

Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia 31/2018 de 10 Abr. 2018, Rec. 1406/2014

Ponente: Montoya Melgar, Alfredo.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Juan José González Rivas, Presidente, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y doña María Luisa Balaguer Callejón, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 1406-2014 interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso contra los siguientes preceptos de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre para la mejora la calidad educativa (en adelante, LOMCE): el apartado noveno del artículo único, que da nueva redacción al artículo 18 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, (en adelante, LOE); el apartado décimo quinto de su artículo único, que da nueva redacción al artículo 24 LOE; el apartado décimo sexto de su artículo único, que da nueva redacción al artículo 25 de la LOE; el apartado decimoctavo de su artículo único, que da nueva redacción al artículo 27 de la LOE; el apartado decimonoveno de su artículo único, que da nueva redacción al artículo 28 de la LOE; el apartado vigesimoprimer del artículo único, que da nueva redacción al artículo 30 de la LOE; el apartado trigesimocuarto del artículo único, que da nueva redacción al artículo 41 de la LOE; el apartado trigesimoquinto del artículo único, que da nueva redacción al artículo 42 de la LOE; el apartado sexagésimo, que da nueva redacción al apartado segundo del artículo 84 de la LOE; el apartado sexagésimo primero de su artículo único, que da nueva redacción a los párrafos segundo y tercero del apartado tercero del artículo 84 de la LOE; el apartado octogésimo del artículo único, que da nueva redacción a las letras a), b), e), h), i) del artículo 127 de la LOE; el apartado octogésimo primero del artículo único, que da nueva redacción a las letras de l), m), n), ñ) y o) del artículo 132 de la LOE; la disposición transitoria segunda y la disposición final segunda, en cuanto a la nueva redacción de las letras a), b), f), h), j), l) y m) del artículo 57 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (en adelante, LODE), en relación, respectivamente, con lo dispuesto en el apartado cuarto por el que se da nueva redacción a los apartados 1 y 2 del artículo 59 de la LODE y con el apartado quinto, por el que se da nueva redacción al artículo 60 de la LODE. Ha formulado alegaciones el Abogado del Estado. Ha sido ponente el Magistrado don Alfredo Montoya Melgar, quien expresa el parecer de este Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en el Tribunal Constitucional el 7 de marzo de 2014, la representación procesal de más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista interpuso recurso de inconstitucionalidad contra los preceptos de la Ley 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), que se señalan en el encabezamiento de esta Sentencia. Se fundamenta la impugnación en los siguientes extremos.

a) Se comienza con la exposición de los argumentos en virtud de los cuales los recurrentes consideran que los párrafos segundo y tercero del artículo 84.3 LOE, en la nueva redacción operada por la LOMCE, vulneran los artículos 14, 9.2 y 27.2 CE. Así, consideran que vulnera el

artículo 14 CE y, por tanto, es nulo, el aserto que afirma que «no constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciada por sexos»; por conexión, entienden que son nulos también los párrafos segundo y tercero del citado artículo 84.3 LOE en su nueva redacción. El segundo párrafo determina que no constituye discriminación la educación diferenciada por sexos si la enseñanza impartida se desarrolla de acuerdo a lo previsto en la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, de 1960, y que la elección de ese modelo educativo no puede implicar un trato menos favorable ni una desventaja a la hora de suscribir conciertos o en cualquier otro aspecto. También impugnan la Disposición Transitoria Segunda LOMCE, que establece la aplicación temporal del artículo 84.3 LOE en relación con los conciertos educativos. En exposición de su tesis, aducen la dudosa legitimidad constitucional de un sistema educativo que separa a los estudiantes por razón de su sexo, intensamente discutida por la doctrina, un sector de la cual considera que la diferencia entre grupos sociales conlleva un riesgo muy alto de considerar a uno de ellos como inferior. Por esta razón el Tribunal Constitucional ha exigido que cualquier diferencia que se realice en estos ámbitos debe tener una especial justificación para que no sea considerada sospechosa (STC 147/1995, de 16 de octubre, FFJJ 2 y 6). Para los recurrentes la separación en las aulas sería discriminatoria por no existir en este caso esa justificación reforzada que reputan exigible.

Se postula en el recurso que este Tribunal se valga del art. 10.2 CE para delimitar el contenido y alcance de la igualdad de género, teniendo en cuenta que la Convención para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer, de 1979, interesa en su artículo 10.c) «la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta». También tienen en cuenta el contenido del art. 2.1 de la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, de 1960, que no considera discriminatoria la «creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanzas separados para alumnos del sexo masculino y femenino». No obstante, entienden que esta última Convención es preconstitucional, por lo que en este caso la remisión prevista en el art. 10.2 CE no permite deducir consecuencias favorables a la educación separada por sexos

Al margen del plano internacional, la demanda considera que nuestra Constitución recoge un Derecho antidiscriminatorio que atañe al género como criterio sospechoso de diferenciación, para cuyo análisis debe ponderarse la eventual suficiencia de las razones que puedan justificarla. El legislador no las ofrece en el caso de la norma impugnada y esa omisión resulta en sí mismo inconstitucional, como indica el Consejo de Estado en el Dictamen a la ley y se infiere de la STEDH de 16 de marzo de 2010, asunto Orsus y otros c. Croacia. En cualquier caso, la única justificación aducida estaría basada en razones educativas que deben exponer los centros y a tal efecto, no resulta suficiente aducir que las niñas tienen un proceso madurativo diferenciado temporalmente del de los niños, pues los datos de la literatura especializada no han demostrado las ventajas de la educación diferenciada y, sin embargo, existe evidencia de que el modelo «single sex» aumenta los estereotipos de género y legitima el sexismo institucional. A eso se añade que, en cualquier caso, ese objetivo educativo que está en la base de la separación por sexos en la escuela no es un bien o valor de entidad constitucional que por sí mismo pueda justificar este tipo de medidas. Por el contrario, la educación se concibe en nuestro texto constitucional como una formación abierta y plural y persigue objetivos sustentados en bienes, valores y principios constitucionales que no pueden ser sacrificados en aras de una discutible mayor eficacia instructiva de la educación diferenciada. El artículo 27.2 CE establece imperativamente como objeto de la educación «el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales» Entre ellos se encuentran el derecho a la igualdad y el principio de adopción de medidas positivas para favorecerlo y para remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE). Incluso si se sostuviera que el fin de atender a la mayor precocidad del proceso de maduración de las mujeres y el objetivo de favorecer la eficacia educativa tiene fundamento constitucional, la medida en sí sería inconstitucional, pues contraría esos principios derivados de los artículos 27.2 y 9.2 CE.

Por todas esas razones se concluye que la educación separada de estudiantes por razón de su género resulta inconstitucional, por lo que se interesa que este Tribunal declare su nulidad así como la del restante contenido de los párrafos segundo y tercero del art. 84.3 LOE en su nueva redacción, por su evidente conexión, así como de la Disposición Transitoria Segunda LOMCE, por los mismos motivos.

A título subsidiario, es decir, para el caso de que no se entienda por este Tribunal que el modelo de educación separada es inconstitucional, se impetra que se declare la nulidad del aserto «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», por idéntica vulneración de los artículos 14, 9.2 y 27.2 CE, y de la Disposición Transitoria Segunda por conexión.

La demanda recuerda a estos efectos que el Estado debe remover los obstáculos para asegurar que la igualdad sea real y efectiva y que el legislador ha mostrado una profunda preocupación para lograr esa igualdad efectiva. De esa preocupación es exponente la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, cuyo artículo 23 determina que el sistema educativo debe incluir «la eliminación de los obstáculos que dificultan la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y el fomento de la igualdad plena entre unas y otros». Esa igualdad no se favorece con la segregación de estudiantes por su género. En este sentido, aun admitiendo a efectos dialécticos que la opción de un sistema educativo diferenciado no fuera inconstitucional, eso no atribuiría a los padres un derecho incondicionado a que los centros que lo practican fueran concertados. En otras palabras, la innegable libertad de creación de centros docentes (ATC 382/1996, de 18 de diciembre, FJ 4), no tiene como corolario necesario que el Estado deba concertar todos los centros (STC 77/1985, de 27 de junio). El hecho de que el artículo 27.9 CE disponga que «los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca» no deja en manos del legislador una libertad absoluta para determinar las condiciones para acceder al concierto, pues, por ejemplo, no sería admisible la financiación de un centro educativo de ideología nazi o xenófobo, pues los poderes públicos están sujetos a la Constitución cuando ayudan a los centros educativos (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 11).

La educación diferenciada, aun cuando viniera amparada por la libertad de enseñanza, no tendría fundamento en el art. 9.2 CE, ya que el colectivo femenino ha venido sufriendo durante años los efectos de una relegación en el sistema educativo y esos efectos solo pueden salvarse con el régimen de coeducación. Por esa razón, no pueden concertarse los centros separados por sexos y, consecuentemente, vulnera también el artículo 9.2 CE el apartado tercero del artículo 84.3 LOE que reza «en ninguna 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».

Ese apartado relativo a los conciertos conlleva también una vulneración del artículo 14 CE, autónoma respecto de la propia medida de separación por sexos. La prohibición de discriminación se desenvuelve junto al derecho a los titulares de los centros privados, que también es un derecho fundamental en el ámbito de la prohibición, de escolarizar diferenciadamente niños y niñas, pero cuando de lo que se trata es el fomento de los centros escolares, desaparece ese derecho del titular, puesto que no existe un derecho de los centros escolares a la subvención. Por otro lado, la medida de fomento que se contempla en el apartado cuestionado no encuentra anclaje constitucional, pues no es suficiente la diferencia madurativa de niños y niñas en un mismo nivel educativo para justificar la educación separada por sexos.

Por último, también afirma el recurso que el apartado precedentemente transcrito vulnera el artículo 27.2 CE de nuestra Constitución. Dicho precepto no contempla la educación como un mero proceso de adquisición de conocimientos sino como medio idóneo para lograr el «pleno desarrollo de la personalidad humana en el respecto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales». Es contrario a ese fin el fomento de centros que

separan por razón de género, pues una programación educativa constitucional no puede excluir del aula aquellas condiciones personales de las cuales el ser humano no puede prescindir, entre ellas el sexo. La convivencia democrática excluye modelos educativos que fuerzan inútilmente la desaparición de las diferencias personales o crean mundos separados en virtud de esas diferencias. Sucedería algo similar al home schooling, que es constitucionalmente cuestionable por dificultar esa convivencia a la que alude el art. 27.2 CE (STC 133/2010, de 2 de diciembre).

En resumen, aun cuando la educación diferenciada no fuera inconstitucional, no podría ponerse en pie de igualdad con la mixta, porque no contribuye a los fines constitucionalmente previstos en el art. 27.2 CE, y ello debe impedirle acceder a los conciertos educativos.

b) En un segundo bloque argumental, los recurrentes impugnan parcialmente la nueva redacción del artículo 127 LOE y del artículo 132 LOE, así como otras disposiciones de la Disposición Final Segunda LOMCE, en tanto modifica los artículos 57, 59 y 60 LODE. Todos ellos vulneran, al decir de los recurrentes, el derecho de los profesores, padres y, en su caso, alumnos, a intervenir en el control y gestión de los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, garantizado por el artículo 27.7 CE, interpretado sistemáticamente con el artículo 9.2 y 53.2 CE y de conformidad con la doctrina constitucional en materia educativa.

El recurso comienza exponiendo el principio de participación en el ámbito educativo, que desdobra en dos vertientes: la primera, institucional y colectiva, permite la participación de todos los sectores afectados en la programación general de la enseñanza con la finalidad de garantizar el derecho de todos a la educación, (artículo 27.5 CE); la segunda vertiente, es más personal, y está concebida como un derecho de intervención de los integrantes de la comunidad escolar en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos; a ella se refiere el apartado 7 del artículo 27 CE y abarca tanto a los centros de titularidad pública como a los privados concertados. La dimensión participativa está al servicio de la satisfacción del derecho de todos a la educación y al cumplimiento de los objetivos y fines contemplados en el apartado 2 del artículo 27 CE, es decir, al pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. A tal fin el art. 118 LOE establece los principios generales en los que ha de inspirarse la participación en el funcionamiento y gobierno de los centros docentes y dirige un mandato a las Administraciones educativas para que fomenten su ejercicio efectivo. En sentido similar, la LODE recoge el principio de participación en diversas facetas. La configuración de la participación debe respetar los límites de realidad y suficiencia para garantizar su efectividad, que integran el contenido esencial del derecho.

Sin embargo, el modelo LOMCE es, para los recurrentes, radicalmente restrictivo. La intervención de la comunidad educativa en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos a través del Consejo Escolar debe tener importancia fundamental, pero el texto de la ley rebaja y desustancializa esa intervención, hasta llevar a dicho órgano a perder su carácter de órgano de gobierno real, pues pasa a ser un órgano de simple informe y propuesta, sin capacidad de codecisión y corresponsabilidad alguna, trasladando sus competencias al Director. El vaciamiento de competencias sustantivas del Consejo Escolar impide la satisfacción del derecho de los profesores, padres y, en su caso, alumnos, a intervenir en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos contemplado en el artículo 27.7 CE, que resulta por ello vulnerado en su contenido esencial.

En particular, se afirma que deben existir posibilidades reales y efectivas de participar en la gestión del centro, entendiendo esa participación como la facultad de adoptar las decisiones más importantes para la comunidad escolar, que deben tomarse, razonablemente, en los órganos de gobierno, es decir en el Consejo Escolar. Los términos «intervención», «control» y «gestión» tienen, según el Diccionario de la Real Academia, un sentido fuerte de actuación e implican capacidad decisional. Se trata de garantizar la efectividad, la posibilidad de realización eficaz del derecho en cuanto a su contenido esencial. De todo ello deducen los recurrentes que el artículo 27.7 CE impone que el órgano controlante en el ámbito educativo pueda impedir en determinados supuestos la eficacia de decisiones tomadas por el órgano controlado, de forma que el controlante no puede limitarse a ser tan solo un mero órgano consultivo. Para llegar a esas conclusiones

interpretan la doctrina de este Tribunal Constitucional. Con cita de diversas Sentencias, entre ellas las SSTC 5/1981, 77/1985, de 27 de junio, 47/1990, de 20 de marzo, 137/1986, de 6 de noviembre, llegan a la conclusión de que en el artículo 27.2 CE se reconoce sustantivamente un derecho fundamental de participación de los profesores, padres y en su caso, alumnos en el control y gestión de los centros sostenidos por la Administración en los términos que la ley establezca. Es un derecho de configuración legal, ciertamente, pero esa configuración no es libérrima sino limitada por el contenido esencial que pueda deducirse de su prefiguración constitucional y por las reservas de ley impuestas, respectivamente, por los artículos 53.1 y 81.1 y demás mandatos y derechos constitucionalmente consagrados.

Avanzando en su argumentación indican que el parámetro de constitucionalidad al que hay que someter el vaciamiento competencial de los Consejos Escolares es distinto según se trate de un centro privado concertado o público. En el primer caso, hay que respetar, ciertamente, el derecho del titular a la dirección del centro, pero ha de permitirse que el Consejo Escolar comparta equilibradamente las decisiones con el titular del centro, posibilitando la prevalencia del Consejo en determinados supuestos.

Descendiendo al análisis de las disposiciones concretas que se impugnan nos encontramos con previsiones relativas a centros públicos y a otros privados. Con respecto a las primeras, la letra a) del artículo 127 LOE, traslada al Director del Centro la competencia de aprobar los proyectos y normas a los que se refiere el Capítulo II del Título V de la Ley (proyectos educativos y de gestión, planes de trabajo, normas de organización y funcionamiento del Centro y, dentro de ellas, las normas de convivencia). Se deja así al Consejo Escolar, aducen los recurrentes, sin capacidad de decisión eficaz y sin corresponsabilidad alguna, lo que restringe irrazonablemente el contenido esencial del artículo 27.7 CE, vaciando y desustanciando el derecho de los padres y profesores y, en su caso, alumnos a la participación. Otro tanto sucede con la competencia para «aprobar» la programación general anual del Centro (artículo 127.b) LOE), que se otorga ahora al Director del Centro (nuevo artículo 132.m) LOE). También se limita la competencia del Consejo Escolar para decidir sobre la admisión de alumnos, pues en la nueva redacción se atribuye al Director (artículo 132.n) y las facultades del Consejo se circunscriben a informar sobre dicha admisión. Esa función de mero informe impide el carácter real y efectivo de la intervención de los representantes de la comunidad educativa en este concreto ámbito del control y gestión del Centro. También se atribuye al Director, sustrayéndosela al Consejo Escolar, la competencia de aprobar la obtención de recursos complementarios de acuerdo con lo establecido en el artículo 122.3 de la ley. Ello supone eliminar un elemento central de la gestión que correspondía al Consejo Escolar, traspasando con ello el límite del respeto al contenido esencial del derecho enunciado en el artículo 27.2 CE. Igual consideración le merece a los recurrentes el traslado al Director del centro público de la competencia para la fijación de las directrices para la colaboración, con fines educativos y culturales, con las Administraciones locales y con otros centros, entidades y organismos, de forma que al Consejo Escolar le corresponde ahora sólo informar esas directrices. Por las razones expuestas, se considera que todos esos preceptos son inconstitucionales y nulos.

También centran los recurrentes su impugnación en las modificaciones que la LOMCE ha introducido en el ámbito de la participación de la comunidad educativa en los centros de titularidad privada sostenidos con fondos públicos. Afirman en su recurso que también para esa clase de centros la nueva regulación deja de hacer efectiva y equilibrada la participación de los miembros de la comunidad educativa, afectando negativamente al contenido del derecho consagrado en el artículo 27.7 CE. En concreto, ello sucede cuando: a) el nuevo art. 57.a) LODE atribuye ahora al Consejo Escolar la facultad de intervenir en la designación de Director de centro mediante un mero informe adoptado por mayoría simple, excluyendo esa intervención en los casos de cese y eliminando la exigencia de mayoría absoluta para el resto de los casos, en contra lo explicitado en la STC 77/1985. Esta Sentencia indicaba en su FJ 23 que el requisito de conformidad del Consejo Escolar debe reputarse una garantía de mantenimiento de estabilidad, de manera que el titular necesite un requisito adicional, esto es, la conformidad del Consejo Escolar, para proceder a la remoción del Director, mientras que con la nueva redacción el titular sólo estará obligado a "dar cuenta al Consejo Escolar". Igual juicio negativo merece a los recurrentes

el art. 57.b) LODE que elimina la intervención del Consejo Escolar en el despido del profesorado. Por último, también consideran que desfiguraron el carácter de órgano efectivo del Consejo Escolar (las nuevas letras f), h), j), k), l) y m) del artículo 57 LODE, en tanto que, respectivamente, limitan la competencia de dicho órgano a informar y evaluar la programación del centro, las actividades complementarias, extraescolares y servicios escolares, circunscriben las funciones del Consejo al mero favorecimiento de las relaciones de colaboración con otros centros, restringen sus competencias al simple informe en relación con el reglamento de régimen interior del Centro, y atribuyen al Consejo Escolar únicamente la facultad de participación en la gestión de los aspectos administrativos y docentes, mientras que con anterioridad se le atribuía la función de supervisión.

Todo ello convierte al Consejo Escolar en un órgano meramente informante, en opinión de los recurrentes, lo que supone la eliminación completa del contenido real del derecho a la participación en la gestión y control de los Centros sostenidos con fondos públicos, vulnerando con ello el contenido esencial del derecho consagrado en el artículo 27.7 CE.

c) Además de las imputaciones de inconstitucionalidad de la ley que se han descrito en relación con la educación diferenciada y con las funciones del Consejo Escolar, los diputados recurrentes cuestionan el sistema previsto en la norma impugnada en materia de enseñanza de las asignaturas de Religión y Valores Culturales y Cívicos/Valores Éticos, configuradas como asignaturas específicas alternativas en Educación Primaria, Secundaria y Bachillerato.

Los recurrentes exponen la configuración de estas materias en nuestra legislación desde 1980 y precisan lo que denominan requerimientos legales sobre la asignatura de Religión, partiendo de la idea de que esta enseñanza no está constitucionalizada. Aunque la presencia de la Religión en la escuela encuentre un apoyo en el principio constitucional de cooperación establecido en el art. 16.3 CE, este precepto no predetermina un modo concreto de cooperar. De esta forma, el establecimiento de la enseñanza de la Religión en el sistema escolar responde a un compromiso bilateral, político, incluido en un tratado internacional, como es el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito por la Santa Sede y el Estado español (AEAC). Así, lo que cuestionan los recurrentes es el modo en el que el Estado organiza una prestación que en su opinión no viene constitucionalmente exigida.

Ese cuestionamiento se centra en dos aspectos concretos: el primero, en lo relativo a la equiparación material entre la asignatura de Religión y la de Valores Sociales y Cívicos/Valores Éticos. Indican que colocar la enseñanza de la Religión al mismo nivel que la moral común, que comprende el núcleo compartido de los principios constitucionales que rigen la convivencia, entraña una valoración positiva de las doctrinas religiosas que pone en peligro la neutralidad o imparcialidad de los poderes públicos, ampliamente recogida por la jurisprudencia constitucional. En otro orden de cosas, el Tribunal Constitucional ha establecido claramente la doctrina según la cual Estado y Religión se sitúan en planos diferentes que no pueden confundirse, de modo que no es posible equiparar ambas enseñanzas, la Religión y los Valores Culturales y Cívicos/Éticos.

En un segundo apartado, se indica que el modelo previsto en la Ley impugnada implica una discriminación para los alumnos que opten por Religión, que no pueden recibir enseñanzas de la asignatura que cubre los valores constitucionales, de modo que se impone a dichos alumnos un modo de entender las virtudes ciudadanas únicamente basado en doctrinas religiosas.

d) La demanda considera también inconstitucional la separación de los alumnos por itinerarios en la Educación Secundaria Obligatoria. Ese vicio afectaría a la nueva redacción de los artículos 27 LOE, regulado en el apartado dieciocho del artículo único de la LOMCE; 28, regulado en el apartado diecinueve de su artículo único; 30, regulado en el apartado vigésimo primero de su artículo único; 41, regulado en el apartado trigésimo cuarto de ese mismo artículo único y 42, recogido en el apartado trigésimo quinto del citado precepto de la LOMCE. En opinión de los recurrentes, ninguno de ellos respeta la reserva de ley orgánica en la ordenación del desarrollo directo del derecho a la educación. Además, algunos de esos artículos carecen de la necesaria densidad normativa y con ello vulneran el principio de reserva de ley ordinaria. El punto de

partida conceptual para alcanzar esa conclusión radica en que, en el entendimiento de los recurrentes, el artículo 27.1 CE determina que el alumnado posee a lo largo de la enseñanza obligatoria el derecho a estar sometido a un mismo *currículum* y el derecho a participar en las decisiones educativas que le afecten en términos curriculares. Por tanto, la ordenación de elementos que alteran el *currículum* común, en particular mediante el establecimiento de itinerarios, requiere de una norma con rango de ley, pues se trata de factores que modulan el derecho a la educación. Y, sin embargo, la norma impugnada remite dicha ordenación a normas infralegales.

Se concreta que los nuevos artículos 41 y 42 estipulan, respectivamente, las condiciones subjetivas y el *currículum* de la Formación Profesional Básica. Con ello, al ordenar aspectos esenciales de un itinerario concreto de la educación básica obligatoria, definen el ámbito del derecho a la educación de una parte del alumnado, el que es separado curricularmente del resto para cursar la FPB. Los elementos esenciales de esa separación, continúan razonando, deben estar establecidos en una norma con naturaleza de ley orgánica, sin que a tal efecto sea suficiente la remisión que el artículo 30 de la norma, que regula los aspectos esenciales de la Formación Profesional Básica y sí tiene ese carácter de ley orgánica, hace al 41 de la ley.

También se imputa al nuevo artículo 27, en sus apartados uno, dos y tres, una insuficiente densidad normativa en relación con el itinerario de Programas de Mejora del Aprendizaje y del Rendimiento, vulnerando así el mandato de reserva de ley en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales.

En el mismo sentido, los nuevos artículos 30 y 41, vulneran la reserva de ley pues no regulan los motivos o causas para derivar a un alumno hacia el itinerario de Formación Profesional Básica.

Por último, se afirma por los recurrentes que los artículos 27.2, 28.7, 30 y 41.1.c) LOE, en la nueva redacción dada por la LOMCE, vulneran el derecho fundamental del alumnado a participar en las decisiones clave que afectan a su *currículum*, e incumplen la exigencia de reserva de ley. Y ello porque ni se regulan los casos en los que el alumnado debe participar en esas decisiones, ni en qué consiste esa participación ni en cómo se ha de resolver los conflictos potenciales que surjan con los padres en este ámbito. Como ya se ha expuesto, los demandantes consideran que el derecho a la educación, del que son titulares los alumnos, incluye el derecho a participar de las decisiones curriculares clave, una de las cuales es la de ser separado del régimen ordinario y situado en un itinerario especial. Aunque la ley otorgue la decisión a los padres, ello no significa que se pueda prescindir de la participación del alumnado. A ello añade el recurso, como se ha dicho, que los preceptos mencionados conculcan el mandato de reserva de ley, pues no se regula en la norma con la densidad necesaria ni la participación del alumnado ni los casos en los que se ha de producir esa participación, ni como se habrán de solucionar los posibles conflictos con los padres o tutores.

e) Finalmente, los demandantes cuestionan el nuevo apartado 84.2 LOE, que regula el régimen jurídico de selección del alumnado a partir de su rendimiento académico. Según dicho precepto, aquellos centros que tengan reconocida una especialización curricular o que participen en un acción destinada a fomentar la calidad de los centros docentes podrán reservar al criterio del rendimiento académico del alumno o alumna hasta un veinte por ciento de la puntuación asignada a las solicitudes de admisión a enseñanzas postobligatorias, pudiéndose reducir o modular dicho porcentaje cuando sea necesario para evitar la ruptura de los criterios de equidad y de cohesión del sistema.

Parten los recurrentes de que los criterios de selección del alumnado son elementos nucleares del derecho de los padres y alumnos a la elección de centro y del derecho del centro a la selección y también son un instrumento clave para la programación o diseño del mapa de escolarización por parte de las Administraciones. En su opinión, la regulación contenida en el precepto cuestionado vulnera el mandato de reserva de ley porque no están suficientemente definidos en él los conceptos de "rendimiento académico" y "modulación del porcentaje". A ello añaden los impugnantes que se vulnera el artículo 27.5 CE que atribuye a los poderes públicos la potestad de

programación general de la enseñanza, que incluye la toma de decisiones que articulan la oferta y la demanda de plazas educativas. Según el recurso, el nuevo artículo 84.2 LOE atribuye a los centros educativos decisiones en esta materia, al habilitarles para establecer el rendimiento académico como criterio de selección del alumnado y para modular el porcentaje atribuido a ese concepto. Esa habilitación sería inconstitucional en cuanto se atribuye también a los centros privados, ya que estos no están incardinados jerárquicamente en la Administración educativa de la correspondiente Comunidad Autónoma y, por tanto, las decisiones que en esta materia adoptaren incidirían en la programación general de la educación, que corresponde a los poderes públicos.

2. Mediante Providencia de 8 de abril de 2014, el Pleno, a propuesta de la Sección Tercera, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad y dar traslado de la demanda junto con los documentos presentados al Congreso de los Diputados, al Senado y al Gobierno, al objeto de personarse en el proceso y formular las alegaciones que tuvieran por convenientes, conforme establece el art. 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. También se ordenó la publicación de la incoación del recurso en el Boletín Oficial del Estado, lo que se llevó a cabo el 15 de abril de 2014.

3. La Abogacía del Estado, en la representación que le es propia, se personó en el proceso el 15 de abril de 2014 solicitando una prórroga del plazo conferido para formular alegaciones. El Pleno concedió una prórroga de ocho días mediante Providencia de 22 de abril de 2014.

4. El día 23 de abril de 2014 tuvieron entrada en el Registro General de este Tribunal sendos escritos de los Excmos. Sres. Presidentes del Congreso y del Senado, en los que comunicaban que las respectivas Cámaras se personaban en el proceso y ofrecían su colaboración a los efectos del artículo 88.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

5. La Abogacía del Estado presentó su escrito de alegaciones con fecha de 20 de mayo de 2014, acompañado de seis Anexos. Los tres primeros son esquemas sobre los itinerarios de las distintas enseñanzas, las pasarelas entre etapas, titulaciones y enseñanzas y la clasificación de las asignaturas por etapas. Los tres Anexos restantes son dos artículos de revistas especializadas y la traducción de una sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán.

Solicita la Abogacía del Estado la íntegra desestimación del recurso, con fundamento en las alegaciones que sucintamente se exponen a continuación:

a) No son discriminatorios los preceptos de la LOE que permiten la elección del método pedagógico de educación diferenciada por sexos. El artículo 84.3 de dicha norma reproduce textualmente el artículo 14 CE, exponiendo así el rechazo más enérgico del legislador a cualquier forma de discriminación en el ámbito educativo y especificando qué debe entenderse por discriminación, excluyendo tal consideración la educación diferenciada por sexos. A tal fin se remite a la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960, cuya vigencia y eficacia fue confirmada expresamente por el Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales con fecha de 8 de diciembre de 1999. El artículo 2 de dicha Convención dispone que «la enseñanza separada de niños y niñas no discrimina por razón de sexo (...) siempre que esos sistemas y establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente cualificado, así como locales escolares y un equipo de igual calidad que permitan seguir los mismos programas de estudios o programas equivalentes».

Por otro lado, afirma la Abogacía del Estado que diversos estudios, que cita en su escrito, muestran determinadas ventajas de la modalidad pedagógica de educación diferenciada por sexos, de forma que ambas alternativas, la integrada y la diferenciada, son susceptibles de ser escogidas en libertad. El artículo 27 CE no excluye ninguno de los dos modelos, pues la coeducación o educación integrada no forma parte del ideario educativo constitucional, ya que no es un objetivo educativo, ni un valor o fin en sí mismo, sino un modelo instrumental para el logro de los objetivos de enseñanza y formación humana, como también lo es el modelo de educación

diferenciada. En apoyo de esas afirmaciones, la Abogacía del Estado expone la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, en particular la STS de 23 de julio de 2013, en la que literalmente puede leerse que «se acoge plenamente a una constante línea jurisprudencial que no cuestiona la existencia de educación diferenciada, tan legítima como el modelo de coeducación que preconiza la ley». De dicha Sentencia es precedente la STS de 26 de junio de 2006 que indica que las situaciones que pueden generar discriminación por razón de sexo (diferentes currículos o criterios de evaluación, estrategias de motivación basadas en estereotipos, etc.), se pueden producir tanto en la educación integrada como en la diferenciada. La educación diferenciada sería discriminatoria sólo si partiera de que un sexo es inferior al otro, pero su base pedagógica radica únicamente en una posible distinta psicología que se traduce en fases de maduración distintas en uno y otro sexo, como muestra el Informe Pisa sobre repetición de cursos y tasas de abandono escolar en los años 2009 a 2012. En cualquier caso, insiste la Abogacía del Estado, no se puede limitar el alcance del derecho de los padres que garantiza el art. 27 CE. También trae a colación la STEDH de 7 de diciembre de 1976 en el asunto Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen), en la que se afirmó que no puede hablarse de acceso a la educación de manera independiente de la libertad de enseñanza, ni tampoco se puede diferenciar entre educación pública y privada. De esta forma, la LOMCE, al introducir el supuesto impugnado, no ha hecho sino ampliar el campo de libertad que ofrecía la redacción original de 2006.

También se menciona la Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán de 30 de enero de 2013, que, tras analizar el sistema de educación diferenciada en ese Estado, llega a la conclusión de que no está en absoluto probado ni admitido por la comunidad científica del ámbito de la pedagogía y la educación que la asunción del principio de igualdad de géneros no pueda lograrse con el método de enseñanza monoeducativa o de escuela diferenciada. También indica esa Sentencia que la libertad de elección de métodos y modelos constituye la esencia misma de la libertad de enseñanza privada, pues «la Constitución tiene en cuenta la esencia misma de la libertad de enseñanza y el derecho de educación de los padres, y se declara a favor del pluralismo educativo».

Concluyendo con las alegaciones destinadas a combatir la impugnación de las disposiciones relativas a la educación diferenciada, la Abogacía del Estado indica que la doctrina constitucional ha venido considerando que «el derecho a establecer un ideario no está limitado a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa», pues «puede extenderse a los distintos aspectos de su actividad» (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 8º), incluyendo lo organizativo o pedagógico (STC 77/1985, de 22 de junio, FJ 7º).

Las alegaciones de la Abogacía del Estado se centran seguidamente en la explicación del sistema de conciertos educativos, que hace derivar del artículo 27.9 CE, a tenor del cual «los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca», que ha sido interpretado por la STC 77/1985, antes citada, en el sentido de que esa expresión «no puede interpretarse como una afirmación retórica, de manera que quede en manos del legislador la posibilidad o no de conceder esa ayuda (...)».

Con fundamento en ese axioma, se concluye que en este apartado concreto los poderes públicos deben adoptar una actitud de neutralidad, que es precisamente a lo que tiende el nuevo apartado del art. 84.3 LOE. Esa neutralidad se compromete si se tratan de manera desigual opciones igualmente legítimas, como son la educación diferenciada y la integrada, teniendo en cuenta que, como afirmó el Consejo de Estado en su dictamen 625-2011, la «educación diferenciada, como modelo pedagógico, no puede considerarse (...) un modelo de discriminación por razón de sexo», en lo que abunda la ya citada STS de 23 de julio de 2013. Los conciertos educativos afectan o conciernen directamente al contenido del art. 27 CE, no sólo porque éste establece la gratuidad y obligatoriedad de la enseñanza básica, sino porque su apartado 9 impone a los poderes públicos el deber de financiar los centros que reúnan los requisitos que la ley establezca, de forma que supone una incongruencia declarar la constitucionalidad de la educación diferenciada y sancionar ese modelo cuanto entra en juego su financiación, teniendo en cuenta que la suscripción de conciertos es materia reglada y no es una actividad discrecional. Actuar de forma distinta en uno

y otro caso, concertando solo a la educación mixta, supondría una vulneración del artículo 14 CE. Por ello, la modificación operada en esta materia por la LOMCE, es de efectiva y material justicia, tanto en cuanto a la norma sustantiva contenida en el art. 84.2 LOE, como en cuanto al establecimiento de una norma de derecho transitorio, como la Disposición Transitoria Segunda, que dispone que «a 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 art. 84.3 de esta Ley Orgánica para el resto el actual periodo de conciertos en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor».

