

VOTO PARTICULAR que formula la Magistrada doña Maria Luisa Balaguer Callejón a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1406-2014.

Con el mayor respeto al criterio mayoritario reflejado en la Sentencia a que se refiere el encabezamiento, formulo el presente Voto particular, ejerciendo para ello la facultad prevista en el art. 90.2 LOTC.

Entiendo que la Sentencia que resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado contra determinados preceptos de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre para la mejora la calidad educativa, debiera haber estimado la impugnación de los párrafos segundo y tercero del art. 84.3 LOE en la redacción que les da la LOMCE, declarando inconstitucional el precepto y, por conexión con este, la disposición transitoria de la misma ley. Junto a ello, discrepo de la argumentación utilizada por la mayoría del Tribunal, para desestimar la impugnación de las disposiciones nueve, quince y dieciséis del artículo único de la LOMCE, que dan nueva redacción a los artículos 18, 24 y 25 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, y que establecen que los alumnos y alumnas deben cursar Religión, o Valores Sociales y Cívicos o Éticos, a elección de los padres, madres o tutores legales, estableciendo un sistema de alternatividad relativa entre la asignatura de Religión y la de Valores, que viene matizada por la posibilidad de cursar ambas si así lo prevé la regulación y la programación de la oferta educativa que establezca cada Administración educativa y cada centro docente.

Las razones de mi discrepancia parcial con el fallo, y con la argumentación contenida en los fundamentos jurídicos cuarto y sexto de la Sentencia, son las siguientes.

1. La educación diferenciada por sexos, que segrega a niños y niñas en el acceso al sistema educativo y en la organización de las enseñanzas, no tiene cabida en el marco de la Constitución de 1978, por lo que el art. 84.3 LOE y la disposición transitoria segunda LOMCE, debieron ser declarados inconstitucionales, y que, por lo tanto, debió estimarse el recurso en relación con estos preceptos.

1.1. La Sentencia parte de un presupuesto argumentativo que no puede ser compartido de ningún modo, y que condiciona el resto de los razonamientos, con los que tampoco es posible estar de acuerdo. Sostiene la mayoría del Tribunal que la educación diferenciada por sexos no se sustenta en una determinada concepción de la vida, o en una cosmovisión con un contenido

filosófico, moral o ideológico, y que, por esa razón “la separación entre alumnos y alumnas en la admisión y organización de las enseñanzas responde a un modelo concreto para el mejor logro de los objetivos perseguidos comunes a cualquier tipo de enseñanza. Por lo tanto, se trata de un sistema meramente instrumental y de carácter pedagógico, fundado en la idea de optimizar las potencialidades propias de cada uno de los sexos”. Este argumento se contradice con la afirmación que sigue en la Sentencia, por la que, integrando esta “opción pedagógica” en el ideario del centro educativo, se asocia al ejercicio del derecho de creación de centros y al derecho de los padres a elegir el tipo de educación que desean para sus hijos. De este modo se elude que este derecho de los padres sólo actúa respecto de la elección de la formación religiosa y moral como se afirmó en la STC 133/2010, de 2 de diciembre.

Este argumento contiene otro, que está implícito, no sólo en la Sentencia, sino en la propia segregación educativa, entendida como método, como modelo, o como sistema pedagógico, ideológico o religioso. Ese razonamiento oculta la afirmación de que existen diferencias cognitivas y/o biológicas, “potencialidades propias de cada uno de los sexos” las llama la Sentencia, que justificarían que las enseñanzas de los niños, niñas y adolescentes, se impartiesen en establecimientos escolares o en aulas separadas, en todas o en algunas materias. Con ello se quiere transformar en verdad jurídica una falsedad científica manifiesta, si atendemos a las últimas investigaciones que encuentran reflejo, por lo demás, en documentos públicos tan relevantes como los informes PISA de la OCDE, a los que insiste en referirse la exposición de motivos de la LOMCE, para justificar buena parte de sus medidas de mejora de la excelencia educativa.

Con estas afirmaciones la Sentencia da un paso atrás en la Historia, desconociendo que las diferencias de género son meramente culturales, y que no existe base científica alguna en la consideración de una diferencia biológica, capaz de sustentar las diferencias entre las mujeres y los hombres en relación con sus capacidades intelectuales.

El Tribunal Constitucional no hubiera debido considerar la razón que sustenta la segregación escolar por sexos, porque no se trata de una cuestión jurídica, sino de una cuestión científica. Y, ya que la Sentencia de la que discrepo, incurre en el error de hablar, de modo más o menos velado, de pedagogía, y no de derecho, y basa en tal reflexión, que no siempre hace explícita, el eje central de la solución del recurso en este punto, es necesario poner de manifiesto

que tal razón no tiene la base irrefutable que pretende. Una base que se sustenta –es preciso decirlo llegados a este punto- en un planteamiento ideológico categórico, que predetermina la selección de unos datos científicos que son, cuando menos, inconsistentes y, en la mayor parte de los supuestos, fruto de una identificación inapropiada o de una inadecuada interpretación, como viene poniendo de relieve, sin excepción, la doctrina científica mayoritaria.

