. Pero en el terreno formal, como exteriorización de los fundamentos en cuya virtud se dicta un acto administrativo, constituye una garantía para el administrado que podrá impugnar el acto con posibilidad de criticar las bases en que se funda. En último término, la motivación facilita el control jurisdiccional de la Administración que sobre su base, podrá desarrollarse con conocimiento de todos los datos necesarios. Por ello la motivación no constituye un rito sacramental, sino una medida instrumental para que se conozcan las razones de la voluntad de la Administración»*<sup>54</sup>.

Además, debe tenerse en cuenta que con las resoluciones y órdenes de la Administración no se está afectando únicamente a los centros docentes privados que ven sus deseos de obtener la concertación aceptados o denegados, sino que también afecta a numerosos estudiantes que, en función de esa decisión, cursarán sus estudios en uno u otro centro.

Por ello, si la Administración decide dejar de concertar unas aulas que hasta el momento estaba financiando deberá argumentar motivos que vayan más allá únicamente de la limitación de recursos o, si realmente existen, deberá especificar claramente hasta qué punto es necesaria esa reducción. Como estipula el Tribunal Supremo en su Sentencia de 19 de julio de 2007:

*«Tratándose de decisiones que afectan directamente al derecho fundamental a la educación y al derecho de los padres a elegir la enseñanza, la Administración debe motivar decisiones que inciden*

<sup>52</sup> DE AHUMADA RAMOS, F. J., *ibid.* nota anterior.

<sup>53</sup> SSTs de 13 de mayo de 2008, de 23 de enero de 2007 y de 16 de octubre de 2007.

<sup>54</sup> Así se refiere a la motivación, dentro del ámbito de conciertos educativos, haciendo referencia a la denegación de un concierto por no satisfacer necesidades de escolarización, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 8 de octubre de 2004, FJ 3.<sup>º</sup>

Amaya Angulo Garzaro / Noemi Angulo Garzaro

*en ellos, no solo con argumentos genéricos, sino con razones concretas y, sobre todo, acreditando, cuando se aduce ese motivo, que no cuenta con fondos suficientes para mantener el número de unidades de enseñanza primaria y secundaria que hasta ese momento venía financiando en el centro, respecto del cual no se ha objetado que incumpla los requisitos necesarios para la renovación del concierto que establece el art. 43 del RD 2377/85, y que en la sentencia de 14 de abril de 1994 esta Sala del Tribunal Supremo ha declarado»<sup>55</sup>.*

Por tanto, nos encontramos con otra limitación a añadir a una normativa que parece en favor de concertar este tipo de educación: en el momento en el que se concede la concertación a un centro que diferencia al alumnado en función del sexo, no se le puede retirar tan fácilmente sin infringir la normativa. Incluso aunque asumiéramos que la normativa permite condicionar la concertación a la admisión del alumnado sin establecer diferencias de género, salvo que se pudieran alegar motivos de imperiosa necesidad, debería respetarse la confianza legítima del centro a que se le va a continuar renovando dicho concierto; como mínimo, durante seis años en el caso de Educación Primaria y cuatro en el resto de los casos<sup>56</sup>. En caso contrario, la Administración podría ser condenada a soportar las consecuencias económicas de su cambio de criterio con el abono de la totalidad del coste de las unidades que, aunque no se han llegado a impartir, sí fueron concertadas en su momento<sup>57</sup>.

Incluso transcurrido este plazo, debería estudiarse con mucha precaución si existe una motivación suficiente para su exclusión o si, existiendo capacidad presupuestaria, debe concertarse, debiendo decantarnos, casi con total seguridad y dada la normativa vigente, por esto segundo, dado que, como establece el artículo 43 del Real Decreto 2377/1985:

*«Los conciertos se renovarán siempre que el centro siga cumpliendo los requisitos que determinaron su aprobación, no se haya incurrido en las causas de no renovación previstas en el artículo 62.3 de la ley orgánica reguladora del Derecho a la Educación y*

<sup>55</sup> Así lo ha reproducido también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 5 de junio de 2008, en su FJ 2.º

<sup>56</sup> El artículo 116.3 LOE establece que «el concierto educativo tendrá una duración mínima de seis años en el caso de Educación Primaria, y de cuatro años en el resto de los casos».

