

EDUCACIÓN DIFERENCIADA Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Por

CARLOS VIDAL PRADO
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Nacional de Educación a Distancia

cvidal@der.uned.es

Revista General de Derecho Constitucional 29 (2019)

RESUMEN: En este artículo se analiza la jurisprudencia del tribunal Constitucional sobre la educación diferenciada, tras un breve repaso de los antecedentes y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la medida en que la Constitución reconoce la libertad de enseñanza (artículo 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 artículo 27.2. Entre esos modelos se encuentra el de la educación diferenciada, si bien es admisible que se le exijan algunos requisitos adicionales para garantizar que se respete el principio de igualdad. Los centros que responden al modelo diferenciado podrán acceder a la financiación pública, a través de los conciertos, en condiciones de igualdad con el resto de los centros educativos, es decir, cumpliendo los requisitos y criterios que legalmente se establezcan.

PALABRAS CLAVE: Educación; igualdad; libertad de elección; diferencias por sexo; discriminación.

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. EL OBJETO DE LA CONTROVERSIA SOBRE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA. ANTECEDENTES. 1. Evolución normativa. 2. Los textos internacionales. 3. La jurisprudencia previa del Tribunal Supremo. III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA. 1. Concepto y carácter de la educación diferenciada. 2. La utilización de los textos internacionales y derecho comparado. 3. La posible vulneración del derecho o el principio de igualdad (arts. 14 y 9.2 CE). 4. El hipotético contraste con el artículo 27.2: el objeto constitucional de la educación. 5. La financiación pública de la educación diferenciada. IV. CONCLUSIONES.

SINGLE-SEX EDUCATION AND CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT: This article analyzes the jurisprudence of the Constitutional Court on single-sex education, after a brief review of the background and jurisprudence of the Supreme Court. According to the case law of the Constitutional Court, insofar as the Constitution recognises freedom of education (Article 27. 1 CE), any educational model which has as its object the full development of the human personality and respect for the principles and fundamental rights and freedoms recognised by Article 27. 2 CE is in conformity with the Constitution. Among these models is that of single-sex education, although it is permissible that some additional requirements be imposed on it in order to ensure that the principle of equality is respected. The centres that respond to the differentiated model will be able to access public financing, through agreements, in conditions of equality with the rest of the educational centres, that is to say, complying with the requirements and criteria that are legally established.

KEY WORDS: Education, equality, freedom of choice, gender differences, discrimination.

I. INTRODUCCIÓN

El debate sobre la educación diferenciada ha sido uno de los más controvertidos en los últimos tiempos en nuestro país, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia y, por supuesto, en la opinión pública. Estas disputas han llegado con frecuencia a los tribunales, de manera que ha habido numerosas sentencias, en algunos casos contradictorias, sobre la posibilidad de establecer o prorrogar conciertos por parte de las administraciones educativas con los centros docentes que han escogido la opción de educar separadamente a niños y niñas. Algunos de estos litigios llegaron ante el Tribunal Supremo, que ha emitido distintos pronunciamientos sobre la cuestión, no siempre coincidentes en su línea jurisprudencial.

El conflicto se trasladó al Tribunal Constitucional mediante dos vías: por un lado, a través de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos frente a la LOMCE por los diputados del Partido Socialista, y por un buen número de Comunidades Autónomas. Por otro lado, a través de la interposición de algún recurso de amparo por quienes se habían visto perjudicados en sus intereses, tanto por parte de la Administración educativa como por parte de los tribunales ordinarios que confirmaron la actuación de dicha Administración. Las sentencias del Alto Tribunal que resolvieron estos recursos han puesto de manifiesto discrepancias entre sus miembros, alguno de los cuales ha emitido Votos Particulares discrepantes con la opinión de la mayoría.

En las páginas que siguen abordaremos, en primer lugar, algunas cuestiones previas y los antecedentes del problema, particularmente la doctrina del Tribunal Supremo. A continuación, trataremos de analizar el contenido de la jurisprudencia constitucional, poniéndola en relación con las aportaciones doctrinales, y estudiando las discrepancias argumentales, que se han visto reflejadas en algunos votos particulares.

II. EL OBJETO DE LA CONTROVERSIA SOBRE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA. ANTECEDENTES

Las discusiones sobre la educación diferenciada se refieren, fundamentalmente, a la posibilidad de que los poderes públicos decidan no establecer (o no renovar) conciertos con determinados centros docentes no estatales, amparándose en que incluyen dentro del proyecto educativo del centro la metodología docente basada en la educación diferenciada, es decir, en la separación por sexos. Quienes se niegan a aceptar la financiación pública de este tipo de educación, e incluso discuten la propia posibilidad de que exista, se basan en diferentes argumentaciones que, directa o indirectamente,

parten de la consideración de que dicha metodología pedagógica sería incompatible, total o parcialmente, con la Constitución . Y ello por dos motivos: bien porque supondría una vulneración del principio de igualdad y, por tanto, una segregación o una discriminación injustificada por razón de sexo, lo que vulneraría los arts. 14 y 9.2 de la Constitución; bien, en una posición algo más moderada, porque no respetaría suficientemente las exigencias del que denominan “ideario educativo” de la Constitución , pues se apartaría de los fines y objetivos de la educación contemplados en el art. 27 de la Constitución, especialmente en su apartado 2. Por tanto, el primer conjunto de problemas nos debe llevar a analizar si es legítima y compatible con la Constitución la educación diferenciada como opción pedagógica.

El segundo aspecto que plantean las posiciones críticas con este modelo educativo es que, aun siendo legítima esta opción, y pudiendo considerarla incluso compatible con la Constitución, podría justificarse la exclusión del acceso a la financiación pública a los centros que han elegido dicho modelo porque se ajustaría mejor la coeducación a los fines y objetivos constitucionalmente establecidos.

Ambos grupos de objeciones son analizados por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y los trataremos en el siguiente apartado de este trabajo. Ahora, como hemos anticipado, nos gustaría apuntar algunos elementos previos para contextualizar el problema.

1. Evolución normativa

En las leyes que han desarrollado sucesivamente el contenido del art. 27 de nuestra Constitución no se ha hecho mención explícita a la educación diferenciada hasta hace bien poco, con la aprobación de la LOMCE . Siempre se ha garantizado y respetado la posibilidad de que los centros docentes no estatales tuviesen ideario (art. 15 LOECE) o carácter propio (art. 22 LODE, art. 73 LOCE, art. 115 LOE), dentro del “proyecto educativo” de cada centro. Ideario y carácter propio se consideran sinónimos por parte del Tribunal Constitucional¹, y forman parte de la libertad de creación de centros garantizada en la Constitución (art. 27.6 CE)². Ni las leyes ni la jurisprudencia hicieron mención expresa en esas ocasiones a que el modelo pedagógico de la educación diferenciada se integrase o no en el ideario, carácter propio o proyecto educativo del centro docente³.

¹ STC 77/1985 , de 27 de junio, FJ 8.

² STC 5/81 , de 13 de febrero, FJ 8.

³ CALVO CHARRO, M. (2007). “Apoyo de la jurisprudencia española a la educación diferenciada como una opción legítima dentro de la libertad de elección de centro docente de los padres”. *La Ley*, núm. 3, pp. 1639-1643.

La primera vez que la legislación educativa incluye una mención que fue interpretada por algunos como indirectamente referida a la educación diferenciada fue con el art. 84.3 de la LOE (Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación) que, sin rechazar expresamente este modelo, preveía lo siguiente: “En ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”. Junto a ello, se incluyó originariamente (y no se ha modificado por la LOMCE) una Disposición adicional vigésimo quinta, relativa al “Fomento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres”, que dice: “Con el fin de favorecer la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, los centros que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas, serán objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones recogidas en la presente Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en los convenios internacionales suscritos por España.”

En realidad, el art. 84.3 no aporta nada nuevo que no se recogiese ya en la Constitución española (art. 14 en relación con art. 9.2 fundamentalmente). Pero del juego entre los dos preceptos mencionados de la LOE se interpretó que dicha norma estaba dando preferencia a la coeducación y que, en consecuencia, el rechazo al establecimiento (o incluso a la renovación) de conciertos con centros que hubiesen optado por el modelo pedagógico de la educación diferenciada estaría amparado por la norma⁴.

La LOMCE añadió dos nuevos párrafos al art. 84.3, que pretendían zanjar las controversias surgidas en relación con los centros concertados que incluyen dentro de su proyecto educativo la educación diferenciada por sexos. En esos párrafos se dice lo siguiente:

“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

⁴ Esta interpretación es muy discutible, como ha subrayado Nuevo López. Cfr. NUEVO LÓPEZ, P. (2014), “Derechos fundamentales e ideario educativo constitucional”, en *Revista de Derecho Político*, núm. 89, enero-abril 2014, pp. 205-238.

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”.

Asimismo, la Disposición Transitoria segunda de la LOMCE otorgaba un cierto carácter retroactivo a la nueva redacción del art. 84.3 de la LOE, al disponer:

“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”.

Esta regulación no suponía una novedad, pues se alineaba con la ya vigente en otros países, como Francia, que al incorporar a su ordenamiento interno la normativa antidiscriminatoria de la UE aprobó la Ley nº 2008-496, de 27 de mayo de 2008, cuyo artículo 2.4, dispone: “Se prohíbe toda discriminación directa o indirecta fundada en el sexo en materia de acceso a bienes y servicios y de suministro de bienes y servicios”, para a continuación establecer tres excepciones a este principio (art. 2.5), una de las cuales es: “La organización de enseñanzas por agrupamiento de los alumnos en función de su sexo”.

Con la nueva versión del art. 84 quedaba claro, desde el punto de vista normativo, que la educación diferenciada es una opción que puede escogerse, dentro del carácter propio o el proyecto educativo del centro docente. Todo ello, además, manteniéndose sin cambios la primera frase de este art. 84.3 y la Disposición adicional antes mencionada. Por lo tanto, sigue primándose la coeducación, pero se quiere subrayar que la educación diferenciada es un modelo legítimo y compatible con la legislación educativa.

2. Los textos internacionales

En la polémica sobre la educación diferenciada suelen citarse numerosos textos internacionales. Uno de ellos es el mencionado en el propio art. 84.3, párrafo 2, de la LOE: la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (Adoptada el 14 de diciembre de 1960 por la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura). El artículo 2 de dicha Convención dice lo siguiente:

“En el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1 de la presente Convención:

a) La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que estos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes (...)."

Por otro lado, debemos recordar la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW, según sus siglas en inglés), de 1979, que se basó en la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer (DEDICM), de 1967, particularmente en lo que se refiere a la educación.

En la Declaración se instaba a los Estados a adoptar las medidas para equiparar los derechos educativos de hombres y mujeres, ya fuese en establecimientos de enseñanza mixta o no (Artículo 9.b) DEDICM). La Declaración reconocía la existencia de la enseñanza diferenciada, y la considera compatible con la enseñanza para ambos sexos y, en definitiva, no discriminatoria.

Por su parte, el artículo 10 c) de la CEDAW reitera ideas similares:

"Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

(...)

c) La eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza".

Estas ideas se reiteran en textos posteriores, como la Observación general del Comité de la ONU sobre derechos económicos, sociales y culturales al artículo 13 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho a la educación (de 1999), que sigue el mismo criterio que la Convención. Es decir,

admite la excepción a la regla general de la coeducación, siempre que se garantice que no supone una discriminación injustificada en los términos ya apuntados⁵.