Puede afirmarse que, en el estado actual de la investigación pedagógica, no existen estudios -ni en Europa, ni en América del Norte, ni en Oceanía, que es donde se han desarrollado- que demuestren que la educación segregada por sexos mejora el rendimiento académico en términos generales. Ni que certifiquen, sin género de duda, que las supuestas diferencias cognitivas en que se basa el modelo no son, en realidad, el resultado de un cierto modelo de socialización o de aprendizaje de roles que, al ser reforzados con la segregación, no hacen sino potenciar los estereotipos, que sustentan la discriminación por razón de género de que somos objeto las mujeres. Y es que, en la mayor parte de los casos, cuando se habla de diferencias cognitivas, se está haciendo referencia, en el fondo, y aunque no se explicita, a la menor capacidad de las mujeres respecto de las disciplinas científico tecnológicas.

Ahora bien, muy al contrario, mientras que no existen pruebas de que las diferencias biológicas se traduzcan en diferencias a la hora de adquirir y desarrollar conocimientos o enseñanzas institucionalizadas, sí existen suficientes pruebas para defender que la segregación por sexos potencia los estereotipos de género que atentan directamente contra la igualdad material, erigida esta en principio constitucional reconocido en el art. 9.2 de la Constitución Española de 1978. Las diferencias de rendimiento académico entre los sexos, que conocen y ponen de manifiesto algunos estudios, han de ser vinculadas a condicionantes culturales y sociales, al modo en que se elaboran las pruebas en que se basan tales estudios y, sobre todo, a la autopercepción que los niños y las niñas tienen de sí mismos, y que procede de su socialización, y no a diferencias biológicas o “naturales” que tengan consecuencias cognitivas indefectibles. Es la socialización, con su sesgo predominantemente patriarcal, la que determina las diferencias de rendimiento; lo que debería llevarnos a la consideración de que no es posible sostener un modelo educativo que refuerza los estereotipos, e incide en que las “diferencias cognitivas”, no sean superadas.

La diferencia en la forma de enseñar, resulta así un procedimiento pedagógico que no es inocuo, sino que producirá resultados de perpetuación de roles y estereotipos que tenderán a ahondar en la desigualdad en lugar de reducirla. No en vano la cuestión del acceso a la educación de las mujeres, de los contenidos de dicha educación, y del método de enseñanza de las niñas, es un tema de referencia constante en la literatura constitucionalista desde sus orígenes, y, obvio es decirlo, también en la literatura feminista desde que fuera necesario contestar las tesis segregacionistas de Rousseau plasmadas en *El Emilio*, lo que, en la primera hora, hicieron Condorcet o Mary Wollstonecraft, siguiendo a Locke.

Sobre una base tan poco justificada y tan limitadamente argumentada como la que contiene la Sentencia, no puede sustentarse la constitucionalidad de los preceptos objeto del recurso. El Tribunal estaba llamado a valorar, sin necesidad de entrar en otras consideraciones, si este modelo de escolarización tiene cabida en un sistema educativo que ha de respetar el art. 14 CE, en relación con los arts. 27 y 9.2 CE. Este último obliga a los poderes públicos, por tanto, también a la administración educativa, y al legislador que diseña el sistema educativo, a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas, así como a remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Y, a mi juicio, la respuesta debiera haber sido totalmente negativa, sin necesidad de entrar a valorar si la segregación por sexo en la escuela es un sistema pedagógico, o el decantado de una cosmovisión más amplia.

Al no hacerlo así, la Sentencia retrocede en el tiempo, para dar carta de naturaleza constitucional, como nunca antes se había hecho, a normas que, en materia de igualdad, vuelven a un momento anterior al año 1970, en que se implantó en el Estado la educación mixta preconstitucional. Y no sólo eso sino que obvia que los debates en las Cortes Constituyentes en torno al art. 27 CE, tremendamente complejo en su elaboración, concluyeron con la exclusión de la gratuidad obligatoria del acceso a cualquier ideario educativo. Así, la Sentencia formula una interpretación que, no sólo desatiende el contexto contemporáneo en que debe ser interpretada la Constitución como “árbol vivo” que es (STC 198/2012), sino que rompe desde la exégesis uno de los pactos fundamentales que permitieron dar redacción final al art. 27 CE.

Tampoco puede obviarse, y la Sentencia lo hace, que desde aquel momento y hasta hoy, ha habido una extraordinaria producción legislativa en los ordenamientos jurídicos internacional, europeo, estatal y autonómicos, para establecer medidas de acción positiva, en favor del

desarrollo de la igualdad real entre hombres y mujeres, siendo la coeducación una idea repetida, persistente y constante en las normas de las últimas dos décadas. Una coeducación que, como modelo pedagógico, es tan poco neutro como la segregación escolar, pero encuentra un mejor encaje, ya no en la normativa nacional e internacional de referencia, sino en el propio art. 9.2 CE. El informe del Consejo de Estado al Anteproyecto de la LOMCE lo expresa con contundencia: “la regla general es la de la coeducación. “Quien quiera exceptuarlo, sea un particular (centro educativo privado al seleccionar a su alumnado), sea el legislador (admitiendo estos centros o fomentándolos), deberá justificar cual es el fin perseguido, cuales las mejoras educativas que excepcionalmente se persiguen, así como la clase de centro y el tiempo en que se admite esa segregación””. A mi juicio, en el medida en que el legislador no satisface esas exigencias del Informe del Consejo de Estado, el Tribunal no debería haber sostenido la constitucionalidad de la norma recurrida en este punto, y mucho menos debería haber justificado, amparándose en el refuerzo de unas supuestos potencialidades propias de cada sexo, las medidas adoptadas por el legislador.