<sup>57</sup> En algunos casos en los que la Administración ha denegado la implantación de aulas ya concertadas ha sido condenada a abonar el coste de aquellas unidades que no se han implantado, cuando sí debían haberlo sido (STS de 19 de julio de 2007). No obstante, en otros casos los tribunales se han limitado a obligar a la Administración a pagar la partida de «otros gastos» (mantenimiento y conservación de las unidades finalmente no implantadas) y no la totalidad, porque entienden que ello podría significar un enriquecimiento injusto no pretendido por el Ordenamiento Jurídico (STSJ de Andalucía de 5 de junio de 2008).

La diferenciación por género en los centros educativos: ¿debe financiarse a través de los conciertos?

*existan consignaciones presupuestarias disponibles. En este último supuesto se aplicarán los criterios de preferencia del artículo 48.3 de la citada ley orgánica»<sup>58</sup>.*

A ello hay que añadir que parte de la jurisprudencia ha insistido en que la denegación o rescisión del concierto para centros que venían siendo subvencionados puede suponer la violación de derechos fundamentales consagrados en el art. 27 CE en cuanto afecte al derecho a la libre creación de centros docentes, cuyo mantenimiento quedaría mediatizado por los actos de la Administración<sup>59</sup>.

### 3.2.2. *Nuestro entorno: la aceptación generalizada de la diferenciación frente a la necesidad de trabajar en el camino de la igualdad*

En la Unión Europea, aunque existen normativas que permiten la separación por sexos, según un estudio realizado por la Comisión Europea en 2010 solamente en cuatro Estados miembros había escuelas públicas de un solo sexo. Ellos son Reino Unido, con 485, Irlanda, con 120, Grecia, con 27 y Malta, con 25<sup>60</sup>. La causa probablemente resida en el florecimiento de una nueva cultura de promoción de la igualdad entre hombre y mujer donde se pretende «normalizar» la relación interpersonal entre ambos sexos<sup>61</sup>.

Junto con este argumento a favor, no obstante también han empezado a surgir detractores de los colegios mixtos. Sus argumentos se basan en la supuesta diversa estructura cerebral humana que genera que, a nivel psicológico y biológico, cada sexo presente diferentes necesidades<sup>62</sup>. Más en concreto, señalan por ejemplo que aunque son iguales en inteligencia, su funcionamiento cerebral es sensiblemente diferente en su estructura y funcionamiento<sup>63</sup>.

<sup>58</sup> En este sentido se pronuncia la STS de 12 de mayo de 2003, RJ 2003\4735, en su FJ 3.º

<sup>59</sup> Así se recoge por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en su Sentencia de 7 de julio de 1997, en cuyo FJ 3.º estipula que «lo cierto [es] que la reducción o no del Concierto Educativo tiene relevancia constitucional. Tal ha sido hasta ahora en general la interpretación del Tribunal Supremo que ha insistido en que la denegación o rescisión del concierto (en este caso parcial) para Centros que venían siendo subvencionados “suponía la violación de derechos fundamentales consagrados en el artículo 27 de la Constitución en cuanto afectaba al derecho a la libre creación de centros docentes, cuyo mantenimiento, en otro caso, quedaría mediatizado por los actos impugnados”».

<sup>60</sup> EURYDICE, *Gender Differences in Educational Outcomes: Study on the Measures Taken and the Current Situation in Europe*, ed. Comisión Europea, Bruselas, 2010, p. 85. Disponible en: [http://eacea.ec.europa.eu/education/eurydice/documents/thematic\\_reports/120en.pdf](http://eacea.ec.europa.eu/education/eurydice/documents/thematic_reports/120en.pdf).

<sup>61</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L., «Escarización homogénea por razón del sexo y derecho fundamental a la educación en libertad», en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 154/2012, parte Estudios, editorial Civitas, Pamplona, 2012, p. 1.

