

CONSTITUCIÓN Y EDUCACIÓN DIFERENCIADA POR SEXO: DE DÓNDE VENIMOS Y DÓNDE NOS ENCONTRAMOS

CONSTITUTION AND SEX-DIFFERENTIATED EDUCATION: WHERE WE COME FROM AND WHERE WE ARE

Álvaro SÁNCHEZ MARTÍN
Universidad Carlos III de Madrid
<https://orcid.org/0009-0008-7174-963X>

Fecha de recepción del artículo: abril 2024
Fecha de aceptación y versión final: mayo 2024

RESUMEN

Las tensiones inherentes a los derechos educativos han ocupado un lugar prominente en el escenario discursivo desde la ratificación de nuestra carta magna. Unas tensiones que dieron pie a agitados y ricos debates, cuya persistencia y dinamismo en los discursos contemporáneos continúan asombrando. Uno de los asuntos que sigue agitando los cimientos del artículo 27 de nuestra Constitución es la cuestión de la educación diferenciada por sexo. Un modelo pedagógico que, si bien parece encontrar cobijo en la libertad de enseñanza, suscita sospechas en cuanto a su posible enfrentamiento para con otros mandatos constitucionales entre los que se encuentra el propio derecho a la educación. Un modelo educativo que apenas despertó interés en los primeros años de experiencia democrática, pero en el que a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, los poderes políticos parecen haber encontrado un nuevo objeto arrojado para avivar el ya de por sí cargado enfrentamiento en materia educativa. Un debate que, a la luz de los últimos acontecimientos, promete no enfriarse.

Palabras clave: Educación diferenciada, libertad de enseñanza, derecho a la educación, principio de igualdad, financiación de centros docentes, ideario educativo constitucional, derecho de los padres a elegir centro docente, discriminación por razón de sexo.

ABSTRACT

The tensions inherent in educational rights have occupied a prominent place on the discursive stage since the ratification of our fundamental norm. These tensions have given rise to heated and rich debates, whose persistence and dynamism in contemporary discourses continue to amaze us. One of the issues that continues to shake the foundations of article 27 of our Constitution is the question of gender-differentiated education. A pedagogical model which, although it seems to find shelter in the freedom of education, raises suspicions as to its possible clash with other constitutional mandates, including the right to education itself. An educational model that barely aroused interest in the first years of the democratic experience, but in which, since the entry into force of Organic Law 2/2006, of 3 May, on Education, the political powers seem to have found a new object to fuel the already charged confrontation in the field of education. A confrontation that, in the light of recent events, promises to remain.

Keywords: Differentiated education, freedom of education, right to education, principle of equality, school funding, constitutional educational ideology, parents' right to choose school, gender discrimination.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EDUCACIÓN DIFERENCIADA: RECORRIDO LEGISLATIVO Y ¿EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL? 1. De la LOE a la LOMCE: Contextualización de la educación diferenciada por sexo. 1.1. La LOE: una cuestión de prioridades 1.2. La LOMCE: una diferenciación... ¿no discriminatoria? 2. Sobre la constitucionalidad del modelo no mixto y su financiación: la STC 31/2018, de 10 de abril. 2.1 Un derecho de los centros... ¿o de los padres? 2.2 La educación diferenciada como modelo constitucionalmente permitido. 2.3 La técnica diferenciada y financiación pública. III. LA STC 34/2023, DE 18 DE ABRIL, BAJO LA SOMBRA DEL DESCONCIERTO. IV. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN COMO LÍMITE A LIBERTAD DE ENSEÑANZA 1. Consideraciones sobre la educación diferenciada y el principio de igualdad. 2. Sobre la convivencia y el desarrollo de la personalidad. V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En apenas cinco décadas de democracia, España ha conocido ocho leyes educativas que dan fe del interés que suscita la materia que recoge el art. 27 de la Constitución Española (CE). Un artículo que da cuenta de un compendio de derechos y libertades que resultan en tensiones y desafíos propios de un Estado plural. Tensiones que han de entenderse como manifestación del fuerte debate político que subyace a la cuestión educativa y que es especialmente latente en el asunto del modelo pedagógico que diferencia al alumnado por sexo. Un modelo que, como podremos comprobar, parece haber encontrado tanto su origen como su fin en el texto constitucional. Lejos de querer introducir pretensiones que acerquen el contenido de estos párrafos al mero debate politizado, la cuestión hoy tratada necesita de un sumario análisis sobre el diferente tratamiento que ha ido recibiendo este polémico modelo pedagógico por parte de los poderes legislativo y judicial a la luz de la disparidad de interpretaciones que recaen sobre el art. 27 CE y las diferentes normas que han recogido su testigo. Una reflexión cuyo ánimo es comprender el origen de la polémica, así como el camino que ha tornado el debate jurídico alrededor de aquella para, finalmente, comprender las razones que esconden cada una de las posturas adoptadas, tanto por los diferentes autores referenciados como por nuestro Tribunal Constitucional. Un análisis que llama a comprender el estado actual del debate en razón de la legislación que se ha pronunciado, ya sea directa o indirectamente sobre aquel, así como los argumentos constitucionales mantenidos al respecto. En resumen, recoger sintéticamente en un solo texto todos aquellos elementos que forman parte del debate en torno a esta opción educativa y que, según serán expuestos, irán acompañados de concreciones personales. Así, se trata de abordar la libertad de enseñanza y el derecho a la educación desde el foco del equilibrio constitucional para ilustrar las polémicas surgidas entorno a la educación diferenciada y su confrontación con el principio de no discriminación por razón de sexo. Una controversia sobre la que finalmente aportaremos nuestra visión al debate y que, adelantamos, aun fuera de lo poco novedoso que pueda suponer la introducción de cualquier argumento, este parece no haber sido superado, al menos a la luz de la jurisprudencia constitucional más reciente.

En consecuencia, la estructura seleccionada para la exposición de los aspectos mencionados consiste en una secuencia ordenada de análisis. En primer lugar, se llevará a cabo un sucinto recorrido por los instrumentos normativos encargados de pronunciarse sobre la cuestión, seguido por una revisión de la jurisprudencia relevante que ha abordado cada etapa de su regularización. Específicamente, se prestará atención a las diversas incógnitas que surgieron en relación con las Sentencias del Tribunal Constitucional (SSTC) 31/2018, de 10 de abril, y aquellas conexas, hasta alcanzar la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 34/2023, de 18 de abril, fallo a través del cual nuestro Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de resolver todas las dudas suscitadas a raíz del conjunto de pronunciamientos emitidos en el año 2018. Todo ello para concluir sobre el estado actual del debate, revelando los puntos de controversia que persisten al contrastarse con fallos posteriores. En este sentido, se han identificado aspectos que aún generan incertidumbre y requieren una mayor clarificación jurídica. Específicamente, se han destacado aquellos elementos que presentan discrepancias con respecto a decisiones judiciales precedentes, así como las cuestiones que, a nuestro juicio, necesitarán ser revisitadas y abordadas en futuras valoraciones para su debido esclarecimiento.

II. EDUCACIÓN DIFERENCIADA: RECORRIDO LEGISLATIVO Y ¿EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL?

1. *De la LOE a la LOMCE: Contextualización de la educación diferenciada por sexo*

Para comprender con mayor detenimiento el *iter* sobre la regulación en España del modelo que nos es de interés, podemos diferenciar tres estadios regulatorios en función de la atención otorgada al mismo. En primer lugar, la situación jurídica comprendida desde la promulgación de nuestra Constitución hasta la aprobación de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), en el que la norma estatal guardaba silencio tanto sobre su legitimidad como sobre su régimen de financiación, por lo que serían las propias administraciones educativas las encargadas de decidir en qué medida los centros de educación diferenciada podían verse beneficiados por el régimen

de conciertos. En segundo término, el espacio comprendido entre la aprobación de la LOE y la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), en el que sin prohibir expresamente esta opción ni cuestionar su constitucionalidad, el Tribunal Supremo asumió que la LOE prohibía manifiestamente que los centros de educación diferenciada pudieran ser objeto de concierto. Y, finalmente, el sitio ceñido entre la introducción de la LOMCE y la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre que modifica la Ley Orgánica de Educación (LOMLOE) en el que, por primera vez, encontramos una regulación expresa sobre la legitimidad y deber de financiar los centros en tanto que la LOMCE excluía *prima facie* la posibilidad de señalar lo discriminatorio del modelo diferenciado. A partir de la LOMLOE el discurso regulatorio se torna cíclico en la medida en la que, necesariamente y ante la falta de pronunciamiento expreso sobre la inconstitucionalidad del modelo –tal y como veremos–, cualquier giro argumental nos remite a situaciones previamente experimentadas, ancladas en el pasado más reciente, ya sea en el tiempo de 2006 o en el de 2013. En lo que actualmente nos concierne, en su afán por responder a la LOMCE, la LOMLOE nos devuelve el espíritu contenido en la LOE –aunque a los ya incorporados factores de raza, sexo, religión u opinión se le suman discapacidad, edad, enfermedad, orientación sexual e identidad de género–, o al menos el sentido que le otorgó nuestro Alto Tribunal.