1.2. El art. 84.3 LOE establece que no constituye discriminación la segregación por sexo en la admisión de alumnos o en la organización de las enseñanzas en los centros escolares, de modo que estos -se sobreentiende que los centros privados, porque en los públicos la educación es mixta- no pueden ser excluidos del sistema de concierto por esta razón. Son dos, por tanto, los contenidos normativos del precepto. Y dos los pronunciamientos demandados. De un lado es preciso establecer si, efectivamente, la ley puede afirmar que la separación por sexos en la admisión o en la organización de la enseñanza no es discriminatoria, sin resultar por ello abiertamente contraria a los arts. 9.2 y 14 CE. Y de otro, cumple definir si cabe o no, dentro del marco constitucional, una regulación que impida la exclusión de la financiación pública concertada de los centros privados que asumen este modelo educativo.

Resulta evidente que los centros educativos privados que establecen un sistema de admisión o de organización de las enseñanzas diferenciadas por sexo, recurren para ello a una categoría sospechosa de ser discriminatoria, de las que contempla el art. 14 CE. Y, para justificar que ese criterio no puede ser considerado como discriminatorio, no es posible aceptar los argumentos que contiene la Sentencia.

Como ha dicho este Tribunal en la STC 2/2017, de 16 de enero, “*para hacer efectiva la cláusula de no discriminación por razón de sexo del art. 14 CE, este Tribunal ha establecido un canon mucho más estricto y riguroso que el de la mera razonabilidad que, desde la perspectiva genérica del principio de igualdad, se exige para la justificación de la diferencia normativa de trato. En efecto, como ha tenido ocasión de declarar este Tribunal (SSTC 233/2007, de 5 de noviembre, FJ 5; 66/2014, de 5 de mayo, FJ 2, y 162/2016, de 3 de octubre, FJ 4), “a diferencia del principio genérico de igualdad, que no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato, las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida ex constitutione, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad”*. Y si los anteriores argumentos sirven para controlar el ajuste constitucional de medidas adoptadas en el ámbito laboral, con más razón deben servir para asegurar que niños y niñas disfruten del derecho a la educación obligatoria, de que son titulares, sin que exista sombra de duda sobre el respeto, en el seno del sistema educativo, y concretamente en los centros escolares que imparten la enseñanza que reciben, al principio de no discriminación por razón de sexo.

Lamentablemente, la Sentencia aprobada por la mayoría del Tribunal no sigue su propia jurisprudencia previa, y, por eso, llega a la conclusión de no estimar la inconstitucionalidad de estos preceptos.

Así, acude como primer argumento, al parámetro exegético que ofrecen los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, en una interpretación forzada del art. 10.2 CE, para interpretar regresivamente el alcance del derecho a la educación, y para contextualizarlo en un tiempo histórico del que han pasado ya más de cuarenta años. Cuando la Sentencia se refiere, al dictado del propio precepto cuestionado, al sustento que ofrece a la educación diferenciada el art. 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones de la UNESCO, obvia que España ratifica este Convenio en 1969, cuando aún no existía en nuestro país la educación mixta, a la que se abre el modelo español con la Ley General de Educación de 1970. La ratificación del convenio no hubiera sido posible, por tanto, de no existir la salvedad que prevé el citado art. 2, y

que no se puede leer ignorando que las líneas iniciales del precepto dicen que, “*en el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1 de la presente Convención*”. Por tanto, el ordenamiento español, bien podría establecer la prohibición de la educación diferenciada y ello sería perfectamente acorde con la Convención, del mismo modo que resulta conforme a ella la existencia de la educación diferenciada. No se puede deducir de la ausencia de prohibición en un Tratado internacional, la Constitucionalidad de la inclusión de la educación diferenciada en nuestro sistema educativo estatal. No puede obviarse que nuestro país ratificó, a partir de 1969, varios tratados internacionales más, que también tienen relieve en lo que hace a la interpretación del principio de no discriminación en el seno de las comunidades escolares, muy particularmente la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 (CEDAW), la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 (CDN), y el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011.

El art. 29 CDN establece que la educación del niño deberá estar encaminada a “*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*”; así como “*preparar al niño 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*”; a lo que añade que “*nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las Entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo –entre ellos los citados- y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado*”. Por su parte el art. 14 del Convenio de Estambul, establece que “*1. Las Partes emprenderán, en su caso, las acciones necesarias para incluir en los programas de estudios oficiales y a todos los niveles de enseñanza material didáctico sobre temas como la igualdad entre mujeres y hombres, los papeles no estereotipados de los géneros, el respeto mutuo, la solución no violenta de conflictos en las relaciones interpersonales, la violencia contra la mujer por razones de género, y el derecho a la integridad personal, adaptado a la fase de desarrollo de los alumnos*”. Por último, el art. 10 CEDAW, establece que 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 este prolijo precepto se dice, entre otras cosas, que se procurará *“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”*.

