

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

11272 *Pleno. Sentencia 74/2018, de 5 de julio de 2018. Recurso de amparo 210-2013. Promovido por la asociación de padres de alumnos Torrevelo del colegio homónimo, en relación con las resoluciones de la administración autonómica de Cantabria que denegaron el acceso y renovación del régimen de concierto, así como con la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria y el auto del Tribunal Supremo que desestimaron su recurso contencioso-administrativo. Vulneración del derecho a la libertad educativa en conexión con la garantía de la libertad ideológica: resoluciones administrativas que denegaron el acceso y renovación del régimen de concierto basándose exclusivamente en la opción ideológica del centro docente y negando así la libertad educativa de los padres de los alumnos. Votos particulares.*

ECLI:ES:TC:2018:74

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

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 210-2013, promovido por la asociación de padres de alumnos Torrevelo del colegio homónimo, representada por el Procurador de los Tribunales don Alejandro González Salinas y asistida por el Abogado don Valeriano Hernández-Tavera Martín, contra las resoluciones de la Consejería de Educación y del Consejo de Gobierno de Cantabria de 14 de abril y 13 de agosto de 2009, respectivamente; la Sentencia de 22 de junio de 2011 de la Sección primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en el procedimiento ordinario núm. 545-2009; y la Sentencia y el Auto dictados en 23 de julio y 29 de noviembre de 2012, respectivamente, por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 4591-2011. Ha intervenido el Ministerio Fiscal. Ha sido Ponente el Magistrado don Andrés Ollero Tassara, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en este Tribunal el 11 de enero de 2013, el Procurador de los Tribunales don Alejandro González Salinas, en nombre y representación de la asociación de padres de alumnos Torrevelo, interpone recurso de amparo contra las resoluciones administrativas y judiciales referidas en el encabezamiento.

2. Los hechos relevantes para el examen de la pretensión de amparo son los siguientes:

a) En Cantabria hay dos colegios que pertenecen a Fomento de Centros de Enseñanza de Cantabria, S.A., sociedad del Grupo Educativo Fomento: Torrevelo (masculino), que era un colegio concertado desde 1988, y Peñalabra (femenino). Forma parte del «carácter propio» de estos colegios la llamada educación «diferenciada» que, en contraste con la «coeducación» o «educación mixta», se basa en la separación de alumnos y alumnas.

b) En 6 de febrero de 2009, Fomento de Centros de Enseñanza, S.A., en representación del colegio Torrevelo, solicita, por un lado, el acceso al régimen de concierto de seis unidades de educación infantil y, por otro, la renovación del concierto de seis unidades de educación primaria y cuatro de educación secundaria obligatoria. Por resolución de 14 de abril de 2009, la Consejería de Educación del Gobierno de Cantabria deniega todo lo solicitado.

La resolución motiva primero la denegación del acceso al concierto, apoyándola en la redacción originaria de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (LOE), el Real Decreto 2377/1985 y dos indicadores (volumen de estudiantes acogidos al transporte escolar y lugar de residencia de los 135 alumnos matriculados). Razona que el «centro Torrevelo no satisface necesidades educativas existentes en su zona de escolarización»; «la oferta educativa del municipio en que se ubica el colegio»; «queda garantizada sin necesidad de concertar el nivel de Educación Infantil»; hay un «excedente de plazas suficientes para absorber la demanda educativa del colegio» y el «centro no acredita atender a poblaciones escolares en condiciones socioeconómicas desfavorables».

En cuanto a la solicitud de renovación, la resolución realiza primero una serie de consideraciones generales: el artículo 2 del Acuerdo internacional de 14 de diciembre de 1960 contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza posibilita la educación diferenciada, pero no se pronuncia sobre si las correspondientes administraciones deben subvencionarla; el derecho a la creación y dirección de centros docentes no incluye la elección del alumnado, como señala la STS de 16 de abril de 2008; la disposición adicional vigésima quinta LOE prevé medidas de fomento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres para los centros que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas, lo que da a entender que la educación diferenciada es admisible, si bien todo centro público o privado concertado debe cumplir «las normas de admisión previstas» en el artículo 84 LOE. A la vista de lo anterior, concluye: «Todo ello significa que, aunque resulte factible la existencia de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos del sexo masculino y para los de sexo femenino, para que un centro de estas características pueda acceder al régimen de conciertos debe, entre otros requisitos, escolarizar a sus alumnos conforme a las previsiones del artículo 84».

El artículo 84.3 LOE, al igual que el artículo 2.5 del Decreto cántabro 16/2009, de 12 de marzo, establece en relación con la «admisión de alumnos», que «en ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»; y el artículo 8 del citado decreto reproduce los criterios prioritarios de admisión fijados en el artículo 84.2 LOE, a la vez que determina los criterios que dirimirán el empate. De estas previsiones la resolución «infiere que todos los centros sostenidos con fondos públicos deberán dar el mismo tratamiento a las diversas solicitudes de admisión de niños y niñas, por cuanto no cabe realizar una discriminación en el procedimiento de admisión como consecuencia del sexo del solicitante». Tal conclusión deriva del «análisis comparativo del articulado de la LOE con el de la derogada Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación y del artículo 20.2 de la LOE [Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación], también derogado», que no hacían referencia a la discriminación por razón de sexo, como destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2006. La resolución entiende que «la modificación operada por el legislador resulta de trascendental importancia para la resolución del presente expediente» porque «permitir el acceso únicamente a los alumnos varones a un centro concertado vulneraría los criterios generales de admisión». Concluye de este modo

denegando la solicitud de renovación y estableciendo la prórroga anual del concierto reglamentariamente prevista para estos casos.

c) Frente a esta resolución, varias personas físicas y jurídicas interponen recursos de alzada, entre ellas la asociación de padres de alumnos Torrevelo, que es la demandante en el presente proceso constitucional. Tales recursos son desestimados por acuerdo del Consejo de Gobierno de Cantabria de 13 de agosto de 2009, que rechaza también el interpuesto contra la denegación de acceso al régimen de concierto de seis unidades de educación primaria y cuatro de educación secundaria obligatoria del colegio Peñalabra (femenino), perteneciente igualmente a Fomento de Centros de Enseñanza de Cantabria, S.A.

En cuanto al acceso al concierto, el Consejo de Gobierno de Cantabria razona en extenso que los colegios Torrevelo y Peñalabra no satisfacen necesidades educativas existentes en su zona de escolarización. Respecto de la renovación del concierto del colegio Torrevelo, el Gobierno cántabro reitera también los argumentos de la Consejería de Educación afirmando con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2006 que la inclusión en el artículo 84.3 LOE del sexo como causa de discriminación excluye la educación diferenciada del régimen de financiación pública.

d) Las asociaciones de padres de alumnos de los colegios Torrevelo y Peñalabra interponen recurso contencioso-administrativo contra el indicado acuerdo, que es desestimado por Sentencia de 22 de junio de 2011 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria.

La Sentencia considera que la enseñanza diferenciada es contraria al artículo 84.3 LOE interpretado como un cambio normativo que impide la concertación con centros monoeducacionales. Tras repasar la doctrina del Tribunal Supremo que afirma que el derecho fundamental de crear y dirigir centros docentes no comprende la elección del alumnado, al menos cuando se trata de centros sostenidos con fondos públicos, señala en su fundamento jurídico 5: «La contundencia y claridad del pronunciamiento de la STS, Sala 3, sec. 4, 24-2-2010, rec. 2223/2008, obliga a recalcarlo pues zanja directamente la cuestión material sobre la interpretación del artículo 84. La educación separada por sexos era conforme en España hasta la derogación de la Ley Orgánica 10/2002. Y '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 artículo 84 en el proceso de admisión de alumnos el relativo al sexo imponiendo definitivamente en esos centros el criterio de la coeducación'. Por tanto, sí que existe una innovación legislativa que introduce el criterio de no discriminación en el proceso de admisión y la imposición de un criterio de coeducación según interpretación, no ya de la Sala sino del propio Tribunal Supremo». Por eso «la coeducación [es] una exigencia actual en el vigente ordenamiento que todos los centros han de cumplir para acceder al régimen de concierto».

e) Interpuesto recurso de casación, es desestimado por la Sentencia de 23 de julio de 2012 de la Sección cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Afirma el órgano judicial que la Administración ha interpretado la inclusión de la prohibición de discriminación por razón de sexo en el artículo 84 LOE como una prohibición de concertación de la educación «diferenciada». Tal criterio, afirma el Tribunal Supremo, «no cuestiona la existencia de la educación diferenciada, tan legítima como el modelo de coeducación que preconiza la Ley, pero sí se ajusta al mandato legal que descarta que la misma pueda acogerse al sistema de enseñanza gratuita de centros concertados sostenidos con fondos públicos. Y ello porque esa es la opción legítima que adopta el legislador y que no contraría el artículo 27.9 de la Constitución». Para este órgano judicial la educación diferenciada es un modelo pedagógico constitucionalmente aceptable que, no obstante, no puede acceder a la financiación pública en virtud de la prohibición de discriminación por razón de sexo. El Tribunal Supremo admite que la disposición adicional vigésimo quinta de la LOE, al mencionar los centros que «desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas» y que «los

mismos serán objeto de atención preferente y prioritaria», «no excluye la existencia en el sistema educativo español de otros centros que no sigan ese modelo». También que en los artículos 116.1, 108 y 109 LOE «en modo alguno se menciona entre esos criterios que permiten la concertación [en caso de que varios centros cumplan todos los requisitos] el que los centros se acojan al sistema de coeducación». Sin embargo, «es obvio que, previamente, el artículo 84 de la Ley 2/2006 que expresamente se refiere a 'la admisión de alumnos' ha excluido de la posibilidad de concertación a los centros de educación diferenciada por sexos, al prohibir en su número 3 la discriminación por sexo en la admisión de alumnos, existencia de discriminación que es previa al cumplimiento del resto de condiciones que se exigen para lograr la suscripción del concierto». En cuanto a la denegación del acceso al concierto por incumplimiento de las necesidades de escolarización, el órgano judicial declara que si, en realidad, el centro cumplía tales necesidades «carece de relevancia, ya que, como expusimos más arriba, la razón exclusiva de la denegación de concertación de nuevas unidades así como de renovación de las existentes fue la prohibición de discriminación por razón de sexo en la admisión de alumnos que estableció el artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006 y que la Comunidad Autónoma introdujo ya en sus normas de desarrollo». Insiste en que «nadie puso en duda la legitimidad del sistema de educación diferenciada; cuestión distinta es que a partir de la entrada en vigor de la Ley 2/2006 sea posible que estos centros privados puedan tener la condición de concertados sostenidos con fondos públicos, cuando expresamente en el régimen de admisión de alumnos se prohíbe la discriminación por razón de sexo, artículo 84.3 de la Ley». Considera, además, que «esa imposibilidad de obtener conciertos... tampoco perturba ningún derecho constitucional de los padres que conservan el derecho de libre elección del centro y el de los titulares de la creación de centros con ideario o carácter propio, y sin que se vulnere el número 9 del artículo 27 de la Constitución porque determinados centros no puedan acceder al concierto si no reúnen los requisitos que la Ley establece».