<sup>62</sup> A este respecto véase CALVO, M., *Guía para una educación diferenciada*, ed. El Toro Mítico, 2009.

<sup>63</sup> CALVO CHARRO, M., *Cerebro y educación: hombres y mujeres: las diferencias cerebrales entre los sexos y su importancia en el aprendizaje*, ed. Almuzara, 2008.

Amaya Angulo Garzaro / Noemi Angulo Garzaro

Sin embargo, según un estudio desarrollado por la OCDE a gran escala en Reino Unido, Canadá, Australia y Nueva Zelanda, no hay una gran diferencia entre los resultados académicos obtenidos por los estudiantes de centros de educación diferenciada y por los de mixta<sup>64</sup>. Además, de cara a mejorar los resultados académicos, los Gobiernos pueden centrar sus esfuerzos en otros indicadores que, quizás, sean más significativos y menos polémicos<sup>65</sup>.

No dudamos de que estos argumentos sobre las diferencias psicológicas y biológicas sirvan como fundamento para seguir manteniendo la existencia de estos centros. Ahora bien, el debate, una vez más, vuelve a los mismos términos: ¿es necesario que la educación sea mixta para seguir avanzando en el ámbito de la igualdad, o existen razones suficientemente fundadas, más allá de los intereses políticos del momento, que hacen imprescindible que sigan existiendo este tipo de centros financiados con fondos públicos?

En caso de verificarse que, efectivamente, existen estas diferencias que justifiquen la necesidad e importancia de que los esfuerzos educativos se concreten en un sentido determinado en función del sexo podríamos estar a favor, no solamente de la posibilidad de que se financie por los poderes públicos este tipo de educación, sino de su necesidad. Pero a la vez no debemos olvidar que hombres y mujeres conviven en la sociedad sin que pueda darse un trato de favor a un género determinado por sus específicas características diferenciadoras. Entonces, podría darse el caso de que la solución a las diferencias inevitables entre chicos y chicas no fuera la homogeneización en las aulas.

El hecho de que sigan existiendo numerosos centros educativos exclusivamente para niños o niñas con una demanda alta de admisión significa que los padres desean ese tipo de educación para sus hijos. El que se sigan financiando hasta la fecha con fondos públicos, y el que un determinado legislativo desee incluirlos en la normativa, también representa la voluntad de un grupo importante de la población en ese sentido. Ahora bien, no debemos olvidar que ello no implica que sea lo «óptimo», puesto que el rendimiento escolar no tiene por qué tener relación con el aprender a vivir en convivencia. Numerosos psicólogos, como Diane HALPERN, quien fuera presidenta de la Asociación Americana de Psicología (APA), han afirmado en prestigiosas revistas de investigación como *Science* que la educación diferenciada por sexos carece de soporte científico

---

<sup>64</sup> HALPERN, Diane F.; ELIOT, Lise; BIGLES, Rebecca S. *et al.*, «The pseudoscience of single-sex schooling», en *Science*, vol. 333, 23 de septiembre de 2011, pp. 1706-1707. Disponible en <http://www.feminist.org/education/pdfs/pseudoscienceofsinglesexschooling.pdf>.

<sup>65</sup> Para esta finalidad puede resultar de interés estudiar el análisis realizado por la OCDE sobre los resultados de jóvenes de 15 años en ciencias en todo el mundo. Para ello coloca el rendimiento de los estudiantes, las escuelas y los países en el contexto de su entorno socio-económico e identifica las políticas y las prácticas educativas más importantes que se asocian con el éxito educativo. OECD, *Equally prepared for life? How 15-year-old boys and girls perform in school*, mayo de 2009. Disponible en <http://www.oecd.org/pisa/pisaproducts/39703267.pdf>.

La diferenciación por género en los centros educativos: ¿debe financiarse a través de los conciertos?

sobre sus posibles ventajas, pero que sí puede llegar a exagerar el sexismo y los estereotipos de género<sup>66</sup>.