La conclusión de la lectura combinada de los textos expuestos, no puede ser la que alcanza la Sentencia, que deduce de ella la constitucionalidad de la norma. Los textos internacionales ofrecen una base mínima y común para que sean aceptables para el mayor número de Estados posibles, sea cual sea la cultura predominante en dichos Estados y el grado de desarrollo en materia de igualdad de género hayan logrado alcanzar al momento de la firma del tratado. Se trata, por tanto, de un acuerdo de mínimos, y no de máximos. De unas reglas para evitar ciertos comportamientos invasivos del ejercicio de determinados derechos humanos parte de los Estados, pero no de una pauta de comportamiento completo para esos mismos Estados. Los objetivos a cumplir, las obligaciones positivas de los Estados firmantes de los Convenios citados, no pueden ser los mismos para todos, sin tener en cuenta el grado de consecución de los derechos existente en cada momento histórico y en cada país concreto. Resulta paradójico que, de un tratado que busca lograr, ante todo, la integración escolar de las niñas excluidas del sistema educativo, sea posible deducir, casi medio siglo después de su ratificación, que nuestra Constitución, interpretada a la luz de ese Convenio, admite la segregación escolar por sexos. Una lectura histórica, no puede ser una lectura descontextualizada de los textos normativos, porque las conclusiones extraídas de tal lectura no pueden más que ser tachadas de falta de rigor.

Del mismo modo que puede recibir esta crítica el llamamiento al Derecho Comparado que hace la Sentencia: no dan noticia completa del modelo educativo de un país, ni sus leyes de igualdad aisladamente citadas, ni una sentencia concreta, ni las exiguas referencias que la Sentencia propone como criterio interpretativo incompleto.

La cuestión a dilucidar, en cualquier caso, no es si los países de nuestro entorno aceptan o no la educación diferenciada, sino si esta, tal y como se identifica en España, en el año 2018, tiene cabida en la Constitución española interpretada a día de hoy, y teniendo en cuenta el alcance

que nuestra jurisprudencia ha dado ya al principio de igualdad material (art. 9.2 CE), a la interdicción de discriminación por razón de sexo (art. 14 CE) y al derecho a la educación (art. 27.1 CE). Habrá que admitir en este sentido, que el nivel de desarrollo del derecho de igualdad de género en nuestro ordenamiento estatal está a la vanguardia de los países de nuestro entorno: la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género es precursora del Convenio de Estambul; y ya en el año 2001 la Ley 4/2001, de 9 de abril, de modificación del apartado 2 del artículo 63 de la Ley 13/1989, de 14 de diciembre, de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración de la Generalidad de Cataluña, se considera norma pionera en lo que hace a las normas de igualdad y al “maistreaming” de género o la transversalidad de las políticas de género, y a esta norma se unen las de otras comunidades autónomas como Navarra, Castilla-León, Valencia, Galicia, País Vasco e Illes Balears, dando paso a la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, a la que seguirán las leyes de Andalucía, Canarias, Castilla-La Mancha, Asturias y Extremadura. Y a esta evolución legislativa no ha permanecido ajena la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, mientras ha considerado desde su inicio, que cualquier medida de diferenciación entre los dos sexos, ha de estar plenamente justificada, ha respaldado también un concepto amplio de igualdad, con contadas excepciones (STC 126/1997), asumiendo plenamente la noción de igualdad material, e incorporando a su lenguaje jurisprudencial nociones como acción positiva (STC 216/1991, FJ 5), medidas con finalidad protectora (STC 128/1987), democracia paritaria (STC 12/2008) o medidas tendentes a erradicar un “arraigado modelo agresivo de conducta contra la mujer por parte del varón en el ámbito de la pareja” (STC 59/2008).

Este recurso daba al Tribunal la ocasión de proyectar esa línea jurisprudencial a un nuevo ámbito, el educativo, y sin embargo se ha perdido esa ocasión, que lo era también para desarrollar una noción de modelo educativo constitucional sobre la base de lo esbozado en la STC 133/2010. En esta Sentencia se descarta el “homeschooling” como modelo educativo válido en nuestro sistema constitucional, y se produce la aproximación a una definición del modelo constitucional de educación, al afirmar que *“la educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia no se contrae, por tanto, a un proceso de mera transmisión de conocimientos [cfr. art. 2.1 h) LOE], sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos [cfr. art. 2.1 a) LOE] y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que*

se desarrollan en el marco de una sociedad plural [cfr. art. 2.1 d) y k) LOE] en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros [cfr. art. 2.1 b), c) LOE]”. Y, parece razonable pensar que, si la sociedad no funciona, en España, en espacios segregados por sexo, hay determinadas habilidades sociales, valores, capacidades y dimensiones del desarrollo de la personalidad que no pueden “aprenderse” y “entrenarse” más que si el segundo espacio de socialización, que es la escuela, reproduce esos mismos espacios mixtos, como premisa de una coeducación efectiva.

