

# ¿DIFERENCIAR O SEGREGAR POR RAZÓN DE SEXO? A PROPÓSITO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA POR SEXO Y SU FINANCIACIÓN PÚBLICA. COMENTARIO A LA STC 31/2018 Y CONEXAS

MARÍA DEL MAR NAVAS SÁNCHEZ  
*Profesora Titular de Derecho Constitucional*  
*Universidad de Málaga*

## SUMARIO

I. Introducción. II. Sobre la constitucionalidad de la educación diferenciada por sexos. III. Sobre su financiación pública. IV. A modo de valoración.

## I. INTRODUCCIÓN

Afirmar que el pretendido consenso que presidió la elaboración del art. 27 CE no fue verdaderamente tal o, en todo caso, hace ya bastante tiempo que se vio superado sin que llegara a proyectarse realmente sobre las sucesivas leyes que tras la entrada en vigor de la Constitución han desarrollado el derecho fundamental a la educación no es algo que, a estas alturas, deba causar sorpresa alguna<sup>1</sup>. Como

1 De «consenso de inclusión de mínimos» basado en la yuxtaposición de los rasgos más importantes de los modelos de escuela privada y de escuela pública habla G. CÁMARA VILLAR, «Constitución y educación. Los derechos y libertades del ámbito educativo a los veinte años de vigencia de la Constitución de 1978», G. TRUJILLO; L. LÓPEZ GUERRA y P. GONZÁLEZ-TREVIJANO (dirs.), *La experiencia constitucional (1978-2000)*, CEP, Madrid, 2000, p. 267; A. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR y A. J. SÁNCHEZ NAVARRO, por su parte, subrayan que el consenso que presidió la elaboración de este artículo no se debió tanto a la actitud generosa de diálogo y transacción de los grupos políticos como a un «notable malentendido sobre su alcance real» que es lo que explica que las sucesivas leyes que han desarrollado los derechos allí contenidos hayan sido objeto de una dura polémica y de contestación social y parlamentaria, «Artículo 27. Enseñanza», O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo III (Artículos 24 a 38), Edersa, Madrid, 1996, p. 187. Para J. NICOLÁS MUÑIZ, el compromiso plasmado en el art. 27 —al que califica como «una auténtica fórmula de compromiso muy apurado en todos sus términos»— representó más bien «una especie de tregua» a la que pondría definitivamente fin «la discusión y

tampoco lo es constatar una vez más que la educación sigue siendo un terreno abonado para la polémica y la controversia sobre la que cada cierto tiempo se reaviva la tensión nunca resuelta del todo entre los dos grandes modelos educativos confrontados y sostenidos, a su vez, por las dos principales opciones políticas e ideológicas articuladas en torno a los mismos. La última de estas ocasiones, al menos hasta el momento, a propósito de la comúnmente conocida en nuestro país como *educación diferencia por razón de sexo*. Esto es, aquella que consiste en escolarizar al alumnado de uno sólo de los sexos o, menos frecuente entre nosotros, la que, admitiendo a ambos organiza, sin embargo, la docencia en aulas separadas para unos y otras. Hablamos pues de la monoeducación por contraposición a la educación mixta o coeducación.

Cabe recordar que este modelo monoeducativo hunde sus raíces en una época anterior a la propia Constitución pero va a pervivir tras la entrada en vigor de la misma, aunque limitado al ámbito de la enseñanza privada y coexistiendo con la educación mixta, única en el ámbito de la educación pública y de mayoritaria implantación entre los privados, sin bien algunos de estos centros alcanzarán la condición de concertados pasando a estar financiados por el Estado. No será hasta iniciado el presente siglo cuando se plantee la modificación de la normativa estatal que vía omisión había hecho posible el mantenimiento de este *statu quo*<sup>2</sup>. Lo hará la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante, LOE) mediante la mención expresa en el apartado 3 de su art. 84 —que regula el proceso de admisión del alumnado en los centros públicos y privados concertados— de una causa que hasta entonces había permanecido ausente en el listado de las expresamente proscritas de discriminación: el *sexo*<sup>3</sup>. A la que se acompaña (Disposición adicional vigesimoquinta), con la intención declarada de fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, la declaración de que serán objeto de una atención preferente y prioritaria aquellos centros que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas.

aprobación de la primera ley de desarrollo del artículo 27 de la Constitución, la Ley Orgánica del Estatuto de Centros de Enseñanza no Universitarios», «Los derechos fundamentales en materia educativa en la Constitución Española», *REDC*, n.º 7, 1983, pp. 335 y 337.

2 No obstante, ya con anterioridad algunas Comunidades Autónomas habían intentado excluir, mediante la aprobación de normas propias, a estos centros de la financiación pública. Cfr. O. SALAZAR BENÍTEZ, «Educación diferenciada por razón de sexo y derecho a la educación. Sobre la inconstitucionalidad de la reforma del artículo 84.3 de la Ley Orgánica de Educación», *REDC*, n.º 106, 2016, p. 454, nota 7.

3 De acuerdo con el cual: «En ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, *sexo*, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.» (énfasis añadido). Frente a esta redacción, el art. 35.Uno de la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares (LOECE) disponía que «En ningún caso habrá discriminación en el ejercicio de este derecho por razones de lenguas, raza, creencia y situación económico-social»; el art. 20.2 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE) que «En ningún caso habrá discriminación en la admisión de alumnos por razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento»; y el art. 72.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (LOCE) que «En ningún caso habrá discriminación en la admisión de alumnos por razones ideológicas, religiosas, morales, sociales, de raza o nacimiento.» Ninguna alusión, pues, en ellas al sexo entre las causas de discriminación prohibidas.

No obstante la polémica que, al igual que en el caso de leyes educativas precedentes, rodeó la tramitación y entrada en vigor de esta Ley, no fue objeto de impugnación directa ante el Tribunal Constitucional (en adelante, también TC o el Tribunal). Tampoco, por tanto, en lo relativo a esta cuestión sobre la que sin embargo sí acabará pronunciándose el TC con ocasión del recurso de amparo planteado por un centro privado que escolarizaba sólo a alumnado masculino al que la Consejería de Educación del Gobierno de Cantabria le denegó, tras la entrada en vigor de la LOE, la renovación del concierto educativo<sup>4</sup>.

Sí lo será, por el contrario, la LO 8/2013, de 9 de diciembre, de mejora de la calidad educativa (en adelante, LOMCE) que, por lo que aquí interesa, modifica la redacción originaria del art. 84.3 de la LOE mediante la adición de dos nuevos apartados que vienen a matizar la rotunda prohibición de toda discriminación en el proceso de admisión del alumnado por razón de sexo. Así, se dispone ahora que: «No constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferencias por sexos, siempre que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960. En ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto. A estos efectos, los centros deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad.»<sup>5</sup>

Además, y al objeto de regular la aplicación temporal del nuevo art. 84.3 LOE, la LOMCE incluye una Disposición transitoria segunda con el siguiente contenido: «Los centros privados a los que en 2013 se les haya denegado la renovación del concierto educativo o reducido las unidades escolares concertadas por el único motivo de ofrecer educación diferenciada por sexos podrán solicitar que se les aplique lo indicado en el artículo 84.3 de esta Ley Orgánica para el resto del actual período de conciertos en el plazo de dos meses desde su entrada en vigor».

Ambas, juntos con otras disposiciones de la LOMCE a las que, sin embargo, ninguna referencia se hará aquí por no formar parte del objeto de este estudio, serán objeto de diversos recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Resueltos mediante otras tantas SSTC. Empezando por la STC 31/2018, por la que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad n.º 1406-2014

4 Resuelto mediante la STC 74/2018. También la STC 73/2014 se dicta a propósito de un recurso de amparo similar al anterior, pero aquí el TC se limitó a declarar la extinción del recurso por pérdida sobrevenida de su objeto sin realizar pronunciamiento alguno sobre la LOE.

5 Apartados 2 y 3 del art. 84.3 LOE, en la redacción dada al mismo por el apartado sexagésimo primero del artículo único de la LOMCE.

interpuesto por más de cincuenta diputados del grupo parlamentario socialista en el Congreso. A la que siguen las SSTC 49/2018 (recurso de inconstitucionalidad n.º 1385-2014, interpuesto por el Parlamento de Cataluña por lo que aquí interesa sólo contra la Disposición transitoria segunda de la LOMCE al entender que invade competencias propias de la Comunidad Autónoma de Cataluña); 53/2018 (recurso de inconstitucionalidad n.º 1433-2014, interpuesto por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias); 66/2018 (recurso de inconstitucionalidad n.º 1435-2014, interpuesto por el Gobierno de Canarias); y STC 67/2018 (recurso de inconstitucionalidad n.º 1455-2014 interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía)<sup>6</sup>. A las que hay que añadir la STC 74/2018 que, aunque dictada en un recurso de amparo y respecto de la decisión adoptada por una Comunidad Autónoma de no renovar, bajo la vigencia de la LOE, el concierto a un centro educativo que escolarizaba únicamente a niños, contiene, sin embargo, pronunciamientos de gran interés para el objeto de nuestro estudio.

