

EL IDEARIO EDUCATIVO CONSTITUCIONAL COMO FUNDAMENTO DE LA EXCLUSIÓN DE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA POR RAZÓN DE SEXO DE LA FINANCIACIÓN PÚBLICA

BENITO ALÁEZ CORRAL

1. EDUCACIÓN DIFERENCIADA POR RAZÓN DE SEXO *VERSUS* COEDUCACIÓN.—2. DERECHO A LA EDUCACIÓN Y MODELOS PEDAGÓGICO-EDUCATIVOS ADMISIBLES: UNA CUESTIÓN DE DELIMITACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL.—3. EL IDEARIO EDUCATIVO DE LA CONSTITUCIÓN COMO LÍMITE A LAS LIBERTADES EDUCATIVAS: 3.1. *Los principios democráticos de convivencia y los derechos fundamentales como límite al ideario pedagógico de los centros escolares.* 3.2. *La igualdad real y efectiva y la eliminación de discriminación por razón de sexo como concreción del ideario constitucional educativo.* 3.3. *Insuficiencia interpretativa de los tratados internacionales ratificados por España en materia de derecho a la educación.* 3.4. *Papel preponderante del legislador orgánico en la delimitación del contenido del derecho a la educación.*—4. CONSTITUCIONALIDAD DE LA EXCLUSIÓN DE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA DE LA FINANCIACIÓN PÚBLICA: 4.1. *La financiación de los centros escolares privados como contenido objetivo del derecho a la educación.* 4.2. *Los requisitos para la financiación pública de los centros escolares privados como expresión de las diversas políticas de derechos fundamentales dentro de una Constitución abierta.* 4.3. *Límites constitucionales a la configuración legislativa de dicha política financiadora.*

1. EDUCACIÓN DIFERENCIADA POR RAZÓN DE SEXO *VERSUS* COEDUCACIÓN

Desde que la Ley de General de Educación de Villar Palasí eliminó en 1970 la prohibición de educación mixta, es práctica generalizada en nuestro país que los niños y las niñas se hayan venido educando en los centros escolares públicos y privados de manera conjunta. La afirmación de ciertos planteamientos filosófico-morales y la utilización de la separación de sexos en las aulas como mecanismo pedagógico para luchar contra las deficiencias que presenta el sistema educativo, siguiendo la tendencia que ya desde hace años se ha introducido

en otros países (1), ha reabierto la polémica en la medida en que un número creciente de centros privados, pero también algunos movimientos ciudadanos respecto de los centros públicos, reclaman la libre elección de los padres entre una y otra oferta pedagógica, lo que presupone, a su juicio, que el poder público no sólo permita sino que financie por igual ambos tipos de educación (2). Pasa, así, al primer plano una polémica pedagógica que pretende estar en la base de la polémica jurídica acerca de la licitud constitucional de la educación diferenciada y de su financiación pública.

Los defensores de la educación mixta han sostenido desde largo que la educación conjunta de chicos y chicas supone poner de relieve de forma práctica, mediante la vivencia conjunta de las mismas tareas escolares, una cultura de los valores constitucionales de igualdad y no discriminación entre hombres y mujeres. En otras palabras, para preparar al alumnado a interrelacionarse en una sociedad formada por hombres y mujeres, nada sería más efectivo que la convivencia temprana. Así se eliminarían, o por lo menos se encauzarían, los estereotipos y discriminaciones por razón de género para la libre elección de estudios o destinos profesionales o para la convivencia en las más diversas esferas sociales, tanto durante la minoría de edad como en la edad adulta (3).

En los últimos años, sin embargo, con el pretexto de dar solución a algunos síntomas del fracaso escolar y las diferencias de rendimiento que presentaban niños y niñas en ciertas asignaturas (literatura, ciencias sociales, ellos, y matemáticas y ciencias naturales, ellas) durante algunos períodos de su escolarización —sobre todo en la adolescencia—, ha rebrotado una corriente pedagógica crítica con la coeducación (mixta), que reclama para ciertos períodos del ciclo educativo y/o para ciertas materias del currículo la sustitución de la educación mixta por una educación separada por sexos, también llamada «educación diferenciada» (4). El planteamiento de la educación diferenciada parte de la premisa de que las diferencias entre chicos y chicas pertenecen al orden natural, biológico y psicológico, e inciden en el desarrollo personal y en el comportamiento,

(1) Véanse, entre otros ejemplos, los del § 4.9 de la Ley de educación de Berlín de 26 de enero de 2004, el § 4.7 de la Ley de educación de Brandenburg de 2 de agosto de 2002, el § 10 de la Ley de educación de Bremen de 20 de junio de 2005, el § 4.6 de la Ley de educación de Mecklemburg-Vorpommern de 15 de mayo de 1996 o el § 1 de la Ley de educación de Sachsen de 16 de julio de 2004, todos ellos en Alemania; y también las Secciones 5131 (a) (23) y 5131 (c) de la *No Child Left Behind Act* de 2001 en los EEUU.

(2) CALVO CHARRO (2007): 1 y sigs.

(3) Sobre la coeducación véase, con carácter general, SUBIRATS MARTORI (1994): 49 y sigs.

(4) Existe una extensa bibliografía que se puede encontrar en la web temática dedicada a la educación diferenciada <http://www.diferenciada.org>.

esto es, parte de la necesidad de convertir esas diferencias biológico-sexuales en diferencias de género (5). Y que, por tanto, la escuela debe dar las mejores oportunidades, acorde con esas diferencias a los integrantes de uno y otro sexo, pues de lo contrario dejaría en una situación de debilidad y de desigualdad a los integrantes de aquel sexo con menor capacidad de integración o de imposición de sus modos y pautas de aprendizaje (6).

La cuestión, lejos de quedar resuelta, permanece controvertida no sólo social sino también científicamente. No ya porque sigan existiendo estudios en defensa de la coeducación, sino porque los hay que relativizan las conclusiones críticas con la educación mixta y laudatorias de la educación diferenciada a las que llegan los defensores de esta última, y se plantean hasta qué punto las diferencias de rendimiento y fracaso escolar más que a la mezcla de sexos en el aula están debidos a los inadecuados métodos pedagógicos utilizados para la enseñanza de ciertas materias o para abordar las dificultades de aprendizaje de ciertos alumnos o a la insuficiencia de medios personales y materiales. E inversamente, plantean que la mejora del rendimiento escolar en los centros de educación diferenciada, más que deberse a aspectos ambientales específicos del sexo, se deben a los métodos y actitudes pedagógicos utilizados, a la mayor inversión en recursos materiales y humanos o a la concreta extracción social de los alumnos, aspectos muchos de ellos que serían igualmente reproducibles en aulas de educación mixta (7).

En todo caso y por lo que aquí interesa jurídico-constitucionalmente, del análisis del debate científico-pedagógico cabe observar que los defensores de la educación diferenciada hacen hincapié en las deficiencias de la coeducación mixta para permitir a los alumnos de cualquiera de los dos sexos en todas las etapas del proceso educativo alcanzar la misma calidad y el mismo nivel de contenidos y de prestaciones de la enseñanza, en lo que se refiere a su capacitación, formación, etc., esto es, hacen hincapié en el aspecto jurídico-constitucional de la *libertad de enseñanza*. Mientras, los partidarios de generalizar la coeducación mixta y no permitir la educación diferenciada por razón de sexo se centran en las bondades cívico-democráticas para el proceso educativo de la coexistencia

(5) Aunque el origen terminológico de la distinción entre sexo y género hay que verlo en la obra del psicólogo STOLLER (1968), el origen conceptual del término género y de la llamada ideología de género, como es sabido, se encuentra en la obra de BEAUVOIR (1978).