Asimismo, la Observación General núm. 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño⁶ (de 2001) hace referencia en varias ocasiones a la necesidad de adaptación de los métodos pedagógicos a las necesidades de los niños, que permita el fomento y desarrollo de su personalidad según sus capacidades⁷, lo cual podría justificar que se utilice la educación diferenciada como método pedagógico, adaptando los centros educativos y los grupos de alumnos/as a las capacidades de los menores, buscando la mejor forma de fomentar su desarrollo personal.

3. La jurisprudencia previa del Tribunal Supremo

De la jurisprudencia del Tribunal Supremo se deducen varias etapas en lo que se refiere a la situación de la educación diferenciada en España. Antes de la entrada en vigor de la LOE en 2006, no estaba justificada la exclusión de la financiación de los centros que hubiesen optado por este modelo educativo, pues el legislador (orgánico) no había declarado expresamente la separación por sexos como motivo para excluir de la financiación pública a los centros no estatales. Por tanto, no existía discusión sobre la conformidad a la ley de la educación diferenciada⁸.

Según el Tribunal Supremo, las circunstancias cambian en 2006, con la aprobación de la LOE. A partir de la interpretación conjunta del artículos 84 y la Disposición Adicional 25ª LOE, el Tribunal entiende que se podía excluir del concierto a los centros de educación diferenciada, sin que ello supusiera una lesión de la libertad de creación de centros (y de dotarlos de ideario propio), pues el legislador estaba dando preferencia a un modelo educativo sobre el otro. Esta posición se inicia con la sentencia de 24 de febrero de 2010, a partir de la cual se sucede una serie de sentencias en la misma línea, entre los años 2012 y 2014.

Tras la modificación de la LOE llevada a cabo por la LOMCE en 2013, a la que ya hemos hecho mención, se retorna a la situación inicial, pues se vuelve a admitir de modo expreso la educación diferenciada.

⁵ Observación general núm. 13 (21º período de sesiones, 1999), U.N. Doc. E/C.12/1999/10 (1999): «En algunas circunstancias, se considerará que la existencia de sistemas o instituciones de enseñanza separados para los grupos definidos por las categorías a que se refiere el párrafo 2 del artículo 2 no constituyen una violación del Pacto. A este respecto, el Comité ratifica el artículo 2 de la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (1960)».

⁶ Observación General núm. 1. párrafo 1 del artículo 29: propósitos de la educación (CRC/GC/2001/1), 2001.

⁷ Párrafos 9 y 12 de la Observación General núm. 1.

⁸ STS 4300/2006, de 26 de junio, FJ 8.

En conjunto, estas son las conclusiones principales que se deducen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo:

a) De acuerdo con los textos internacionales (los que hemos mencionado en los párrafos anteriores, que “por mandato del artículo 10.2 de la Constitución han de informar la interpretación de las normas sobre los derechos y libertades en ella reconocidas”), se concluye que “no se puede asociar la enseñanza separada con la discriminación por razón de sexo” y entiende el Supremo que la cuestión se deja abierta a la libre voluntad del legislador nacional⁹.

En concreto, del art. 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza se deduce que “en las condiciones indicadas la enseñanza separada no discrimina por razón de sexo”. Y, por otro lado, el artículo 10.c) de la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, “no hace más que indicar que el estímulo de la enseñanza mixta es una de las posibles vías para superar los estereotipos de los papeles masculino y femenino. No hay contradicción entre ellos y es distinta la fuerza normativa que despliegan vista la estructura de uno y otro precepto. En el último caso, se afirma tajantemente que en las condiciones indicadas la enseñanza separada no discrimina por razón de sexo. En el primero, se dice que la enseñanza mixta es un medio, no el único, de promover la eliminación de aspectos de la desigualdad por razón de sexo”¹⁰.

b) A su vez, el Supremo dice que la enseñanza mixta “se trata de una opción que no puede ser impuesta. Especialmente, cuando la Constitución reconoce a los padres el derecho de elegir la educación que desean para sus hijos, garantiza la libertad de creación de centros docentes y a partir de las previsiones de sus artículos 16 y 27, la LODE ampara el derecho de los titulares de los centros privados a definir su carácter”¹¹.

c) Entiende el Supremo que la LOE (2006) “sí incluye al sexo entre las causas por las que no se podrá discriminar a los alumnos en la admisión a los centros públicos y a los concertados”, tal y como reitera en numerosas sentencias, además de la ya mencionada. Por ejemplo, en la STS 1041/2010, de 24 de febrero constata así el cambio de situación: “Es decir que la educación separada por sexos era conforme en España y estaba autorizada de acuerdo con la Convención

⁹ La citada STS 4300/2006, de 26 de junio, FJ 8, que rechazó un recurso que recurría los conciertos con varios centros, y otras posteriores.

¹⁰ STS 4300/2006, de 26 de junio, FJ 8.

¹¹ STS 3867/2008, de 11 de julio, Fundamento Jurídico Segundo. ECLI: ES:TS:2008:3867

puesto que el Estado la admitía, y desde luego así resultaba hasta la derogación de la Ley Orgánica 10/2002(...). Y desde luego hay que admitir que dejó de serlo para los Centros Docentes sostenidos con fondos públicos una vez que la Ley Orgánica 2/2006 introdujo como criterio de no discriminación en el art. 84 en el proceso de admisión de alumnos el relativo al sexo imponiendo definitivamente en esos centros el criterio de la coeducación”¹².

Por otro lado, en una sentencia que se refería a la normativa reglamentaria de la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha sobre la admisión de alumnos, previa también a la entrada en vigor de la LOE, el Supremo ya había adelantado su tesis de que “el sistema de educación diferenciada, en lo que se refiere a los centros concertados, *no forma parte del contenido esencial del derecho a la dirección que corresponde a sus titulares como una manifestación del derecho a la libertad de enseñanza reconocida en el artículo 27 CE*”, sino que “es una manifestación o faceta más de esa *competencia sobre la admisión del alumnado* que corresponde a la Administración educativa que financia dichos centros concertados; esto es, forma parte de esa intervención estatal que limita el derecho de dirección en los centros privados que reciben ayudas públicas en virtud de lo establecido en el artículo 27.9 CE”¹³.

Esta doctrina se reitera por el Supremo en diversas sentencias (varias referidas a la normativa de Castilla La Mancha), de manera que, según el Alto Tribunal, la elección de un modelo pedagógico u otro se enmarcaría dentro de un derecho de configuración legal, que no se derivaría del contenido del art. 27 de la Constitución, al entender que se trata de una cuestión referida a los criterios de admisión de los alumnos y no del ideario o carácter propio del centro¹⁴.

d) Una vez aprobada la LOMCE , se producen varias sentencias del Tribunal Supremo, todas ellas de 2017 y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo¹⁵, en las que rechaza la posición de la Junta de Andalucía, que se negaba a mantener conciertos con nueve centros de educación diferenciada. El Supremo confirma, así, que dicha actuación es contraria a la normativa vigente, además de reiterar que no puede invocarse la violación del principio de igualdad para rechazar el concierto. El Tribunal entiende que la LOMCE es “plenamente conforme” con el

¹² STS 1041/2010, de 24 de febrero, FJ 4 - ECLI: ES:TS:2010:1041

¹³ STS 2370/2008, de 16 de abril (recurso de casación núm. 675-2005), FJ 9 - ECLI: ES:TS:2008:2370. La misma argumentación se repite en otras sentencias posteriores.

¹⁴ STS 3867/2008, de 11 de julio - ECLI: ES:TS:2008:3867

¹⁵ SSTS números 2053/2017 (ECLI ES:TS:2017:2053) y 1957/2017 (ECLI ES:TS:2017:1957), de 4 de mayo de 2017 y 2049/2017 (ECLI ES:TS:2017:2049), de 8 de mayo de 2017.

principio de igualdad consagrado en la Constitución, y con las normas internacionales, afirmando que “no se puede asociar la enseñanza separada con la discriminación por razón de sexo”. Cabe subrayar que el Supremo resolvió estos casos cuando todavía no el Tribunal Constitucional no se había pronunciado todavía sobre los recursos de inconstitucionalidad contra la LOMCE que incluían, entre otros, este aspecto de la regulación de la educación diferenciada.

A pesar de lo que afirma algún magistrado discrepante en su voto particular a la STC 31/2018¹⁶, la jurisprudencia del Supremo fue bastante criticada en algunos de sus aspectos. Así, la reducción del problema de la educación diferenciada a una cuestión de configuración legal relativa al régimen de admisión de alumnos parece una simplificación inadecuada de una cuestión mucho más profunda. El modelo pedagógico de la educación diferenciada es algo más; se trata más bien de una opción metodológica que entraría dentro del ámbito del proyecto educativo o del carácter propio del centro, de modo que tiene más entidad de la que el Supremo parece darle¹⁷, y entroncaría de modo directo con el derecho fundamental a la educación, tal y como está configurado en el art. 27 de la Constitución.

Además, no parece que de la mera inclusión del término “sexo” en el artículo 84.3 LOE, en el marco de la prohibición de discriminación por diversos motivos, quepa deducir que se está pretendiendo dejar de financiar los colegios de educación diferenciada¹⁸. Como ya hemos dicho, es algo redundante con la regulación ya prevista en la Constitución, y no añade nada nuevo. Además, ni siquiera parece sostenible pensar que de la combinación de este artículo con la Disposición Adicional vigésimo quinta cabría

¹⁶ En concreto, el magistrado Xiol Ríos, en el Voto particular a la STC 31/2018, apartado I. 3. b), alude a la (discutible) jurisprudencia del Tribunal Supremo. En mi opinión, lo hace mostrando unos claros prejuicios ideológicos, que parece poner por encima de las garantías de libertad y pluralismo en el ámbito educativo que proclama el art. 27 de nuestra Constitución: “con base en la redacción originaria del artículo 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”. Tendremos ocasión de contrastar estos argumentos más adelante, pero en nuestra opinión no nos encontramos ante el supuesto de “separados pero iguales”.

¹⁷ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A. (2013). “Régimen jurídico de la educación diferenciada en España”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 31, 14.

¹⁸ Como pone de relieve COTINO HUESO, “hasta la LOE, la legislación española eludía mencionar la prohibición de discriminar por sexo en la admisión de alumnos, como si el artículo 14 CE permitiese exclusiones por no ser reiterado en la legislación”. Cfr. COTINO HUESO, L. (2012). *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 268. En el mismo sentido, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, A. (2013). “Régimen jurídico de la educación diferenciada en España”. *Op. cit.* p. 22.

deducir una exclusión de la financiación de la educación diferenciada. Al contrario, al no incluir la LOE un rechazo explícito a este modelo educativo en el artículo 84, y teniendo en cuenta la voluntad de favorecer la coeducación (expresada en la Disposición Adicional vigésimo quinta), implícitamente se estaba aceptando la posibilidad de aplicar el régimen de conciertos a los centros de educación diferenciada, puesto que se estaba estableciendo entre los dos tipos de centros un punto de comparación, que no podría determinarse si los centros de educación diferenciada hubiesen quedado, sin más, excluidos del concierto según la nueva ordenación¹⁹.

Por otro lado, tampoco parece muy acertada la conclusión que obtiene el Supremo a partir del contenido de los textos internacionales, en el sentido de que quedaría abierta la opción de excluir o no la educación diferenciada de la financiación. Parece, más bien, que del art. 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 1948, del art. 13 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de la ONU de 1966, y del art. 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sí puede deducirse la integración de la educación diferenciada dentro del contenido normativo del derecho a la educación del artículo 27 CE, al tener que interpretarlo (conforme al art. 10.2 CE) de acuerdo con dichas normas²⁰.