Todas ellas, particularmente la que inicia la saga (STC 31/2018), constituyen un conjunto de sentencias que presentan un interés indudable por diversas razones. La primera, y probablemente más evidente, porque se trata de la primera ocasión en la que el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre esta cuestión y, por tanto, sobre el alcance del derecho del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo e identidad de género en el ámbito de la educación, fijando su doctrina constitucional al respecto. Es por ello que, con razón, se ha calificado a la STC 31/2018 como un *leading case*. Además, en ellas el Tribunal pone fin, dice la *última palabra* en un debate que ya había suscitado la atención de la doctrina<sup>7</sup> y sobre la que también se había pronunciado la jurisdicción ordinaria,

6 Además de en las citadas, el TC se ha pronunciado sobre la LOMCE en las SSTC 14/2018, 34/2018 y 68/2018, si bien en ninguna de ellas en relación con las disposiciones relativas a la educación diferenciada por razón de sexo, razón por la que no se incluyen en la enumeración anterior.

7 Sobre el que, sin ánimo de exhaustividad en la enumeración, se habían pronunciado ya al menos los siguientes autores: B. ALÁEZ CORRAL, «El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo de la financiación pública», *REDC*, n.º 86, 2009, pp. 31-64, y también del mismo autor, «El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas», *REDF*, n.º 17, 2011, pp. 91-129; M. CALVO CHARRO, «Los colegios diferenciados por sexo en Estados Unidos: constitucionalidad y actualidad de una tendencia imparable», *Revista de Derecho Político*, n.º 86, 2013, pp. 159-194 y también de la misma autora, «Régimen de admisión a los centros sostenidos con fondos públicos», *CDJ*, n.º 11 (monográfico dedicado a *Los derechos fundamentales en la educación*), 2007, en particular pp. 105 y ss.; O. CELADOR ANGÓN, «Educación diferenciada y régimen de conciertos en la LOMCE», *Anuario de Derecho a la Educación*, 2014, 2016, pp. 9-28; L. COTINO HUESO, *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*, CEPC, Madrid, 2012, pp. 266-271; J. ESTEVE PARDO, «Paradojas de la discriminación en materia educativa», *El cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n.º 37, 2013, pp. 4-12; J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, «Escolarización homogénea por razón del sexo y derecho fundamental a la educación en libertad», *REDA*, n.º 154, 2012, pp. 71-108, y también del mismo autor, *Siete tesis sobre la legalidad de una educación escolar especializada por razón de sexo* (<http://www.diferenciada.org/node/172>); P. NUEVO LÓPEZ, «Derechos fundamentales e ideario educativo constitucional», *Revista de Derecho Político*, n.º 89, 2014, en particular pp. 226 y ss.; O. SALAZAR BENÍTEZ, «Educación diferenciada por razón de sexo y derecho a la educación...», *cit.*, pp. 451-478; y C. VIDAL PRADO, «El diseño constitucional de los derechos educativos ante los retos presentes y futuros», *RDP*, n.º 100, 2017, en particular pp. 761 y ss.

particularmente el Tribunal Supremo, si bien en un sentido diferente, al menos parcialmente, al que ahora lo hará el Tribunal Constitucional<sup>8</sup>. Sólo por ello ya son dignas de atención. Pero es que, además, y más allá de cual sea la concreta interpretación alcanzada por el Tribunal en esta cuestión y de su condición de *caso difícil*, o tal vez justamente por todo ello, estas sentencias presentan la importancia singular de proyectarse sobre la esencia misma de la función jurisdiccional y sus límites, particularmente en relación con la labor de concretización de los derechos fundamentales que, dentro del marco diseñado por la Constitución, corresponde al legislador democrático.

En todo caso y en la medida en que esta doctrina del TC se establece en la STC 31/2018 es de ella de la que nos vamos a ocupar preferentemente y a la que irán dirigidas nuestros comentarios y objeciones. Sin perjuicio de que puntualmente se pueda hacer también referencia a las restantes. Seguiremos, además, a efectos expositivos, el mismo orden empleado tanto por los recurrentes como por el Tribunal. Así, nos ocuparemos primero de la constitucionalidad o no de la monoeducación o educación diferenciada por razón de sexo, y a la que la STC 31/2018 le dedica su FJ4.a). Para abordar después la relativa a la financiación pública a través del régimen de conciertos educativos de este tipo de centros [STC 31/2018, FJ4.b)].

8 Por todas, la STS de 23 de junio de 2014, fundamento de derecho quinto, dictada en relación con el art. 84.3 LOE en su redacción originaria, que transcribimos aquí, a pesar de su extensión por cuanto se refiere a todos los aspectos sobre los que, tras su modificación por la LOMCE, se pronunciará el TC con un resultado muy diferente: «Antes de nada, conviene advertir que no está en cuestión la existencia de la educación diferenciada, tan legítima como el modelo de coeducación que establece la Ley. Lo que se cuestiona es que ese tipo de enseñanza acceda a la financiación pública propia de un concierto educativo. El mandato legal, en definitiva, descarta que la enseñanza separada, por razón de sexo, pueda acogerse al sistema de enseñanza gratuita de centros concertados sostenidos con fondos públicos. El mentado artículo 84.3 expresa, por tanto, una opción legítima que adopta el legislador y que no contraría el artículo 27.9 de la CE que dispone que «los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca». De modo que ese derecho que es de configuración legal no alcanza, de conformidad con lo que dispone la Ley Orgánica de Educación de 2006, a los centros docentes que opten por el modelo de educación diferenciada que no pueden ser concertados, y por ello no pueden ser sostenidos con fondos públicos. Tras la expresada Ley Orgánica de Educación no resulta conforme a Derecho que esos centros privados, de educación no mixta, puedan tener la condición de concertados sostenidos con fondos públicos, cuando expresamente, insistimos, en el régimen de admisión de alumnos se prohíbe la discriminación por razón de sexo, ex artículo 84.3 de la Ley. Y esa imposibilidad de obtener conciertos para esos centros docentes tampoco perturba ningún derecho constitucional de los padres, que conservan el derecho de libre elección de centro y el de los titulares a la creación de centros con ideario o carácter propio. Sin que se vulnere el número 9 del artículo 27 de la CE porque determinados centros no puedan acceder al concierto si no reúnen los requisitos que la Ley establece. También hemos señalado que ni la LODE ni la LOCE reconocen a los titulares de los centros concertados el derecho a establecer en ellos un sistema de enseñanza diferenciada como parte integrante de su derecho de creación y dirección de centros privados y que, por esta razón, deba ser aceptado como un contenido adicional de lo directamente establecido en el artículo 27 de la CE. El sistema de enseñanza mixta, en el caso de los centros concertados, es una manifestación o faceta más de esa competencia sobre la admisión del alumnado que corresponde a la Administración educativa que financia dichos centros concertados. Esto es, forma parte de esa intervención estatal que limita el derecho de dirección en los centros privados que reciben ayudas públicas, en virtud de lo establecido en el artículo 27.9 de la CE.»

No obstante, aún nos gustaría realizar una última observación. De la lectura y análisis de la STC 31/2018 se desprende que es posible diferenciar tres posiciones entre los magistrados y magistradas del TC que en ella se pronuncian. Dos, de máximos y antagónicas entre sí y una tercera, intermedia.

Una de ellas, de acuerdo con la cual la educación diferenciada no sólo no es inconstitucional, sino que el Estado está obligado a financiar este tipo de centros en igualdad de condiciones con los privados que coeducan por cuanto que, no hacerlo sería, justamente, discriminatorio para los monoeducativos. Esta es la interpretación que conseguirá concitar la mayoría de votos necesaria para conformar la posición del Tribunal.

Frente a ella, la posición minoritaria sostenida por los magistrados y la magistrada discrepantes según la cual el modelo educativo que separa al alumnado en función de su sexo, bien en el momento de su admisión —escolarizando sólo a niños o a niñas— bien en su organización mediante aulas separadas es inconstitucional. Porque supone una discriminación por razón de sexo e identidad de género y/o porque resulta incompatible con el denominado ideario educativo de la Constitución o ideario educativo constitucional, esto es, con los fines que el art. 27.2 CE atribuye a la educación<sup>9</sup>. Dada su inconstitucionalidad no tiene ningún sentido plantearse nada acerca de su posible financiación pública que estaría absolutamente prohibida.

Se trata por lo demás de dos posiciones diametralmente opuestas que se refleja incluso en la terminología empleada por unos y otros. *Diferenciación* frente a *segregación*. Así mientras que para la mayoría, y por tanto para el Tribunal se trata de una mera diferenciación por razón de sexo sin trascendencia constitucional, para los magistrados y la magistrada que suscriben los votos particulares discrepantes nos encontramos ante una segregación por razón de género, entendido este término en un sentido amplio, que, por tanto, no tiene cabida en nuestro sistema constitucional.

Frente a ellas, todavía es posible sistematizar una tercera posición, intermedia entre ambas: El modelo monoeducativo no es en sí mismo inconstitucional pero el legislador es libre para decidir lo que estime oportuno acerca de su financiación, pudiendo tanto regular su acceso al régimen de conciertos como excluirlos, limitando la financiación pública sólo a los centros privados mixtos. Se correspondería con la posición que sostiene la Magistrada y vicepresidenta del TC Roca Trías en su voto particular concurrente.