(6) Véanse los estudios en EEUU de SALOMONE (2003) y HOFF SOMMERS (2000); en Francia de FIZE (2003); en Alemania de MARTIAL (1998); en Italia de POLACÈK (1999); o finalmente en nuestro país de BARRIO MAESTRE (2005).

(7) Esto último lo exponen muy razonablemente CAMPBELL/WAHL (2002): 722 y sigs., y MARRY (2003).

de alumnos de ambos sexos en el aula, de la representación de los conflictos y pluralidad social derivada de la existencia de sexos, esto es, se concentran en el aspecto jurídico-constitucional del *derecho a la educación*.

De lo dicho anteriormente se desprende que la polémica pedagógica ha de convertirse en una polémica jurídico-constitucional en torno a la interpretación de los derechos del artículo 27 CE, y más concretamente del mandato del artículo 27.9 CE sobre los poderes públicos de apoyo financiero a los centros privados, clarificable únicamente a la luz de la relación que se desprende del «ideario educativo constitucional» del artículo 27.2 CE para el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Para tratar de dibujar los límites de este marco deliberadamente abierto (8) que nuestra Constitución democrática representa para el legislador educativo es necesario abordar tres elementos. El primero de ellos es la concepción que tenga nuestra Constitución del derecho a la educación como derecho fundamental, esto es, la que soporta dogmáticamente el articulado constitucional, sin ningún tipo de precomprensiones ideológicas de uno u otro signo (9). En segundo lugar, es preciso concretar el sentido en el que obliga jurídico-constitucionalmente el ideario educativo constitucional del artículo 27.2 CE, en tanto límite interno expreso (10) que delimita el objeto y contenido de las libertades y derechos que componen el derecho a la educación. Y en tercer y último lugar, es necesario analizar el papel de estas delimitaciones constitucionales respecto de la competencia de los poderes públicos para poner en práctica el mandato de financiación a los centros escolares privados del artículo 27.9 CE.

2. DERECHO A LA EDUCACIÓN Y MODELOS PEDAGÓGICO-EDUCATIVOS ADMISIBLES: UNA CUESTIÓN DE DELIMITACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL

Existe una larga discusión doctrinal en torno a si el artículo 27 CE garantiza un único derecho fundamental o una pluralidad de derechos fundamentales e, incluso, si dentro de esa pluralidad prima el derecho a la educación o la libertad de enseñanza que aparecen mencionados en el artículo 27.1 CE (11). Cierta-

(8) Entre muchas, la STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7.

(9) Sobre la necesidad de extraer la dogmática de los derechos fundamentales constitucionalmente adecuada al texto constitucional, cfr. BÖCKENFÖRDE, E.-W. (1993): 44 y sigs.

(10) Conforme a la precisa terminología utilizada por VILLAYERDE MENÉNDEZ (2004a): 120 y sigs.

(11) Véanse, con carácter general, los estudios monográficos de EMBID IRUJO (1983) y FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR (1988).

mente, se trata de una cuestión vinculada a la más genérica del concepto de derecho fundamental que no procede tratar aquí en detalle (12). Desde mi punto de vista (13) y conforme con la jurisprudencia constitucional (14), el derecho a la educación constituye un único derecho fundamental, compuesto por un complejo de normas orientadas a garantizar su objeto, una esfera vital, a través de distintas técnicas normativas que constituyen su contenido (15), del que forman parte, entre otros, tanto el derecho prestacional a una educación básica gratuita como la libertad de enseñanza (16).

Así, el artículo 27 CE garantiza en primer término el derecho de todos a recibir una *educación*, aunque para el logro de este objetivo garantice, al mismo tiempo, la libertad de enseñanza. Y esta última libertad, entendida como proceso de transmisión al alumno de una serie de conocimientos y capacidades formativas, es en sí distinta de la educación, entendida como un proceso de formación global del individuo conforme a unas convicciones morales, filosóficas y religiosas (17), esto es, entendida como su formación cívica en un determinado orden social (18). Dicho con otras palabras, el objeto del derecho del artículo 27 CE está compuesto por una esfera vital que no consiste ni exclusivamente en ejercer la libertad de enseñanza, ni exclusivamente en recibir una prestación educativa, sino en la recepción de una formación cívica basada en los valores democrático-constitucionales —derecho prestacional a la educación, ideario educativo constitucional, poder estatal de organización y planificación de la enseñanza, etc.—, que no es posible sin un proceso libre de transmisión de conocimientos —libertad de enseñanza, libertad de creación de centros docentes,

(12) Sobre este particular, permítaseme la remisión a la concepción de derecho fundamental que se desprende de la obra colectiva BASTIDA/VILLAVERDE/REQUEJO/PRESNO/ALÁEZ/FERNÁNDEZ (2004).

(13) Primeramente expuesto en ALÁEZ CORRAL (2006): 92-95.

(14) STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3.

(15) Sobre esta estructura dual (principios y reglas) de las normas de derechos fundamentales, véase PRESNO LINERA (2004): 50 y sigs.; y sobre el objeto y el contenido de los derechos fundamentales VILLAVERDE MENÉNDEZ (2004b): 103 y sigs.

(16) En un sentido inverso, centrandó el objeto del derecho del artículo 27 CE en la libertad de enseñanza, y viendo como resultado del mismo al derecho a la educación, véase con carácter general la obra de FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR (1988).

(17) Sobre la distinción, cfr. CÁMARA VILLAR (1988): 2177 y sigs.

(18) Tal y como puso de relieve el Voto particular del Magistrado Francisco Tomás y Valiente en la STC 5/1981, de 13 de febrero, y, en el derecho comparado, la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la admisibilidad del crucifijo en las aulas de centros escolares públicos aconfesionales (BVerfGE 93, 1). Una traducción española de esta última sentencia, con un breve comentario a la misma, se puede ver en ALÁEZ CORRAL/ÁLVAREZ ÁLVAREZ (2008): 938-978.

autonomía universitaria—. Ello hace que ambos conceptos (derecho a la educación y libertad de enseñanza), enunciados en el apartado 1 del artículo 27 CE, se encuentren en una relación de instrumentalidad recíproca, en la que uno y otra son necesarios para su logro respectivo. Este objeto plural del derecho a la educación se halla protegido por diversos tipos de técnicas normativas —derechos de prestación y garantías de organización y procedimiento (art. 27.4 y 5 en relación con el 27.1 y 2 CE), derechos de libertad (art. 27.1, 3 y 6 CE), garantías institucionales (art. 27.10) o, incluso, mandatos a los poderes públicos (art. 27.8 y 9 CE)— que conforman el contenido subjetivo y el contenido objetivo del derecho fundamental a la educación.

La educación diferenciada aparece en este contexto como una alternativa pedagógica de los centros escolares (en España de momento los privados o los concertados) (19) que pretende ser expresión de diversas facultades iusfundamentales integradas en el derecho a la educación del artículo 27 CE, tales como la libertad de enseñanza, la libertad de creación de centros docentes o —en menor medida— el derecho de los padres a recibir la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones. Ahora bien, para saber si la educación diferenciada realmente se encuentra amparada por facultades integrantes del derecho fundamental del artículo 27 CE es preciso delimitar las mismas, lo cual presupone que todos los derechos fundamentales, incluidos el derecho a la educación y la libertad de enseñanza (se entiendan como facultades de un mismo derecho fundamental complejo, o como derechos fundamentales contrapuestos), son limitados y no tienen carácter absoluto, aspecto éste reiteradamente afirmado por la jurisprudencia constitucional desde sus primeros tiempos (20).