1.1. La LOE: una cuestión de prioridades

Independiente de que, como más detenidamente veremos, fuera nuestro Alto Tribunal el encargado de manifestarse en contra del modelo diferenciado de acuerdo con lo dispuesto en la LOE, el ordenamiento ya venía pronunciándose sobre el sexo como elemento de discriminación en el ejercicio del derecho a la educación. La Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE) formulaba expresamente en su art. 2 c) el principio de igualdad entre sexos en el desarrollo de la actividad educativa, regulando lo que hasta entonces la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se Regula el Estatuto de Centros Escolares (LOECE) y la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del

Derecho a la Educación (LODE) habían ignorado¹. Como era de esperar, el legislador democrático en sus primeros años guardó un notable mutismo en lo que atañe a la delicada cuestión de la educación diferenciada por sexo. Este tema, en su naciente etapa, permanecía sumergido en una suerte de realidad aceptada con aparente calma, o cuanto menos relegada al rincón oscuro del olvido. Las discusiones sobre el asunto eran escasas, y las voces que abogaban por una reflexión profunda se desvanecían entre el bullicio de otros debates considerados más apremiantes, lo que se tradujo en que fueran las propias comunidades autónomas las que decidieran en qué medida los centros de educación diferenciada se verían capacitados para percibir ayudas en virtud del art. 27.9 CE. Es por ello que sumergidos en este escenario de incertidumbre jurídica hallamos manifestaciones dispares de los diferentes organismos autonómicos que se expresaron sobre la posibilidad de financiar –o no– aquellos centros que apostaban por un modelo educativo que diferenciaba por sexo². De este modo, no será hasta la promulgación de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), cuando se vislumbraría de manera sutil una «potencial» regulación sobre esta materia, y es que hasta entonces la posibilidad de que la educación diferenciada pudiese ser considerada discriminatoria no había sido siquiera contemplada. Así, la LOE en su art. 84.3 disponía que en el proceso de admisión de alumnos *en*

¹ De este modo, el art. 35.1 de la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se Regula el Estatuto de Centros Escolares (LOECE) disponía que «en ningún caso habrá discriminación en el ejercicio de este derecho por razones de lenguas, raza, creencia y situación económico-social»; Siguiendo esta idea, el art. 20.2 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación (LODE), señalaba que «en ningún caso habrá discriminación en la admisión de alumnos por razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento»; y, finalmente, el art. 72.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (LOCE) aseguraba que «en ningún caso habrá discriminación en la admisión de alumnos por razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento». Cualquier referencia al sexo entre las causas de discriminación prohibidas brilla por su ausencia.

² Entre otras, tal y como establece Salazar Benítez en su estudio: Andalucía (Orden de la Consejería de Educación y Ciencia, de 16 de febrero de 1999, Decreto 77/2004, de 2 de marzo); Castilla-La Mancha (Decreto 22/2004, de 2 de marzo); Cataluña (Decreto 252/2004, de 1 de abril); Asturias (Decreto 24/2004, de 25 de marzo) o Extremadura (Decreto 23/2004, de 9 de marzo). En numerosas ocasiones, estas reglas normas invalidadas por los Tribunales Superiores de Justicia de la respectiva región autónoma Principio del formulario (2016, p. 454).

ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social enfatizando, en todo caso, en su disposición adicional vigesimoquinta que los centros que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas, serán objeto de atención preferente y prioritaria [...].

La redacción literal de la LOE no invalidaba la existencia de instituciones educativas que apostaban por un modelo como el examinado, como tampoco cuestionaba abiertamente la constitucionalidad de la educación diferenciada, comprensión que fue asumida por nuestro Alto Tribunal en múltiples ocasiones³. Como abiertamente señala el magistrado Martí García en su voto particular a la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 5492/2012, de 23 de julio, puede resultar evidente que la LOE otorgara prioridad a la coeducación, pero «no negaba ni prohibía otro tipo de educación como la educación diferenciada [...] Otra cosa será que la coeducación *fuese* prioritaria a la educación diferenciada, pero con ello también *se estaba* admitiendo la posibilidad de atención a la *misma*»⁴. Sin embargo, será esa prioridad a la que la LOE se refería la que lleve al Tribunal Supremo a resolver sobre la financiación del modelo. Recordemos que el Tribunal Constitucional había venido confirmando que el art. 27.9 CE, en su condición de mandato al legislador, no encierra derecho subjetivo alguno a percibir prestaciones públicas⁵, como tampoco lo hace el art. 27.1 CE que, al configurarse como un derecho de libertad, no puede observarse como un derecho fundamental a la subvención en tanto que el contenido prestacional de los derechos fundamentales es limitado (Martínez Blanco, 2004). De este modo, si bien el Tribunal seguía considerando que la técnica diferenciada «es tan legítima como el modelo de coeducación que preconiza la Ley» en tanto que se revela como manifestación de la libertad de enseñanza⁶, igualmente

³ Por todas, SSTTS 2223/2003, de 24 de febrero y 5498/2012, de 24 de julio.

⁴ La cursiva es nuestra.

⁵ Por todas, SSTC 77/1985, de 27 junio y 86/1985, de 10 de julio.

⁶ Si bien Celador Angón señala que la LOE fue la primera norma que prohibió expresamente la discriminación por razón de sexo en los centros financiados con fondos públicos, la norma únicamente permitía sucinta e indirectamente que las diferentes administraciones autonómicas pudieran adherirse a este fundamento para esquivar la financiación de aquellos centros que optaban por esta técnica, posición que fue posteriormente avalada por los

contemplaba que a través de su articulado la LOE prohibía el posible otorgamiento de conciertos a los centros educativos que la promovían, confirmándose la legitimidad del legislador para cercar el régimen de concesión de ayudas. Siguiendo el curso lógico de los acontecimientos, la postura del Alto Tribunal no estuvo exenta de duras críticas por parte de un ala de la doctrina, considerando que la argumentación expuesta era y es «absurda, contradictoria y arbitraria» por una sencilla razón: o los centros que cuentan con una modelo diferenciado son legítimos y por lo tanto no incurrir en discriminación alguna por razón del sexo o, en el otro extremo, incurrir en discriminación por razón del sexo por lo que de ningún modo podrán considerarse legítimos. Sintetizado esta idea en palabras de Calvo Charro: «(l)o que la razón no es capaz de entender es que la misma realidad pueda ser a la vez plenamente legítima y discriminatoria» (2015, p. 30)⁷.

1.2. La LOMCE: una diferenciación... ¿no discriminatoria?

Fue la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE) la encargada de regular expresamente, por primera vez, la cuestión de la educación diferenciada en España⁸. En esta ocasión fue para garantizar su encaje en el ordenamiento —que hasta la fecha ningún organismo había cuestionado—, así

tribunales. En cualquier caso, el profesor señala que el contexto normativo de entonces se caracterizaba por no dar eficaz respuesta a un elevado nivel de fracaso escolar como resultado de los problemas de integración de la población migrante y las manifiestas desigualdades entre los centros públicos y aquellos privados concertados. El Gobierno, para dar solución a esta situación, introdujo en el seno del Capítulo III de la LOE una serie de medidas con el objeto de que los centros concertados «asuman su compromiso social con la educación y realicen una escolarización sin exclusiones, acentuando así el carácter complementario de ambas redes escolares, aunque sin perder su singularidad». Es por este motivo por el que la LOE enfatizó la relevancia del sistema de acceso de los alumnos a los centros escolares financiados por el Estado (2019, p. 36).