No sirve al análisis de constitucionalidad, en este caso, valorar si la norma que permite diferenciar entre niños y niñas en el acceso o en la organización de las enseñanzas es o no es discriminatoria sobre la base de si el “modelo pedagógico”, en que se sustenta esa opción diferenciadora es o no discriminatorio, acudiendo para ello a unos datos científicos que ya hemos puesto en cuestión. Esta argumentación es absolutamente circular, y evita el examen que sería propio de esta jurisdicción, y que hubiera exigido valorar si la causa de diferenciación en cuestión, es decir si la concurrencia de un factor cuya virtualidad justificativa ha sido expresamente descartada por la Constitución, dado su carácter atentatorio a la dignidad del ser humano (art. 10.1 CE), es admisible en este caso, porque busca como fin la parificación, y porque supera un estricto juicio de proporcionalidad.

Y si ese análisis no ha sido efectuado, es porque no resulta posible concluir del mismo la constitucionalidad de la medida impugnada. No existe argumento lógico alguno que permita sostener que la diferenciación del alumnado por sexo, en el acceso o en la organización de la enseñanza a la que tiene derecho, busca la parificación social y resulta proporcionada al fin pretendido. Incluso si se diera por bueno el falaz argumento de que se pretenden potenciar, con este tipo de educación, las capacidades cognitivas de las niñas, para asegurar su éxito académico como medio para lograr mejores logros profesionales y superar la desigualdad imperante en el mercado laboral al calor del mandato del art. 9.2 CE, lo cierto sería que la medida no superaría un mínimo test de proporcionalidad. Como ya ha declarado este Tribunal, la educación como derecho constitucionalmente reconocido, no puede aspirar solo a garantizar la transmisión de conocimientos, y el consecuente éxito académico, sino que busca formar ciudadanos y ciudadanas responsables, llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad igualitaria, a la que llaman con insistencia los arts. 14 y 9.2 CE. Como ya se ha expuesto, la educación diferenciada tiende a consolidar estereotipos basados en la diferenciación

de los sexos por roles, por capacidades, y por posiciones en la sociedad, porque son esos mismos estereotipos, sin base científica, los que dan sustento a la teoría pedagógica segregacionista. No es este un modelo capaz de superar los estereotipos, y las dificultades de igualdad entre hombres y mujeres, que demanda el art. 9.2 CE, porque se basa precisamente en dichos estereotipos. El equilibrio entre la formación de la ciudadanía, y la educación del alumnado, quiebra con esta medida, que por ello no puede considerarse proporcional a la hora de asegurar la garantía del derecho a la igualdad (art. 14 CE) y a la educación, con el objeto que a ella asocia el art. 27.2 CE. Frente a lo que enuncia la Sentencia, sí existen elementos que conducen a imputar a la educación diferenciada una incapacidad estructural, u ontológica, para el logro de los objetivos educativos marcados constitucionalmente. Porque la igualdad, derecho relacional por naturaleza, tal y como se ha establecido además por este Tribunal (por todas, SSTC 112/2017 o 27/2004), no se puede transmitir adecuadamente en contextos donde la relación de género no existe.

Por si lo anterior no bastara, tampoco puede olvidarse las dificultades que un sistema educativo binario, y ciego a otras realidades sociales, provoca en el libre desarrollo de la personalidad de algunos niños, niñas y adolescentes. En lo que se refiere a la identidad de género, es trascendental a los efectos educativos, la superación de un modelo educativo binario. El reconocimiento de una identidad sexual separada del sexo, tiene una regulación autonómica solo ausente en Asturias, Cantabria, La Rioja, Castilla León y Castilla La Mancha, que pese a ello cuentas con protocolos de actuación, y está pendiente la tramitación de la ley estatal integral. En dichas normas, el reconocimiento de la identidad de género, va indefectiblemente unido al derecho a las personas a la escolarización en un sistema necesariamente mixto, siendo esta una exigencia que se desprende de la superación de la consideración binaria de la identidad de género, de la afirmación de que cada persona, también los niños, niñas y adolescentes, tiene derecho a una identidad propia de género y al desarrollo de la misma en el entorno escolar, y del reconocimiento contenido en el art. 2 d) de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de que conforma el interés superior del menor la preservación de la orientación e identidad sexual del menor, así como su no discriminación por esta o cualesquiera otras condiciones, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad. Por tanto la escolarización ha de tener en cuenta esta importantísima variable, en un mundo cambiante y global, en el que el pluralismo axiológico exige una considerable amplitud valorativa en las identidades y comportamientos cívicos.

1.3. Por lo que hace a la cuestión de la financiación pública, a través del sistema de concierto educativo, y en pura coherencia con los argumentos desarrollados, entiendo que esta Sentencia debiera haber declarado inconstitucional la regulación contenida en el art. 84.3 LOE, apartados segundo y tercero, en la redacción que les da la LOMCE, así como disposición transitoria de la LO 8/2013.