La Sentencia cuenta con un voto particular en el que se afirma que la «existencia, validez y realidad de la enseñanza diferenciada y su posibilidad de participar en conciertos educativos con la Administración está reconocida en nuestro ordenamiento sin ninguna duda y sin ninguna excepción hasta la Ley 2/2006, basta para ello apreciar la existencia de numerosos conciertos educativos, con Centros o Colegios de Educación diferenciada, como por ejemplo el de autos, y el reconocimiento que de ello han hecho numerosas sentencias entre ellas la de 30 de diciembre de 1999 de la Audiencia Nacional y las de 26 de junio de 2006 y de 11 de julio de 2008 de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo». El problema «surge por tanto —afirma— a partir de la Ley 2/2006». Entiende que «desde luego la declaración de la sentencia recurrida sobre que el artículo 84 ha establecido que solo la enseñanza obligatoria impartida en régimen de coeducación podrá ser financiada con recursos públicos, creo que no es de recibo y se debe así declarar pues el artículo 84 no dice eso ni está regulando el régimen de conciertos». Añade que no está conforme con que «se apliquen, como hace la Administración y la sentencia recurrida, las mismas normas a la renovación de un concierto que al acceso a un nuevo concierto, y con que se deniegue la renovación por incumplimiento de los requisitos de admisión, pues cuando existe un convenio, aparte de que ya se valoraron las condiciones de admisión es obligado valorar las condiciones de ese Convenio y el conjunto de intereses que se tuvieron en cuenta para aprobarlo junto con las obligaciones y expectativas de derecho que para cada uno de los intervinientes existían, y también en fin los perjuicios que la extinción del convenio para cada parte pueden ocasionar ello, por todo lo que entiendo que si para la celebración de un nuevo convenio no había dificultad sino que era obligado el valorar las condiciones de admisión que establece la Ley 2/2006, por contra para la renovación del convenio existente, ya no podía aplicarse sin más esa norma en el particular que regula las condiciones de admisión, pues también se habrían de haber valorado las expectativas y derechos que ese convenio generaba a favor del titular del Centro, de acuerdo con los principios de confianza legítima y de seguridad jurídica». Concluye, a la vista de la Constitución, la

legislación internacional y comunitaria y la propia LOE, que la educación diferenciada no es discriminatoria.

f) Frente a la indicada Sentencia, las asociaciones de padres de alumnos de los colegios Torrelvelo y Peñalabra formulan incidente de nulidad por vulneración de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva, a la educación así como a la igualdad y no discriminación, que es desestimado por Auto de 29 de noviembre de 2012 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Tras rechazar la vulneración procesal, el órgano judicial descarta también la violación de los artículos 27 y 14, resumiendo el razonamiento de la Sentencia impugnada: «La razón esencial [de la confirmación de la Sentencia de la Sala de instancia] era el cambio legislativo introducido en la Ley Orgánica de Educación 2/2006 cuyo artículo 84 dedicado a la admisión de alumnos... introdujo en su número 3 entre los criterios por los que no se podía excluir a un alumno de un centro el del sexo del mismo, de modo que la sentencia no innovó nada en relación con la admisión de alumnos sino que fue el legislador el que lo hizo dando lugar a la decisión de la Administración que denegó para el futuro la concertación de aquellos centros que no admitieran alumnos de ambos sexos, llevando a cabo el modelo de coeducación que establecía el legislador. Sin que esa decisión como también concluyó la sentencia, vulnerase el derecho a la educación como pretendían las asociaciones recurrentes».

3. El recurso de amparo se dirige contra las resoluciones administrativas y judiciales señaladas, pero, según resalta en su apartado de «hechos», discute únicamente la denegación de la renovación del concierto. Deja fuera la denegación del acceso al concierto de nuevas unidades de educación, que la Administración cántabra fundó en la ausencia de «necesidades de escolarización».

La demanda se refiere primero, todavía en el apartado de «hechos», a la vulneración denunciada del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Afirma la asociación recurrente que carece de toda lógica que la educación diferenciada haya pasado a discriminar por razón de sexo sólo a partir de 2006, que lo haya hecho a los solos efectos de la financiación y que todo ello sea consecuencia exclusiva de la inclusión de la palabra sexo en el artículo 84.3 LOE. Si la educación diferenciada es discriminatoria, tendría que haberlo sido antes de la LOE y a todos los efectos. Por eso, según la recurrente, la tesis del Tribunal Supremo no es razonable, sin que, por lo demás, la Sentencia haga intento alguno de explicarla, razón por la que habría vulnerado el artículo 24.1 CE.

En relación con las demás quejas, los «fundamentos» de la demanda empiezan razonando que la educación diferenciada no es discriminatoria. Realizan en este sentido una serie de consideraciones generales: sería «extraordinariamente raro» que las propias víctimas y sus padres alentasen una discriminación que, por lo demás, afectaría igualmente a ambos sexos, varones y mujeres. A su vez, el tipo de separación en que consiste esta modalidad educativa se produce sin ningún escándalo en multitud de áreas de la vida social (deporte, camerinos, aseos, coros, desfiles de moda, cárceles...). La recurrente señala después que varios textos de Derecho internacional y comunitario no consideran discriminatoria la enseñanza diferenciada e invoca jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos según la que «una distinción es discriminatoria si carece de justificación objetiva y razonable». Se refiere a continuación a una serie de documentos para acreditar que los países de nuestro entorno aceptan o promueven la educación diferenciada (Alemania, Inglaterra, Escocia, Estados Unidos). Trae a colación también la observación de la *Equality and Human Rights Commission* de Inglaterra en cuanto a que los colegios mixtos pueden producir discriminación por razón de sexo en la admisión (si intentan mantener el equilibrio entre géneros por el procedimiento de admitir un sexo cuando las plazas son limitadas o si las estadísticas reflejan que un número significativo de alumnos del mismo sexo tiene dificultades para cumplir un requisito exigido por igual a varones y mujeres).

Señala en este sentido que la educación diferenciada forma parte del «carácter propio» de los colegios del fomento de centros de enseñanza. La opción por esta

modalidad educativa responde a razones tanto científicas como morales, religiosas o ideológicas. En cuanto a las primeras, la diferenciación por sexos permite desarrollar la educación «en función de los diferentes ritmos madurativos», lo que garantiza «una igualdad real de oportunidades». Añade en este sentido que la educación diferenciada reduce los conflictos de género en el aula, lo que facilita una mayor orientación de la enseñanza hacia la excelencia educativa. En cuanto a las segundas, la demanda se refiere a la creencia de que el ser humano ha sido creado por Dios como varón o mujer, y de que el sexo es un rasgo esencial de la naturaleza humana que cada hombre y mujer debe llenar de sentido. Los padres del colegio, por motivos pedagógicos, religiosos y filosóficos, tienen la convicción de que la educación diferenciada permite desarrollar más plenamente la personalidad de sus hijos. Añade que los padres «consideran que la educación de la afectividad, esencial para el desarrollo de la persona, encuentra en los colegios diferenciados un marco más acorde con sus convicciones morales».

A la vista del razonamiento expuesto, no podría interpretarse el artículo 84.3 LOE en el sentido de que la educación diferenciada es discriminatoria. Tal interpretación habría vulnerado la libertad de opinión y convicciones de los padres (art. 16.1 CE), en general, y su derecho a elegir la formación pedagógica, moral, filosófica o religiosa que estimen adecuada para sus hijos (art. 27), en particular. También su derecho a no ser discriminados ideológicamente (art. 14 CE). La demanda se refiere a la STC 5/1981 que declaró que la libertad de enseñanza es una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones (artículos 16.1 y 20.1 CE). Vinculados al artículo 10.2 CE, la demanda cita el protocolo núm. 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 2), el Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (art. 13.3) así como el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (art. 18.4), que recogen el derecho de los padres a asegurar la educación de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, morales o filosóficas. Se refiere igualmente a la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, de transposición del Tratado de Lisboa, que respeta «el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas» (art. 14.3). Hace referencia a su vez al protocolo núm. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que prohíbe a las autoridades públicas discriminar por razón de las opiniones políticas o de otro carácter (art. 1.2).

En conexión con la discriminación ideológica denunciada, la demanda se refiere a múltiples artículos de revista y de un periódico de tirada nacional que vinculan la educación diferenciada con concepciones ideológicas y religiosas, minusvalorándolas: la educación diferenciada «tiende a moralizar más que educar», lo que «conlleva necesariamente mucho sufrimiento a numerosos y numerosas adolescentes que despiertan hacia una sexualidad sana, pero no ortodoxamente católica»; sería un «reducto de la educación católica más conservadora», de «integrista católico», de «ultraconservadores religiosos», propia de «sociedades predemocráticas, tradicionales, autoritarias, confesionales y no igualitarias».

La demandante considera, además, que las resoluciones impugnadas no se ajustan al artículo 27.9 CE, al interpretarlo como una autorización para que el legislador decida ayudar a los centros que le plazca, sin ninguna limitación. Las SSTC 86/1985 y 188/2001 han declarado que tal previsión no significa que el legislador sea enteramente libre para habilitar de cualquier modo este necesario marco normativo; la ley deberá respetar el principio de igualdad sin contrariar los derechos y libertades educativas del artículo 27 CE. Por eso —afirma la recurrente— el artículo 27.9 CE «es un precepto de *refuerzo* del ejercicio efectivo del derecho fundamental a la educación, y nunca una cláusula de escape de los poderes públicos para privar de apoyo a ese derecho o a algunos de sus titulares». Al configurar legalmente el derecho a la ayuda pública previsto en el artículo 27.9 CE, el legislador no podría incidir sobre su contenido esencial (art. 53.1 CE) ni ignorar la libertad de pensamiento. Señala en este sentido que no puede aceptarse, como afirma el Tribunal Supremo, que los padres conservan en todo caso su derecho a la libre elección del centro; es sólo que los colegios privados con educación diferenciada

no pueden beneficiarse del régimen de concertación. Para la demandante, esta proclamación es «pura retórica»: «los padres son discriminados, además de por sus opiniones, *por su nivel socioeconómico*, lo que sucede si aquellos que no tengan medios para pagar un colegio privado no tienen la misma libertad que quienes sí dispongan de tales medios».

Citando la STC 5/1981, afirma que el derecho a la educación «supone la inexistencia de un monopolio estatal docente, la existencia de un pluralismo educativo institucionalizado». Por eso, «los poderes públicos no pueden ‘optar’ por un sistema educativo exclusivo que a ellos les convenza»; son «los padres quienes tienen derecho a optar, y han de hacerlo materialmente, no sólo nominalmente. Los políticos no están autorizados a unificar modelos ni a eliminar factores importantes de diversidad educativa, porque la función del poder público es precisamente la contraria: dotar a la sociedad de opciones y hacer efectivos los derechos». Cita en esta línea la STS de 24 de enero de 1985: la potestad legislativa para establecer los requisitos de acceso al concierto no autoriza a «poner obstáculo, coartar y hasta impedir de hecho el pluralismo educativo institucionalizado por la Constitución». Por eso, negar la subvención por el mero hecho de impartir educación diferenciada constituye una vulneración del derecho a la educación. Añade que «si se tiene en cuenta que no más del 1 por 100 de los alumnos españoles asiste a centros diferenciados, es evidente que lo que pretende la Comunidad Autónoma cántabra y ha ratificado el Tribunal Supremo no es dar prioridad a los centros mixtos (que la tienen sobradamente, pues representan el otro 99 por 100), sino eliminar el sistema minoritario».

4. Por providencia de 6 de mayo de 2013, la Sala Primera del Tribunal Constitucional acuerda admitir a trámite la presente demanda y ordena que se dirija atenta comunicación a las Salas de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria a fin de que en el plazo de diez días remitan certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes a los recursos de casación núm. 4591-2011 y contencioso-administrativo núm. 545-2009, respectivamente. Interesa al tiempo el emplazamiento previo de las partes del procedimiento, con excepción de la recurrente en amparo, para que puedan comparecer en el plazo de diez días.

5. La Letrada de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Cantabria, en la representación que legalmente ostenta, presenta el 28 de mayo de 2013 en el registro general del Tribunal Constitucional escrito por el que comparece en el presente procedimiento.

6. Don Alejandro González Salinas, Procurador de los Tribunales, en representación de la asociación de padres de alumnos Torrevelo, presenta escrito en 1 de julio de 2013 para formular alegaciones complementarias al amparo del artículo 52 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC). Su objetivo es poner a disposición del Tribunal una serie adicional de documentos con el fin de apoyar la queja de que la educación diferenciada no implica discriminación alguna y de que, en este caso, quienes la defienden han sufrido una discriminación ideológica y la violación de su derecho a la libertad en materia de educación.

El primero de tales documentos es la Sentencia del Tribunal Supremo Administrativo alemán (*Bundesverwaltungsgericht*) de 30 de enero de 2013, que enjuició la denegación por parte del Ministerio de educación un colegio la licencia de apertura de un colegio por razón del carácter diferenciado o monoeducacional de la enseñanza impartida. Los demás documentos son trabajos académicos internacionales que respaldarían la existencia de un debate científico no ideologizado del que resultan razones favorables a la educación diferenciada.

7. La Letrada de los servicios jurídicos del Gobierno de Cantabria, en la representación que legalmente ostenta, presenta escrito de alegaciones en 8 de julio de 2013 oponiéndose al recurso de amparo.

Destaca, en primer lugar, que, según la doctrina constitucional, el derecho a la prestación pública nace, no de la Constitución, sino de las leyes, que son las que establecen las condiciones y requisitos para que los colegios puedan acceder a las ayudas públicas previstas en el artículo 27.9 CE. Consecuentemente, la obligación constitucional de ayuda no es de carácter absoluto. Añade después que el derecho de los padres previsto en el artículo 27.3 CE se refiere a la opción entre tipos de enseñanza, no entre centros públicos y privados. Un centro privado no es una modalidad de enseñanza, sino un tipo de titularidad. La Constitución no impone la existencia de alternativas entre centros públicos y privados en una determinada área de influencia. Por eso la denegación de un concierto no implica infracción de los preceptos que se mencionan ni afecta al derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa o moral que se halle de acuerdo con sus convicciones.