Una parte de la doctrina se apoyó en la jurisprudencia del Supremo para defender la exclusión de la financiación pública a los centros docentes que escogiesen este modelo pedagógico. Pero no porque pudiese identificarse educación diferenciada con discriminación injustificada por razón de sexo y, por tanto, violación del principio de igualdad. A pesar de que este es un argumento manejado con frecuencia en la opinión pública y en la política españolas, debería descartarse, si atendemos a la jurisprudencia del Supremo, a la normativa nacional e internacional y la gran mayoría de la doctrina, no solamente en España sino en otros países europeos (como Alemania²¹) y en Estados Unidos²². Es más, en caso de que la enseñanza diferenciada vulnerase realmente el principio de igualdad, como se sigue sosteniendo por parte de algunos, este modelo educativo debería ser inadmisibles con carácter absoluto, tanto en la enseñanza pública

¹⁹ NUEVO LÓPEZ, P. (2014), "Derechos fundamentales e ideario educativo constitucional", en *Revista de Derecho Político*, núm. 89, enero-abril 2014, pp. 205-238.

²⁰ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L. (2005), "Siete tesis sobre la legalidad de la educación escolar especializada por razón de sexo", en BARRIO, J.M., *Educación diferenciada, una opción razonable*, EUNSA, Pamplona.

²¹ ESTEVE PARDO, J. (2013), "Paradojas de la discriminación en materia educativa. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán de 30 de enero de 2013 sobre el modelo de educación diferenciada", *El cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 37, pp. 4-12.

²² CALVO CHARRO, M (2013), "Los colegios diferenciados por sexo en Estados Unidos: constitucionalidad y actualidad de una tendencia imparable", en *Revista de Derecho Político*, Nº 86, pp. 159-194.

como en la privada concertada y en la privada sin financiación pública, lo cual parece evidentemente rechazable.

Como ya hemos dicho, buena parte de quienes consideran que la educación diferenciada es susceptible de ser excluida de la financiación pública admiten que el argumento no puede ser el de identificarla automáticamente con una discriminación por razón de sexo, y se basan en una argumentación diferente. Según este sector doctrinal, la prohibición de discriminación por razón de sexo del artículo 14 CE “se vería respetada con tal de que las condiciones y medios en los que el centro escolar presta separadamente la educación a niños y niñas fuesen equivalentes, tal y como recuerda el artículo 1.1.c) de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de la UNESCO de 1960. El problema reside en saber si una pedagogía como la que propone la educación diferenciada, basada en una organización (general o parcial) de la enseñanza a partir de las diferencias psicobiológicas derivadas del sexo, permite —debido a la metodología de segregación por el género que implica— una garantía del derecho a la educación conforme al ideario educativo constitucional, y muy particularmente si se aleja disfuncionalmente del objetivo de una formación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, de la igualdad entre hombres y mujeres y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia”²³.

Por lo tanto, lo que parece fuera de duda, para la mayoría de la doctrina, es que no estamos ante una cuestión que debamos resolver desde la perspectiva del respeto al principio de igualdad y la prohibición de discriminación, sino desde un punto de vista más amplio, en el que tendría relevancia decisiva la existencia o no de un “ideario educativo constitucional” que pudiese condicionar las políticas de financiación pública de la enseñanza. Algunas de estas ideas se verán reflejadas en la jurisprudencia constitucional.

III. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA

Como ya hemos dicho, la inserción, por primera vez, en la Ley Orgánica de Educación (a través de la reforma articulada mediante la LOMCE), de una referencia explícita a la educación diferenciada, para justificar su financiación pública, fue uno de los elementos que motivaron la interposición de alguno de los recursos de inconstitucionalidad planteados contra dicha reforma de la LOE.

²³ ALÁEZ CORRAL, B. (2009): “El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo de la financiación pública”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86, pág. 42.

El primero de los recursos estudiado por el Tribunal Constitucional que incluye la impugnación de la regulación de la educación diferenciada, fue el planteado por más de 50 Diputados del Grupo Parlamentario Socialista contra algunos preceptos de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE), que modifica distintos preceptos de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE).

En concreto, este recurso sostiene la inconstitucionalidad de la nueva redacción del art. 84.3 de la LOE, se refiere al modelo educativo de la educación diferenciada como “educación segregada” (utilizando -en mi opinión erróneamente, como luego explicaré- un adjetivo que ya trasluce un claro tono peyorativo) y considera que es contraria al artículo 14 CE, al utilizar como criterio en la admisión de alumnos el de la diferenciación por sexos, sin que esté especialmente justificada la conveniencia de dicha separación²⁴. Asimismo, se alega que este modelo pedagógico no respetaría el que algunos denominan “ideario educativo constitucional”²⁵, que correspondería al contenido del 27.2 CE, según el cual el objeto de la educación es “el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.

La doctrina sentada en la STC 31/2018, de 10 de abril, que resuelve este recurso, se reitera luego en las que abordan otros recursos de inconstitucionalidad sobre la LOMCE²⁶, y se ve ampliada en la STC 74/2018, de 5 de julio de 2018²⁷.

Las alegaciones expuestas por quienes impugnan los preceptos que se refieren a este modelo, consistente en la aplicación de un sistema que diferencia por sexos (ya sea

²⁴ Sobre el uso de la palabra “segregación” alertaba R. Navarro Valls (“Asignatura de religión y Constitución”, *El Mundo*, 24 de abril de 2018), e insiste Otaduy cuando afirma: “La moderación empieza por el lenguaje y la verdadera tolerancia se refleja en el empleo de formas de expresión que evitan agredir o estigmatizar a quienes piensan de modo diferente. Cfr. Otaduy, J., “Los conciertos educativos en la jurisprudencia española”, en Ruano Espina, L.; López Medina, A., *Antropología cristiana y derechos Fundamentales. Algunos desafíos del siglo XXI al Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, Dykinson, p. 149.

²⁵ Esta expresión fue utilizada por primera vez por el Magistrado TOMÁS Y VALIENTE, en su Voto Particular de la STC 5/1981, y luego se ha venido utilizando por un sector doctrinal.

²⁶ STC 49/2018, de 10 de mayo de 2018 (ECLI:ES:TC:2018:49), que resuelve el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Parlamento de Cataluña, respecto de diversos preceptos de la LOMCE, entre ellos la disposición transitoria segunda LOMCE, que regula la aplicación temporal del artículo 84.3 de la LOE, modificado por la LOMCE. STC 53/2018, de 24 de mayo (ECLI:ES:TC:2018:53), que resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno del Principado de Asturias. STC 66/2018, de 21 de junio (ECLI:ES:TC:2018:66), que resuelve el recurso interpuesto por el Gobierno de Canarias. STC 67/2018, de 21 de junio (ECLI:ES:TC:2018:66), que resuelve el recurso interpuesto por la Junta de Andalucía.

²⁷ Esta sentencia resuelve un recurso de amparo promovido por la asociación de padres de alumnos del colegio Torrevelo, ante la denegación del acceso y renovación de diversos conciertos, así como con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria y el auto del Tribunal Supremo que desestimaron su recurso contencioso-administrativo.

en la admisión de los alumnos, ya en la organización de la enseñanza), coinciden con los argumentos que se habían planteado en sede doctrinal:

a) por un lado, sería inconstitucional por incurrir en una discriminación injustificada vetada por el art. 14 en relación con el 9.2 CE; subsidiariamente, se apartaría del llamado “ideario educativo constitucional”, al no responder al objeto de la educación planteado en el art. 27 CE.

b) por otro, en caso de que la educación diferenciada se considerase compatible con la Constitución, mantienen que las Administraciones educativas podrían denegar la financiación pública de estos centros, bien por apartarse de lo dispuesto en los artículos 14 y 9.2 CE, bien por no responder a lo previsto en el art. 27.2 CE. A continuación analizaremos las argumentaciones principales del Tribunal Constitucional para abordar estas cuestiones.

1. Concepto y carácter de la educación diferenciada

Como cuestión previa, para valorar la constitucionalidad o no del modelo educativo que separa a los estudiantes por sexos es importante definir, primero, qué entendemos por educación diferenciada, con qué artículos de la Constitución y, especialmente, con qué apartados del artículo 27 tiene relación. El Tribunal dice que es preciso “conceptualizar” la educación diferenciada, y considera²⁸ que “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”. El Tribunal se basa para ello en que el propio art. 84.3 exige a los centros que opten por este modelo exponer las “razones educativas” que le llevan a hacerlo, excluyendo otro tipo de motivaciones. De esta manera, el Tribunal pretende desvincularlo del artículo 27.3 (“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”).

Sin embargo, no nos parece adecuado decir que se trata de algo meramente instrumental (en cuanto que criterio de selección de alumnos en la admisión) porque, como se deduce de otros pasajes de la jurisprudencia constitucional, va algo más allá: se

²⁸ STC 31/2018, FJ 4.

refiere a la “metodología pedagógica”²⁹. Esta consideración de la educación diferenciada como un elemento del ideario o carácter propio del centro, vinculado a una opción estrictamente pedagógica, había sido defendida ya por parte de la doctrina³⁰. De esta manera, puede resultar complicado, como pretende el Tribunal, distinguirlo abiertamente de las convicciones a las que hace alusión el art. 27.3. De hecho, si nos fijamos en la doctrina del TEDH en relación con el artículo 2 del Protocolo núm. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, “los padres pueden exigir del Estado el respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas”. Al añadir el término “filosóficas” al de “religiosas”, que es el que se utiliza exclusivamente en nuestra Constitución, está ampliando el espectro de situaciones que entrarían bajo ese ámbito de protección. En concreto, el TEDH entiende por convicciones filosóficas “las convicciones merecedoras de respeto en una “sociedad democrática” [...] que no son incompatibles con la dignidad humana y, además, no se oponen al derecho fundamental del niño a la instrucción, prevaleciendo la primera frase del artículo 2 sobre todo el precepto”³¹.

Como avanzábamos, la argumentación del Tribunal Constitucional no es muy congruente, pues algo más adelante dice que la educación diferenciada “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”, dejando de nuevo la puerta abierta a consideraciones ideológicas. Es más, llega a reconocer que el ideario sería el punto de confluencia entre la libertad de creación de centros y el derecho de los padres reconocido en el art. 27.2, de manera que, si bien “entre ambos no existe relación de instrumentalidad necesaria”, esto no excluye “la existencia de «una indudable interacción» entre ellos”. Como se ve, resulta algo incongruente esta argumentación, y genera algunos comentarios en los votos particulares, tanto a la STC 31/2018, como a la serie de sentencias sobre la LOMCE³².

²⁹ Míguez Macho sostiene que “la educación separada por sexos es una opción pedagógica, no un simple criterio de selección de los alumnos, a diferencia de la renta, la proximidad del domicilio o del lugar de trabajo de los padres al centro docente o la existencia de hermanos en el centro”. Cfr. MÍGUEZ MACHO, L. (2015). “La polémica sobre la compatibilidad con el principio constitucional de no discriminación por razón de sexo de los conciertos de la administración con los centros que imparten educación diferenciada”. *Persona y Derecho*, núm. 72, pp. 253-254.

³⁰ ESTEVE PARDO, J. (2013). “Paradojas de la discriminación en materia educativa”. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 37, p. 11. VIDAL PRADO, C. (2017), *El Derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*, Marcial Pons, Madrid, págs. 90-91 y 132-133.

³¹ STEDH, *Caso Campbell y Cosans contra Reino Unido*, de 25 febrero de 1982, n. 36 y n. 40.