La ley, en este punto, no se limita a contemplar la posibilidad de financiar vía concierto a los colegios que recurran al sexo como criterio determinante de la admisión de alumnos o de la organización de las enseñanzas, sino que establece, expresamente, que no se podrá excluir de la financiación, por esta razón, a estos establecimientos mercantiles. Y lo hace estableciendo literalmente 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”. Dicho en otros términos, la Ley estatal limita la potestad de las Comunidades Autónomas para establecer, entre los criterios de adjudicación del concierto o de acceso al mismo, la cuestión de la segregación educativa como elemento determinante para la exclusión, o como criterio de desventaja comparativa.

Pero el art. 84.3 LOE no puede establecer esta prohibición sin resultar contrario al propio art. 14 CE, desde el momento en que se entiende que el modelo educativo cuya financiación se blindó en este precepto, es también contrario dicho precepto, leído conjuntamente con el art. 9.2 CE, en los términos que acaban de ser expuestos. Ahora bien, como el argumento principal de la Sentencia es que la educación diferenciada por sexo no puede ser considerada “per se” discriminatoria, tampoco considera inconstitucional la obligación de financiar este tipo de educación que cabe, siempre según el argumentario de la Sentencia, el marco del texto constitucional. Y el argumento desestimatorio de este motivo del recurso podría haberse quedado ahí, en el espacio que niega que desde la Constitución se prohíba financiar ningún modelo educativo. En cambio, en un exceso de jurisdicción que olvida el principio de justicia rogada que debe inspirar la acción del Tribunal Constitucional, la Sentencia no se limita a negar la prohibición de financiación, sino que se aventura a afirmar que existe una obligación de financiar siempre que existan recursos suficientes o, dicho en otros términos, que el legislador no puede excluir de la financiación a las escuelas que segregan a los estudiantes por razón de su sexo precisamente porque optan por este modelo educativo, porque, paradójicamente, sería contrario

al principio de igualdad, el trato desigual, en el acceso al concierto, de estos centros. En suma, la Sentencia sostiene que el legislador es libre para optar por financiar las escuelas segregadas, pero que excede del margen de apreciación que la Constitución le atribuye, la posibilidad de excluirlas de la financiación pública.

Este argumento no puede ser compartido. Frente a lo que se deduce de la Sentencia, no existe ninguna obligación constitucional de financiar cualquier tipo de modelo educativo o de sistema “pedagógico”, ni esa obligación puede deducirse del apartado 9 del art. 27 CE. Como no puede, en absoluto, deducirse de este precepto que, existiendo recursos suficientes, el Estado está obligado a financiar a los centros educativos privados. Precisamente, en la discusión parlamentaria que concluye con la redacción del art. 27 CE, se rechazaron las enmiendas que preveían que la enseñanza obligatoria fuese gratuita con independencia del centro en que los menores fueran escolarizados.

La previsión constitucional del art. 27.9 CE se agota en un mandato general, dirigido a los poderes públicos, de ayudar a los centros docentes, y en un mandato específico al legislador para la configuración del marco normativo de la ayuda que debe establecerse a tal efecto. No predetermina la naturaleza de la ayuda, ni su alcance, cuestiones que deben ser decididas por el legislador. Pero tampoco consagra un derecho subjetivo, de rango constitucional, a recibir ayuda pública, ya que la posibilidad de instar dichas ayudas, y el deber correlativo de las Administraciones públicas de dispensarlas, nacen estrictamente de la Ley, con los requisitos y condiciones que en ella se establezcan (STC 86/1985, FJ 3).

Como ha declarado este Tribunal no existe *“un deber de ayudar a todos y cada uno de los Centros docentes, sólo por el hecho de serlo, pues la Ley puede y debe condicionar tal ayuda, de conformidad con la Constitución, en la que se enuncia, según se recordó en el mismo fundamento jurídico, la tarea que corresponde a los poderes públicos para promover las condiciones necesarias, a fin de que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas”* (STC 86/1985, FJ 3). Asimismo se ha señalado que *“no puede, en modo alguno, reputarse inconstitucional el que el legislador, del modo que considere más oportuno en uso de su libertad de configuración, atienda, entre otras posibles circunstancias, a las condiciones sociales y económicas de los destinatarios finales de la educación a la hora de señalar a la Administración*

las pautas y criterios con arreglo a los cuales habrán de dispensarse las ayudas en cuestión” (STC 86/1985, FJ 3).

En definitiva, el art. 27.9 CE no encierra un derecho fundamental de los titulares de los centros docentes de titularidad privada al establecimiento de un sistema subvencional, u otro modelo de ayuda, o a su sostenimiento económico por parte de la Administración educativa. Y la interpretación formulada por la Sentencia de la que discrepo, parece crear ese derecho fundamental, conde la Constitución no lo prevé.