A su vez, el derecho fundamental de crear y dirigir centros docentes no es tampoco absoluto, pues está sujeto a la intervención estatal. El artículo 27.9 CE establece limitaciones al prever que los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca. El derecho a la educación es de configuración legal por lo que resulta imprescindible analizar las resoluciones administrativas impugnadas a la luz de los preceptos de legalidad ordinaria relativos a la concesión de ayudas. Tras extractar varios preceptos de la LOE (116, 109 y 84) y del Real Decreto 1635/2009, de 30 de octubre, por el que se regula la admisión de alumnos en centros públicos concertados (art. 3.3), la Letrada autonómica recuerda la dicción literal de los artículos 72.3 de la Ley Orgánica de calidad de la educación y 20.2 LODE, que no hacían referencia a la discriminación por razón de sexo. Tras ello considera que el artículo 84.3 LOE, al prohibir la discriminación por razón de sexo en la admisión, impide la concertación con los colegios privados que practican la educación diferenciada, tal como ha afirmado la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2006.

Por otra parte, citando doctrina constitucional sobre el artículo 24 CE (SSTC 311/2005, de 12 de diciembre, FJ 4; 26/2009, de 26 de enero, FJ 2; 61/2009, de 9 de marzo, FJ 4; 82/2009, de 23 de marzo, FJ 6, y 83/2009, de 25 de marzo, FJ 2), rechaza que el Tribunal Supremo haya vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente. El órgano judicial se ha limitado a motivar congruentemente una solución que no satisface sus pretensiones.

8. El Fiscal ante el Tribunal Constitucional presenta escrito de alegaciones el 10 de julio de 2013, interesando la inadmisión y, subsidiariamente, la desestimación íntegra del recurso de amparo.

Comienza destacando que la propia demandante ha circunscrito el objeto del recurso a la denegación de la renovación de concierto y que, por tanto, debería excluirse del enjuiciamiento constitucional la parte de las resoluciones impugnadas correspondiente a la denegación del acceso al régimen de seis unidades de educación infantil. Después aduce como causa de inadmisión la falta de invocación formal en el proceso judicial del derecho constitucional vulnerado [artículos 50.1 a) y 44.1 c) LOTC]. Parte de que, para examinar la concurrencia de este requisito, hay que fijarse sólo en las pretensiones deducidas en la vía judicial contra la denegación de la renovación del concierto del colegio Torrevelo, prescindiendo de las relativas al acceso al concierto por haber sido voluntariamente excluidas por la demandante. Considera el Fiscal que, examinadas minuciosamente estas pretensiones, «es de observar que ni en su formulación resumida ni en su desarrollo fueron invocadas las vulneraciones de derechos fundamentales que constituyen el objeto del presente recurso de amparo».

Si no se apreciara la causa de inadmisión aducida, el enjuiciamiento de fondo debería empezar con el examen de las vulneraciones sustantivas atribuidas a la Administración cántabra; constituyen el verdadero objeto del recurso de amparo. Las resoluciones jurisdiccionales recaídas después no tienen otra finalidad que la del

obligado cumplimiento de la vía judicial previa (art. 43.1 LOTC). No obstante, anticipa su criterio en torno a la vulneración denunciada del artículo 24.1 CE por la razón siguiente: carece de desarrollo argumental.

El Fiscal señala que el derecho a la subvención no nace de la Constitución, sino de la ley, por lo que es preciso examinar la normativa aplicable. Tras la síntesis del marco normativo, se centra en los artículos 84.3 LOE y 2.5 del Decreto 16/2009 del Gobierno cántabro, conforme a los que en ningún caso habrá discriminación en la admisión de alumnos por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. Aprecia que ambos preceptos reiteran esencialmente el artículo 14 CE. A la vista de esta regulación, resultaría claramente la siguiente conclusión: «no era factible que la Administración educativa de Cantabria pudiera ofrecer al colegio Torrevelo la renovación del concierto» «al pretender dicho centro seguir practicando la separación de alumnos por razón de su sexo» y que, por tanto, «ninguna vulneración de derechos fundamentales puede verse en tal proceder».

El Fiscal admite que podría plantearse si en la regulación legal o autonómica en materia de conciertos educativos se cumplen o no los criterios de la STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3, que limita la libertad del legislador para articular las condiciones de la prestación pública de que ahora se trata; no puede contrariar los derechos y libertades educativos presentes en el artículo 27 CE y debe configurar el régimen de ayudas en el respeto del principio de igualdad. Sin embargo, afirma, «tal cuestión no ha de tener aquí respuesta». El recurso de amparo no sería el cauce procesal idóneo para «un estudio abstracto de la constitucionalidad de estas normas». Añade que la Administración cántabra habría evitado que el propio colegio Torrevelo incurriera en una discriminación inaceptable en términos constitucionales, si pudiera afirmarse que el artículo 14 CE (reiterado en los artículos 84.3 LOE y 2.5 del Decreto cántabro 16/2009) obliga a denegar la renovación del concierto por la persistencia del solicitante en practicar la segregación por sexos.

Se refiere después a la discriminación ideológica denunciada. Las resoluciones administrativas controvertidas habrían aplicado estrictamente la normativa sobre conciertos, por lo que en ningún momento pudieron vulnerar el derecho a la no discriminación de los padres del colegio Torrevelo por razón de sus opciones educativas. La denegación no se habría fundado en la clase o naturaleza de la formación religiosa o moral proporcionada. Habría de tenerse en cuenta que el derecho a la educación no comprende el derecho a la gratuidad educativa en cualesquiera centros privados; «los recursos públicos no han de acudir, incondicionalmente, allá donde vayan las preferencias individuales» (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 4).

9. El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 24 de septiembre de 2013, de conformidad con el artículo 10.1 n) LOTC y a propuesta de la Sala Primera, acordó recabar para sí el conocimiento del presente recurso de amparo.

10. Los Magistrados don Santiago Martínez-Vares García, mediante escrito de 18 de septiembre de 2013, y don Ricardo Enríquez Sancho, mediante escrito de 23 de abril de 2014, comunicaron su voluntad de abstenerse de intervenir en el presente recurso por concurrir la causa establecida legalmente en el artículo 219.11 LOPJ —haber formado parte de la Sala y Sección que resolvió el recurso de casación en que se dictaron la Sentencia de 23 de julio y el Auto de 29 de noviembre de 2012, impugnados en el presente recurso de amparo—. El Pleno, en los AATC 219/2013, de 8 de octubre, y 132/2014, de 6 de mayo, estimó justificadas las abstenciones formuladas.

11. Por providencia de 3 de julio de 2018 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 5 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. La asociación de padres de alumnos Torrevelo solicita amparo respecto de la resolución de 14 de abril de 2009 de la Consejería de Educación del Gobierno de Cantabria, que denegó al colegio del mismo nombre la renovación del concierto con que contaba, así como el acceso al régimen de concierto de varias unidades de educación infantil. Impugna igualmente el acuerdo de 13 de agosto de 2009 del consejo de Gobierno de Cantabria desestimatorio del recurso de alzada interpuesto contra la resolución anterior. Igualmente la Sentencia de 22 de junio de 2011 de la Sección primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en el procedimiento ordinario núm. 545-2009, que confirmó la legalidad de la denegación. También la Sentencia de 23 de julio de 2012 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, desestimatoria del recurso de casación núm. 4591-2011 interpuesto contra la anterior y el Auto de 29 de noviembre de 2012 de la misma Sala y Sección, desestimatorio del incidente de nulidad planteado contra la Sentencia dicha.

La demanda denuncia, con la argumentación que ha quedado ampliamente expuesta en los antecedentes, que las resoluciones administrativas reseñadas han vulnerado la libertad de enseñanza de los padres (art. 27.1 CE) y, en particular, su derecho fundamental a elegir la formación religiosa y moral que deseen para sus hijos (art. 27.3 CE), en relación con la garantía constitucional de la libertad ideológica o de pensamiento (art. 16.1 CE). Considera también que tales resoluciones han violado la dimensión prestacional del derecho a la educación (art. 27.9 CE), así como la prohibición de discriminación por razón de opinión o religión (art. 14 CE). Las referidas lesiones no habrían sido reparadas por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2012 habría incurrido en una vulneración adicional: violación del derecho fundamental de la recurrente a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

La Letrada de los servicios jurídicos del Gobierno de Cantabria, en la representación que ostenta, y el Fiscal ante el Tribunal Constitucional se oponen a la pretensión de amparo. La primera solicita la desestimación del recurso por no existir las vulneraciones constitucionales denunciadas, al igual que el segundo quien, no obstante, pide con carácter principal la inadmisión por falta de invocación de las indicadas vulneraciones en la vía judicial.

2. Antes de abordar la cuestión de fondo, resulta necesario considerar la objeción procesal aducida por el Ministerio Fiscal.

El Fiscal ante el Tribunal Constitucional plantea un óbice de admisibilidad basándose, por un lado, en una lectura finalista del recurso de amparo y, por otro, en una lectura restrictiva de la demanda previamente formalizada en la vía judicial ordinaria. La lectura finalista le conduce a entender que deberíamos excluir de nuestro enjuiciamiento la parte de las resoluciones impugnadas correspondiente a la denegación del acceso al régimen de concierto de seis unidades de educación infantil. El recurso de amparo suplica la anulación completa de las resoluciones administrativas y judiciales controvertidas, aunque, dentro del apartado de «hechos», circunscribe la impugnación a la denegación de la renovación del concierto para seis unidades de educación primaria y cuatro de educación secundaria obligatoria. Considera en consecuencia que sólo lo relativo a este extremo forma parte del objeto de este proceso constitucional. Así delimitado el recurso de amparo, una lectura restrictiva de la demanda formulada en la vía judicial conduce al Fiscal a proponer su inadmisión total por falta de invocación de las vulneraciones sustantivas denunciadas. En realidad, la demanda contencioso-administrativa, formalizada contra el acuerdo de 13 de agosto de 2009 del Consejo de Gobierno de Cantabria, menciona y razona cada una de las vulneraciones denunciadas en este recurso de amparo; sin embargo, el Fiscal considera que no deberían tenerse en cuenta tales menciones y razonamientos por estar ubicados en la parte del escrito

relativa a la denegación del acceso al concierto, extremo que previamente ha excluido de nuestro enjuiciamiento.

Hay que estar de acuerdo con el Fiscal en que de la solicitud de amparo se desprende la voluntad de la demandante de circunscribir la impugnación a lo que afecta a la denegación al colegio Torrevelo de la renovación del concierto de seis unidades de educación primaria y cuatro de educación secundaria obligatoria. Por eso, en consonancia con el criterio que impone trascender la literalidad del suplico (STC 2/2006, de 16 de enero, FJ 2), nuestro enjuiciamiento ha de limitarse a los extremos de las resoluciones impugnadas referidos a la renovación del concierto, excluyendo los relativos al acceso a tal régimen de seis unidades de educación infantil.

La doctrina de este Tribunal impone, sin embargo, el mismo criterio de flexibilidad a la hora de examinar los escritos presentados en la vía judicial ordinaria para comprobar si la recurrente invocó oportunamente las vulneraciones denunciadas. Ha declarado reiteradamente que «el requisito exigido por el art. 44.1 c) LOTC ha de ser interpretado de manera flexible y con criterio finalista, atendiendo, más que al puro formalismo de la invocación tempestiva del derecho constitucional que se estime infringido, a la exposición de un marco de alegaciones que permita al Juez o Tribunal ordinario cumplir con su función de tutelar los derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo constitucional y, en su caso, remediar la vulneración constitucional causada por él mismo o por el órgano inferior, al objeto de preservar el carácter subsidiario que ostenta el recurso de amparo constitucional» (STC 96/2012, de 7 de mayo, FJ 3). Por eso debe entenderse cumplido el requisito de la invocación previa si la recurrente planteó en la vía judicial el problema objeto de la demanda de amparo, aunque no hiciera referencia expresa al precepto constitucional. Lo importante es que el tema quedara adecuadamente perfilado de modo tal que el juez haya podido abordarlo antes de que lo haga el Tribunal Constitucional (entre otras muchas, SSTC 310/2000, de 28 de diciembre, FJ 2; 14/2001, de 29 de enero, FJ 11; 88/2005, de 18 de abril, FJ 3, y 189/2012, de 29 de octubre, FJ 2).