³² Así, por ejemplo, el magistrado Valdés Dal-Ré, en el apartado 3 de su voto particular a la STC 31/2018. O el apartado 1 del voto particular de la magistrada Balaguer Callejón a la misma Sentencia, en el que se subraya la contradicción argumental al pretender un carácter meramente instrumental de este modelo educativo: “Este argumento se contradice con la afirmación que sigue en la Sentencia, por la que, integrando esta «opción pedagógica» en el ideario del centro

Por ello, nos parece que, alternativamente a lo que afirma el Tribunal, la relevancia del artículo 27.3 CE es evidente, y está vinculado al problema analizado, puesto que hay que ponerlo en relación con el artículo 9.2 CE y porque es uno de los elementos en los que se basa también la financiación de la educación básica y gratuita en los centros de iniciativa social conforme a los artículos 27.9 y 27.4 CE.

Hay otra cuestión sobre la que discrepan los magistrados que suscriben los votos particulares, y es la de la base científica para considerar que este modelo puede potenciar las competencias y habilidades de chicos y chicas³³. Mientras que el Tribunal no entra a valorar esta cuestión (aunque algún voto particular reprocha a la sentencia que toma partido³⁴, no es cierto), en los votos particulares se dice que no hay evidencias

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”.

³³ El magistrado Valdés Dal-Ré cuestiona la base científica en la que se fundamenta la educación diferenciada, reprochando que no toma en consideración, además del sexo, otras variables como las raíces culturales, el contexto socioeconómico. Cita varios trabajos científicos que respaldan su opinión, sin mencionar, claro, otros muchos que la rechazan.

³⁴ La magistrada Balaguer Callejón afirma que la sentencia, al aceptar el planteamiento de los defensores de la educación diferenciada, “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”. No sabemos en qué se basa la magistrada para afirmar esto, pero de los informes PISA justamente se deriva lo contrario. En un informe de la OCDE de 2015, basado en PISA, se constata que las chicas en colegios separados por sexo obtienen mejores resultados en matemáticas y son más proclives a asumir riesgos en sus tareas escolares. Cfr. “The ABC of Gender Equality in Education”, p. 141. Disponible en: <https://www.oecd.org/pisa/keyfindings/pisa-2012-results-gender-eng.pdf> (Última fecha de consulta, 12.02.2019). Vid. también los estudios de PAHLKE, E., J.S. HYDE and C.M. ALLISON (2014), “The effects of single-sex compared with coeducational schooling on students’ performance and attitudes: A meta-analysis”, *Psychological Bulletin*, Vol. 140/4, pp. 1042-1072. BOOTH, A.L. and P. NOLEN (2012), “Gender differences in risk behaviour: Does nurture matter?” *Economic Journal*, Vol. 122, pp. F56-F78. Hay numerosos estudios que ponen de relieve los mejores rendimientos de los centros docentes que optan por la educación diferenciada (cfr. el proyecto de investigación del Departamento de Educación de Estados Unidos, citado por Calvo Charro: RIORDAN, C. (1996), *Public Education: Issues Involving Single-Gender Schools and Programs* (Washington, D.C. General Accounting Office), que constata que la atención a las diferencias sexuales en el aprendizaje mejora la convivencia en el aula y el rendimiento académico tanto de niños como de niñas; especialmente en relación con las minorías y población económicamente deprimida. Cfr. CALVO CHARRO, M., “Los colegios diferenciados por sexo en Estados Unidos: constitucionalidad y actualidad de una tendencia imparable”. *Revista de Derecho Político*, núm. 86, p. 170.

La sensación que se obtiene con la lectura de algunos votos particulares es que se parte de prejuicios ideológicos, y se tiende a imponer la opinión propia, sin contemplar la legitimidad de otras posibles opiniones. Así, se sostienen afirmaciones que no tienen base real, como reprochar a la sentencia que se basa “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”. Ni existe tal “doctrina mayoritaria”, pues lo que puede constatarse es la división y el pluralismo doctrinal sobre esta cuestión, ni puede hablarse de que no hay excepciones, pues lo que constatamos es la diversidad de opiniones. Y, por supuesto, es totalmente falsa la apreciación que se hace en el voto particular de Balaguer Callejón en el sentido de que “cuando se habla de diferencias cognitivas, se está

científicas de que pedagógicamente el método sea mejor para lograr un mayor rendimiento de los estudiantes. Sin embargo, acierta el Tribunal Constitucional en su planteamiento, pues se trata, al menos, de una cuestión discutible, y podemos encontrar trabajos y estudios en diversas ramas del conocimiento que defienden posiciones diversas. Y, ante esta diversidad de ideas, lo que debe primar es la libertad y el pluralismo educativos, siempre que se respete el marco constitucional y, especialmente, el art. 27 y el principio de igualdad.

2. La utilización de los textos internacionales y derecho comparado

El Tribunal Constitucional, después de subrayar que el art. 27 CE debe ser interpretado a la luz de los tratados y acuerdos internacionales (conforme a lo dispuesto en el art. 10.2 de la Constitución), lleva a cabo un repaso de los principales. Descarta, además, la tesis de los recurrentes según la cual solamente han de tenerse presentes los tratados y acuerdos posteriores a la entrada en vigor de la Constitución, subrayando que el propio tribunal los ha utilizado con frecuencia en su jurisprudencia.

Del art. 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones de la UNESCO (1960), mencionado en el artículo impugnado, el Tribunal deduce 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”, sin que lo sea la opción por un modelo pedagógico de coeducación o de educación diferenciada. Por tanto, según la Convención, la educación separada por sexos no es discriminatoria, siempre que se cumplan los requisitos establecidos por el texto internacional. Recuerda el Alto Tribunal que esta tesis se reitera en 1999 por el Comité de derechos económicos, sociales y culturales de la ONU, en la ya citada Observación General núm. 13 relativa al derecho a la educación del art. 13. Por su parte, también destaca el Tribunal que la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Toda Forma de Discriminación hacia la Mujer de 1979, si bien compromete a los Estados a estimular la

haciendo referencia, en el fondo, y aunque no se explicita, a la menor capacidad de las mujeres respecto de las disciplinas científico tecnológicas”. Esto no es así: un mero repaso de algunas de las aportaciones científicas sobre la materia permite constatar que, precisamente, son las niñas las que tienen mayores capacidades que los niños en diferentes momentos de su desarrollo personal e intelectual. Es más, hay sectores feministas que apoyan la educación diferenciada: cfr. SALOMONE, R. (2004). *FeministVoices in the Debate over Single-Sex Schooling: Finding Common Ground*, 11, Mich J. Gender & L. 63, 65. HOFF SOMMERS, C. (2000). *The War Against Boys: How Misguided Feminism is Harming Our Young Men* (Simon & Schuster, New York). En fin, como sostiene Calvo Charro, la educación diferenciada “es probablemente uno de los asuntos más actuales en la lucha por la igualdad de oportunidades en el ámbito de la educación pública norteamericana, como muestra la amplia literatura académica, científica y divulgativa que constantemente sale a la luz al respecto”. Cfr. CALVO CHARRO, M., “Los colegios diferenciados por sexo en Estados Unidos: constitucionalidad y actualidad de una tendencia imparable”. *Revista de Derecho Político*, núm. 86, p. 162 y la doctrina allí citada.

educación mixta, «no es una norma prohibitiva, (...) sino de fomento, y no proscribire la existencia de otros modelos educativos». Y esta 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”³⁵.

Por tanto, del análisis de los textos internacionales se deduce, según el Alto Tribunal, que debe descartarse “el carácter discriminatorio del modelo de educación diferenciada en sí mismo considerado”. En este sentido, no parece que sean acertadas las discrepancias de algunos magistrados en sus votos particulares, al aludir a que se trata de textos internacionales ya antiguos, pues olvidan que se han reiterado en momentos más recientes, como hemos analizado ya en el apartado anterior, y además no parece justificada una supuesta “interpretación evolutiva” que llega a apartarse de la propia literalidad del texto³⁶.

A continuación, el Tribunal realiza un breve repaso por el derecho comparado, para concluir que en los Estados que se mencionan (Gran Bretaña, Francia, Alemania, Bélgica y Estados Unidos) “el modelo pedagógico consistente en una educación diferenciada por sexos no es considerado un caso de discriminación por razón de sexo”. En el caso de Estados Unidos, cita la sentencia de la Corte Suprema que resuelve el asunto *United States vs. Virginia*³⁷, que considera discriminatorios, por contrarios a la

³⁵ STC 31/2018, FJ 4.

³⁶ Así, Xiol Ríos sostiene que se ha utilizado equivocadamente el contenido de la Convención relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza de 1960, y que no se ha dado la relevancia suficiente a la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer de 1979. Entiende que debía haberse profundizado en la aplicación al caso del principio “separados pero iguales”, pues debía haberse hecho 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” (apartado I.3, b). Toda la argumentación de este magistrado se basa en que se trata de una segregación, en un sentido que ya hemos dicho erróneo, de igual modo que no es correcta la aplicación del principio “separados pero iguales”, sobre el que volveremos más adelante. Balaguer Callejón va más allá, pues afirma que se lleva a cabo “una interpretación forzada del artículo 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 40 años”. Como hemos dicho, hay normas internacionales más recientes que siguen manteniendo el mismo criterio y, en todo caso, el hecho de que haya transcurrido tiempo no quiere decir que jurídicamente hayan dejado de ser eficaces y vinculantes. Tampoco parece admisible la crítica que formula a la sentencia, en el sentido de que ésta se fundamenta la sentencia en los tratados, porque se trata de acuerdos “de mínimos, no de máximos”. Al margen de valoraciones personales, lo cierto es que el Derecho internacional es vinculante y es absolutamente correcto que los tribunales lo utilicen como base para sus argumentaciones y canon de interpretación.

³⁷ 518 U.S. 515 (1996), 6 C). Curiosamente, Xiol Ríos menciona esta misma sentencia en su voto particular, para subrayar que declara la inconstitucionalidad del carácter sólo masculino de una

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.

Sin embargo, algunos votos particulares citan otra jurisprudencia de la Corte norteamericana y pretenden establecer un paralelismo de la educación diferenciada con la segregación racial y el principio “separados, pero iguales”. Así, Valdés Dal-Ré menciona la Sentencia del Tribunal Supremo de EEUU *Brown vs. Board of Education of Topeka (1954) 347 US 483* y Xiol Ríos alude a otras sentencias de la Corte Suprema USA sobre la segregación sexual en el ámbito educativo³⁸.

Esta posición es errónea, y en general lo es la utilización que hacen del término “segregación” casi todos los magistrados discrepantes, puesto que confunden (identificándolo) el concepto de segregación con el de discriminación o separación por sexos. El Consejo de Europa ha dejado claro que son conceptos diferentes. La clave para hablar de segregación es comprobar que la separación produce un efecto negativo en los resultados, un daño a la igualdad de oportunidades en el aprendizaje. Y no es el caso de la educación diferenciada. Se echa de menos, en la argumentación del Tribunal Constitucional, esta respuesta a la incorrecta utilización del término “segregación”, usado tanto por recurrentes como por magistrados discrepantes.

Hay varios ejemplos en los informes del Consejo de Europa que confirman lo que estamos diciendo. Cuando la ECRI analiza las políticas de integración de los estudiantes inmigrantes en el ámbito educativo, presta especial atención a los resultados, y efectivamente constata que hay un mayor índice de abandono escolar y pocos finalizan la educación superior, tanto en lo que se refiere a inmigrantes en general como a la población gitana en particular³⁹.

Más claro aparece el concepto de segregación escolar para el Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa⁴⁰: debe constatarse un daño serio a las oportunidades de aprendizaje, producido por las medidas de separación tomadas en la

academia educativa militar financiada con fondos públicos, pero obviando que también se contiene en dicha decisión la afirmación citada en la Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional.

³⁸ Además de la ya mencionada en la Nota anterior (*United States v. Virginia (1996) 518 US 515*), alude a la *Mississippi University for Women v. Hogan (1982) 458 US 718*, que declara la inconstitucionalidad del carácter solo femenino de una escuela de enfermería subvencionada por el Estado.