Hasta ahora, la jurisprudencia de este Tribunal había venido estableciendo que el derecho a la educación gratuita en la enseñanza básica y obligatoria (art. 27.4 CE) *“no comprende el derecho a la gratuidad educativa en cualesquiera Centros privados, porque los recursos públicos no han de acudir, incondicionalmente, allá donde vayan las preferencias individuales”* (STC 86/1985, FJ 4). Pero esta afirmación muta en la Sentencia frente a la que se opone este Voto particular, cuando afirma expresamente que la gratuidad *“garantizada constitucionalmente no puede referirse exclusivamente a la escuela pública, negándola a todos los centros privados, ya que ello implicaría la obligatoriedad de tal enseñanza pública, al menos en el nivel básico, impidiendo la posibilidad real de elegir la enseñanza básica en cualquier centro privado”*. Pero el derecho de todos a la educación no incluye un derecho incondicionado a la financiación pública de los centros privados, ni el derecho a recibir una ayuda individualizada para acudir al centro que ofrezca la educación de preferencia de cada uno, con independencia de que existan o no recursos públicos para hacerlo posible.

El art. 27.5 CE determina que *“los poderes públicos garantizarán el derecho de todos a la educación mediante una programación general de la enseñanza”*, pero, como ha señalado este Tribunal, dicha *“garantía se configura como una obligación que la Constitución impone a los poderes públicos, sin predeterminación de las prestaciones o medidas que se hayan de emplear a tal fin, puesto que las becas o ayudas no vienen directamente exigidas por aquel precepto constitucional”*, sin perjuicio de que el legislador orgánico pueda disponer, como obligación de los poderes públicos, el establecimiento de un sistema de becas para garantizar el derecho de todos a la educación (SSTC 188/2001, FFJJ 4 y 5; y 212/2005, FJ 5). Así pues, ni la libertad de creación de centros docentes ni el derecho de todos a la educación incluyen un derecho incondicionado a la financiación pública de los centros privados.

Es cierto, no obstante, que el art. 27.9 CE “no puede interpretarse como una afirmación retórica, de manera que quede absolutamente en manos del legislador la posibilidad de conceder o no esa ayuda” (STC 77/1985, FJ 11). En efecto, la libertad del legislador para configurar el marco normativo de ayuda pública a los centros docentes no es absoluta, pues debe sujetarse a los principios, valores o mandatos constitucionales. En la STC 77/1985, que resolvió el recurso previo de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación, se afirmaba lo siguiente: “(...) la remisión a la Ley que se efectúa en el art. 27.9 de la C.E. puede significar que esa ayuda se realice teniendo en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales. Ejemplos de éstos podrían ser el mandato de gratuidad de la enseñanza básica (art. 27.4 de la C.E.), la promoción por parte de los poderes públicos de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (arts. 1 y 9 de la C.E.) o la distribución más equitativa de la renta regional y personal (art. 40.1 de la C.E.). El legislador se encuentra ante la necesidad de conjugar no sólo diversos valores y mandatos constitucionales entre sí, sino también tales mandatos con la insoslayable limitación de los recursos disponibles. Todo ello, desde luego, dentro de los límites que la Constitución establece” (FJ 11; en términos similares, STC 86/1985, FJ 3).

Por tanto, cuando el legislador se impone la obligación de financiar determinados centros privados, puede excluir de la financiación determinadas opciones, porque las mismas no respondan a principios, valores o mandatos constitucionales que el legislador asuma como prioritarios a la hora de fijar su política educativa. Como también está llamado a excluir aquellas que sean abiertamente contrarias a esos mismos valores, principios o mandatos.

2. La alternatividad entre la enseñanza de la Religión y la enseñanza de Valores Sociales y Cívicos que se imparte en Educación Primaria, o en Valores Sociales y Éticos de la Educación Secundaria, cuyo ajuste constitucional al principio de neutralidad religiosa del Estado es puesto en duda por los recurrentes, es resuelta por la Sentencia con una argumentación que no comparto y que, como en el caso de la educación diferenciada, parte de unos presupuestos argumentales innecesarios que confunden el planteamiento de lo solicitado al Tribunal.

El recurso no impugnaba la enseñanza de la asignatura de Religión, por lo que, a mi juicio, no era preciso desarrollar argumento alguno para justificar la constitucionalidad de esa enseñanza

sobre la base del art. 16 CE. Lo que la demanda plantea es que la eventual alternatividad entre la enseñanza del dogma religioso, y la enseñanza de los valores sociales y éticos o cívicos, podría afectar a la neutralidad religiosa del Estado, al colocar en plano de igualdad la ética de una determinada religión, y la ética pública y constitucional común a toda la ciudadanía, con el agravante de que los alumnos que cursaran la primera, quedarían al margen del aprendizaje de la segunda.