⁷ Encontramos a autoridades como Esteve Pardo haciendo alusión a este mismo discurso, justificando que «si fuera una opción ilegítima —el modelo diferenciado—, habría que prohibirla; y si es legítima, lo será a todos los efectos, incluido el acceso al régimen de conciertos. En caso contrario, es el legislador el que, arbitrariamente, estaría discriminando a los centros diferenciados al no permitirles acceder al concierto en condiciones de igualdad (art. 14 CE) con los colegios mixtos» (2013, pp. 4-13).

⁸ Recordamos que, a este respecto, la aprobación de la LOMCE no supuso la introducción de una nueva ley en sentido material, sino la alteración de ciertos aspectos tratados por la LOE entre los que se encuentra la materia hoy tratada.

como la legitimidad de los centros de titularidad privada a obtener financiación pública ante lo difuso de las interpretaciones extraídas del texto de la LOE. Con la LOMCE, el 84.3 LOE encontró un nuevo camino, trazándose un nuevo escenario para la educación diferenciada. La mutación del sentido de sus letras fue mayúscula por la introducción de dos elocuentes párrafos que decían así:

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

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

El primero de ellos no supuso novedad alguna para nuestro ordenamiento jurídico en tanto que la referida Convención ya formaba parte del mismo desde su ratificación por España en 1969, por lo que su mención, más que una aclaración de conceptos (Calvo Charro, 2015, pp. 24-25) supuso una declaración anticipada de las intenciones que guiaría el sentido del párrafo que le seguía. La inclusión de este segundo párrafo, empero, sí merece nuestro detenimiento. Como era de esperar, la LOMCE se dirigía a derogar lo que anteriormente la LOE había previsto a través de su disposición adicional vigésimo quinta que imponía un trato preferente a los centros mixtos para la obtención de financiación pública⁹. En todo caso, llama la atención la fórmula adoptada por el legislador sobre el deber de los centros

⁹ Partiendo de esta consideración, la nueva LOMCE en su disposición transitoria segunda estableció que atendiendo a aquellos centros que habían sido desprovistos de concierto en virtud de lo dispuesto en la LOE, *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.*

de recoger las razones educativas por las cuales se ha inclinado por el modelo diferenciado. El enfoque adoptado por el legislador, al requerir una exposición de las razones educativas detrás de la elección de un determinado método pedagógico, parece sugerir una búsqueda de legitimación, como si la mera justificación de un centro educativo pudiera atenuar o reconciliar las discrepancias inherentes con otros principios basales. Si bien esta demanda de justificación puede crear una ilusión de legitimidad, no puede abordar el conflicto inmanente para con el resto del texto constitucional. Cuando este modelo entra en conflicto con otros bienes iusfundamentales, como la igualdad, la justificación educativa por sí sola no puede servir como un escudo absoluto¹⁰.

Tal y como Celador Angón referencia, el encaje de las novedades introducidas por la LOMCE derivó en un posicionamiento crítico por parte del Consejo de Estado al referirse a la necesidad de que aquella reforma –aún en forma de anteproyecto– contuviera «alguna previsión que *justificara* de forma objetiva y razonable la educación diferenciada, previsión que *permitiera* valorar los motivos y las razones por los que aplicando la excepción a la coeducación se favorece a la igualdad de oportunidades». El organismo subrayó que esta opción «requiere la debida justificación dada la importante alteración que supone respecto del modelo elegido hasta ahora, más si cabe teniendo en cuenta que se trata de regular el régimen de centros financiados con fondos públicos –lo que exige un mayor cuidado en la toma de decisiones–» (2015, p. 33)¹¹.

A diferencia de las normas anteriores que convivían con el modelo de educación diferenciada, la LOMCE reconocía expresamente el derecho a que los centros que siguieran este modelo pudieran obtener financiación pública. No solamente positivizaba favorablemente la postura que hacía posible la proliferación –en términos de oferta educativa– de centros con este determinado modelo, sino que señalaba al Estado como agente partícipe en el sostenimiento de aquel. En este

¹⁰ En este sentido encontramos las palabras del magistrado Valdés Dal-Ré en su Voto particular formulado a la STC 31/2018, de 10 de abril, al que se adhiere el magistrado Cándido Conde-Pumpido Tourón al pronunciarse: «El artículo 27 garantiza un derecho a la educación en libertad se encuentran delimitadas y limitadas por la necesidad de observar sin reserva alguna en ese ideario educativo y orientarse a su consecución».

¹¹ La cursiva es nuestra.

sentido, no se entienden las palabras de Calvo Charro cuando alude a que la consideración de que la exigencia de una justificación «objetiva y razonable» –tal y como exigía el Consejo de Estado y se plasmó en la redacción inicial del proyecto de Ley– «colocaría al centro diferenciado en una situación penosa» (2015, p. 36). Efectivamente, de acuerdo con la doctrina constitucional¹², se otorgaría a los centros que cumplieran con dicho modelo la carga de demostrar que aquel no supondría una confrontación directa con el art. 14 CE. Una consideración que, a juicio de los presentes párrafos, habrá de considerarse como mínima puesto que la posibilidad de identificar un elemento diferenciador expresamente recogido en la Constitución *ex art. 14 CE*, y observando que una de las principales justificaciones para permitir dicho modelo es que los centros que opten por él deben *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*, suscita, como bien apunta el magistrado Xiol Ríos–y como observaremos más detenidamente en su voto particular a la STC 31/2018, de 10 de abril– una situación «intrínsecamente sospechosa de discriminación».

En cualquier caso, las reacciones frente a esta nueva visión no tardaron en llegar. El nuevo precepto fue objeto de numerosos recursos de inconstitucionalidad planteados desde las administraciones de Andalucía, Cataluña, País Vasco, Canarias y Asturias, y por el propio Grupo Parlamentario Socialista. Sin embargo, tal y como se ha señalado hasta el momento, la doctrina de nuestro Tribunal Supremo venía considerando que esta opción pedagógica supone un rasgo peculiar de su carácter propio y, por lo tanto, no cabía asociar aquel con una actitud discriminatoria por razón de sexo¹³. Asimismo, reiteró la legitimidad plena de este modelo educativo al encontrarse amparado por el art. 2 de la Convención Internacional de la UNESCO para la lucha contra las discriminaciones en el ámbito de la educación, cuyo valor para la labor hermenéutica constitucional se desprende en favor del art. 10.2 CE¹⁴. Ante el escenario de perpetuas batallas legislativas y caos jurisprudencial, los pronunciamientos del Tribunal

¹² STC 200/2001, de 4 de octubre (FJ 4b).

¹³ STS 4300/2006, de 26 de junio.

¹⁴ STS de 24 de febrero de 2010 (casación 2223/2008).

Constitucional se hicieron esperar¹⁵. No será hasta la STC 31/2018, de 10 de abril, y demás conexas las que zanjen —o no— la cuestión sobre la constitucionalidad de la educación diferenciada por sexo y sobre la posibilidad de financiación pública a aquellos.

2. *Sobre la constitucionalidad del modelo no mixto y su financiación: la STC 31/2018, de 10 de abril*

2.1. Un derecho de los centros... ¿o de los padres?

Para comentar brevemente el sentido de este pronunciamiento, tal y como argumenta el Tribunal, cabe primeramente situarlo dentro del contexto constitucional y sus posibles desventuras para con otros preceptos de igual rango normativo. Como acertadamente captura, la cuestión obedece a las letras del art. 27.6 CE, es decir, en razón del derecho de las personas físicas y jurídicas para la creación de centros docentes. Tal y como hemos ido señalando, el Tribunal Constitucional estableció que lo dispuesto en el art. 27.6 CE no se limitaba a considerar una cuestión meramente moral o religiosa a raíz de lo dispuesto en el apartado tercero del mismo artículo. Así, excluye que la posible cobertura constitucional que pueda obtener la educación diferenciada encuentre su fundamento en derecho *ex art. 27.3 CE*, cuestión que remarca, «hubiera sucedido si la educación diferenciada pudiera ser concebida como una determinada concepción de la vida o cosmovisión con un contenido filosófico, moral o ideológico». De este modo, resume que «se trata de una faceta, aspecto o vertiente del derecho a crear centros docentes, que debe conceptuarse como un derecho de libertad, con los límites que como tal le son inherentes», sin perjuicio de que la cuestión que se aborda se encuentre vinculada al derecho de los padres a elegir el tipo de formación religiosa y moral que desean para sus hijos. De este modo, acaba resolviendo esta

¹⁵ Empezando por la STC 31/2018, de 10 de abril, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad n.º 1406-2014 interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, le siguen las SSTC 49/2018, de 10 de mayo (ante el recurso interpuesto por el Parlamento de Cataluña), 53/2018, de 24 de mayo (ante el recurso interpuesto por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias), 66/2018, de 21 de junio (ante el recurso interpuesto por el Gobierno de Canarias) y, finalmente, la STC 67/2018, de 21 de junio (ante el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía).

cuestión afirmando, felizmente, que, si bien «entre ambos no existe relación de instrumentalidad necesaria, [...] no excluye, empero, la existencia de una indudable interacción entre ellos».