³⁹ INFORME DE LA ECRI SOBRE ESPAÑA (quinto ciclo de supervisión), Adoptado el 5 de diciembre de 2017, Publicado el 28 de febrero de 2018, números 69-74 (inmigrantes en general) y números 86-89 (población gitana).

⁴⁰ *Fighting school segregation in Europe through inclusive education*, (Position paper), Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, 12 de septiembre de 2017. Pág. 5.

escuela. Por lo tanto, no es lo mismo discriminación que segregación. La discriminación es la causa de la segregación, pero no toda discriminación se traduce en segregación, porque no siempre la discriminación provoca pérdida de oportunidades de aprendizaje. Para hablar de segregación tiene que haber un resultado claramente perjudicial, los alumnos tendrían que salir del sistema educativo con menor bagaje formativo. Y, por tanto, con menos oportunidades laborales. Parece claro, a la luz de esta argumentación, que no puede hablarse de “segregación” en el caso de colegios que optan por la educación diferenciada, porque no está demostrado que los alumnos o las alumnas acaben aprendiendo menos. Al contrario, hay numerosos estudios que subrayan lo contrario: que resulta beneficioso para sus oportunidades de aprendizaje.

3. La posible vulneración del principio de igualdad (arts. 14 y 9.2 CE)

Ya hemos dicho anteriormente que la separación de alumnos por sexo no vulnera, *per se*, los artículos 14 y 9.2 CE, pues no puede asociarse automáticamente a una diferencia de trato injustificada⁴¹. El Tribunal Constitucional confirma esta idea, a partir de su jurisprudencia anterior sobre las posibles vulneraciones del art. 14 de la Constitución⁴², contrastándola con el nuevo art. 84 de la LOE. Tanto de los textos internacionales reseñados, como de la jurisprudencia previa, concluye lo siguiente:

a) En la medida en que la Constitución “reconoce la libertad de enseñanza (artículo 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 artículo 27.2 CE”.

b) La separación de alumnos por sexos en el proceso educativo “constituye una diferenciación jurídica entre niños y niñas, en concreto en cuanto al acceso al centro escolar”, pero responde a un modelo o método pedagógico cuyos defensores “entienden que resulta más eficaz un modelo de educación de esta naturaleza que otros”.

c) Además, el art. 84.3 “acoge expresamente la idea de discriminación en la

⁴¹ También hemos mencionado que, incluso en el ámbito doctrinal que discute la financiación pública de la educación diferenciada, se considera un error basar la argumentación en este aspecto. Cfr. ALÁEZ CORRAL, B. (2009): “El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo de la financiación pública”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86, pág. 42

⁴² Singularmente las SSTC 128/1987, de 16 de julio, FJ 7, 34/1981, de 10 de noviembre, FJ 3; 3/1983, de 25 de enero, FJ 3; 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4; además de la STC 5/1981, de 10 de febrero, esencial en el ámbito de los derechos educativos.

enseñanza que aparece en dicho texto internacional suscrito por España⁴³, considerando que el método de educación diferenciada se acomoda al modelo constitucional”.

d) Por otro lado, “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”⁴⁴, tal y como establece el propio art. 84.3. Y la existencia de un ideario educativo forma parte del contenido de la libertad de creación de centros docentes y se mueve dentro de los límites de dicha libertad.

En definitiva, el Tribunal Constitucional considera que la educación diferenciada por razón de sexo es un modelo pedagógico sobre el cual, una vez descartado que suponga una vulneración del principio de igualdad, “no puede ofrecer criterio valorativo alguno”. Pero, puesto que forma parte de ideario o carácter propio del centro que escoge esa fórmula educativa “ha de analizarse si cumple los límites del derecho de creación de centros docentes, del que, (...) nace el derecho al ideario”. De este modo, entrará a valorar si es compatible con el artículo 27 de la Constitución, singularmente el apartado 2.

Veremos esta cuestión en el siguiente apartado, pero antes me gustaría detenerme en algunos de los argumentos a los que aluden los magistrados discrepantes en relación con la supuesta vulneración del principio de igualdad.

Xiol Ríos reprocha que la sentencia no haya profundizado en el significado de la prohibición de la discriminación, porque el derecho antidiscriminatorio “es una condición esencial de la democracia misma”. En contra de lo establecido por la Sentencia, sostiene el “carácter intrínsecamente sospechoso” de la “segregación” sexual en los centros docentes privados concertados (sobre la incorrecta utilización del término segregación, me remito a lo ya dicho). Sostiene que el parámetro de control de constitucionalidad debería ser similar al de la raza como posible motivo de discriminación⁴⁵. Como ocurre en otros votos particulares, en la argumentación de este magistrado tiene gran peso el

⁴³ 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.

⁴⁴ Aquí hace referencias al concepto de ideario acuñado en jurisprudencia anterior (SSTC 5/81 , de 13 de febrero, FJ 8; 77/1985 , de 27 de junio, FJ 8

⁴⁵ Si bien admite que es distinto el parámetro de control del sexo y de la raza, entiende que “en una interpretación histórica y sistemática del artículo 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”.

contexto histórico y la situación concreta de la educación diferenciada en España. De este modo, cuando dice que los textos internacionales abogan por la implantación de la educación mixta como óptimo de igualdad sexual que “libere de cualquier tipo de prejuicios, también los sexistas, a las generaciones venideras”, y lo vincula a momentos históricos ya pasados, acaba incurriendo en sus propios prejuicios personales, basados en elementos históricos y sociales⁴⁶. No tiene por qué significar lo mismo en la actualidad la opción por este modelo educativo, ni tener las mismas motivaciones que existieron hace cincuenta o sesenta años. Y cualquier restricción del pluralismo en el ámbito educativo (como en otros ámbitos) debe fundamentarse en argumentos objetivos, dejando al margen las propias opiniones personales.

También el magistrado Valdés Dal-Ré (a cuya opinión discrepante se adhiere el Magistrado Conde-Pumpido Tourón), se remonta a leyes educativas muy antiguas, pretendiendo vincular la educación diferenciada con modelos arcaicos, incluso a la dictadura franquista⁴⁷. Esto pone de relieve un problema general que se observa en España, y que no existe en otros países: los prejuicios y estereotipos con que se aborda este debate, contaminado por algunos aspectos históricos y por la realidad que vivimos: la gran mayoría de centros docentes que hoy optan por la educación separada por sexos son centros de ideario católico. En otros países no es así (Estados Unidos⁴⁸, Reino

⁴⁶ Así, en el apartado I.3, b), dice: “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”. Se trata de una posición de principio, que podría ser cierta en determinados momentos de nuestra historia, pero que habría que demostrar que se cumple hoy en día, lo cual parece hartamente complicado. Estos prejuicios ideológicos se vuelven a manifestar en el apartado I.4.b), al reprochar “estereotipos sexistas” a la educación diferenciada, y al afirmar (erróneamente, incluso desde el punto de vista histórico) que muchos de los centros concertados “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 que “un número de estos centros están vinculados con idearios que sostienen posiciones particularistas sobre distribución de roles sociales entre los sexos”. Se trata de afirmaciones no fundamentadas que, en mi opinión, no se ajustan a la realidad y traslucen prejuicios ideológicos sobre los titulares de esos centros, que pueden tratarse de personas o instituciones con las cuales uno puede no estar de acuerdo, pero que tienen opiniones tan respetables como la nuestra y contribuyen a garantizar el pluralismo en el ámbito educativo.

⁴⁷ La vinculación de la educación diferenciada a etapas pretéritas y a supuestos retrocesos, temiendo la vuelta o el mantenimiento de estereotipos y roles de género se suele mencionar también en algunos sectores doctrinales. Así, por ejemplo, MARTÍNEZ SAMPERE, E. (2004). “La Constitución y la educación mixta igualitaria”. *XXI. Revista de Educación*, Universidad de Huelva, núm. 6, p. 57.

⁴⁸ Resulta, además, contradictorio que se haga mención a la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, cuando Estados Unidos es un país en el que se está produciendo un notable incremento de escuelas públicas de educación diferenciada. Cfr. SPIELHAGEN, F. R. Y KOHL, R. J. (2013). “School Choice - Or threat to Civil Liberties?”, en SPIELHAGEN, F. R. (ed.). *Debating Single-Sex Education: Separate and Equal?* Second Edition: Rowman & Littlefield Education, pp. 9-24; CALVO CHARRO, M. (2013): “Los colegios diferenciados por sexo en Estados Unidos: constitucionalidad y actualidad de una tendencia imparable”. *Revista de Derecho Político*, núm. 86,

Unido) y el debate, allí, es más objetivo, responde a criterios científicos, respeta el pluralismo y es mucho más favorable a la libertad de elección. En definitiva, está menos “contaminado”.

Esta identificación del modelo de la educación diferenciada con situaciones ya vividas históricamente en España, pero muy diferentes a las actuales, les lleva también a considerar los artículos impugnados como una regresión, un retorno al pasado. La magistrada Balaguer Callejón dice que “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”, confundiendo épocas y circunstancias, y olvidando que puede tratarse de un paso adelante desde el punto de vista de la libertad de elección y, por tanto, más que un retroceso, un avance. No se está obligando a nadie a optar por este tipo de educación; se trata de una opción más.

También Xiol Ríos dice, en el apartado I.4 de su voto particular, que el legislador no ha motivado suficientemente la decisión de permitir la educación diferenciada, y sostiene que este cambio supone una “situación regresiva en el estándar normativo de protección de los derechos fundamentales”, que exigiría una motivación reforzada. El problema es que no se explica por qué es una situación “regresiva”. En mi opinión, esto es incorrecto. Por dos motivos: en primer lugar, la educación diferenciada ya se permitía y, en algunas Comunidades Autónomas, se establecían conciertos educativos con dichos centros. En segundo lugar, la clarificación que aporta el nuevo art. 84.3 de la LOMCE supone precisamente lo contrario: se trata de un progreso desde el punto de vista de la libertad de elección de centros, porque se incluye expresamente en la Ley que la educación diferenciada se trata de una opción más en el ámbito educativo, ampliando de este modo la libertad de elección, y llegando a una situación más “progresiva”.

Finalmente, el Tribunal Constitucional subraya también que el art. 84 establece una garantía o cautela adicional para los centros que opten por la educación diferenciada, que considera suficiente, a pesar de que alguno de los magistrados discrepantes (Xiol Ríos) creen que se trata de cautelas o garantías poco concretas, e incluso piensan que podría servir a las administraciones educativas para justificar la no financiación de este tipo de centros. Se trata, como ya hemos comentado, de la obligación que tienen los centros que utilizan este método pedagógico de 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. Aquí sí encontramos un trato diferente para los centros que escogen este modelo con relación a los demás, pero parece que se trata de

159-194; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. (2011). “El derecho a la educación en los Estados Unidos de América”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 93, 65-106.

una cautela o exigencia proporcionada, que pretende precisamente garantizar el respeto y la promoción de la igualdad.

4. El hipotético contraste con el artículo 27.2: el objeto constitucional de la educación

A partir del art. 27.2 de la Constitución, una parte de la doctrina⁴⁹ ha asumido que dicho precepto representa el denominado “ideario educativo constitucional”, asumiendo la expresión acuñada por Tomás y Valiente en su conocido voto particular a la STC 5/81. Basándose en ese concepto, han sostenido que la educación diferenciada no serviría a dicho objetivo constitucional, y por tanto no debería financiarse con fondos públicos.