Todavía y a la luz de la doctrina establecida en la STC 31/2018 —que avala su constitucionalidad— cabe articular una cuarta posición, como adelanta el

9 Como es sabido la expresión ideario educativo de la Constitución la acuña el Magistrado Tomás y Valiente en su voto particular a la STC 5/1981. Desde entonces se ha generalizado —bien así o como *ideario educativo constitucional*— y es habitual su uso para referirse al contenido del art. 27.2 CE. Rechaza, sin embargo, su empleo J. ESTEVE PARDO, quien prefiere hablar de ideario educativo común, «Paradojas de la discriminación en materia educativa», *cit.*, p. 11.

Magistrado Xiol Ríos al inicio de su voto particular y que suscribe completamente quien esto escribe. La educación diferenciada por razón de sexo sólo tiene cabida en el ámbito de la enseñanza privada y privada concertada. Nunca en el de la educación pública. Esto es, el pronunciamiento del TC de acuerdo con el cual la educación diferenciada por razón de sexo no es *per se* inconstitucional y en consecuencia el Estado está obligado a financiar a los centros privados monoeducativos en igualdad de condiciones con los privados mixtos se refiere única y exclusivamente a los centros privados y privados concertados. Sobre ello volveremos al final de este trabajo.

## II. SOBRE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA POR SEXOS

La primera de las objeciones se formula respecto del apartado segundo del art. 84.3 LOE en la redacción dada por la LOMCE y, por tanto, respecto del mismo modelo monoeducativo al que se considera incompatible con los arts. 14, 9.2 y 27.2 CE y, por tanto, inconstitucional. Sostienen los recurrentes que este tipo de educación es discriminatoria por razón de sexo y, además, resulta contrario a los fines de la educación establecidos en el art. 27.2 CE, en particular por lo que se refiere al respeto y fomento de la plena igualdad entre hombres y mujeres (art. 9.2 CE).

El TC va a rechazar, sin embargo, esta pretendida inconstitucionalidad mediante un razonamiento en tres pasos cuyo punto de partida —*paso primero*— viene constituido por la consideración de que la educación diferenciada por razón de sexo constituye tan sólo un modelo u opción pedagógica, de carácter meramente instrumental, fundado en la idea de optimizar las potencialidades propias de cada uno de los sexos. Al que sigue —*paso segundo*— su ubicación dentro del ámbito constitucionalmente protegido por el art. 27.6 CE y, por tanto, de la libertad de creación de centros docentes y del derecho a dotar a estos de un ideario o carácter propio del que la educación diferenciada, como opción pedagógica que es, formaría parte. Excluye así el Tribunal que su cobertura constitucional venga dada por el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE) «con el contenido y los límites que le son inherentes» —más angostos, habría que añadir, que los del art. 27.6 CE— lo que hubiera sucedido si la educación diferenciada pudiera ser concebida como «una determinada concepción de la vida o cosmovisión con un contenido filosófico, moral o ideológico», algo que el Tribunal expresamente rechaza.

No obstante, es preciso destacar que este encaje constitucional en el art. 27.6 CE en vez de en el más restrictivo art. 27.3 CE y todo el esfuerzo argumentativo que el Tribunal realiza aquí (STC 31/2018) para justificarlo va a ser ignorado por él mismo poco después. Concretamente en la STC 74/2018 en la que otorga el amparo solicitado por la asociación de padres de alumnos Torrevelo del colegio

homónimo al entender que la decisión de la Consejería de Educación y del Gobierno de Cantabria de no renovar el concierto al colegio antes referido por la razón de que escolarizaba sólo a niños lesionó, entre otros, el derecho de los recurrentes a elegir la formación religiosa y moral más acorde con sus propias convicciones (art. 27.3 CE). Justamente el derecho que en este primer momento el Tribunal está negando que entre en juego en relación con la educación diferenciada por sexo.

En todo caso, y como quiera que esta incongruencia no se va a producir hasta más adelante, una vez fijado en el art. 27.6 CE el anclaje constitucional de este modelo educativo, aún le quedaría al Tribunal por examinar —*paso tercero*— si no obstante esta protección constitucional, si no obstante formar parte del ideario o carácter propio de los centros privados que han optado por esta fórmula educativa, la educación diferenciada por sexo resulta inconstitucional por contravenir otros preceptos constitucionales (principios, derechos, fines) que actúan como límites a la libertad de creación de centros docentes y al derecho a dotarlos de un ideario educativo. En este sentido, afirma expresamente el Tribunal que «resulta claro que el carácter propio no sería aceptable si tiene un contenido incompatible por sí mismo con los derechos fundamentales o si, sin vulnerarlos frontalmente, incumple la obligación derivada del artículo 27.2 de la Constitución, de que la educación prestada en el centro tenga por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia, y a los derechos y libertades fundamentales en su concreta plasmación constitucional, pues estos han de inspirar cualquier modelo educativo, público o privado.» Sucede, sin embargo, que a pesar de esta afirmación y de que los recurrentes habían fundamentado su pretensión de inconstitucionalidad no sólo en el art. 14 CE sino también en los arts. 9.2 y 27.2 CE, el Tribunal Constitucional va a centrar su análisis sobre la constitucionalidad de la educación diferenciada casi exclusivamente en el art. 14 CE y, por tanto, en si la misma constituye una discriminación por razón de sexo. Pero sin confrontarla con los arts. 27.2 CE y 9.2 CE. Sólo de manera incidental se refiere a la necesidad de que este modelo educativo, como cualquier otro, respete los fines de la educación tal y como han sido establecidos en el art. 27.2 CE, pero sin extraer todavía ninguna conclusión al respecto, lo que sólo hará al abordar la segunda de las objeciones de inconstitucionalidad planteadas, la relativa a su financiación con fondos públicos.

Centrado en este punto el debate en el derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo, excluye el Tribunal que la educación diferenciada por sexo constituya *per se* una discriminación por razón de sexo. Lo que les exime de cualquier indagación ulterior acerca de la especial justificación y proporcionalidad de la decisión del legislador de validar una educación de este tipo. La mayoría de los integrantes del Tribunal Constitucional y, por tanto, el mismo Tribunal, alcanzan esta decisión tras un proceso hermenéutico en el que, aplicando el canon contenido en el art. 10.2 CE, el argumento fuerte —el único cabría decir— va a venir constituido por la regla de equivalencia o equiparabilidad respecto de

los centros escolares y las enseñanzas que en ellos se prestan contenida en el art. 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960 y a la que el propio precepto legal impugnado remite para justificar el carácter no discriminatorio de la educación diferenciada por sexos y que ahora el Tribunal valida<sup>10</sup>.

Por tanto, siempre que se cumplan estas condiciones de equiparabilidad, y para el TC esto es algo que «está fuera de toda duda, pues está garantizado el puesto escolar en todos los casos; y la programación de las enseñanzas que corresponde a los poderes públicos ex artículo 27.5 CE, así como la forma esencial de prestación de las mismas, no hacen distinción alguna entre centros mixtos, centros femeninos y centros masculinos», la «educación diferenciada no puede ser considerada discriminatoria.» De modo tal que, si alguna diferencia de trato indebida se produjera, esta no sería imputable al modelo en sí, sino que habría que atribuirle al concreto centro escolar en que tuviera lugar [STC 31/2018, f.j. 4.a) *in fine*]

Frente a esta decisión mayoritaria del Tribunal Constitucional, tres Magistrados (Valdés Dal-Ré, Conde-Pumpido Tourón que se adhiere al formulado por el primero y Xiol Ríos) y una Magistrada (Balaguer Callejón) van a formular votos particulares discrepantes.

Con diferentes matices hay en ellos plena coincidencia en que la educación diferenciada por sexo es inconstitucional y así debió ser declarada por el Tribunal Constitucional. Discrepan también del proceso hermenéutico seguido por el Tribunal para rechazar tal inconstitucionalidad e incluso respecto de cuál debió ser la perspectiva principal desde la que analizar y resolver la compatibilidad con la Constitución de este modelo educativo.

Así, todos coinciden en lo evidente: el modelo educativo conocido como educación diferenciada o segregada por razón de sexo toma como elemento diferenciador —ya sea en la admisión del alumnado o en la organización de la enseñanza— uno de los rasgos o características expresamente recogidos en la Constitución (art. 14 CE) como sospechosos de ser discriminatorios: el sexo. Lo que convierte a este modelo educativo basado en su utilización cuanto menos en sospechosamente inconstitucional, por discriminatorio (de «situación intrínsecamente sospechosa de discriminación» lo califica el Magistrado Xiol Ríos en su voto particular). No sólo por razón de sexo en sentido estricto, sino también

10 De acuerdo con el cual: «En el caso de que el Estado las admita, las situaciones siguientes no serán consideradas como constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1 de la presente Convención: a. La creación o el mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos de sexo masculino y para los de sexo femenino, siempre que 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.»