No obstante, esta decisión será eventualmente cuestionada en su poco posterior pronunciamiento STC 74/2018, de 5 de julio, al admitir que la decisión de no continuar con el concierto vulneraba directamente «*el derecho de los padres a no ser discriminados ideológicamente* (art. 14 CE), por tomar en consideración exclusivamente una concreta opción pedagógica –educación diferenciada–» Fundamento Jurídico (FJ) 5¹⁶. Asistimos perplejos a una *retorsio argumenti* difícil de superar. Si por medio de su STC 31/2018 el Tribunal había confirmado que esta opción educativa era eso, una mera opción instrumental de carácter pedagógico –independiente de que un determinado grupo de sujetos con un sesgo ideológico determinado simpatice con aquella–, no cabe entender que pocos meses después se recurra al art. 27.3 CE como objeto de ponderación y, para mayor escarnio, falle en favor de sus letras (Navas Sánchez, 2019, p. 480).

2.2. La educación diferenciada como modelo constitucionalmente permitido

Seguida de esta consideración, el argumento del Tribunal se presenta por medio de un breve comentario al apéndice introducido por la LOMCE que toma prestado el art. 2 de la Convención de la UNESCO de 1960 relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza. Ya nos hemos referido a cómo la LOMCE encaja un párrafo que ya formaba parte del ordenamiento español desde la ratificación de la Convención en 1969; líneas sobre las cuales el Tribunal fundamentará –exclusivamente– su posición sobre la constitucionalidad del modelo superando los argumentos de los interesados, a saber: a) que la Convención de 1960 es preconstitucional, por lo que es hartamente improbable que sea posible extraer consecuencias favorables a este tipo de educación; b) en cualquier caso, la Convención hace referencia a que la consideración que la excepción formulada en el art. 2 está condicionada al caso de que el Estado ratificador permita esta forma pedagógica; y c) la Convención de 1979 expresa –texto

¹⁶ La cursiva es nuestra.

postconstitucional–, un cambio de criterio evidente, en favor –fomento– de la educación mixta. Sin embargo, sería menester detenerse en el propio *ser* de la Convención para intentar orientar el sentido de su utilización como elemento hermenéutico y llegar a una conclusión más sólida. De lo contrario, su recurso devendría estéril en foro jurídico. En este sentido, los textos de Celador Angón son esclarecedores. A su entender, la Convención tendría por objeto esquivar la compleja problemática inherente a la escolarización conjunta de alumnos del mismo sexo en países que no cuentan con los recursos necesarios para prevenir la violencia o el acoso por razón de sexo en la escuela, por lo que su consideración para la legitimación de esta opción en el contexto español sería más que forzoso (2019, p. 42).

En todo caso, el Tribunal consideró que no podía ofrecer criterio valorativo alguno sobre el modelo diferenciado en tanto que «se presenta como un determinado tipo o modelo pedagógico». En este sentido creemos poco oportunas las palabras de Balaguer Callejón en su opinión particular. Llama la atención cómo, en lo que respecta a la educación diferenciada, la magistrada construye su razonamiento contrario a la constitucionalidad del modelo a través de la cientificidad de la opción educativa. En sus palabras, «querer transformar en verdad jurídica una falsedad científica manifiesta». Si bien podemos estar de acuerdo en que no existe base científica alguna en el fundamento para la justificación de la diferenciación, esta no es excusa para poder considerar su inconstitucionalidad bajo esta única premisa, simple y llanamente porque el mismo argumento cabría implorar para cualquier otra opción pedagógica. El afirmar que el presente debate no corresponde a «una cuestión jurídica, sino a una cuestión científica» supondría constreñir el contenido del art. 27.6 CE en cuanto se requiere de una certeza científica –de grado indeterminado– para determinar la constitucionalidad de cualquier método pedagógico, debate que no es propio de este órgano. Ahora bien, el Tribunal sí debe emitir juicio sobre el impacto que el mero ejercicio del modelo profesa sobre el conjunto del texto constitucional. En este sentido, no necesitaríamos hacer ninguna referencia sobre la evidencia de que una opción pedagógica no sería permitida si la misma fuera contraria a cualquier otro derecho fundamental o si, sin vulnerarlo de forma flagrante, incumpliera la obligación derivada del

artículo 27.2 CE. A este respecto, el Tribunal subraya que, tal y como señala la referida Convención, 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, consideración que sigue arrastrando exactamente la misma problemática: asumir que la Convención de 1960 encaja dentro de los valores y principios constitucionales. Sin embargo, quizás lo más llamativo del pronunciamiento sea la ausencia de análisis sobre las medidas que prometen «equiparar» el modelo diferencial del mixto. Recordemos que la LOMCE especificaba que la adopción de este modelo debía venir acompañado de una política interna del centro que fomentara la igualdad, una declaración que se presume en sí reveladora por la sencilla razón de que delata al modelo diferencial como incompatible con el principio de igualdad y, por lo tanto, su más que probable inconstitucionalidad. Si el modelo se presume perfectamente constitucional en tanto no se observa zozobra alguna del art. 14 CE al existir algún tipo de «plan preventivo» que permite equilibrar la situación antes de que aquel pueda verse quebrado, no se entiende la omisión de su examen. Por otra parte, tampoco se comprende cómo, en el supuesto de confirmar su incompatibilidad con el principio de igualdad, aquella opción pedagógica puede salvarse por medio de unas acciones «correctoras» indeterminadas cuyo control resultaría insoportablemente líquido. Atendiendo a estas consideraciones, y rescatando la sugerencia de que la discusión sobre la constitucionalidad del modelo tendría que haberse construido a través de la argumentación sobre el posible ajuste de la Convención de 1960 a lo dispuesto en la Norma Fundamental, el Tribunal debería haber considerado si aquellas medidas a las que se hacen referencia pueden ser suficientes para salvar su constitucionalidad. Por estas razones, y yendo más allá de lo que dispone el magistrado Xiol Ríos, no es que el modelo sea «intrínsecamente sospechoso de discriminación», sino que, por su configuración, el legislador reconoce su carácter discriminatorio.

En resumen, el carácter de la Convención no supone medio para amparar la diferenciación en las aulas. Una cosa es que este precepto de la LOMCE pueda encajar con el espíritu de la Convención, y otra muy distinta es que ésta última sea coherente con el mandato constitucional (Celador Angón, 2015, p. 28). De hecho, el

reconocimiento explícito de la necesidad de introducir mecanismos correctores que hagan salvar el modelo nos lleva a considerar que este método pedagógico supone, *per sé*, una forma de discriminación.

2.3. La técnica diferenciada y financiación pública

Una vez justificada –más que argumentada– la constitucionalidad del modelo, el asunto ahonda sobre el deber de las administraciones de financiar aquel a la luz del art. 9.2 CE y el deber que recoge sobre la promoción activa de la igualdad. El tribunal asumía que al invocar la LOMCE el Convenio mencionado y exigir que aquellos centros que adopten este modelo debían exponer en su proyecto educativo «las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad», el mandato constitucional se veía saciado; y en tanto que esta opción educativa resultaba acorde con el contenido de la Carta Magna y el mismo art. 27.9 CE no configura ningún límite al legislador a la hora de regular la financiación a los centros privados, el Tribunal deduce que nada parece indicar que los centros con proyectos no mixtos no puedan optar a la financiación pública. El Tribunal, más allá de determinar su constitucionalidad, fija 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)» y por lo tanto «sin que quepa justificar un diferente tratamiento entre ambos modelos pedagógicos», trasladando gratuitamente la cuestión sobre la configuración de una posible opción legislativa a una estricta obligación constitucional de financiación ante el asombro de los magistrados discrepantes¹⁷. Aquí es donde verdaderamente habría que formular la pregunta sobre la cual los partidarios de este polémico modelo sostienen su postura: ¿olvida acaso el Tribunal la distinción jurídica entre diferencia de trato y discriminación? A lo que nosotros añadimos: en tanto que no se compromete el derecho de ningún padre ¿acaso es posible *discriminar* una opción pedagógica?