En el presente caso, la demanda contencioso-administrativa se refiere expresamente a cada una de las vulneraciones sustantivas denunciadas, razonándolas ampliamente y citando los preceptos constitucionales correspondientes. Tales referencias y razonamientos aparecen en los fundamentos de la demanda relativos a la denegación del acceso al concierto, pero una visión de conjunto permite afirmar que las vulneraciones constitucionales explícitamente denunciadas se refieren también, como no podía ser de otra manera, a la denegación de la renovación del concierto. Además, la fundamentación de las pretensiones estrictamente vinculadas a dicha denegación se refiere ampliamente a la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), que desarrolla el artículo 27 CE. Esto no lo tiene en cuenta el Fiscal, pese a afirmar en otro lugar que el derecho subjetivo a la subvención de los centros educativos previsto en la Constitución nace esencialmente de la ley, lo que hace imprescindible el análisis de la indicada Ley Orgánica. En todo caso, lo decisivo no es el carácter explícito de la referencia a las vulneraciones constitucionales, sino si el problema que el recurrente nos plantea fue previamente formulado ante la jurisdicción ordinaria. Resulta patente que la demandante de amparo lo planteó con toda claridad en la vía judicial: se trataba de resolver 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. Procede, en consecuencia, rechazar la objeción procesal planteada por el Ministerio Fiscal.

3. El presente recurso de amparo puede calificarse de «mixto» por imputar a la Administración cántabra vulneraciones de derechos fundamentales de carácter sustantivo y atribuir al mismo tiempo una lesión procesal a un Tribunal que intervino en la vía judicial previa. Partiendo de la doctrina constitucional, procede comenzar nuestro enjuiciamiento por las quejas relativas a los derechos fundamentales sustantivos. Debemos por eso atribuir preferencia a la pretensión impugnatoria del artículo 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, «la comisión de una lesión constitucional en el

transcurso del proceso judicial no impide que el acto administrativo siga siendo el verdadero objeto del proceso de amparo que finalmente deviene en mixto» (STC 5/2008, de 21 de enero, FJ 3).

Debe tenerse en cuenta que en los recursos «mixtos», si se diera preferencia al enjuiciamiento de las lesiones del artículo 24 CE, su apreciación por este Tribunal — anulando la resolución judicial con retroacción de actuaciones al momento correspondiente— sólo tendría un «efecto retardatario» respecto a la efectiva tutela de los derechos sustantivos (por todas, SSTC 220/2005, de 12 de septiembre, FJ 2; 307/2006, de 23 de octubre, FJ 2, y 62/2007, de 27 de marzo, FJ 2). Esto «haría de peor condición a quien además de haber padecido una vulneración de sus derechos originada por la Administración hubiera sufrido otra lesión añadida, causada por el órgano judicial, frente a quien sólo ha sufrido la primera, pues así como éste obtendría una reparación inmediata en sede de amparo, aquél vería retrotraída la causa a la jurisdicción ordinaria para que allí se repare la lesión sufrida al intentar corregir la lesión administrativa originaria» (STC 5/2008, de 21 de enero, FJ 3).

En consecuencia, abordaremos en primer lugar el examen de las quejas referidas a los artículos 27, apartados 1, 3 y 9, 16.1 y 14 CE.

4. Corresponde en primer término exponer la doctrina constitucional relevante para el presente proceso.

a) El «genérico derecho a la educación» recogido sintéticamente en el apartado 1 del artículo 27 CE y desarrollado en los apartados siguientes, tiene una doble «dimensión» o «contenido» de «derecho de libertad» y «prestacional» (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7). El primer contenido se identifica con «la libertad de enseñanza», entendida como «proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales [especialmente artículos 16.1 y 20.1 a)]». Así lo afirmó ya la STC 5/1981, FJ 7, para la que la conexión de la libertad educativa con la libertad de opinión e ideología o pensamiento queda «explícitamente establecida en el artículo 9 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales firmado en Roma en 4 de noviembre de 1950, en conformidad con el cual hay que interpretar las normas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas que nuestra Constitución incorpora, según dispone el artículo 10.2».

Esta libertad de enseñanza se concreta por tres vías: el derecho a crear instituciones educativas, el derecho de los padres a elegir el centro y la formación religiosa y moral que desean para sus hijos, y el derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar a desarrollarla con libertad. En el presente recurso de amparo cobran relevancia los dos primeros.

El derecho a crear instituciones educativas, previsto específicamente en el artículo 27.6 CE, «implica el derecho a garantizar el respeto al carácter propio y de asumir en última instancia la responsabilidad de la gestión» (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 20). No se agota en el momento inicial del establecimiento del centro educativo, sino que se prolonga en el ejercicio de las facultades de dirección del mismo. En términos de la STC 77/1985, FJ 20, se «proyecta en el tiempo» y se «se traduce en la potestad de dirección del titular». La libertad de enseñanza (art. 27.1 CE) comprende a su vez la doble facultad de los padres de elegir el centro docente de sus hijos, que podrá ser de titularidad pública o privada, y de elegir la formación religiosa o moral que se ajuste a sus propias convicciones; facultad ésta última a la que se refiere específicamente el artículo 27.3 CE» [SSTC 10/2014, de 27 de enero, FJ 3; 5/1981, FJ 7, y 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 5 b); ATC 382/1996, de 18 de diciembre, FJ 4]. Una y otra facultad, siendo distinguibles, están evidentemente relacionadas: «es obvio que la elección de centro docente sea un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral» (STC 5/1981, FJ 8). Ambas guardan una íntima conexión con el derecho de creación de instituciones educativas con ideario propio, no limitado a los aspectos religiosos y morales. En este sentido, «el derecho a establecer un ideario propio como

faceta del derecho a crear centros docentes» se halla en «interacción» con el derecho de los padres a elegir el tipo de formación religiosa y moral que desean para sus hijos (STC 5/1981, FJ 8). La libertad de enseñanza de los padres «encuentra su cauce específico de ejercicio, por expresa determinación constitucional, en la libertad de creación de centros docentes (art. 27.6 CE)» [STC 133/2010, FJ 5 a)].

El derecho a la educación, en general, y las facultades aquí tomadas en consideración, en particular, no son absolutos. Respecto del derecho de dirección de centros docentes, este Tribunal ha destacado que cabe una intervención estatal, como la «respaldada constitucionalmente por el art. 27.9 CE, para el caso de Centros con respecto a los cuales los poderes públicos realizan una labor de ayuda, particularmente a través de la financiación total o parcial de la actividad» (STC 176/2015, de 22 de julio, FJ 2, con remisión a la STC 77/1985). El ejercicio de la libertad de creación de centros docentes tiene la «limitación adicional» que imponen principios constitucionales, como los del título preliminar de la Constitución (libertad, igualdad, justicia, pluralismo, unidad de España, etc.), y la derivada del artículo 27.2 CE conforme a la que la enseñanza ha de formar en «valores (principios democráticos de convivencia, etc.) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva» (STC 5/1981, FJ 7). Estas limitaciones «no agotan, cabe insistir, las posibilidades de modulación en el funcionamiento del centro docente, público o privado» (STC 176/2015, FJ 2).

Este Tribunal ha tenido oportunidad de referirse también a los límites del derecho de los padres a elegir el centro y tipo de formación de sus hijos. Conforme a la citada STC 133/2010, 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)]. En todo caso, «incluso en el supuesto de que la decisión de no escolarizar a los hijos ... encontrara acomodo en el contenido en principio protegido por el artículo 27.3 CE ... la imposición del deber de escolarización de los niños de entre seis y dieciséis años (artículos 9.2 de la Ley Orgánica de calidad de la educación y 4.2 LOE), a cuya efectividad sirven las resoluciones judiciales recurridas, constituye un límite incorporado por el legislador que resulta constitucionalmente viable por encontrar justificación en otras determinaciones constitucionales contenidas en el propio artículo 27 CE y por no generar una restricción desproporcionada del derecho controvertido» (FJ 7).

De acuerdo con la STC 10/2014, FFJJ 4 y 5, todos los padres tienen prima facie el derecho a escolarizar a sus hijos en centros de educación ordinaria, incluso los de aquellos que tengan alguna discapacidad. Solo en este caso la Administración puede forzar su escolarización en centros de educación especial exteriorizando los motivos por los que sigue esta opción y ajustándose a un canon de proporcionalidad. En esa ocasión, la decisión administrativa que dispuso la escolarización del hijo de los recurrentes en un centro de educación especial no vulneró el derecho a la educación (art. 27 CE) «al haber motivado y ponderado suficientemente las razones en que se basa la adopción de tal medida excepcional ... quedando, en consecuencia, acreditada su proporcionalidad» (FJ 5).

El derecho a la educación supone también «el reconocimiento prima facie de una libertad de los padres para elegir centro docente» (STC 10/2014, FJ 3, ATC 382/1996, FJ 4), pero el acceso efectivo al concreto centro elegido «dependerá de si se satisfacen o no los requisitos establecidos en el procedimiento de admisión de alumnos» (ATC 382/1996, FJ 4). Este derecho de los padres a elegir el centro y tipo de formación de sus hijos 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 «selección de acuerdo con los criterios previstos se produce en un momento distinto y forzosamente posterior al momento en que padres y tutores, en virtud de sus preferencias, han procedido a la elección de Centro» y tales criterios evitan en casos de

insuficiencia de plazas «una selección arbitraria» y refuerzan «la efectividad del derecho a la elección del centro docente» (STC 77/1985, FJ 5).

En suma, los derechos a crear instituciones educativas y a elegir el centro docente y la formación religiosa o moral de los hijos (art. 27, apartados primero, tercero y sexto, CE), como todo «derecho fundamental», admiten «restricciones que respondan a ‘un fin constitucionalmente legítimo’ y que sean necesarias y adecuadas ‘para alcanzar dicho objetivo» (STC 11/2016, de 1 de febrero, FJ 3, citando las SSTC 62/1982, de 15 de octubre, FFJJ 3, 4 y 5; 175/1997, de 27 de octubre, FJ 4; 49/1999, de 5 de abril, FJ 7, y 64/2001, de 17 de marzo). Caben, pues, cualesquiera restricciones que puedan considerarse ajustadas al «canon de proporcionalidad resultante de las normas constitucionales de protección de derechos fundamentales sustantivos», que «se resuelve en un triple juicio de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto o ponderación de beneficios y perjuicios» (STC 93/2017, de 6 de julio, FJ 3).

b) En cuanto a la segunda vertiente del derecho a la educación (art. 27.9 CE), este Tribunal ha declarado reiteradamente: «el genérico derecho de todos a la educación incorpora, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles de enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado 4 de este artículo 27». Al servicio de tal acción prestacional se hallan las «ayudas públicas a los Centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca» (SSTC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3; 188/2001, de 20 de septiembre, FJ 5; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 8).

Este derecho admite una configuración legal, por lo que en modo alguno puede decirse que el artículo 27.9 CE reconoce acabadamente el derecho a una prestación pública; sólo de acuerdo con la ley podrán los centros docentes privados exigir dicha financiación: no hay «un deber de ayudar a todos y cada uno de los Centros docentes, sólo por el hecho de serlo, pues la remisión a la Ley que se efectúa en el 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). El legislador puede supeditar el libramiento de las ayudas públicas al respeto de limitaciones que condicionen el derecho del titular del centro a dirigirlo (STC 77/1985, FJ 20). Asumiendo, por ejemplo, «la insoslayable limitación de los recursos disponibles» (STC 77/1985, FJ 11), puede atender, «entre otras posibles circunstancias, a las condiciones sociales y económicas de los destinatarios finales de la educación a la hora de señalar a la Administración las pautas y criterios con arreglo a los cuales habrán de dispensarse las ayudas en cuestión» (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3).