—como destaca el Magistrado Xiol Ríos y la Magistrada Balaguer Callejón— por razón de la identidad sexual o de género de aquellos niños, niñas y adolescentes que no se identifican claramente con ninguno de los géneros binarios tradicionales (masculino/femenino), sino que son intersexuales. Sólo por esta razón, debió ser sometido al juicio —en cualquier caso, mucho más riguroso que el genérico de la igualdad al utilizar precisamente el sexo como causa de diferenciación— acerca de su legitimidad constitucional. Y sin que la apelación que la mayoría del TC hace al art. 2 de la Convención de la UNESCO sea suficiente para disipar esta presunción de inconstitucionalidad por discriminación. Las razones que se aducen para ello son varias, pero podemos sistematizarlas en las dos siguientes. En primer lugar, porque al integrar de este modo nuestro derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo en el ámbito educativo —conforme a lo previsto en el art. 2 de la Convención— la mayoría del TC incurre en una interpretación y aplicación descontextualizada de dicho precepto convencional, que prescinde de la finalidad teleológica última de esta norma en el momento histórico en el que se elabora y de la existencia de otras normas internacionales más recientes, igualmente ratificadas por España, en las que se aboga por la educación mixta como una de las herramientas principales para luchar contra los estereotipos y las discriminaciones de mujeres y niñas en el ámbito educativo, así como de la evolución habida en el Derecho antidiscriminatorio, en general. En segundo lugar, porque, además, al razonar así se impone una interpretación regresiva de este derecho constitucional, contraria al más elemental entendimiento de la cláusula interpretativa contenida en el art. 10.2 CE.

A ello todavía habría que añadir que, a nuestro juicio, en ningún momento debió otorgársele el protagonismo que el Tribunal le concede a la hora de integrar el contenido del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo en el ámbito educativo. Por la sencilla razón de que el propio art. 2 de la Convención de la UNESCO remite previamente a los Estados para determinar la admisibilidad de este tipo de educación. Sólo en el caso de que los Estados admitan la educación diferenciada del alumnado en función de su sexo podrá la misma no entenderse como discriminatoria a los efectos de lo previsto en la norma convencional. Por eso, como afirma con acierto Balaguer, tan compatible con la Convención es la admisión como la prohibición de este tipo modelo educativo, pero sin que sea posible deducir de la ausencia de su prohibición en un Tratado Internacional su constitucionalidad. Porque de eso es de lo que se trata aquí: de determinar si la educación diferenciada por sexo, en todo caso admitida por el ordenamiento internacional, tiene, además, cabida en nuestro ordenamiento. Lo que indefectiblemente dependerá de si resulta constitucional o no<sup>11</sup>.

11 En palabras de O. CELADOR ANGÓN: «una cosa es que la LOMCE pueda encajar en el espíritu de la Convención, y otra muy diferente que ésta sea coherente con el mandato constitucional», «Educación diferenciada y régimen de conciertos en la LOMCE», *cit.*, p. 28.

Descartado, pues, en los votos particulares que el art. 2 de la Convención de la UNESCO pueda otorgar la cobertura constitucional —vía art. 10.2 CE— pretendida por el legislador y aceptada por la mayoría del Tribunal Constitucional, resulta aún más diáfano —a juicio de los magistrados discrepantes— que la previsión introducida por el legislador en el art. 84 de la LOMCE debió ser sometida al juicio más estricto de igualdad. Aquel consistente en su razonabilidad y proporcionalidad. Que, sin embargo, entienden que en ningún caso hubiera superado. Porque incluso si se tuviera por subsanado el incumplimiento por parte del legislador de la carga que le incumbe de probar el carácter justificado y proporcionado de permitir la segregación escolar en los centros educativos concertados, explicitando cuanto menos las razones que le han llevado a acoger esta modalidad educativa; incluso si se diesen por buenas las razones tradicionalmente esgrimidas para justificar su bondad y constitucionalidad consistente en la mejora en el rendimiento académico de los niños, niñas y adolescentes al tener en cuenta las diferentes capacidades cognitivas de unos y otras; en ningún caso salvaría las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad.

Para el Magistrado Xiol Ríos porque el modelo de segregación sexual en las escuelas adolece de al menos dos problemas estructurales que la convierten en intrínsecamente desproporcional: el primero «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». El segundo, «que excluye, por su carácter binario, cualquier posibilidad de integrar a las personas intersexuales.». Sin que la exigencia prevista en la Ley acerca 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 y el control de la administración educativa sobre dicha justificación «sea suficiente» «ni siquiera en abstracto» «para solventar los problemas de desproporcionalidad intrínsecos a la segregación sexual binaria escolar».

También la Magistrada Balaguer Callejón, partiendo de la consideración de que «la educación como derecho constitucionalmente reconocido, no puede aspirar solo a garantizar la transmisión de conocimientos, y el consecuente éxito académico, sino que busca formar ciudadanos y ciudadanas responsables, llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad igualitaria, a la que llaman con insistencia los artículos 14 y 9.2 CE» y de que la educación diferenciada «no es capaz de superar los estereotipos, y las dificultades de igualdad entre hombres y mujeres, que demanda el artículo 9.2 CE» concluye que el «equilibrio entre la formación de la ciudadanía, y la educación del alumnado, quiebra con esta medida, que por ello no puede considerarse proporcional a la hora de asegurar la garantía del derecho a la igualdad (art. 14 CE) y a la educación, con el objeto que a ella asocia el artículo 27.2 CE».

Por su parte, el Magistrado Valdés Dal-Ré, para el que ninguna hay acerca de la inconstitucionalidad por vulneración del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo de un modelo educativo como el que aquí se debate, destaca en su voto particular —al que se adhiere el Magistrado Cándido Conde-Pumpido Tourón— que el punto de partida del análisis de la constitucionalidad del mismo debió ser otro bien distinto: «Desde una perspectiva constitucional, que es la única en la que importa aquí reparar, el debido test al que ha de someterse y, por consiguiente, superar el ideario de todo centro escolar, incluida la técnica pedagógica adoptada, no consiste en discernir si con dicho ideario se obtienen buenos, mediocres o malos rendimientos académicos sino, y ello es bien diferente, si el resultado educativo se mantiene en o se separa del marco del ideario constitucional. (...) ¿la educación diferenciada por sexo es acorde con el ideario constitucional o, por el contrario, pugna con él?»<sup>12</sup>.

Para alcanzar un resultado negativo: «En este sentido (...) la educación segregada por sexo priva a los alumnos y a los profesores del escenario o contexto necesarios para educar a partir de una percepción democrática de los acusados conflictos de género que en nuestra sociedad aún se mantienen, sin que, lamentablemente, los poderes públicos adopten las medidas necesarias para su prevención y consiguiente solución. Los modelos pedagógicos de la educación diferenciada, al confrontar con ese ideario educativo, se sitúan fuera del contenido esencial del derecho a la educación; o, si se prefiere, de la libertad de enseñanza y de creación de centros escolares.»<sup>13</sup>

Se trata de un análisis que, como ya hemos mencionado, está, sin embargo, ausente en esta fase del control de constitucionalidad de la educación diferenciada y que sólo abordará el TC con ocasión de la segunda de las tachas de inconstitucionalidad alegadas, la que tiene que ver con su financiación con fondos públicos.

12 También para B. ALÁEZ CORRAL esta es la *prueba de fuego* a la que se debe someter el ideario propio de un centro escolar, incluida, en su caso, la educación diferenciada que se incluya en aquél, «El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada ...», *cit.*, p. 40 (énfasis añadido); y en «El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas», *cit.* p. 120. Para G. CÁMARA VILLAR, el art. 27.2 CE es «la construcción medular a partir de la cual es necesario interpretar las demás normas contenidas en el artículo 27, a las que, por otra parte, limita», «Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución Española», *Introducción a los derechos fundamentales. X Jornadas de Estudio*, vol. III, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, p. 2185; y en «Los derechos y libertades del ámbito educativo ...», *cit.*, p. 272. Sin negar la centralidad del art. 27.2 CE pero cuestionando las consecuencias que cabe extraer de dicha relevancia, C. VIDAL PRADO, «El diseño constitucional de los derechos educativos ...», *cit.*, pp. 749 y ss.

13 En idéntico sentido, B. ALÁEZ CORRAL [«El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada ...», *cit.*, p. 44; y «El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas», *cit.*, pp. 122-123]. En sentido contrario, C. VIDAL PRADO para quien, a partir del punto de vista de la libertad de creación de centros y el derecho a dotarles de carácter propio, «resulta sumamente discutible que el modelo de educación diferenciada no forme parte del contenido esencial de la libertad de enseñanza» («El diseño constitucional de los derechos educativos ...», *cit.*, p. 762). De modo más rotundo sobre su encaje en la libertad de enseñanza, tanto en el derecho a la libre elección de centro de los padres como en el derecho a crear nuevos centros docentes con un ideario propio del que formaría parte la educación diferenciada, M. CALVO CHARRO, «Régimen de admisión a los centros sostenidos con fondos públicos», *cit.*, pp. 109-110.

### III. SOBRE SU FINANCIACIÓN PÚBLICA

Desestimado, pues, que la educación diferenciada por sexos sea *per se* discriminatoria y por tanto, inconstitucional, aborda el Tribunal en su FJ4.b) de la STC 31/2018 la segunda de las objeciones planteadas, de modo subsidiario, por los recurrentes.

Se trata ahora de determinar si resulta compatible con la Constitución, —y particularmente, como en el caso anterior, con sus arts. 9.2, 14 y 27 CE— un precepto legal como el último párrafo del art. 84.3 LOE en la redacción dada por la LOMCE, en la medida en que impide a los poderes públicos excluir a los centros privados que acogen este tipo o modelo de educación del sistema de financiación pública articulada a través del régimen de conciertos, imponiéndoles la obligación de financiarlos en igualdad de condiciones con los coeducativos. Cuestión que igualmente se plantea, por conexión, respecto de la Disposición Transitoria segunda de la LOMCE.