Por tanto, ni la prestación del servicio educativo, ni el ejercicio de la libertad de enseñanza, ni la libre elección de centro docente por los padres, para con ello elegir la formación religiosa y moral acorde con sus convicciones, son ilimitados ni permiten menoscabar los derechos de los demás o los bienes o

(19) La existencia de centros escolares públicos de carácter confesional parecería, en principio, claramente contraria al mandato de neutralidad religiosa del Estado y la correlativa prohibición de confesionalidad de la administración, que se opondrían a que, derivada de la concepción del mundo de una determinada concepción religiosa, fuese posible la introducción de la educación diferenciada por razón de sexo como técnica pedagógica, tal y como, sin embargo, es posible en Alemania, donde las Constituciones de los Estados federados permiten la existencia de centros escolares públicos de ideario católico. Ello sin perjuicio de que pueda satisfacerse a través de la enseñanza de la religión, el derecho de los padres a elegir también en los centros escolares públicos la formación religiosa y moral para sus hijos que esté de acuerdo con sus convicciones (art. 27.3 CE).

(20) Véase, por todas, la STC 2/1982, de 29 de enero, FJ 5.

valores constitucionalmente garantizados. Más bien al contrario, las libertades de educación y enseñanza se encuentran delimitadas por estos valores (21), por lo que la abstracta garantía constitucional de la libertad de enseñanza no puede alcanzar a conductas que supongan el menoscabo de derechos de los demás o de bienes o valores garantizados por el texto constitucional, lo que incluye el ideario educativo del artículo 27.2 CE; del mismo modo que tampoco la configuración legal del derecho prestacional a la educación se puede satisfacer sin respeto, entre otros, a la libertad de enseñanza o a la libertad de creación de centros docentes. Ello explica las competencias de programación general (art. 27.6) o de inspección y homologación del sistema educativo (art. 27.8) que el texto constitucional atribuye a los poderes públicos, pero también el que se sometan todas las facultades iusfundamentales que integran el derecho a la educación a la consecución de un fin: el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales (art. 27.2).

El amparo constitucional de la metodología pedagógica que propone la separación educativa de los alumnos según su sexo dependerá, pues, en último extremo, de que no contravenga estas delimitaciones del contenido subjetivo del artículo 27, siendo los poderes públicos los encargados de concretar y garantizar el respeto de dichos límites y, con ello, del texto constitucional, en tanto destinatarios del mandato de optimización de la esfera vital en que consiste este derecho fundamental.

Pero ¿ha dado el texto constitucional criterios específicos en relación con los derechos educativos acerca de cómo debe llevarse a cabo esa delimitación, o más bien al contrario, ha dejado, como en muchos otros derechos fundamentales, dicha delimitación al albur de la tácita coexistencia del derecho a la educación con otros derechos fundamentales y otros valores constitucionalmente garantizados? Lo cierto es que las delimitaciones del contenido subjetivo iusfundamental del derecho a la educación proceden de tres fuentes: en primer lugar, de la coexistencia y necesaria interpretación congruente y unitaria de esas diversas técnicas normativas de garantía de su objeto, de modo que ninguna haga imposible la garantía esencial de la otra (ni el derecho de prestación a la libertad o a la garantía institucional, ni la libertad de enseñanza al derecho prestacional a la educación); en segundo lugar, de la coexistencia con bienes o valores constitucionalmente garantizados, como, por ejemplo, las libertades y derechos

(21) Sobre la distinción entre limitación y delimitación de los derechos fundamentales, véase con carácter general VILLAVERDE MENÉNDEZ (2004a): 120 y sigs.

de los padres, profesores y alumnos dentro de los centros escolares (22), los principios de funcionamiento eficaz de la actividad administrativa en el seno de la relación de sujeción especial que se genera en los centros públicos, etc.; y, en tercer y último lugar, por lo que aquí más interesa, de la expresa subordinación del objeto y el contenido del derecho a la educación al respeto y logro positivo de unos determinados objetivos constitucional-democráticos de educación cívica, que se han denominado ideario educativo de la Constitución (23). Este último elemento las convierte en las únicas libertades, los únicos derechos fundamentales, cuyo ejercicio ha sido constitucionalmente orientado de forma expresa a la realización de unos valores democráticos. Veámoslo con un poco más de detalle.

3. EL IDEARIO EDUCATIVO DE LA CONSTITUCIÓN COMO LÍMITE A LAS LIBERTADES EDUCATIVAS

3.1. *Los principios democráticos de convivencia y los derechos fundamentales como límite al ideario pedagógico de los centros escolares*

A diferencia de otros textos constitucionales de nuestro entorno en la Unión Europea, la CE de 1978 define de forma expresa tanto un derecho fundamental a la educación (se conciba como un derecho complejo o como un derecho autónomo junto a otras libertades educativas) como un ideario democrático-constitucional a cuya satisfacción se orientan dicho derecho a la educación y las libertades educativas confluyentes, sin que sea necesario deducirlo de una serie de valores o principios constitucionales de orden más abstracto (24). En efecto, tal y como se apuntaba antes, la principal fuente de delimitación de la libertad de enseñanza, como contenido del derecho a la educación, procede sin duda del *límite interno expreso* (25) del artículo 27.2 CE, que, dando una forma positiva e inspiradora, y no meramente negativa y limitativa (26), al conjunto de derechos fundamentales, bienes y valores constitucionalmente garantizados establece que «la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la persona-

(22) Cfr. STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 9.

(23) Véase el Voto particular del magistrado Francisco Tomás y Valiente a la STC 5/1981, de 13 de febrero.

(24) Tal y como sucede, por ejemplo, con el artículo 7 de la *Grundgesetz* alemana; sobre ello, en detalle, cfr. JARASS (1995): 674-679.

(25) Sobre este concepto y su alcance véase ya VILLAVARDE MENÉNDEZ (1998): 33 y sigs.

(26) Véase al respecto la STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7.

lidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales» (27).

Las distintas facultades iusfundamentales a través de las cuales el artículo 27 CE garantiza el derecho de todos a una educación en libertad —entre las que están la libertad de enseñanza, la libertad de creación de centros docentes o el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral para sus hijos que esté de acuerdo con sus convicciones— se encuentran, pues, *delimitadas* por la necesidad de respetar y orientarse finalísticamente al logro de dicho ideario educativo de la Constitución (28). De ello resulta una doble vinculación jurídica: negativa, de un lado, en la medida en que deben respetar dicho ideario, no menoscarlo y no oponerse materialmente al mismo; de otro lado, también positiva, en la medida en que el ejercicio de las facultades iusfundamentales de padres, alumnos y centros escolares, así como de las competencias educativas de los poderes públicos (curriculares, organizativas, planificadoras, inspectoras, financiadoras, etc.) (29) debe estar inspirado (principalmente) por el logro de este ideario educativo constitucional (30). La razón última de una vinculación finalista expresa del ejercicio de este derecho fundamental a la realización de una educación cívico democrática (31), excluyente de orientaciones educativas contradictorias o ajenas a la misma, quizás haya que verla en la extraordinaria importancia que las democracias modernas depositan en la participación libre plural e igual de todos los sometidos al ordenamiento en los procesos de creación del mismo, que sólo es posible allí donde los individuos llamados a participar son conscientes de cuáles son las reglas de juego democrático, los valores que las inspiran y los derechos fundamentales a través de los cuales pueden vehicular dicha participación legitimadora del sistema (32).