Seguidamente, las alegaciones de la Abogacía del Estado se dirigen a exponer las razones por las que resultan constitucionales las normas que disciplinan la enseñanza de las asignaturas de Religión y Valores Culturales y Cívicos, contenidas en los artículos 18, 24 y 25 de la LOE, en la nueva redacción dada a los mismos por las disposiciones nueve, quince y dieciséis del artículo único de la LOMCE. Entiende la representación de la Administración General del Estado que se garantiza, en la estructura del sistema educativo español, el postulado consagrado en el art. 27.3 CE, que determina que los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones, que es un derecho distinto del derecho de elección de centro educativo, tal y como recoge la STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 8, por remisión a la STC 5/1981. No existe esa identidad entre ambos derechos porque no existe entre ellos la relación de instrumentalidad necesaria.

Por esa razón resulta sorprendente, para la Abogacía del Estado, que se contrapongan los fundamentos de la religión con los valores constitucionales, como si fueran contrarios. En la religión subyacen unos valores humanos o humanísticos que son los mismos que hoy denominamos constitucionales. En este sentido, ya la STC de 13 de febrero de 1981, invocada por la STC 77/1985, vino a afirmar, en síntesis, que la necesaria neutralidad de los centros docentes públicos no impide la organización de la enseñanza de seguimiento libre para hacer posible el derecho de los padres a elegir para los hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones. Y a ese principio se acomoda la libertad de opción que establece la LOMCE entre Religión y Valores Sociales y Cívicos en todos los ciclos de la enseñanza. También los instrumentos internacionales son acordes con esa nueva regulación, en concreto el artículo 18 de la Declaración Internacional de los Derechos Humanos, el art. 9 del Convenio de Roma de 1950, cuyo artículo 9.1 establece también que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y, finalmente, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en sus artículos 18.4 y 13.3 respectivamente.

También se resalta la aspiración del legislador de acomodarse en esta materia al Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito por la Santa Sede y el Estado español, tal y como demuestra la referencia al mismo que se contiene en la Disposición Adicional Segunda de la LOE en su actual redacción. El Tribunal Constitucional ha confirmado la equiparación entre la Religión y otras materias al enjuiciar la conformidad a los postulados constitucionales de la exigencia de cursar una asignatura sobre doctrina y moral católicas para la obtención del título de profesor de Educación General Básica (SSTC 187/1991, de 3 de octubre y 155/1997, de 29 de septiembre).

En resumen, en cuanto a la regulación de esta materia, el legislador se ha movido dentro del marco jurídico que el artículo 27 CE en sus apartados 1 y 3 le otorga, por lo que la opción sería perfectamente constitucional aunque no existiera el mencionado Acuerdo con la Santa Sede.

La Abogacía del Estado también reputa plenamente constitucional la regulación de la participación, autonomía y gobierno de los Centros escolares cuestionada por los recurrentes. En este sentido, considera que el artículo 27.7 CE, -que indica que los profesores, padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca-, sólo contempla un mandato de configuración al legislador para que regule normativamente el régimen jurídico aplicable a esta materia, sin condiciones previas. Si la existencia misma de esa participación es básicamente reconocible no resultará afectado el contenido esencial del derecho.

El precepto sólo prevé la intervención en el control y gestión de los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, pero no atribuye al órgano de participación un control decisivo ni exige que ese órgano gestione tales centros, de manera que el peso de los profesores, padres o alumnos se imponga a las decisiones del titular. Esa sería una opción legislativa legítima, pero no la única posible. La intervención del Consejo Escolar en el control y gestión no supone necesariamente un efecto jurídico vinculante o determinante de la intervención de ese órgano. Se cumple con el mandato del artículo 27.7 CE cuando la norma de desarrollo legislativo prevé la actuación o intervención del órgano de participación en las decisiones de mayor trascendencia para el Centro educativo, pero no es necesario que esa intervención vincule a la dirección o la titularidad del mismo, ni tampoco se impone constitucionalmente una fórmula de codecisión.

En cuanto a los itinerarios en la Educación Secundaria Obligatoria, la Abogacía del Estado comienza explicando el nuevo modelo, poniendo de relieve que el objetivo de la norma es reducir las tasas de abandono escolar temprano y describiendo los argumentos del recurso en relación con este aspecto de la ley.

En primer lugar, se trae a colación el FJ 1 de la STC 212/2012, de 14 de noviembre, que establece el alcance y límites de la reserva de ley, orgánica y ordinaria, en relación con el artículo 27 CE.

Partiendo de los criterios sentados en esa sentencia, llega a la conclusión de que la fijación por ley ordinaria de las condiciones de acceso a la Formación Profesional Básica no supone una regulación frontal y directa del derecho a la educación, sino de algunos aspectos del modo concreto en que el Estado organiza el contenido prestacional del derecho. No excluye a nadie del disfrute del derecho fundamental, ni condiciona o predetermina su ejercicio de forma irreversible. La finalidad última del precepto es precisamente que determinados alumnos no se autoexcluyan del sistema educativo.

Similares consideraciones merece a la Abogacía del Estado la regulación de los Programas de Mejora del Aprendizaje y del Rendimiento en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 27 de la norma cuestionada, que tienen naturaleza de ley orgánica. En este caso, existe la suficiente densidad normativa en la ley, puesto que la remisión al reglamento tiene como finalidad dotar de flexibilidad y adaptabilidad a la disposición de desarrollo. Se trata, por tanto, de una remisión de índole meramente técnica.

Tampoco resulta necesaria la reserva de ley para regular las condiciones bajo las cuales el equipo docente puede proponer la incorporación del alumnado a un ciclo de Formación Profesional Básica, posibilidad contemplada en el artículo 30 de la Ley, que tiene carácter orgánico.

El representante legal de la Administración General del Estado niega que la norma vulnere el derecho fundamental del alumno a participar en las decisiones que afecten a su *currículum*, en particular, en cuanto al acceso a la Formación Profesional Básica.

El último bloque argumental de las alegaciones se endereza a argumentar la constitucionalidad del artículo 84.2 LOE, en la redacción dada al mismo por el artículo único de la LOMCE. En este sentido, afirma la Abogacía General del Estado que no se vulnera la reserva de ley orgánica ni en lo referido al establecimiento de los criterios de rendimiento académico ni en lo relativo a la modulación del porcentaje del veinte por ciento otorgado a ese criterio en el proceso de admisión del alumnado en los centros que tengan reconocida una especialización curricular. Se trata de un parámetro objetivo y determinado a través del sistema de evaluaciones. La posibilidad de modular el peso de ese criterio en admisión del alumnado tiene como finalidad evitar que se vulneren los principios de equidad y cohesión del sistema.

Tampoco comparte la Abogacía del Estado el argumento de que atribuir esa posibilidad de modulación a los centros privados y concertados supondría entregarles la facultad de programación del sistema educativo, que corresponde a los poderes públicos. Argumenta la representación de la Administración, en primer lugar, que la facultad de moderar el peso del rendimiento académico no se atribuye a los centros privados, aunque sí a los concertados, y en cualquier caso se trata de una facultad ajena al concepto de programación general de la

enseñanza, pues se refiere a criterios de admisión de alumnos en la excepcional circunstancia de que no existan plazas suficientes para atender a las solicitudes de admisión presentadas. Además, los centros concertados asumen la prestación de servicios públicos. Por ello la ley puede encomendarles la concreción, en un supuesto excepcional y en un pequeño margen, de un concepto jurídico como es el rendimiento académico, establecido en la Ley y acreditado mediante procesos de evaluación.

Finaliza sus alegaciones la Abogacía del Estado impetrando que se dicte sentencia en la que se desestime el recurso presentado de contrario.

6. Con fecha 29 de mayo de 2014, tuvo entrada un escrito del Letrado Mayor del Parlamento de Navarra, solicitando que se tuviera por formulada la adhesión de esta institución a los recursos de inconstitucionalidad números 1377-2014, 1385-2014, 1406-2014, 1433-2014, 1435-2014 y 1455-2014, interpuestos por otros sujetos legitimados contra la LOMCE. Solicita asimismo la acumulación de los mencionados recursos para su tramitación y resolución unitaria.

Mediante providencia de 10 de junio de 2014, se dio traslado de dicho escrito a las partes personadas en los citados recursos para que, en el plazo de diez días, pudieran exponer lo que estimaran procedente al respecto.

El Abogado del Estado, mediante escrito registrado con fecha 26 de junio de 2014, solicitó la inadmisión del escrito presentado por el Parlamento de Navarra, con base en las alegaciones que se resumen a continuación.

a) La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) no admite la existencia de un trámite procesal de adhesión, como acción ejercitada por quien, hallándose legitimado para la interposición de un recurso de inconstitucionalidad, no lo hubiese deducido en tiempo hábil para ello.

Se trata de un escrito inicial, dirigido a formular una pretensión impugnatoria, solicitando del Tribunal Constitucional que la declare inconstitucional en los preceptos sobre los que formula sus alegaciones sustantivas (que el escrito adjunta) de supuesta inconstitucionalidad de la norma. Con independencia, pues, del *nominatim* que se le otorga, consiste en un recurso de inconstitucionalidad extemporáneo. La calificación formal que, como subterfugio, se le quiere otorgar al recurso interpuesto no puede impedir, una vez constatado el efecto de preclusión del plazo procesal de interposición, la lógica y necesaria consecuencia de su inadmisión. El proceso constitucional se configura en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional como un proceso jurisdiccional, estando los plazos previstos sujetos a caducidad y preclusión. De lo contrario, el plazo para impugnar se podría estar reabriendo sin límite, idea contraria al principio de seguridad jurídica y al concepto o esencia misma del proceso. Así lo ha entendido el Tribunal en el ATC 547/1989, de 15 de noviembre, en el que condensa su doctrina definitiva sobre la cuestión.

b) No puede solicitarse la acumulación procesal de autos por quien, no habiendo ejercitado en plazo la acción procesal, no se ha constituido como parte en el proceso. Conforme a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en modo alguno resulta posible una eventual acumulación a solicitud de quien voluntariamente tuvo la posibilidad de constituirse como parte y no lo hizo en el tiempo establecido para ello. El tenor del artículo 83 LOTC presupone, en coherencia con el plazo de caducidad del artículo 33, que tanto quien puede solicitar la acumulación como los comparecidos son ya parte en el proceso. Ni el Parlamento de Navarra puede invocar el artículo 83 LOTC ni cabe alguna suerte de aplicación supletoria de otras leyes de procedimiento, pues la regulación del citado precepto es acabada en cuanto a este extremo. Por otra parte, no hay en el artículo 80 LOTC remisión al régimen de acumulación de procesos en otras jurisdicciones. Además, el régimen procesal de la acumulación de autos que ofrecen tanto la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (arts. 34 y ss. LJCA), como la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (artículos 74 y ss. LEC), se hallan referidos, en cuanto a la legitimación, siempre a quienes sean parte.

c) La actuación pretendida, de reapertura del proceso, no puede verse como análoga a las posibilidades de adhesión que conceden las leyes procesales. El instituto de la adhesión se regula en la Ley de enjuiciamiento civil respecto de la apelación de sentencias ya dictadas, y la existencia de un pronunciamiento judicial en primera instancia resulta ser el presupuesto procesal. El artículo 461 LEC no es susceptible de traslación por vía de aplicación supletoria, que no está prevista en el artículo 80 LOTC en lo que atañe a recursos, pues no hay segunda instancia en la jurisdicción constitucional. Aunque *expressis verbis* del artículo 80 LOTC no rige la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa con carácter supletorio, cabe añadir que, para la acumulación de acciones del artículo 35 LJCA, se encuentra legitimado el actor, el que hubiese ejecutado la acción a través de la demanda. En cuanto a la acumulación del artículo 37 de la misma Ley, es una decisión del órgano jurisdiccional, previa audiencia de las partes, lo que requiere que se hubieran constituido como tales en tiempo hábil, conforme a la ley rectora del proceso.

d) La pretensión de adhesión no es materialmente sino el intento de asunción por el Parlamento de Navarra del rol de coadyuvante incondicionado respecto de posibles recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la LOMCE, en suma, una acción procesal no permitida por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional e incompatible con sus principios inspiradores, que debería ser enteramente inadmitida.

7. Por providencia de 10 de abril de 2018, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el mismo día, mes y año.

II. Fundamentos Jurídicos

1. El presente recurso de inconstitucionalidad se interpone por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista contra los siguientes preceptos de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre para la Mejora la Calidad Educativa (en adelante, LOMCE): el apartado noveno del artículo único, que da nueva redacción al artículo 18 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, (en adelante, LOE), el apartado decimoquinto de su artículo único, que da nueva redacción al artículo 24 LOE, el apartado decimosexto de su artículo único, que da nueva redacción al artículo 25 de la LOE, el apartado decimoctavo de su artículo único, que da nueva redacción al artículo 27 de la LOE, el apartado decimonoveno de su artículo único, que da nueva redacción al artículo 28 de la LOE, el apartado vigesimoprimer del artículo único, que da nueva redacción al artículo 30 de la LOE; el apartado trigesimocuarto del artículo único, que da nueva redacción al artículo 41 de la LOE; el apartado trigesimoquinto del artículo único, que da nueva redacción al artículo 42 de la LOE; el apartado sexagésimo, que da nueva redacción al apartado segundo del artículo 84 de la LOE; el apartado sexagésimo primero de su artículo único, que da nueva redacción a los párrafos segundo y tercero del apartado tercero del artículo 84 de la LOE; el apartado octogésimo del artículo único, que da nueva redacción a las letras a), b), e), h), i) del artículo 127 de la LOE; el apartado octogésimo primero del artículo único, que da nueva redacción a las letras de l), m), n), ñ) y o) del artículo 132 de la LOE; la disposición transitoria segunda y la disposición final segunda, en cuanto a la nueva redacción de las letras a), b), f), h), j) i) y m) del artículo 57 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (en adelante, LODE), en relación, respectivamente, con lo dispuesto en el apartado cuarto por el que se da nueva redacción a los apartados 1 y 2 del artículo 59 de la LODE y con el apartado quinto, por el que se da nueva redacción al artículo 60 de la LODE.

2. Con carácter preliminar, hemos de dar respuesta, en los mismos términos en que lo hicimos en nuestra STC 14/2018, de 20 de febrero, a la solicitud de adhesión del Parlamento de Navarra, de la que se ha dado cuenta en los antecedentes de esta resolución. Como señala el Abogado del Estado, no resulta procesalmente admisible que una institución legitimada para interponer el recurso de inconstitucionalidad [arts. 162.1 a) CE y 32.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: LOTC] pretenda sustituir el cauce que para ello ha dispuesto el ordenamiento

jurídico por una figura de adhesión, que significaría reabrir indebidamente el plazo preclusivo en el que tuvo la oportunidad de impugnar la LOMCE.

Hemos admitido en alguna ocasión legitimación a las Comunidades Autónomas "para personarse, como partes secundarias o subordinadas de las demandadas, en punto a coadyuvar en la defensa de la constitucionalidad de la norma cuando ... se trate de disposiciones que inequívocamente afecten a su propio ámbito de autonomía y sin que, en ningún caso, dicha intervención adhesiva pueda suponer la modificación del objeto procesal, el cual ha de quedar definitivamente delimitado por las alegaciones exclusivamente formuladas por las partes principales contempladas en los arts. 32.1 y 34 LOTC debiendo quedar circunscrita su intervención a formular alegaciones sobre dicho objeto y a ser oída por este Tribunal" (ATC 172/1995, de 6 de junio, FJ 5; en el mismo sentido, STC 118/2016, de 23 de junio, sobre personación como coadyuvantes del Gobierno Vasco y el Parlamento Vasco, sin retroacción de las actuaciones a un momento anterior, y sin tener por hechas las manifestaciones sobre la cuestión de fondo al haber precluido el periodo de alegaciones). Pero, como recuerda el mismo Auto, "las Comunidades Autónomas pueden, con observancia del plazo previsto en el art. 33, interponer un recurso de inconstitucionalidad contra disposiciones con rango de Ley, siempre y cuando 'puedan afectar a su propio ámbito de autonomía', estando facultadas para comparecer y sostener la pretensión de inconstitucionalidad en calidad de partes demandantes". Por esta razón, la modalidad de "intervención adhesiva" que solicita el Parlamento de Navarra ha de ser rechazada, siendo de aplicación nuestra doctrina previa según la cual la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, "al regular los recursos de inconstitucionalidad, no conoce la figura de la intervención adhesiva de terceros que no hayan sido recurrentes y que no hayan esgrimido la acción dentro del plazo específicamente establecido para ello. Por consiguiente, la pretensión de que en este momento tengamos por adheridos al recurso a Diputados que en el momento inicial no manifestaron voluntad alguna y que, por tanto, no ejercitaron la acción de que estaban asistidos, no es, por la citada razón, procedente, por cuanto que en el momento actual tratan de adherirse a un proceso abierto por otros sin haber ejercitado ellos mismos, en el plazo debido, la acción de que estaban asistidos y sin que, por tanto, ese indirecto camino, no reconocido por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, les permita remediar la situación que creara su pasividad, la cual, por demás, no perjudica la viabilidad del recurso" (ATC 18/1985, de 15 de enero, FJ 3).

Procede, pues, inadmitir la solicitud de adhesión del Parlamento de Navarra, lo que lógicamente conlleva la inadmisión de la solicitud de acumulación del presente recurso de inconstitucionalidad con los demás que han sido interpuestos contra la LOMCE, al haber sido formulada por quien no tiene la condición de parte en este proceso.

3. Antes de precisar el alcance concreto de las impugnaciones dirigidas contra los preceptos precitados, es oportuno enmarcar la norma en la que éstos se insertan.

En primer lugar, la LOMCE no tiene una pretensión reguladora de la totalidad de los aspectos del desarrollo del derecho a la educación, de la libertad de enseñanza o del sistema educativo. Por el contrario, tal y como se infiere de su propia denominación, su finalidad es elevar los estándares de calidad de dicho sistema con reformas normativas parciales, partiendo de la idea de que sólo desde la calidad se podrá hacer efectivo el mandato del artículo 27.2 CE, a tenor del cual «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». De ello infiere la norma que no basta la mera escolarización para atender el derecho a la educación, sino que la calidad es un elemento constituyente de ese derecho.

Coherentemente, los principios sobre los cuales pivota la reforma son, fundamentalmente, el aumento de la autonomía de centros, el refuerzo de la capacidad de gestión de la dirección de los centros, las evaluaciones externas de fin de etapa, la racionalización de la oferta educativa y la flexibilización de las trayectorias.

En esta línea, por tanto, el encuadramiento constitucional de la Ley se sitúa esencialmente en el marco del artículo 27 CE, y afecta a gran parte de los concretos derechos y prescripciones

contenidos en él. Por ello, resulta conveniente recordar que nuestra STC 86/85, de 10 de julio, FJ 2, se pronunció sobre la relación que existe entre los distintos preceptos contenidos en ese artículo constitucional, manifestando literalmente que «mientras algunos de ellos consagran derechos de libertad (así, por ejemplo, apartados 1, 3 y 6), otros imponen deberes (así, por ejemplo, obligatoriedad de la enseñanza básica, apartado 4) garantizan instituciones (apartado 10) o derechos de prestación (así, por ejemplo, la gratuidad de la enseñanza básica, apartado 3) o atribuyen competencias a los poderes públicos (así, por ejemplo, apartado 8), o imponen mandatos al legislador. La estrecha conexión de todos estos preceptos, derivada de la unidad de su objeto, autoriza a hablar, sin duda, en términos genéricos, como denotación conjunta de todos ellos, del derecho a la educación, o incluso del derecho de todos a la educación, utilizando como expresión omnicomprensiva la que el mencionado artículo emplea como fórmula liminar. Este modo de hablar, no permite olvidar, sin embargo, la distinta naturaleza jurídica de los preceptos indicados.»

Continúa afirmando dicha sentencia que «el derecho de todos a la educación incorpora así, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4º de este art. 27 de la norma fundamental. Al servicio de tal acción prestacional de los poderes públicos se hallan los instrumentos de planificación y promoción mencionados en el núm. 5 del mismo precepto, así como el mandato en su apartado 9, de las correspondientes ayudas a los Centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca.» Ello, por supuesto, teniendo en cuenta, respecto de estas últimas que, «el citado art. 27.9, en su condición de mandato al legislador, no encierra, sin embargo, un derecho subjetivo a la prestación pública», aunque ello no significa que «el legislador sea enteramente libre para habilitar de cualquier modo este necesario marco normativo». Por el contrario, la norma legal que reclama el artículo 27.9 CE deberá ceñirse al doble límite de no contrariar ninguno de los derechos y libertades educativas presentes en el mismo artículo, de un lado, y, de otro, «deberá configurar el régimen de ayudas en régimen de igualdad.»

Por otro lado, este Tribunal ha indicado la vinculación del artículo 27.2 CE con la libertad de creación de centros docentes, de la que deriva el derecho al ideario o carácter propio de aquellos que no son de titularidad pública. En nuestra STC 5/1981, de 13 febrero, FJ 7, ya dijimos que «la libertad de enseñanza que explícitamente reconoce nuestra Constitución (art. 27.1) puede ser entendida como proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales (especialmente arts. 16.1. y 20.1.a). (...), añadiéndose, en cuanto sus límites, que "(...) [ha] de moverse en todos los casos dentro de límites más estrechos que los de la pura libertad de expresión. Así en tanto que esta (art. 20.4 de la Constitución) está limitada esencialmente por la necesidad de proteger a la juventud y a la infancia, el ejercicio de la libertad de creación de centros docentes tiene la limitación adicional, impuesta en el mismo precepto que la consagra, del respeto a los principios constitucionales que, como los del Título Preliminar de la Constitución (libertad, igualdad, justicia, pluralismo, unidad de España, etc.) no consagran derechos fundamentales, y la muy importante, derivado del art. 27.2 de la Constitución de que la enseñanza ha de servir determinados valores (principios democráticos de convivencia, etc.) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva", por ello "cuando en ejercicio de esa libertad se acomete la creación de los centros docentes que han de impartir enseñanzas regladas, e insertos, por tanto, en el sistema educativo, los centros creados, además de orientar su actividad, como exige el apartado segundo del art. 27, hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, con las precisiones que de algunos aspectos de este enunciado hace el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 13), se han de acomodar a los requisitos que el Estado imponga para los centros de cada nivel».

4. Los recurrentes impugnan, en primer lugar, los párrafos segundo y tercero del artículo 84.3 LOE, en la nueva redacción dada al mismo por la LOMCE. El precepto dice así:

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

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

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

En particular, los recurrentes consideran que es nula la expresión «no constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciada por sexos». Por conexión, recurren el resto del párrafo segundo y también el párrafo tercero del mismo apartado 3 del artículo 84, en la nueva redacción del mismo dada por la disposición sexagésimo primera del artículo único de la LOMCE.

También impugnan por conexión la disposición transitoria segunda de la LOMCE, titulada «aplicación temporal del artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación», que tiene el siguiente contenido: «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.»

En síntesis, los impugnantes cuestionan el modelo educativo consistente en la aplicación de un sistema que diferencia por sexos, ya sea en la admisión de los alumnos y alumnas, ya sea en la organización de la enseñanza. Consideran, en primer lugar, que es inconstitucional por incurrir en una discriminación prevista en el art. 14 CE. Añaden después que, aunque fuera constitucional, las Administraciones educativas deberían poder denegar el concierto a quienes desarrollaran ese tipo de educación pues vulnera los artículos 14, 9.2 y 27.2 CE.

Con carácter previo al análisis de cada uno de los argumentos expresados en el recurso, es preciso conceptualizar la educación diferenciada por sexos. Si se tratara de una determinada concepción de la vida o cosmovisión con un contenido filosófico, moral o ideológico, ello situaría el análisis constitucional de la impugnación en la perspectiva del derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones (artículo 27.3 CE), con el contenido y los límites que le son inherentes. Pero 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. Así se desprende del artículo 84.3 LOE, que impone a los centros que opten por ese modelo la obligación de exponer las *razones educativas* de la elección de dicho sistema, lo que excluye de principio que la implantación del modelo pueda responder a otro tipo de motivaciones ajenas a las educativas.

El análisis del modelo, tal y como exponen los recurrentes, ha de efectuarse concretando, en primer lugar, si resulta posible desde la perspectiva constitucional una fórmula pedagógica que escolariza separadamente a los alumnos y a las alumnas y, en segundo lugar, si dicha fórmula permite alcanzar los objetivos que nuestra Constitución asigna a la educación, que se concretan en «el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales (artículo 27.2 CE).»

a) Comenzando por el primero de los motivos impugnatorios, los recurrentes reprochan al precepto cuestionado que incurre en una discriminación prohibida por el artículo 14 CE, en su segundo inciso -«sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de (...) sexo (...)»-. Entienden que la norma impugnada permite una diferencia de trato que no resulta suficientemente justificada. La vulneración constitucional que se denuncia se circunscribe, por tanto, a la eventual lesión del artículo 14 en relación con el artículo 27 CE.

Nuestro análisis se va a efectuar, teniendo en cuenta, sucesivamente, el Derecho internacional aplicable y la ordenación comparada de esta materia. Posteriormente, se comprobará el encaje del precepto cuestionado en el marco constitucional a la luz de nuestra doctrina.

Por ello, para la resolución del presente recurso es obligado emplear, por lo pronto, el parámetro exegético que ofrecen los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España. Lo impone así, expresamente, el artículo 10.2 CE. Aunque hemos precisado que «los Tratados internacionales no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal» (SSTC 49/1988, de 22 de marzo, FJ 4; 28/1991, de 14 de febrero, FJ 5; 254/1993, de 20 de julio, FJ 5, 235/2000, de 5 de octubre 12/2008, de 29 de febrero, FJ. 2), no obstante, ello «no puede ser óbice para subrayar la importancia que reviste la remisión constitucional (art. 10.2 CE) a determinados instrumentos de Derecho internacional como criterio interpretativo de los derechos fundamentales» (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 2) y ello porque, según reitera la STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 3, «esa decisión del constituyente expresa el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado». En suma, es obligado interpretar el contenido de los derechos fundamentales de conformidad con lo dispuesto en los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España.

Por otro lado, la importancia de la interpretación con los criterios a que se refiere el artículo 10.2 CE es evidente en relación con los derechos reconocidos por el artículo 27 CE. La lectura de los debates de las Cortes Constituyentes muestra que tal previsión hermenéutica fue incorporada en el Senado al hilo del debate relativo al que luego sería el definitivo artículo 27 de la Constitución, es decir, en relación con los derechos precisamente consagrados en ese precepto. Existe una estrecha ligazón, por tanto, entre el contenido del artículo 27 CE y la voluntad del constituyente de que su interpretación se hiciera, entre otros criterios, a la luz de los textos internacionales suscritos por el Reino de España. Se trata de un dato que ha de ser tenido en cuenta, pues, como hemos dicho en la STC 5/1981, FJ 9, que precisamente llevó a cabo una labor interpretativa del artículo 27 CE, «los debates parlamentarios son un importante elemento de interpretación, aunque no la determinen». Y en un sentido similar, la más reciente STC 8/2013, de 17 de enero, FJ 8, con cita de la STC 68/1996, de 21 de mayo, FJ 10, indica que «los debates parlamentarios pueden servir de auxilio para desentrañar el alcance y sentido de las disposiciones constitucionales y de las integrantes del bloque de la constitucionalidad». En este sentido, pues, resulta especialmente necesario en este caso acudir a los textos internacionales para interpretar las normas constitucionales aplicables, sin que ello suponga, obvio es decirlo, prescindir del resto de los parámetros exegéticos habituales en nuestras resoluciones.

A lo anterior cabría añadir aún que en el presente caso, además, el propio texto legislativo llama a un precepto convencional concreto para integrar su contenido. En particular, indica que no constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de enseñanzas diferenciadas por sexos siempre que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones de la UNESCO, de 1960.

También habrán de tenerse en consideración otros textos internacionales relevantes, entre los que se hallan el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas, el 16 de diciembre de 1966 y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 18 de Diciembre de 1979.

Contrariamente a lo pretendido por los recurrentes, la obligación de interpretar las normas constitucionales sobre derechos fundamentales de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales en la materia no se limita a aquellos convenios firmados o ratificados por España con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución. Ciertamente, este Tribunal ha considerado en la STC 198/2012, de 6 de noviembre, que los tratados «se van incorporando paulatina y constantemente a nuestro ordenamiento, a medida que, acordados en el seno de la sociedad internacional, la Unión Europea o el Consejo de Europa, España los ratifica, con lo cual la regla hermenéutica del art. 10.2 CE lleva asociada una regla de interpretación evolutiva». Pero ello no excluye en modo alguno la llamada a los tratados internacionales, especialmente los de ámbito universal, que entraron en vigor antes que nuestro texto constitucional. El propio artículo 10.2 CE se refiere expresamente a la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea de la ONU el 10 de diciembre de 1948. También los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de los que España es parte por Instrumento de ratificación de 13 de abril de 1977 -por tanto, antes de la entrada en vigor de la Constitución-, han venido siendo utilizados por este Tribunal con toda normalidad como parámetro interpretativo de los derechos fundamentales.

Sentadas las premisas precedentes, podemos adentrarnos en el análisis de los textos internacionales que resultan relevantes en este caso, especialmente la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza. Dicho texto fue adoptado el 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la UNESCO, siendo España parte de la Convención mediante Instrumento de Ratificación de 20 de agosto de 1969. El artículo 1 de la Convención prohíbe de manera nítida cualquier género de discriminación educativa por razón de sexo, indicando que «a los efectos de la presente Convención, se entiende por "discriminación" toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza». Seguidamente, el artículo 2 determina que, siempre que el Estado las permita, «no son constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1: a) la creación o mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos del sexo masculino y para los del sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes (...)».

La mera lectura de ese precepto permite apreciar que lo relevante a los efectos de analizar una posible discriminación de la educación diferenciada por sexos es la equivalencia en el acceso de los alumnos y alumnas a la enseñanza, en las condiciones de prestación y en los contenidos docentes. Por el contrario, no es determinante en sí mismo, a tales efectos, si el modelo pedagógico es de coeducación o de educación diferenciada por sexos, siempre que esté garantizada aquella equivalencia. De esta forma, en los términos de la Convención, la educación diferenciada por sexos no es discriminatoria, como tampoco lo es la educación separada por motivos lingüísticos o religiosos o en centros privados, siempre que se cumplan las condiciones previstas en ese texto internacional.

En la línea de lectura evolutiva de los textos internacionales a la que antes nos hemos referido, conviene poner de relieve que la previsión de la Convención de 1960 que se acaba de exponer fue confirmada expresamente por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en diciembre de 1999 (21º período de sesiones, 1999). En esa fecha, se aprobó la Observación general núm. 13, relativa al derecho a la educación consagrado en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (U.N. Doc. E/C.12/1999/10 (1999)). El apartado 33 de dicha Observación reiteró los términos del artículo 2 del Convenio de 1960, señalando expresamente que «el Comité ratifica el artículo 2 de la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (1960)». Respecto al valor de este género de textos emanados del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hemos de aplicar el mismo criterio que el sostenido en relación con los

dictámenes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, sentado en la STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 5. En este sentido, indica dicha Sentencia que ya que las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE), esa «interpretación (...) no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales (STC 81/1989, de 8 de mayo, FJ 2).»

Como acertadamente ponen de relieve los recurrentes, es preciso tener también en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación hacia la Mujer, de 18 de diciembre de 1979. Dicho texto fue ratificado por España por Instrumento de 16 de diciembre de 1983. Se prevé en él que los Estados parte se han de comprometer al «estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr el objetivo de eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza». No es una norma prohibitiva, por tanto, sino de fomento, y no proscribire la existencia de otros modelos educativos. Obliga de manera expresa a estimular el modelo educativo mixto, objetivo claramente logrado en nuestro sistema, ya que es fácilmente constatable el predominio general de la enseñanza mixta en España. También obliga a estimular o fomentar otros modelos que contribuyan a la eliminación de los estereotipos de sexo; otros modelos distintos del mixto, pues este ya se menciona expresamente. De esta forma, la virtualidad de la Convención parece agotarse, en cuanto ahora interesa, en la obligación de promover los sistemas educativos tendentes a la eliminación de los estereotipos de sexo, entre los cuales se encuentra *nominatim* la educación mixta, pero sin cerrar la puerta a otros modelos diferentes al coeducativo y que también tiendan a lograr ese objetivo. Esa obligación de fomento se cumple con la previsión del artículo 84.3 LOE, que obliga a los centros que utilizan el método pedagógico basado en la educación diferenciada a exponer en su proyecto educativo «las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad», lo que no se exige expresamente a otro tipo de centros. De esta forma, se impone convencionalmente la obligación de estimular la educación que tienda a eliminar los estereotipos de sexo.

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

La exposición de la situación en otros Estados de la Unión Europea en relación con los centros docentes de iniciativa privada, aunque desde luego no constituya parámetro de constitucionalidad alguno, sí puede tener un alcance didáctico en el curso de nuestro razonamiento, dada la existencia de unos valores comunes (artículo 2 TUE) en el ámbito de la igualdad entre mujeres y hombres. En este sentido, podemos citar en primer lugar el caso de Gran Bretaña, cuya *Sex Discrimination (Amendment of Legislation) Regulations 2008*, que excluye la educación de su ámbito de aplicación (artículo 9, capítulo I) y, por tanto, no impide la existencia de escuelas de educación diferenciada, que existen en ese país en un número apreciable.