Pues bien, partiendo de la consideración de que nuestra Constitución no contiene un derecho fundamental a la diferencia (del derecho «a ser tratado de forma diferenciada» o «a la singularización normativa» habla aquí el TC) se concluye que «sólo en el caso de que el régimen de educación diferenciada fuera inconstitucional, podría objetarse la opción del legislador de tratar de manera igualitaria ambos modelos pedagógicos en el ámbito de los conciertos educativos.» Descartada ya su inconstitucionalidad por el Tribunal la solución se presenta como obvia, resultando, además, coherente con el razonamiento desarrollado hasta este momento por el TC. La decisión del legislador, contenida en la LOMCE y consistente en financiar a los centros privados que separan entre niños y niñas en igualdad de condiciones respecto de los centros privados coeducativos *no* es inconstitucional. Sencillamente porque —cabría afirmar siguiendo al TC— nada hay en la Constitución que le impida hacerlo. Dicho de otro modo, la Constitución no habría configurado ningún límite al legislador a la hora de regular los centros educativos privados que pueden beneficiarse de las ayudas públicas establecidas al amparo del art. 27. 9 CE, salvo lógicamente la prohibición de financiar aquellas opciones, fórmulas o modelos que resulten absoluta y frontalmente inconstitucionales. No siéndolo la educación diferenciada, la decisión correspondería, en todo caso, al legislador.

Llegados a este punto y más allá de que se compartan o no los argumentos utilizados por el Tribunal para descartar la inconstitucionalidad de este modelo monoeducativo y que sirve de premisa a este razonamiento ulterior, sería perfectamente posible reconocer la corrección formal de esta interpretación. Si es que esta fuese la alcanzada por el Tribunal. Sucede, sin embargo, que no es así. Antes al contrario, continúa razonando hasta acabar afirmando que «dado que las ayudas públicas previstas en el artículo 27.9 CE han de ser configuradas en el respeto al principio de igualdad (STC 86/1985, FJ 3), sin que quepa justificar un diferente tratamiento entre ambos modelos pedagógicos, 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.» [STC 31/2018, f.j. 4 b) *in fine*].

De este modo, en un giro argumental difícilmente compartible, por las razones que a continuación se expondrán, el TC transforma lo que inicialmente podía entenderse que no era sino una *opción* del legislador en una *obligación* constitucional. O lo que es lo mismo, de la ausencia de una prohibición constitucional que impida al legislador financiar este tipo de centros se pasa a afirmar la existencia de la obligación constitucional de financiarlos en todo caso. Y esta es precisamente una de las objeciones principales —si no, la principal— que, a nuestro juicio, cabe hacer a esta doctrina del TC. Como por lo demás, y formulando votos particulares divergentes entre sí, formalmente concurrente uno, expresamente discrepante el otro, hacen las Magistradas Roca Trías y Balaguer Callejón. Se trata en todo caso de una crítica que puede articularse en torno a tres ideas principales.

La primera, es que al razonar de este modo el TC se excede de lo requerido para dar adecuada respuesta a la objeción de inconstitucionalidad tal y como ha sido planteada por los recurrentes. La segunda, consistente en que, al resolver en el modo en que lo hace, constriñe las legítimas opciones constitucionales del legislador democrático en esta cuestión, estrechando indebidamente el marco constitucional, otrora abierto, hasta dejarlo prácticamente reducido a la nada. La tercera, atinente a que los argumentos utilizados por el Tribunal Constitucional no resultan lo suficientemente incontrovertibles como para que la interpretación por él realizada puede entenderse inequívocamente inferida de la propia Constitución<sup>14</sup>.

Así, por lo que se refiere a la primera de ellas, ambas magistradas coinciden en lo esencial. De incurrir en el «claro defecto de superar la queja planteada por los recurrentes» habla la Magistrada Roca Trías. De forma mucho más rotunda, la también Magistrada Balaguer Callejón lo califica como «como un exceso de jurisdicción que olvida el principio de justicia rogada que debe inspirar la acción del Tribunal Constitucional». No siendo necesario este pronunciamiento ulterior para dar adecuada respuesta a la queja planteada por los recurrentes, el TC, en un elemental ejercicio de autocontención, no sólo podría sino que a debería haber dejado imprejuzgada una cuestión que en ningún momento ha sido planteada de modo expreso por los recurrentes en este proceso constitucional: la constitucionalidad o no de la opción opuesta, esto es, la de excluir de la financiación pública a

<sup>14</sup> Señala E. GARCÍA DE ENTERRÍA la importancia de que los jueces constitucionales acierten a aparecer como intérpretes de la Constitución, lo que sólo sucederá «en cuanto puedan imputar razonablemente a la norma suprema sus decisiones singulares», *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 1981, Civitas, Madrid, p. 184.

aquellos centros educativos privados que no se organicen conforme al principio de coeducación o enseñanza mixta. Su acción debió, pues limitarse a determinar si el último párrafo del art. 84.3 LOE —tras su reforma— excedió o no los límites impuestos por la Constitución sobre esta cuestión, absteniéndose de examinar si otras posibles opciones legislativas lo harían o no.

Pero es que, además, al resolver en el sentido en que lo hace, afirmando que la opción elegida por el legislador de la LOMCE no sólo no es inconstitucional sino que es la *única* constitucionalmente posible, el TC excede y con mucho, la función que le corresponde en el juicio sobre la constitucionalidad de la Ley. Contraviniendo, por lo demás, su propia doctrina al respecto. En efecto, ya en una de sus primeras sentencias (STC 11/1981, f.j. 7) dejó bien claro cuáles eran estos límites, por contraposición a la libertad de que dispone el legislador democrático<sup>15</sup>. «La Constitución —afirmó entonces el TC y ha reiterado después en numerosas ocasiones— es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo». Si esto es así con carácter general (la «Constitución como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios» afirma el TC en su STC 194/1989, f.j. 2) dado el carácter abierto y ambiguo de la mayoría de las normas constitucionales, con más razón cabe afirmarlo aun cuando se trata de la interpretación del precepto constitucional que ahora nos ocupa: el artículo 27 CE, del que se ha afirmado que deja «teóricamente abiertas al máximo las posibilidades del pluralismo»<sup>16</sup>. De modo tal que la función del legislador —y así lo ha precisado en numerosas ocasiones el TC— en modo alguna puede ser concebida como una mera ejecución o aplicación de la Constitución, como sucedería si todas las opciones políticas y de gobierno estuvieran ya previamente determinadas en la Constitución y el legislador se limitase tan sólo a desarrollarlas normativamente. Por el contrario, y justamente porque no es así, el legislador dentro de ese marco constitucional *crea Derecho*, esto es, adopta las opciones políticas que en cada momento estime más oportunas, que mejor se correspondan con sus preferencias ideológicas y/o políticas y las convierte en *Ley*<sup>17</sup>. Sin que quepa al Tribunal Constitucional limitar indebidamente esta libertad de legislador, imponiendo una única opción «allá donde la Constitución no lo haga de manera *inequívoca*»<sup>18</sup>. «A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando

15 Teniendo en cuenta que, en opinión de J. PÉREZ ROYO, la sociedad, que debe tener «una libertad prácticamente total» para decidir a través de sus representantes, sólo se habría autoimpuesto a través de la Constitución unos «límites extremos» ya que, «de lo contrario, se habría maniatado para enfrentarse al cambio», *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 12.ª ed., 2010, p. 109. Límites que, a su vez, han de ser interpretados restrictivamente, I. DE OTTO, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1987, p. 148.

16 G. CÁMARA VILLAR, «Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución Española», *cit.*, p. 2179.

17 SSTC 11/1981, FJ 7; 209/1987, FJ 3; 194/1989, FJ 2; 55/1996, FJ 6; 49/2008, FJ 12; 191/2016, FJ 3b), entre otras.

18 STC 191/2016, FJ 3 b); énfasis añadido.

el carácter *unívoco* de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos.»<sup>19</sup>. Lo contrario supondría para el Tribunal Constitucional ocupar indebidamente el lugar que corresponde al legislador, «hacer las veces de propio legislador»<sup>20</sup>.

¿Nos encontramos, entonces, ante uno de esos supuestos en los que la Constitución inequívocamente limita la libertad del legislador, en el sentido, además, en que lo ha entendido el TC en la *ratio decidendi* contenida en el FJ4.b) de la STC 31/2018? ¿Cabe entender que la interpretación de los diferentes preceptos que integran el art. 27 CE, particularmente de sus párrafos 1, 4 y 6 en relación con el párrafo 9 del mismo lleva indefectiblemente a la conclusión de que el Estado no puede no financiar a este tipo de centros en igualdad de condiciones con los restantes que concurren al concierto educativo? No, desde luego a juicio de las Magistradas Roca Trías y Balaguer Callejón. Tampoco según el parecer de quien esto escribe.