Este Tribunal ha declarado reiteradamente que la configuración legal de este derecho prestacional ha de «procurar la efectividad» del «contenido primario» o «dimensión de libertad» del derecho a la educación (SSTC 86/1985, FJ 3; 188/2001, FJ 5, y 236/2007, FJ 8). Sobre los poderes públicos pesa, en efecto, el «deber positivo de garantizar la efectividad del derecho fundamental» a la educación (STC 129/1989, FJ 5), es decir, el pluralismo educativo, sin que en ningún caso pueda afectarse el contenido esencial del derecho del titular a la dirección de su centro docente (STC 77/1985, FJ 20). Por eso el artículo 27.9 CE «no puede interpretarse como una afirmación retórica, de manera que quede absolutamente en manos del legislador la posibilidad de conceder o no esa ayuda» (STC 77/1985, FJ 11). En este sentido, el legislador no es «enteramente libre» «para habilitar de cualquier modo este necesario marco normativo», al establecer las condiciones y precisar los requisitos para la obtención de la ayuda pública. No podrá «contrariar los derechos y libertades educativas presentes en el mismo artículo»; deberá «configurar el régimen de ayudas en el respeto al principio de igualdad» y habrá de atenerse «a las pautas constitucionales orientadoras del gasto público» (STC 86/1985, FJ 3).

c) La STC 31/2018, de 10 de abril, se ha referido específicamente a la educación diferenciada, entendida como «opción pedagógica de voluntaria adopción por los centros y de libre elección de los padres y, en su caso, por los alumnos» que consiste en la

«separación entre alumnos y alumnas en la admisión y organización de las enseñanzas» fundada «en la idea de optimizar las potencialidades propias de cada uno de los sexos» [FJ 4 a)]. Este Tribunal «no puede ofrecer criterio valorativo alguno» sobre este «modelo pedagógico». Ahora bien, bajo la exclusiva perspectiva constitucional, cabe apreciar que constituye «una parte del ideario o carácter propio del centro que escoge esta fórmula educativa» que puede reputarse 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» [FJ 4 a)].

La educación diferenciada «no puede ser considerada como discriminatoria, siempre que se cumplan las condiciones de equiparabilidad entre los centros escolares y las enseñanzas a prestar en ellos»; a lo que se refiere la Convención de la UNESCO de 1960 relativa a la lucha contra las discriminaciones [FJ 4 a)]. A su vez, «no existe dato alguno que permita llegar a la conclusión de que dicho sistema, en cuanto tal, no sirve a los fines exigidos constitucionalmente y, en particular, a la conclusión de que no está inspirado en los principios democráticos de convivencia o en los derechos y libertades fundamentales, o de que no cumple los objetivos marcados por las normas generales» [FJ 4 b)]. No impide «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’». Si lo hiciera, «la conclusión sería, no la imposibilidad de ayudar a los centros que practicaran esta fórmula pedagógica, sino la imposibilidad 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 a determinados valores (principios democráticos de convivencia, etc.) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva’» [FJ 4 b)].

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, en orden a su percepción, la conclusión a la que ha de llegarse es la de que los centros de educación diferenciada podrán acceder al sistema de financiación pública en condiciones de igualdad con el resto de los centros educativos: dicho acceso vendrá condicionado por el cumplimiento de los criterios o requisitos que se establezcan en la legislación ordinaria, pero sin que el carácter del centro como centro de educación diferenciada pueda alzarse en obstáculo para dicho acceso» [FJ 4 b)].

5. Según la demanda de amparo, la Consejería de Educación (resolución de 14 de abril de 2009) y el Consejo de Gobierno de Cantabria (resolución de 13 de agosto del mismo año) habrían vulnerado la libertad educativa de los padres de los alumnos del colegio Torrevelo (art. 27, apartados primero y tercero, CE), en relación con el artículo 16.1 CE, así como su derecho a no ser discriminados ideológicamente (art. 14 CE), por tomar en consideración exclusivamente una concreta opción pedagógica (educación diferenciada) para denegar la renovación solicitada del concierto para seis unidades de educación primaria y 4 de educación secundaria obligatoria.

La denegación de la renovación concierne tanto al derecho del titular del colegio Torrevelo a crear instituciones educativas con ideario propio (art. 27, apartados primero y sexto CE), como al de los padres solicitantes de amparo a elegir el centro docente y el tipo de formación de sus hijos (art. 27, apartados primero y tercero CE). Naturalmente, en este proceso corresponde determinar únicamente si este segundo ha sido vulnerado; sin perder de vista que ambos se hallan en «interacción», no puede entenderse el significado de uno sin atender al significado del otro [STC 5/1981, FJ 8, en general, y STC 31/2018, FJ 4 a)], que se refiere específicamente a la educación diferenciada como modelo pedagógico libremente adoptado por el centro docente y libremente escogido por los padres de los alumnos].

La decisión de la Administración cántabra, en lo que aquí importa, ha incidido de modo intenso sobre la libertad educativa de los padres de los alumnos del colegio

Torrevelo (art. 27, apartados primero y tercero, CE). La denegación de la renovación del concierto se ha basado exclusivamente en la opción pedagógica escogida por ellos; en ejercicio de su libertad educativa, optaron por matricular a sus hijos en un colegio de educación diferenciada. La decisión de la Administración autonómica de denegar a este colegio la renovación del concierto ha ocasionado un perjuicio adicional al derecho fundamental que los padres tienen reconocido y que los «poderes públicos garantizan», de acuerdo con el artículo 27, apartados primero y tercero, CE. Esta decisión administrativa, si no ha llegado a suponer que el colegio tenga que dejar de impartir las unidades que tenía concertadas con la consiguiente imposibilidad práctica de los padres de escoger la opción pedagógica de la educación diferenciada, 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.

El hecho de que la denegación de la renovación del concierto perjudique el derecho de los padres a elegir el centro y el tipo de formación de sus hijos (art. 27, apartados primero y tercero CE) no implica per se que la Administración cántabra haya vulnerado la Constitución. Según hemos razonado ampliamente, la libertad educativa no es absoluta. A fin de determinar si la injerencia sobre el derecho fundamental garantizado en el artículo 27, apartados primero y tercero CE supone estrictamente una vulneración es preciso «constatar cuatro requisitos o condiciones, que, según reiterada doctrina, se erigen en canon de control para estos casos: si la medida restrictiva disponía de la correspondiente cobertura legal; si era susceptible de conseguir el objetivo propuesto — es decir, si es idónea o conducente para cumplir los fines pretendidos—; si era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia y, finalmente, 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’» (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 artículo 84.3 LOE, en su redacción originaria —que es la aplicada por la Administración cántabra—, establece literalmente: «En ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social». En el contexto del citado artículo, es evidente que el término «discriminación» no tiene el significado vulgar de selección, diferenciación o distinción, sino el técnico-jurídico desarrollado por la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de dar trato de inferioridad a alguien por alguna condición personal o social sin fundamento objetivo y razonable. Esta conclusión resulta reforzada si se constata que la previsión no hace más que reiterar con pocas variaciones la prohibición constitucional de discriminación incluida en el artículo 14 CE: «Los españoles son iguales ante la ley, sin que en modo alguno pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Como ha quedado extensamente registrado en los antecedentes, la Consejería de Educación y el propio Gobierno de Cantabria han basado en el citado artículo 84.3 LOE su decisión contraria a la renovación del concierto educativo. Según afirman, la LOE constituye la primera ley educativa que incluye la prohibición de discriminación por razón de sexo en la admisión de alumnos. Entienden que, en ausencia de esta referencia, las autoridades educativas no podrían denegar el concierto por la sola razón de que el modelo pedagógico del centro solicitante fuera monoeducacional. Al establecerlo, el legislador orgánico de 2006 habría querido excluir la educación diferenciada del régimen de conciertos. La prohibición de discriminación por razón de sexo que incluye ahora la legislación educativa equivaldría a una prohibición de concertación con los colegios que imparten enseñanza «diferenciada».

La Administración cántabra considera que la educación diferenciada es una opción pedagógica constitucionalmente posible cuya financiación pública depende de lo que en cada momento establezca el legislador orgánico. De otro, considera que supone una discriminación por razón de sexo. Sin embargo, 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)].

Comoquiera que, en efecto, «el sistema de educación diferenciada es una opción pedagógica que no puede conceptuarse como discriminatoria» [al respecto, ampliamente: STC 31/2018, FJ 4 a)], no cabe lógicamente interpretar que la redacción originaria del artículo 84.3 LOE, al hacer referencia a la prohibición de discriminación, ha pretendido excluir ese sistema 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. El precepto no añade nada a lo que ya resultaba de la propia Constitución (art. 14), por lo que la mera reiteración de la prohibición de discriminación sexual por parte del legislador orgánico 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.

6. En virtud de todo lo expuesto, cumple declarar que las resoluciones de la Consejería de Educación y del Consejo de Gobierno de Cantabria de 14 de abril y 13 de agosto de 2009, respectivamente, han vulnerado los derechos de los padres solicitantes de amparo recogidos en el artículo 27 CE, en relación con el artículo 16.1 CE. Esta última vulneración no se refiere propiamente a la dimensión «prestacional» del derecho a la educación ni a un supuesto derecho subjetivo perfecto a la renovación de concierto —no reconocido como tal en el artículo 27.9 CE—; se refiere al «contenido de libertad» del artículo 27 CE y, en lo que aquí importa específicamente, al derecho de los padres a elegir el centro y tipo de formación de sus hijos (art. 27, apartados primero y tercero CE).

Procede, en consecuencia, anular las resoluciones administrativas y judiciales recurridas, aunque sólo en lo que afecta a la denegación de la renovación del concierto para seis unidades de educación primaria y cuatro de educación secundaria obligatoria, que es el extremo al que la recurrente ha ceñido voluntariamente su solicitud de amparo, según lo razonado en el fundamento jurídico segundo de esta Sentencia. Corresponde, a su vez, ordenar la reapertura del procedimiento administrativo para que la Consejería de Educación del Gobierno de Cantabria se pronuncie nuevamente sobre la solicitud de renovación del concierto del colegio Torrevelo sin tomar en consideración su orientación monoeducacional.

Por último, al apreciarse la vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 27, apartados primero y tercero CE, no procede examinar la lesión denunciada de los derechos a no sufrir discriminación (art. 14 CE) y a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), según hemos razonado en el fundamento jurídico tercero de esta Sentencia.

FALLO

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

Ha decidido

Estimar el recurso de amparo interpuesto por la asociación de padres de alumnos Torrevelo y, en su virtud:

1.º Declarar que ha sido vulnerado su derecho fundamental a la libertad educativa (art. 27, apartados primero y tercero CE), en conexión con la garantía constitucional de la libertad ideológica (art. 16.1 CE).

2.º Restablecerla en sus derechos y, en consecuencia, declarar la nulidad de las resoluciones de la Consejería de Educación y del Consejo de Gobierno de Cantabria de 14 de abril y 13 de agosto de 2009, respectivamente, de la Sentencia de 22 de junio de 2011 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en el procedimiento ordinario núm. 545-2009, así como de la Sentencia y el Auto dictados en 23 de julio y 29 de noviembre de 2012, respectivamente, por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el recurso de casación núm. 4591-2011, únicamente en lo relativo a la denegación de la renovación del concierto del colegio Torrevelo.

3.º Ordenar la reapertura del procedimiento administrativo para que la Consejería de Educación del Gobierno de Cantabria se pronuncie nuevamente sobre la solicitud de renovación del concierto del colegio Torrevelo sin tomar en consideración su orientación monoeducacional.

Publíquese esta Sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a cinco de julio de dos mil dieciocho.—Juan José González Rivas.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Antonio Narvárez Rodríguez.—Alfredo Montoya Melgar.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—María Luisa Balaguer Callejón.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formulan el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré y la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la Sentencia dictada en el recurso de amparo avocado núm. 210-2013

En el ejercicio de la facultad que nos confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría, discrepamos de la fundamentación jurídica y el fallo de esta Sentencia. Las razones por las que sostenemos que la educación segregada por razón de sexo vulnera frontalmente la Constitución tanto en la escuela pública como en la privada, sostenida o no con fondos públicos, quedaron ampliamente expuestas en los Votos particulares que ambos formulamos a la STC 31/2018, de 10 de abril. Los damos ahora por íntegramente reproducidos, al constituir la premisa de nuestra absoluta discrepancia con esta Sentencia, que suscita críticas adicionales, por cuanto atribuye un desmedido efecto expansivo a la sentencia que declaró la constitucionalidad del artículo 84.3 de la Ley Orgánica de educación (LOE) en la redacción que le diera la Ley Orgánica para la mejora de la calidad educativa: LOMCE (2013).