(27) Sobre dicho precepto, en general, véanse CÁMARA VILLAR (1988): 2166 y sigs., y SÁNCHEZ FERRIZ (1995): 6496 y sigs.

(28) Aspecto éste que desconocen los defensores de la educación diferenciada, como CALVO CHARRO (2007a): 4 y sigs.

(29) Aspecto éste que, en el ámbito curricular, se puede lograr de forma transversal (haciendo que esté implícitamente en el currículo de todas las materias objeto de enseñanza) o de forma específica (como pretende la recientemente introducida asignatura de educación para la ciudadanía).

(30) Sobre este valor jurídico del ideario educativo constitucional, cfr. CÁMARA VILLAR (1988): 2185 y sigs.

(31) Esta vinculación democrático-funcional del ejercicio del derecho a la educación, impropia de una democracia procedimental como la nuestra, en la que la reforma de cualquier elemento del sistema constitucional es posible por expresa decisión constitucional (art. 168 CE), ha llevado a algún sector de la doctrina ha considerado el único precepto constitucional en el que se expresa la construcción de una democracia militante; véase OTTO Y PARDO (1985): 20.

(32) Ya le atribuía esta función democrático-funcional al derecho a la educación expresamente KELSEN (1913): 1 y sigs.

Por tanto, la prueba de fuego a la que se debe someter el ideario propio de un centro escolar, incluida toda técnica pedagógica (como la educación diferenciada) que se incluya en aquél para el lícito ejercicio de la libertad de enseñanza, no es la de si obtiene mejores o peores resultados desde el punto de vista del rendimiento instructivo de los alumnos, sino la de si el resultado educativo de dichos alumnos se mantiene dentro del marco que establece el ideario educativo de la Constitución (33). Además, conforme a la caracterización anterior del derecho a la educación, los contenidos finalistas imperativos del artículo 27.2 CE se conciben como ideario constitucional de la «educación» y no como ideario de la «enseñanza». El marco constitucional no sólo condiciona la admisibilidad de ciertas técnicas pedagógicas a que los alumnos de uno y otro sexo alcancen el objetivo de recibir una instrucción completa, formativa y equivalente, esto es, una enseñanza de calidad, sino también a que, mediante dicha instrucción de calidad, se logre formar ciudadanos con unas convicciones filosóficas y morales acordes con el ideario democrático-constitucional previsto en el artículo 27.2 CE, esto es, a que todos los participantes en el proceso educativo contribuyan a realizar ese ideario no sólo al instruir sino también al educar cívico-democráticamente a sus alumnos. En contra, pues, de lo que últimamente se viene diciendo en relación con la introducción de la asignatura Educación para la Ciudadanía, el Estado no sólo puede, sino que debe organizar el sistema educativo a través del cual se satisface el derecho a la educación conforme a una determinada orientación moral, la que se desprende de la moral cívico-democrática del ideario educativo de la Constitución previsto en el artículo 27.2 CE (34).

Es preciso, pues, delimitar el contenido iusfundamental de la libertad de enseñanza y del derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral para sus hijos que esté de acuerdo con sus convicciones, a tenor del parámetro marcado por el artículo 27.2 CE para todo el derecho a la educación como derecho complejo (35): el respeto al ideario educativo constitucional, aunque el mismo no juegue el mismo papel en todas las etapas del proceso educativo, sino que actúe de forma inversamente proporcional a medida que crece la capacidad de autodeterminación del individuo y aumenta su grado de

(33) Cfr. la STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 8, y la STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 10.

(34) Cfr. SSTs de 11 de febrero de 2009 (Sala 3.^a), sobre la constitucionalidad de la asignatura «Educación para la ciudadanía» y el carácter delimitador de las libertades del artículo 27 CE que posee el apartado 2.º de dicho artículo. Sobre dichas sentencias véase EMBID IRUJO (2009): 40 y sigs., y ALÁEZ CORRAL (2009): 24 y sigs.

(35) En este mismo sentido, operando en sentido positivo para justificar la imposición de una educación cívica obligatoria, a través de la asignatura «Educación para la ciudadanía», véase ALÁEZ CORRAL (2008a): 25-27.

impregnación por los valores constitucionales como consecuencia de su paso por el sistema educativo. Con ello, se rinde tributo, además, al hecho de que el auténtico sujeto central del derecho a la educación y, por tanto, el beneficiario directo en unos casos —derecho de prestación— y reflejo en otros —libertad de enseñanza, libertad de elección de centro o libertad de elección de la formación religiosa y moral acorde con sus convicciones— es el alumno (36), que ejerce dichos derechos por sí mismo cuando tiene la capacidad de obrar iusfundamental necesaria —mayor edad o madurez suficiente, según determine la legislación vigente, que en general abusa del primer criterio—, o a través de su representante legal cuando carece de ella (37). Sólo orientando el contenido normativo del derecho a la educación a la formación en el ideario democrático de la Constitución es posible proteger adecuadamente los intereses de quien es menor de edad y garantizar, con ello, su progresivo ejercicio por sí mismo de sus derechos fundamentales (38). Y ello no supone en ningún caso una pérdida de la neutralidad ideológica y religiosa que debe presidir la actuación del Estado en materia educativa (39), fuera de lo que ordena el propio texto constitucional con la orientación finalista del ejercicio de los derechos y libertades educativos.

3.2. *La igualdad real y efectiva y la eliminación de discriminación por razón de sexo como concreción del ideario constitucional educativo*

Más allá de esta genérica afirmación del artículo 27.2 CE, las leyes educativas vigentes en nuestro Estado —arts. 2.a) y b) LODE y 2.a) y b) LOE— incluyen la transmisión del valor de la igualdad entre hombres y mujeres y la prohibición de discriminación por razón de sexo entre los contenidos de ese ideario educativo constitucional y, por tanto, entre los fines últimos a los que debe servir la educación. Con ello, dichos preceptos dan, además, cumplimiento en el ámbito educativo al mandato del artículo 9.2 CE, de remover los obstáculos que impiden que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integra sea real y efectiva, y convierten aquel valor y aquella prohibición de discriminación del artículo 14 CE en parte del límite constitucional al

(36) Sobre ello, véanse SÁNCHEZ FERRIZ (1995): 6495 y sigs., y COTINO HUESO (2000): 110-111.

(37) ALÁEZ CORRAL (2003): 198-208.

(38) Sobre ello, véase ALÁEZ CORRAL (2003): 114.

(39) En este sentido, EMBID IRUJO (1983): 202-203.

ejercicio de las distintas facultades iusfundamentales que forman el contenido subjetivo del derecho a la educación.

No se trata, como erróneamente se ha pretendido (40), de que el modelo pedagógico de la educación diferenciada se oponga a la prohibición de discriminación por razón de sexo del artículo 14 CE, que se vería respetada con tal de que las condiciones y medios en los que el centro escolar presta separadamente la educación a niños y niñas fuesen equivalentes, tal y como recuerda el artículo 1.1.c) de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de la UNESCO de 1960 (41). El problema reside en saber si una pedagogía como la que propone la educación diferenciada, basada en una organización (general o parcial) de la enseñanza a partir de las diferencias psicobiológicas derivadas del sexo, permite —debido a la metodología de segregación por el género que implica— una garantía del derecho a la educación conforme al ideario educativo constitucional, y muy particularmente si se aleja disfuncionalmente del objetivo de una *formación* en el respeto de los derechos y libertades fundamentales, de la igualdad entre hombres y mujeres y en el ejercicio de la tolerancia y de la libertad dentro de los principios democráticos de convivencia.