Sectores doctrinales han ido más allá, al sostener que la educación diferenciada supone “una suerte de adoctrinamiento”⁵⁰, al prescindir de una parte de la realidad social. Pero el Tribunal Constitucional sostiene 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”. Quienes sostienen que la educación diferenciada no es acorde con la Constitución están afirmando que la única compatible es la educación mixta, negando la posibilidad de elegir entre distintos modelos y, por lo tanto, limitando injustificadamente la libertad de elección e induciendo a la existencia de un único modelo en el sistema educativo, como si la única opción posible fuese la de la coeducación. Sin embargo, hay otras opciones legítimas, y la educación diferenciada parece ser una de ellas, tanto a la vista de los textos y tratados internacionales como de la legislación básica española y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, confirmada ahora en lo sustancial por el Tribunal Constitucional.

En la STC 31/2018 (FJ 4), el Alto Tribunal aborda esta cuestión con un amplio repaso de su jurisprudencia, para concluir que el modelo o método pedagógico de la educación diferenciada forma parte del ideario o carácter propio del centro, que se incorporará al proyecto educativo al que hace mención el art. 121.6 de la LOE; que este ideario educativo es una faceta de la libertad de creación de centros docentes; y que debe moverse dentro de los límites a dicha libertad, entre los que están los demás derechos fundamentales y los principios constitucionales, pero, sobre todo, en este caso, los derivados del 27.2, que exige que “la enseñanza ha de servir determinados valores

⁴⁹ ALÁEZ CORRAL, B. (2009). “El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo de la financiación pública”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86, 40.

⁵⁰ SALAZAR BENÍTEZ, O. (2016). “Educación diferenciada por razón de sexo y derecho a la educación. Sobre la inconstitucionalidad de la reforma del artículo 84.3 de la Ley Orgánica de Educación”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, pp. 468-469. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.106.12>.

(principios democráticos de convivencia...) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva”⁵¹.

Aquí es donde encontramos (como decíamos hace unas líneas) varios párrafos de la Sentencia que introducen algo de confusión en el hilo argumental del texto⁵². Mientras, como hemos dicho, el Tribunal se había afanado en situar el modelo pedagógico de la educación diferenciada exclusivamente en el plano del art. 27.6, es decir, de la libertad de creación de centros docentes y el derecho a dotarlos de ideario o carácter propio, aquí reconoce, utilizando su jurisprudencia previa, que existe una conexión indudable entre el derecho a dotar de ideario propio un centro con el derecho de los padres a elegir centro docente, y esta elección está condicionada, entre otros elementos, por la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (art. 27.3).

Ciertamente, en la STC 133/2010, dictada con ocasión de un recurso de amparo y en relación con la justificación constitucional de la escolarización obligatoria (se trataba de un caso de *Homeschooling*), el Tribunal había considerado (especialmente en los Fundamentos jurídicos 5.b), 7 y 8) que de la Constitución se derivan unas finalidades para la educación que van más allá del ámbito de la enseñanza, de manera que no es posible argumentar sobre dicho ideario únicamente en relación con cuestiones pedagógicas. Junto a la transmisión de conocimientos, para el Tribunal la referencia del art. 27.2 CE al libre desarrollo de la personalidad hace que debamos considerar dentro de las finalidades de la educación la “formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural” (FJ 7), quedando justificado un modelo de enseñanza “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).

Por tanto, resulta algo forzado, como hemos comentado ya, limitar la opción por la educación diferenciada a una cuestión meramente instrumental y con un carácter pedagógico limitado, que es lo que el Tribunal había sugerido en párrafos anteriores de la sentencia. Parece que la concepción debe ser más amplia, pues dentro del ideario habrá elementos metodológicos, pedagógicos y también ideológicos, tal y como se deduce de estos otros párrafos, que además son coherentes con la jurisprudencia anterior. El modelo pedagógico de la educación diferenciada puede que no tenga relación directa con un determinado planteamiento ideológico, pero lo cierto es que en la

⁵¹ STC 5/81, de 13 de febrero.

⁵² El Magistrado Valdés Dal-Ré, en su Voto particular (apartado I.3) subraya lo que él llama “erráticas consideraciones” del Tribunal en la sentencia, y reprocha que se “renuncia a valorar lo que constituye el verdadero núcleo de este debate constitucional”.

motivación de los padres para elegir un centro u otro sí pueden pesar criterios no solamente pedagógicos, sino también ideológicos, para optar por un centro con educación diferenciada. Lo que nos debe preocupar es no tanto si hay trasfondo ideológico o exclusivamente pedagógico, sino si el modelo encaja o no en el marco constitucional.

En definitiva, hemos de analizar este modelo de enseñanza desde la perspectiva del propio artículo 27.2 CE⁵³. En esta línea, tiene pleno sentido que el Tribunal analice si un ideario que incluye entre sus elementos la educación diferenciada es no solamente compatible con los derechos fundamentales, sino que cumpla con la obligación, derivada del art. 27.2, 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”.

Ante las dudas planteadas por los recurrentes, el Tribunal insiste en 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”⁵⁴. El Tribunal viene a recordarnos algo tan esencial como que la igualdad no debe confundirse con la supresión de toda diferencia, con lo cual se conculcarían y desconocerían algunos de los más básicos derechos individuales⁵⁵.

A partir de ahí, el Tribunal no ve necesario profundizar en esta línea argumental, y concluye esta parte reiterando que la educación diferenciada es una “opción pedagógica”, no discriminatoria, y por ello puede formar parte del derecho del centro a establecer su carácter propio. No solamente no se opone a la dignidad humana, sino que

⁵³ CÁMARA VILLAR identifica las partes del ideario educativo constitucional contenidas en el artículo 27.2 CE (CÁMARA VILLAR, G. (2002). “El derecho a la educación”. En MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M. N. (dirs.). *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. Granada: Comares, p. 982).

⁵⁴ STC 31/2018, FJ 4.

⁵⁵ NUEVO LÓPEZ, P. (2009). *La Constitución educativa del pluralismo. Una aproximación desde la teoría de los derechos fundamentales*. Oleiros (La Coruña): Netbiblo-UNED, p. 148.

resulta una opción que enriquece la oferta y permite un mayor ámbito en el que se desenvuelve la libertad de elección, lo cual permite también entender que se encuentra protegida por el artículo 2 del Protocolo núm. 1 del CEDH , que garantiza que “el Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”.

También sobre este aspecto hay discrepancias en los votos particulares. Así, por ejemplo, el magistrado Valdés Dal-Ré (apartado I.1), parte de la existencia de un “ideario educativo” en la Constitución , que supondría la “principal fuente de restricción de la libertad de enseñanza”, y entiende que la educación diferenciada no es compatible con dicho ideario⁵⁶. En el apartado I.2, al referirse al contenido del art. 27.2, lo denomina “objetivo primario y esencial del derecho a la educación”, que se trata de una descripción más adecuada que la de “ideario”⁵⁷. Apoyándose en la STC 133/2010 , sostiene que, si bien el art. 27.2 no ampara el adoctrinamiento ideológico, tampoco es neutral: constituye “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”⁵⁸. El vínculo entre el carácter “paritario” y el democrático de la educación no se deriva de la mencionada sentencia; es una opinión del magistrado, que también quiere deducir de la misma sentencia que “la educación diferenciada por razón de sexo niega el papel de la escuela como espacio por excelencia de socialización y

⁵⁶ Siguiendo a Tomás y Valiente (Voto particular a la STC 5/1981 , de 13 de febrero), afirma que “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 “. Llama la atención que, antes de analizar con argumentos si la educación diferenciada es acorde a ese “ideario constitucional” o no, ya anticipa de modo absoluto que “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”, de manera que entra en confrontación con el ideario constitucional y “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”. Es evidente que se trata de una opinión, coincidente con lo que sostienen algunos autores, pero parece plantearse más como una posición apriorística que como una conclusión de la argumentación.

⁵⁷ Cámara Villar dice que este precepto es “la máxima expresión del consenso básico sobre la educación”, que la Constitución define “asignándole un objeto (la formación plena según contenidos abiertos), una finalidad (el pleno desarrollo de la personalidad humana), unos objetivos acordes con ella y con su papel institucional en un Estado democrático (el respeto a sus principios y a los derechos y libertades fundamentales y, por tanto, la orientación positiva de fortalecer el respeto por la dignidad de la persona y los derechos humanos, capacitar para la participación libre y responsable, favorecer la tolerancia, la paz y el pluralismo ideológico, religioso y político) y unos límites (el mismo respeto a los indicados principios, definidores del orden constitucional como un todo)”. Cfr. CÁMARA VILLAR, (1989) “Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución Española”, en *Introducción a los derechos fundamentales: X Jornadas de Estudio*, Ministerio de Justicia, Madrid, Vol. III, 1989, pp. 2168-2171; (2000), “Constitución y Educación (Los derechos y libertades del ámbito educativo a los veinte años de vigencia de la Constitución Española de 1978)”, *La experiencia constitucional, 1978-2000*, CEPC, Madrid, pp. 217 y 272).

⁵⁸ STC 133/2010 , de 2 de diciembre, FJ 9.

convivencia en la igualdad desde la infancia más temprana («el respeto a los principios democráticos de convivencia», en términos del art. 27.2 CE)”. Tanto esta idea como la expuesta en el mismo sentido por la magistrada Balaguer Callejón se tratan básicamente de opiniones personales, lo mismo que cuando afirman que la educación diferenciada contribuye a perpetuar estereotipos sexistas⁵⁹. Cuando menos, se trata de afirmaciones discutibles y, en todo caso, no parece que se trate de argumentos con base jurídica sólida.

También alude a esta cuestión el magistrado Xiol Ríos (I.3.d): “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”. Esta valoración es muy discutible y no responde a la realidad. En los centros que optan por la educación diferenciada hay profesoras y profesores, en el tiempo de recreo y de comedor hay niños y niñas, y en muchos centros docentes la separación no se lleva a cabo en todos los niveles educativos. Por lo tanto, no se da la coyuntura de un “microcosmos” que sostiene el magistrado. Se trata, una vez más, de la traslación de criterios y opiniones personales a un texto que carece de argumentación jurídica.

En todo caso, el Tribunal, en su sentencia, considera que el hecho de exigir a estos centros la inclusión en su proyecto educativo de medidas específicas para fomentar la igualdad es suficiente para entender que, conforme a lo exigido por los textos internacionales, se responde a la obligación de estimular la educación que tienda a eliminar los estereotipos de sexo⁶⁰.

⁵⁹ Balaguer Callejón dice que “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”. Valdés Dal-Ré sostiene que la educación diferenciada contribuye “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”. Y concluye: “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”.

⁶⁰ STC 31/2018, FJ 4. Xiol Ríos sostiene, en el apartado I.4, que las cautelas previstas en la ley para garantizar los fines pedagógicos de este tipo de educación son, por un lado, insuficientes, y por otro, que como no serán efectivas, van a dificultar seriamente la viabilidad e implantación del sistema, puesto que las administraciones podrán rechazar el establecimiento de concertos basándose en el incumplimiento de estas garantías. Se trata de una posición incoherente, y que además contradice la realidad, puesto que no parece que se haya demostrado lo que sugiere sino, más bien, lo contrario: que esas garantías han sido suficientes para que se hayan establecido concertos.

5. La financiación pública de la educación diferenciada

El segundo ámbito planteado por los recursos contra la LOMCE se refiere a que no podría justificarse la obligación de financiar los centros que optan por la educación diferenciada en igualdad de condiciones con los centros que practican la coeducación, pues ello supondría la lesión de los artículos 14 , 9.2 y 27.2 CE. Y sería así porque este modelo educativo no contribuiría a hacer efectiva la igualdad de sexos ni tendría por objeto el respeto de los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales.