En Francia, la Ley nº 2008-496, de 27 de mayo de 2008, tras incluir expresamente el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, señala más concretamente -por lo que ahora nos afecta- que este principio "no es obstáculo (...) para la organización de las enseñanzas agrupando los alumnos en función de su sexo" (artículo 2.4).

En la República Federal de Alemania, y ya en el ámbito netamente jurisdiccional, se ha dictado una sentencia por el Tribunal Federal de lo Contencioso Administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*) el 30 de enero de 2013, precisamente en un asunto en el que el tema cuestionado era la compatibilidad de los sistemas de educación diferenciada con la Ley Fundamental de Bonn. En dicha resolución se citan las previas sentencias del *Bundesverfassungsgericht* de 14 de noviembre de 1969 y 8 de junio de 2011 y se parte de que, tal y como se afirma en la sentencia del mismo Tribunal Constitucional Federal de 16 de mayo de

1995, cualquier escuela, pública o privada, debe cumplir objetivos de transmisión de conocimientos (*Lehrziele*) y también objetivos orientados a la formación humana (*Erziehungziele*). Entre estos últimos, que derivan directamente de la Constitución y han de ser interiorizados por el alumnado, se encuentra el de la igualdad de géneros. Según la sentencia, los alumnos también son capaces de efectuar esa interiorización (*Verinnerlichung*) de la igualdad de género en el marco de la educación diferenciada (apartado 38 de la sentencia). Por ello, llega a la conclusión de que está prohibido otorgar un trato desfavorable a las escuelas privadas en función de su modo distinto de organizar la formación en este aspecto (*Die Benachteiligung von Privatschulen allein wegen ihrer anderseitigen Erziehungsformen verbietet sich daher*).

En Bélgica, el Decreto de 12 de diciembre de 2008, para la lucha contra ciertas formas de discriminación, prevé expresamente en su artículo 19 que una distinción en el acceso a la enseñanza por razón de sexo no constituye discriminación si está objetivamente justificada en una finalidad legítima y los medios de alcanzar dicha finalidad son apropiados y necesarios.

Fuera ya del marco de la Unión Europea, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América se ha basado en la Convención de la UNESCO de 1960, ya analizada, para resolver los asuntos sometidos a su decisión en esta concreta materia. En particular, ha considerado discriminatorios, por contrarios a la *Equal Protection Clause* de la decimocuarta enmienda, sólo aquellos sistemas de educación separada que no proporcionan «a substantial equality in the separate educational opportunities» en los aspectos relativos a opciones curriculares, financiación, prestigio, o apoyo a los alumnos (sentencia dictada en el asunto *United States vs. Virginia*, 518 U.S. 515 (1996), 6 C), y relativa a un Instituto Militar subvencionado por el Estado.

En definitiva, en los distintos Estados aludidos se pone de manifiesto que el modelo pedagógico consistente en una educación diferenciada por sexos no es considerado un caso de discriminación por razón de sexo.

Adentrándonos ya en el estudio de la compatibilidad del precepto cuestionado con los derechos fundamentales de nuestra Constitución, hemos de comenzar recordando que a partir de nuestra STC 128/1987, de 16 de Julio, FJ 7, hemos sostenido que «(...) no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados», así como que «como este mismo Tribunal ha sostenido, el tratamiento diverso de situaciones distintas "puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con el carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad (art. 1), a cuyo efecto atribuye además a los Poderes Públicos el que promuevan las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva" (STC 34/1981, de 10 de noviembre, FJ 3; doctrina reiterada, entre otras, en la STC 3/1983, de 25 de enero, FJ 3). La actuación de los Poderes Públicos para remediar, así, la situación de determinados grupos sociales definidos, entre otras características, por el sexo (y, cabe afirmar, en la inmensa mayoría de las veces, por la condición femenina) y colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables, no puede considerarse vulneradora del principio de igualdad, aun cuando establezca para ellos un trato más favorable, pues se trata de dar tratamiento distinto a situaciones efectivamente distintas».

En la interpretación del principio de igualdad, así como del principio de no discriminación, ambos incluidos en el art. 14 CE, pero diferenciables jurídicamente, este Tribunal ha efectuado entre otras, en la STC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4º, las siguientes consideraciones, pertinentes para el análisis del recurso que nos ocupa:

« (...) La virtualidad del art. 14 CE no se agota (...) en la cláusula general de igualdad con la que se inicia su contenido, sino que a continuación el precepto constitucional se refiere a la prohibición de una serie de motivos o razones concretos de discriminación. Esta referencia expresa a tales motivos o razones de discriminación (...) representa una explícita interdicción de determinadas diferencias históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes

públicos como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones, no sólo desventajosas, sino contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10.1 CE (SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 5; 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 2).

En este sentido, el Tribunal Constitucional (...) ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe, al tratarse de características expresamente excluidas como causas de discriminación por el art. 14 CE (con carácter general respecto al listado del art. 14 CE, SSTC 83/1984, de 8 de febrero, FJ 3; 20/1991, de 31 de enero, FJ 2; 176/1993, de 27 de mayo, FJ 2; en relación con el sexo, entre otras, SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 6; 207/1987, de 22 de diciembre, FJ 2; 145/1991, de 1 de julio, FJ 3; 147/1995, de 16 de octubre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; (...).

No obstante este Tribunal ha admitido también que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6; 128/1987, de 26 de julio, FJ 7; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8; (...) si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación.

Al respecto tiene declarado que, 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 (SSTC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, con cita de las SSTC 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 4; 75/1983, de 3 de agosto, FFJJ 6 y 7; 209/1988, de 10 de noviembre, FJ 6). También resulta que en tales supuestos la carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma y se torna aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad del art. 14 CE, al venir dado el factor diferencial por uno de los típicos que el art. 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones (STC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2).»

Aplicando esas consideraciones al presente caso, resulta evidente que es necesario ponderar, en primer lugar, si nos encontramos aquí en el supuesto de hecho explicitado en el inciso del artículo 14 CE que proscribe la discriminación por razón de sexo. Desde una perspectiva estrictamente literal del mismo, la separación de los alumnos por sexos en el proceso educativo institucionalizado constituye una diferenciación jurídica entre niños y niñas, en concreto en cuanto al acceso al centro escolar. Sin embargo, responde a un modelo o método pedagógico que es fruto de determinadas concepciones de diversa índole que entienden que resulta más eficaz un modelo de educación de esta naturaleza que otros. En la medida en que la Constitución reconoce la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE), resulta conforme a ella cualquier modelo educativo que tenga por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el respeto a los principios y a los derechos y libertades fundamentales que reconoce el art. 27.2 CE.

A lo anterior habría que añadir, como ya se ha indicado, que el apartado 3 del art. 84 de la Ley Orgánica 2/2006, de Educación, viene a establecer que «no constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de enseñanzas diferenciadas siempre que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme lo dispuesto en la en el art. 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». El precepto, pues, acoge expresamente la idea de discriminación en la enseñanza que aparece en dicho texto internacional suscrito por España, considerando que el método de educación diferenciada se acomoda al modelo constitucional.

Por otro lado, desde el punto de vista de la cobertura constitucional de la educación diferenciada, hemos de recordar que se trata de una opción pedagógica de voluntaria adopción por los centros y de libre elección por los padres y, en su caso, por los alumnos. Como tal, forma parte del ideario educativo o carácter propio de los centros docentes que opten por tal fórmula educativa. La STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 8, indica que «tratándose de un derecho autónomo, el derecho a establecer un ideario no está limitado a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa. Dentro del marco de los principios constitucionales, del respeto a los derechos fundamentales, del servicio a la verdad, a las exigencias de la ciencia y a las restantes finalidades necesarias de la educación mencionada, entre otros lugares, en el art. 27.1 CE y en el 13.1 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en cuanto se trate de centros que (...) hayan de dispensar enseñanzas regladas, ajustándose a los mínimos que los poderes públicos establezcan respecto de los contenidos de las diversas materias, número de horas lectivas, etc. el ideario educativo propio de cada centro puede extenderse a los distintos aspectos de su actividad.» Nuestra STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 8, confirma la interpretación sentada por la STC 5/1981 en relación con el concepto de ideario, descartando una posible interpretación de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación, entonces impugnada, a tenor de la cual el término «carácter propio» del centro, sinónimo o término equivalente del de «ideario» en dicha ley, hubiera de limitarse a aspectos morales y religiosos, excluyendo cualquier otro aspecto. Ese concepto de ideario educativo o carácter propio del centro ha sido asumido por la LOE, y de ello es ejemplo la inserción del sistema de educación diferenciada como contenido posible de ese carácter propio. El artículo 84.3 LOE indica que el sistema de educación diferenciada deberá ser incorporado al proyecto educativo del centro que lo emplee. De acuerdo con el artículo 121.1 LOE, el proyecto educativo recogerá los «valores, los objetivos y las prioridades de actuación. Asimismo, incorporará la concreción de los currículos establecidos por la Administración educativa que corresponde fijar y aprobar al Claustro, así como el tratamiento transversal en las áreas, materias o módulos de la educación en valores y otras enseñanzas». En síntesis, en términos del artículo 121.6 LOE «el proyecto educativo de los centros privados concertados, que en todo caso deberá hacerse público, será dispuesto por su respectivo titular e incorporará el carácter propio al que se refiere el artículo 115 de esta Ley». En suma, la opción por un determinado modelo pedagógico forma parte del derecho al ideario o carácter propio del centro.

El ideario puede ser considerado en gran medida, aunque no sólo, como punto de convergencia que posibilita el ejercicio del derecho de creación de centros y el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que desean para sus hijos, poniendo en conexión oferta y demanda educativa. Como pusimos de manifiesto en la STC 5/1981, el derecho de los titulares de centros privados a establecer un ideario propio, con los límites establecidos en el art. 27.2 CE a los que más tarde se hará alusión, «forma parte de la libertad de creación de centros en cuanto equivale a la posibilidad de dotar a estos de un carácter u orientación propios. Esta especificidad explica la garantía constitucional de creación de centros docentes que, en otro caso, no sería más que una expresión concreta del principio de libertad de empresa que también la Constitución consagra».

La existencia de un ideario educativo es una derivación o faceta, por tanto, de la libertad de creación de centros docentes y se mueve dentro de los límites de dicha libertad. Como expusimos en nuestra STC 5/1981, la libertad de enseñanza, reconocida en el artículo 27.1 de la Constitución implica el derecho a crear instituciones educativas (art. 27.6), aunque dentro de determinados límites, más estrechos que los de la pura libertad de expresión, con la que la libertad de enseñanza tiene cierto paralelismo, pues «en tanto que (aquella) (...) (art. 20.4 de la Constitución) está limitada esencialmente por el respeto a los demás derechos fundamentales, y por la necesidad de proteger a la juventud y a la infancia, el ejercicio de la libertad de creación de centros docentes tiene la limitación adicional, impuesta en el mismo precepto que la consagra, del respeto a los principios constitucionales que, como los del Título Preliminar de la Constitución

(libertad, igualdad, justicia, pluralismo, unidad de España, etc...) no consagran derechos fundamentales (...)». Además, existe la limitación «(...) muy importante, derivada del art. 27.2 de la Constitución, de que la enseñanza ha de servir determinados valores (principios democráticos de convivencia, etc..) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva». Dentro de esos límites para la creación de centros docentes se encuentra, por último, respecto de aquellos que han de impartir enseñanzas regladas, el de que, «además de orientar su actividad, como exige el apartado segundo del art. 27 hacia el pleno reconocimiento de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, con las precisiones y matizaciones que de algunos aspectos de este enunciado hace el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 13), se han de acomodar a los requisitos que el Estado imponga a los centros de cada nivel».

El derecho a establecer un ideario, por tanto, tiene directa cobertura constitucional y está sometido a los límites propios del derecho a la creación de centros de enseñanza, derecho de libertad que no se agota en el momento inicial del establecimiento de la entidad educativa, sino que se prolonga en el ejercicio de las facultades de dirección del mismo. Esos límites han sido concretados en nuestra STC 176/2015, de 22 de julio, FJ 2 que, aunque referida a los casos de creación de universidades, resulta de plena aplicación a la impugnación que ahora resolvemos. En esta sentencia decíamos lo siguiente: «ha de partirse de la determinación que este Tribunal ha hecho en cuanto a la naturaleza y contenido esencial del derecho a la libertad de creación de centros docentes del art. 27.6 CE, a cuyo tenor: "Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales». En cuanto al primer aspecto (naturaleza), nuestra STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 9 ha precisado que "el derecho del titular del Centro no tiene carácter absoluto y está sujeto a límites y a posibles limitaciones, quedando siempre a salvo, de acuerdo con el art. 53.1 de la CE, su contenido esencial"; también en el FJ 20: "[S]i bien caben, en su caso, limitaciones a tal derecho de dirección, habría de dejar a salvo el contenido esencial del mismo Una de estas limitaciones es la que resulta de la intervención estatal, respaldada constitucionalmente por el art. 27.9 CE, 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". En consecuencia, el derecho fundamental del art. 27.6 CE (...) no es un derecho absoluto sino que el legislador puede actuar regulando las condiciones de su ejercicio, siempre y cuando respete su contenido esencial. El propio art. 27 CE contiene dos de esas limitaciones, las de los apartados 7 (al que se refiere la demanda) y 9 (analizado en el pasaje transcrito de la STC 77/1985), pero ambas no agotan, cabe insistir, las posibilidades de modulación en el funcionamiento del centro docente, público o privado. Sin olvidar además, que la libertad de creación referida ha de enmarcarse siempre, por mor del propio enunciado constitucional, "dentro del respeto a los principios constitucionales" (art. 27.6 CE). »

Sobre el derecho a establecer un ideario propio de los centros docentes confluyen, pues, dos perspectivas: de un lado, se trata de una faceta, aspecto o vertiente del derecho a crear centros docentes, que debe conceptuarse como un derecho de libertad, con los límites que como tal le son inherentes, a los que más adelante nos referiremos. Además, el derecho al ideario está conectado con el derecho de los padres a elegir el tipo de formación religiosa y moral que desean para sus hijos, aunque entre ambos no existe relación de instrumentalidad necesaria, que no excluye, empero, la existencia de "una indudable interacción" entre ellos. En este sentido, "el derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral que sus hijos han de recibir, consagrado por el art. 27.3 de la Constitución, es distinto del derecho a elegir centro docente que enuncia el art. 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aunque es obvio que la elección de centro docente sea un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral." Esa falta de identidad, que no impide una indudable conexión, entre el derecho al ideario y el derecho de los padres a la elección de centro escolar se encuentra ejemplificada en el asunto

resuelto por este Tribunal en la STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 5, en la que descartábamos que ese derecho de los padres se proyectara sobre un modelo pedagógico concreto.

En este plano, hay que partir nuevamente de que la educación diferenciada por razón de sexo se presenta por sus promotores como un determinado tipo o modelo pedagógico, sobre el que este Tribunal -obvio es decirlo- no puede ofrecer criterio valorativo alguno. Sí es relevante para nuestro análisis, sin embargo, que esa caracterización implica su consideración como una parte del ideario o carácter propio del centro que escoge esa fórmula educativa. De esta forma, para analizar su conformidad con el texto constitucional ha de analizarse si cumple los límites del derecho de creación de centros docentes, del que, como ya se ha expuesto, nace el derecho al ideario.

En este sentido, resulta claro que el carácter propio o ideario no sería aceptable si tiene un contenido incompatible por sí mismo con los derechos fundamentales o si, sin vulnerarlos frontalmente, incumple la obligación, derivada del art. 27.2 de la Constitución, de que la educación prestada en el Centro tenga 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 en su concreta plasmación constitucional, pues estos han de inspirar cualquier modelo educativo, público o privado.

Estas dos son las perspectivas que asumen los recurrentes cuando indican en su recurso que establecer diferencias entre grupos sociales, como la que supone la educación por separado de niños y niñas, conlleva un riesgo muy alto de considerar a uno de ellos como inferior, y añaden que este Tribunal ha exigido que cualquier diferencia que se realice en estos ámbitos deba tener una especial justificación para que no sea considerada sospechosa (STC 147/1995, de 16 de octubre, FFJJ 2 y 6). Para los recurrentes, la separación en las aulas sería discriminatoria por no existir en este caso esa justificación reforzada, pues las meras razones basadas en el diferente grado de maduración de niños y niñas no serían suficientes a estos efectos. Pero ya hemos expresado que la educación diferenciada no puede ser considerada discriminatoria, siempre que se cumplan las condiciones de equiparabilidad entre los centros escolares y las enseñanzas a prestar en ellos a que se refiere la Convención de 1960, lo que en nuestro caso está fuera de toda duda, pues está garantizado el puesto escolar en todos los casos; y la programación de las enseñanzas que corresponde a los poderes públicos ex artículo 27.5 CE, así como la forma esencial de prestación de las mismas, no hacen distinción alguna entre centros mixtos, centros femeninos y centros masculinos. Si alguna diferencia de trato indebida existiera sólo sería atribuible al centro escolar en la que se produjera, y no sería imputable al modelo en sí. Por lo tanto, no se cumple la premisa de la que parten los recurrentes, la de que la educación diferenciada implica una discriminación. Por ello, no resulta necesario adentrarse en el análisis propuesto en el recurso, según el cual esa discriminación no estaría suficientemente justificada.

Como conclusión, el sistema de educación diferenciada es una opción pedagógica que no puede conceptuarse como discriminatoria. Por ello, puede formar parte del derecho del centro privado a establecer su carácter propio, en los términos que hemos expuesto precedentemente.

b) Sentada esa primera conclusión, es preciso detenerse ahora en la impugnación que los recurrentes realizan del último párrafo del artículo 84.3 LOE en la redacción del mismo operada por la LOMCE, que plantean con carácter subsidiario para el caso de que este Tribunal no considere que la educación diferenciada contradice frontalmente la prohibición de discriminación contemplada en el artículo 14 CE. El párrafo ahora cuestionado es el siguiente:

«En ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto. A estos efectos, los centros deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad». Los recurrentes consideran que esa previsión vulnera los artículos 14, 9.2 y 27.2 CE.

Es decir, si en un primer paso los recurrentes cuestionan frontalmente la constitucionalidad del modelo invocando la lesión del artículo 14 CE, en un segundo paso el recurso no cuestiona el modelo en sí, sino la obligación de financiarlo en igualdad de condiciones con los centros coeducativos, pues ello supondría la lesión de los artículos 14, 9.2 y 27.2 CE. La educación separada, afirman los recurrentes, no contribuye a hacer efectiva la igualdad de sexos ni tiene por objeto el respeto de los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales.

En realidad, lo que se postula en la demanda es que el hecho de prestar educación diferenciada no es un dato neutro a la hora de la suscripción de los conciertos educativos o en relación con "cualquier otro aspecto", de modo que las Administraciones educativas habrán de diferenciar entre aquellos centros que imparten educación mixta de aquellos otros que optan por una educación diferenciada, de modo que se impida a estos últimos acceder a los conciertos. Este Tribunal ha descartado la existencia de un derecho constitucional a ser tratado de forma diferenciada, pues el artículo 14 no ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, ni tampoco un derecho a imponer diferencias de trato. En suma, no existe un derecho fundamental a la singularización normativa. En los términos de la STC 241/2000, de 16 de octubre, FJ 5, "(...) el art. 14 CE reconoce el derecho a no padecer discriminaciones, pero no ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales (SSTC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3; 2/1987, de 21 enero, FJ 3; 136/1987, de 22 de julio, FJ 6; 19/1988, de 16 de febrero, FJ 6; 308/1994, de 21 de noviembre, FJ 5; 36/1999, de 22 de marzo, FJ 3)". De este modo, sólo en el caso de que el régimen de educación diferenciada fuera inconstitucional, podría objetarse la opción del legislador de tratar de manera igualitaria ambos modelos pedagógicos en el ámbito de los conciertos educativos.

La financiación pública de los centros educativos privados responde, esencialmente, a lo dispuesto en tres preceptos constitucionales: en primer lugar, a lo establecido en el artículo 27.9 CE, a tenor del cual «los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca»; en segundo lugar, a la previsión del artículo 27.4 CE, según el cual «la enseñanza básica es obligatoria y gratuita»; y, por último, al artículo 9.2 CE, que indica que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.»

De esta forma, si bien el anclaje constitucional de la financiación pública se encuentra, básicamente, en el art. 27.9 CE, no puede obviarse que el apartado 4 de ese mismo precepto constitucional impone la gratuidad en la educación básica, que hemos considerado un derecho de prestación (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3). La relación entre ambos apartados del artículo 27 CE es clara por dos razones. La primera, porque existe entre todos los preceptos que integran ese artículo «una estrecha conexión (...) derivada de la unidad de su objeto (...)» (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3). La segunda razón, más específica, radica en que, como hemos declarado desde la citada STC 86/1985, la norma en la que se definen las condiciones de financiación de los centros privados ex art. 27.9 CE «no podrá, en particular, contrariar los derechos y libertades educativas presentes en el artículo (...)», lo que obliga a tomar en consideración las exigencias de gratuidad de la enseñanza que impone el apartado 4 de ese artículo 27.

Por otro lado, esa 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. Ello cercenaría de raíz, no solo el derecho de los padres a elegir centro docente, sino también el derecho de creación de centros docentes consagrado en el artículo 27.6 CE, cuyo contenido esencial hemos precisado, últimamente, en la STC 176/2015, de 22 de julio, FJ 2, recogiendo lo expuesto en nuestra STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 9 y 20. En este sentido, la financiación pública de los centros privados sirve al contenido prestacional consagrado en el artículo 27.4 CE.

Ello no quiere decir, obviamente, que cualquier centro privado haya de ser financiado públicamente en los niveles obligatorios. Como expusimos en la STC 86/1985, de 10 de julio « el derecho a la educación -a la educación gratuita en la enseñanza básica- no comprende el derecho a la gratuidad en cualesquiera centros privados, porque los recursos públicos no han de acudir, incondicionalmente, allá donde vayan las preferencias individuales.». De este modo, una vez justificada la inexistencia de recursos públicos para financiar en cada caso el centro privado de que se trate, los poderes públicos podrán aplicar los criterios establecidos en la norma legal dictada en desarrollo del artículo 27.9 CE, para priorizar el alcance de esa financiación.

El concierto es el modelo adoptado por el legislador para dar cumplimiento a la obligación contemplada en el artículo 27.9 CE, aunque también cabrían otras fórmulas de ayuda distintas. De este modo, los conciertos educativos están enmarcados en el ámbito prestacional del más genérico derecho a la educación. Como hemos expresado en nuestra STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3, «el derecho de todos a la educación (...) incorpora así, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional (...). Al servicio de tal acción prestacional de los poderes públicos se hallan los instrumentos de planificación y promoción mencionados en el núm. 5 del mismo precepto, así como el mandato, en su apartado 9, de las correspondientes ayudas públicas a los Centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca». Ahora bien, continúa la sentencia, «el citado art. 27.9, en su condición de mandato al legislador, no encierra sin embargo, un derecho subjetivo a la prestación pública. Esta (...) habrá de ser dispuesta por la Ley (...), Ley de la que nacerá, con los requisitos y condiciones que en la misma se establezcan, la posibilidad de instar dichas ayudas y el correlativo deber de las administraciones públicas de dispensarlas, según la previsión normativa». Como ya hemos expuesto, ello no significa, sin embargo, que el legislador sea enteramente libre para configurar el régimen prestacional que se ampara en el artículo 27.9 CE, sino que «la Ley que reclama el art. 27.9 no podrá, en particular, contrariar los derechos y libertades educativas presentes en el mismo artículo y deberá asimismo, configurar el régimen de ayudas en el respeto al principio de igualdad.» Por otro lado, como reconoce la STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 11, la previsión del art. 27.9 CE «no puede interpretarse como una afirmación retórica, de manera que quede en manos del legislador la posibilidad de conceder o no esa ayuda, ya que, como señala el art. 9 de la C.E. "los poderes públicos están sujetos a la Constitución" y , por ello, los preceptos de esta - expuesto o no, como en el presente caso, en forma imperativa,- tienen fuerza vinculante para ellos (...).».

En desarrollo de esa doctrina, el artículo 116 LOE, no impugnado por los recurrentes, establece que «los centros privados que ofrezcan enseñanzas declaradas gratuitas en esta Ley y satisfagan necesidades de escolarización, en el marco de lo dispuesto en los artículos 108 y 109, podrán acogerse al régimen de conciertos en los términos legalmente establecidos, sin que la elección de centro por razón de su carácter propio pueda representar para las familias, alumnos y alumnas y centros un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto (...). ». La referencia al artículo 108 trae a colación, en particular, el «derecho de los padres o tutores (...) a escoger centro docente tanto público como distinto de los creados por los poderes públicos».

Fijado el marco en el que debemos movernos, hemos de dar respuesta ahora a la concreta impugnación formulada en la demanda. Para ello, hemos de partir necesariamente de la conclusión, a la que hemos llegado precedentemente, de que el modelo pedagógico de educación diferenciada no es discriminatorio *per se*. Por otro lado, si impidiera la consecución de los objetivos consagrados en el artículo 27.2 CE, centrados en «el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales», la conclusión sería, no la imposibilidad de ayudar a los centros que practicaran esa fórmula pedagógica, sino la inconstitucionalidad del modelo, pues, como dijimos en la STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7, el artículo 27.2 CE no opera como un mero límite externo, sino que impone que «la enseñanza haya de servir determinados valores (principios democráticos de convivencia, etc) que no cumplan una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva.» Dichos valores son los que indubitadamente nacen del propio texto constitucional, teniendo en

cuenta que son ajenos a ellos los principios o reglas que nuestra Constitución ha dejado abiertos a la dialéctica democrática y cuya determinación concreta se remite a la libre acción del legislador.

El modelo de educación separada o diferenciada tampoco contradice en sí mismo la obligación de los poderes públicos de promover activamente la igualdad en los términos del art. 9.2 CE, especialmente teniendo en cuenta que el artículo 84.3 LOE obliga a los centros que apliquen ese modelo pedagógico a exponer en su proyecto educativo « las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad», lo que garantiza que dichos centros adopten una serie de acciones positivas encaminadas a la promoción de valores. En relación con el artículo 9.2 CE, este Tribunal ha afirmado que «la igualdad que el art. 1.1 de la Constitución proclama como uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico —inherente, junto con el valor justicia, a la forma de Estado Social que ese ordenamiento reviste, pero también, a la de Estado de Derecho— no sólo se traduce en la de carácter formal contemplada en el art. 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el art. 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva» (STC 216/1991, de 14 de noviembre, FJ 5). En los términos de la STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 4, «el art. 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material (...). Este precepto constitucional, por tanto, encomienda al legislador la tarea de actualizar y materializar la efectividad de la igualdad (...)». De esta forma, el art. 9.2 CE habilita y mandata al legislador para llevar a cabo fórmulas tendentes a hacer efectiva la igualdad material, en este caso entre mujeres y hombres. Pero ni le impone la adopción de medidas concretas, ni tampoco le exige acordar ningún género de prohibiciones, como sería en este caso la de otorgar un concierto, sino que sólo le faculta, *in genere*, para «promover, remover y facilitar». En el plano concreto de la educación, el sistema educativo se inspira entre, otros, en el principio de «desarrollo en la escuela de los valores que fomenten la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, así como la prevención de la violencia de género» (artículo 1.1 LOE) y se orienta, entre otros fines, a la « educación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, en la igualdad de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres (...) » (artículo 2.1b LOE). Por su parte, los objetivos concretados para cada una de las etapas educativas inciden en esos aspectos. Así, para la Educación Primaria se fija como objetivo el desarrollo de actitudes « contrarias a la violencia, a los prejuicios de cualquier tipo y a los estereotipos sexistas » (artículo 17.m LOE); la Educación Secundaria se encamina a «valorar y respetar la diferencia de sexos y la igualdad de derechos y oportunidades entre ellos» y a «rechazar los estereotipos que supongan discriminación entre hombres y mujeres» (artículo 23.c) LOE); el Bachillerato deberá contribuir a desarrollar en el alumnado las capacidades que le permitan «fomentar la igualdad efectiva de derechos y oportunidades entre hombres y mujeres, analizar y valorar críticamente las desigualdades existentes e impulsar la igualdad real (...)» (artículo 33.c LOE); y, finalmente, la Formación Profesional tiene como uno de sus objetivos el de «fomentar la igualdad efectiva de oportunidades de mujeres y hombres (...)» (artículo 40.1.e). Todos los centros docentes, cualquiera que sea su carácter propio, tienen como obligación la de contribuir al logro de dichos objetivos educativos. En esta misma línea, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de toda forma de discriminación hacia la mujer, de 18 de diciembre de 1979, obliga a los Estados parte al «estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr el objetivo de eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza.» Por lo tanto, existe una obligación positiva de fomento de aquellas fórmulas metodológicas que contribuyan a la eliminación de los estereotipos sexistas.

Pero de esa obligación positiva no se desprende en modo alguno una prohibición de ayuda a los centros docentes que utilicen como método pedagógico la educación diferenciada. No existe dato alguno que permita llegar a la conclusión de que dicho sistema, en cuanto tal, no sirve a los fines

exigidos constitucionalmente, y en particular, a la conclusión de que no está inspirado en los principios democráticos de convivencia o en los derechos y libertades fundamentales, o de que no cumple los objetivos marcados por las normas generales.

Por lo tanto, dado que no existe ningún elemento que conduzca a imputar a la educación diferenciada una incapacidad estructural para el logro de los objetivos educativos marcados constitucionalmente, lo determinante será el análisis de cada centro en particular. Para garantizar la promoción de esos valores, objetivos o principios, junto al ejercicio de la función general de inspección educativa que corresponde a los poderes públicos, resulta suficiente la cautela establecida en el art. 83.4 de la Ley, que impone a los centros concertados que eduquen diferenciadamente, y sólo a estos, la obligación de «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».

En consecuencia, y dado que las ayudas públicas previstas en el art. 27.9 CE han de ser configuradas "en el respeto al principio de igualdad" (STC 86/1985, FJ), sin que quepa justificar un diferente tratamiento entre ambos modelos pedagógicos, en orden a su percepción, la conclusión a la que ha de llegarse es la de que los centros de educación diferenciada podrán acceder al sistema de financiación pública en condiciones de igualdad con el resto de los centros educativos; dicho acceso vendrá condicionado por el cumplimiento de los criterios o requisitos que se establezcan en la legislación ordinaria, pero sin que el carácter del centro como centro de educación diferenciada pueda alzarse en obstáculo para dicho acceso.

5. El segundo grupo de vulneraciones denunciadas por la demanda tiene un eje común: la contravención del derecho de los profesores, padres y, en su caso, alumnos, a intervenir en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos, garantizado por el art. 27.7 CE, interpretado sistemáticamente con los artículos 9.2 y 53.1 CE. Bajo esa cobertura, se impugnan las letras a), b), e), h) e i) el artículo 127 de la LOE, reformado por la disposición octogésima del artículo único de la LOMCE, que reforma y por conexión y consecuencia las letras l), m), n), ñ) o) del art. 132 LOE en la modificación operada por la disposición octogésima primera del mismo artículo único. También se recurre el apartado tres de la Disposición Final segunda LOMCE por la que se da nueva redacción a los apartados a), b), f), h) j) , k, l) y m) del artículo 57 LODE, el primero -a)- en relación con lo dispuesto en el apartado cuatro de la misma Disposición Final segunda LOMCE, que da nueva redacción al artículo 59 LODE, y el apartado b) en relación con el apartado cinco de la Disposición Final segunda, que da nueva redacción al artículo 60 LODE.

Sintéticamente expuesto, el hilo conductor de la impugnación es que la reforma legal operada por la LOMCE desnaturaliza el derecho de los profesores, padres y en su caso, alumnos, a «intervenir en el control y la gestión» de los centros sostenidos con fondos públicos. Es ese elemento de «intervención» a través del Consejo Escolar el que queda comprometido en el nuevo modelo, según argumentan los recurrentes. Para llegar a esa conclusión parten de que dicho órgano pasa a tener una función de simple informe y propuesta, sin capacidad de codecisión ni corresponsabilidad alguna con el titular del centro o su director. Ello afecta, no solo a los centros de titularidad pública, sino también a los privados concertados. Se violentaría así el contenido esencial del derecho de participación consagrado en el artículo 27.7 CE.

La nueva redacción de los preceptos modificados es la que sigue:

«Artículo 127 -LOE- . Competencias del Consejo Escolar.

El Consejo Escolar del centro tendrá las siguientes competencias:

a) Evaluar los proyectos y las normas a los que se refiere el capítulo II del título V de la presente Ley orgánica.

b) Evaluar la programación general anual del centro, sin perjuicio de las competencias del Claustro del profesorado, en relación con la planificación y organización docente.

(...)

e) Informar sobre la admisión de alumnos y alumnas, con sujeción a lo establecido en esta Ley Orgánica y disposiciones que la desarrollen.

(...)

h) Promover la conservación y renovación de las instalaciones y del equipo escolar e informar la obtención de recursos complementarios, de acuerdo con lo establecido en el artículo 122.3.

i) Informar las directrices para la colaboración, con fines educativos y culturales, con las Administraciones locales, con otros centros, entidades y organismos.

Artículo 132 -LOE-. Competencias del director.

Son competencias del director:

l) Aprobar los proyectos y las normas a los que se refiere el capítulo II del título V de la presente Ley Orgánica.

m) Aprobar la programación general anual del centro, sin perjuicio de las competencias del Claustro del profesorado, en relación con la planificación y organización docente.

n) Decidir sobre la admisión de alumnos y alumnas, con sujeción a lo establecido en esta Ley Orgánica y disposiciones que la desarrollen.

ñ) Aprobar la obtención de recursos complementarios de acuerdo con lo establecido en el artículo 122.3.

o) Fijar las directrices para la colaboración, con fines educativos y culturales, con las Administraciones locales, con otros centros, entidades y organismos.

Art. 57 - LODE -.

Corresponde al Consejo Escolar del centro, en el marco de los principios establecidos en esta Ley:

a) Intervenir en la designación del director del centro, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 59.

b) Intervenir en la selección del profesorado del centro, conforme con el artículo 60.