El colegio no solo enseña, sino que socializa. Partimos de que cualquier persona, independientemente de su género, puede ocupar cualquier posición. Entonces, ¿por qué fomentar unas destrezas predeterminadas en función del sexo? Podemos aceptar que dentro del contenido del derecho a la educación los padres puedan ejercitar su libertad de elección de cómo quieren educar al menor, y a elegir su escuela.

Ahora bien, ¿está suficientemente justificado que se haga con dinero público cuando puede ser perjudicial a largo plazo? Nosotros compartimos lo establecido por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de junio de 2014, Fundamento Jurídico 5.º:

*«conviene advertir que no está en cuestión la existencia de la educación diferenciada, tan legítima como el modelo de coeducación que establece la Ley. Lo que se cuestiona es que ese tipo de enseñanza acceda a la financiación pública propia de un concierto educativo. El mandato legal, en definitiva, descarta que la enseñanza separada, por razón de sexo, pueda acogerse al sistema de enseñanza gratuita de centros concertados sostenidos con fondos públicos».*

Además, debe recordarse que el haber fijado previamente que la educación es una actividad esencial no implica, necesariamente, que el Estado o las Comunidades Autónomas deban correr con los gastos que su realización ocasione en todos los casos. No existe ningún problema en que esa actividad sea correctamente prestada por la libre iniciativa privada, en cuyo caso no se produciría una intervención pública sobre ella<sup>67</sup>. O, dicho con otras palabras, no se impediría que los colegios puramente privados distribuyeran a su alumnado con los criterios de admisión que considerasen oportunos.

#### 4. CONCLUSIONES

La decisión sobre si se debe seguir financiando con fondos públicos a los centros escolares que diferencian a su alumnado en función del sexo no es una cuestión baladí. El artículo 27 de la Constitución proclama el carácter obligatorio

<sup>66</sup> HALPERN, Diane F.; ELIOT, Lise; BIGLES, Rebecca S. *et al.*, «The pseudoscience of single-sex schooling», en *Science*, vol. 333, 23 de septiembre de 2011, pp. 1706-1707. Disponible en <http://www.feminist.org/education/pdfs/pseudoscienceofsinglesexschooling.pdf>.

<sup>67</sup> SENDÍN GARCÍA, Miguel Ángel, «La educación como servicio público», en *Diario La Ley*, núm. 6482, sección Doctrina, 15 de mayo de 2006, p. 6.

Amaya Angulo Garzaro / Noemi Angulo Garzaro

de la enseñanza básica y su gratuidad. Ello conlleva, necesariamente, la obligación de los poderes públicos de garantizar la adjudicación de las plazas en los niveles educativos básicos en condiciones de igualdad, sin discriminación y respetando la libertad de elección de centro por los padres o tutores.

Ahora bien, la decisión sobre qué centros deben financiarse con fondos públicos para garantizar el servicio público esencial «educación» no deja de ser una opción de política legislativa. A estos efectos, la determinación de si la segregación por sexo puede considerarse «discriminación» suficiente para darle un tratamiento negativo está abierta a debate.

Mayoritariamente, se ha optado por dar una respuesta negativa a esta polémica, permitiendo que la Administración celebre conciertos educativos con los centros que separan a los alumnos en función del género. Al fin y al cabo, en nuestro ordenamiento no se prohíbe con carácter general la educación diferenciada en función de que sean niños o niñas, y a nivel internacional tampoco hay ninguna normativa que lo proscriba.

No obstante, en la vida diaria de una persona, y gracias a los trabajos realizados en favor de la igualdad, hoy en día cualquier persona puede ocupar cualquier puesto en la sociedad sin que se hagan diferencias —al menos teóricamente— en función del género. Por tanto, y asumiendo que en el colegio los estudiantes también aprenden a socializar, no se encuentra una justificación suficientemente importante como para destinar los escasos fondos públicos a los centros que se separan de lo que las personas van a encontrar en la vida real una vez que finalicen su formación.

Finalmente, hay que añadir que la normativa, hasta que no se pronuncie el Tribunal Constitucional sobre los recursos de inconstitucionalidad presentados, no deja lugar a dudas: la diferenciación por sexos no puede implicar un criterio menos favorable para la concertación.