Es decir, lo que se sostiene en los recursos planteados ante el Tribunal Constitucional es que el hecho de optar por la educación diferenciada no es un dato neutro a la hora suscribir los conciertos, por lo que las Administraciones educativas deberían diferenciar entre los centros que imparten educación mixta y los que optan por una educación diferenciada, impidiendo a estos últimos acceder a los conciertos. Siguen en este aspecto a un sector doctrinal que viene sosteniendo que cabe hacer distinciones en la financiación de estos centros con relación a los que optan por la coeducación, ya que “no son iguales ni en sus objetivos ni en sus premisas”⁶¹. Por ello, los recurrentes afirman que la educación diferenciada “no podría ponerse en pie de igualdad con la mixta, dado que no contribuye -en modo alguno- a los fines constitucionalmente previstos en el art. 27.2 CE, lo que debe reflejarse, en un plano general, en un régimen jurídico diferenciado, y, en particular, debe impedirle acceder a la ayuda pública mediante un concierto educativo”.

Pero el Tribunal replica que no cabe “un derecho constitucional a ser tratado de forma diferenciada, pues el artículo 14 no ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales⁶², ni tampoco un derecho a imponer diferencias de trato. En suma, no existe un derecho fundamental a la singularización normativa”. Por ello, concluye, “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”.

A partir de ahí, el Tribunal recuerda su jurisprudencia sobre el fundamento constitucional de la financiación pública de los centros docentes no estatales, garantizando una gratuidad que no puede referirse solamente a la escuela pública,

⁶¹ ALÁEZ CORRAL, B. (2009): “Límites constitucionales a la educación diferenciada por razón de sexo en los centros escolares sostenidos con fondos públicos”, en AGUILERA VAQUÉS, M. (dir.). *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Jordi Solé Tura*. Cortes Generales, Madrid, p. 1014.

⁶² Cita numerosas sentencias: 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.

porque entonces se impediría la posibilidad de elegir a los padres el centro al que enviar a sus hijos. Esto no quiere decir que cualquier centro privado haya de ser financiado con fondos públicos, de modo que “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”⁶³. Por lo tanto, no hay un deber de ayudar a todos los centros docentes (privados) por el solo hecho de serlo “la remisión a la Ley del art. 27.9 CE puede significar que esa ayuda se realice teniendo en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales” (STC 77/1985 , FJ 11).

En la STC 31/2018 (FJ 4) se reitera 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 practicasen 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 cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva”.

Por otro lado, el Tribunal sostiene que este modelo educativo “tampoco contradice en sí mismo la obligación de los poderes públicos de promover activamente la igualdad en los términos del artículo 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 acciones positivas encaminadas a la promoción de valores”.

Sí admite el Alto Tribunal que existe una “obligación positiva de fomento de aquellas fórmulas metodológicas que contribuyan a la eliminación de los estereotipos sexistas”. Pero de ello “no se desprende en modo alguno una prohibición de ayuda a los centros docentes que utilicen como método pedagógico la educación diferenciada. No existe dato alguno que permita llegar a la conclusión de que dicho sistema, en cuanto tal, no sirve a los fines exigidos constitucionalmente, y en particular, a la conclusión de que no está inspirado en los principios democráticos de convivencia o en los derechos y

⁶³ Parte de la doctrina cuestiona, en todo caso, esta interpretación del tribunal, por considerarla restrictiva. Cfr. CALVO CHARRO, M. (2008). “Régimen de admisión a los centros sostenidos con fondos públicos”, en REQUERO IBÁÑEZ, J. L. y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. (dirs.). *Los derechos fundamentales en la educación*. Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, p. 82; DE LOS MOZOS TOUYA, I. (1995). *Educación en libertad y concierto escolar*. Madrid: Montecorvo, pp. 207-208.

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”.

Concluye este FJ 4 afirmando que “dado que las ayudas públicas previstas en el artículo 27.9 CE han de ser configuradas «en el respeto al principio de igualdad» (STC 86/1985 , FJ 3), sin que quepa justificar un diferente tratamiento entre ambos modelos pedagógicos”, 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”. Lo que supondría lesionar el principio de igualdad sería lo contrario, es decir, impedir la financiación a los centros docentes con educación diferenciada por el hecho de haber optado por este modelo pedagógico.

Esta doctrina no solamente se reitera en la serie de sentencias que abordan los recursos de inconstitucionalidad contra la LOMCE , sino que unos meses más tarde, el Tribunal la refuerza, con la STC 72/2018 , que resuelve un recurso de amparo en el cual se trataba de analizar si la Constitución española permite que las autoridades educativas denieguen la renovación del concierto por la sola razón de que el centro solicitante cuente sólo con alumnos de un mismo sexo. De nuevo nos hallamos ante dos manifestaciones de la libertad de enseñanza: el derecho a crear instituciones educativas, y el derecho de los padres a elegir el centro y la formación religiosa y moral que desean para sus hijos.

El derecho de los padres a elegir el centro y tipo de formación que desean para sus hijos tiene algunos límites, siempre que sean proporcionales. Estos se habían abordado ya en la STC 133/2010 , en la cual se dejó establecido que:

a) El derecho a la educación en su condición de derecho de libertad no alcanza a proteger «una pretendida facultad de los padres de elegir para sus hijos por razones pedagógicas un tipo de enseñanza que implique su no escolarización en centros homologados de carácter público o privado» (FJ 5, b).

b) Este derecho a elegir por parte de los padres es compatible con el establecimiento legislativo de «criterios objetivos» aplicables en supuestos de insuficiencia de plazas escolares en centros públicos y privados concertados, tal

como «la situación económica de la unidad familiar, proximidad del domicilio y existencia de hermanos matriculados en el Centro» (STC 77/1985 , FJ 5).

La educación diferenciada es una opción pedagógica de elección voluntaria, que forma parte del ideario o carácter propio del centro, es conforme a la Constitución como cualquier otro “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 artículo 27.2 CE “ (STC 31/2018 , FJ 4 a), tiene derecho a recibir ayudas públicas (art. 27.9 CE), pues éstas deben configurarse respetando el principio de igualdad (STC 86/1985 , FJ 3). La única condición será que se cumplan “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” (FJ 4 b).

La denegación de la renovación de un concierto con un centro educativo afecta a distintos apartados del art. 27: el 1, el 3 y el 6, es decir, el derecho de los padres solicitantes de amparo a elegir el centro docente y el tipo de formación de sus hijos, en relación con la libertad de creación de centros, que están interrelacionados (STC 5/1981 , FJ 8, y STC 31/2018 , FJ 4 a). Pues bien, la STC 74/2018 , en su FJ 5, dice que la decisión del Gobierno cántabro incide “de modo intenso” sobre la libertad educativa de los padres de los alumnos del colegio, pues la denegación de la renovación del concierto se ha basado exclusivamente en la opción pedagógica escogida. Esta decisión “conllevó el incremento del precio de la matrícula y de otros gastos vinculados a la escolarización. Ello dificulta o directamente impide que los padres opten libremente por la educación diferenciada, muy especialmente aquellos con menor capacidad económica”.

Como la denegación no implica “per se” que se haya vulnerado la Constitución , hay que analizar en este caso si la injerencia sobre el derecho fundamental supone una vulneración, constatando cuatro requisitos⁶⁴: a) si la medida restrictiva disponía de la correspondiente cobertura legal; b) si era susceptible de conseguir el objetivo propuesto —es decir, si es idónea o conducente para cumplir los fines pretendidos—; c) si era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; d) si era proporcionada en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada ‘por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto’.

⁶⁴ STC 11/2016 , FJ 3, refiriéndose a todos los derechos fundamentales sustantivos, con cita de las SSTC 66/1995 , de 8 de mayo, FJ 5; 206/2007 , de 24 de septiembre, FJ 6; 159/2009 , de 29 de junio, FJ 3, y 60/2010 , de 7 de octubre, FJ 9.

El Tribunal ve contradictorio que la Administración cántabra, por un lado, considere la educación diferenciada como una opción pedagógica constitucionalmente posible cuya financiación pública depende de lo que en cada momento establezca el legislador orgánico y, por otro, entienda que supone una discriminación por razón de sexo. Porque, “si entendía que la educación diferenciada es discriminatoria, debía lógicamente afirmar que este modelo educativo está, no sólo excluido de cualquier régimen de financiación pública, sino enteramente proscrito; la educación mixta quedaría impuesta *ope constitutionis* como modelo educativo único, también en los centros privados que no reciben ayudas públicas [cfr. STC 31/2018 , FJ 4 b)]”.

Dice el TC que, como no puede considerarse discriminatoria la educación diferenciada, no puede deducirse del art. 84.3 (en su versión de 2006) que, al prohibir la discriminación, esté excluyendo este modelo educativo del régimen de ayudas públicas. “El artículo 84.3 LOE no dispone que quedan fuera del régimen del concierto los colegios que desarrollen la educación diferenciada; prescribe simplemente que las decisiones de admisión no darán trato de inferioridad a personas o colectivos por condiciones personales o sociales como la raza, la religión, la opinión, el sexo o la orientación sexual”. La reiteración en la Ley Orgánica de lo ya dispuesto por la Constitución “no puede interpretarse como un cambio de régimen jurídico que pueda dar lugar a que el concierto previamente otorgado no pueda renovarse después en razón exclusivamente del carácter monoeducacional del centro solicitante.

En consecuencia, sin necesidad de aplicar el canon de proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), procede apreciar que la denegación de la renovación del concierto exclusivamente basada en la opción pedagógica del centro docente supuso una injerencia en la libertad educativa de los padres de los alumnos del colegio Torrevelo (art. 27 , apartados primero y tercero CE) que no hallaba cobertura legal en el artículo 84.3 LOE”. De alguna manera, podría deducirse de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que la posible opción por la educación diferenciada, que se inserta en el ideario educativo del centro, formaría parte del contenido esencial de la libertad de creación de centros⁶⁵.

⁶⁵ Sobre esta cuestión me he extendido en otro lugar. Cfr. VIDAL PRADO, C. *El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*, Marcial Pons, Madrid, 2017, pp. 75 y ss. También parece deducirse esta idea de la Sentencia del *Bundesverwaltungsgericht* alemán de 30 de enero de 2013 (BVerwG 6 C 6.12, [ECLI:DE:BVerwG:2013:300113U6C6.12.0]), en la que se subraya que la libertad de creación de escuelas radica precisamente en la libertad del titular para elegir sus métodos pedagógicos y fórmulas de organización, pudiendo optar por modelos diferentes a los de la escuela pública (FJ 28.3), porque de otro modo se estaría vaciando de contenido esa libertad, quedando reducido el titular de la escuela a ser un mero gestor. “Si el Estado -afirma el *BVerwG*- adoptase exigencias que rebasaran este mínimo consenso constitucional tomaría posición entonces en cuestiones debatidas sobre la concepción del mundo (*weltanschaulichen Streitfragen*) y limitaría la libertad de

En este caso, se repiten las discrepancias de algunos magistrados, que reiteran sus argumentos en los votos particulares a las distintas sentencias. En general, sostienen posiciones similares a la ya mencionada de un sector doctrinal, pero en algunos casos incurren en críticas muy agresivas a la sentencia, en mi opinión carentes de fundamento. Por un lado, defienden que sólo debería financiarse la coeducación, porque es la única que responde al “ideario educativo de la Constitución”⁶⁶. Por otro lado, mantienen que debería permitirse a las Comunidades Autónomas la posibilidad de excluirlas de financiación⁶⁷.