(...)

f) Informar y evaluar la programación general del centro que, con carácter anual, elaborará el equipo directivo.

(...)

h) Participar en la aplicación de la línea pedagógica global del centro e informar las directrices para la programación y desarrollo de las actividades escolares complementarias, actividades extraescolares y servicios escolares.

(...)

j) Informar los criterios sobre la participación del centro en actividades culturales, deportivas y recreativas, así como en aquellas acciones asistenciales a las que el centro pudiera prestar su colaboración.

k) Favorecer relaciones de colaboración con otros centros, con fines culturales y educativos.

l) Informar, a propuesta del titular, el reglamento de régimen interior del centro.

m) Participar en la evaluación de la marcha general del centro en los aspectos administrativos y docentes.

(...).

Art. 59 - LODE -.

1. El director de los centros concertados será nombrado por el titular, previo informe del Consejo Escolar del centro, que será adoptado por mayoría de los miembros asistentes.

2. El mandato del director tendrá una duración de tres años. No obstante lo anterior, el titular podrá destituir al director antes de la finalización de dicho plazo cuando concurren razones justificadas de las que dará cuenta al Consejo Escolar del centro.

Art. 60 -LODE -.

1. Las vacantes del personal docente que se produzcan en los centros concertados se anunciarán públicamente.

2. A efectos de su provisión, el Consejo Escolar del centro, de acuerdo con el titular, establecerá los criterios de selección, que atenderán básicamente a los principios de mérito y capacidad.

3. El titular del centro, junto con el director, procederá a la selección del personal, de acuerdo con los criterios de selección que tenga establecidos el Consejo Escolar del centro.

4. El titular del centro dará cuenta al Consejo Escolar del mismo de la provisión de profesorado que efectúe.

5. La Administración educativa competente verificará que los procedimientos de selección y despido del profesorado se realice de acuerdo con lo dispuesto en los apartados anteriores y podrá desarrollar las condiciones de aplicación de estos procedimientos.»

Con la finalidad de sistematizar los argumentos expuestos en el recurso, analizaremos en primer lugar la doctrina constitucional sobre el derecho de participación que los impugnantes entienden conculcado, con expresión de su alcance y límites. Posteriormente, aplicaremos las conclusiones alcanzadas a los motivos impugnatorios, empezando por los que se refieren a los centros públicos y terminando por los que afectan a los centros de titularidad privada sostenidos con fondos públicos.

Tal y como ha señalado nuestra doctrina, el derecho de intervención en el control y gestión de los centros docentes, mencionado en el artículo 27.7 CE, es un instrumento del más genérico derecho de participación que reconoce el apartado 5 del mismo artículo. También hemos precisado que el derecho fundamental reconocido en el art. 27.7 CE «afecta tan solo a los centros "sostenidos por la Administración con fondos públicos", que son los de creación pública y parte de los de creación privada (...). » (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 18).

Respecto al contenido esencial de ese derecho, hemos dicho en nuestra STC 77/1985, FJ 21 que «este derecho a la intervención debe considerarse como una variedad del de participación (...), como se proclama, tanto en el Preámbulo de la Ley que desarrolla el principio de participación establecido en el art. 27.7 de la C.E., como en la sentencia 5/1981, de este T.C. (...) se refiere al derecho de participación previsto en el artículo 27.5 y 7 de la C.E. Por ello este derecho puede revestir, en principio, las modalidades propias de toda participación, tanto informativa como consultiva, de iniciativa, incluso decisoria, dentro del ámbito propio del control y gestión, sin que deba limitarse necesariamente a los aspectos secundarios de la administración de los Centros. Se deja así por la CE, a la libertad de configuración del legislador la extensión de esta participación, con los límites consistentes en el respeto del contenido esencial del derecho garantizado (STC 5/1981, FJ 15) y de otros mandatos constitucionales. Más concretamente, el límite máximo del derecho a la intervención en el control y gestión de los Centros sostenidos con fondos públicos estaría, en lo que aquí nos concierne, en el respeto del contenido esencial de los derechos de los restantes miembros de la comunidad escolar, y, en este caso, del derecho del titular, a la creación y dirección del centro docente." Y añade la STC 77/1985, que el hecho de que el centro sea sostenido con fondos públicos no implica la posibilidad de exigir al titular del centro la renuncia al ejercicio de derechos fundamentales, ya que "tal sostenimiento viene impuesto a los poderes públicos por la C.E. sin que esta asocie a su prestación la desaparición de los derechos fundamentales del titular, en su mismo contenido esencial. »

En suma, existe en este ámbito un amplio espacio a la libre configuración de la ley. Ya en la STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 12 hablamos, en relación con el derecho de intervención en la gestión y control, de la «amplísima libertad que la Constitución deja en este punto al legislador ordinario, limitada sólo por la necesidad de respetar el "contenido esencial" del derecho». Y añadíamos que la fórmula elegida por el constituyente era « extremadamente amplia en cuanto deja a la libre apreciación del legislador, no solo la determinación de lo que haya de entenderse por centros sostenidos con fondos públicos, sino también la definición de los términos, es decir, del alcance, del procedimiento y de las consecuencias que hayan de darse a la intervención "en el control y gestión". En el ejercicio de esa libertad, el legislador no tiene otros límites que el genérico que le impone el art. 53.1 de la Constitución de respetar el contenido esencial del derecho garantizado, y el que deriva de las reservas de ley contenidas tanto en dicho precepto como en el del art. 81.1.»

El derecho a la participación de profesores, padres, y en su caso, alumnos en el control y gestión de los centros sostenidos por la Administración, se limita recíprocamente con el derecho de los titulares de centros docentes privados a la dirección de los mismos, « derecho incardinado en el derecho a la libertad de enseñanza de los titulares de dichos centros » (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 20), pues, continúa razonando esa Sentencia, « aparte de que el acto de creación o fundación de un Centro no se agota en sí mismo, sino que tiene evidentemente un contenido que se proyecta en el tiempo y que se traduce en una potestad de dirección del titular, cabe recordar que el cuarto y último párrafo del art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, ratificado por España, señala expresamente que "nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares establecer y dirigir instalaciones de enseñanza", incluyendo así el concepto de "dirección" en un texto con el valor interpretativo que le atribuye el art. 10.2 de la C.E. Este derecho, por otra parte, no se confunde con el de fijar un carácter propio del Centro, sino por el contrario es más bien una garantía de este último, aparte de que tenga otros contenidos. »

Así pues, de acuerdo con nuestra doctrina, expuesta en la STC 176/2015, de 22 de julio, FJ 2, el contenido esencial del derecho del titular del centro docente a la dirección del mismo tiene una doble dimensión. Una primera, positiva, que « 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 » (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 20); en la misma sentencia se indica que « desde el punto de vista negativo, ese contenido exige la ausencia de limitaciones absolutas o insalvables que lo despojen de la necesaria protección.»» Ambas dimensiones se concretan y sintetizan en el hecho de que el titular del centro « 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. » (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 20).

En resumen, el derecho de intervención de la comunidad educativa en la « gestión y control » de los centros docentes y el derecho de creación y dirección del centro docente, también conectado con el artículo 38 CE, se limitan recíprocamente y su respectivo contenido esencial ha de cohererse. Pero ello no sólo no ha de suponer la ablación de su respectivo contenido esencial, sino que ha de implicar un proceso de fertilización mutua que enriquezca su ejercicio. Por ello, dentro de la amplia discrecionalidad que en este punto la Constitución concede al legislador, las facultades derivadas del derecho de participación de profesores, padres o tutores y, en su caso, alumnos, pueden ir desde el mero informe o consulta hasta el ámbito de la codecisión, siempre, en este último caso, que no se despoje a la titularidad del centro, o a su director si es diferente del titular, de la posibilidad de ejercitar el haz de posibilidades de actuación que dimana del contenido esencial de su derecho. Por otro lado, como es lógico, tampoco exige nuestra doctrina que la participación quede garantizada respecto de todas y cada una de las decisiones que integran el haz de facultades que puede desplegar la titularidad del centro.

Expuesto el marco jurisprudencial en el que se mueve el derecho de intervención de la comunidad educativa en el control y gestión de los centros, estamos ya en condiciones de analizar la compatibilidad del articulado impugnado con los mandatos constitucionales.

Como ya se ha expuesto, los recurrentes diferencian en su demanda dos ámbitos diferenciados: el correspondiente a los centros públicos, y el propio de los centros sostenidos con fondos públicos. Comenzaremos por los primeros.

Las modificaciones competenciales instauradas por la LOMCE responden a la idea explicitada en el Preámbulo de la Ley, de reforzar la figura del Director del centro educativo. En concreto, se afirma en él que « la reforma contribuirá también a reforzar la capacidad de gestión de la dirección de los centros, confiriendo a los directores, como representantes que son de la Administración educativa en el centro y como responsables del proyecto educativo, la oportunidad de ejercer un mayor liderazgo pedagógico y de gestión (...) ».

En los centros públicos, el Consejo Escolar pierde con la reforma impugnada las competencias codecisorias de que disfrutaba con anterioridad, puesto que ahora ya no le corresponde «aprobar» los proyectos educativos y las normas de organización, funcionamiento y convivencia a que se refiere el capítulo II del Título V de la Ley, y solo le resta la facultad de evaluarlas. Correlativamente, se otorga al director del centro esa competencia de aprobación de todos los proyectos y normas de referencia. Ese trasvase competencial no colisiona con nuestra doctrina, pues hemos reiterado que la participación que se vehicula a través del Consejo Escolar puede consistir en un amplio elenco de facultades que van, gradualmente, desde la mera consulta hasta el nivel de la codecisión. La atribución de la competencia de evaluación de los planes y proyectos se encuentra dentro del rango constitucionalmente permisible, ya que no implica un grado menor de participación que la mera consulta, aunque no alcanza el nivel de la decisión o codecisión. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, evaluar, en su primera acepción, es "señalar el valor de algo" o bien, según la segunda, "estimarlo o apreciarlo". No implica, por tanto, una participación de menor entidad que la consulta, definida como el "parecer o dictamen que por escrito o de palabra se pide o se da acerca de algo". De esta forma, la modificación normativa cuestionada, si bien rebaja la intensidad de la participación de la comunidad educativa, no incide en el contenido esencial del derecho consagrado en el artículo 27.7 CE. Otro tanto cabe decir de la atribución al Director de la competencia aprobatoria de la aprobación de la « programación general anual del centro sin perjuicio de las competencias del Claustro de profesores, en relación con la planificación docente », pues el Consejo Escolar sigue habilitado para el ejercicio de la competencia de evaluar esa programación.

Las facultades del Consejo Escolar también se modifican en el ámbito de la admisión de alumnos. En la redacción anterior de la Ley dicho órgano tenía atribuida una competencia decisoria, mientras que en la versión vigente su función se limitará a informar. Se trata de una importante pérdida de influencia en el control y gestión del Centro escolar puesto que el ámbito de participación pasa de la decisión al mero informe. No obstante, ello no significa, como los recurrentes aducen, que esa participación haya pasado a ser ahora una mera formalidad reveladora de una « pérdida de todo carácter real y efectivo de intervención de los representantes de la Comunidad educativa ». Es preciso tener en cuenta, en primer lugar, que el proceso de admisión de alumnos en los Centros docentes públicos tiene un carácter reglado (art. 84 LOE, desarrollado en su caso por normas autonómicas) y, que por tanto, el traslado de la competencia de admisión de alumnos tiene un carácter relativo en cuanto al resultado final del proceso. En segundo lugar, la competencia de informe en nuestro Ordenamiento Jurídico administrativo no tiene un valor meramente retórico, sino que implica una toma de posición del órgano informante que no puede ser descartada por el órgano resolutorio sin motivar su apartamiento del criterio expresado por aquel.

Pierde también el Consejo Escolar la competencia aprobatoria en materia de obtención de recursos complementarios, puesto que ahora ha de limitarse a informar al respecto (art. 127 i) LOE. Esa aprobación corresponde ahora, tras la modificación operada por la LOMCE, al Director del Centro (artículo 132, o) LOE). Son aquí también de aplicación las consideraciones formuladas

precedentemente, en relación con la inclusión de esta competencia dentro del elenco constitucionalmente posible de facultades insertas en el derecho a la participación de los padres, profesores y, en su caso, alumnos, instrumentadas a través del Consejo Escolar.

En un segundo grupo de impugnaciones relativas a las competencias del Consejo Escolar se formulan consideraciones específicas respecto a los Centros educativos sostenidos con fondos públicos, cuyos órganos de gestión se encuentran regulados en la Ley Orgánica Reguladora del Derecho a la Educación (LODE) y, en particular, en su Título IV, denominado precisamente "De los Centros Concertados". Como ya hemos expresado con anterioridad, y venimos repitiendo desde la STC 5/1981, en este tipo de Centros tiene especial importancia el derecho del titular del centro docente, tanto en su vertiente positiva - garantizar el respeto al carácter propio del centro y el derecho a asumir en última instancia la responsabilidad de la gestión-, como negativa - ausencia de limitaciones insalvables o que despojen a ese derecho de la necesaria protección-. De esta forma, en los casos de centros de creación privada el derecho de participación previsto en el art. 27.7 se encuentra con el límite adicional que constituye la necesidad de ser cohonestado con los derechos del creador del centro docente.

La LOMCE modifica el procedimiento de designación del Director del centro concertado. En efecto, el artículo 57.a) LODE indica que corresponde al Consejo Escolar intervenir en dicha designación de acuerdo con lo previsto en el artículo 59 LODE que, tras la reforma ahora cuestionada, determina que « el director de los centros concertados será nombrado, previo informe del Consejo Escolar del centro, que será adoptado por mayoría de los miembros asistentes ». Con anterioridad era necesario el « previo acuerdo entre el titular y el Consejo Escolar », debiendo el acuerdo de este último adoptarse por mayoría absoluta. En caso de desacuerdo, el Director sería designado por el Consejo Escolar del centro, por mayoría absoluta de sus miembros, de entre una terna de profesores propuesta por el titular. Las nuevas previsiones al respecto se enmarcan sin dificultad en el contenido posible del derecho de participación, sin rebasar su umbral mínimo, pues la intervención de la Comunidad escolar se garantiza con el informe que necesariamente ha de evacuar el Consejo Escolar y que debe ser aprobado, no ya por mayoría absoluta como sucedía en el modelo anterior respecto al acuerdo para el nombramiento del Director, sino por mayoría de los miembros presentes, lo que facilita la adopción de acuerdos en el seno de dicho órgano de participación.

Los diputados impugnantes también cuestionan la modificación de las competencias en materia de gestión del profesorado del centro. Dicha modificación consiste, en primer lugar, en la eliminación de la participación del Consejo Escolar en el despido de profesores. En el sistema anterior, se exigía el pronunciamiento previo del Consejo Escolar en acuerdo motivado adoptado por mayoría absoluta, y en caso de que este acuerdo fuera desfavorable, la reunión de la comisión de conciliación. El nuevo artículo 60 LODE, reformado por la LOMCE, elimina aquella previsión. Respecto a la selección del profesorado, hemos manifestado en la STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 24, que « la facultad de seleccionar al profesorado que se estime más idóneo forma parte del derecho a crear y dirigir Centros docentes que nuestra Constitución consagra », añadiendo que « tampoco es dudoso, sin embargo, que al garantizar el derecho de los Profesores, los padres y, en su caso, los alumnos, a intervenir en el control y gestión de todos los Centros sostenidos por la Administración con fondos públicos en los términos que la Ley establezca, la C.E. (art. 27.7) habilita al legislador para condicionar o restringir aquella facultad en los términos que considere más oportunos para dar contenido concreto a este derecho de los restantes miembros de la comunidad escolar, teniendo en cuenta que el pluralismo político que la Constitución consagra como valor superior del ordenamiento jurídico español (art. 1.1) permite en este punto distintas soluciones legislativas, que sólo tienen el límite de los derechos constitucionalmente consagrados, de manera tal que en este punto concreto, el legislador no podrá nunca, de una parte, privar al titular del Centro de las facultades que se derivan del derecho que la CE le otorga, ni, de la otra, privar a padres, profesores y, en su caso, alumnos, de algún grado de intervención en la gestión y control de los centros sostenidos con fondos públicos ». En el aspecto relativo a las facultades de despido de profesores, hemos indicado en esa [sentencia](#), *a contrario sensu*, que privar al titular del Centro de la iniciativa del despido o de la decisión en último término desnaturalizaría dichas

facultades, y también recordamos en ella la exclusividad del orden jurisdiccional laboral para pronunciarse sobre el despido, de modo que cualquier fórmula legal tendente a consagrar la participación del Consejo Escolar o de una comisión de conciliación debería contemplarse como un recurso a instancias conciliadoras previas a la vía judicial, que no podrían impedir al titular del Centro en ningún caso proceder al despido. También hemos afirmado que la intervención de tales órganos en el proceso de despido « está perfectamente justificada dada la trascendencia del acto desde el punto de vista de la libertad del profesor ». Esas consideraciones llevan a concluir que la participación de profesores, padres y, en su caso, alumnos, en el proceso de despido del profesorado no es un imperativo constitucional, dada la posible articulación de procedimientos de información y seguimiento a través de la negociación colectiva, eventualmente con mecanismos de control al respecto por parte de los representantes de los trabajadores y la exclusividad de la competencia de la jurisdicción social en la materia. A ello hay que añadir que, como ya hemos expuesto, la selección del profesorado forma parte del derecho de creación y dirección de centros docentes y que el artículo 27.7 CE, a tenor del cual « los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca», constituye una mera « habilitación » al legislador para incidir, si lo considera oportuno, en aquel derecho o facultad del titular del centro, pero no le impone mandato alguno tendente a establecer un mecanismo concreto de participación de padres, profesores y, en su caso, alumnos en el despido del profesorado.

A todo lo anterior ha de añadirse que en nuestra STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 12, hemos vinculado la creación de establecimientos educativos con la libertad de empresa reconocida en el artículo 38 CE, expresando literalmente, en relación con los conciertos educativos, que « (...) no resulta que el art. 49.3 de la LODE vulnere la libertad de empresa reconocida en el art. 38 de la C.E., pues la creación de empresas educativas resultaría, por el contrario, favorecida por la posibilidad de opción para acogerse o no al régimen de conciertos» . Por ello, resulta también pertinente el análisis de las disposiciones impugnadas desde la perspectiva de la libertad de empresa, de la que es una manifestación, con las debidas modulaciones, el derecho a la creación de centros docentes. En ese entorno sistemático, las competencias de gestión del profesorado, en sus diversas facetas, forman parte del haz de facultades atribuido al titular de la empresa educativa, con el alcance y límites que le son propios.

Por lo tanto, no existe tacha de inconstitucionalidad en los artículos 57.b) y 60 LODE.

Finalmente, el recurso agrupa en un apartado único los argumentos dirigidos a justificar la inconstitucionalidad de otros apartados del artículo 57 LODE, en el que se enumeran las competencias del Consejo Escolar. El apartado f) modifica las relativas a la programación general del Centro, que pasan de ser las de « aprobar y evaluar » a las de « informar y evaluar ». El inciso h) del mismo precepto atribuye al Consejo la facultad de « informar » las directrices de programación complementaria, actividades extraescolares y servicios escolares, que en la redacción anterior a la LOMCE era la de « elaborar » tales directrices. En el apartado j) se alteran las facultades de dicho órgano en relación a los criterios reguladores de la participación del Centro en actividades culturales, deportivas y recreativas y asistenciales; con anterioridad el Consejo Escolar establecía dichos criterios y ahora sólo los informa. Con respecto a las relaciones de colaboración con otros centros, le corresponde al Consejo su favorecimiento, y ya no el establecerlas (apartado k) del reiterado artículo 57 LODE). También se introducen reformas, - apartado l)- en las competencias que el Consejo tiene atribuidas respecto al reglamento interior del Centro docente, que ya no son las de aprobación de dicho texto, sino que se circunscriben a informarlo. Finalmente, la intervención en la evaluación de la marcha general del centro en los aspectos administrativos y docentes pasa de la « supervisión » a la « participación » en el apartado m) del artículo 57 cuestionado por los recurrentes.

Como ya se ha expuesto con anterioridad, el alcance de la intervención de los padres, profesores y, en su caso, alumnos, en el control y gestión de los Centros puede ser de diferente intensidad. Le corresponde al legislador concretar el grado de participación, que puede ir desde un mínimo consistente en el informe o consulta hasta el máximo de la codecisión, siempre que no se vacíen

correlativamente de contenido las facultades decisorias del titular del Centro, derivadas del derecho de creación y dirección del Centro escolar. En el caso de las competencias ahora impugnadas, es evidente que el nivel de la intervención del Consejo Escolar en la gestión y control del centro se ve considerablemente reducido, pero no hasta el límite de vulnerar el contenido esencial del derecho de participación. Esa participación sigue existiendo en todos los aspectos analizados.

Por ello, son conformes con la norma constitucional los apartados f), h), j), l), y m) del artículo 57 LODE.

6. Los recurrentes impugnan un tercer grupo de preceptos de la LOMCE. Se trata de aquellos que atañen al nuevo sistema implantado en punto a la enseñanza de las asignaturas de Religión y Valores Culturales y Cívicos/Valores Éticos. Se trata de las disposiciones nueve, quince y dieciséis del artículo único de la LOMCE, que dan nueva redacción a los artículos 18, 24 y 25 LOE, en los que se concretan las asignaturas correspondientes a las etapas de Educación Primaria y Educación Secundaria Obligatoria .

Dicha redacción es la siguiente:

« Nueve. El artículo 18 queda redactado de la siguiente manera:

«1. La etapa de Educación Primaria comprende seis cursos y se organiza en áreas, que tendrán un carácter global e integrador.

2. Los alumnos y alumnas deben cursar las siguientes áreas del bloque de asignaturas troncales en cada uno de los cursos:

- a) Ciencias de la Naturaleza.
- b) Ciencias Sociales.
- c) Lengua Castellana y Literatura.
- d) Matemáticas.
- e) Primera Lengua Extranjera.

3. Los alumnos y alumnas deben cursar las siguientes áreas del bloque de asignaturas específicas en cada uno de los cursos:

- a) Educación Física.
- b) Religión, o Valores Sociales y Cívicos, a elección de los padres, madres o tutores legales.
- c) En función de la regulación y de la programación de la oferta educativa que establezca cada Administración educativa y, en su caso, de la oferta de los centros docentes, al menos una de las siguientes áreas del bloque de asignaturas específicas:

1.º Educación Artística.

2.º Segunda Lengua Extranjera.

3.º Religión, sólo si los padres, madres o tutores legales no la han escogido en la elección indicada en el apartado 3.b).

4.º Valores Sociales y Cívicos, sólo si los padres, madres o tutores legales no la han escogido en la elección indicada en el apartado 3.b).

4. Los alumnos y alumnas deben cursar el área Lengua Cooficial y Literatura en el bloque de asignaturas de libre configuración autonómica en aquellas Comunidades Autónomas que posean dicha lengua cooficial, si bien podrán estar exentos de cursar o de ser evaluados de dicha área en las condiciones establecidas en la normativa autonómica correspondiente. El área Lengua Cooficial y Literatura recibirá un tratamiento análogo al del área Lengua Castellana y Literatura.

Además, los alumnos y alumnas podrán cursar algún área más en el bloque de asignaturas de libre configuración autonómica, en función de la regulación y de la programación de la oferta educativa que establezca cada Administración educativa y, en su caso, de la oferta de los centros docentes, que podrán ser del bloque de asignaturas específicas no cursadas, profundización o refuerzo de las áreas troncales, o áreas a determinar.

5. En el conjunto de la etapa, la acción tutorial orientará el proceso educativo individual y colectivo del alumnado.

6. Sin perjuicio de su tratamiento específico en algunas de las áreas de la etapa, la comprensión lectora, la expresión oral y escrita, la comunicación audiovisual, las Tecnologías de la Información y la Comunicación, el emprendimiento y la educación cívica y constitucional se trabajarán en todas las áreas.»

Quince. El artículo 24 queda redactado de la siguiente manera:

«Artículo 24. Organización del primer ciclo de Educación Secundaria Obligatoria.

1. Los alumnos y alumnas deben cursar las siguientes materias generales del bloque de asignaturas troncales en los cursos primero y segundo:

- a) Biología y Geología en primer curso.
- b) Física y Química en segundo curso.
- c) Geografía e Historia en ambos cursos.
- d) Lengua Castellana y Literatura en ambos cursos.
- e) Matemáticas en ambos cursos.
- f) Primera Lengua Extranjera en ambos cursos.

2. Los alumnos y alumnas deben cursar las siguientes materias generales del bloque de asignaturas troncales en el curso tercero:

- a) Biología y Geología.
- b) Física y Química.
- c) Geografía e Historia.
- d) Lengua Castellana y Literatura.
- e) Primera Lengua Extranjera.

3. Como materia de opción, en el bloque de asignaturas troncales deberán cursar, bien Matemáticas Orientadas a las Enseñanzas Académicas, o bien Matemáticas Orientadas a las Enseñanzas Aplicadas, a elección de los padres, madres o tutores legales o, en su caso, de los alumnos y alumnas.

4. Los alumnos y alumnas deben cursar las siguientes materias del bloque de asignaturas específicas en cada uno de los cursos:

- a) Educación Física.
- b) Religión, o Valores Éticos, a elección de los padres, madres o tutores legales o, en su caso, del alumno o alumna.
- c) En función de la regulación y de la programación de la oferta educativa que establezca cada Administración educativa y, en su caso, de la oferta de los centros docentes, un mínimo de una y, máximo de cuatro, de las siguientes materias del bloque de asignaturas específicas, que podrán ser diferentes en cada uno de los cursos:

- 1.º Cultura Clásica.
- 2.º Educación Plástica, Visual y Audiovisual.

3.º Iniciación a la Actividad Emprendedora y Empresarial.

4.º Música.

5.º Segunda Lengua Extranjera.

6.º Tecnología.

7.º Religión, sólo si los padres, madres o tutores legales o, en su caso, el alumno o alumna no la han escogido en la elección indicada en el apartado 4.b).

8.º Valores Éticos, sólo si los padres, madres o tutores legales o, en su caso, el alumno o alumna no la han escogido en la elección indicada en el apartado 4.b).

5. Los alumnos y alumnas deben cursar la materia Lengua Cooficial y Literatura del bloque de asignaturas de libre configuración autonómica en aquellas Comunidades Autónomas que posean dicha lengua cooficial, si bien podrán estar exentos de cursar o de ser evaluados de dicha materia en las condiciones establecidas en la normativa autonómica correspondiente. La materia Lengua Cooficial y Literatura recibirá un tratamiento análogo al de la materia Lengua Castellana y Literatura.

Además, en función de la regulación y de la programación de la oferta educativa que establezca cada Administración educativa y, en su caso, de la oferta de los centros docentes, los alumnos y alumnas podrán cursar alguna materia más en el bloque de asignaturas de libre configuración autonómica, que podrán ser materias del bloque de asignaturas específicas no cursadas, o materias a determinar. Estas materias del bloque de asignaturas de libre configuración autonómica podrán ser diferentes en cada uno de los cursos.

6. Sin perjuicio de su tratamiento específico en algunas de las materias del ciclo, la comprensión lectora, la expresión oral y escrita, la comunicación audiovisual, las Tecnologías de la Información y la Comunicación, el emprendimiento y la educación cívica y constitucional se trabajarán en todas las materias.

7. Con el fin de facilitar el tránsito del alumnado entre la Educación Primaria y el primer curso de Educación Secundaria Obligatoria, las Administraciones educativas y, en su caso, los centros docentes, podrán agrupar las materias del primer curso en ámbitos de conocimiento.»

Dieciséis. El artículo 25 queda redactado de la siguiente manera:

«Artículo 25. Organización de cuarto curso de Educación Secundaria Obligatoria.

1. Los padres, madres o tutores legales o, en su caso, los alumnos y alumnas podrán escoger cursar el cuarto curso de la Educación Secundaria Obligatoria por una de las dos siguientes opciones:

a) Opción de enseñanzas académicas para la iniciación al Bachillerato.

b) Opción de enseñanzas aplicadas para la iniciación a la Formación Profesional.

A estos efectos, no serán vinculantes las opciones cursadas en tercer curso de Educación Secundaria Obligatoria.

2. En la opción de enseñanzas académicas, los alumnos y alumnas deben cursar las siguientes materias generales del bloque de asignaturas troncales:

a) Geografía e Historia.

b) Lengua Castellana y Literatura.

c) Matemáticas Orientadas a las Enseñanzas Académicas.

d) Primera Lengua Extranjera.

3. En función de la regulación y de la programación de la oferta educativa que establezca cada Administración educativa y, en su caso, de la oferta de los centros docentes, los alumnos y

alumnas deben cursar al menos dos materias de entre las siguientes materias de opción del bloque de asignaturas troncales:

1.º Biología y Geología.

2.º Economía.

3.º Física y Química.

4.º Latín.

4. En la opción de enseñanzas aplicadas, los alumnos y alumnas deben cursar las siguientes materias generales del bloque de asignaturas troncales:

a) Geografía e Historia.

b) Lengua Castellana y Literatura.

c) Matemáticas Orientadas a las Enseñanzas Aplicadas.

d) Primera Lengua Extranjera.

5. En función de la regulación y de la programación de la oferta educativa que establezca cada Administración educativa y, en su caso, de la oferta de los centros docentes, los alumnos y alumnas deben cursar al menos dos materias de entre las siguientes materias de opción del bloque de asignaturas troncales:

1.º Ciencias Aplicadas a la Actividad Profesional.

2.º Iniciación a la Actividad Emprendedora y Empresarial.

3.º Tecnología.

6. Los alumnos y alumnas deben cursar las siguientes materias del bloque de asignaturas específicas:

a) Educación Física.

b) Religión, o Valores Éticos, a elección de los padres, madres o tutores legales o en su caso del alumno o alumna.

c) En función de la regulación y de la programación de la oferta educativa que establezca cada Administración educativa y en su caso de la oferta de los centros docentes, un mínimo de una y máximo de cuatro materias de las siguientes del bloque de asignaturas específicas:

1.º Artes Escénicas y Danza.

2.º Cultura Científica.

3.º Cultura Clásica.

4.º Educación Plástica, Visual y Audiovisual.

5.º Filosofía.

6.º Música.

7.º Segunda Lengua Extranjera.

8.º Tecnologías de la Información y la Comunicación.

9.º Religión, sólo si los padres, madres o tutores legales o en su caso el alumno o alumna no la han escogido en la elección indicada en el apartado 6.b).

10.º Valores Éticos, sólo si los padres, madres o tutores legales o en su caso el alumno o alumna no la han escogido en la elección indicada en el apartado 6.b).

11.º Una materia del bloque de asignaturas troncales no cursada por el alumno o alumna.

7. Los alumnos y alumnas deben cursar la materia Lengua Cooficial y Literatura en el bloque de asignaturas de libre configuración autonómica en aquellas Comunidades Autónomas que posean dicha lengua cooficial, si bien podrán estar exentos de cursar o de ser evaluados de dicha materia en las condiciones establecidas en la normativa autonómica correspondiente. La materia Lengua Cooficial y Literatura recibirá un tratamiento análogo al de la materia Lengua Castellana y Literatura.

Además, en función de la regulación y de la programación de la oferta educativa que establezca cada Administración educativa y en su caso de la oferta de los centros docentes, los alumnos y alumnas podrán cursar alguna materia más en el bloque de asignaturas de libre configuración autonómica, que podrán ser materias del bloque de asignaturas específicas no cursadas, materias de ampliación de los contenidos de alguna de las materias de los bloques de asignaturas troncales o específicas, o materias a determinar.

8. Sin perjuicio de su tratamiento específico en algunas de las materias de este curso, la comprensión lectora, la expresión oral y escrita, la comunicación audiovisual, las Tecnologías de la Información y la Comunicación, el emprendimiento y la educación cívica y constitucional se trabajarán en todas las materias.

9. Las Administraciones educativas y, en su caso, los centros podrán elaborar itinerarios para orientar a los alumnos y alumnas en la elección de las materias troncales de opción.

10. El alumnado deberá poder lograr los objetivos de la etapa y alcanzar el grado de adquisición de las competencias correspondientes tanto por la opción de enseñanzas académicas como por la de enseñanzas aplicadas.» »

Como ya se ha puesto de manifiesto en los Antecedentes, los recurrentes hacen una doble imputación al modelo LOMCE en materia de enseñanza de la Religión, que se deriva de la equiparación material entre la asignatura de Religión y la asignatura de Valores Sociales y Cívicos/Valores Éticos. Esa doble imputación consiste, de un lado, en que se eleva la Religión a la condición de asignatura, fusionando dos planos que no pueden confundirse y, de otro lado, en que existe una discriminación para los alumnos que escogen esa asignatura, ya que no pueden elegir la enseñanza de valores éticos y ciudadanos, y además van a aprender las virtudes ciudadanas basándose en doctrinas religiosas. La base de ambas imputaciones se sitúa por los recurrentes en la vulneración del principio de neutralidad del Estado, que le impide hacer juicios de valor sobre la religión y desde luego, introducir una asignatura confesional.

Para efectuar un análisis de la impugnación de los preceptos transcritos es preciso detenerse en la lectura que este Tribunal ha realizado del artículo 16 CE, en tanto en cuanto la libertad religiosa y la neutralidad del Estado constituyen la base de la argumentación del recurso.

Nuestra jurisprudencia ha partido de la idea de que el Estado, tal y como afirma la doctrina en expresión gráfica, es un sujeto "religiosamente incapaz", lo que hemos expresado en la fórmula "el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto, de actos o actitudes de signo religioso" (STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1). Y ello porque no es sujeto de la libertad religiosa, pues sus titulares son únicamente los individuos y las comunidades. En este sentido, resulta claro que el Estado no puede enseñar Religión, sino que « son únicamente las iglesias, y no el Estado, las que pueden determinar el contenido de la enseñanza religiosa a impartir y los requisitos de las personas capacitadas para impartirla » (STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 9).