¹⁷ En este sentido revisar las objeciones de Valdés Dal-Ré en su afortunado voto particular al exponer que la postura adoptada por el Tribunal «extiende su juicio al legislador futuro –e igualmente al legislador de la LOE 2006–, al que veta la adopción de una política de financiación pública de centros educativos privados que excluya a los que imparten la educación diferenciada».

En todo caso, partimos de la afirmación de que el modelo no mixto es perfectamente constitucional, pero, ¿es aquello suficiente para poder derivar que cualquier modelo legítimo ostenta un derecho a percibir financiación pública? ¿Cabe establecer una relación causal entre la constitucionalidad del modelo y el derecho a percibir ayudas públicas? Una cosa es poder determinar que todos los centros sean, *a priori*, susceptibles de ser sujetos con derecho a percibir ayudas, y otra muy distinta es que haya deber de auxiliar a todos y cada uno de los centros docentes por el mero hecho de serlo. Martínez Blanco (2004), es claro al respecto al expresar que la remisión a la ley que realiza el art. 27.9 CE no deja margen a otra posible interpretación y es que así venía entendiéndolo el propio Tribunal Constitucional¹⁸. De este modo, la consideración realizada por la mayoría de los magistrados no es que fuere opuesta a lo que venía expresando hasta el momento el mismo órgano, sino que neutralizaba por completo el sentido propio del art. 27.9 CE.

Sea como fuere, hemos hecho referencia a cómo los autores que se pronuncian en favor del modelo diferenciado se escandalizan al observar posturas en las que convive la idea de que esta opción pedagógica se adecúa a las letras constitucionales y al mismo tiempo se defiende la capacidad del legislador para limitar o excluir la financiación de los centros que opten por la misma¹⁹. Si bien esta percepción puede parecer algo ambigua, también cabe considerar su validez y justificación en tanto que rompe con el fundamento aludido por el Tribunal. Este argumento de comprensión holística es perfectamente plausible si aceptamos que este modelo educativo puede ser privado de financiación pública en tanto que es una opción válida entre muchas tantas otras –método tradicional, conductista, experiencial, cognitivista, constructivista, *etc.*–, lo que no implica que los poderes públicos tengan la obligación de acogerse a todas ellas simplemente porque respondan al mandato del art. 27.1 y 27.2 CE. La cualidad de los argumentos que hoy nos son relevantes responde a la idea de

¹⁸ Entre otras, SSTC 77/1985, de 27 junio y 86/1985, de 10 de julio.

¹⁹ Esta consideración es observada, entre otros, por Vidal Pardo quien defiende la absoluta constitucionalidad del modelo a partir de la cobertura constitucional que, a su entender, otorga la libertad de enseñanza en su sentido amplio *ex art.* 27.1 CE, y en concreto, el juego de los párrafos tercero y sexto del mismo precepto.

que la financiación de uno o varios métodos pedagógicos supone la adhesión a una política de financiación concreta, cuya justificación por parte del poder ejecutivo deberá ser amparada por los valores y principios constitucionales. Estas opciones son, en definitiva, expresión del pluralismo político (art. 1.1 CE), y al igual que con el resto de opciones pedagógicas, si bien de acuerdo con lo que el Tribunal ha explorado la técnica diferenciada puede confirmarse en sintonía con el texto constitucional, puede igualmente pensarse que la misma no es la mejor herramienta para la promoción de los principios de igualdad, convivencia o desarrollo de la persona, y consiguientemente, objeto susceptible de ser privado de financiación pública.

III. LA STC 34/2023, DE 18 DE ABRIL, BAJO LA SOMBRA DEL DESCONCIERTO

Como sumariamente se ha señalado, la reciente aprobación de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre (LOMLOE) vuelve a situarnos en el orden educativo previo a la LOMCE, es decir, en aquel tiempo en el que el legislador prohibía la posibilidad de conferir ayudas públicas a los centros que opten por un modelo educativo no mixto. Sin embargo, como brevemente hemos apuntado, el Tribunal Constitucional en su STC 31/2018, de 10 de abril, no solo falló en favor de la constitucionalidad de la educación diferenciada, sino que estableció el deber constitucional de financiar a los centros promotores «sin que quepa justificar un diferente tratamiento entre [...] modelos pedagógicos». La técnica diferenciada es considerada así parte de la libertad de enseñanza (27.1 CE), y más concretamente, en el derecho de las personas físicas y jurídicas a la creación de un centro con un carácter propio (27.6 CE). Llegados a este punto cabe preguntarse sobre la capacidad del legislador democrático para contradecir aquel deber, aun remarcando que el Tribunal Constitucional no es legislador, y solo cabía esperar de él pronunciamiento sobre la adecuación o inadecuación del precepto a la Constitución²⁰.

Como era de esperar, el «reestreno» de las modificaciones implementadas a través de la LOMLOE sobre el artículo que suscita nuestro interés resultaron en la interposición de un recurso de incons-

²⁰ En esta línea se pronuncia el voto particular de la magistrada Encarnación Roca Trías a la STC 31/2018, de 10 de abril.

titucionalidad, proporcionando al Tribunal Constitucional una nueva oportunidad para reflexionar sobre el asunto y cerrar el debate de una vez por todas. Asistíamos a la apertura de un nuevo tiempo que permitía resolver algunas deficiencias y contradicciones que parecían haberse magnificado. La desilusión, empero, no ha sido menor. Si bien en la STC 34/2023, de 18 de abril, encontramos aspectos que, efectivamente, merecen ser reconocidos, no podemos ignorar otras muchas cuestiones que necesitan ser sometidas a cavilación.

La principal alegría vendría de la rectificación del Tribunal sobre la obligación de financiar todos y cada uno de los diferentes modelos pedagógicos por el mero hecho de «ser constitucionales», tal y como había tanteado en su STC 31/2018, de 10 de abril. En esta ocasión, se reconoce sin tapujos un «trato diferente» en la financiación entre los centros educativos que separan al alumnado por razón de su sexo y los que no, siempre y cuando su justificación sea «razonable»²¹. En este sentido, la mayoría de los magistrados entienden que en la medida en que el inciso 1 del apartado 1 de la disposición adicional vigesimoquinta de la LOE expone que el ánimo de sus letras responde al «favorecimiento de la igualdad de derechos y oportunidades y el fomento la igualdad efectiva entre hombres y mujeres», el trato distinguido es perfectamente admisible. Si bien es cierto que la decisión del legislador obedece a «una concepción ideológica del sistema educativo», aquella no puede ser «tachada de arbitraria» en la medida en que «está inspirada en valores constitucionales». Si bien podemos estar de acuerdo en su razonamiento, hay dos cosas que nos llaman profundamente la atención. En primer lugar, no se comprende que el Tribunal se dedique a examinar que la posibilidad de que la incapacidad de algunos centros para obtener ayudas públicas pudiera ser «contraria a la igualdad» y a su vez no se detenga a reflexionar sobre la incompatibilidad del modelo no mixto con el mismo principio. Si en ocasiones pasadas había considerado que el modelo era constitucional en tanto que la Convención de la UNESCO de 1960 así parecía indicarlo, ahora que el mismo nos remite a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de

²¹ Es doctrina constitucional reiterada que el genérico principio de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad y solo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato [STC 71/2020, de 29 de junio, FJ 3 a)].