Es cierto que tanto la jurisprudencia constitucional como del Tribunal Europeo de Derechos Humanos han insistido en que el principio de igualdad y la prohibición de discriminación del artículo 14 CE no proscriben todo trato desigual entre los individuos, sino el trato desigual que no venga objetiva y razonablemente justificado por razón de una desigual situación medida a la luz de un término de comparación (42). Pero no lo es menos, que el texto constitucional, tal y como lo ha interpretado nuestro Tribunal Constitucional, en primer lugar, sólo exige imperativamente del poder público el trato igual de las situaciones iguales, permitiendo —que no ordenando— el trato desigual de las situaciones desiguales cuando esté objetivamente justificado (43); en segundo lugar, establece una presunción *iuris tantum* de que el sexo no es un término de comparación que pueda hacer desiguales a las personas, aunque quepa excepcionalmente que el poder público razone objetivamente que el mismo genera diferencias suscep-

(40) Así, la postura del sindicato FETE-UGT de Asturias en el recurso de casación, interpuesto ante la Sala 3.^a del Tribunal Supremo, en relación con la prórroga del concierto escolar a un centro de enseñanza privado del Opus Dei que separaba por sexos a los alumnos en clases distintas. Dicho recurso fue resuelto desestimativamente por la STS de 26 de junio de 2006 (Sala 3.^a).

(41) Y como corroboró recientemente la STS de 26 de junio de 2006 (Sala 3.^a), FJ 8.

(42) Cfr. la STC 19/1982, de 5 de mayo, FJ 3.

(43) Véanse la STC 75/1983, de 3 de agosto, FJ 2; la STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3; y la STC 181/2000, de 30 de junio, FJ 11. En sentido opuesto, sin embargo, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (2004): 6-7.

tibles de ser tenidas en cuenta para, mediante una política de discriminación inversa, remover los obstáculos que impiden que la libertad e igualdad de los individuos sean reales y efectivas (44) ; y en tercer y último lugar, justifica la diferencia de trato por razón de sexo si la misma permite a hombres y/o a mujeres superar una situación de desventaja social histórica, es decir, siempre y cuando trate de poner fin a una discriminación de género (45). En ese sentido, entre las causas que se han aducido para fundamentar cierta diferencia de trato educativo entre chicos y chicas están las diferencias de desarrollo psicobiológico entre las personas de distinto sexo y la diversa dinámica de grupo que puede observarse en las unidades escolares compuestas sólo por alumnos de un sexo o por alumnos de los dos en las etapas principalmente del crecimiento hacia la condición adulta. Y si bien los defensores de la educación diferenciada afirman su plena compatibilidad con los valores constitucionales y que la igualdad entre las personas y la prohibición de discriminación por razón de sexo no se opone a que se tenga en cuenta las diferencias que existan entre esas mismas personas, los detractores de dicha fórmula pedagógica, defensores de la coeducación mixta, sostienen que la separación de los alumnos por sexos priva a éstos y a los docentes del escenario necesario para educar a partir de la percepción y reconstrucción democrática dentro del aula de situaciones de conflicto de género que dejan de reproducirse y someterse a la canalización educativo-democrática.

Nuestro texto constitucional ha dado una pauta para responder a esta cuestión relativa al principio de igualdad y su operatividad como límite a las libertades educativas. En efecto, aunque se aceptase la existencia de estas diferencias sexuales del alumnado, su relevancia como elemento justificativo de un trato diferenciado se argumenta siempre en torno al proceso de *enseñanza* no al proceso de *educación* —en el sentido en que antes se han distinguido—. Sin embargo, el ideario educativo constitucional que delimita la esfera de ejercicio de las libertades relacionadas con la enseñanza sirve, según el artículo 27.2 CE, de *criterio orientador de la educación* como proceso cívico formativo global que incluye las diversas técnicas de enseñanza, incluida la no en vano denominada «educación diferenciada». Y por tanto, las medidas que podrían tener un resultado beneficioso respecto de la enseñanza podrían ser, sin embargo, perjudiciales respecto de la educación, que es, en último extremo, sobre la que pivota todo el sistema del artículo 27 CE. Téngase en cuenta en este sentido, además, que nuestro Tribunal Constitucional no tiene una opinión muy favorable hacia

(44) Cfr. la STC 128/1987, de 11 de agosto, FFJJ 6-8.

(45) Es especialmente significativa la discriminación por razón de género en el ámbito penal cuya constitucionalidad convalida la STC 59/2008, de 10 de mayo, FFJJ 7 a 9.

que las diferencias biológicas de sexo puedan ser por sí mismas el criterio justificativo de una diferencia de trato (46), no así respecto de las diferencias de género (47), a cuya superación no parece contribuir precisamente, por lo menos en el aspecto cívico-educativo, la educación diferenciada.

Lo anterior, sin conducir a la inconstitucionalidad *per se* de los modelos pedagógicos de la educación diferenciada, sí los deja cuando menos 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 (48).

3.3. *Insuficiencia interpretativa de los tratados internacionales ratificados por España en materia de derecho a la educación*

Nada de esto cambia cuando se mira al derecho internacional convencional en materia de derechos humanos. En efecto, a pesar de que el artículo 10.2 CE confiere valor interpretativo del texto constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por nuestro país, ni el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU de 1948, ni el artículo 13 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de la ONU de 1966, ni el artículo 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea añaden nada a las abstractas disposiciones constitucionales, por lo menos en lo que se refiere a la integración de la educación diferenciada dentro del contenido normativo del derecho a la educación del artículo 27 CE (49), y

(46) Tal y como quedó de relieve en la STC 198/1996, de 4 de diciembre, FJ 4, relativa a la menor fortaleza física de la mujer.

(47) Véase la STC 59/2008, de 10 de mayo, FFJJ 7 a 9, sin que ello implique, ni mucho menos, la introducción de la llamada «ideología de género» en la interpretación de los artículos 9.2 y 14 CE, sino que simplemente se tiene en cuenta la diferente situación en la que la cultura del género ha colocado a las personas de ambos sexos en ciertas situaciones sociales, y frente a la que el poder público debe actuar, en ocasiones con medidas normativas diferenciadoras y en otras con medidas normativas igualitarias; sobre ello, cfr. ALÁEZ CORRAL (2008b): 22 y sigs.

(48) En este mismo sentido, la reciente STS de 16 de abril de 2008 (Sala 3.^a), FJ 9, al resolver estimativamente el recurso de casación interpuesto por la Junta de Castilla-La Mancha contra la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 17 de noviembre de 2004, por la que se anulaban los preceptos de los Decretos autonómicos de desarrollo de la LODE y la LOCE que requerían la no discriminación por razón de sexo a los centros privados que quisiesen acceder a un concierto, excluyendo de la financiación pública por tanto a los sistemas de educación diferenciada.

(49) En este sentido, cfr. la STS de 26 de junio de 2006, FJ 8, tras analizar el contenido de las distintas disposiciones internacionales en relación con la educación diferenciada por razón de sexo, concluye:

«Por tanto, las normas internacionales dejan abierta la cuestión...».

no sirven, por tanto, para concretar y delinear las limitaciones de la libertad de enseñanza (50).