1. Sostiene la mayoría que la denegación de la renovación del concierto educativo, que ha dado origen a este recurso de amparo, no halla cobertura legal en la redacción originaria del artículo 84.3 LOE (2006). Y ofrece esta explicación: «Comoquiera que, en efecto, el sistema de educación diferenciada es una opción pedagógica que no puede conceptuarse como discriminatoria [al respecto, ampliamente: STC 31/2018, FJ 4 a)], no

cabe lógicamente interpretar que la redacción originaria del art. 84.3 LOE, al hacer referencia a la prohibición de discriminación, ha pretendido excluir ese sistema del régimen de ayudas públicas. El art. 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. El precepto no añade nada a lo que ya resultaba de la propia Constitución (art. 14), por lo que la mera reiteración de la prohibición de discriminación sexual por parte del legislador orgánico 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» (FJ 5).

Dicho en otros términos, la Sentencia reinterpreta la redacción del artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, a la luz de la jurisprudencia contenida en la STC 31/2018, que formuló un control abstracto de constitucionalidad de la redacción del mismo precepto, modificada por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE). Es esta una argumentación falaz que, quebrando los principios estructurales de la ordenación de la sucesión de normas en el tiempo, conduce a interpretar, en abierta contradicción con la voluntad del legislador, un precepto legal que ya no está vigente, aunque siga desplegando algunos efectos muy limitados. Así, la interpretación del artículo 84.3 LOE (2006) formulada en esta Sentencia hace una relectura del precepto resueltamente discutible, extendiendo con efectos retroactivos la exégesis de la actual redacción del artículo 84.3 LOE (2013), enunciada en la STC 31/2018. De este modo, se atribuye 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 (LOTIC) confiere a las sentencias, en los procesos de control abstracto de la constitucionalidad de las normas con rango de ley (artículos 38 a 40 LOTIC).

Una paráfrasis lógica y contextualizada del artículo 84.3 LOE (2006) sólo es posible si se analiza la voluntad del legislador que aprobó la norma, la evolución legislativa (significativamente, el art. 71.3 de la precedente Ley Orgánica de calidad de la educación, derogada por la Ley Orgánica de educación, no recogía el sexo entre las prohibiciones de discriminación en la admisión de alumnos), el contexto político en que fue aprobada, la interpretación jurisprudencial del precepto desarrollada por el Tribunal Supremo y las reformas sucesivas, sólo explicables en la medida en que debieran modificar una situación normativa previa incompatible con la nueva voluntad legislativa. Atendiendo a estas pautas, imprescindibles para formular una cabal interpretación de la norma, parece evidente 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. En interpretación sistemática de la norma, la lectura de la disposición adicional vigésima quinta LOE (2006) y su mención específica de la coeducación como principio de atención preferente y prioritaria, permitían entender que el legislador, por primera vez, se apartaba nítidamente del modelo monoeducacional.

Pero, además, ningún sentido tiene pensar que la reforma de 2013 no vino a introducir novedad alguna en el artículo 84.3 LOE, a pesar de acompañarla de una disposición transitoria segunda, relativa a su aplicación temporal, que asumía, de manera clara, la existencia de centros a los que se había denegado la renovación del concierto educativo o reducido las unidades escolares concertadas por el único motivo de ofrecer educación diferenciada por sexos. La tesis que sostiene la mayoría banaliza la reforma de 2013, que quedaría reducida a una modificación superflua o inocua, pues no habría alterado el criterio del legislador de 2006 en una cuestión de tanto calado.

Como reconoce el Dictamen del Consejo de Estado al anteproyecto de Ley Orgánica para la mejora de la calidad educativa (Dictamen núm. 172/2013), si bien el acceso de los centros privados de educación diferenciada al régimen de conciertos vino siendo

admitida tras la aprobación de la Constitución de 1978, bajo la vigencia del artículo 84.3 LOE (2006) se comenzó a cuestionar su procedencia, reforzándose la voluntad política de exclusión de este modelo pedagógico de la financiación pública en la redacción del artículo 16.2 del anteproyecto de Ley integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que previó, aunque no llegase a ser aprobado por la finalización prematura de la legislatura, que «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».

Cerca de una veintena de Sentencias del Tribunal Supremo vinieron a corroborar la constitucionalidad de esta opción del legislador de 2006. La primera de ellas, la Sentencia impugnada en amparo (STS de 23 de julio de 2012, dictada en el recurso de casación núm. 4591-2011), entiende que existió una innovación legislativa introducida por la Ley Orgánica de educación, que incorporó el sexo como categoría sospechosa de discriminación en la selección de alumnos, dando cobertura a las disposiciones autonómicas que descartaron la financiación pública de los colegios de educación segregada por sexos. En el mismo sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de julio de 2012 (recurso núm. 5423-2011), de 9 de octubre de 2012 (recurso núm. 5182-2011), de 14 de enero de 2013 (recurso núm. 1303-2012), de 15 de enero de 2013 (recurso núm. 4928-2011), de 21 de enero de 2013 (recurso núm. 5069-2011), de 22 de enero de 2013 (recursos núms. 541-2012, 6251-2011, 4595-2011, 5414-2011), de 23 de enero de 2013 (recurso núm. 1171-2012), de 26 de febrero de 2013 (recurso núm. 638-2012); de 23 de junio de 2014 (recurso núm. 2251-2014), de 16 de julio de 2014 (recursos núms. 2619-2012 y 3089-2012), de 17 de julio de 2014 (recursos núms. 2296-2012 y 2151-2012), y de 18 de julio de 2014 (recurso núm. 1573-2012). El Tribunal Supremo, «último y superior intérprete de la legalidad ordinaria, sin perjuicio de las competencias del Tribunal Constitucional (arts. 123.1 CE)» (SSTC 93/2012, de 7 de mayo, FJ 2, y 233/2015, de 5 de noviembre, FJ 15), no varió su interpretación del artículo 84.3 LOE (2006), a pesar de la existencia de una posición disidente manifestada en varios votos particulares. Pero la Sentencia de la que discrepamos desplaza esa interpretación sin argumentos sólidos que lo justifiquen, más allá de una remisión a la doctrina contenida en la STC 31/2018, que se refiere a una redacción del precepto sucesiva en el tiempo, y expresiva de un cambio de orientación política del legislador que este Tribunal viene a negar en el presente pronunciamiento.

Por tanto, 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. Desde todas esas posiciones jurídicas solventes se ha dedicado una amplísima atención a este punto, lo que por sí mismo da idea de la trascendencia del cambio legal operado en 2013, que se esfuma en el párrafo de esta Sentencia antes transcrito. Sobra añadir que tampoco es compartida por quienes rubricamos el presente Voto particular.

2. Pudiera pensarse, incluso, que en tan corto lapso de tiempo en esta Sentencia se niega virtualidad a buena parte de los argumentos contenidos en la STC 31/2018, incurriendo en una contradicción manifiesta.

El artículo 84 LOE regula la admisión de alumnos en los centros públicos y privados concertados, y la regla recogida en su apartado tercero se inserta por tanto en este contexto. Es una regla específica de admisión en los centros, como reconoció el fundamento jurídico 4 de la STC 31/2018 al establecer que «desde una perspectiva estrictamente literal del mismo, la separación de los alumnos por sexos en el proceso educativo institucionalizado constituye una diferenciación jurídica entre niños y niñas, en concreto en cuanto al acceso al centro escolar». Pero esa regla de admisión diferenciada, que valida la sentencia de 10 de abril, viene acompañada, según el mismo fundamento jurídico, de algunas cláusulas de salvaguarda.

Para alcanzar su fallo desestimatorio, la STC 31/2018 otorga gran relevancia a los párrafos 2 y 3 del artículo 84.3 LOE, introducidos precisamente por la Ley Orgánica para la mejora de la calidad educativa. Recordemos que el párrafo 2 establece que «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». Mientras que el párrafo 3 dice literalmente que «en ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto. 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».

Con distintas expresiones, y hasta en ocho ocasiones, la STC 31/2018 insiste en la idea de las garantías de no discriminación, asociadas al desarrollo del modelo de educación diferenciada: «el propio texto legislativo llama a un precepto convencional concreto para integrar su contenido. En particular, indica que no constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de enseñanzas diferenciadas por sexos siempre que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones de la UNESCO, de 1960»; «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»; «el modelo de educación separada o diferenciada tampoco contradice en sí mismo la obligación de los poderes públicos de promover activamente la igualdad en los términos del 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».

Sin embargo, nada se dice de tales garantías en la presente resolución del Pleno. De ello cabe deducir que esta Sentencia imprime un giro, si cabe aún más preocupante, a la lógica argumental de la STC 31/2018, al dar por bueno que cualquier modalidad de educación diferenciada es compatible con la Constitución, pretenda o no transmitir a través de este método pedagógico de segregación educativa por razón de sexo, valores incompatibles con el principio de igualdad (art. 1 CE), con la interdicción de discriminación (art. 14 CE) y con el mandato de promoción de la igualdad real entre hombres y mujeres (art. 9.2 CE). Lamentablemente, la interpretación de la Ley Orgánica de educación 2006 que recoge esta nueva Sentencia parece ir más allá de lo que ya se retrocedió en esta materia hace apenas tres meses: supondría que el Tribunal Constitucional considera que, aún sin las «cautelos y garantías» introducidas por la Ley Orgánica para la mejora de la calidad educativa (que, evidentemente, no aparecen en la Ley Orgánica de educación 2006, pues solo forzando su tenor se puede entender que acoge la educación diferenciada en el régimen de conciertos), la segregación educativa no sería un modelo discriminatorio.

3. Algo parecido sucede con la divergencia apreciable en ambas Sentencias a la hora de analizar el modelo de educación diferenciada desde la perspectiva del derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE).

La STC 31/2018, FJ 4, al iniciar el análisis de constitucionalidad de la reforma del artículo 84.3 LOE, conceptualiza así la educación diferenciada por sexos: «Si se tratara de una determinada concepción de la vida o cosmovisión con un contenido filosófico, moral o ideológico, ello situaría el análisis constitucional de la impugnación en la

perspectiva del derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones (artículo 27.3 CE), con el contenido y los límites que le son inherentes. Pero la separación entre alumnos y alumnas en la admisión y organización de las enseñanzas responde a un modelo concreto para el mejor logro de los objetivos perseguidos comunes a cualquier tipo de enseñanza. Por lo tanto, se trata de un sistema meramente instrumental y de carácter pedagógico, fundado en la idea de optimizar las potencialidades propias de cada uno de los sexos. Así se desprende del artículo 84.3 LOE, que impone a los centros que opten por ese modelo la obligación de exponer las razones educativas de la elección de dicho sistema, lo que excluye de principio que la implantación del modelo pueda responder a otro tipo de motivaciones ajenas a las educativas». La STC 31/2018 insiste al menos cinco veces más en el carácter meramente pedagógico de esta opción educativa, alejando la argumentación del artículo 27.3 CE. Solo esta desagregación entre enseñanza diferenciada y convicciones religiosas o morales permitió a la Sentencia 31/2018 basarse en el argumento de que la educación segregada no propugna valores discriminatorios, porque a su decir no responde a otro tipo de motivaciones ajenas a las educativas.

Por tanto, si este sistema pedagógico, al que se le reconocen vínculos con el ideario del centro, —por cuanto la opción por un determinado modelo pedagógico forma parte del derecho al ideario o carácter propio del centro (STC 31/2018, FJ 4)— no tiene relación con opción religiosa o moral alguna, tampoco su elección tiene vínculos con el artículo 27.3 CE, conectándose con el artículo 27.6 CE. Así lo afirma la sentencia de 10 de abril, al razonar del modo siguiente: «La existencia de un ideario educativo es una derivación o faceta, por tanto, de la libertad de creación de centros docentes y se mueve dentro de los límites de dicha libertad». La tan citada resolución de nuestro Tribunal insiste en la idea, señalando que «el derecho a establecer un ideario, por tanto, tiene directa cobertura constitucional y está sometido a los límites propios del derecho a la creación de centros de enseñanza, derecho de libertad que no se agota en el momento inicial del establecimiento de la entidad educativa, sino que se prolonga en el ejercicio de las facultades de dirección del mismo». En suma, en la STC 31/2018, la opción por este tipo de enseñanza forma parte del ideario del centro y, por tanto, está al servicio de quien crea centros docentes y no al servicio de los padres. No se puede deducir otra cosa cuando aquella sentencia afirma que «el derecho al ideario está conectado con el derecho de los padres a elegir el tipo de formación religiosa y moral que desean para sus hijos, aunque entre ambos no existe relación de instrumentalidad necesaria, que no excluye, empero, la existencia de ‘una indudable interacción’ entre ellos». Una conexión «entre el derecho al ideario y el derecho de los padres a la elección de centro escolar (que) se encuentra ejemplificada en el asunto resuelto por este Tribunal en la STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 5, en la que descartábamos que ese derecho de los padres se proyectara sobre un modelo pedagógico concreto» (STC 31/2018, FJ 4). Contrariando de modo frontal nuestra doctrina, la elección de un modelo de educación diferenciada por sexo, en el presente pronunciamiento, 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.