1979 que se pronuncia en favor del «estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que *contribuyen* a lograr [el objetivo de] eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza»²² ¿por qué no se juzga con el mismo entusiasmo en su contra? Y, en segundo lugar, y recapitulando sobre la citada STS 5498/2012, de 24 de julio, si el Tribunal Constitucional nos confirma que en este asunto la LOMLOE está inspirada en valores constitucionales y la LOMCE pretendía invertir el sentido de la misma ¿qué adjetivo le merece la segunda?²³

La STC 34/2023, de 18 de abril, vuelve a reproducir algunas incongruencias que han sido parcialmente expuestas en estos párrafos. Nos referimos, entre otras, a la ausencia de revisión sobre aquellas condiciones de «equiparabilidad» a las que hacía referencia la LOMCE²⁴, el enredo en observar la educación no mixta como un derecho de los padres²⁵ o el convencimiento de que en el amplio y genérico saco del pluralismo educativo tiene cabida cualquier opción²⁶. No obstante, no queremos detenernos en estas referidas cuestiones para dedicarle espacio a un término empleado en el fundamento séptimo del único voto particular que formulan los magistrados discrepantes a la sentencia dictada. Nos referimos a la dicción «minoría»²⁷ que es utilizada para referirse a los padres que optan por una educación diferenciada para sus hijos. No creemos necesario insistir en que una minoría no es simplemente un grupo reducido con una característica determinada –en el sentido de singular– dentro de una sociedad –la mayoría–, sino que se vincula a un grupo con una identidad cultural, de género, étnica, religiosa o lingüística concreta, u otras formas manifiestamente reconocidas como la discapacidad y que se encuentran

²² La cursiva es nuestra.

²³ FJ 5 i). La cursiva es nuestra.

²⁴ FJ 5 d).

²⁵ FJ 5 d).

²⁶ FJ 5 g).

²⁷ Para ello se apoyan en las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de junio de 2007, asunto *Folgerø y otros c. Noruega*, § 84 f), y de 18 de diciembre de 1996, asunto *Valsamis c. Grecia*, § 27 cuyo sentir expone un conflicto entre el Estado y las manifestaciones de convicciones religiosas en el ámbito educativo; en ningún caso sobre modelos pedagógicos laicos, que es, según nuestro Tribunal Constitucional, la pretensión basal sobre la que se construye el debate.

en aquello que los teóricos denominan como *minorías nacionales*. Elementos que se reconocen como tales por su carácter estructural dentro del orden social, resultado de una historia de discriminación, exclusión y opresión, otorgándoles una posición más débil dentro del conjunto de la ciudadanía²⁸. En tanto que la educación diferenciada se presume modelo pedagógico que aspira a expresar el potencial de los alumnos, su consideración como expresión religiosa queda desechada –insistimos, independientemente de que unos individuos con unas convicciones comunes aboguen por la misma–. La duda que nos aborda deviene sencilla: ¿es oportuno calificar a los padres con una inclinación pedagógica determinada como *minoría*?

IV. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN COMO LÍMITE A LIBERTAD DE ENSEÑANZA

Desviando la cuestión sobre esta última consideración del Tribunal en cuanto a la posibilidad de negar la financiación de los centros que opten por este modelo pedagógico, cabe detenernos en la verdad que subyace a esta posición: la presunción de constitucionalidad de la educación diferenciada. Hemos hecho referencia a cuál debió ser la premisa sobre la que cabría esperar que se entonara el debate en 2018, consideración que bien resume el magistrado Valdés Dal-Ré en su voto particular a la brevemente comentada STC 31/2018: «Desde una perspectiva constitucional, que es la única en la que importa aquí reparar, el debido test al que ha de someterse y, por consiguiente, superar el ideario de todo centro escolar, incluida la técnica pedagógica adoptada, no consiste en discernir si con dicho ideario se obtienen buenos, mediocres o malos rendimientos académicos sino, y ello es bien diferente, si los modelos pedagógicos de la educación diferenciada, al confrontar con ese ideario educativo, se sitúan fuera del contenido esencial del derecho a la educación; o, si se prefiere, de la libertad de enseñanza y de creación de centros escolares». Un examen que, como se ha podido observar, brilla por su ausencia en el pronun-

²⁸ El Tribunal Constitucional ya venía a referirse a estos elementos para referirse a la discriminación de las minorías desde sus inicios. Así, la STC 128/1987, de 16 de julio (FJ 5) expone que la «la interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los poderes públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posición no solo desventajosa, sino abiertamente contraria a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 CE [...]».

ciamiento de 2023, obviando –aunque hubiera expresado justamente lo contrario– que «los tratados internacionales no constituyen canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución de normas dotadas de rango legal» en ocasión de adentrarse en la segunda de las tachas de inconstitucionalidad alegadas: la referente a su financiación pública²⁹. Acontece que, a pesar de la previsión fallada por el Tribunal, los recurrentes habían sustentado su pretensión de inconstitucionalidad no solo en el art. 14 CE, sino también en los arts. 9.2 y 27.2 CE, por lo que no es de recibo que el análisis sobre la constitucionalidad de la educación diferenciada se sienta exclusivamente con relación al principio de igualdad, sin confrontarla con los arts. 27.2 CE y 9.2 CE, y es que solo de manera contingente se refiere a la necesidad de que este modelo educativo, como cualquier otro, respete los fines de la educación (art. 27.2 CE). Si bien el derecho a la educación y la libertad de enseñanza se formalizan constitucionalmente como derechos o libertades distintas –encasillando este método pedagógico dentro del segundo– aunque por su naturaleza llegan a operar dentro de un mismo marco –el educacional, y de ahí su inclusión dentro del mismo art. 27.1 CE–, ambas mantienen una relación simbiótica y, a su vez, limitativa la una de la otra. Es a este juego al que dedicaremos nuestras últimas consideraciones al respecto: la ponderación entre los principios democráticos de convivencia y derechos y libertades fundamentales (27.2 CE) y la libertad de creación de centros docentes con un ideario propio (27.6 CE).

1. Consideraciones sobre la educación diferenciada y el principio de igualdad

Poco novedosa sería cualquier referencia a la cuestión del principio de igualdad de acuerdo a lo que se ha venido considerando hasta el momento. Sin embargo, por reflexionar en torno a esta idea, nos es útil lo llamativo de las letras de la STS 5498/2012, de 24 de julio. Dice así: «*el art. 84.3 LOE en nada se separa del contenido del artículo 14 de la Constitución del que es trasunto fiel a la hora de enumerar las discriminaciones que proscrib*». Es decir, la redacción de la LOE que

²⁹ SSTC 49/1988, de 22 de marzo (FJ 4); 28/1991, de 14 de febrero, (FJ 5); 254/1993, de 20 de julio, (FJ 5) y 235/2000, de 5 de octubre, entre otras.

prohibía la financiación de los centros –y cuyo espíritu reproduce la LOMLOE– recoge directamente lo dispuesto en el art. 14 CE en cuanto a las formas de discriminación, asumiendo implícitamente que la consideración de la diferenciación en el proceso de admisión escolar es directamente contraria a la Constitución. Insistimos: si el art. 84.3 LOE es «trasunto fiel» del art. 14 CE y la LOMCE pretende dar la vuelta a lo dispuesto en LOE, ¿qué calificativo merece la LOMCE con respecto al art.14 CE? Además, y repitiéndonos una vez más: si el modelo no mixto no fuera intrínsecamente discriminatorio, ¿por qué concretar la necesidad de llevar a cabo prácticas que fomenten la igualdad?

Evidentemente, diferenciar no es lo mismo que discriminar como ha sostenido en numerosas ocasiones nuestro Tribunal Constitucional³⁰. En su STC 128/1987, de 16 de julio (FJ 7), el Tribunal expone con claridad que «no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados». Por lo tanto, para la catalogación de un acto como discriminatorio debe considerarse de base una falta de justificación, ergo el examen de esa justificación será necesario para determinar si el trato diferenciado es constitutivo de un acto discriminatorio. El Tribunal en su STC 31/2018, de 10 de abril, hace suma referencia a esta consideración señalando, además, que dicha justificación ha de ser razonable³¹, adjetivo que los primeros detractores del anteproyecto de la LOMCE exigieron en vano, y sobre el que la profesora Calvo Charro muestra abiertamente su rechazo. En cualquier caso, nuestro texto constitucional señala unos elementos, que, por su arraigo histórico, exigen de los poderes públicos una especial atención (art. 14 CE), por lo que el señalamiento de alguna de estas condiciones debe llevar a un cuidadoso análisis de las causas inherentes en la diferenciación. En este sentido, el factor del género es unánimemente asumido por la doctrina científica «en la voluntad de

³⁰ Por todas, SSTC 39/2002, de 14 de febrero (FJ 4), y 200/2001, de 4 de octubre (FJ 4).