La mayoría de magistrados y, por tanto, el propio Tribunal fundamenta su decisión en un doble argumento. Por un lado, partiendo de la tesis de que la gratuidad de la enseñanza básica no puede ir referida exclusivamente a la escuela pública por cuanto ello implicaría privar de posibilidades reales a la libertad de elección de centro docente que incumbe a los padres, en lo que se refiere a los centros privados, así como de creación de esos mismos centros docentes por los particulares, se concluye que el Estado está obligado a financiar a los centros educativos privados. («En este sentido —afirma el Tribunal— la financiación pública de los centros privados sirve al contenido prestacional consagrado en el artículo 27.4 CE»). Al menos en tanto en cuanto existan recursos públicos. Sólo acreditada «la inexistencia de recursos públicos para financiar en cada caso el centro privado de que se trate, los poderes públicos podrán aplicar los criterios establecidos en la norma legal en desarrollo del artículo 27.9 CE, para priorizar el alcance de esa financiación.» Por otro, incluso en estos casos de insuficiencia de recursos, el legislador no puede tomar el carácter diferenciado por razón de sexo de los centros privados como uno de esos criterios que le permita modular el alcance de la financiación pública. En palabras del Tribunal Constitucional, «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

19 STC 11/1981, FJ 7; énfasis añadido.

20 STC 191/2016, FJ 3 b). Advertía ya del riesgo —aunque referido incluso a la posibilidad de que el legislador prohibiese este modelo educativo de educación diferenciada y no sólo lo excluyese de la financiación pública— de que el Tribunal Constitucional sustituyese la concreción realizada por el legislador por «su propio juicio al respecto» B. ALÁEZ CORRAL, «El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada ...», *cit.*, pp. 48-49. Sobre el diferente papel que corresponde a legislador y Tribunal Constitucional en la concretización de las disposiciones constitucionales sobre derechos fundamentales, X. ARZOS SANTISTEBAN, *La concretización y actualización de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2014, pp. 37-39.

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.».

Pues bien, sucede que, con el primero de sus razonamientos el Tribunal Constitucional transforma lo que no es sino un derecho de libertad, el de los padres a elegir este tipo de centros educativos así como el de crearlos, en un derecho *prestacional*: al concierto de estos centros. Esto es, el de los centros así creados a ser financiados por el Estado mediante el concierto educativo y, en la misma línea, el de los padres a que el centro así elegido sea gratuito al estar financiado por el Estado. Pero al razonar de este modo, la mayoría parece olvidar no sólo que el concierto no viene impuesto directamente por la Constitución, tratándose, tan sólo de la fórmula en concreto elegida por el legislador, de entre otras posibles o imaginables, para dar efectivo cumplimiento al mandato del art. 27.9 CE, sino incluso su propia jurisprudencia anterior de acuerdo con la cual «el citado artículo 27.9, en su condición de mandato al legislador, no encierra sin embargo, un derecho subjetivo a la prestación pública. Esta ... habrá de ser dispuesta por la Ley, ... Ley de la que nacerá, con los requisitos y condiciones que en la misma se establezcan, la posibilidad de instar dichas ayudas y el correlativo deber de las administraciones públicas de dispensarlas, según la previsión normativa.» (STC 86/1985, f.j. 3). Esto es precisamente lo que viene ahora a negar esta resolución del Tribunal Constitucional. La naturaleza exclusivamente legal del derecho al concierto educativo.

Pero es más, al adoptar esta decisión el TC acaba por dar carta de naturaleza constitucional, por ofrecer por vía interpretativa un anclaje constitucional a una pretensión intensamente anhelada por los defensores de un modelo de enseñanza privada pero sostenida con fondos públicos, defendida en los debates constituyentes por el entonces principal partido de la derecha y que no habría de ser acogido en la redacción final del art. 27 CE<sup>21</sup>. De este modo, y paradójicamente a través de un proceso en el que se cuestiona la constitucionalidad de un precepto legal que impone a los poderes públicos la obligación de financiar también a los centros privados que separan al alumnado en función de su sexo, el TC acaba por reconocer un derecho constitucional al concierto que trasciende incluso al caso concreto enjuiciado para proyectarse con alcance general a todos los centros edu-

21 Sobre esta cuestión, con indicación de los principales autores que, antes de la Constitución o en los años inmediatamente posteriores a su promulgación, se habían pronunciado a favor de esta obligación para el Estado de financiar a los centros privados, J. BARNÉS VÁZQUEZ, «La educación en la Constitución de 1978 (una reflexión conciliadora)», *REDC*, n.º 12, 1989, p. 26. Una síntesis de esta cuestión en los debates constituyentes, S. GALLEGO-DÍAZ y B. DE LA CUADRA, *Crónica secreta de la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1989, pp. 116-117.

cativos privados. Es por ello que compartimos la opinión de la Magistrada Balaguer Callejón cuando le reprocha al TC crear un derecho fundamental allí donde la Constitución no lo hace.

Porque, además, entendemos que ninguno de los argumentos empleados por el Tribunal para dotar de este contenido al art. 27.9 CE resulta en sí mismo concluyente. Ni negar la financiación pública a ese tipo de centros educativos supone limitar la gratuidad de la enseñanza tan sólo a los centros públicos por cuanto esta podría seguir siendo gratuita en cualquier otro centro privado mixto que, cumpliendo los criterios y requisitos establecidos en la Ley, solicitase el concierto, ni impediría tampoco la posibilidad de elegir centro privado o la realización del derecho de creación de centros docentes. Como destaca la Magistrada Roca Trías, «ni el derecho de los padres a elegir centro docente es absoluto, ni implica el derecho a elegir un centro concertado» ni la exclusión de la financiación pública de los centros privados que no impartan la enseñanza en un régimen mixto impide a los padres elegir la enseñanza básica en cualquier centro privado «sino, todo lo más, en aquellos que no se ajusten a la opciones de política educativa adoptadas por los poderes públicos y, señaladamente, el legislador.» Al igual que «tampoco vulnera la libertad de educación ni la libertad de creación de centros docentes reconocidas por los artículos 27.1 y 6 CE, ya que, al margen de la financiación pública, el modelo de educación diferenciada puede seguir aplicándose.»

Tampoco compartimos el segundo de sus razonamientos. Se ha mencionado antes como para el TC esta obligación de los poderes públicos de financiar, con carácter general, a los centros educativos privados sólo cede en caso de insuficiencia de recursos. Dándose esta situación, podrán las autoridades públicas priorizar la financiación de unos centros sobre otros tal y como resulte de la aplicación de los criterios previamente establecidos por el legislador. Pero sin que —matiza el Tribunal— pueda el legislador configurar como uno de esos criterios que permite la ordenación y priorización de unos recursos públicos escasos precisamente el carácter mixto o diferenciado por razón de sexo del centro educativo privado. Justamente porque ello sería contrario —sigue diciendo el TC— al principio de igualdad que debe regir la configuración de las ayudas públicas previstas en el art. 27.9 «sin que quepa justificar un diferente tratamiento entre ambos modelos pedagógicos»<sup>22</sup>.

Pero olvida aquí el Tribunal que el cumplimiento principio de igualdad formal (art. 14 CE) no está reñido ni resulta incompatible con la obligación que incumbe a los poderes públicos de promover aquellas opciones de política educativa que fomenten y promuevan que la libertad y la igualdad entre mujeres y hombres, entre niñas y niños sean reales y efectivas (art. 9.2 CE en relación con el

22 Por cuanto que ello resultaría discriminatorio para este tipo de centros, tesis sostenida en la doctrina entre otros, por J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Escolarización homogénea por razón del sexo y ..., *cit.*», p. 108 y J. ESTEVE PARDO, «Paradojas de la discriminación en materia educativa», *cit.*, en particular p. 12.

art. 27.2 CE). Su propia jurisprudencia sobre la constitucionalidad de las medidas de acción positiva así lo corrobora.

Incluso si aceptáramos que el modelo educativo que organiza total o parcialmente su enseñanza en función del sexo de niños y niñas y adolescentes no constituye en sí mismo una discriminación por razón de sexo, eso no significa, sin embargo, que favorezca una igualdad real entre ambos sexos. Es más, parece bastante razonable afirmar que no parece el modelo más adecuado para ello. Hasta el propio legislador que valida esta opción en el art. 84.3 LOE, en la redacción dada por la LOMCE, es consciente de ello. De otro modo, carecería de sentido, por innecesaria, la exigencia contenida en dicho precepto legal de que este tipo de centros expliciten «las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad». Del mismo modo, que este modelo en sí no impida la consecución de los fines de la educación contenidos en el art. 27.2 CE —como afirma reiteradamente el TC— entre los cuales se encuentra el respeto al derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo no implica necesariamente que también favorezca su realización. Es en este espacio que media entre *no impedir* y *favorecer* en el que le corresponde moverse al legislador. No al Tribunal Constitucional. Un legislador al que no se le pide neutralidad desde un punto valorativo sino una apuesta clara y decidida por aquellas medidas, opciones y modelos educativos que *promuevan* las condiciones para que la libertad y la igualdad y la no discriminación por razón de sexo y de género sean reales y efectivas. Para lo cual puede optar por financiar tan sólo aquellas que, a su juicio, mejor responden a esta finalidad constitucional, excluyendo a las restantes, en este caso, a los centros que sólo escolarizan a alumnado de un sexo.