Esa condición de sujeto "religiosamente incapaz" del Estado deriva de la fórmula « ninguna confesión tendrá carácter estatal » (art. 16.3 CE), procedente de la Constitución de Weimar de 1919, y continúa vigente en la República Federal de Alemania por aplicación del artículo 140 de la Ley Fundamental de Bonn. Plasma, junto al mandato de cooperación con las confesiones también mencionado en el artículo 16.3 CE, un modelo de aconfesionalidad o laicidad positiva, que no implica el cierre del espacio público a algunas manifestaciones de carácter religioso, aunque tampoco permite una actitud abstencionista del Estado frente a esas manifestaciones si vulneran

principios democráticos de convivencia o no respetan los derechos y libertades fundamentales consagrados constitucionalmente. Es decir, en cuanto ahora nos afecta, que « si la impartición en los centros educativos de una determinada enseñanza religiosa pudiera eventualmente resultar contraria a la Constitución, ya fuere por los contenidos de dicha enseñanza o por los requisitos exigidos a las personas encargadas de impartirla, lo que habría de cuestionarse es el acuerdo en virtud del cual esa enseñanza religiosa se imparte, no la forma elegida para instrumentarlo. » (STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 13).

Conectando el contenido del artículo 16 CE con el ámbito de enseñanza de la Religión en los centros docentes, hemos afirmado en nuestra STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 5, que esa inserción « (...) -que sólo puede ser, evidentemente, en régimen de seguimiento libre (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 9)- hace posible tanto el ejercicio del derecho de los padres de los menores a que éstos reciban la enseñanza religiosa y moral acorde con las convicciones de sus padres (art. 27.3 CE), como la efectividad del derecho de las Iglesias y confesiones a la divulgación y expresión públicas de su credo religioso, contenido nuclear de la libertad religiosa en su dimensión comunitaria o colectiva (art. 16.1 CE). El deber de cooperación establecido en el art. 16.3 CE encuentra en la inserción de la religión en el itinerario educativo un cauce posible para la realización de la libertad religiosa en concurrencia con el ejercicio del derecho a una educación conforme con las propias convicciones religiosas y morales. En este punto es de recordar que el contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen (SSTC 19/1985, de 13 de febrero, 120/1990, de 27 de junio, y 63/1994, de 28 de febrero, entre otras), pues también comporta una dimensión ad extra que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades, tales como las que enuncia el art. 2 de la Ley Orgánica de libertad religiosa (LOLR) y respecto de las que se exige a los poderes públicos una actitud positiva, de naturaleza asistencial o prestacional, conforme a lo que dispone el apartado 3 del art. 2 LOLR, según el cual "[p]ara la aplicación real y efectiva de estos derechos [los que se enumeran en los dos anteriores apartados del precepto legal], los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar ... la formación religiosa en centros docentes públicos". »

a) Desde ese marco doctrinal, las normas cuestionadas no vulneran el marco constitucional, como afirman los recurrentes, por haber configurado como asignatura la enseñanza de la Religión. La existencia de esa asignatura no implica valoración alguna de las doctrinas religiosas que pudiera afectar a la obligación de neutralidad del Estado. Y ello porque, como ya se ha expuesto, el principio de "aconfesionalidad o laicidad positiva" que caracteriza nuestro sistema constitucional en este aspecto (SSTC 46/2001, de 15 de febrero, FJ, 4 y 38/2007, de 15 de febrero, FJ 5) implica una garantía prestacional respecto al ejercicio del derecho a la libertad religiosa, del que gozan tanto los individuos como las Iglesias y confesiones. A ello hay que añadir que el contenido nuclear de la libertad religiosa en su dimensión comunitaria o colectiva es precisamente « la divulgación y expresión públicas de su credo religioso » (STC 38/2007, FJ 5). Por último, ese sistema es también un cauce adecuado para el ejercicio por los progenitores del derecho a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones.

Por último, con la introducción de una asignatura de Religión se da también cumplimiento a lo establecido en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, firmado el 3 de enero de 1979, y ratificado por Instrumento de cuatro de diciembre de mil novecientos setenta y nueve, cuyo artículo II contiene la siguiente previsión: « Los planes educativos en los niveles de Educación Preescolar, de Educación General Básica (EGB) y de Bachillerato Unificado Polivalente (BUP) y Grados de Formación Profesional correspondientes a los alumnos de las mismas edades incluirán la enseñanza de la religión católica en todos los Centros de educación, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales » . Los recurrentes no han cuestionado ese precepto de índole convencional.

En la misma línea, se garantiza el derecho de los alumnos a recibir enseñanza religiosa evangélica, judía e islámica en los términos del artículo 10.1 de las leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de diciembre por las que se aprueban, respectivamente, los Acuerdos de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España.

Por lo tanto, tal y como se desprende de nuestra doctrina, la existencia de una asignatura evaluable de Religión de carácter voluntario para los alumnos no implica vulneración constitucional alguna.

b) La segunda tacha de inconstitucionalidad que los recurrentes imputan a la regulación cuestionada se centra en la discriminación que se produce para los alumnos que hayan elegido cursar la materia de Religión, puesto que no pueden acceder a las enseñanzas de valores sociales y cívicos y éticos. De este modo, arguyen los recurrentes, « si es necesario estudiar los valores que constituyen el fundamento de la convivencia tendrán que hacerlo todos los alumnos, sin que la perspectiva confesional pueda sustituir a la perspectiva constitucional convirtiéndose en modalidades didácticas de la misma disciplina. »

La LOMCE recuerda, en su Preámbulo, la Recomendación (2002)¹² del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la Educación para la Ciudadanía Democrática, en la que se señala que la educación es esencial para la promoción de una sociedad libre, tolerante y justa y que contribuye a defender los valores y principios de libertad, pluralismo, los derechos humanos y el imperio de la ley, como fundamentos de la democracia. Por ello, el sistema educativo español tiene como principio la transmisión y puesta en práctica de los valores que favorecen la libertad personal, la responsabilidad, la ciudadanía democrática, la tolerancia, la igualdad, el respeto y la justicia, y que ayudan a la superación de cualquier tipo de discriminación. La LOMCE opta por abordar esa transmisión de valores de manera transversal, incorporando la educación cívica y constitucional a todas las asignaturas durante la educación básica (Primaria y Secundaria). De esta forma, se garantiza suficientemente, en el plano general que es propio de la naturaleza de esa disposición normativa, que todos los alumnos, opten o no por la asignatura de Religión, recibirán formación en los valores que constituyen el fundamento de una sociedad democrática. En el caso de que esa exigencia impuesta por la Ley no se plasmará en el contenido de los *currícula* de las distintas asignaturas, cuya regulación se defiende a las correspondientes normas reglamentarias, ello supondría, no sólo el incumplimiento de la LOMCE en este aspecto puntual, sino la vulneración del mandato impuesto por el artículo 27.2 CE, a tenor del cual el respeto a los principios fundamentales de la convivencia y los derechos fundamentales no son un mero límite externo respecto a los contenidos académicos, sino un parámetro de adecuación de la enseñanzas a nuestra Constitución.

En resoluciones anteriores hemos considerado que la existencia de una relación de alternatividad entre Religión y otra asignatura no vulnera el derecho a la igualdad, ni implica discriminación alguna. En particular, en nuestro ATC 44/1999, de 22 de febrero, hemos analizado la posible vulneración del derecho a la igualdad derivado de la existencia de una asignatura alternativa a la Religión cuyo contenido era el estudio de manifestaciones escritas, plásticas y musicales de las diferentes confesiones religiosas, que permitieran conocer los hechos, personajes y símbolos más relevantes, así como su influencia en las concepciones filosóficas y en la cultura de las distintas épocas. Y la conclusión a la que llegamos fue la de que « con estas actividades paralelas y complementarias se trata de asegurar que los alumnos reciban una formación adecuada para el pleno desarrollo de su personalidad [art. 6. 1 a) L.O.D.E.], proporcionándoles el bagaje cultural necesario para su legítimo y pleno ejercicio de la libertad ideológica, comprensiva de todas las opciones que suscita la vida personal y social, entre las que se incluyen las convicciones que se tengan respecto del fenómeno religioso y del destino último del ser humano (STC 292/1993, fundamento jurídico 5º), y que está reconocida en el art. 16. 1 C.E. por ser fundamento, justamente con la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, según se proclama en el art. 10.1 C.E., de otras libertades y de derechos fundamentales (STC 20/1990, fundamento Jurídico 4º). (...) Estos objetivos pueden alcanzarse bien mediante la impartición de

unas enseñanzas que respondan a las convicciones religiosas sentidas por los alumnos, bien a través de esas otras actividades paralelas, no pudiendo apreciarse en los preceptos del Real Decreto 2.438/1994 viso alguno de tratamiento desigual carente de razonabilidad o de objetividad. A este respecto conviene recordar que lo que prohíbe el principio de igualdad son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas, por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables según criterios o juicios de valor generalmente aceptados, siendo asimismo necesario para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos [por todas, SSTC 176/1993, fundamento jurídico 2.º, y 90/1995, fundamento jurídico 4º b)]. Pues bien, resulta razonable que se establezcan cauces alternativos para el aprendizaje de las materias aquí contempladas, tanto más cuanto que esa alternatividad se articula sobre el respeto a la libertad ideológica y de conciencia. »

Por último, pero no menos importante, también ha de tenerse en cuenta que la relación que se establece entre las asignaturas de Religión y Valores Sociales y Cívicos (Primaria) o Éticos (Secundaria) no es necesariamente excluyente. Los nuevos artículos 18.3.c), 24.4.c) y 25.6.c) LOE prevén la posibilidad de que, en función de la regulación y la programación de la oferta educativa que establezca cada Administración Educativa y, en su caso, de la oferta de los centros docentes, el alumnado puede cursar simultáneamente ambas opciones.

En definitiva, ni la existencia de una asignatura de Religión en los niveles de Educación Primaria y Secundaria, ni la implantación de una fórmula de opción entre la asignatura de Religión y Valores Sociales y Cívicos/Valores Éticos son contrarias al texto constitucional.

7. Los recurrentes consideran también inconstitucional el modelo de separación del alumnado por itinerarios en la Educación Secundaria Obligatoria (ESO). Consecuentemente, impugnan las disposiciones decimoctava, decimonovena, vigesimoprimera, trigésimo cuarta y trigésimo quinta del artículo único de la LOMCE, que da nueva redacción a los artículos 27, 28, 30, 41 y 42, respectivamente, de la LOE. Los recurrentes consideran que la existencia de los itinerarios de Formación Profesional Básica y del Programa de Mejora del Rendimiento y del Aprendizaje, en la ESO, exigen determinados condicionantes que no se reflejan en la norma de manera adecuada.

La razón de ser de los cambios introducidos por la LOMCE en este ámbito concreto se explicitan en el Preámbulo de la propia Ley, a tenor del cual « las rigideces del sistema conducen a la exclusión de los alumnos y alumnas cuyas expectativas no se adecuan al marco establecido. En cambio, la posibilidad de elegir entre distintas trayectorias les garantiza una más fácil permanencia en el sistema educativo y, en consecuencia, mayores posibilidades para su desarrollo personal y profesional. La flexibilización de las trayectorias, de forma que cada estudiante pueda desarrollar todo su potencial, se concreta en el desarrollo de programas de mejora del aprendizaje y el rendimiento en el segundo y el tercer curso de la Educación Secundaria Obligatoria, la Formación Profesional Básica, la anticipación de los itinerarios hacia Bachillerato y Formación Profesional, y la transformación del actual cuarto curso de la Educación Secundaria Obligatoria en un curso fundamentalmente propedéutico y con dos trayectorias bien diferenciadas. Esta diversificación permitirá que el estudiante reciba una atención personalizada para que se oriente hacia la vía educativa que mejor se adapte a sus necesidades y aspiraciones, lo que debe favorecer su progresión en el sistema educativo. »

Expuesta la justificación de la modificación normativa operada en esta materia concreta por la LOMCE, podemos analizar ya el concreto contenido de las vulneraciones constitucionales imputadas en el recurso, siguiendo el orden en que las expone el recurso.

a) En primer lugar, se cuestionan los apartados 1 del artículo 41 y 4 del artículo 42, ambos de la LOE en su nueva redacción. Se basa la impugnación en que no respetan la reserva de ley orgánica, exigible en este caso por tratarse de preceptos que definen el ámbito del derecho a la educación en cuanto determinan las condiciones subjetivas para acceder a la Formación Profesional Básica y en cuanto establecen el *currículum* de la misma.

En concreto, los aspectos impugnados son los siguientes:

« Artículo 41. Condiciones de acceso y admisión.

1. El acceso a los ciclos de Formación Profesional Básica requerirá el cumplimiento simultáneo de las siguientes condiciones:

a) Tener cumplidos quince años, o cumplirlos durante el año natural en curso, y no superar los diecisiete años de edad en el momento del acceso o durante el año natural en curso.

b) Haber cursado el primer ciclo de Educación Secundaria Obligatoria o, excepcionalmente, haber cursado el segundo curso de la Educación Secundaria Obligatoria.

c) Haber propuesto el equipo docente a los padres, madres o tutores legales la incorporación del alumno o alumna a un ciclo de Formación Profesional Básica, de conformidad con lo indicado en el artículo 30. »

« Artículo 42. Contenido y organización de la oferta.

(...)

4. Los ciclos de Formación Profesional Básica garantizarán la adquisición de las competencias del aprendizaje permanente a través de la impartición de enseñanzas organizadas en los siguientes bloques comunes:

a) Bloque de Comunicación y Ciencias Sociales, que incluirá las siguientes materias:

1.º Lengua Castellana.

2.º Lengua extranjera.

3.º Ciencias Sociales.

4.º En su caso, Lengua Cooficial.

b) Bloque de Ciencias Aplicadas, que incluirá las siguientes materias:

1.º Matemáticas Aplicadas al Contexto Personal y de Aprendizaje en un Campo Profesional.

2.º Ciencias Aplicadas al Contexto Personal y de Aprendizaje en un Campo Profesional.

Los criterios pedagógicos con los que se desarrollarán los programas formativos de estos ciclos se adaptarán a las características específicas del alumnado y fomentarán el trabajo en equipo. Asimismo, la tutoría y la orientación educativa y profesional tendrán una especial consideración.

Además, las enseñanzas de la Formación Profesional Básica garantizarán al menos la formación necesaria para obtener una cualificación de nivel 1 del Catálogo Nacional de las Cualificaciones Profesionales a que se refiere el artículo 7 de la Ley Orgánica 5/2002, de 19 de junio, de las Cualificaciones y de la Formación Profesional.

Los ciclos tendrán dos años de duración, y serán implantados en los centros que determinen las Administraciones educativas.

Los alumnos y alumnas podrán permanecer cursando un ciclo de Formación Profesional Básica durante un máximo de cuatro años. »

En relación con la exigencia de Ley Orgánica en el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades públicas (artículo 81.1 CE), hemos recordado recientemente que « no todo lo que 'afecte' a los derechos fundamentales (...) es un desarrollo directo de esos derechos fundamentales, esto es, una regulación de sus aspectos esenciales que requiera de una disposición de las Cortes emanada con forma de Ley Orgánica. La Constitución veda al Decretoley afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos y, correlativamente, reserva a la Ley ordinaria regular el ejercicio de tales derechos y libertades respetando su contenido esencial (art. 53.1); pero no obliga —por obvio que sea el recordarlo— a regular por Ley Orgánica las modalidades de su ejercicio ni los presupuestos o condiciones que los hagan efectivos,

extremos que restan en los cometidos que la Constitución señala a la Ley ordinaria" [STC 127/1994, de 5 de mayo, FJ 3 b]. La Ley Orgánica sólo será precisa cuando se acometa un desarrollo directo —global o de sus aspectos esenciales— del ámbito subjetivo u objetivo de los derechos fundamentales del artículo 20.1 de la Constitución, lo que acontece, señalamos, "cuando el legislador incide en la "regulación de determinados aspectos esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas » (STC 86/2017, de 4 de julio, FJ 7).

También en relación con el alcance de la Ley Orgánica, nuestra STC 124/2003, de 19 de junio, FJ 11, aludiendo a la STC 5/1981, de 13 de febrero, ha llegado a conclusiones relevantes a los efectos de la presente impugnación: « Cuando en la Constitución se contiene una reserva de Ley ha de entenderse que tal reserva lo es en favor de la Ley Orgánica —y no una reserva de Ley ordinaria— sólo en los supuestos que de modo expreso se contienen en la Norma fundamental (art. 81.1 y conexos). La reserva de Ley Orgánica no puede interpretarse de forma tal que cualquier materia ajena a dicha reserva por el hecho de estar incluida en una Ley Orgánica haya de gozar definitivamente del efecto de congelación de rango y de la necesidad de una mayoría cualificada para su ulterior modificación (art. 81.2 CE), pues tal efecto puede y aún debe ser excluido por la misma Ley Orgánica o por Sentencia del Tribunal Constitucional que declaren cuáles de los preceptos de aquélla no participan de tal naturaleza. Llevada a su extremo, la concepción formal de la Ley Orgánica podría producir en el ordenamiento jurídico una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado, ya que nuestra Constitución ha instaurado una democracia basada en el juego de las mayorías, previendo tan sólo para supuestos tasados y excepcionales una democracia de acuerdo basada en mayorías cualificadas o reforzadas. Por ello hay que afirmar que, si es cierto que existen materias reservadas a Leyes Orgánicas (art. 81.1 CE), también lo es que las Leyes Orgánicas están reservadas a estas materias y que, por tanto, sería disconforme con la Constitución la Ley Orgánica que invadiera materias reservadas a la Ley ordinaria (FJ 21) .»

El último parámetro jurisprudencial al que hemos de atender para resolver la presente impugnación es el que figura en el FJ 21 de la STC 5/1981, que resolvía la denuncia de vulneración del artículo 27 CE, seguido también por la STC 76/1983, FJ 51 y, más recientemente, por las SSTC 184/2012, de 17 de octubre, FJ 9 y 212/2012, de 14 de noviembre, FJ 11. Dicho criterio se resume en la afirmación de que « es claro que nuestra doctrina ha destacado, en primer lugar y de forma ininterrumpida desde la citada STC 5/1981, la necesidad de aplicar un criterio estricto o restrictivo" para determinar el alcance de la reserva y ello tanto en lo referente al término "desarrollar" como a la "materia objeto de reserva. »

Sentadas las consideraciones precedentes, es necesario determinar si los preceptos cuestionados constituyen, en razón a su contenido, desarrollo directo del conjunto de derechos reconocidos en el artículo 27 CE, pues en ese caso sería exigible que su regulación se efectuara mediante una Ley Orgánica.

En nuestra STC 212/2012, de 14 de noviembre, FJ 5, hemos expresado que quedaban excluidos de la reserva de ley orgánica la determinación de los concretos itinerarios de la ESO y la habilitación al Gobierno para establecer otros nuevos (STC 212/2012, de 14 de noviembre, FJ 11). La razón para ello fue que « teniendo presente la ya mencionada necesidad de aplicar un criterio estricto para determinar el alcance de la reserva de ley orgánica del artículo 81 CE, es claro que esa regulación no constituye desarrollo del derecho fundamental a la educación del art. 27 CE, pues no cabe encuadrar en la citada reserva la regulación de la organización o estructura concretas de las enseñanzas que conforman el contenido de algunas de las etapas que integran el sistema educativo ».

A la misma conclusión ha de llegarse en el caso ahora enjuiciado. Ni las condiciones subjetivas para acceder a la Formación Profesional Básica ni la concreción de algunos de los *items* que integran el *currículum* de la misma son desarrollo directo del derecho a la educación. La Formación Profesional Básica forma parte del sistema educativo (artículos 3.2.e), 39.2 y 40 LOE),

cuya organización o estructura concretas no están encuadradas, como ya hemos expresado, en el ámbito reservado a la Ley Orgánica. Por otro lado, el incumplimiento de las condiciones subjetivas para cursar Formación Profesional no supone *per se* la exclusión del alumno del ámbito escolar, sino que se permite el seguimiento de las enseñanzas correspondientes o, en su caso, del Programa para la Mejora del Rendimiento, también dentro de las enseñanzas regladas. Por otro lado, partiendo de la configuración de la Formación Profesional como un itinerario, como sostienen los recurrentes, hemos expresado en nuestra STC 184/2012, de 17 de octubre, FJ 6, que « es posible apreciar que la posibilidad de que el Gobierno pueda modificar los itinerarios o, con la previa intervención autonómica, establecer otros nuevos se encuentra justificada, pues con ello se permite una más rápida adaptación a las necesidades del sistema educativo y a la atención de los alumnos de este ciclo educativo ». De esta forma, resulta claro que no están reservadas a la ley orgánica ni la regulación de las condiciones de acceso a la Formación Profesional Básica (artículo 41.1 LOE) ni tampoco la regulación del contenido y organización de la oferta de ese tipo de enseñanzas en lo referido, concretamente, a los ciclos y bloques de materias en que se articula dicha oferta (artículo 42.4 LOE).

b) También resulta cuestionado en el recurso el nuevo artículo 27, apartados 1, 2 y 3. Afirman los impugnantes que no se regula con la densidad normativa necesaria el itinerario correspondiente al Programa de Mejora del Aprendizaje y del Rendimiento, ya que reenvían al Gobierno para establecer las condiciones básicas de los requisitos de tales programas. Ello implica, afirman los recurrentes, la vulneración del principio de reserva de ley en el ejercicio de los derechos fundamentales.

Los apartados impugnados son los siguientes:

« Artículo 27. Programas de mejora del aprendizaje y del rendimiento.

1. El Gobierno definirá las condiciones básicas para establecer los requisitos de los programas de mejora del aprendizaje y del rendimiento que se desarrollarán a partir de 2.º curso de la Educación Secundaria Obligatoria.

En este supuesto, se utilizará una metodología específica a través de una organización de contenidos, actividades prácticas y, en su caso, de materias diferente a la establecida con carácter general, con la finalidad de que los alumnos y alumnas puedan cursar el cuarto curso por la vía ordinaria y obtengan el título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria.

2. El equipo docente podrá proponer a los padres, madres o tutores legales la incorporación a un programa de mejora del aprendizaje y del rendimiento de aquellos alumnos y alumnas que hayan repetido al menos un curso en cualquier etapa, y que una vez cursado el primer curso de Educación Secundaria Obligatoria no estén en condiciones de promocionar al segundo curso, o que una vez cursado segundo curso no estén en condiciones de promocionar al tercero. El programa se desarrollará a lo largo de los cursos segundo y tercero en el primer supuesto, o sólo en tercer curso en el segundo supuesto.

Aquellos alumnos y alumnas que, habiendo cursado tercer curso de Educación Secundaria Obligatoria, no estén en condiciones de promocionar al cuarto curso, podrán incorporarse excepcionalmente a un programa de mejora del aprendizaje y del rendimiento para repetir tercer curso.

3. Estos programas irán dirigidos preferentemente a aquellos alumnos y alumnas que presenten dificultades relevantes de aprendizaje no imputables a falta de estudio o esfuerzo (...). »

En cuanto al sentido y alcance de la reserva de ley ordinaria del artículo 53.1 CE, hemos precisado en nuestra STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 3, que « (...) sobre este principio ha tenido ocasión el Tribunal Constitucional de pronunciarse con cierta frecuencia, desde que en la STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4, dejara sentado que el mismo "entraña una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho", siendo su significado último "el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes", suponiendo que toda injerencia estatal en el ámbito de los derechos

fundamentales y las libertades públicas, que limite y condicione su ejercicio, precisa una habilitación legal [por todas, SSTC 49/1999, de 5 de abril; FJ 4 y 184/2003, de 23 de octubre FJ 6, a)], y desempeñando una doble función: de una parte, asegurar "que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes"; y, de otra, "en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos únicamente al imperio de la Ley ... garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. »

Ahora bien, la reserva de ley no excluye la posible colaboración normativa del reglamento, aunque condicionada a estrictas condiciones: « (...) la fijación de los límites de un derecho fundamental, como hemos venido a decir en otras ocasiones, no es un ámbito idóneo para la colaboración entre la ley y las normas infralegales, pues esta posibilidad de colaboración debe quedar reducida a los casos en los que, por exigencias prácticas, las regulaciones infralegales sean las idóneas para fijar aspectos de carácter secundario y auxiliares de la regulación legal del ejercicio de los derechos fundamentales, siempre con sujeción, claro está, a la ley pertinente (STC 83/1984, de 24 de julio, FJ 4). En otros términos, "las habilitaciones o remisiones legales a la potestad reglamentaria deben restringir el ejercicio de dicha potestad "a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley", criterio "contradicho con evidencia mediante cláusulas legales ... en virtud de las que se produce una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir »(STC 112/2006, de 5 de abril, FJ 3).

Sentado el alcance constitucional de la reserva de ley ordinaria en el ejercicio de los derechos fundamentales, podemos ya adentrarnos en el análisis de la vulneración imputada a los apartados 1, 2 y 3 del artículo 27 LOE.

El Programa de Mejora del Aprendizaje y del Rendimiento tiene como finalidad que determinado alumnado -el que no esté en condiciones de promocionar al segundo, tercer o, excepcionalmente, cuarto curso de la ESO y haya repetido previamente al menos un curso en cualquier etapa- pueda acabar cursando el cuarto curso de la ESO por la vía ordinaria y obtenga tras su superación el correspondiente título de Graduado. Dicho Programa irá dirigido preferentemente a alumnos y alumnas que presenten dificultades relevantes de aprendizaje no imputables a falta de estudio o esfuerzo.

En este sentido, el Preámbulo de la LOMCE indica que la instauración del Programa tiene por objetivo la flexibilización de las distintas trayectorias docentes del alumnado, lo que « garantiza una más fácil permanencia en el sistema educativo y, en consecuencia, mayores posibilidades para su desarrollo personal y profesional. »

Las previsiones normativas de la LOMCE respecto a este tipo de programas son escuetas, especialmente en cuanto a los aspectos del currículo que se refieren a las condiciones básicas para establecer sus requisitos, que quedan deferidos a la acción reglamentaria del Gobierno. El marco legal que deberá desarrollar el reglamento está constituido exclusivamente por la obligación de utilizar « una metodología específica a través de una organización de contenidos, actividades prácticas y, en su caso, de materias diferente a la establecida con carácter general » (artículo 27.1 LOE en la modificación operada por la LOMCE). Sin embargo, es preciso tener en cuenta que el artículo 6 LOE, no modificado por la LOMCE, atribuye al Gobierno la competencia para « el diseño del currículo básico, en relación con los objetivos, competencias, contenidos, criterios de evaluación, estándares y resultados de aprendizaje evaluables, con el fin de asegurar una formación común y la validez en todo el territorio nacional de las titulaciones a las que se refiere esta Ley Orgánica.» En este punto concreto ha de recordarse que la finalidad del Programa es garantizar que quienes lo cursen obtengan el título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria. Además de la competencia de diseño del currículo básico, la LOE atribuye al Gobierno

las funciones de determinación de contenidos comunes, de los estándares de aprendizaje evaluables y del horario lectivo mínimo del bloque de asignaturas troncales, y la determinación de los estándares de aprendizaje evaluables relativos a los contenidos del bloque de asignaturas específicas, todo ello referido a las etapas educativas de Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato. Es decir, se reconoce al Gobierno de la Nación una amplia potestad reglamentaria en este campo, tanto en cuanto a los contenidos ordinarios de la ESO, no cuestionados por los recurrentes, como de los específicos de los Programas de Mejora. La innovación que suponen estos últimos radica en que la organización de los contenidos, actividades y materias será diferente, pero dentro del modelo establecido con carácter general para la ESO, que tienen un suficiente grado de concreción en el plano de la ley ordinaria (artículos 22 a 32 LOE). Ello hace innecesaria desde el punto de vista constitucional la mayor densidad normativa que los recurrentes reclaman a la regulación de los Programas de Mejora del Rendimiento y Aprendizaje. Por ello, el precepto cuestionado no resulta inconstitucional.

c) Los nuevos artículos 30 y 41 serían también inconstitucionales, según el escrito de recurso, por no regular los motivos y causas que deben concurrir para que los alumnos puedan ser derivados hacia la Formación Profesional Básica. Se afirma que dado que el diseño del régimen jurídico de los itinerarios forma parte de la regulación del ejercicio de un derecho fundamental, la omisión en la LOMCE de esos motivos y causas vulnera el mandato constitucional de reserva de ley (artículo 53.1 CE), ya que no se dispone de criterio alguno sobre los motivos que justificarían el traslado de un alumno desde el régimen común al itinerario de Formación profesional básica.

El contenido del artículo 30 es el que sigue:

« Artículo 30. Propuesta de acceso a Formación Profesional Básica.

El equipo docente podrá proponer a los padres, madres o tutores legales, en su caso a través del consejo orientador, la incorporación del alumno o alumna a un ciclo de Formación Profesional Básica cuando el grado de adquisición de las competencias así lo aconseje, siempre que cumpla los requisitos establecidos en el artículo 41.1 de esta Ley Orgánica.»

El artículo 41 es del siguiente tenor:

« Artículo 41. Condiciones de acceso y admisión.

1. El acceso a los ciclos de Formación Profesional Básica requerirá el cumplimiento simultáneo de las siguientes condiciones:

a) Tener cumplidos quince años, o cumplirlos durante el año natural en curso, y no superar los diecisiete años de edad en el momento del acceso o durante el año natural en curso.

b) Haber cursado el primer ciclo de Educación Secundaria Obligatoria o, excepcionalmente, haber cursado el segundo curso de la Educación Secundaria Obligatoria.

c) Haber propuesto el equipo docente a los padres, madres o tutores legales la incorporación del alumno o alumna a un ciclo de Formación Profesional Básica, de conformidad con lo indicado en el artículo 30.

2. El acceso a ciclos formativos de grado medio requerirá el cumplimiento de al menos una de las siguientes condiciones:

a) Estar en posesión de al menos uno de los siguientes títulos:

1.º Título de Graduado en Educación Secundaria Obligatoria, siempre que el alumno o alumna haya superado la evaluación final de Educación Secundaria Obligatoria por la opción de enseñanzas aplicadas.

2.º Título Profesional Básico.

3.º Título de Bachiller.

4.º Un título universitario.

5.º Un título de Técnico o de Técnico Superior de Formación Profesional.

b) Estar en posesión de un certificado acreditativo de haber superado todas las materias de Bachillerato.

c) Haber superado un curso de formación específico para el acceso a ciclos de grado medio en centros públicos o privados autorizados por la administración educativa, y tener 17 años cumplidos en el año de finalización del curso. Las materias del curso y sus características básicas serán reguladas por el Gobierno.

d) Haber superado una prueba de acceso de acuerdo con los criterios establecidos por el Gobierno, y tener 17 años cumplidos en el año de realización de dicha prueba.

Las pruebas y cursos indicados en los párrafos anteriores deberán permitir acreditar los conocimientos y habilidades suficientes para cursar con aprovechamiento los ciclos de formación de grado medio, de acuerdo con los criterios establecidos por el Gobierno.

Además, siempre que la demanda de plazas en ciclos formativos de grado medio supere la oferta, las Administraciones educativas podrán establecer procedimientos de admisión al centro docente, de acuerdo con las condiciones que el Gobierno determine reglamentariamente.

3. El acceso a ciclos formativos de grado superior requerirá el cumplimiento de las siguientes condiciones:

a) Estar en posesión del título de Bachiller, de un título universitario, o de un título de Técnico o de Técnico Superior de Formación Profesional, o de un certificado acreditativo de haber superado todas las materias de Bachillerato, o haber superado una prueba de acceso, de acuerdo con los criterios establecidos por el Gobierno, y tener 19 años cumplidos en el año de realización de dicha prueba.

La prueba deberá permitir acreditar los conocimientos y habilidades suficientes para cursar con aprovechamiento los ciclos de formación de grado superior, de acuerdo con los criterios establecidos por el Gobierno.

b) Siempre que la demanda de plazas en ciclos formativos de grado superior supere la oferta, las Administraciones educativas podrán establecer procedimientos de admisión al centro docente, de acuerdo con las condiciones que el Gobierno determine reglamentariamente.

4. Los alumnos y alumnas que no hayan superado las pruebas de acceso o las pruebas que puedan formar parte de los procedimientos de admisión, o que deseen elevar las calificaciones obtenidas, podrán repetir las convocatorias sucesivas, previa solicitud.

5. El Gobierno establecerá, previa consulta a las Comunidades Autónomas, los criterios básicos relativos a la exención de alguna parte o del total de las pruebas de acceso o las pruebas que puedan formar parte de los procedimientos de admisión a los que se refieren los apartados anteriores, en función de la formación o de la experiencia profesional acreditada por el aspirante.

6. Se establecerán las medidas más adecuadas para que las condiciones de realización de las pruebas de evaluación se adapten a las necesidades del alumnado con necesidades educativas especiales. »

Para decidir sobre la tacha de inconstitucionalidad imputada a los preceptos transcritos es pertinente indicar que la Formación Profesional es uno de los ámbitos de la LOE en los que la LOMCE ha introducido importantes reformas, coherentemente con la vocación de esta última norma, según se expresa en su Preámbulo, de garantizar una más fácil permanencia del alumnado en el sistema educativo mediante el incremento de las posibilidades de elección entre las distintas trayectorias. Por esa razón, se facilita el acceso a la Formación Profesional en sus tres grados. Al grado básico se puede acceder cuando se cumplan las condiciones previstas en el artículo 41.1 LOE, que se concretan en tener una edad mínima (de quince años a diecisiete), haber cursado el primer ciclo de ESO (hasta tercero) o excepcionalmente cuarto, y que el equipo docente haya propuesto la incorporación del alumno o alumna a un ciclo de Formación Profesional

Básica, lo que se producirá cuando « el grado de adquisición de las competencias así lo aconseje ». El acceso al grado medio, por su parte, exigirá cumplir, al menos, uno de los requisitos siguientes: a) estar en posesión de alguno de los siguientes títulos: Graduado en ESO en enseñanzas aplicadas, Profesional Básico, Bachiller, Universitario o Técnico o Técnico Superior de Formación Profesional; b) estar en posesión de un certificado acreditativo de haber superado todas las enseñanzas de Bachillerato; c) haber superado un curso específico a tal fin y tener 17 años cumplidos y d) haber superado una prueba de acceso y tener 17 años cumplidos. Por último, el acceso a los ciclos formativos de grado superior exigirá estar en posesión del Título Bachiller, Universitario o Técnico o Técnico Superior de Formación Profesional o del certificado acreditativo de haber superado todas las materias del Bachillerato o haber superado una prueba de acceso, y tener cumplidos los 19 años en el año de realización de esa prueba.