Existe también en algunos votos particulares⁶⁸ una confusión, cuando aprecian una contradicción entre decir, por un lado, que el derecho a la gratuidad de la enseñanza no significa que se pueda exigir la financiación de cualquier centro privado, porque “los

configuración del titular de la escuela privada de una manera que el artículo 7.4 de la Ley Fundamental le impide” (FJ 24.2 *in fine*). Asimismo, dice de modo expreso que la monoeducación “no impide la realización del objetivo educativo de la interiorización de la igualdad de género por el alumnado. No hay indicios de que exista un mínimo consenso, científicamente validado, de que la interiorización de la igualdad de género sea únicamente posible en las escuelas monoeducativas con la condición de que se adopten medidas como las propuestas por el Tribunal de instancia y el de apelación” (FJ 41 *in fine*).

⁶⁶ En el apartado 3 del Voto particular, Valdés Dal-Ré critica que la jurisprudencia constitucional impida la exclusión de la financiación pública de los centros que optan por la educación diferenciada, ya que, según él, “sólo 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” y que la “igualdad radical exige también de modo irrenunciable, para observar y cumplir con la primera finalidad de la educación consagrada por el artículo 27.2 CE, una escuela que no segregue por razón de género”. Se trata, por tanto, de una posición preconcebida, que el magistrado no fundamenta en ningún dato objetivo, y que se trata más bien de una opinión, legítimamente defendible, pero que no debe imponerse a los demás. La argumentación va incrementando su radicalidad, llegando a afirmar que “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”, y a comparar (erróneamente) la situación con el tratamiento del principio “separados pero iguales” que justificó la segregación racial en Estados Unidos. El error de partida es considerar la educación diferenciada como segregadora, lo cual no es adecuado, tal y como hemos explicado ya.

⁶⁷ Balaguer Callejón dice que “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”. Entiende que se trata de una vulneración del art. 14, en relación con el 9.2 CE. Pero, además, reprocha a la sentencia incurre en un “exceso de jurisdicción”, porque “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”. No encuentro lo paradójico de esta posición del Tribunal Constitucional: si un determinado modelo pedagógico es constitucionalmente conforme, se le debe de tratar en las mismas condiciones que a los demás modelos pedagógicos. No hacerlo así supondría tratar desigualmente supuestos iguales, lo cual es una discriminación absolutamente injustificada y por tanto, se trataría de una violación del principio de igualdad.

⁶⁸ En concreto, en el de Xiol Ríos y el de Balaguer Callejón.

recursos públicos no han de acudir, incondicionalmente, allá donde vayan las preferencias individuales” (STC 86/1985 , FJ 4); y, por otro, que la gratuidad no puede referirse solamente a la escuela pública, negándola a todos los centros privados, puesto que eliminaría la posibilidad de elegir y convertiría en obligatoria la enseñanza en centros estatales.

Esta contradicción no existe. Se trata de afirmaciones complementarias y compatibles, y es tan válida la primera como la segunda, como se encarga de explicar la sentencia. Una cosa es que no exista un derecho a ser financiado sin condiciones (el propio art. 27 remite a las condiciones que la Ley imponga) y otra que la gratuidad no puede reducirse a la escuela pública, porque ello supondría olvidarse de una de las dos dimensiones del derecho a la educación, la dimensión de derecho de libertad.

La cuestión de fondo es hasta dónde llega el margen de discrecionalidad de las administraciones educativas a la hora de establecer y/o renovar los conciertos⁶⁹. Y lo que parece claro es que no basta el solo hecho de que se haya escogido uno u otro modelo pedagógico, sino que habrá que analizar cada caso y justificarlo. En el supuesto de los centros de educación diferenciada, además, la administración deberá verificar la existencia de medidas específicas que favorezcan la igualdad, lo cual ya supone un trato diferente con relación a otros centros, y pretende ser la garantía del respeto a los principios y valores constitucionales en este ámbito.

Según los magistrados Valdés Dal-Ré y Balaguer Callejón, la STC 74/2018 reinterpretaría el art. 84.3 (en su versión de 2006), a la luz de la STC 31/2018 , atribuyendo a esta última “una facultad de irradiación de su fuerza exegética que excede, con mucho, de los efectos que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) confiere a las sentencias, en los procesos de control abstracto de la constitucionalidad de las normas con rango de ley (artículos 38 a 40 LOTC)”, pues se le estarían dando una suerte de “efectos retroactivos”. Sostienen que lo que debería haberse hecho es analizar la norma en función del “contexto político” en el que fue aprobada, la interpretación jurisprudencial que de ella había hecho el Tribunal Supremo y las reformas sucesivas. De este modo, se habría llegado a la conclusión “evidente” de que “el artículo 84.3 LOE (2006) tuvo la finalidad de impedir el acceso a la financiación con fondos públicos de aquellos centros que hubieran optado por la enseñanza de niños y niñas diferenciada por razón de sexo”.

⁶⁹ La magistrada Balaguer Callejón finaliza su argumentación afirmando que “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”. En el plano teórico, se podría compartir esta afirmación, pero cuando se pretende aplicar a este caso concreto, no podemos compartirla, pues pierde su fundamento.

Sin embargo, tan evidente no debe de ser cuando, a renglón seguido, dicen que, con una “interpretación sistemática” de la norma, y la mención específica de la coeducación como principio de atención preferente y prioritaria (DA 25ª. LOE 2006), “permitían entender que el legislador, por primera vez, se apartaba nítidamente del modelo monoeducacional”. Una cosa es apartarse del modelo, en el sentido de darle preferencia, y otra que sea “evidente” impedir el acceso a la financiación. Parece que la reforma de la LOE que se pretende tramitar en la actualidad (2019) va en la misma línea, es decir, volver a la versión del art. 84.3 de la LOE de 2006, por eso es importante analizar esta interpretación.

Es cierto que, como dicen los firmantes del voto particular y mencionó el Consejo de Estado en su Informe sobre la LOMCE , esta modificación legislativa (la de 2006) vino acompañada de un anteproyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, cuyo art. 16.2 disponía “en ningún caso los centros educativos que excluyan del ingreso en los mismos a grupos o personas individuales en razón de algunas de las causas establecidas en esta Ley podrán acogerse a cualquier forma de financiación pública”. Esta norma no llegó a ser aprobada, por lo que resulta curioso que se aluda a un precepto que, por lo demás, parece contrario a la Constitución , pues está excluyendo de la financiación pública a determinados centros educativos por un motivo que, a la luz de la propia jurisprudencia constitucional, resulta contrario a los artículos 14 y 9 de la Constitución.

Según los magistrados discrepantes, “la comprensión del artículo 84.3 LOE (2006) que formula la Sentencia aprobada por la mayoría del Pleno, no es compartida por el Tribunal Supremo, ni por el Ministerio Fiscal, ni por el Consejo de Estado en sus Dictámenes 172/2013 y 625/2011, ni por la doctrina científica”. No podemos estar de acuerdo con una generalización tan absoluta, que además es incierta, porque los informes mencionados están llenos de matices, y la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo (que, como hemos dicho, es muy discutible) no es tan concluyente. Pero lo que más llama la atención es que se aluda a la “doctrina científica”, una buena parte de la cual, al contrario de lo que se dice en el voto particular, fue muy crítica con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como ya hemos mencionado.

Los magistrados reprochan a la STC 74/2018 (en el apartado 2 del voto particular) que no aborde el análisis de las garantías exigibles a los centros de educación diferenciada (constatar que se toman las medidas necesarias para garantizar el respeto al principio de igualdad), por lo que concluyen que se da un paso más, “al dar por bueno que cualquier modalidad de educación diferenciada es compatible con la Constitución”, con independencia de los valores que pretenda transmitir. Si ya, según estos magistrados, la STC 31/2018 constituía un retroceso, ahora se retrocede más, pues el

TC estaría considerando que, incluso sin «cauteladas y garantías», la “segregación” educativa no sería un modelo discriminatorio.

Aprecian que en la STC 72/2018 se pone en relación dicho modelo educativo con cuestiones ideológicas, de manera que estaría contrariando la propia doctrina anterior, pues la elección de la educación diferenciada “pasa a integrar también el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, sin mayores justificaciones, asumiendo un cambio de criterio radical respecto de una jurisprudencia constante y reiterada hace apenas tres meses”. Concluyen así: “Al convertir lo dispuesto en el artículo 27.3 CE en un más amplio y aparentemente irrestricto derecho de los padres a elegir el centro y el tipo de formación que desean para sus hijos, se corrige la doctrina contenida en las SSTC 133/2010 , FJ 5, y 31/2018 , FJ 4, abriéndose una puerta que da acceso a un escenario tan preocupante como criticable desde la perspectiva constitucional”.

Sin embargo, no creemos que esta apreciación sea correcta. Es cierto que, como ya hemos subrayado, hay cierta confusión en el hilo argumental del Tribunal en la STC 31/2018 , pero ello no quiere decir que, en esa misma sentencia, no se admita que la libertad de creación de centros y a dotarlos de ideario propio está perfectamente interrelacionada con la libertad de los padres de elegir la formación religiosa y moral que deseen para sus hijos. Por tanto, no existe tal contradicción entre ambas sentencias. Tampoco es cierto que el derecho de los padres recogido en el art. 27.3 se convierta en “irrestringido”, porque la normativa establece requisitos y límites, desde los organizativos hasta los dirigidos a garantizar el respeto de los derechos fundamentales, y el propio Tribunal Constitucional ha avalado dicha normativa, subrayando la necesidad de que, en el concreto caso de los centros de educación diferenciada, se verifiquen medidas concretas para garantizar el respeto a la igualdad.

IV. CONCLUSIONES

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en la medida en que la Constitución reconoce la libertad de enseñanza (artículo 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 artículo 27.2 CE. Entre esos modelos se encuentra el de la educación diferenciada, si bien es admisible que se le exijan algunos requisitos adicionales para garantizar que se respete el principio de igualdad.

La opción por la educación diferenciada es un elemento que forma parte del ideario educativo o carácter propio del centro, se integra en el proyecto educativo general, y constituye una posibilidad más de libre y voluntaria elección por parte de los padres.

Forma parte del contenido de la libertad de creación de centros docentes y se mueve dentro de los límites de dicha libertad, singularmente lo establecidos en el art. 27.2, que fija el objeto y fines de la educación desde el punto de vista constitucional.

Los centros que responden al modelo diferenciado podrán acceder a la financiación pública, a través de los conciertos, en condiciones de igualdad con el resto de los centros educativos, es decir, cumpliendo los requisitos y criterios que legalmente se establezcan. El hecho de que un centro opte por la educación diferenciada no puede constituirse en un obstáculo para dicho acceso a la financiación, puesto que la educación diferenciada, *per se*, no supone una discriminación contraria al principio de igualdad.

Por tanto, de acuerdo con esta jurisprudencia constitucional, no podrá prohibirse por ley la contribución al sostenimiento a este tipo de centros, porque existe una obligación constitucional de ayuda, en régimen de igualdad, derivada del artículo 27.9 CE. Esto no quiere decir que exista un “derecho al concierto”, puesto que habrá otros elementos que puedan ser contemplados en cada caso, para priorizar la financiación en función de determinados criterios. Pero sí quiere decir que no puede alegarse, exclusivamente, como elemento para rechazar el concierto, el hecho de que un centro haya optado por la educación diferenciada. Si el legislador decidiese ayudar exclusivamente a centros educativos mixtos, estaría vulnerando la libertad de educación y la libertad de creación de centros docentes de los titulares de los centros privados de educación diferenciada. Quedaría vetada, por tanto, a la luz de la jurisprudencia constitucional una posible política de financiación pública de centros educativos que excluya a los que imparten educación diferenciada, garantizando el Tribunal Constitucional así un mayor pluralismo y un mayor espacio para la libertad de elección de centros educativos por parte de los padres.