Queda para el lector de ambas Sentencias la ardua tarea de dilucidar si, para este Tribunal, la segregación por razón de sexo en la escuela responde a un modelo o método pedagógico que, como tal, forma parte del ideario educativo de los centros docentes, como una derivación o faceta de la libertad de creación de centros docentes (STC 31/2018) o, por el contrario, se inserta en el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, en cuyo caso cabría preguntarse, lo que trató de evitar la STC 31/2018, qué convicciones religiosas o morales sustentan un sistema pedagógico en que niños y niñas deben recibir la «misma» educación pero en espacios separados. Como acertadamente señala el Ministerio Fiscal en sus alegaciones, resulta difícil entender cómo la

denegación de la prórroga de un concierto puede afectar al tipo de formación religiosa y moral que se facilita a los alumnos, cuando la denegación no se ha fundado en la clase o naturaleza de esta formación, sino en el modo en que toda la formación es impartida en el centro. 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.

4. En realidad, esta conversión o ampliación del artículo 27.3 CE es el argumento que permite a la mayoría apreciar una lesión de derechos fundamentales donde solo hay una legítima opción del legislador a la hora de configurar el modelo de financiación de los centros educativos privados.

La doctrina previa no ofrece dudas: la financiación del sistema educativo se vincula al apartado noveno del artículo 27 CE, y no al apartado tercero. Cuando la Constitución dice que «los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca», fija una obligación de acción positiva a las administraciones públicas, confiriéndoles un margen para establecer condicionamientos y limitaciones legales para el acceso de dichos centros a las ayudas (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 20). No se trata un derecho individual, reconocido a cada familia, a cada padre y cada madre. Es una obligación prestacional imputada al Estado, no un derecho subjetivo reconocido a las familias, lo que nos lleva a recordar quienes son los recurrentes en el presente procedimiento constitucional.

Es más, según la misma STC 77/1985, FJ 11, del artículo 27.9 CE no se desprende un deber de ayudar a todos y cada uno de los centros docentes sólo por el hecho de serlo, pues la remisión a la ley puede significar que esa ayuda se realice teniendo en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales, entre ellos, la promoción por parte de los poderes públicos de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (arts. 1 y 9 CE). A nuestro juicio, esta Sentencia constriñe indebidamente el margen de configuración del artículo 27.9 CE, que, insistimos en ello, recoge un mandato, pero no encierra un derecho subjetivo a la prestación pública, y mucho menos hace titulares de tal derecho a las familias. El fundamento jurídico 3 de la STC 86/1985, de 10 de julio, lo enuncia claramente: «La Ley que reclama el art. 27.9 no podrá, en particular, contrariar los derechos y libertades educativas presentes en el mismo artículo y deberá, asimismo, configurar el régimen de ayudas en el respeto al principio de igualdad. Como vinculación positiva, también, el legislador habrá de atenerse en este punto a las pautas constitucionales orientadoras del gasto público, porque la acción prestacional de los poderes públicos ha de encaminarse a la procuración de los objetivos de igualdad y efectividad en el disfrute de los derechos que ha consagrado nuestra Constitución (arts. 1.1, 9.2 y 31.2, principalmente)». La Sentencia de la mayoría antepone los intereses individuales, pretiriendo los intereses colectivos que, sin duda alguna, son los que pretende asegurar el artículo 27.9 CE.

En última instancia, la elusión del artículo 27.9 del debate del presente recurso de amparo responde a rudas y nudas razones de estrategia ideológica, pretendiéndose así impedir una clara desestimación del propio recurso.

5. Terminamos reafirmando nuestra principal convicción: cualquier modalidad, pública o privada, concertada o no, de segregación educativa basada en los supuestos de discriminación vedados por el artículo 14 CE es contraria a la Constitución.

Aunque por sí sola esta posición sería motivo suficiente para apartarnos de esta Sentencia, formulamos este nuevo Voto por considerar que la misma, además de aceptar la constitucionalidad de la llamada educación diferenciada, cierra indebidamente al legislador pasado y futuro opciones que descansan en el artículo 27.9 CE, en conexión con la promoción del valor superior de la igualdad.

Madrid, a dieciséis de julio de dos mil dieciocho.—Fernando Valdés Dal-Ré.—María Luisa Balaguer Callejón.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de amparo avocado núm. 210-2013

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Pleno en la que se sustenta la sentencia, manifiesto mi discrepancia con su fundamentación jurídica y su fallo, que considero debería haber sido íntegramente desestimatorio.

La posición mayoritaria en la que se sustenta la Sentencia parte como presupuesto esencial de su razonamiento de la afirmación contenida en la STC 31/2018, de 10 de abril, de que la segregación sexual binaria en los centros docentes concertados no puede ser considerada discriminatoria y, por tanto, que no vulnera el artículo 14 CE. A partir de ello, incurriendo en un paralogismo, se razona que el artículo 84.3 de la Ley Orgánica de educación (LOE), al establecer —en su redacción vigente cuando se adoptaron las decisiones impugnadas— que «en ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social» en la admisión de alumnos en los centros públicos y privados concertados, no da cobertura legal a la decisión administrativa de excluir de los conciertos educativos la segregación sexual binaria, precisamente por no poder ser considerada discriminatoria. La conclusión que se deriva es que esa decisión administrativa, al carecer de cobertura legal, implica una vulneración del derecho de los padres a elegir el centro y tipo de formación de sus hijos (arts. 27.1 y 3 CE).

Las razones de mi discrepancia con el presupuesto esencial del que parte este razonamiento de que la segregación sexual binaria en los centros docentes concertados no vulnera la prohibición constitucional de la discriminación por razón de sexo e identidad sexual las expuse en el Voto particular formulado a la STC 31/2018, de 10 de abril, y, por remisión a este, en los formulados a la SSTC 49/2018, de 10 de mayo; 53/2018, de 24 de mayo; y 67/2018, de 19 de junio (recurso de inconstitucionalidad 1455-2014). El carácter nuclear e irrenunciable de cualquier prohibición de discriminación y, por tanto, la motivada en razones de sexo, orientación e identidad sexual como elemento de autoidentificación de una democracia exige que, en este caso, no baste con una mera remisión a dicho Voto particular, sino su reproducción íntegra de su apartado I, que es la que a continuación incorporo.

«I. La segregación sexual binaria en los centros docentes privados concertados vulnera la prohibición constitucional de la discriminación por razón de sexo e identidad sexual.

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

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

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

Así lo demuestra (i) el hecho de que en el párrafo III se regulan los efectos de esta opción educativa solo respecto de los centros privados en el marco de la regulación de sus conciertos educativos y (ii) la exigencia de que para la adopción de esa medida los centros deban exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad, que solo tiene sentido respecto de los citados centros privados. A esta misma conclusión conduce el recurso de inconstitucionalidad y la contestación de la Abogacía del Estado, que tampoco controvierten que esta previsión queda limitada en su aplicación a los centros privados concertados.

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

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

Este recurso constituye un caso líder en nuestra jurisprudencia constitucional. No es uno de esos supuestos en que, como viene siendo habitual en una jurisprudencia tan apegada a los postulados positivistas como la española, pueda resolverse apelando a precedentes más o menos lejanos o discutibles. La determinación del parámetro de control de constitucionalidad y su concreta aplicación al caso son determinantes. A mi juicio, el resultado que obtiene la opinión mayoritaria en este punto no puede ser definido como satisfactorio.

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

Comparto, en esencia, esta constatación, pero creo que la prohibición de la discriminación merece algo más que una ritual mención de su interdicción. La comprensión de esta prohibición hace preciso profundizar en el significado que tiene en los Estados democráticos avanzados. El derecho antidiscriminatorio no es una medida de la calidad democrática. Es una condición esencial de la democracia misma. La prohibición de determinados motivos de discriminación está íntimamente vinculada con la dignidad humana (art. 10.1 CE), los valores superiores de la igualdad y del pluralismo político como fundamento del ordenamiento jurídico de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.2 CE) y el mandato dirigido a los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE). La selección de esos motivos no resulta azarosa. Es el producto

fenomenológico —iba a decir trágico— del devenir histórico y la lucha contra la prevalencia en determinados momentos históricos de ideologías y paradigmas que han justificado un tratamiento diferenciado de grupos sociales con fundamento en esos motivos. La raza o grupo étnico, la religión, la opinión política, el origen nacional, el sexo —incluyendo sus modalidades de identidad y orientación sexual— o las capacidades físicas e intelectivas diferenciadas, solo por citar alguno de ellos, han sido —y son todavía hoy en muchos ámbitos— elementos frecuentemente utilizados para implantar visiones excluyentes, supremacistas, segregadoras o justificadoras de situaciones de violencia o acoso discriminatorio. El carácter especialmente odioso de cualquiera de estas formas de discriminación basadas en esos y otros motivos es lo determinante para su proscripción. A partir de ello, el derecho antidiscriminatorio ha evolucionado hasta establecer que (i) la utilización de estos motivos por el legislador resulta tan intrínsecamente sospechosa que solo muy poderosas razones vinculadas a superiores intereses pueden permitir su utilización para implantar tratos diferenciados y (ii) debe posibilitarse, con el fin de compensar situaciones históricas de prolongada discriminación, actuaciones afirmativas o positivas de carácter temporal en favor de esos grupos en desventaja tendentes a superar esa situación de postergación y alcanzar los objetivos de una real igualdad de oportunidad y trato. Por tanto, a mi juicio debe extremarse la sensibilidad para compaginar la jurisprudencia antidiscriminatoria con las exigencias de una democracia moderna europea del siglo XXI como es la española.

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

Volveré sobre ello con posterioridad. Ahora solo mencionaré que el carácter de caso líder de este recurso queda más evidenciado si se toma en consideración que el Tribunal ha tenido la posibilidad de proyectar esta jurisprudencia general antidiscriminatoria en el ámbito educativo solo de manera muy aislada. La STC 10/2014, de 27 de enero, abordó la cuestión de la segregación educativa de las personas con capacidades intelectivas diferenciadas, con un resultado para cuya valoración me remito al voto particular que entonces suscribí. Desde la perspectiva del derecho a la educación (art. 27 CE), también fueron objeto de análisis las normativas en que, con motivo de la situación de regularidad o irregularidad migratoria de los alumnos, se establecía un tratamiento diferenciado respecto de la posibilidad de acceso a este derecho en relación con la enseñanza no obligatoria tanto cuando afectaba a menores de edad (STC 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 8) como cuando afectaba a mayores de edad (STC 155/2015, de 9 de julio).

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

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

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

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

(a) La singularidad de la discriminación sexual.

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

(b) La falacia ‘separados pero iguales’.

El argumento fuerte de la opinión mayoritaria para negar el carácter intrínsecamente discriminatorio de la segregación sexual es la remisión que en el artículo 84.3 LOE se hace al artículo 2 a) de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960, que establece que no serán consideradas como constitutivas de discriminación ‘[l]a creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes’. Insiste, además, en que su vigencia es confirmada por la Observación general núm. 13 del Comité de Derechos económicos, sociales y culturales de Naciones Unidas, relativa al derecho a la educación, aprobada en 1999. Esto sirve a la opinión mayoritaria para minimizar el impacto de lo establecido en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, cuyo artículo 10 c) dispone que entre las medidas que deben adoptarse para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y

en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, está '[l]a eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza'.