Algo por lo demás que ya podía entenderse contenido en la previa jurisprudencia constitucional sobre esta cuestión —como subrayan ambas magistradas en sus votos particulares— de la que ahora, sin embargo, se prescinde: «Ahora bien, tampoco puede aceptarse el otro extremo, esto es, el afirmar, como hacen los recurrentes, que del art. 27.9 de la C.E. 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 que se efectúa en el art. 27.9 de la C.E. puede significar que esa ayuda se realice teniendo en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales. Ejemplos de éstos podrían ser el mandato de gratuidad de la enseñanza básica (art. 27.4 de la C.E.), *la promoción por parte de los poderes públicos de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas* (arts. 1 y 9 de la C.E.) o la distribución más equitativa de la renta regional y personal (art. 40.1 de la C.E.). El legislador se encuentra ante la necesidad de conjugar no sólo diversos valores y mandatos constitucionales entre sí, sino también tales mandatos con la insoslayable limitación de los recursos disponibles. Todo ello, desde luego, dentro de los límites que la Constitución establece.»<sup>23</sup>

23 STC 77/1985, FJ 11; énfasis añadido.

Finalmente es preciso observar que al interpretar de este modo el art. 27.9 CE y entender además este aspecto incluido dentro del régimen básico de los conciertos educativos cuya competencia corresponde al Estado [SSTC 49/2018, f.j. 7 y 67/2018, FJ 5 c)] el TC priva a las CCAA de la posibilidad de desarrollar una política legislativa propia en relación con la financiación de la educación diferenciada.

#### IV. A MODO DE VALORACIÓN

Como avanzamos ya al inicio de este trabajo la controversia en torno a la monoeeducación o educación diferenciada por razón de sexo ha vuelto a poner de manifiesto la debilidad del pretendido consenso sobre el que se elaboró el art. 27 CE y si bien es cierto que los ámbitos susceptibles de polémica están cada vez más acotados y no se proyectan sobre la totalidad del modelo educativo consagrado en la Constitución, tampoco es que el tema que ahora nos ocupa pueda considerarse exactamente una cuestión menor, no sólo porque el TC aborda aquí una cuestión hasta entonces inédita en nuestra jurisprudencia constitucional como es el alcance y límites del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón de sexo e identidad de género en el ámbito de la educación, sino porque en el fondo de la misma lo que subyace es la sempiterna tensión entre enseñanza pública y privada y muy particularmente el asunto relativo a la financiación pública de esta última<sup>24</sup>.

Una cuestión sobre la que el TC en cuanto intérprete supremo de la Constitución cuyas decisiones sobre constitucionalidad se imponen a todos los operadores jurídicos, ha dicho la última palabra. Cerrando, pues, el debate y la discusión en torno a la misma. O no. No necesariamente desde el mismo momento en que la decisión que le pone fin no se libra ella misma de la polémica. No sólo porque ha puesto de manifiesto la división que sobre este punto existe entre los miembros del TC, reflejo a su vez de la existente en la propia sociedad, sino porque la que ha formalizado como la decisión de la mayoría y, por tanto, del Tribunal adolece a nuestro juicio de ciertas debilidades, particularmente argumentativas, que la hacen especialmente susceptible a la crítica y al disenso doctrinal.

En este sentido, resulta evidente que nos encontramos ante uno de esos casos controvertidos, no ya ideológicamente sino desde un punto de vista estrictamente jurídico o *difíciles*, en los que resulta evidente que no existe una única solución correcta que corresponda al juez constitucional descubrir<sup>25</sup>, sino en los que

24 Uno de los grandes temas que, junto con la posición de la enseñanza de la religión en la escuela y el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, están en la base de las diferentes polémicas habidas en torno a la educación en nuestro país, A. EMBID IRUJO, «La educación para la ciudadanía en el sistema educativo español. Reflexiones jurídicas» *REDC*, n.º 83, 2008, pp. 12-13.

25 M<sup>a</sup> L. BALAGUER CALLEJÓN, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 105-106.

es posible articular varias soluciones jurídicamente fundadas que compiten entre sí. La existencia de cuatro opiniones discrepantes, articulada en tres votos particulares, a las que cabe añadir un voto particular formalmente concurrente con el fallo pero que, sin embargo, disiente del mismo en cuanto a la obligación de los poderes públicos de financiar a los centros privados monoeducativos en régimen de igualdad con los que coeducan constituye buena prueba de ello.

También ha puesto de manifiesto, al hilo de lo anterior, la importancia que tiene, especialmente en casos como este, el modo en que se construya el parámetro de constitucionalidad. No es lo mismo analizar la constitucionalidad de este modelo educativo —y su posible financiación con fondos públicos— desde la perspectiva de la libertad de enseñanza que hacerlo desde el derecho a la educación, como tampoco lo es confrontarlo tan sólo con el derecho a la igualdad y a la no discriminación por razón de género que verificar también su compatibilidad con el denominado ideario educativo constitucional, no sólo para afirmar que no impide su realización sino también para constatar si, asimismo, contribuye a su realización.

Así, de la lectura del FJ4.a) de la STC 31/2018 se desprende que el Tribunal aborda esta cuestión desde la óptica de la libertad de enseñanza. La creación de centros educativos que diferencian en la admisión de su alumnado o en la organización de la enseñanza entre niños y niñas o adolescentes en función de su sexo formaría parte, así, de la libertad de enseñanza en un sentido amplio y más concretamente del derecho a dotar de un ideario propio a los centros educativos privados creados al amparo de dicha libertad. Planteado en estos términos, este derecho, esta protección constitucional sólo cedería —afirma expresamente el Tribunal— en los casos en que resultase incompatible con otros preceptos constitucionales, particularmente por resultar ser una discriminación por razón de sexo o porque, sin serlo, no fuese compatible con los fines educativos establecidos en el art. 27.2 CE. No obstante, esta afirmación lo cierto es que el Tribunal omite en un primer momento cualquier examen sobre su conformidad con el art. 27.2 CE lo que sólo hará a propósito de la segunda de las pretensiones de inconstitucionalidad alegadas, la relativa a su financiación. Centrando, pues, el análisis sobre la constitucionalidad del modelo exclusivamente en el primero de los límites, el derivado del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón, además, estrictamente de sexo, sin incluir referencia alguna a la identidad de género. Con el resultado que ya conocemos. La educación diferenciada por razón de sexo no resulta por sí misma, y siempre que se cumpla la condición de equiparabilidad legalmente prevista, discriminatoria.

Aun cuando pudiera aceptarse con carácter general una afirmación de este tipo, la educación diferenciada por razón de sexo no supone *per se*, necesariamente y en todo caso, una discriminación por razón de sexo (otra cosa es en relación con la identidad de género) lo cierto es que concurren en nuestro caso una serie de circunstancias que le otorgan un cariz particular. De un lado, la tradición histórica de sexismo en nuestras escuelas, mantenida hasta época muy cercana a la propia

Constitución y, de otro, su vinculación con la religión y más concretamente con un sector especialmente conservador de la Iglesia Católica que no tiene entre sus objetivos prioritarios la defensa de la plena igualdad de la mujer y la lucha contra los estereotipos sexuales y al que pertenecen la mayoría, si no todos, de estos centros que monoeducan. ¿En qué medida debieron ser tenidos en cuenta por el Tribunal? Es difícil decirlo. Pero sí que parece claro que no debieron ser absolutamente ignorados por cuanto que eso supone ignorar la realidad sobre la que a día de hoy se sustenta la educación diferenciada por razón de sexo en nuestro país.

Pero es que además afirmar, como hace el Tribunal, que este tipo de educación no supone una discriminación por razón de sexo evidencia la diferente intensidad del control antidiscriminatorio cuando se trata de esta causa en vez de la raza. Porque si ninguna duda cabe de que toda diferenciación en el ámbito educativo que conlleve segregación racial es inconstitucional ¿por qué no se alcanza la misma conclusión cuando se trata del sexo? Probablemente la explicación se encuentre en las palabras pronunciadas por el Magistrado Xiol Ríos en su voto particular: «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.»

Ciertamente una resolución en sentido contrario al que realiza aquí el Tribunal, que hubiera declarado inconstitucional por discriminatoria este modelo educativo hubiera resultado indudablemente pionera y hubiera situado a nuestra jurisprudencia constitucional en la vanguardia del Derecho antidiscriminatorio por razón de género, entendiendo este término en un sentido amplio, comprensivo asimismo de la identidad de género. Pero tal vez eso era exigirle demasiado a este Tribunal. Cuestión diferente, sin embargo, es la que tiene que ver con la compatibilidad del modelo con los fines educativos establecidos en el art. 27.2 CE. Esto es, con el ideario educativo constitucional, en relación con el cual sólo es posible entender el pronunciamiento del Tribunal si asumimos que, a pesar de lo reiteradamente declarado al respecto<sup>26</sup>, su capacidad para actuar como parámetro de la constitucionalidad tratándose de centros educativos privados y por tanto de particulares se contrae únicamente a su vertiente de límite negativo: sólo en la medida en que dicho ideario efectivamente suponga un obstáculo para su realización.

En cualquier caso, el alcance limitado de la decisión del Tribunal, referido sólo a la enseñanza privada y por tanto a los centros privados y privados concertados, respecto de los cuales también entra en juego la libertad de enseñanza así

26 En el sentido de que «existe la limitación “muy importante, derivada del artículo 27.2 de la Constitución, de que la enseñanza ha de servir determinados valores (principios democráticos de convivencia...) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva”» (STC 31/2018, citando a la STC 5/1981; énfasis añadido).

como la falta de consenso en este punto tanto entre los miembros del Tribunal como en la doctrina que se había ocupado previamente del tema<sup>27</sup>, pueden llevar a entender que, en un ejercicio de *self restraint*, el parecer del Tribunal se haya inclinado a favor de preservar los preceptos legales impugnados y por tanto a no declarar inconstitucional la educación diferenciada por razón de sexo<sup>28</sup>. Otra cosa es el *iter* argumentativo seguido para alcanzar este fallo, que no compartimos y a cuyas consideraciones críticas efectuadas con anterioridad nos remitimos ahora.