Tampoco aporta claridad sobre el asunto el artículo 2.a) de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de la UNESCO de 1960, conforme al cual no puede considerarse discriminación por razón de sexo el que los establecimientos o centros educativos reserven la admisión a alumnos sólo del sexo masculino o sólo del sexo femenino siempre que los diversos centros ofrezcan facilidades equivalentes a todos para el acceso a la enseñanza, con personal docente de igual cualificación, en locales y con equipamientos de igual calidad y de modo que tanto los de un sexo como los de otros puedan seguir los mismos o equivalentes programas de estudio (51). Lo cierto es que la Convención no impone semejante tipo de educación sino que únicamente establece una excepción a la regla general del artículo 1.1.c), aplicable en el caso de que el Estado admita una separación con aquellas garantías, lo que devuelve al ámbito del Derecho interno de cada Estado, en este caso, a la CE de 1978 y las leyes orgánicas que lo desarrollen, la determinación de si semejante tipo de educación diferenciada por razón de sexo es o no constitucionalmente lícita (52). Esa es, además, la lógica interpretación de una Convención internacional suscrita por Estados muy diversos con distintos sistemas constitucionales y legales, a los que, sin desvirtuar lo esencial de su contenido, la Convención trata de adaptarse a través de excepciones estatalmente condicionadas como la del artículo 2.a).

En un sentido contrario, el artículo 10.c) de la Convención de la UNESCO de 1960 sí que ordena expresamente a los Estados «la eliminación de todo con-

(50) Como, no obstante, sostiene MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (2007): 5; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (2004): 9 y sigs.; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (2005): 4 y sigs.

(51) Como admite el propio MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (2004): 13. En un sentido contrario, sin embargo, CALVO CHARRO (2007a): 6.

(52) Por ello, tampoco aporta un argumento a favor de la constitucionalidad de la técnica pedagógica de la educación diferenciada la tan traída Observación general del Comité de la ONU sobre derechos económicos, sociales y culturales al artículo 13 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho a la educación (21.º período de sesiones de 1999, UN Doc. E/C.12/1999/10), cuyo apartado número 33 dispone que «en algunas circunstancias, se considerará que la existencia de sistemas o instituciones de enseñanza separados para los grupos definidos por las categorías a que se refiere el párrafo 2 del artículo 2 no constituyen una violación del Pacto».

Dicha convalidación de la educación diferenciada como no discriminatoria se rige, tal y como a renglón seguido especifica la observación del propio Comité, por lo dispuesto en la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960, que deja en manos de los Estados signatarios la definición de si es o no contrario a la discriminación, sin tomar él por sí mismo una decisión imperativa al respecto.

cepto 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». Aunque el precepto no excluye otros tipos de educación distintos de la mixta, sí parece que no los equipara y que da cierta preferencia al estímulo de la coeducación —expresamente mencionada— sobre otros tipos de educación como la diferenciada (53). Sólo así, precisamente, cobran sentido las reservas y declaraciones a la Convención hechas por el Reino Unido en el sentido de poder estimular otros tipos de educación distintos de la mixta.

3.4. *Papel preponderante del legislador orgánico en la delimitación del contenido del derecho a la educación*

Más allá de esta insuficiente concreción interpretativa que llevan a cabo los Tratados Internacionales, la Constitución de 1978 es clara al encomendar al legislador orgánico la tarea de desarrollar los derechos fundamentales incluidos en la Sección 1.^a del Capítulo 2 del Título I de la Constitución (art. 81 CE) (54). Es al legislador orgánico a quien el texto constitucional encomienda en primer término la concreción de la abstracción del objeto y el contenido de los derechos educativos del artículo 27 CE a la luz de su definición, de la realización de

(53) En este sentido, son reveladoras las palabras del Tribunal Supremo en la STS de 26 de junio de 2006, FJ 8:

«A la vista de estos textos que, ciertamente, por mandato del artículo 10.2 de la Constitución han de informar la interpretación de las normas sobre los derechos y libertades en ella reconocidas, no se puede asociar la enseñanza separada con la discriminación por razón de sexo. No sólo porque así lo dice la Convención citada, sino porque *el artículo 10.c) de la de 1979 no hace más que indicar que el estímulo de la enseñanza mixta es una de las posibles vías para superar los estereotipos de los papeles masculino y femenino. No hay contradicción entre ellos y es distinta la fuerza normativa que despliegan vista la estructura de uno y otro precepto. En el último caso, se afirma tajantemente que en las condiciones indicadas la enseñanza separada no discrimina por razón de sexo. En el primero, se dice que la enseñanza mixta es un medio, no el único, de promover la eliminación de aspectos de la desigualdad por razón de sexo*» (la cursiva es nuestra).

(54) Incluso aunque se discutiera si la función normativa de los tratados internacionales respecto de los derechos fundamentales incluye o no el desarrollo de aquéllos o también la regulación de su ejercicio *stricto sensu* [ex arts. 53.1 y 94.1.c) CE], puesto que aquéllos no aportan concreción normativa de ningún tipo en este aspecto, como se ha visto. En contra de reconocerles esa capacidad de desarrollo de los derechos fundamentales sometida a reserva de ley orgánica, cfr. BASTIDA FREIJEDO (2004): 82.

los fines que establece el ideario educativo constitucional, y, por tanto, de la delimitación de las conductas que abarca la libertad de enseñanza y de las que, por su oposición al contenido de dicho ideario, quedan fuera de la garantía iusfundamental. En efecto, delimitar el objeto y contenido de un derecho fundamental y concretar sus límites externos o internos —incluido el límite positivo interno en que consiste el ideario educativo constitucional— equivale a desarrollar el derecho fundamental, puesto que implica regular sus aspectos esenciales, y es una operación encomendada al legislador orgánico (55).

Al Parlamento, en tanto expresión de la *soberanía de las generaciones vivas* (56), le corresponde, pues, al amparo de los artículos 9.2 y 27 CE y dentro del respeto al contenido esencial (57) del derecho a la educación en libertad, determinar cuáles son los conceptos estereotipados de los papeles masculino y femenino que han de ser desterrados de la sociedad y cuáles las medidas razonablemente adecuadas para *educar* conforme a una igualdad real y efectiva de hombres y mujeres. Tarea suya es también explorar si las hay y cuáles pueden ser las vías neutrales a través de las cuales cabe equiparar a niños y niñas en el acceso a un proceso educativo que les produzca el mismo rendimiento en términos de calidad de la enseñanza y de la educación en valores democráticos, prohibiendo, si lo estima pertinente por las razones antedichas, la educación diferenciada. Y aunque en nuestro país no hay un pronunciamiento expreso al respecto de la conformidad o disconformidad de la educación diferenciada con el ideario educativo constitucional (58), el legislador sí ha trazado ya algunas pautas definitorias al incluir la formación en el respeto de la igualdad entre hombres y mujeres entre los concretos fines educativos del artículo 2.b) LODE y el artículo 2.b) LOE. Dichos fines colocan a la educación diferenciada por razón de sexo bajo la sospecha de ser disfuncional para lograr una educación

(55) Cfr. STC 133/2006, de 27 de abril, FJ 2. Sobre dicha función de desarrollo de los derechos fundamentales del legislador orgánico véase VILLAVERDE MENÉNDEZ (2004c): 164 y sigs.

(56) Siguiendo la expresión de RUBIO LLORENTE (1979): 61.

(57) En este sentido, sobre el «contenido esencial» del derecho fundamental, cfr. VILLAVERDE MENÉNDEZ (2004a): 122 y sigs.