La LOE no menciona ningún dato o circunstancia cuya concurrencia obligue a cursar Formación Profesional Básica (FPB). El sistema no deriva al alumnado de manera obligatoria hacia la Formación Profesional, como parece deducir el recurso planteado. Por el contrario, sí que establece un sistema reforzado para poder optar por la trayectoria de Formación Profesional Básica: es necesario que medie una propuesta en tal sentido por parte del equipo docente, en su caso a través del consejo orientador (art. 30 LOE). Esa propuesta, que no es obligado formular, como se deduce de la expresión « podrá proponer » que contiene el artículo 30 LOE, deberá fundarse en que el grado de adquisición de las competencias aconseje la incorporación a la FPB. Se trata de una mera propuesta y, como tal, no vinculante. La decisión última corresponde a los padres, tutores o, en su caso, al alumno o alumna. Desde el punto de vista de la legalidad constitucional, esa fórmula es perfectamente aceptable en el marco de la concreta configuración de los distintos derechos en presencia, cuya articulación y relaciones mutuas el artículo 27 CE ha deferido a la acción del legislador.

No se da, pues, la premisa de la que parten los recurrentes, consistente en que el nuevo sistema deriva necesariamente al alumnado hacia la Formación Profesional sin fijar la causas para ello. Es la voluntad de los padres o tutores y en su caso, la del alumnado, la razón última del tránsito hacia ese modelo formativo. Por ello, no vulneran los preceptos controvertidos el principio de reserva de ley por no concretar las causas y motivos de ese cambio de itinerario, que era la imputación que el recurso efectuaba a esos preceptos.

d) Finalmente, los recurrentes afirman que los nuevos artículos 27 - en su apartado 2 -, 30, 41 - en su apartado 1.c) - y el 28 - en su apartado 7 - vulneran el derecho fundamental del alumnado a participar en las decisiones clave que afectan a su *currículum*; también vulneran el mandato de reserva de ley.

Ya se han transcrito los dos últimos preceptos cuestionados con base en el motivo impugnatorio expresado. La literalidad del artículo 28.7 LOE es la que sigue:

« Artículo 28. Evaluación y promoción."

7. Con la finalidad de facilitar que todos los alumnos y alumnas logren los objetivos y alcancen el adecuado grado de adquisición de las competencias correspondientes, las Administraciones educativas establecerán medidas de refuerzo educativo, con especial atención a las necesidades específicas de apoyo educativo. La aplicación personalizada de las medidas se revisará periódicamente y, en todo caso, al finalizar el curso académico.

Al final de cada uno de los cursos de Educación Secundaria Obligatoria se entregará a los padres, madres o tutores legales de cada alumno o alumna un consejo orientador, que incluirá un informe sobre el grado de logro de los objetivos y de adquisición de las competencias correspondientes, así como una propuesta a padres, madres o tutores legales o, en su caso, al alumno o alumna del itinerario más adecuado a seguir, que podrá incluir la incorporación a un programa de mejora del aprendizaje y el rendimiento a un ciclo de Formación Profesional Básica.»

Los recurrentes consideran que la participación del alumnado en la toma de las decisiones curriculares clave forma parte del derecho a la educación. Entienden que este último derecho se

ha lesionado porque cuando el artículo 28.7 LOE detalla el proceso para elegir itinerario en la ESO sólo prevé esa participación de los alumnos « en su caso », sin mayores precisiones. Y también resultaría vulnerado el derecho porque no se contempla participación alguna del alumno o alumna ni en el artículo 27.2 LOE, referido a los Programas de Mejora del Aprendizaje y el Rendimiento, ni en el artículo 30 LOE, que regula la propuesta de acceso a la Formación Profesional Básica, ni el 41.1.c) LOE, que determina las condiciones de acceso y admisión a la Formación Profesional Básica.

El análisis del motivo impugnatorio que se acaba de exponer exige tener en cuenta, como punto de partida, que todos los preceptos cuestionados se refieren a la Educación Secundaria Obligatoria o a la Formación Profesional Básica. La primera se seguirá ordinariamente entre los doce y los dieciséis años de edad (artículo 22.1 LOE) y la segunda exige, para poder ser cursada, no superar los diecisiete. Es decir, que las decisiones curriculares a que se refieren los recurrentes (acceso a un Programa de Mejora del Aprendizaje o un ciclo de Formación Profesional Básica) se habrán de adoptar, salvo excepciones, durante la minoría de edad de los alumnos afectados.

Hemos distinguido desde la STC 197/1991, FJ 4, entre titularidad y ejercicio en la medida en que nuestra jurisprudencia constitucional considera a los menores como titulares de los derechos fundamentales y libertades públicas, teniendo en cuenta que éstos no pueden ejercitar por sí solos todo su contenido durante el amplio período de la minoría de edad. Por ello es posible y en ocasiones imprescindible modular el ejercicio por el menor del derecho fundamental, dando entrada a distintas modalidades de heteroejecución, de ordinario a través de los padres o tutores. Esa modulación habrá de efectuarse atendiendo, entre otros factores, a la naturaleza del derecho fundamental de que se trate, y a la edad y grado de madurez del menor. Estos dos últimos son los criterios empleados por el Código Civil en sus artículos 154 y siguientes e irradian todo nuestro Ordenamiento Jurídico. También figuran en el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, a tenor del cual « los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño », indicándose también que « con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional ». En sentido similar al expresado, el artículo 9.1 la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor indica que « el menor tiene derecho a ser oído y escuchado sin discriminación alguna por edad, discapacidad o cualquier otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez ». Por su parte, el art. 9.2 de la misma Ley dispone que "[s]e considera, en todo caso, que [el menor] tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos". La exposición de esos preceptos es una muestra de que la participación del menor en el ejercicio de sus propios derechos puede ser de diferente alcance en función de las circunstancias de edad y madurez que concurran en él. En su caso, la heteroejecución asegura la máxima efectividad posible del concreto derecho fundamental del que es titular el menor, y permite a la par el cumplimiento del mandato tuitivo a que se refiere el artículo 39 CE.

La segunda consideración a efectuar se refiere a la premisa de la que parten los recurrentes para fundar su razonamiento, que se concreta en que la participación del alumno en las decisiones curriculares que le afecten forma parte del derecho a la educación. El artículo 27 CE, que recoge las distintas vertientes del derecho a la educación, no reconoce expresamente un ámbito propio constitucionalmente protegido a la participación del alumno en las decisiones que le afecten en materia de itinerarios o trayectorias curriculares, como tampoco menciona la intervención del alumno menor de edad en la decisión sobre el centro en el que debe cursar sus estudios ni en otros aspectos igualmente importantes del proceso educativo. La Ley Orgánica Reguladora del

Derecho a la Educación (LODE) tampoco integra entre los derechos de los alumnos, mencionados en su artículo 6, la posibilidad de adoptar decisiones curriculares.

Ello no significa que el alumnado no tenga intervención alguna en la toma de las decisiones que le afecten, sino que su pertinencia en el caso concreto y el grado de participación en ese proceso se regulará por las normas generales, ya sean las correspondientes a quienes disponen de la plena capacidad de obrar, en el caso de la mayoría de edad, ya sean las relativas a la forma de hacer efectivos los derechos de los menores, en concordancia con lo establecido en las normas nacionales e internacionales aplicables. De este modo, la falta de referencia en la Ley recurrida a la participación de los alumnos en las decisiones curriculares no implica la inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados, ya que dicha participación de los alumnos en el proceso educativo queda garantizada por aquellas otras disposiciones.

En el mismo sentido, tampoco se vulnera el mandato de reserva de ley por no regularse con la densidad necesaria ni la participación del alumnado, ni los casos en los que ha de participar, ni los posibles conflictos con los padres o tutores. Como ya se ha expuesto, la preexistencia de un marco normativo que regula con carácter general los derechos de los alumnos, de un lado, y de los menores en su conjunto, de otro, así como la forma de ejercitar esos derechos, hace innecesaria una previsión expresa y detallada en tal sentido en la LOE.

8. El último aspecto recurrido por los diputados impugnantes es el párrafo introducido por la LOMCE en el artículo 84.2 LOE, referido a la admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados. Dicho párrafo es del siguiente tenor:

« No obstante, aquellos centros que tengan reconocida una especialización curricular por las Administraciones educativas, o que participen en una acción destinada a fomentar la calidad de los centros docentes de las descritas en el art. 122 bis, podrán reservar al criterio del rendimiento académico del alumno o alumna hasta un 20 por ciento de la puntuación asignada a las solicitudes de admisión a enseñanzas postobligatorias. Dicho porcentaje podrá reducirse o modularse cuando sea necesario para evitar la ruptura de criterios de equidad y de cohesión del sistema. »

El párrafo transcrito permite, por tanto, introducir el factor « rendimiento escolar » , ponderándolo hasta en un veinte por ciento de la puntuación asignada a la admisión de enseñanzas postobligatorias, en los centros que tengan reconocida la especialización curricular o que participen en una acción destinada a fomentar la calidad de los centros docentes. Más allá de las consideraciones generales que se formulan en el recurso sobre la pertinencia de introducir en la norma los distintos criterios de selección del alumnado, la tacha concreta de inconstitucionalidad se refiere, en primer lugar, a la vulneración de la reserva de ley orgánica y ordinaria, concretada en la indefinición de los conceptos de « rendimiento académico » y « modulación del porcentaje » y, en segundo lugar, a la infracción del artículo 27.5 CE, que atribuye a los poderes públicos la potestad de programación general de la enseñanza, que resultaría violentado por el hecho de atribuir a los centros docentes la facultad de ponderar ese factor de « rendimiento académico ».

El establecimiento de unos criterios generales de admisión del alumnado ha sido analizado por este Tribunal desde la perspectiva del derecho de los padres a la elección de centro docente, como vertiente específica del derecho a la educación, aunque ello no significa que no esté vinculado también con la libertad de creación de centros docentes reconocida en el artículo 27.6 CE. Desde aquel punto de vista, hemos indicado en nuestra STC 77/1985, FJ 5 que el establecimiento de criterios de selección refuerza el derecho a la elección de centro, « al establecer criterios objetivos que impiden, en caso de insuficiencia de plazas, una selección arbitraria por parte de los Centros públicos y concertados ». En ese sentido, con carácter general, la introducción de un criterio adicional de selección de alumnos limita las facultades de los centros docentes en el proceso de admisión. Por otro lado, no parece desproporcionado, ni desconectado teleológicamente de la finalidad de la norma, que el criterio de rendimiento académico sea tenido en cuenta precisamente en los centros que tengan reconocida la especialización curricular o que participen en una acción destinada a fomentar la calidad de los centros docentes. Una vez aceptada la existencia de ese tipo de centros, que los recurrentes no cuestionan, no resulta

inaceptable en el plano constitucional que en tales centros se añada el rendimiento académico del solicitante a los criterios generales de selección del alumnado. Con ello se posibilita lograr un mejor cumplimiento de los objetivos perseguidos con la creación de esos establecimientos educativos, protegiendo simultáneamente a los alumnos con menor rendimiento frente a un posible fracaso escolar.

La LOE no incurre en indeterminación normativa al referirse al « rendimiento académico » o a la « modulación del porcentaje ». Se trata de conceptos suficientemente claros, al menos al mismo nivel que el resto de criterios reflejados en la LOE a estos efectos, cuya ponderación exacta no se contiene en la Ley (presencia de otros hermanos en el colegio, padres, madres o tutores que trabajen en el mismo, proximidad del domicilio o del centro de trabajo, renta per cápita de la unidad familiar, condición legal de familia numerosa y concurrencia de discapacidades en el ámbito familiar). En suma, el carácter relativamente abierto de esos criterios permite la entrada a la regulación de las Comunidades Autónomas, que sin ese margen de interpretación no podrían introducir ninguna variante propia en la planificación educativa. Por ello, la simple referencia al « rendimiento académico » o a una modulación del porcentaje de hasta el veinte por ciento es lo suficientemente concreta, desde una perspectiva de análisis constitucional como la que nos corresponde aplicar.

Por esas razones no cabe imputar a los preceptos cuestionados la falta de la necesaria densidad normativa en la que los recurrentes basan la acusación de vulneración del mandato de reserva de ley ordinaria.

b) Tampoco se vulnera la competencia pública de programación general de la enseñanza por la atribución a los centros docentes de la posibilidad de valorar el rendimiento académico de los alumnos que soliciten la admisión en ellos. En primer lugar, la titularidad de los centros públicos corresponde a las Administraciones educativas, de modo que también pueden participar en cierto grado en la programación general de la enseñanza, aunque sea de manera limitada. Por lo tanto, la imputación de vulnerar esa competencia pública de programación habría que circunscribirla a la acción de selección realizada por los centros concertados, a los que también se posibilita la aplicación del criterio "rendimiento académico", como prueba el hecho de que el precepto cuestionado se encuadre en el capítulo dedicado únicamente a la "escolarización en centros públicos y privados concertados". Pero tampoco en este caso se aprecia una vulneración de esa competencia pública. Y ello por tres razones: la primera, el carácter autodescriptivo del concepto de rendimiento académico, que no es ni un concepto abierto ni inasequible jurídicamente, sino perfectamente mensurable; la segunda, los limitados efectos de la ponderación del factor "rendimiento académico", que sólo podrá alcanzar el veinte por ciento de la puntuación total. Por último, la aplicación de ese criterio, suficientemente concreto, ha de tener por fuerza una incidencia muy escasa en cuanto al ejercicio de una competencia tan amplia como la planificación "general" de la enseñanza.

Todo ello conduce a desestimar la imputación de inconstitucionalidad del apartado segundo del artículo 84.2 LOE.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA,

Ha decidido

1º Inadmitir la solicitud de adhesión del Parlamento de Navarra.

2ª Desestimar el recurso de inconstitucionalidad núm. 1406-2014, interpuesto por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista del Congreso de los Diputados.

Publíquese esta Sentencia en el "Boletín Oficial del Estado".

Dada en Madrid, a diez de abril de dos mil dieciocho.

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1406-2014 al que se adhiere el Magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón

Como tuve oportunidad de manifestar a lo largo de las deliberaciones del presente proceso constitucional, disiento de la decisión adoptada por la mayoría. Dentro del máximo respeto hacia el parecer de mis compañeros de Pleno, entiendo, por las razones que de inmediato expondré, que el fallo debió estimar parcialmente el recurso y declarar en consecuencia la inconstitucionalidad y nulidad de determinados preceptos de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo (LOE), en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa.

I. EDUCACIÓN SEGREGADA POR RAZÓN DE SEXO.

1. Desde el mismo pórtico de este voto particular, ya deseo destacar que, a mi juicio, los párrafos segundo y tercero del art. 84.3 LOE vulneran, de manera frontal, el art. 27.2 de la Constitución española (CE), en relación con los arts. 1, 9.2 y 14 del texto constitucional. La notable trascendencia que, para la progresiva y definitiva eliminación de las intensas y extensas desigualdades por razón de género de muy variada índole (económicas, sociales o profesionales, por mencionar algunas de las más relevantes) aun presentes en la sociedad española, despliega y desplegará la decisión adoptada por la presente Sentencia al validar constitucionalmente la implantación de un sistema de educación segregada, justifica que me extienda en el contenido de los razonamientos que fundamentan mi discrepancia en derredor de este aspecto.

A diferencia de las opciones normativas enunciadas en algunas constituciones de otros países de la Unión Europea (UE), el art. 27 de la CE configura la educación como un derecho fundamental, al tiempo que define de manera ensamblada el ideario educativo - por apropiarme de la noción acuñada por Tomás y Valiente -, a cuya satisfacción se encuentran enderezados tanto ese derecho como las restantes libertades educativas. La principal fuente de restricción de la libertad de enseñanza (art. 27.1), en su condición de contenido del derecho a la educación, procede de este límite constitucional expreso, de naturaleza interna, instituido en el enunciado normativo del art. 27.2, a tenor del cual "[L]a 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".

Por enunciar la idea con otras palabras, las diferentes facultades a través de las cuales el art. 27 garantiza un derecho a la educación en libertad se encuentran delimitadas y limitadas por la necesidad de observar sin reserva alguna en ese ideario educativo y orientarse a su consecución. Entre éste, el ideario, y aquellas otras, las manifestaciones de ese derecho de contenido complejo que es el derecho a la educación, concurre una doble y estrecha vinculación. La primera tiene un alcance negativo, proscribiendo cualquier acción o acto que menoscabe, perjudique o agravie el ideario. La segunda, en cambio, posee un significado positivo, pues obliga a que el ejercicio por los diversos actores del sistema educativo (padres, alumnos, instituciones representativas de unos y otros, centros escolares y, desde luego, poderes públicos) adopten todas aquellas medidas que garanticen la consecución de ese ideario.

Desde una perspectiva constitucional, que es la única en la que importa aquí reparar, el debido test al que ha de someterse y, por consiguiente, superar el ideario de todo centro escolar, incluida la técnica pedagógica adoptada, no consiste en discernir si con dicho ideario se obtienen buenos, mediocres o malos rendimientos académicos sino, y ello es bien diferente, si el resultado educativo se mantiene en o se separa del marco del ideario constitucional. Solo orientando el contenido sustantivo del derecho a la educación hacia el logro de esos valores, bienes y derechos constitutivos del ideario educativo constitucional se protegen adecuadamente los intereses de los

menores, al tiempo que se les asegura el progresivo descubrimiento y ejercicio por ellos mismos de sus derechos.

Las observaciones que acabo de exponer delimitan la metodología obligada que ha de utilizarse para tratar el problema de fondo planteado desde una dimensión estrictamente constitucional; esto es, desde una dimensión alejada de las motivaciones espúreas de variado carácter (religioso, político, social, biológico o psicológico, por ejemplo) que a menudo tienden a sustentar, bien que de manera oculta, el propio juicio de constitucionalidad. Esta metodología puede formularse de forma sencilla con la ayuda del siguiente interrogante: ¿la educación diferenciada por sexo es acorde con el ideario constitucional o, por el contrario, pugna con él?

El problema aquí suscitado ni puede ni debe resolverse, conforme hace la Sentencia de mi disensión con insistente monotonía argumentativa, verificando si las condiciones y los medios en los centros que opten por dicha técnica pedagógica son equivalentes a los que utilicen aquellos otros que se organizan de acuerdo a criterios de educación mixta. Muy antes al contrario, la cuestión suscitada reside en examinar si una pedagogía como la que propone la educación diferenciada permite garantizar el derecho a la educación conforme al ideario educativo constitucional; si se aleja o no de una formación educativa respetuosa con los derechos y libertades consagrados en nuestra Carta Magna, de manera especial, con el principio de igualdad y con los valores de la tolerancia y convivencia democráticas.

En este sentido y como razonaré de inmediato, la educación segregada por sexo priva a los alumnos y a los profesores del escenario o contexto necesarios para educar a partir de una percepción democrática de los acusados conflictos de género que en nuestra sociedad aún se mantienen, sin que, lamentablemente, los poderes públicos adopten las medidas necesarias para su prevención y consiguiente solución. Los modelos pedagógicos de la educación diferenciada, al confrontar con ese ideario educativo, se sitúan fuera del contenido esencial del derecho a la educación; o, si se prefiere, de la libertad de enseñanza y de creación de centros escolares.

2. Como ya he hecho constar, el art. 27.2 CE enuncia el objetivo primario y esencial del derecho a la educación, calificando como tal el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

Se considere o no un atisbo excepcional de la democracia militante -como han apuntado algunos autores-, el precepto prescribe el ideario educativo de la Constitución: "la primera finalidad que este precepto constitucional asigna a la educación es «el pleno desarrollo de la personalidad humana» del alumno. Plenitud que es imposible sin libertad, por lo cual los términos del art. 27.2 son completivos de aquellos otros del art. 10.1 de la C.E. en los que se afirma que «el libre desarrollo de la personalidad» es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. Por ello, todo ideario educativo que coarte o ponga en peligro el desarrollo pleno y libre de la personalidad de los alumnos será nulo por opuesto a la Constitución. Por imperativo del mismo precepto (art. 27.2 de la C.E.) el alumno debe ser educado en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. Si, como escribió Kelsen, «la educación para la democracia es una de las principales exigencias de la democracia misma», es evidente que el Estado no podría permitir, en aras de un pluralismo educativo mal entendido, la existencia de centros docentes privados inspirados por idearios educativos totalitarios o antidemocráticos. El citado art. 27.2 es garantía de que esto no podrá ocurrir en nuestro ordenamiento" (voto particular de Tomás y Valiente a la STC 5/1981, de 13 de diciembre).

El art. 27.2 CE no ampara el adoctrinamiento ideológico, por contrario a los valores superiores de la libertad y el pluralismo. Pero tampoco es neutral, en cuanto impulsa decididamente la difusión de los valores constitucionales: juridifica así la médula de la educación democrática, que si no es paritaria no es democrática, y como tal expresa la finalidad que ha de presidir la entera configuración normativa del sistema educativo (STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 9). Es evidente que tal finalidad no concierne solo a los contenidos de la formación, sino que se proyecta sobre todas las facetas del sistema educativo. Así, a propósito del *homeschooling*, el Tribunal ya

advirtió en la citada sentencia que la finalidad de garantizar una adecuada transmisión de conocimientos a los alumnos no es la única "que deben perseguir los poderes públicos a la hora de configurar el sistema educativo en general y la enseñanza básica en particular, que han de servir también a la garantía del libre desarrollo de la personalidad individual en el marco de una sociedad democrática y a la formación de ciudadanos respetuosos con los principios democráticos de convivencia y con los derechos y libertades fundamentales, una finalidad ésta que se ve satisfecha más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización" (FJ 8.b).

En línea con lo afirmado por la STC 133/2010, la educación diferenciada por razón de sexo niega el papel de la escuela como espacio por excelencia de socialización y convivencia en la igualdad desde la infancia más temprana ("el respeto a los principios democráticos de convivencia", en términos del art. 27.2 CE). Contribuye de esta manera tanto a perpetuar los caducos patrones de pensamiento y estereotipos sexistas, como a dificultar la lucha contra la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género, en línea opuesta a la necesidad de avanzar en la protección de los derechos de las personas LGTBI, puesta de relieve en diversos trabajos de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), entre otros organismos. Por ello, lejos de cumplir con el ideario educativo constitucional, lo lesiona en uno de sus pilares: el de la igualdad, en las dimensiones complementarias que le confieren los arts. 1.1, 9.2 y 14 CE.

En este escenario conceptual, me parece obligado recordar que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, "el art. 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias [art. 14 CE] con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material. La incorporación de esa perspectiva es propia de la caracterización del Estado como social y democrático de Derecho con la que se abre el articulado de nuestra Constitución y que trasciende a todo el orden jurídico (STC 23/1984, de 20 de febrero, FJ 4). Una caracterización a la que se debe reconocer pleno sentido y virtualidad en la interpretación del alcance de los diversos preceptos constitucionales, habida cuenta de que, como hemos afirmado, 'la Constitución no es la suma y el agregado de una multiplicidad de mandatos inconexos, sino precisamente el orden jurídico fundamental de la comunidad política, regido y orientado a su vez por la proclamación de su art. 1, en su apartado 1, a partir de la cual debe resultar un sistema coherente en el que todos sus contenidos encuentren el espacio y la eficacia que el constituyente quiso otorgarles' (STC 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3). De modo que la caracterización de nuestro modelo de Estado como social y democrático de Derecho, con los valores superiores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político que dotan de sentido a esta caracterización, representa el fundamento axiológico para la comprensión del entero orden constitucional" (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 4).

Desde la perspectiva del art. 9.2 CE, la Sentencia de mi discrepancia resulta especialmente perturbadora cuando, de forma insólita, extiende su juicio al legislador futuro (e igualmente al legislador de la LOE 2006), al que veta la adopción de una política de financiación pública de centros educativos privados que excluya a los que imparten la educación diferenciada. Me limito a recordar que, según la STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 11, del art. 27.9 CE no se desprende un deber de ayudar a todos y cada uno de los centros docentes sólo por el hecho de serlo, pues la remisión a la Ley puede significar que esa ayuda se realice teniendo en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales, entre ellos, 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 CE). La Sentencia de la que me aparto invoca la STC 86/1985, de 10 de julio, según la cual las ayudas públicas deben ser configuradas con respeto al principio de igualdad. Obviamente no cuestiono esta aseveración, pero no es el Tribunal el que *prima facie* está llamado a fijar las orientaciones de política educativa en orden a la financiación de los centros privados. Merece ser

recordado que la misma STC 86/1985 añade que "el legislador puede, en el respeto al canon de razonabilidad que le impone el art. 14, diferenciar entre supuestos y hasta debe hacerlo, en obediencia a otros preceptos constitucionales, cuando su acción se orienta a la adjudicación de prestaciones a particulares" (FJ 3).

3. Siendo la igualdad sustantiva un elemento definidor de la misma noción de ciudadanía (STC 12/2008, FJ 5), solo la educación mixta proporciona los cimientos de convivencia entre iguales que posibilita el cumplimiento del ideario educativo de la Constitución, como condición necesaria aunque desde luego no suficiente para garantizar una educación que responda al valor constitucional de la igualdad. El presupuesto sobre el que ha de enjuiciarse cualquier decisión política es la igualdad radical del hombre y la mujer. Si este presupuesto implica que una representación integradora de ambos sexos es irrenunciable para el gobierno de una sociedad, necesariamente así compuesta (STC 12/2008, FJ 7), esa igualdad radical exige también de modo irrenunciable, para observar y cumplir con la primera finalidad de la educación consagrada por el art. 27.2 CE, una escuela que no segregue por razón de género.

Toda diferenciación por razón de sexo debe superar un escrutinio particularmente riguroso: el art. 14 CE contiene "una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los Poderes Públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la CE. En este sentido, no debe ciertamente olvidarse que la expresada exclusión de la discriminación por razón del sexo halla su razón concreta, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del art. 14 CE, y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina" (STC 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2). Por este motivo, la presencia de ese elemento diferenciador debe llevar a un cuidadoso análisis de las causas subyacentes en la diferenciación (STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 7). La doctrina del Tribunal es constante: "El canon de control aplicable cuando se alega que una norma jurídica conculca el artículo 14 CE, por cualquiera de las circunstancias personales que merecen protección, se define por la STC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, a partir de su diferencia con el canon de ponderación aplicable al apartado primero del mismo precepto constitucional: si el principio de igualdad 'no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato', las prohibiciones de discriminación, en cambio, imponen como fin y generalmente como medio la parificación de trato legal, 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 y que implica un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad" (STC 3/2018, de 22 de enero, FJ 4). La carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma, y se torna aún más rigurosa cuando el factor diferencial es uno de los típicos que el art. 14 CE concreta para vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones [entre otras, SSTC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2, 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4.b), y 66/2015, de 13 de abril, FJ 3].

La resolución adoptada por la mayoría, pese a citar ampliamente la doctrina previa, no aborda el riguroso análisis que demanda la jurisprudencia constitucional; y tampoco traslada debidamente la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación a quien asume su defensa. De forma un tanto contradictoria, primero distancia el análisis constitucional del derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE), afirmando que responde a "un sistema meramente instrumental y de carácter pedagógico, fundado en la idea de optimizar las potencialidades propias de cada uno de los sexos", sin presencia de "otro tipo de motivaciones ajenas a las educativas". Pero posteriormente se afirma que es fruto de "determinadas concepciones de diversa índole" (concepciones que quedan en penumbra), para señalar más adelante que "se presenta por sus promotores como un determinado tipo o modelo pedagógico, sobre el que este Tribunal -obvio es decirlo- no puede ofrecer criterio valorativo alguno". Su caracterización, se añade, "implica su

consideración como una parte del ideario o carácter propio del centro que escoge esa fórmula educativa", ideario que previamente se ha "conectado con el derecho de los padres a elegir el tipo de formación religiosa y moral que desean para sus hijos, aunque entre ambos no existe relación de instrumentalidad necesaria, que no excluye, empero, la existencia de 'una indudable interacción' entre ellos": es decir, en conexión, ahora sí, con el art. 27.3 CE. Con estas erráticas oscilaciones argumentales no acabo de entender cuál es el hilo conductor o la tesis que sostiene la sentencia y, lo que es más importante: en mi opinión se renuncia a valorar lo que constituye el verdadero núcleo de este debate constitucional.

Los centros educativos que segregan por razón de sexo se presentan con un discurso centrado en su ventaja pedagógica, presuntamente basada en las diferencias psicobiológicas entre alumnos y alumnas: un postulado en el mejor de los casos científicamente controvertido, al no tomar en consideración los perfiles individuales del alumnado con independencia de su sexo, las raíces culturales, el contexto socioeconómico o, ni tan siquiera, los hallazgos de la neurociencia (por citar algunos trabajos, *Should the sexes be separated for secondary education -- comparisons of single-sex and co-educational schools?*, Research Papers in Education, 2006; *Equally prepared for life?* OCDE 2009; *The pseudoscience of single-sex schooling*, Science 333, 2011; *Single-sex education and the brain*, Sex Roles 2013).

4. Al menos en nuestro país, la llamada educación diferenciada más parece un eufemismo de cariz pseudomoderno, pero apenas distante de la idea que sostuvo la segregación tradicional, de manifiesto y grueso trazo discriminatorio. Algunas decisiones legislativas ilustran de manera ejemplar este juicio. Así, la Ley Moyano, además de imponer la segregación física en la enseñanza elemental y superior de las niñas, sustituyó los estudios de geometría, dibujo lineal, física o historia natural por "labores propias del sexo", "elementos de dibujo aplicado a las mismas labores" o "ligeras nociones de higiene doméstica". En épocas ya más próximas, la Ley de educación primaria de 1945 - que dijo consagrar "el principio cristiano de la separación de sexos en la enseñanza", apelando a razones de orden moral y, nótese bien, de eficacia pedagógica - prescribió tanto la separación física como la diferenciación de contenidos educativos, preparando a las niñas desde la educación primaria "para la vida del hogar, artesanía e industrias domésticas". En fin, incluso la Ley de Educación de 1970, aunque abre tímida y paulatinamente el paso a la educación mixta, advierte que los programas y orientaciones pedagógicas serán matizados de acuerdo con el sexo, manteniendo la asignatura obligatoria de "enseñanzas del hogar" para las alumnas.

Con los antecedentes históricos de la segregación por sexos en la escuela española tan sumariamente recordados, no es aceptable perpetuar el estigma de este legado con el "nuevo ropaje" de una opción pedagógica, sin entrar a contrastar su pretendido fundamento objetivo, su razonabilidad y proporcionalidad que, al no quedar debidamente acreditados por sus defensores, no supera el canon de ponderación exigido por la jurisprudencia del Tribunal.

A lo largo del fundamento jurídico 4 de la resolución, la mayoría insiste en que el art. 84.3 LOE acoge una educación diferenciada por sexos pero "equivalente" o "equiparable", precepto del que se destaca además que estos proyectos educativos deben desarrollar medidas académicas para favorecer la igualdad: estamos ante un oxímoron que no resiste contraste ni con el ideario educativo constitucional ni con los fines y principios de la educación, proclamados en las propias leyes orgánicas que desarrollan el art. 27 CE. Estas parten del ideario enunciado en el art. 27.2 CE, y enfatizan el valor de la igualdad; el desarrollo, en la escuela, de los valores que fomenten la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, así como la prevención de la violencia de género es uno de los principios que inspiran el sistema educativo [art. 1.1) LOE]; la igualdad entre hombres y mujeres es uno de los fines de la educación [art. 2.b) LODE]. No se comprende cómo se pueden desarrollar estos fines y principios en una escuela que, al segregar físicamente por razón de sexo, introduce una inherente desigualdad en el corazón mismo del sistema educativo.

Incluso admitiendo como mera hipótesis que, por sí misma, la segregación por sexos no conduce a una educación diferenciada también en contenidos, en detrimento de la superación de los roles y estereotipos tradicionales, y debido al arraigo histórico del sexismo en la educación española, no

puedo dejar de evocar el inquietante paralelismo de la noción de educación equivalente o equiparable con el principio "separados pero iguales" que en Estados Unidos justificó la segregación racial en la sentencia *Plessy vs. Ferguson* (1896), y que no quedó arrumbada hasta la capital sentencia *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954). En esta última, el Tribunal Supremo descarta entrar en una comparación entre escuelas, sin tomar en consideración el criterio de la equivalencia a fin de examinar los efectos de la segregación, en sí misma considerada, en la escuela pública. Considerando la educación el fundamento básico de una auténtica ciudadanía, como instrumento principal para despertar los valores culturales, para prepararles para el aprendizaje profesional y para ayudarles a adaptarse con normalidad a su medio, concluye que un "sistema con escuelas separadas es intrínsecamente desigualitario".

En la España del S. XXI, sin duda habría unanimidad en opinar que el principio "separados pero iguales" es inconstitucional si comporta segregación racial, atentando al fundamento mismo del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). ¿Cuál puede ser el fundamento para sostener lo contrario cuando se trata de segregación por razón de sexo?

En nuestro sistema constitucional, la desigualdad (la segregación) se encuentra vedada en las escuelas, tanto públicas como privadas, por imperativo de los arts. 1, 9.2, 14 y 27.2 CE.

II. ENSEÑANZA DE RELIGIÓN VERSUS ENSEÑANZA DE VALORES CULTURALES Y CÍVICOS/VALORES ÉTICOS.

Según consolidada doctrina constitucional, "el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre, y 177/1996, de 11 de noviembre), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener 'las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones', introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que 'veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales' (STC 177/1996)" (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4; en el mismo sentido, entre otras, SSTC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 9; 154/2002, de 18 de julio, FJ 6; 101/2004, de 2 de junio, FJ 3, y 34/2011, de 28 de marzo, FJ 3).