³¹ La STC 128/1987, de 16 de julio, señala directamente que «No hay, pues, discriminación por razón de sexo, pues de la misma jurisprudencia del Tribunal Constitucional se deduce la posibilidad de un tratamiento diverso para situaciones distintas, justificando tal desigualdad si es razonable».

terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina»³². Nos apoyamos en las palabras de Salazar Benítez, enfatizando la idea de que esta opción requiere de un especial fundamento en tanto que la diferenciación se realiza por medio de uno de los criterios vedados por el art. 14 CE, justificación de la cual la LOMCE carece, tanto de forma expresa como tras su lectura sistemática (2016, p. 481).

Sin olvidarnos de lo expuesto en el art 9.2 CE, el constituyente revela y matiza el mandato de alcanzar no solo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva (art. 14 CE), al ser plenamente consciente de que solo a través de esa igualdad material es posible el ejercicio efectivo del libre desarrollo de la personalidad. Es por ello por lo que el análisis de esta cuestión habrá de fundamentarse en la generalidad de los planos en los que opera la igualdad. El mero hecho de que este modelo pedagógico atienda a supuestos elementos biológicos para sostener una diferencia natural entre ambos sexos alimenta de forma insalvable conceptos estereotipados de los papeles masculino y femenino en todos los niveles. Asimismo, tampoco es necesario subrayar que aquel modelo supone alimentar patrones de pensamiento que obstaculizan la erradicación de la discriminación basada en la orientación sexual e identidad de género. En cualquier caso, lo verdaderamente trascendental no es que se deba crear una argumentación en contra de esta técnica, sino que son los propulsores de aquella los que tienen la obligación constitucional de justificar su encaje dentro del marco de la Norma Fundamental. Justificación que posteriormente deberá ser sometida a estricto examen por nuestro Tribunal Constitucional, sin caer en un vago *in dubio pro legislatore*.

2. *Sobre la convivencia y el desarrollo de la personalidad*

Finalmente, se ha señalado que una de las faltas del pronunciamiento del Tribunal viene de la ausencia de consideración sobre el desarrollo de la personalidad como uno de los fines últimos a los que se debe el derecho a la educación (art. 27.2 CE) y que a su vez supone fundamento para el orden político y la paz social (art. 10.1 CE). No es de extrañar la falta de apreciación en dilucidar la cuestión

³² STC 166/1988, de 26 de septiembre (FJ 2).

de la educación diferenciada a la luz de lo difuso y enjundioso del concepto. No obstante, esta consideración no debe suponer excusa para, por lo menos, comprender a raíz de lo expuesto lo relevante de la posibilidad de determinar la viabilidad de este modelo. Como acertadamente señala Santana Ramos, el desarrollo de la personalidad «no es un mero ideal social jurídicamente irrelevante. Constituye una fórmula jurídica reconocida habitualmente a nivel constitucional que, como tal, irradia el conjunto del ordenamiento jurídico» (2014, pp. 99-113).

Cabe matizar la distinción natural entre ambos preceptos. El art. 10.1 CE no enfoca la cuestión del desarrollo de la personalidad a un objetivo concreto. A diferencia del art. 27.2, no hace referencia a un *pleno* desarrollo de la personalidad presumiendo un posible desarrollo completo que responde a unas potencialidades concretas de cada individuo, sino un *libre* desarrollo de la personalidad. Cabe esperar que este libre desarrollo de la personalidad refleje un modelo de vida que aún está por determinar, el modelo que cada individuo decide darse a sí mismo en el uso de su libertad personal. Sin embargo, el art. 27.2 CE sí parece dirigirse a un fin particular, tomando un modelo ideal de persona que se presume que se alcanza a través de la educación (art. 27.1 CE), un ideal que en cierto modo vendría prefigurado. En este sentido, tomamos las palabras de Espinar Vicente para hacerlas nuestras en el presente análisis, entendiendo que aquella libertad que invocan los simpatizantes de este modelo dentro del art. 27 CE «solo puede utilizarse para desarrollar unos tipos de personalidad muy concretos: aquellos que se correspondan con los modelos aceptados por el sistema jurídico de la nación, tal y como aparecen pergeñados en su diseño constitucional» (1995, p. 65). De ahí que entendamos pronunciamientos como la STC 133/2010, de 2 diciembre, en la que se refiere a la socialización como elemento esencial para la consecución de uno de los objetivos del derecho a la educación fijado por el 27.2 CE. Unos fines que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva³³. En este sentido, las líneas de Robles Morchón son especialmente reveladoras para comprender la dimensión del desarrollo de la personalidad dentro del sistema

³³ En este mismo sentido STC 5/1981, de 13 febrero (FJ 7).

educativo y el papel que deben jugar las administraciones públicas. Así, sostiene que «la libertad general de acción que corresponde al individuo en cuanto que este tiene el deber de formar su propia personalidad moral; no es un cheque en blanco para suscribir y dar por buenas cualesquiera acciones que el individuo realice, sino más bien un cheque condicionado a que se invierta bien el capital ofrecido».

La consecución de la finalidad exigida *ex art. 27.2 CE* en consonancia con lo dispuesto por el Tribunal en su *STC 133/2010*, de 2 de diciembre, nos hace reflexionar sobre lo relevante de la consciencia de la existencia de diversas realidades sociales. Unas realidades que se ven erosionadas por elementos como el sexo, y cuyo intercambio –de información– «permitirá alcanzar un mayor grado de libertad de la formación de la voluntad», y, por lo tanto, obedecer al desarrollo referenciado en el *art. 10.1 CE* (Ara Pinilla, 2007, p. 69). De este modo, cabe entender el *art. 27.2 CE* como *un programa de acción* para el fomento de una voluntad autónoma del individuo (*art. 10.1 CE*) que pasa por la eliminación de aquellos elementos que condicionan esta primera. Si bien es cierto que su supresión es cuanto menos compleja, cualquier barrera suprimida supondría asegurar una voluntad más autónoma que aquella aún desinformada.

En todo caso, y sin querer extender demasiado esta consideración, ha de enfatizarse lo expuesto por Santana Ramos, en tanto que si se pretende que las políticas públicas sean respetuosas con el principio de autonomía individual, los poderes «deberán asumir en su programa los requerimientos que impone el proceso de eliminación o reducción, en su caso, de la intensidad de los condicionamientos que oprimen la formación de la voluntad individual» (2014, pp. 111-112). De esta suerte, la falta de conocimiento sobre las realidades a las que se enfrentan hombres, mujeres– y el espectro de identidades que se encuadran dentro y fuera del espacio binario– resultante de una educación diferenciada, hace necesario cuestionar su incidencia en el *libre* desarrollo de la personalidad y el espacio de convivencia. La formación de la voluntad del individuo se encuentra inevitablemente condicionada por el contexto sociocultural en el que este desarrolla su vida, por lo que limitar el contacto a individuos de su mismo sexo durante sus etapas más tempranas no debe ser constitucionalmente amparado.

V. CONCLUSIONES

La educación diferenciada pone encima de la mesa, y en su máximo esplendor, el recurrente debate entre la expansividad de la libertad de enseñanza y el derecho a la educación. Un escenario de tensión que, si bien cada legislador ha intentado enfocar de la manera en la que consideraba oportuna, corresponde a nuestro Tribunal Constitucional su armonización de forma ulterior en tanto se trata de la posibilidad de encajar este modelo dentro de la norma fundamental. Un ejercicio que tuvo la oportunidad de realizar en 2023 y que, tras las consideraciones formuladas, el resultado parece insatisfactorio. No por el sentido de su pronunciamiento, sino por la falta de rigor y coherencia con cualquier análisis previo realizado por el propio Tribunal.