(58) Lo que contrasta con las experiencias de otros ordenamientos en los que expresamente se ha prohibido en la escuela pública la educación separada por sexos (Ley Haby de 11 de julio de 1975, en Francia), o, inversamente, se tiende a admitir excepcionalmente ciertas experiencias limitadas de educación diferenciada [por ejemplo, el § 4.9 de la Ley de educación de Berlín de 26 de enero de 2004, el § 4.7 de la Ley de educación de Brandenburg de 2 de agosto de 2002, el § 10 de la Ley de educación de Bremen de 20 de junio de 2005, el § 4.6 de la Ley de educación de Mecklemburg-Vorpommern de 15 de mayo de 1996 o el § 1 de la Ley de educación de Sachsen del 16 de julio de 2004; Secciones 5131 (a) (23) y 5131 (c) de la *No Child Left Behind Act* de 2001 de los EEUU].

dentro del ideario constitucional, esto es, para la formación en modelos cívicos igualitarios y democráticos, en la medida en que aquélla hace hincapié en las diferencias psicobiológicas de los sexos para justificar su educación separada. A ello no obsta que la pedagogía de la educación diferenciada pudiera ser muy útil para la mejor enseñanza (transmisión) de conocimientos, y con ello para una futura igualdad de oportunidades de las personas de ambos sexos, pues el objetivo de remoción de los obstáculos que impiden que la igualdad y la libertad de hombres y mujeres sea real y efectiva (art. 9.2 CE) se desvincula del *proceso educativo* como tal, que es donde primero y más efectivamente se puede encauzar, y se proyecta sobre la enseñanza en aras de una igualdad de oportunidades como activo social de futuro, no como activo social presente del proceso educativo (59).

Frente a este papel preponderante del legislador, los órganos jurisdiccionales, y particularmente la jurisdicción constitucional, desempeñan un papel secundario en esta tarea de delimitación, en la medida en que su función se ha de circunscribir a garantizar que se respeta el marco abierto por el texto constitucional con el derecho fundamental a la educación, respetándose su contenido esencial —lo que incluye el contenido esencial de las libertades que lo integran—. Su papel en ningún caso alcanza a sustituir al legislador en la tarea de desarrollar la abstracción del derecho fundamental y establecer de manera permanente las delimitaciones, y mucho menos las limitaciones, a las que se ve sometido el contenido de aquel derecho. Ello convertiría a nuestra Constitución en un programa a ejecutar por el legislador y la alejaría de su caracterización de un marco democrático abierto (60) a desarrollar por los representantes de la colectividad (61).

Los tribunales ciertamente pueden y deben proceder por sí mismos a esa delimitación del derecho a la libertad de enseñanza correlativamente con el resto de bienes o valores constitucionales —aunque hasta el momento no lo hayan hecho, por lo menos expresamente, con relación al ideario educativo constitucional—, reinterpretando las normas legales y reglamentarias sobre la materia o, incluso, declarando la nulidad de las disposiciones reglamentarias que se excedan material o competencialmente (62). Pero los órganos jurisdiccionales

(59) En esta misma línea cfr. el estudio pedagógico de FAULSTICH-WIELAND (1995): 123-145.

(60) Cfr. la STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7.

(61) Véase OTTO Y PARDO (1987): 42-43.

(62) Como lo han hecho ya, por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de diciembre de 1999, la Sentencia del TSJ de Castilla La-Mancha de 17 de noviembre de 2004 o el Auto del TSJ de Cataluña de 8 de octubre de 2004, aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha encargado de cerrar la tendencia favorable a la exigibilidad constitucional y legal de la financiación de la educación diferenciada en la STS de 16 de abril de 2008 (Sala 3.ª).

siempre estarán sujetos a la concreción delimitativa que lleve a cabo el legislador nacional en su competencia de desarrollo del derecho fundamental (63), que, además, gozará de presunción de legitimidad constitucional. E incluso el Tribunal Constitucional (64), como supremo intérprete de la Constitución, no debe perder de vista que su función es de naturaleza jurisdiccional y que, en un ejercicio de autocontención, su competencia se reduce dentro de una Constitución democrática abierta a excluir aquellas delimitaciones legislativas arbitrarias e irrazonables que se salen del generoso marco constitucional, pero no abarca a sustituir al legislador en la función de elegir entre las diversas opciones de delimitación que existen (65).

Por tanto, es al legislador orgánico al que compete determinar los modelos pedagógicos amparados por las libertades educativas que son compatibles con el ideario educativo constitucional, siempre que lo haga dentro del respeto al contenido esencial del derecho a la educación y al resto de bienes y valores constitucionalmente garantizados (66). En ese sentido, el legislador podría disponer la contradicción del modelo pedagógico de la educación diferenciada con la realización del ideario educativo de la Constitución al que están subordinados la libertad de enseñanza y el derecho prestacional a la educación, específicamente como consecuencia de la falta de impregnación de los educandos con los valores de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo durante el proceso educativo. Y el Tribunal Constitucional debería circunscribir su control de constitucionalidad a enjuiciar si la concreción legislativa de dicho ideario educativo constitucional y la consiguiente imposibilidad de enmarcar dentro del mismo las técnicas pedagógicas de la educación diferenciada son arbitrarios e irrazonables, garantizando con ello el contenido esencial de derecho a la educación, pero no debería sustituir aquella concreción con su propio juicio al respecto.

A pesar de los indicios apuntados en la dirección de la disconformidad de la educación diferenciada con respecto al artículo 27.2 CE, la recién aprobada LOE no ha dado el paso de abordar expresamente esta cuestión y considerar genéricamente contraria al ideario educativo constitucional la diferenciación por

(63) Así la STS de 16 de abril de 2008 (Sala 3.ª), FJ 9, que niega al establecimiento de una metodología de educación diferenciada el carácter de contenido ni esencial ni adicional del derecho fundamental a la libertad de enseñanza (en su faceta de dirección del centro docente privado) con amparo precisamente en el desarrollo que del mismo habían hecho la LODE y la LOCE en relación con los conciertos.

(64) Cfr., entre otras, la STC 11/1981, de 11 de abril, FJ 7.

(65) BASTIDA FREJEDO (2004): 60-63.

(66) En esta línea véase también el razonamiento de DÍAZ LEMA (2006): 153-154.

razón de sexo en los centros escolares. Por ello, en principio, la deliberadamente abstracta garantía iusfundamental (67) del objeto del derecho a la educación —en su faceta de libertad de enseñanza— debe operar para permitir la puesta en práctica de dicha técnica pedagógica por los centros escolares privados, por lo menos mientras en concreto la delimitación del contenido de dicho derecho fundamental no ponga de relieve su exclusión por incompatibilidad con aquel ideario educativo constitucional. No obstante, sí parece que la LOE ha considerado la «educación diferenciada» como un modelo pedagógico menos valioso para la realización de dicho ideario y, en tal medida, la ha excluido indirectamente de la financiación pública. Veámoslo con más detalle.

4. CONSTITUCIONALIDAD DE LA EXCLUSIÓN DE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA DE LA FINANCIACIÓN PÚBLICA

Aunque la educación diferenciada pueda ser considerada una técnica pedagógica constitucionalmente protegida por la libertad de enseñanza del artículo 27.1 CE mientras el legislador en su labor de desarrollo del derecho a la educación no la excluya por su delimitación con el ideario educativo constitucional, cabe preguntarse, no obstante, si es constitucionalmente lícito que la excluya de la financiación pública. En otras palabras, ¿cabe que el poder público, aun sin realizar la delimitación antedicha, tenga en cuenta su valoración de la mayor o menor adecuación de los tipos de educación al desarrollo del ideario educativo constitucional a los efectos de organizar el sistema de ayudas públicas a los centros escolares, excluyendo a la educación diferenciada de la financiación pública por su menor desarrollo del principio de no discriminación por razón de sexo, y con ello del ideario educativo constitucional?