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

El principio 'separados pero iguales', conforme al cual no puede afirmarse que la segregación implique un trato discriminatorio siempre que se cumpla la condición de la equivalencia de prestaciones, era ampliamente utilizado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos para abordar el cuestionamiento de políticas discriminatorias por motivo de raza tras la introducción en 1868 en la Constitución de Estados Unidos de la exigencia de la igual protección de las leyes en la sección 1 de la Enmienda XIV. Su exponente más conocido es la Sentencia asunto Plessy v. Ferguson (1896) 163 US 537 que confirmó que no era racialmente discriminatoria la normativa del Estado de Louisiana que establecía que en los trenes habría vagones segregados para la raza blanca y la raza negra con el argumento de que, aun prestándose de manera separada, el poder público garantizaba un tratamiento igualitario ante la ley en la prestación del servicio ferroviario. De esta Sentencia me interesa destacar el voto particular discrepante del Juez Harlan, quien afirma, tajante, que '... cuando están en juego los derechos civiles de los ciudadanos, niego categóricamente a los legisladores o a los jueces la posibilidad de fijarse en su raza'. Es especialmente destacable porque resulta demostrativo de que ya a fines del siglo XIX se defendía que la segregación representa una forma de discriminación y porque permite reivindicar el valor prospectivo de los votos discrepantes. Esta disidencia se acabó convirtiendo en opinión ya no solo mayoritaria sino unánime en la Sentencia asunto Brown v. Board of Education of Topeka (1954) 347 US 483, dictada casi 60 años después, y que supuso la proscripción del principio 'separados pero iguales' y la consideración de la segregación como una forma de discriminación prohibida. La Sentencia Brown es de especial relevancia para el caso ahora analizado porque, aun tratándose de un supuesto de discriminación racial, se refiere a una cuestión de segregación en el ámbito educativo en que se incluye una mención a la necesidad de que la circunstancia de que se desarrolla en el ámbito escolar se analice '... a la luz de toda su evolución y del lugar que ocupa en todos los rincones de nuestro país, en el conjunto de la vida americana. Solo de este modo se puede determinar si la segregación en las escuelas públicas priva a los demandantes de la protección equitativa de las leyes'. Con esa lectura actualizada de la importancia de la educación para las sociedades democráticas, la Sentencia establece que '[c]oncluimos que en el campo de la enseñanza pública no tiene cabida la doctrina 'separados pero iguales'. Un sistema con escuelas segregadas es intrínsecamente desigualitario'. Hubo que esperar todavía algunos años más para que se abordara la segregación sexual en el ámbito educativo, concluyéndose en la Sentencia asunto Mississippi University for Women v. Hogan (1982) 458 US 718 y en la Sentencia United States v. Virginia (1996) 518 US 515, la inconstitucionalidad, en el primer caso, del carácter solo femenino de una escuela de enfermería subvencionada por el Estado y, en el segundo, el carácter solo masculino de una academia educativa militar financiada con fondos públicos. Con estos precedentes, me resulta decepcionante la resurrección de la idea de que la segregación en la prestación de un servicio público, si no es presupuesto de un distinto nivel de prestación, no resulta, al menos, una forma intrínsecamente sospechosa de discriminación.

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

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

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

sesiones celebrados en 1969, referida a la igualdad de acceso de las jóvenes y mujeres a la educación, invita a los Estados miembros a ‘reconocer el principio de la enseñanza mixta en los establecimiento de enseñanza primaria y secundaria como forma de asegurar la igualdad de acceso a la educación’.

Una lectura evolutiva y adaptada a la realidad de la sociedad española de la actualidad y de su sistema educativo también hubiera permitido, con un mínimo esfuerzo de lógica argumentativa, superar la necesidad de mantener la falacia del principio ‘separados pero iguales’ impuesto en la normativa controvertida. No cabe negar que en el marco de la tradición histórica española y de otros países de nuestro entorno, la educación diferenciada por sexos ha tenido un sesgo de segregación contrario a la prohibición de discriminación. En España, con puntuales excepciones, desde la Ley de instrucción pública de 9 de diciembre de 1857 y hasta la Ley 14/1970, de 4 de agosto, general de educación y financiamiento de la reforma educativa, la obligatoria separación por sexos en la enseñanza venía acompañada y condicionada por la existencia de programas educativos también diversificados en función de la imputación de roles sociales esperados para cada uno de los sexos. A partir de ese momento y durante las sucesivas normas dictadas en el actual periodo constitucional, desapareció la dualidad de programas educativos por motivos de sexo. Además, la prestación del servicio público de la educación mediante colegios públicos y privados concertados se desarrolló mediante un modelo pedagógico de coeducación e integración sexual en los centros y las aulas, que solo muy marginalmente y por concretas decisiones de las autoridades educativas competentes en materia de conciertos permitía el acceso a dar esta prestación mediante centros que adoptaban el modelo de educación segregada por sexos. Cuando entra en vigor la reforma del artículo 84.3 LOE que se analiza en esta resolución, lo hace incidiendo en una situación previa en que, con base en la redacción originaria del 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.

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

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

La intersexualidad —definida como aquella condición en que se nace con características biológicas de sexo (anatomía sexual, órganos reproductivos o patrones cromosómicos) que no se ajustan a las normas sociales, definiciones médicas o estándares culturalmente definidos para el cuerpo femenino o masculino y que puede ser detectada al nacer o volverse aparente más adelante en la vida, especialmente durante la pubertad— ha entrado recientemente a formar parte de la preocupación de las leyes, la jurisprudencia y el soft law antidiscriminatorios. En el ámbito regional europeo, es necesario citar tanto la Recomendación CM/Re (2010)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, como la

Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 2191 (2017), de 12 de octubre, para promover los derechos humanos y eliminar la discriminación contra las personas intersexuales. Por su parte, en el ámbito jurisprudencial más cercano, la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 8 de noviembre de 2017 ha instado al Estado alemán a que antes del 31 de diciembre de 2018 dé reconocimiento jurídico general en el Registro civil a la existencia de un tercer sexo. Pero sobre todo, hay que destacar que en España son ya numerosas las normativas autonómicas que han desarrollado medidas antidiscriminatorias respecto del trato dispensado a los intersexuales, entre otros, en el ámbito de la educación [arts. 22 a 26 de la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia; art. 12 de la Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia; arts. 20 a 24 de la Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; arts. 23 a 25 de la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid; arts. 25 a 28 de la Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; art. 12 de la Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; arts. 21 a 24 de la Ley 8/2017, de 7 de abril, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana; arts. 26 a 29 de Ley Foral Navarra 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+; y los arts. 13 a 16 de la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía].

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La opinión mayoritaria comienza el análisis de la constitucionalidad del artículo 84.3 LOE negando que la segregación sexual escolar se fundamente en una determinada concepción de la vida o cosmovisión con un contenido filosófico, moral o ideológico. Afirma que la segregación sexual escolar responde a un modelo pedagógico concreto para el mejor logro de los objetivos pedagógicos perseguidos comunes a cualquier tipo de enseñanza y que, por tanto, se trata de un sistema meramente instrumental y de carácter pedagógico, fundado en la idea de optimizar las potencialidades propias de cada uno de los sexos.

Este comienzo argumental pone de manifiesto la petición de principio en que está inmerso todo el razonamiento de la opinión mayoritaria. En última instancia, sería precisamente ese supuesto carácter de mero modelo pedagógico neutral a efectos valorativos pero exitosos en términos de cumplimiento de los objetivos educativos lo que debería haber sido debatido como eventual elemento justificativo para despejar las dudas sobre el carácter intrínsecamente sospechoso de discriminación que tiene un modelo de segregación sexual. ¿Por qué no se ha hecho así? Como argumentaré a continuación, porque tampoco creo que ese estricto test de justificación y proporcionalidad hubiera sido superado por la normativa controvertida, ya que (a) no se ha dado debido cumplimiento a la carga de la prueba; (b) la justificación utilizada no responde a los parámetros de calidad exigidos; y (c) son insuficientes las cautelas previstas en la ley para garantizar el cumplimiento de los supuestos fines pedagógicos de la segregación sexual escolar.

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

Expuse anteriormente que en el ámbito internacional, regional y nacional de los derechos humanos antidiscriminatorios la carga de la prueba del carácter justificado y proporcionado de cualquier situación de hecho o jurídica que utilice uno de los motivos proscritos de discriminación corresponde al Estado. En el presente caso, el legislador no ha desarrollado ningún esfuerzo argumental en la exposición de motivos de la LOMCE para dar a conocer las razones justificativas de la decisión de permitir la segregación sexual en los centros privados concertados. Esta circunstancia es especialmente reprochable habida cuenta de que se venía a modificar una situación normativa y jurisprudencial de protección a la universalización de la prestación del servicio público de

la educación por parte de los centros públicos y privados concertados mediante el modelo de integración sexual. Cualquier situación regresiva en el estándar normativo de protección de los derechos fundamentales exige una motivación especialmente reforzada. La jurisprudencia constitucional está siendo severamente estricta en el control del cumplimiento de la exigencia formal de que se justifique debidamente la situación de urgencia y extraordinaria necesidad cuando se recurre al decreto-ley en el convencimiento de que es un presupuesto constitucional habilitante por tratarse de una norma excepcional dentro del sistema de fuentes que altera las reglas de la división de poderes propias de un sistema democrático. Ese mismo nivel de control debe ser reivindicado respecto del cumplimiento de la exigencia formal de que se justifique debidamente el excepcional interés que puede permitir el uso de alguno de los motivos discriminatorios en el convencimiento de que es un presupuesto constitucional habilitante por tratarse de una situación excepcional que altera la prohibición de discriminación como elemento esencial de un sistema democrático. Una jurisprudencia constitucional que se toma en serio su función de control constitucional en relación con el sistema de fuentes no debe ser menos seria cuando esa función de control se proyecta en relación con la prohibición de la discriminación.

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

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

En el ámbito del derecho antidiscriminatorio, junto con las consideraciones sobre la carga probatoria, también se han desarrollado determinadas exigencias respecto de la calidad y suficiencia de la prueba. Vuelvo a la ya citada Sentencia asunto *United States v. Virginia* (1996) 518 US 515, en que el Tribunal Supremo de Estados Unidos declaró la inconstitucionalidad de la segregación sexual en una academia educativa militar exclusivamente masculina financiada con fondos públicos. En esa Sentencia se muestra un buen ejemplo sobre el significado de la calidad de la prueba en este tipo de procedimientos de segregación sexual docente al señalar, recordando jurisprudencia previa, que la prueba '[t]iene que acreditar `como mínimo que la diferencia de trato atiende a objetivos e intereses relevantes de los poderes públicos y que las concretas medidas discriminatorias encaminadas a su consecución permiten real y sustancialmente alcanzarlos` (*Mississippi University For Women v. Hogan*, 1982, citando *Wengler v. Druggists Mut. Ins. Co.*, 1982). Debe tratarse de un objetivo real, nunca hipotético o inventado a posteriori una vez entablado el pleito. Tampoco es suficiente una justificación que consista en los consabidos y vagos argumentos tópicos sobre las diferencias de talento, capacidad y aptitudes entre los hombres y las mujeres (*Weinberger v. Wiesenfeld*, 1975, y voto particular de Stevens en *Califano v. Goldfarb*, 1977)'.

La aplicación de estos criterios sobre la calidad de la prueba de la justificación de una medida discriminatoria, aun siendo consciente de que no es función del Tribunal intermediar en debates técnicos y de que este es uno de los supuestos en que resultaba pertinente la práctica de prueba —fatalmente proscrita en la práctica diaria del Tribunal—, me llevan a considerar que en el presente caso se está ante una justificación fundamentada en el tópico sobre las diferencias de aptitudes entre los hombres y las mujeres, que proviene de un estereotipo sexista y en sí mismo es insuficiente para enervar el carácter intrínsecamente sospechoso de discriminación de este tipo de segregaciones. Además, concurren ciertas circunstancias en el caso español que me

permiten mantener las dudas de que ese argumento tópico, bajo a la apariencia de una neutralidad metodológica, encubre prejuicios ideológicos. Son hechos no controvertidos que (i) muchos de los colegios privados, ahora concertados, que tiene implantada la segregación sexual siguen ese modelo desde los años 60 y, por tanto, están fundados en un contexto normativo en que, como ya se ha señalado, la segregación sexual se fundamentaba en la necesidad de aportar una educación diferenciada por sexos para adaptar los programas educativos al cumplimiento de roles sociales sexistas y (ii) un número de estos centros están vinculados con idearios que sostienen posiciones particularistas sobre distribución de roles sociales entre los sexos. Al no despejarse estas dudas, las reglas sobre presunción probatoria inclinan la balanza en favor de confirmar que no se puede excluir que la segregación sexual escolar implique una medida discriminatoria injustificada y, por ello, contraria al artículo 14 CE.

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

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

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

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

garantizar el carácter proporcionado en concreto de la decisión de concertar estos centros mediante una verificación de la suficiencia de las medidas educativas propuestas, que, desde la perspectiva del artículo 14 CE, es controlable en la vía jurisdiccional ordinaria y, en su caso, de amparo.»

Madrid, a cinco de julio de dos mil dieciocho.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Firmado y rubricado.