A mi juicio la causa de impugnación podría haber sido desestimada reputándose como preventiva, en el sentido en que se pronuncian, por ejemplo, las STC 36/2013 o la STC 91/2017, porque los preceptos impugnados no excluyen absolutamente que cualquier estudiante pueda cursar ambas materias en el mismo curso, sino que deja abierta la posibilidad de simultanear el estudio de ambas materias a una futura regulación y programación de la oferta educativa, que establezcan cada Administración educativa y en función de la oferta articulada por cada centro docente. Si esa posibilidad no llegara a materializarse, efectivamente, se estaría produciendo una exclusión *de facto* de la enseñanza de una disciplina que podría ser considerada como imprescindible dentro del *cursus* académico de una determinada persona. Cuestión esta que los llevaría al otro argumento planteado en el recurso, cual es la equivalencia entre la enseñanza del dogma religioso y la enseñanza de lo que podríamos denominar el “dogma constitucional”, por tratarse de la transmisión de los valores contenidos en la parte dogmática de nuestra norma fundamental. Si se concluyera que ambas materias son equivalentes en términos académicos, sería indiferente cursar una o la otra. Y no sería imprescindible que los niños, niñas y adolescentes que cursan la asignatura de dogma religioso, en ejercicio del derecho de sus progenitores a elegir para ellos las enseñanzas religiosas y morales conformes con las creencias que les son propias (art. 27.3 CE), tuvieran que matricularse, además, de la materia de educación en Valores Sociales y Cívicos o Éticos.

A mi juicio, la respuesta a este interrogante es sencilla. La formación en valores democráticos, y la necesidad de una formación para la ciudadanía democrática, se deducen, sin género de duda, de las finalidades de la educación que refleja el art. 27.2 CE y que se contienen en distintos documentos internacionales, como la Recomendación (2002) 12 del Comité de Ministros a los Estados Miembros del Consejo de Europa y la Recomendación del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de diciembre de 2006, sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente.

El art. 27.2 CE no debe olvidarse, establece 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”*. Como tampoco debe olvidarse que no existe una jerarquía, ni orgánica, ni material, entre los distintos apartados de este precepto, y que el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que consideren pertinente, ni puede, ni debe, preterir la obligación de que la educación desarrolle el objeto al que está constitucionalmente llamada, de modo que los alumnos, al ejercer ese derecho, sean partícipes plenos y sin limitaciones del desarrollo de dicho objeto.

Si bien es cierto que el art. 27.2 CE no exige la existencia de una asignatura concreta, de una materia académicamente computable, en la que se materialice el desarrollo del precitado objeto, sí debiéramos interpretar que exige que, una vez tal materia está prevista como asignatura en el *currículum* académico, y más allá de la transversalidad en la formación en valores cívicos y constitucionales deba ser una constante del sistema educativo, dicha asignatura debe ser cursada por la totalidad del alumnado, para asegurar que todos los niños, niñas y adolescentes, titulares del derecho a la educación que contempla el apartado 1 del art. 27 CE, participan de la esencia que la Constitución reserva y vincula a la educación: el pleno desarrollo de su personalidad, en sintonía o no con las convicciones de sus progenitores, y en el respeto a los principios democráticos de convivencia, que son, cuando menos, los que proclaman los arts. 1 y 10.1 CE, esto es la igualdad, la libertad, la justicia, el pluralismo político, el respeto a la dignidad humana, así como los derechos y libertades fundamentales, entre los que no sólo se encuentra el de la libertad religiosa que recoge el art. 16 CE. Por otra parte, las referencias a la religión, en una sociedad plural, plantea la difícil cuestión, que la Sentencia no aborda, de si existe un sustrato común, capaz de integrar principios y valores susceptibles de constituir un contenido compatible con el derecho de igualdad de género. No cabe ignorar en este sentido, la posición de supeditación de las mujeres a algunas religiones, de cuya posición no cabe establecer esos contenidos mínimos, por lo que no parece posible esa pretendida unificación de los valores, sino que para muchas personas, la laicidad representa precisamente los valores contrarios a las religiones.

La Constitución no es un texto neutro. Está cargada de contenido axiológico, en el bien entendido de que es la base sobre la que se asienta nuestro sistema democrático. Y la escuela, el sistema educativo, el lugar donde los niños, niñas y adolescentes aprenden de modo innegable a

socializar, debe actuar de correa de transmisión de ese sistema de valores, que estructura nuestra sociedad. Ningún sentido tiene afirmar que la Constitución debe ser defendida frente a las injerencias de particulares o de poderes públicos, en este caso el legislador, y justificar por ello la existencia de un sistema de justicia constitucional del que este Tribunal es eje fundamental, y, al tiempo, negar que dicha Constitución ha de ser “enseñada” y debe ser “aprendida” en la institución constitucional que, por excelencia, está llamada a hacerlo, esto es, en la escuela. Y defender la enseñanza del dogma religioso, no puede suponer la exclusión de la enseñanza de los valores constitucionales comunes, uno de los cuales es, precisamente, el ejercicio de la libertad religiosa, y el respeto por el pluralismo religioso. Por tanto, los argumentos de la Sentencia no pueden ser compartidos. La alternatividad entre la asignatura de Religión y una asignatura en valores constitucionales, reciba ésta el nombre que reciba, en caso de constatarse, sería contraria, no ya al principio de neutralidad religiosa del Estado, sino al mandato contenido en el art. 27.2 CE, en los términos que acaban de ser expuestos.

En suma, esta Sentencia desatiende, a mi juicio, cuales son los valores y condiciones en las que una sociedad moderna y globalizada se desenvuelve, y se mantiene en un tiempo histórico en el que no se reconoce la sociedad española.

En este sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a diez de abril de dos mil diez.