Es exactamente la confusión entre fines religiosos y estatales, vedada por el art. 16.3 CE como advirtió la temprana STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1, la que apreció en los arts. 18, 24 y 25 LOE, en la medida en que contemplan la asignatura de Religión y las asignaturas de Valores Sociales y Cívicos (en Educación Primaria) y Valores Éticos (en Educación Secundaria Obligatoria) con carácter alternativo. Este diseño alternativo (que, tanto por el contenido de las enseñanzas como por el carácter evaluable de las asignaturas, es por completo diferente del que fue objeto del ATC 40/1999, de 22 de febrero), no respeta el principio de aconfesionalidad del Estado, que exige la neutralidad de todas las instituciones públicas y, muy especialmente, de los centros docentes (STC 5/1981, FJ 9).

Dicha neutralidad, según la misma STC 5/1981, no impide la organización en los centros públicos de enseñanzas de seguimiento libre para hacer posible el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE). Desde este momento me interesa dejar claro que lo que está aquí en entredicho no es la organización de estas enseñanzas religiosas, pues el deber de cooperación establecido en el art. 16.3 CE "encuentra en la inserción de la religión en el itinerario educativo un cauce posible para la realización de la libertad religiosa en concurrencia con el ejercicio del derecho a una educación conforme con las propias convicciones religiosas y morales" (STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 5). La cuestión constitucional a examen, en la STC 38/2007 y en este proceso, no versa por tanto sobre la enseñanza religiosa en los centros escolares.

Lo que, a mi juicio, afecta negativamente a la neutralidad religiosa del Estado es diseñar estas enseñanzas religiosas como alternativa a las asignaturas que, con diferente -y no precisamente afortunada- denominación, han de integrar el contenido del ideario educativo constitucional recogido en el art. 27.2 CE, a cuya trascendencia y posición central en la ordenación del sistema educativo ya he dedicado buena parte del apartado precedente de este voto particular. En el

contexto ahora de mi posición crítica al tratamiento de la enseñanza de los "Valores Sociales y Cívicos" o los "Valores Éticos", como documento de referencia me remito a la Carta del Consejo de Europa sobre educación para la ciudadanía democrática (orientada a los derechos y las responsabilidades democráticas y la participación activa, en relación con los aspectos cívicos políticos, sociales, económicos, jurídicos y culturales de la sociedad) y la educación en derechos humanos (que abarca una gama más amplia de derechos y libertades fundamentales en todos los ámbitos de la vida). Adoptada en el marco de la Recomendación CM/Rec(2010)7 del Comité de Ministros de los Estados Miembros, la Carta llama a los Estados a "incluir la educación para la ciudadanía democrática y la educación en derechos humanos en los programas de educación formal en los niveles de infantil, primaria y secundaria, así como en la enseñanza y la formación general y profesional" y a "seguir apoyando, revisando y actualizando la educación para la ciudadanía democrática y la educación en derechos humanos en estos programas con el fin de garantizar su pertinencia y asegurar la continuidad de esta materia" (#6).

Llevan razón los recurrentes cuando señalan que, en este ámbito formativo tan estrechamente conectado con el ideario educativo recogido en el art. 27.2 CE, la perspectiva confesional no puede sustituir a la perspectiva constitucional, convirtiéndose las asignaturas alternativas en modalidades didácticas de la misma disciplina, pues esta alteridad diluye la naturaleza de los valores constitucionales, al tiempo que vulnera el deber de neutralidad religiosa que, exart. 16.3 CE, forzosamente ha de presidir la actividad del Estado, y que con esta reforma educativa adquiere un tinte neoconfesional.

La cuestión no queda despejada por la circunstancia de que el carácter alternativo de estas enseñanzas no sea "necesariamente excluyente", como apunta sucintamente la Sentencia de mi discrepancia. Subsiste en su diseño conceptual esa condición alternativa, que constituye la raíz del problema constitucional, y de todos modos la ley da todas las facilidades para que en la práctica se consagre ese carácter excluyente, al deferir la posibilidad de cursar ambas opciones a la programación y la oferta de las Administraciones educativas y de los centros docentes [arts. 18.3.c), 24.4.c) y 25.6.c) LOE].

III. DERECHO DE LOS MENORES A PARTICIPAR EN LAS DECISIONES RELATIVAS A SUS ITINERARIOS EDUCATIVOS.

La incorporación de los alumnos de ESO a los programas de mejora del aprendizaje y del rendimiento (art. 27.2 LOE), o el acceso a la Formación Profesional Básica [arts. 30 y 41.1.c) LOE], en los citados preceptos se propone solo a los padres, madres o tutores legales, pero el art. 28.7, párrafo segundo, LOE, matiza la omisión al extender también la propuesta, "en su caso", al alumno o alumna.

Se trata de alumnos menores de edad, en el tramo comprendido entre los doce y los diecisiete años. Su derecho a la participación directa en decisiones curriculares de tanta trascendencia queda minimizado en la resolución mayoritaria, que argumenta a favor de la heteroejecución del ejercicio del derecho del menor a través de padres y tutores, al entender que "la participación del menor en el ejercicio de sus propios derechos puede ser de diferente alcance en función de las circunstancias de edad y madurez que concurran en él".

No se extraen las debidas consecuencias de lo establecido en el art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, que al regular el derecho del menor a ser oído y escuchado, proporciona un criterio claro sobre la madurez a efectos del ejercicio directo del derecho: a partir de los doce años cumplidos. Esta reforma se introdujo por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que según su exposición de motivos desarrolla el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado de acuerdo con los criterios recogidos en la Observación n.º 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, que alude específicamente al derecho del niño a ser escuchado en las cuestiones relativas al rendimiento escolar. En el mismo sentido, el art. 6.3.d.) de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE), reconoce a los alumnos el "derecho básico" a recibir orientación educativa y profesional. De este derecho es

titular el propio alumno, pues a los padres y tutores se reconoce en el art. 4.1.e) LOE el derecho diferenciado a participar en el proceso de enseñanza y aprendizaje de sus hijos.

Pese a la omisión apreciable en los arts. 27.2, 30 y 41.1.c), la ambigua expresión del art. 28.7 hubiera permitido una interpretación integradora de esta parte de la LOE con las otras normas que he citado. Me aparto sin embargo de la fundamentación porque no afirma de forma inequívoca el derecho de los alumnos a esta participación directa, como derecho no susceptible de heteroejecución y ajeno al mandato tuitivo del art. 39 CE que se invoca en la Sentencia.

Y en este sentido emito mi Voto Particular.

Madrid, a diez de abril de dos mil dieciocho.

Fdo. Fernando Valdés Dal- Ré

Fdo. Cándido Conde-Pumpido Tourón

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 cuenta 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 blinda 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 dieciocho.

Voto particular concurrente que formula la Vicepresidenta de este Tribunal doña Encarnación Roca Trías a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad número 1406-2014.

En ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con pleno respeto a la opinión de mis compañeros, formulo Voto particular concurrente en los términos que expongo a continuación.

Manifiesto mi discrepancia únicamente con la fundamentación jurídica referida a la desestimación de la impugnación del último párrafo del artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), en la redacción del mismo dada por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre para la mejora la calidad educativa (LOMCE). Advierto ya que esa discrepancia no me ha impedido compartir la conclusión desestimatoria a la que llega la Sentencia en esta y en las restantes cuestiones que se planteaban en el recurso.

Respecto a dicho precepto, los recurrentes planteaban, sucesivamente, dos cuestiones. En primer lugar, discutían el modelo educativo consistente en la aplicación de un sistema que diferencia por sexos, por entenderlo inconstitucional al incurrir en una discriminación proscrita por el art. 14 CE. Añaden después, específicamente en relación con el último párrafo del art. 84.3, que, aunque fuera constitucional, las Administraciones educativas deberían poder denegar el concierto a quienes desarrollaran ese tipo de educación, so pena de vulnerar los artículos 14, 9.2 y 27.2 CE.

La razón de mi disenso con el fundamento jurídico 4.b) de la Sentencia, que aborda esta última cuestión, estriba en que, en mi opinión, asume una posición que me parece discutible, pues, a partir de la premisa, que comparto, de que la educación diferenciada no puede considerarse un supuesto de discriminación por razón de sexo, no creo que pueda concluirse, como parece sugerir

la Sentencia, que existe una obligación constitucional derivada del art. 27.9 CE, del que surge un derecho al concierto de los centros en los que esa educación se imparte.

De hecho, conforme a la propia forma de razonar de la Sentencia, gran parte de la argumentación que se emplea es innecesaria para la resolución del problema planteado. En el inicio del fundamento del que discrepo se afirma que "sólo en el caso de que el régimen de educación diferenciada fuera inconstitucional, podría objetarse la opción del legislador de tratar de manera igualitaria ambos modelos pedagógicos en el ámbito de los conciertos educativos". Si esto fuera así, como se reitera varias veces en ese mismo fundamento, la conclusión es que carece de sentido continuar con el debate exclusivamente en relación con la financiación mediante concierto de este tipo de centros, una vez resuelto que no es inconstitucional dicho régimen de educación diferenciada y afirmado, como se hace, que el legislador dispone de opciones en esta materia.

Sin embargo, en su razonamiento la Sentencia da varios pasos más que la hacen caer, en mi criterio, en el claro defecto de superar la queja planteada por los recurrentes. Así, produce el efecto de limitar, en cierta medida, las legítimas opciones del legislador democrático en esta materia. Opciones que son, en definitiva, expresión del pluralismo político como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). No cabe olvidar que el Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y sólo se debe esperar de él pronunciamientos sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución, sin que sea posible que, directa o indirectamente, se impongan determinados contenidos a las decisiones de ese legislador.

La Sentencia bordea, en mi opinión, ese riesgo. Aborda el problema relacionando el art. 27.9 CE con la garantía de gratuidad de la enseñanza del art. 27.4 CE, lo que, en principio, no plantea problema alguno en cuanto se ajusta a la doctrina constitucional. Pero, a renglón seguido, lo que sugiere es que existe un derecho de los padres a la elección de centro educativo, que ese centro puede utilizar como método pedagógico la educación diferenciada y que tiene derecho a acceder al concierto educativo para así garantizar la gratuidad de las enseñanzas que presta. Todas esas afirmaciones me parecen muy discutibles y ajenas al objeto del recurso, pues, en todo caso, el concierto no se negaría, en la tesis de los recurrentes, a todos los centros privados sino solo a algunos en razón del método pedagógico utilizado, que no coincide con la coeducación promovida por las Administraciones educativas. Por lo mismo, no se impediría la posibilidad de elegir la enseñanza básica en cualquier centro privado, sino, todo lo más, en aquellos que no se ajusten a las opciones de política educativa adoptadas por los poderes públicos y, señaladamente, el legislador. Finalmente, ni el derecho de los padres a elegir centro docente es absoluto, ni implica el derecho a elegir un centro concertado, ni tampoco vulnera la libertad de educación ni la libertad de creación de centros docentes reconocidas por los artículos 27.1 y 6 CE, ya que, al margen de la financiación pública, el modelo de educación diferenciada puede seguirse aplicando.

Comparto con la Sentencia la conclusión de que no existe en la Constitución una prohibición de ayuda a los centros docentes que utilicen como método pedagógico la educación diferenciada, pero considero que ese razonamiento, que, como ya he avanzado, hubiera bastado para desestimar esta segunda queja, se desarrolla mucho más en el sentido de pretender reconocerles, siquiera de modo indirecto, un derecho al concierto. Me parece que la Sentencia da por supuesto que el derecho existe, aunque luego lo limite ("De este modo, una vez justificada la inexistencia de recursos públicos para financiar en cada caso el centro privado de que se trate, los poderes públicos podrán aplicar los criterios establecidos en la norma legal dictada en desarrollo del artículo 27.9 CE, para priorizar el alcance de esa financiación"). La Sentencia deduce esta conclusión de la previa cita de la STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 4, donde se describe en negativo, uno de los contenidos del derecho a la educación ("el derecho a la educación -a la educación gratuita en la enseñanza básica no comprende el derecho a la gratuidad educativa en cualesquiera Centros privados, porque los recursos públicos no han de acudir, incondicionadamente, allá donde vayan las preferencias individuales"). Sin embargo, no creo que haya fundamento suficiente para llegar a la conclusión anterior, que parece imponer una carga consistente en una valoración caso por caso para poder excluir del concierto a los centros de educación diferenciada ("una vez justificada la inexistencia de recursos públicos para financiar en

cada caso el centro privado de que se trate"). Antes al contrario, del razonamiento de la propia STC 86/1985, FJ 3, y el énfasis que pone en que el derecho a la subvención no nace para los centros de la Constitución, sino de la Ley, se deduce claramente que no hay necesidad de justificación en cada caso concreto para no financiar el centro privado, como ahora parece exigirse.

Además, a mi parecer, el modo en que se cierra el razonamiento ("los centros de educación diferenciada podrán acceder al sistema de financiación pública en condiciones de igualdad con el resto de los centros educativos; dicho acceso vendrá condicionado por el cumplimiento de los criterios o requisitos que se establezcan en la legislación ordinaria, pero sin que el carácter del centro como centro de educación diferenciada pueda alzarse en obstáculo para dicho acceso"), supera los criterios de la doctrina constitucional (por ejemplo, STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 12). Una cosa es que con el concierto educativo se favorezca el ejercicio de la libertad de creación de Centros docentes y otra muy diferente es que se limite al legislador en su tarea de establecer criterios de preferencia en la asignación de recursos escasos, ponderando las diversas vertientes del art. 27 CE.

Este Tribunal ha señalado que "el citado art. 27.9, en su condición de mandato al legislador, no encierra, sin embargo, un derecho subjetivo a la prestación pública", ya que "ésta, materializada en la técnica subvencional o de otro modo, habrá de ser dispuesta por la Ley". Ahora bien, "el que en el art. 27.9 no se enuncie como tal un derecho fundamental a la prestación pública y el que, consiguientemente, haya de ser sólo en la ley donde se articulen sus condiciones y límites, no significa obviamente que el legislador sea enteramente libre para habilitar de cualquier modo este necesario marco normativo", pues, "la Ley que reclama el art. 27.9 no podrá, en particular, contrariar los derechos y libertades educativas presentes en el mismo artículo y deberá asimismo configurar el régimen de ayudas en el respeto al principio de igualdad" (STC 188/2001, de 20 de septiembre, FJ 5, citando la STC 86/1985, FJ 3).

No obstante, el propio Tribunal también ha sostenido, en la STC 77/1985, FJ 11, que " 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".

Creo, por tanto, que una decisión del legislador que, hipotéticamente, limitase la financiación pública a los centros privados mixtos no vulneraría la libertad de educación ni la libertad de creación de centros docentes (arts. 27.1 y 6 CE) de los titulares de los centros privados de educación diferenciada. Y, por la misma razón, tampoco lo hacen las previsiones del art. 84.3 LOE, en la redacción dada por la LOMCE, según las cuales "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".

Esas decisiones no vienen impuestas por los principios constitucionales y obedecen exclusivamente a una legítima opción del legislador dentro del marco concedido por la norma constitucional, aspecto que creo que debió reflejarse mucho más claramente en la Sentencia.

Y en ese sentido emito mi Voto Particular.

En Madrid, diez de abril de dos mil dieciocho.

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1406-2014.

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Pleno en la que se sustenta la sentencia, manifiesto mi discrepancia con parte de su fundamentación jurídica y su fallo, que considero debería haber sido estimatorio en relación con las impugnaciones de (i) la segregación sexual en los centros docentes privados concertados (art. 84.3 LOE) y (ii) la regulación de las asignaturas de religión y valores culturales y cívicos (arts. 18, 24 y 25 LOE) y, por tanto, haber sido declarados inconstitucionales y nulos.

I. LA SEGREGACIÓN SEXUAL BINARIA EN LOS CENTROS DOCENTES PRIVADOS CONCERTADOS VULNERA LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO E IDENTIDAD SEXUAL

1. La cuestión se plantea exclusivamente en relación con los centros privados concertados

La opinión mayoritaria, aunque no de forma expresa, no ha controvertido que los párrafos II y III del art. 84.3 LOE, introducidos por la disposición sexagésimo primera del artículo único de la LOMCE, al excluir que la segregación sexual en los centros docentes constituya una medida discriminatoria, se refieren única y exclusivamente a los centros privados concertados.

Comparto ese punto de partida. El art. 84, bajo el epígrafe "[a]dmisión de alumnos", abre el capítulo III de la LOE, titulado "[e]scolarización en centros públicos y privados concertados". El art. 84.1 LOE establece que "[l]as Administraciones educativas regularán la admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados (...)". En este contexto normativo podría parecer que el art. 84.3 LOE se refiere de manera indistinta tanto a los centros públicos como a los privados concertados. Una interpretación integradora de los párrafos II y III del art. 84.3 LOE pone de manifiesto, sin embargo, que la "permisión" de la segregación sexual en los centros docentes aparece exclusivamente referida a los centros privados concertados.

Así lo demuestra (i) el hecho de que en el párrafo III se regulan los efectos de esta opción educativa solo respecto de los centros privados en el marco de la regulación de sus conciertos educativos y (ii) la exigencia de que para la adopción de esa medida los centros deban 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, que solo tiene sentido respecto de los citados centros privados. A esta misma conclusión conduce el recurso de inconstitucionalidad y la contestación de la Abogacía del Estado, que tampoco controvierten que esta previsión queda limitada en su aplicación a los centros privados concertados.

Hubiera sido deseable, a mi juicio, que la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia hubiera puesto de manifiesto de forma expresa esa consideración para alejar cualquier tipo de duda respecto de la imposibilidad de que la segregación sexual sea implantada en los centros docentes públicos. Además, esa circunstancia hubiera clarificado que el análisis diferenciado propugnado por los diputados recurrentes –que hace suya la opinión mayoritaria– relativo, por un lado, a la eventual vulneración del derecho a la no discriminación por parte de la segregación sexual y, por otro, a la posibilidad de que estos centros segregados puedan acceder a los conciertos educativos para conformar el servicio público de la educación, se integran en el mismo debate.

2. La no discriminación por razón de sexo como parámetro de control de constitucionalidad se aplica de manera ritual y descontextualizada

Este recurso constituye un caso líder en nuestra jurisprudencia constitucional. No es uno de esos supuestos en que, como viene siendo habitual en una jurisprudencia tan apegada a los postulados positivistas como la española, pueda resolverse apelando a precedentes más o menos lejanos o discutibles. La determinación del parámetro de control de constitucionalidad y su concreta

aplicación al caso son determinantes. A mi juicio, el resultado que obtiene la opinión mayoritaria en este punto no puede ser definido como satisfactorio.

La opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, como no podía ser de otra manera, constata que el Tribunal ha venido declarando, en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, (i) la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados en que estos motivos operan como factores determinantes o cuando no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe y (ii) que los motivos de discriminación que prohíbe el art. 14 CE pueden ser utilizados excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, si bien en tales supuestos el estándar de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación (en relación con el sexo, entre otras, SSTC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4; o 59/2008, de 14 de mayo, FJ 5; con la edad, SSTC 63/2011, de 16 de mayo, FJ 3; 117/2011, de 4 de julio, FJ 4; o 66/2015, de 13 de abril, FJ 3; y, por razón de nacimiento, SSTC 9/2010, de 27 de abril, FJ 3; o 171/2012, de 4 de octubre, FJ 4).

Comparto, en esencia, esta constatación, pero creo que la prohibición de la discriminación merece algo más que una ritual mención de su interdicción. La comprensión de esta prohibición hace preciso profundizar en el significado que tiene en los Estados democráticos avanzados. El derecho antidiscriminatorio no es una medida de la calidad democrática. Es una condición esencial de la democracia misma. La prohibición de determinados motivos de discriminación está íntimamente vinculada con la dignidad humana (art. 10.1 CE), los valores superiores de la igualdad y del pluralismo político como fundamento del ordenamiento jurídico de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.2 CE) y el mandato dirigido a los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE). La selección de esos motivos no resulta azarosa. Es el producto fenomenológico –iba a decir trágico– del devenir histórico y la lucha contra la prevalencia en determinados momentos históricos de ideologías y paradigmas que han justificado un tratamiento diferenciado de grupos sociales con fundamento en esos motivos. La raza o grupo étnico, la religión, la opinión política, el origen nacional, el sexo -incluyendo sus modalidades de identidad y orientación sexual– o las capacidades físicas e intelectivas diferenciadas, solo por citar alguno de ellos, han sido –y son todavía hoy en muchos ámbitos– elementos frecuentemente utilizados para implantar visiones excluyentes, supremacistas, segregadoras o justificadoras de situaciones de violencia o acoso discriminatorio. El carácter especialmente odioso de cualquiera de estas formas de discriminación basadas en esos y otros motivos es lo determinante para su proscripción. A partir de ello, el derecho antidiscriminatorio ha evolucionado hasta establecer que (i) la utilización de estos motivos por el legislador resulta tan intrínsecamente sospechosa que solo muy poderosas razones vinculadas a superiores intereses pueden permitir su utilización para implantar tratos diferenciados y (ii) debe posibilitarse, con el fin de compensar situaciones históricas de prolongada discriminación, actuaciones afirmativas o positivas de carácter temporal en favor de esos grupos en desventaja tendentes a superar esa situación de postergación y alcanzar los objetivos de una real igualdad de oportunidad y trato. Por tanto, a mi juicio debe extremarse la sensibilidad para compaginar la jurisprudencia antidiscriminatoria con las exigencias de una democracia moderna europea del siglo XXI como es la española.

Por otra parte, el encaje del objeto del presente recurso en la jurisprudencia constitucional antidiscriminatoria es solo un punto de partida que necesita –exige– ser debidamente complementado, actualizado y contextualizado de acuerdo con las singulares circunstancias de la situación de discriminación que se impugna: el sexo como motivo, la segregación como forma y el mundo educativo como ámbito.

Volveré sobre ello con posterioridad. Ahora solo mencionaré que el carácter de caso líder de este recurso queda más evidenciado si se toma en consideración que el Tribunal ha tenido la posibilidad de proyectar esta jurisprudencia general antidiscriminatoria en el ámbito educativo

solo de manera muy aislada. La STC 10/2014, de 27 de enero, abordó la cuestión de la segregación educativa de las personas con capacidades intelectivas diferenciadas, con un resultado para cuya valoración me remito al voto particular que entonces suscribí. Desde la perspectiva del derecho a la educación (art. 27 CE), también fueron objeto de análisis las normativas en que, con motivo de la situación de regularidad o irregularidad migratoria de los alumnos, se establecía un tratamiento diferenciado respecto de la posibilidad de acceso a este derecho en relación con la enseñanza no obligatoria tanto cuando afectaba a menores de edad (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 8) como cuando afectaba a mayores de edad (STC 155/2015, de 9 de julio).

Del mismo modo, más allá de la confirmación de que la jurisprudencia antidiscriminatoria resulta plenamente aplicable en el contexto educativo, tampoco el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha tenido una amplia posibilidad de desarrollar dicha jurisprudencia. A pesar de todo, no pueden dejar de recordarse, la sentencia de 21 de junio de 2011, *as. Ponomaryovi c. Bulgaria*, -en relación con el cobro de tasas superiores de matriculación con la justificación de que se carecía de la nacionalidad del país-; y, especialmente, por abordar también el fenómeno de la segregación escolar y considerarlas contrarias a la prohibición de discriminación, las sentencias de 13 de noviembre de 2007, *as. D.H. y otros c. República Checa* -en relación con la derivación desproporcionada de menores de origen romaní hacia escuelas especiales destinadas a niños provenientes de entornos sociales desfavorecidos- y de 16 de marzo de 2010, *as. Orsus y otros c. Croacia*, -en relación con la segregación por aulas de menores de origen romaní con la justificación de su deficiente uso de la lengua vehicular-.

3. El carácter intrínsecamente sospechoso de discriminación por razón de sexo e identidad sexual de la segregación sexual en los centros docentes privados concertados

La opinión mayoritaria, en aplicación de la jurisprudencia constitucional antidiscriminatoria antes citada, ha concluido que la segregación sexual en los centros docentes privados concertados no es en sí misma discriminatoria y, por tanto, ni siquiera hace falta que sea sometida al análisis de si se trata de una discriminación justificada y proporcionada.

No comparto esa afirmación. La normativa controvertida cuenta con cuatro elementos esenciales demostrativos de que la segregación sexual en los centros docentes privados concertados implica una situación intrínsecamente sospechosa de discriminación por razón de sexo y de identidad sexual, que no han sido debidamente ponderados: (a) el motivo de discriminación es el sexo, (b) la segregación sexual toma como presupuesto la falacia del "separados pero iguales", (c) la segregación sexual binaria excluye con carácter absoluto a las personas intersexuales, y (d) la segregación sexual se proyecta en el ámbito del servicio público de la educación, que es un espacio de socialización de valores democráticos.

(a) La singularidad de la discriminación sexual

Todos y cada uno de los motivos de discriminación prohibidos en el art. 14 CE tienen su singularidad. Su nexo común es el carácter odioso de su uso como elemento de diferenciación de trato. El sexo como motivo de discriminación se singulariza a partir de diferentes condicionantes como son su carácter no minoritario, su ubicuidad espacial y temporal y su fundamento en la pervivencia de estereotipos sobre roles sociales sexuales alentados por las más diversas creencias. Con diferencia, este tipo de discriminación es uno de los más invisibilizados, persistentes, extendidos y trivializados. La normativa antidiscriminatoria en esta materia, además, se ha incorporado al ámbito del derecho internacional y regional de los derechos humanos y en las normativas estatales con bastante retraso respecto a otros motivos de discriminación y con significativas limitaciones. No obstante, una vez que la condición sexual ha pasado a formar parte de los motivos de discriminación prohibidos es preciso extremar su control y colocarlo al mismo nivel que, por ejemplo, la prohibición por motivos de discriminación racial, religiosa o política, aplicando todas las experiencias y avances aportados en la lucha jurídica contra otras formas de discriminación. A ese respecto, como se expone a continuación, no puedo admitir que la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia persista en utilizar un argumento desterrado desde

hace mucho tiempo del razonamiento antidiscriminatorio racial –el principio "separados pero iguales"– para afirmar ya desde un inicio el carácter no discriminatorio de la segregación sexual escolar.

(b) La falacia "separados pero iguales"

El argumento fuerte de la opinión mayoritaria para negar el carácter intrínsecamente discriminatorio de la segregación sexual es la remisión que en el art. 84.3 LOE se hace al art. 2.a) de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960, que establece que no serán consideradas como constitutivas de discriminación "[l]a 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". Insiste, además, en que su vigencia es confirmada por la Observación general núm. 13 del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales de Naciones Unidas, relativa al derecho a la educación, aprobada en 1999. Esto sirve a la opinión mayoritaria para minimizar el impacto de lo establecido en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, cuyo artículo 10.c) dispone que entre las medidas que deben adoptarse para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, está "[l]a 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".

Lamento no haber podido llevar al convencimiento de la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia la necesidad de que se analizara más contextualizadamente la posible aplicación al caso del principio "separados pero iguales", atendiendo, por un lado, a su abandono en el ámbito de la jurisprudencia antidiscriminatoria y, por otro, a la necesidad de hacer una lectura transicional de su enunciado en el marco de la Convención de la UNESCO de 1960, que impide su aplicación a una democracia europea avanzada del siglo XXI como la española.

El principio "separados pero iguales", conforme al cual no puede afirmarse que la segregación implique un trato discriminatorio siempre que se cumpla la condición de la equivalencia de prestaciones, era ampliamente utilizado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos para abordar el cuestionamiento de políticas discriminatorias por motivo de raza tras la introducción en 1868 en la Constitución de Estados Unidos de la exigencia de la igual protección de las leyes en la sección 1 de la Enmienda XIV. Su exponente más conocido es la Sentencia *Plessy v. Ferguson (1896) 163 US 53* que confirmó que no era racialmente discriminatoria la normativa del Estado de Louisiana que establecía que en los trenes habría vagones segregados para la raza blanca y la raza negra con el argumento de que, aun prestándose de manera separada, el poder público garantizaba un tratamiento igualitario ante la ley en la prestación del servicio ferroviario. De esta sentencia me interesa destacar el voto particular discrepante del Juez Harlan, quien afirma, tajante, que "(...) cuando están en juego los derechos civiles de los ciudadanos, niego categóricamente a los legisladores o a los jueces la posibilidad de fijarse en su raza". Es especialmente destacable porque resulta demostrativo de que ya a fines del siglo XIX se defendía que la segregación representa una forma de discriminación y porque permite reivindicar el valor prospectivo de los votos discrepantes. Esta disidencia se acabó convirtiendo en opinión ya no solo mayoritaria sino unánime en la Sentencia *Brown v. Board of Education of Topeka (1954) 347 US 483*, dictada casi 60 años después, y que supuso la proscripción del principio "separados pero iguales" y la consideración de la segregación como una forma de discriminación prohibida. La sentencia Brown es de especial relevancia para el caso ahora analizado porque, aun tratándose de un supuesto de discriminación racial, se refiere a una cuestión de segregación en el ámbito

educativo en que se incluye una mención a la necesidad de que la circunstancia de que se desarrolla en el ámbito escolar se analice "(...) a la luz de toda su evolución y del lugar que ocupa en todos los rincones de nuestro país, en el conjunto de la vida americana. Solo de este modo se puede determinar si la segregación en las escuelas públicas priva a los demandantes de la protección equitativa de las leyes". Con esa lectura actualizada de la importancia de la educación para las sociedades democráticas, la sentencia establece que "[c]oncluimos que en el campo de la enseñanza pública no tiene cabida la doctrina 'separados pero iguales'. Un sistema con escuelas segregadas es intrínsecamente desigualitario". Hubo que esperar todavía algunos años más para que se abordara la segregación sexual en el ámbito educativo, concluyéndose en la Sentencia *Mississippi University for Women v. Hogan (1982) 458 US 718* y en la Sentencia *United States v. Virginia (1996) 518 US 515*, la inconstitucionalidad, en el primer caso, del carácter solo femenino de una Escuela de Enfermería subvencionada por el Estado y, en el segundo, el carácter solo masculino de una academia educativa militar financiada con fondos públicos. Con estos precedentes, me resulta decepcionante la resurrección de la idea de que la segregación en la prestación de un servicio público, si no es presupuesto de un distinto nivel de prestación, no resulta, al menos, una forma intrínsecamente sospechosa de discriminación.

No desconozco que el parámetro de control en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en relación con la discriminación sexual -incluyendo el fenómeno de la segregación- no es coincidente con la racial, que es donde ha alcanzado su máxima expresión. Sin embargo, entiendo que, en una interpretación histórica y sistemática del art. 14 CE, es necesario y responde a un imperativo de lógica jurídica cada vez más perentorio, a la vista de la evolución social, defender que, si el sexo y la raza aparecen ambos proscritos como motivos de discriminación, no existe ninguna justificación jurídica que permita concluir que el parámetro de control constitucional pueda ser más estricto en un caso que en el otro. Me inclino a pensar que son todavía los predominantes prejuicios sexistas que imperan en la sociedad de hoy los que, como ocurría en siglos pasados respecto de la raza o la religión, llevan a defender un parámetro de control menos estricto para las situaciones en que se usa el sexo como criterio de diferenciación. Sin embargo, es precisamente esa conciencia de que todavía la sociedad actual, incluso en las democracias más avanzadas, está imbuida de prejuicios sexistas, la que nos debe llevar a quienes ostentamos la responsabilidad constitucional de garantizar en última instancia la proscripción de la discriminación en cualquiera de sus formas a hacer un supremo esfuerzo de racionalización en identificar dentro de nuestras más acendradas convicciones los motivos que razonablemente podrían justificar un eventual tratamiento diferenciado de aquellos otros que responden a estereotipos sexistas ancestrales que arrastramos individualmente como tributo a nuestra educación en los valores de la sociedad en que nos ha tocado vivir. Sinceramente, no percibo que la opinión mayoritaria haya realizado ese esfuerzo de racionalización para situar el análisis de la segregación sexual escolar a la altura de los tiempos y de la alta dignidad que nos debemos como sociedad que ha tomado conciencia de que debe ser superado cualquier paradigma sexista.

De haberse hecho así, estoy persuadido de que el argumento basado en la supuesta consagración del principio "separados pero iguales" en la Convención de la UNESCO de 1960 se hubiera diluido como un azucarillo. El analfabetismo y la pérdida de oportunidades educativas han tenido y tienen rostro de mujer. Peor aún, han tenido y tienen cara de niña. Todavía hoy el objetivo 4 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas, dedicado a garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos, hace una expresa apelación a redoblar los esfuerzos para conseguir mayores avances, entre otros, con relación a la mejora del acceso a todos los niveles y con el aumento en las tasas de escolarización, sobre todo, en el caso de las mujeres y las niñas. De ese modo, se evidencia que la asunción por parte de la citada Convención de 1960 del principio "separados pero iguales" para justificar la segregación sexual en las escuelas solo puede ser interpretada fenomenológicamente como la aceptación de un mal menor justificado por la necesidad de transitar desde situaciones de negación radical de la necesidad de escolarización de las mujeres, o contemplada solo para el cumplimiento de los roles sociales que tenían reservados,

hasta su pleno acceso en unos sistemas educativos normalizados que, dando ejemplo de integración sexual, evidencien que las mujeres forman parte igualitaria de la sociedad.