Es evidente que dentro del ideario constitucional no se contempla un único modelo pedagógico. Si bien es cierto que la libertad de enseñanza ampara esta diversidad (arts. 27.3 y 27.6 CE), nuestro Tribunal Constitucional parece no haber mostrado especial interés en preponderar aquel con el derecho a la educación y todo lo que es inherente a él, resultando en disertaciones que perpetúan la caótica discusión y que a estas alturas debería haber sido superada. En este sentido, es menester implorar un análisis a la totalidad de los argumentos en los términos que brevemente señalamos:

1. En primer lugar, que encuadre definitivamente el asunto dentro del derecho a las personas físicas y jurídicas de creación de centros (art. 27.6 CE) tal y como lo hizo en un principio por medio de la STC 31/2018, de 10 de abril, y que parece desmarcarse en la posterior STC 74/2018, de 5 de julio. Solo en el supuesto de que cupiera argumentar que este modelo es expresión legítima de convicciones religiosas o filosóficas podríamos discutir los términos del art. 27.3 CE. Si es argumentado, empero, la constitucionalidad del modelo de acuerdo con unos supuestos beneficios académicos para el alumnado –tal y como expresan sus mayores defensores–, aquel no puede ser considerado como un derecho de los padres, ya que cualquier opción educativa podría ser defendida bajo esta única premisa.

2. Atender a que la literalidad de la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960, primeramente, deja a los Estados la libertad para determinar el sentido de su regulación, sin exponer aquella este modelo como un elemento intrínseco a la libertad de enseñanza. Igualmente, recordar que este tipo de textos no constituye canon para el enjuiciamiento de la adecuación a la Constitución del modelo no mixto, si bien puede ser útil en la tarea hermenéutica que debe centrarse en la posibilidad de encajar aquel dentro de nuestra Carta. En cualquier caso, no cabe ignorar el contexto en el que fue erigida y las posteriores Convenciones que se pronuncian sobre el asunto, como aquella de 1979, sin olvidar que una cosa es que el modelo pueda adecuarse con el espíritu de aquellas Convenciones y otra muy distinta es que estas sean coherentes con el mandato constitucional.
3. Consecuentemente, el Tribunal, ante un modelo inexcusablemente considerado como potencialmente discriminatorio, no puede escaquearse de la realización de un genuino test de proporcionalidad en el que habrá de pronunciarse no solo sobre el modelo y la generalidad de planos en los que pueda interferir sobre el principio de igualdad, sino también sobre el desarrollo de la personalidad y la convivencia como fin último al que se sirve el derecho a la educación. Un examen del que la búsqueda de una *equivalencia* en las condiciones y los medios utilizados no ha de considerarse como criterio que determine la existencia o no de un trato discriminatorio. No ha de olvidarse que lo verdaderamente trascendental no es que se deba crear una argumentación en contra de esta técnica, sino que son los propulsores de aquella los que tienen la obligación constitucional de justificar su encaje dentro del marco de la Norma Fundamental. Justificación en la que el Tribunal no debe mostrar un celo excesivo como se ha deducido de sus últimos pronunciamientos.
4. Finalmente, y solo después de haber otorgado el espacio y reflexión que merece el asunto, solo si el modelo es

confirmado como acorde a nuestro texto constitucional, considerar la cuestión de su financiación como una cuestión accesoria, en tanto que la jurisprudencia constitucional ha venido pronunciándose de forma continua y sólida –salvo en la infeliz STC 31/2018, de 10 de abril– sobre aquella.

BIBLIOGRAFÍA

- ALÁEZ CORRAL, B. (2011). El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 17, pp. 92-124.
- ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (1978). *La Constitución Española de 1978 (Comentario Sistemático)*. Marcial Pons.
- ARA PINILLA, I. (2007). El significado de la solidaridad como valor fundante de los Derechos Humanos. En DE JULIOS CAMPUZANO, A. (ed.), *Dimensiones jurídicas de la globalización*, Dykinson, pp. 55-79.
- CALVO CHARRO, M. (2015). El tratamiento de la igualdad y la reforma de la enseñanza diferenciada en la LOMCE. *COLEX*, pp.153-194.
- CÁMARA VILLAR, G. (1988). 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*, Vol. III, 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). En TRUJILLO, G., LÓPEZ GUERRA, L.M. y GONZÁLEZ-TREVIJANO SÁNCHEZ, P.J. (Coords.) *La experiencia constitucional, 1978-2000*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 265-306.
- CELADOR ANGÓN, Ó. (2019). «Educación diferenciada y modelo educativo» *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. XIX, pp. 27-53.
- (2015). Educación diferenciada y régimen de conciertos en la LOMCE. *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, núm. 15, 1, pp. 19-43.
- DÍAZ REVORIO, F.J. (1998). El derecho a la educación. *Anuario Parlamento y Constitución*, pp. 267-305.
- DÍEZ PICAZO, L. (2008). *Sistema de derechos fundamentales*. Civitas.
- EMBED IRUJO, A. (1983). *Las libertades en la enseñanza*. Tecnos.
- ESPINAR VICENTE, J. (1995). Consideraciones en torno al libre desarrollo de la personalidad desde un planteamiento social. En GARCÍA-SAN MIGUEL, L. (coord.) *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, pp. 63-78.

- FERNÁNDEZ-MIRANDA, A. (2007). Educación para la ciudadanía. Una perspectiva constitucional. En LÓPEZ CASTILLO, A. (ed.) *Educación en valores, ideología y religión en la escuela pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 147-153.
- GUARDIA HERNÁNDEZ, J.J. (2019). Marco constitucional de la enseñanza privada española sostenida con fondos públicos. Recorrido histórico y perspectivas a futuro. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año 17, núm. 1, pp. 321-362.
- LAPORTA, F. (2013). *El ideario educativo constitucional y su régimen jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- LÓPEZ GUERRA, L. (1983). «La distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas en materia de educación». *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 3, núm. 7, pp. 293-333.
- LOZANO SEIJAS, C. (1980). *La educación republicana*, Universidad de Barcelona.
- MARCOS PASCUAL, E. (2007). El derecho de los padres a elegir el tipo de educación que deseen para sus hijos. *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja*, núm. 5, pp. 151-170.
- MARINA, J.A. (2010). *La educación del talento*. Ariel.
- MARTÍNEZ BLANCO, A. (2004). La financiación de la enseñanza. El centro privado concertado. *Anales de derecho de la Universidad de Murcia*, núm. 22, pp. 293-316.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J.M. (2003). *El derecho a la educación y a la libertad de enseñanza*. Dykinson.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L. (1979). La educación en la Constitución Española derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza. *Persona y Derecho*, núm. 6, pp. 215-295.
- NAVAS SÁNCHEZ, M.D.M. (2019). ¿Diferenciar o segregar por razón de sexo? A propósito de la constitucionalidad de la educación diferenciada por sexo y su financiación pública. Comentario a la STC 31/2018 y conexas. *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 43, pp. 473-498.
- NUEVO LÓPEZ, P. (2014). Derechos fundamentales e ideario educativo constitucional. *Revista de Derecho Político*, núm. 89, págs. 205-238
- PÉREZ ROYO, J. (2000). *Curso de Derecho Constitucional*. Marcial Pons.
- PRIETO SANCHÍS, L. (2007). La escuela (como espacio) de tolerancia. En LÓPEZ CASTILLO, A. (ed.) *Educación en valores, ideología y religión en la escuela pública*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, págs. 51-70.

- (1981). Las relaciones Iglesia-Estado a la luz de la nueva Constitución: problemas fundamentales. En PEDRIERI, A. y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (Dir.) *La Constitución Española de 1978*, Civitas, pp. 319-376.
- REY MARTÍNEZ, F. (2021). El ideario educativo constitucional... inclusivo. *Revista de Derecho Político*, núm. 111, pp. 13-44.
- ROBLES MORCHÓN, G. El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución española). En GARCÍA-SAN MIGUEL, L (Coord.) *El libre desarrollo de la personalidad: artículo 10 de la Constitución*, Universidad de Alcalá, pp. 45-62.
- SALAZAR BENITEZ, O. (2016). La 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. 451-478.
- SANTANA RAMOS, E.M. (2014). Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, pp. 99-113.
- TORRES, A. (2016). Los retos del principio de Laicidad en España: Una reflexión crítica a la luz de los preceptos constitucionales. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXII, pp. 663-722.
- VALADÉS, D. (2010). Manual de Derecho Educativo. *Fondo de Cultura Económica*.
- VIDAL PRADO, C. (2017). *El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*. Marcial Pons y Fundación Giménez Abad.