Como tampoco es posible compartir en absoluto ni el fallo emitido por el Tribunal en relación con la financiación pública de este tipo de centros ni la *ratio decidendi* que lo sustenta [FJ4.b) de la STC 31/2018]. Es aquí donde a nuestro juicio la doctrina fijada por el TC no resulta acertada y es difícilmente compartible, más allá del obvio respeto y del obligado acatamiento que merecen todas sus resoluciones.

Las razones de nuestra objeción han sido expuestas ya de manera detallada, en el apartado correspondiente. Por eso ahora nos limitaremos únicamente a destacar que al establecer la obligación de los poderes públicos de financiar a estos centros privados que monoeducan *en condiciones de igualdad* respecto de los que coeducan, el Tribunal cercena las legítimas opciones del legislador democrático en esta materia, estrechando indebidamente el ámbito de libertad contenido dentro del marco constitucional hasta dejarlo prácticamente reducido a la nada. O lo que es lo mismo, a una única opción posible que deja así de ser tal para transformarse en un límite y obligación para el legislador: el Estado no puede no financiar a estos centros por razón de la diferenciación que establecen en su alumnado, bien admitiendo sólo a niños o a niñas o a adolescentes de uno sólo de los dos sexos, bien organizando la docencia en aulas separadas para unos y otras.

De la lectura del FJ4.b) de la STC 31/2018 se desprende que el razonamiento del Tribunal en esta cuestión es dicotómico. O *todo*, entendiendo por tal no sólo que el modelo de educación diferenciada no es inconstitucional, sino que, además, y precisamente porque no lo es, no es posible excluir a los centros que monoeducan de la financiación pública. O *nada*: el modelo es en sí mismo inconstitucional y, por tanto, no es que quepa excluirlos del régimen de conciertos

27 De hecho, salvo error por nuestra parte, tan sólo se había pronunciado claramente en contra de la constitucionalidad de la educación diferenciada por razón de sexo, O. SALAZAR BENÍTEZ, «Educación diferenciada por razón de sexo y derecho a la educación...», *cit.*, pp. 451-478. Por su parte, B. ALÁEZ CORRAL sin llegar tan lejos (al admitir que este tipo de educación no es *per se* inconstitucional) sí que la sitúa «fuera del contenido esencial del derecho a la educación en libertad, o si se prefiere de las libertades de enseñanza y de creación de centros docentes como una de sus manifestaciones iusfundamentales.» («El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada...», *cit.*, p. 44; «El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas», *cit.*, pp. 122-123).

28 Jugaría aquí la que V. FERRERES COMELLA denomina presunción —con carácter general, moderada— de constitucionalidad de la ley, de acuerdo con la cual «sólo cuando existan suficientes argumentos en contra de la misma puede el juez dar el paso de invalidarla», *Justicia constitucional y democracia*, CEPC, Madrid, 1997, pp. 215 y ss.

educativos, sino que están absolutamente prohibidos por la Constitución. Clara e indubitadamente el Tribunal se decanta por la primera de ellas, siendo así que, incluso partiendo de la constitucionalidad de la educación diferenciada por razón de sexo en el ámbito de los centros educativos privados, caben —a partir del entendimiento de que no se trata de una cuestión definitivamente resuelta por la Constitución— otras interpretaciones posibles, perfectamente constitucionales, que dejan espacio al legislador democrático para desarrollar distintas políticas educativas en lo atinente a esta cuestión. Desde permitir su acceso al régimen de conciertos en condiciones de igualdad hasta excluirlos absolutamente, pasando por la posibilidad de que sin llegar a excluirlos completamente se opte por priorizar la financiación de los centros privados que coeducan. Una interpretación por lo demás más coherente con su jurisprudencia anterior de la que ahora se aparta el Tribunal Constitucional sin ofrecer, sin embargo, razones de peso, lo suficientemente incontrovertidas como para entender que esta interpretación restrictiva de la función de concretización que, en relación con el derecho fundamental a la educación corresponde al legislador democrático, puede inferirse razonablemente del Texto Constitucional.

El mismo principio de *self restraint* o autocontención que debe inspirar toda actuación o pronunciamiento sobre la constitucionalidad del Tribunal y que permitiría en su caso explicar externamente y a posteriori —que no a partir de la lectura y análisis del FJ4.a) de la STC 31/2018— su pronunciamiento favorable a la misma cuando lo que se cuestiona es la compatibilidad con la Constitución del modelo monoeducativo en sí mismo considerado debería haber guiado este segundo pronunciamiento del Tribunal Constitucional y haberle llevado a declarar, en su caso, la constitucionalidad de la opción elegida por el legislador consistente en financiar también a este tipo de centros, pero sin incluir pronunciamiento ulterior alguno que la transformase en la única constitucionalmente correcta con la consiguiente e implícita declaración de inconstitucionalidad de cualquier otra que se le aparte.

Finalmente, y aunque ya hemos aludido a ello, queremos destacar que esta doctrina constitucional acerca de la constitucionalidad de la educación diferenciada por razón de sexo se refiere única y exclusivamente a los centros privados y privados concertados. No a los públicos, respecto de los cuales nada habría dicho el Tribunal y por tanto a los que no alcanzaría la declaración de constitucionalidad del modelo monoeducativo.

Incluso aunque pudiera aceptarse como afirmación de principio que una educación de este tipo no es formalmente discriminatoria por razón estrictamente de sexo, ello no la convierte en constitucional cuando de centros públicos se trata. Concurren respecto de ellos, a nuestro juicio, razones poderosas que justifican esta exclusión. Por un lado, que a diferencia de lo que sucede en el ámbito de la enseñanza privada (o concertada) la creación de este tipo de centros en el ámbito público carece de toda cobertura constitucional. No existe un derecho a crear centros monoeducativos públicos ni en el ámbito de la educación pública cabe hablar

de un ideario o carácter propio del que forma parte esta opción educativa. De otro, que la vinculación de los poderes públicos y, por tanto, también de la escuela pública a los fines educativos establecidos en el art. 27. 2 CE es mucho más intensa. Ya no se trata sólo de un mero límite negativo, de constatar que no se impide conseguir las finalidades educativas o que no resulta incompatible con los principios democráticos de convivencia o con el respeto a los derechos y deberes fundamentales —excluyendo, en su caso, por inconstitucionales a los que sí lo hagan—, sino de una auténtica obligación positiva de organizar la educación del modo que mejor contribuya a su realización<sup>29</sup>. No sólo de los principios democráticos en una sociedad inevitablemente formada por hombres y mujeres, por niños, niñas y adolescentes que conviven juntos; no sólo del derecho fundamental a la igualdad y a la no discriminación por razón de género, sino también de la plena consecución de una igualdad real y efectiva entre unos y otras.

En cualquier caso, sería deseable un nuevo pronunciamiento del TC que despejase cualquier atisbo de duda sobre la posible constitucionalidad de la educación diferenciada por razón de sexo en el ámbito de la enseñanza pública y de paso, alejase cualquier tentación de trasladar a ella este modelo monoeducativo. Tal vez la intención anunciada por el Gobierno en forma de Anteproyecto de Ley (por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación) de derogar la normativa sobre la que se ha pronunciado aquí el Tribunal y de atribuir a las CCAA el desarrollo del régimen de conciertos educativos proporcione, caso de prosperar, esa oportunidad. E incluso, quién sabe, de modificar, revisar o al menos matizar la actualmente fijada respecto de la financiación pública de los centros privados que escolarizan sólo a niños o a niñas o que los separan en aulas diferentes en función de su sexo.

\*\*\*

TITLE: *On the constitutionality of sex-single education and its financing with public funds. STC 31/2018 and others*

ABSTRACT: *This essay analyzes the case-law of the Constitutional Court on single-sex education. In particular, one of its sentences: STC 31/2018.*

RESUMEN: *En este trabajo se analiza críticamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la educación diferenciada por razón de sexo, con particular atención a la STC 31/2018. Se aborda así el pronunciamiento sobre su constitucionalidad así como la obligación allí contenida para los poderes públicos*

29 Para B. ALÁEZ CORRAL la estructura normativa del mandato contenido en el art. 27.2 CE es dual, actuando como «una regla, que fija el límite interno a las libertades educativas del art. 27 CE», respecto de los particulares y, además «como un principio que les ordena optimizar el logro de dicha finalidad a través de sus competencias en materia educativa» cuando se trata de los poderes públicos, «Artículo 27. El derecho a una educación democrática, libre y plural», P. PÉREZ TREMPES y A. SAIZ ARNAIZ (dirs.), *Comentario a la Constitución Española. 40 aniversario 1978-2018. Libro-Homenaje a Luis López Guerra*, Tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 605-606.

*de financiar, a través del concierto educativo, a los centros monoeducativos en igualdad de condiciones respecto de los demás centros privados mixtos.*

KEY WORDS: *fundamental rights, right to education, freedoms in teaching, constitutional aims of education, single-sex education, gender equality.*

PALABRAS CLAVE: *derechos fundamentales, derecho a la educación, libertad de enseñanza, ideario educativo constitucional, educación diferenciada por razón de sexo, igualdad de género.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 08.12.2018

FECHA DE ACEPTACIÓN: 5.02.2019