Más allá de esa lectura estratégica, no creo que haya dudas respecto de que las organizaciones internacionales y regionales de derechos humanos, incluyendo Naciones Unidas, abogan por un horizonte inmediato de implantación de la educación mixta como óptimo de igualdad sexual en cuyo marco pueda, además, desarrollarse un modelo coeducativo que, a través de la transmisión de los valores democráticos y dando ejemplo de ello mediante la integración indiferenciada en las aulas de personas con independencia de su religión, origen nacional, raza, sexo, capacidades, etc., libere de cualquier tipo de prejuicios, también los sexistas, a las generaciones venideras. Así lo pone de manifiesto no solo el ya citado art. 10.a) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, cuando incide en la necesidad del estímulo de la educación mixta; sino mucho más tempranamente la propia UNESCO, que en la Resolución 1152 aprobada en el 15.º periodo de sesiones celebrados en 1969, referida a la igualdad de acceso de las jóvenes y mujeres a la educación, invita a los Estados miembros a "a reconocer el principio de la enseñanza mixta en los establecimiento de enseñanza primaria y secundaria como forma de asegurar la igualdad de acceso a la educación".

Una lectura evolutiva y adaptada a la realidad de la sociedad española de la actualidad y de su sistema educativo también hubiera permitido, con un mínimo esfuerzo de lógica argumentativa, superar la necesidad de mantener la falacia del principio "separados pero iguales" impuesto en la normativa controvertida. No cabe negar que en el marco de la tradición histórica española y de otros países de nuestro entorno, la educación diferenciada por sexos ha tenido un sesgo de segregación contrario a la prohibición de discriminación. En España, con puntuales excepciones, desde la Ley de Instrucción Pública de 9 de diciembre de 1857 y hasta la Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa, la obligatoria separación por sexos en la enseñanza venía acompañada y condicionada por la existencia de programas educativos también diversificados en función de la imputación de roles sociales esperados para cada uno de los sexos. A partir de ese momento y durante las sucesivas normas dictadas en el actual periodo constitucional, desapareció la dualidad de programas educativos por motivos de sexo. Además, la prestación del servicio público de la educación mediante colegios públicos y privados concertados se desarrolló mediante un modelo pedagógico de coeducación e integración sexual en los centros y las aulas, que solo muy marginalmente y por concretas decisiones de las autoridades educativas competentes en materia de conciertos permitía el acceso a dar esta prestación mediante centros que adoptaban el modelo de educación segregada por sexos. Cuando entra en vigor la reforma del art. 84.3 LOE que se analiza en esta resolución, lo hace incidiendo en una situación previa en que, con base en la redacción originaria del art. 84.3 LOE, las sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 23 de julio y 9 de octubre de 2012 habían confirmado la proscripción de la segregación sexual en los centros docentes privados concertados. En estas condiciones carece de todo sentido que el legislador reintrodujera el principio de "separados pero iguales" y, aún más, que la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia lo convalidara constitucionalmente volviendo a momentos históricos de la jurisprudencia antidiscriminatoria ya hace largo tiempo superados.

(c) La segregación sexual binaria excluye con carácter absoluto a las personas intersexuales del ámbito educativo

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

La intersexualidad –definida como aquella condición en que se nace con características biológicas de sexo (anatomía sexual, órganos reproductivos o patrones cromosómicos) que no se ajustan a las normas sociales, definiciones médicas o estándares culturalmente definidos para el cuerpo femenino o masculino y que puede ser detectada al nacer o volverse aparente más adelante en la vida, especialmente durante la pubertad– ha entrado recientemente a formar parte de la preocupación de las leyes, la jurisprudencia y el *soft law* antidiscriminatorios. En el ámbito regional europeo, es necesario citar tanto la Recomendación CM/Re (2010)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, como la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 2191 (2017), de 12 de octubre, para promover los derechos humanos y eliminar la discriminación contra las personas intersexuales. Por su parte, en el ámbito jurisprudencial más cercano, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 8 de noviembre de 2017 ha instado al Estado alemán a que antes del 31 de diciembre de 2018 dé reconocimiento jurídico general en el Registro civil a la existencia de un tercer sexo. Pero sobre todo, hay que destacar que en España son ya numerosas las normativas autonómicas que han desarrollado medidas antidiscriminatorias respecto del trato dispensado a los intersexuales, entre otros, en el ámbito de la educación [arts. 22 a26 de la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia; art. 12 de la Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia; arts. 20 a24 de la Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; arts. 23 a25 de la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid; arts. 25 a28 de la Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; art. 12 de la Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; arts. 21 a24 de la Ley 8/2017, de 7 de abril, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana; arts. 26 a29 de Ley Foral Navarra 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+; y los arts. 13 a16 de la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía].

En atención a la grave situación de discriminación que supone para los intersexuales su absoluta exclusión provocada por las políticas o normativas de segregación sexual estrictamente binarias, como la que ahora se debate, planteé en las deliberaciones sin éxito la necesidad de que se abordara esta cuestión y se le diera una respuesta en términos constitucionales. La vigencia del principio "separados pero iguales" podía solventar, a los ojos de la opinión mayoritaria, los reproches de discriminación basados en el paradigma de una sexualidad binaria porque, en definitiva, conforme a sus postulados, tanto hombres como mujeres pueden recibir, aunque sea de manera segregada, la prestación pública educativa en condiciones equivalentes. Sin embargo, ningún razonamiento se hace, quizá porque es simplemente imposible en términos jurídicos, sobre la manera de solventar el hecho de que dicha segregación excluya de las posibilidades de prestación educativa a quienes no son ni se consideran hombres ni mujeres. No puedo imaginar la violencia institucional y el sentido de desolación y abandono que para estas personas implica ser radicalmente negados por el ordenamiento jurídico y que se les imponga una identidad sexual que ni tienen ni sienten necesariamente como propia a modo de ficción legal para que puedan ser integrados socialmente. Esta consideración y mi profundo convencimiento de la necesidad de respetar la diversidad como fundamento de una sociedad democrática es otro de los elementos que me lleva a afirmar ya no solo el carácter intrínsecamente sospechoso de discriminación por razón de sexo de la segregación sexual binaria sino, directamente, su carácter discriminatorio por

razón de identidad sexual respecto de los intersexuales por representar su forma más extrema y por ello nunca justificable: su negación y exclusión radical.

(d) La segregación sexual se proyecta en el ámbito del servicio público de la educación, que se constituye como un espacio de socialización de valores democráticos

La última circunstancia, y no la menor, que me ha llevado a sostener el carácter intrínsecamente sospechoso de discriminación de la segregación sexual es que se proyecta en el ámbito del servicio público educativo del que forman parte los centros docentes privados concertados (art. 108.4 LOE). Citaba anteriormente la sentencia del caso Brown poniendo de manifiesto la importancia que también dio el Tribunal Supremo de Estados Unidos a que en aquel caso el principio "separados pero iguales" estuviera enmarcado en el ámbito docente. No me resisto a transcribir el párrafo que creo que es demostrativo de que lo determinante para conseguir la unanimidad en aquel caso fue la conciencia de todos los magistrados de aquel Tribunal, con independencia de su ideología, del fundamental papel que juega la educación en una sociedad democrática: "Posiblemente la educación sea hoy la función más importante de las Administraciones federales y locales. Las leyes que declaran obligatoria la escolarización y el gran presupuesto que se dedica a la educación demuestran la importancia que se da a la educación en la sociedad democrática. Está incluida entre los requisitos para poder cumplir los deberes públicos más elementales, incluso para servir en las fuerzas armadas. Es el fundamento básico de una auténtica ciudadanía. Representa el principal instrumento para despertar los valores culturales en los niños, para prepararles en el aprendizaje profesional y para ayudarles a adaptarse con normalidad a su medio. En estos días, no es razonable afirmar que un niño pueda tener expectativas de éxito en la vida si se le niega la oportunidad de una educación. Tal oportunidad, allí donde el Estado ha asumido tal prestación, es un derecho que debe ser facilitado a todos en igualdad de condiciones".

La jurisprudencia constitucional española, también en la ya citada STC 236/2007, ponía de relieve la importancia de la educación, afirmando "(...) la inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana, dada la innegable trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad, que se ve reforzada mediante la enseñanza de los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos, necesarios para 'establecer una sociedad democrática avanzada', como reza el preámbulo de nuestra Constitución" (FJ 8).

No obstante, creo que el pronunciamiento jurisprudencial que mejor sintetiza el carácter nuclear de la educación en la sociedad democrática tanto como sistema de transmisión de valores, como, especialmente, el ámbito donde esos valores pueden ser vividos y compartidos es la STC 133/2010, de 2 de diciembre, dictada en relación con el deber de escolarización de los menores de entre seis y dieciséis años. En ella se señalaba que la finalidad que ha sido constitucionalmente atribuida a la educación en el art. 27.2 CE de que "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", implica no solo un proceso de mera transmisión de conocimientos, sino la aspiración a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos y la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros [FJ 7.a)].

Con este marco constitucional sobre la función encomendada al sistema educativo, permitir la implantación de un sistema de segregación sexual en la prestación de este servicio público es un acicate más en favor de su carácter intrínsecamente sospechoso de discriminación. Difícilmente puede cumplirse el mandato de formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural en condiciones de igualdad a través de un sistema de segregación sexual. Un sistema que estructuralmente introduce al alumnado en un microcosmos social de unisexualidad, que nada tiene que ver con la pluralidad y normalidad de la interacción sexual propia de las sociedades democráticas avanzadas y que se constituye, además, con frecuencia en el único o principal núcleo generador de imputaciones

sociales, no puede entenderse como un sistema propicio para dar cumplimiento a ese mandato constitucional.

El sometimiento de la implantación de la segregación sexual a un específico sistema de control administrativo tendente a garantizar la efectividad del cumplimiento de esos fines trascendentes al mero carácter instrumental de transmisión de conocimiento mediante la exigencia de que estos centros deban también justificar las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad no resulta suficiente. En última instancia, la formación de personas responsables llamadas a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural en condiciones de igualdad y tolerancia no es una cuestión de aprendizaje teórico que dependa de medidas académicas, sino vivencial. De esa vivencia, esencial para el desarrollo personal preparatorio para una vida en una sociedad en que es prevalente el valor de la convivencia entre sexos y la superación de paradigmas y estereotipos sexistas, es de la que también se priva al alumnado en los modelos de segregación sexual.

En conclusión, creo haber aportado razones suficientes para enervar la posición de partida de la opinión mayoritaria de que la segregación sexual binaria en los centros docentes privados concertados no es en sí misma discriminatoria y sustituirla por la afirmación de su carácter intrínsecamente sospechoso de discriminación. A partir de ello, me resta por analizar si, en todo caso, se trata de una discriminación justificada y proporcionada.

4. El carácter injustificado y desproporcionado de la segregación sexual educativa

La opinión mayoritaria comienza el análisis de la constitucionalidad del art. 84.3 CE negando que la segregación sexual escolar se fundamente en una determinada concepción de la vida o cosmovisión con un contenido filosófico, moral o ideológico. Afirma que la segregación sexual escolar responde a un modelo pedagógico concreto para el mejor logro de los objetivos pedagógicos perseguidos comunes a cualquier tipo de enseñanza y que, por 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 comienzo argumental pone de manifiesto la petición de principio en que está inmerso todo el razonamiento de la opinión mayoritaria. En última instancia, sería precisamente ese supuesto carácter de mero modelo pedagógico neutral a efectos valorativos pero exitosos en términos de cumplimiento de los objetivos educativos lo que debería haber sido debatido como eventual elemento justificativo para despejar las dudas sobre el carácter intrínsecamente sospechoso de discriminación que tiene un modelo de segregación sexual. ¿Por qué no se ha hecho así? Como argumentaré a continuación, porque tampoco creo que ese estricto test de justificación y proporcionalidad hubiera sido superado por la normativa controvertida, ya que (a) no se ha dado debido cumplimiento a la carga de la prueba; (b) la justificación utilizada no responde a los parámetros de calidad exigidos; y (c) son insuficientes las cautelas previstas en la ley para garantizar el cumplimiento de los supuestos fines pedagógicos de la segregación sexual escolar.

(a) El incumplimiento de la carga de la prueba del carácter justificado del trato discriminatorio

Expuse anteriormente que en el ámbito internacional, regional y nacional de los derechos humanos antidiscriminatorios la carga de la prueba del carácter justificado y proporcionado de cualquier situación de hecho o jurídica que utilice uno de los motivos proscritos de discriminación corresponde al Estado. En el presente caso, el legislador no ha desarrollado ningún esfuerzo argumental en la exposición de motivos de la LOMCE para dar a conocer las razones justificativas de la decisión de permitir la segregación sexual en los centros privados concertados. Esta circunstancia es especialmente reprochable habida cuenta de que se venía a modificar una situación normativa y jurisprudencial de protección a la universalización de la prestación del servicio público de la educación por parte de los centros públicos y privados concertados mediante el modelo de integración sexual. Cualquier situación regresiva en el estándar normativo de protección de los derechos fundamentales exige una motivación especialmente reforzada. La jurisprudencia constitucional está siendo severamente estricta en el control del cumplimiento de la exigencia formal de que se justifique debidamente la situación de urgencia y extraordinaria

necesidad cuando se recurre al decreto-ley en el convencimiento de que es un presupuesto constitucional habilitante por tratarse de una norma excepcional dentro del sistema de fuentes que altera las reglas de la división de poderes propias de un sistema democrático. Ese mismo nivel de control debe ser reivindicado respecto del cumplimiento de la exigencia formal de que se justifique debidamente el excepcional interés que puede permitir el uso de alguno de los motivos discriminatorios en el convencimiento de que es un presupuesto constitucional habilitante por tratarse de una situación excepcional que altera la prohibición de discriminación como elemento esencial de un sistema democrático. Una jurisprudencia constitucional que se toma en serio su función de control constitucional en relación con el sistema de fuentes no debe ser menos seria cuando esa función de control se proyecta en relación con la prohibición de la discriminación.

La Abogacía del Estado ha intentado suplir en este procedimiento constitucional el déficit de explicación antes denunciado aportando en su contestación al recurso diversos argumentos y pruebas documentales para fundamentar el carácter justificado de la segregación sexual escolar y su proporcionalidad. La existencia de un amplio debate nacional e internacional en el ámbito educativo y jurídico sobre la cuestión de la segregación sexual escolar también hubiera permitido suplir el incumplimiento de la carga de justificación en la medida al aportar un conocimiento general y público de las posiciones científicas, técnicas e ideológicas que sustentan los presupuestos teóricos y los fines perseguidos por los defensores de este modelo. No creo que eso hubiera sido suficiente.

(b) La persistencia de las dudas sobre el carácter justificado de la discriminación

En el ámbito del derecho antidiscriminatorio, junto con las consideraciones sobre la carga probatoria, también se han desarrollado determinadas exigencias respecto de la calidad y suficiencia de la prueba. Vuelvo a la ya citada *Sentencia United States v. Virginia (1996) 518 US 515*, en que el Tribunal Supremo de Estados Unidos declaró la inconstitucionalidad de la segregación sexual en una academia educativa militar exclusivamente masculina financiada con fondos públicos. En esa sentencia se muestra un buen ejemplo sobre el significado de la calidad de la prueba en este tipo de procedimientos de segregación sexual docente al señalar, recordando jurisprudencia previa, que la prueba "[t]iene que acreditar `como mínimo que la diferencia de trato atiende a objetivos e intereses relevantes de los poderes públicos y que las concretas medidas discriminatorias encaminadas a su consecución permiten real y sustancialmente alcanzarlos´ (*Mississippi University For Women v. Hogan*, 1982, citando *Wengler v. Druggists Mut. Ins. Co.*, 1982). Debe tratarse de un objetivo real, nunca hipotético o inventado *a posteriori* una vez entablado el pleito. Tampoco es suficiente una justificación que consista en los consabidos y vagos argumentos tópicos sobre las diferencias de talento, capacidad y aptitudes entre los hombres y las mujeres (*Weinberger v. Wiesenfeld*, 1975, y voto particular de Stevens en *Califano v. Goldfarh*, 1977)".

La aplicación de estos criterios sobre la calidad de la prueba de la justificación de una medida discriminatoria, aun siendo consciente de que no es función del Tribunal intermediar en debates técnicos y de que este es uno de los supuestos en que resultaba pertinente la práctica de prueba - fatalmente proscrita en la práctica diaria del Tribunal-, me llevan a considerar que en el presente caso se está ante una justificación fundamentada en el tópico sobre las diferencias de aptitudes entre los hombres y las mujeres, que proviene de un estereotipo sexista y en sí mismo es insuficiente para enervar el carácter intrínsecamente sospechoso de discriminación de este tipo de segregaciones. Además, concurren ciertas circunstancias en el caso español que me permiten mantener las dudas de que ese argumento tópico, bajo a la apariencia de una neutralidad metodológica, encubre prejuicios ideológicos. Son hechos no controvertidos que (i) muchos de los colegios privados, ahora concertados, que tiene implantada la segregación sexual siguen ese modelo desde los años 60 y, por tanto, están fundados en un contexto normativo en que, como ya se ha señalado, la segregación sexual se fundamentaba en la necesidad de aportar una educación diferenciada por sexos para adaptar los programas educativos al cumplimiento de roles sociales sexistas; y (ii) un número de estos centros están vinculados con idearios que sostienen posiciones particularistas sobre distribución de roles sociales entre los sexos. Al no despejarse

estas dudas, las reglas sobre presunción probatoria inclinan la balanza en favor de confirmar que no se puede excluir que la segregación sexual escolar implique una medida discriminatoria injustificada y, por ello, contraria al art. 14 CE.

(c) Las cautelas previstas en la ley para garantizar el cumplimiento de los supuestos fines pedagógicos de la segregación sexual escolar resultan insuficientes desde la perspectiva de la proporcionalidad

La opinión mayoritaria hace especial hincapié en el hecho de que en el párrafo III del art. 84.3 LOE se establece un específico sistema de control administrativo tendente a garantizar la proporcionalidad de la segregación sexual escolar mediante la exigencia de que los centros privados que opten por la fórmula de la segregación y pretendan acceder a los conciertos educativos deban justificar en su proyecto educativo, además de las razones educativas de la elección de dicho sistema, las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad.

No comparto que ni siquiera en abstracto esta garantía legal sea suficiente para solventar los problemas de desproporcionalidad intrínsecos a la segregación sexual binaria escolar. Redundando en aspectos ya extensamente abordados en esta opinión disidente, no alcanzo a imaginar de qué manera y a través de qué medidas académicas se pueden solventar dos de los problemas estructurales de la segregación sexual como son (i) que la formación de personas responsables llamadas a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural en condiciones de igualdad y tolerancia, como función encomendada al sistema educativo, no es una cuestión de aprendizaje teórico que dependa de medidas académicas, sino vivencial; y (ii) que excluye, por su carácter binario, cualquier posibilidad de integrar a las personas intersexuales.

Me sirve de consuelo pensar que estos problemas estructurales de desproporcionalidad que descubro en el análisis abstracto de la normativa controvertida se van a convertir en insalvables para que las administraciones educativas competentes otorguen los conciertos. La necesidad de que cualquier decisión administrativa para acceder a los conciertos quede condicionada a la efectividad de que esos centros acrediten las medidas académicas que deben desarrollarse para favorecer la igualdad -con su correspondiente posibilidad de control jurisdiccional- dificulta seriamente la viabilidad e implantación del sistema. No se trata solo de la imposibilidad estructural ya señalada de que ninguna medida educativa que intenten los centros introducir en su memoria educativa puede sustituir la función vivencial de la igualdad que como fin constitucional tiene encomendado el sistema educativo o posibilite integrar a las personas intersexuales, sino también de que la concreta decisión de autorizar el concierto de estos centros y que pasen a ser prestadores del servicio público de la educación se haría en condiciones tales que contravendrían, allí donde se hayan aprobado, las respectivas normativas autonómicas de protección contra la discriminación de los intersexuales. Por tanto, incluso asumiendo que la segregación sexual escolar se inspirara en un carácter exclusivamente técnico y por ello fuera capaz de justificar la diferencia de trato sexual que implica, considero que tampoco es capaz de superar en abstracto un test de proporcionalidad. Más allá de ello, estos problemas de inconstitucionalidad de la norma que yo señalo, todavía pueden solventarse mediante la ulterior intervención de las autoridades administrativas competentes, que también deben garantizar el carácter proporcionado en concreto de la decisión de concertar estos centros mediante una verificación de la suficiencia de las medidas educativas propuestas, que, desde la perspectiva del art. 14 CE, es controlable en la vía jurisdiccional ordinaria y, en su caso, de amparo.

II. LA REGULACIÓN DE LA ASIGNATURA DE RELIGIÓN VULNERA EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA ACONFESIONALIDAD DEL ESTADO

1. La discutible equiparación material entre la enseñanza confesional y no confesional de los valores que constituyen el fundamento de la convivencia

Los diputados recurrentes también han controvertido la constitucionalidad del diseño de la enseñanza religiosa al considerar que la alternatividad de la asignatura de "Religión" con las asignaturas de "Valores Culturales y Sociales -en primaria- o "Valores Éticos" -en secundaria-, conjuntamente con la desaparición de la asignatura obligatoria de "Educación para la Ciudadanía",

implica una equiparación material entre las enseñanzas confesional y no confesional de los valores que constituyen el fundamento de la convivencia, que vulnera el principio de aconfesionalidad del Estado y resulta discriminatoria para quienes opten por la asignatura de "Religión", al verse privados de la posibilidad de cursar la de "Valores Culturales y Sociales" o "Valores Éticos".

La opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia ha rechazado esta impugnación afirmando que (i) el nuevo diseño educativo ha optado por abordar la transmisión de los valores y principios fundamentales de la democracia, conformadores de la desaparecida asignatura de "Educación para la Ciudadanía", de manera transversal en las asignaturas troncales, garantizando de ese modo su acceso universal a todos los alumnos; y (ii) la asignatura de "Religión" y las de "Valores Culturales y Sociales" o "Valores Éticos" no son excluyentes en la medida en que se prevé legalmente que, en función de la regulación y de la programación de la oferta educativa que establezca cada Administración educativa y, en su caso, de la oferta de los centros docentes, el alumnado pueda cursar simultáneamente ambas opciones.

No puedo compartir una argumentación que, más allá de su aparente corrección formal, considero que no ha tenido la intención de afrontar el fondo de la cuestión planteada por los recurrentes de la postergación de la educación en valores democráticos en favor -y siendo sustituida por- la educación en valores religiosos. Una lectura omnicomprendensiva del diseño educativo implantado por la LOMCE pone de manifiesto su inconstitucionalidad, ya que (i) la asignatura obligatoria de "Educación para la ciudadanía" ha desaparecido y ha sido sustituida por las de "Valores Culturales y Sociales" o "Valores Éticos"; (ii) estas últimas se han configurado como asignaturas alternativas a la de "Religión"; y (iii) todo ello ha provocado la doble inconstitucionalidad del diseño normativo (a) por la equiparación axiológica entre el contenido de las asignaturas de "Religión" y "Valores Culturales y Sociales" y "Valores Éticos", contraria a la aconfesionalidad del estado; y (b) por la imposibilidad del alumnado que opte por la asignatura de "Religión" a acceder a una enseñanza en valores democráticos y derechos humanos, lo que implica su discriminación.

2. La desaparición de la asignatura de "Educación para la ciudadanía" y su sustitución por las de "Valores Culturales y Sociales" o "Valores Éticos"

El análisis del nuevo diseño de la enseñanza religiosa implantado por la LOMCE no puede valorarse de espaldas al hecho de la desaparición de la asignatura de "Educación para la ciudadanía". El establecimiento de una asignatura de estas características venía avalada, en el marco del Consejo de Europa, por la Recomendación CM/Rec (2002)12 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la educación para la ciudadanía democrática y la Recomendación CM/Rec (2010)7 del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre la Carta del Consejo de Europa sobre educación para la ciudadanía democrática y educación en derechos humanos. El Consejo de Estado en su dictamen 172/2013, de 19 de abril, sobre el anteproyecto de ley que después se convertiría en la LOMCE, ya apuntó que la desaparición de esta asignatura y la previsión de las asignaturas de "Valores Culturales y Sociales" o "Valores Éticos" como específicas obligatorias pero alternativas a la de "Religión" implicaría "(...) que a lo largo de toda su formación obligatoria y posobligatoria los alumnos pueden no haber cursado esa asignatura", señalando que "[a] caso procedería imponerla como obligatoria en algún momento" e incidiendo en que la mayoría de los países europeos incluyen en sus currículos educativos contenidos de formación en ciudadanía democrática y derechos humanos.

En ese contexto, por más que la opinión mayoritaria pretenda defender el mantenimiento del contenido propio de la educación de la ciudadanía democrática y en derechos humanos para su transmisión transversal en el resto de asignaturas troncales, no puede obviarse el hecho objetivo de que la desaparición de la asignatura de "Educación para la Ciudadanía" se produce con la coincidencia de que aparecen las asignaturas de "Valores Culturales y Sociales" -en la primaria- y "Valores Éticos" -en la secundaria-. Por tanto, más allá de la apelación de la existencia de una difusa transmisión transversal de los valores constitucionales, la lógica normativa lleva a pensar que en el nuevo diseño de las enseñanzas establecido por la LOMCE las asignaturas en las que se reside el contenido de la educación de la ciudadanía democrática y en derechos humanos son las de "Valores Culturales y Sociales" y "Valores Éticos". A esa misma conclusión, como se expuso

anteriormente, llegó el Consejo de Estado y viene reforzada si se comparan estas asignaturas con el contenido de las otras asignaturas alternativas que se han establecido en los diversos modelos implantados durante el actual periodo constitucional.

3. El carácter alternativo y excluyente de la asignatura de "Religión" y las asignaturas de "Valores Culturales y Sociales" o "Valores Éticos"

La opinión mayoritaria, aun reconociendo el carácter alternativo de estas asignaturas, niega la premisa de que sean excluyentes. Se argumenta que si bien aparecen en los arts. 18.3.b); 24.4.b) y 25.6.b) LOE, entre las materias del bloque de asignaturas específicas, como alternativas a elección de los padres y alumnos, sin embargo, esto no implica que indefectiblemente no puedan cursarse conjuntamente, ya que en los arts. 18.3.c); 24.4.c) y 25.6.c) LOE cabe nuevamente optar por cualquiera de ellas.

No es un argumento convincente. Hay dos elementos que permiten avalar que se trata de una mera posibilidad legal formal con la intención de evitar ese carácter excluyente pero de una viabilidad material inexistente o, al menos, muy alejada de una posibilidad real de implementación y, sobre todo, y eso es lo determinante para que defienda su inconstitucionalidad, que, en ningún caso depende de la sola voluntad de los progenitores o alumnos sino que queda en manos de la programación educativa de cada Administración educativa y colegios.

El primer elemento es la propia génesis normativa de estos preceptos. En el anteproyecto de ley que el Gobierno remitió al Consejo de Estado para informe, la regulación proyectaba solo la posibilidad de opción entre "Religión" o "Valores Culturales y Sociales" -en primaria- o "Valores Éticos" -en secundaria-. Esto es, en el anteproyecto sí se verificaba el presupuesto fáctico de que quien elegía la asignatura de "Religión" quedaba excluido en todo caso de la posibilidad de cursar "Valores Culturales y Sociales" o "Valores Éticos". En relación con ese anteproyecto, el ya citado dictamen del Consejo de Estado 172/2013, de 19 de abril, afirmó que "[h]ay que advertir que la proyectada reforma establece como optativa a la 'Religión' la materia de 'Valores Culturales y Sociales', o 'Valores Éticos', de modo que su mantenimiento, en su caso, discriminaría a los alumnos que al elegir la primera no cursarán asignatura alguna sobre valores sociales y éticos a lo largo de toda su formación". El Gobierno, asumiendo esa objeción, modificó la redacción del anteproyecto y ya en el proyecto de ley incluyó entre las asignaturas específicas, además de la opción entre "Religión" o "Valores Sociales y Cívicos" y "Valores Éticos", la posibilidad de que "[e]n función de la regulación y de la programación de la oferta educativa que establezca cada Administración educativa y en su caso de la oferta de los centros docentes" se cursara también "Religión" o "Valores Sociales y Cívicos" y "Valores Éticos" en cada uno de los cursos. Posteriormente, durante la tramitación parlamentaria, se incluyó en la ley la mención a que esa nueva elección se haría solo si los padres, madres o tutores legales o, en su caso, el alumno o alumna no han escogido la asignatura en la elección indicada en el apartado anterior.

El segundo elemento relevante es que, tal como quedó configurado el sistema en la normativa impugnada, la posibilidad real de cursar simultáneamente ambas opciones en el mismo año académico no queda absolutamente garantizada para los progenitores o alumnos. Esa posibilidad está condicionada a que, "en función de la regulación y de la programación de la oferta educativa que establezca cada Administración educativa y, en su caso, de la oferta de los centros docentes", resulte posible compatibilizar ambas asignaturas. Esto es, si bien la norma controvertida garantiza el derecho a la opción entre las asignaturas de "Religión" o "Valores Sociales y Cívicos" y "Valores Éticos" y, además, obliga a cursar alguna de ellas; sin embargo, no garantiza el derecho a que se pueda optar por cursarlas simultáneamente, al hacer depender esa posibilidad de la doble condición de, por un lado, la oferta educativa que establezca cada Administración educativa y, por otro, la oferta de cada centro docente.

Por tanto, se pone de manifiesto que (i) la intención primigenia, en atención al tradicional tratamiento de la asignatura de "Religión" cuyo estudio no puede ser impuesto, era establecer su alternatividad con las de "Valores Sociales y Cívicos" y "Valores Éticos"; (ii) la inclusión de una "posibilidad" de cursarla simultáneamente en el mismo año académico se introdujo con el fin,

precisamente, de solventar uno de los problemas de constitucionalidad ahora alegados por los diputados recurrentes; y (iii), en todo caso, esa "posibilidad" no queda garantizada a la libre decisión de los progenitores y alumnos al estar condicionada por decisiones de oferta tanto de la Administración educativa como de los centros escolares. En estas condiciones, se comprenderá mi discrepancia con un argumento, como el utilizado por la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, que no solo es meramente formal, sino que, además, omite ponderar el relevante aspecto de que en, ningún caso, se garantiza a progenitores y alumnos la posibilidad real de cursar simultáneamente ambas asignaturas.

4. La doble inconstitucionalidad del diseño normativo

La conclusión de todo lo expuesto es que considero que los diputados recurrentes tienen razón al señalar que el diseño normativo establecido en los preceptos impugnados incurre en el doble motivo de inconstitucionalidad de (i) ser contrario al principio de aconfesionalidad del Estado por establecer una equiparación material entre el contenido de las asignaturas de "Religión" y "Valores Culturales y Sociales" y "Valores Éticos", pretendiendo hacer equivalentes la enseñanza confesional y no confesional de los valores que constituyen el fundamento de la convivencia; y (ii) ser discriminatorio por no garantizar al alumnado que opte por la asignatura de "Religión" a acceder a la enseñanza en valores democráticos y derechos humanos.

El carácter discriminatorio de la norma impugnada no creo que necesite mayor desarrollo. Baste recordar la ya mencionada posición del Consejo de Estado sobre este particular. Me parece más necesario concentrarme en la vulneración del carácter aconfesional del Estado. Esta radica no solo en el hecho de la equiparación material entre las enseñanzas confesional y no confesional de los valores que constituyen el fundamento de la convivencia, sino en algo mucho más relevante: que esa equiparación conlleva que la enseñanza en valores democráticos y derechos humanos se residence en unos programas docentes y en un profesorado cuyo contenido y selección corresponde a las confesiones religiosas. La opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia incide en que uno de los contenidos esenciales del carácter aconfesional del Estado destacado por la STC 38/2007, de 15 de febrero, era que "son únicamente las iglesias, y no el Estado, las que pueden determinar el contenido de la enseñanza religiosa a impartir y los requisitos de las personas capacitadas para impartirla" (FJ 9). Es más, en esa misma sentencia se afirma que "si el Estado, en ejecución de la obligación de cooperación establecida en el art. 16.3 CE, acuerda con las correspondientes comunidades religiosas impartir dicha enseñanza en los centros educativos, deberá hacerlo con los contenidos que las autoridades religiosas determinen y de entre las personas habilitadas por ellas al efecto dentro del necesario respeto a la Constitución que venimos señalando" (FJ 9).

Como corolario de estos razonamientos, que tomo de la opinión mayoritaria, creo que el principio de la aconfesionalidad del Estado no permite hacer residenciar en programas educativos y profesorado elegidos por las confesiones religiosas la transmisión del contenido propio de los valores de la ciudadanía democrática y los derechos humanos: esto es lo que hace la ley sobre la que versa mi voto.

Finalizo. Nunca es agradable formular una opinión disidente. Representa la confesión pública de un fracaso en la capacidad de persuasión para conformar una opinión mayoritaria. La pesadumbre por la obligación -quizá debiera decir necesidad- de formular este voto particular en este caso ha llegado a su máxima expresión. La discrepancia no se produce en un asunto en que se haya perdido la oportunidad de haber convencido a un número suficiente de magistrados sobre la necesidad de que la jurisprudencia constitucional hubiera establecido un avance en la interpretación de un derecho fundamental. El fracaso de quienes pensamos así ha consistido en que ni siquiera hemos sido capaces de convencer a la mayoría de que no se consagrara lo que considero -y espero que así sea percibido por cualquier espectador objetivo- una regresión en la lucha por una sociedad democrática libre de la lacra del sexismo. Lamento que haya sido así, pero soy consciente de que solo formo parte de una inmensa minoría en la defensa de la erradicación de cualquier tipo de discriminación sexual. Me es mucho más difícil de sobrellevar la carga de que, además, esta opinión mayoritaria supone un lastre en el progreso hacia una sociedad más

igualitaria sexualmente y libre de cualquier prejuicio de binarismo sexual. Algún día, espero no muy lejano, sueño tener la posibilidad de celebrar que la sociedad se ha elevado y trascendido a cualquier tipo de segregación sexual. Mientras tanto, parafraseando al Juez Harlan en su voto particular a la *Sentencia Plessy v. Ferguson (1896) 163 US 53* hace más de 120 años -demasiado tiempo para lo poco que parece que se ha avanzado en algunos temas- solo me resta decir: cuando están en juego los derechos fundamentales de los ciudadanos, niego categóricamente a los legisladores o a los jueces la posibilidad de fijarse en su sexo o identidad sexual.

Y en este sentido emito mi Voto Particular.

En Madrid, a diez de abril de dos mil dieciocho.