En desarrollo del mandato constitucional de que los poderes públicos ayuden a los centros escolares que reúnan los requisitos que establezca la Ley (art. 27.9 CE), la vigente legislación educativa ha orientado la configuración normativa de esta financiación desde el año 1985 hacia el modelo francés del concierto educativo (68), manteniéndola hasta la actualidad con pocos cambios (69). Los

(67) Sobre la abstracción de las disposiciones iusfundamentales como garantía de posibilidades de actuación libre de los sujetos beneficiarios del derecho fundamental, cfr. PRESNO LINERA (2004): 50 y sigs.

(68) Sobre su naturaleza jurídico-administrativa, en general, DÍAZ LEMA (1992).

(69) La opción por este modelo ha llevado a la jurisprudencia del Tribunal Supremo a hablar, respecto de la educación, de un servicio público esencial; cfr., entre otras, la STS de 24 de marzo de 1997 (Sala 3.^a), FJ 2, y la STS de 12 de diciembre de 1997 (Sala 3.^a), FJ 2.

derogados artículos 53 y 20 LODE y 72 y 75 LOCE contemplaban un sistema de conciertos del que no se deducía nada respecto de la financiación pública de los centros escolares privados organizados conforme a la técnica pedagógica de la educación diferenciada por razón de sexo. Sin embargo, el artículo 84.3 y la Disposición Adicional Vigésima Séptima LOE (70), en la medida en que someten a los centros escolares que quieran obtener un concierto al requisito de no discriminar por razón de sexo (y también de nacimiento, raza, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social) y dan prioridad a la atención a los centros escolares organizados conforme a la técnica pedagógica de la coeducación, vienen a cambiar la normativa precedente (71), y con ello dan cobertura legal a distintas disposiciones reglamentarias autonómicas (72) que habían sido anuladas o reinterpretadas por la jurisdicción ordinaria como consecuencia de su exceso normativo legal (73). ¿Se trata de una opción constitucionalmente lícita o poseen los centros escolares privados un derecho a la financiación pública con independencia del modelo pedagógico elegido conforme a su ideario?

(70) El artículo 121.2 LOE también impone a los centros sostenidos con fondos públicos que su proyecto educativo respete el principio de no discriminación (incluida la que se produce por razón de sexo), aunque esta fórmula es demasiado vaga como para deducir de ella una prohibición de la educación diferenciada.

(71) Como apunta en *obiter dicta* la STS de 26 de junio de 2006 (Sala 3.ª) al desestimar una casación contencioso-administrativa en relación con la inconstitucionalidad de la prórroga de un concierto a un centro educativo (del *Opus Dei*) que ponía en práctica la educación diferenciada en los niveles educativos sometidos al concierto. Decía entonces el TS en su FJ 8:

«Es significativo a este respecto que las normas reguladoras del régimen de admisión de alumnos en los centros públicos —y en los concertados— no hayan incluido hasta ahora al sexo entre los motivos por los que no se puede discriminar a los alumnos (arts. 20.2 y 53 de la LODE, 3 del Real Decreto 366/1997 y, posteriormente, el art. 72.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación). Es verdad que *el artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, actualmente en vigor, sí incluye al sexo entre las causas por las que no se podrá discriminar a los alumnos en la admisión a los centros públicos y a los concertados. Y que su disposición adicional vigésima quinta asegura una atención preferente y prioritaria a los centros que desarrollen el principio de la coeducación en todas las etapas educativas*. No obstante, esta novedad, cuyo alcance no es el caso determinar ahora, no puede proyectarse sobre la Sentencia recurrida que se dictó a la vista de las normas entonces vigentes» (la cursiva es nuestra). En un sentido opuesto obviando este *obiter dictum* CALVO CHARRO (2007a): 1 y sigs.

(72) Tal es el caso del artículo 4 del Decreto 22/2004, de 2 de marzo, de Castilla-La Mancha; del artículo 4 del Decreto 77/2004, de 24 de febrero, de Andalucía; del artículo 2.4 del Decreto 252/2004, de 1 de abril, de Cataluña; del artículo 5.2 del Decreto 24/2004, de 25 de marzo, de Asturias, o, finalmente, del artículo 2.3 del Decreto 23/2004, de 9 de marzo, de Extremadura. En un sentido contrario CALVO CHARRO (2007b): 101 y sigs.

(73) Véanse, entre otras, la Sentencia del TSJ de La Rioja (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 25 noviembre de 2002 y la Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 10 de noviembre de 2004.

4.1. *La financiación de los centros escolares privados como contenido objetivo del derecho a la educación*

Si bien la financiación pública de los centros escolares privados puede operar como un mecanismo dirigido a satisfacer el derecho prestacional a la educación (art. 27.1 y 4 CE), no es un mecanismo generador de un derecho constitucional de carácter prestacional que los ciudadanos puedan exigir de los poderes públicos (74). Se trata más bien de un instrumento habilitado constitucionalmente para que el legislador maximice la eficacia del derecho a la educación y adopte medidas positivas de fomento y protección de las distintas facultades que integran su contenido subjetivo, tanto prestacional como de libertad, determinando dentro de ciertos límites si, cuándo, cómo y en qué cuantía presta ayuda a los centros escolares privados (75). El Estado puede dar cumplimiento a su deber positivo de protección del derecho a la educación, del que es expresión el mandato de ayuda financiera del artículo 27.9 CE, en diversos momentos y de muchas formas. Los poderes públicos pueden adoptar las garantías normativas necesarias para impedir la vulneración del derecho fundamental (por ejemplo, mediante la previsión de sanciones penales), para ordenar normativamente su objeto con el fin de facilitar su ejercicio (por ejemplo mediante la ordenación del espacio público para su uso por los particulares a través de los diferentes derechos y libertades), o, incluso, para conferir legalmente a los particulares un derecho de prestación, es decir, un derecho a obtener de los poderes públicos los medios materiales necesarios para poder ejercitarlo (mediante el concierto u otra fórmula de subvención pública finalista del servicio público educativo).

El mandato constitucional de ayudas públicas a los centros escolares constituye, pues, una parte del contenido objetivo del derecho a la educación, y no crea por sí mismo un derecho subjetivo para el titular del derecho fundamental (76), lo que explica que no forme parte de su contenido esencial, sino que únicamente permita al legislador crear un derecho subjetivo de carácter legal, ejercitable en los términos que éste establezca teniendo en cuenta los concretos bienes y valores constitucionales que, junto con las libertades educativas, quiera potenciar, así como los limitados recursos públicos disponibles. Y es lo que impide hablar de un derecho fundamental de los centros privados a la

(74) En este sentido, sin embargo, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (2007): 10, y DE LOS MOZOS TOUYA (1995): 547 y sigs.

(75) Cfr. STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3.

(76) STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3.

financiación pública (77). Sería, pues, perfectamente constitucional tanto otro sistema de financiación pública —por ejemplo, el tantas veces aludido cheque escolar (78)—, como una variación del régimen jurídico de los conciertos escolares, siempre que en ambos casos se respeten ciertos límites constitucionales. El derecho a obtener un concierto es, por tanto, sólo un derecho legal, que corresponde a los centros escolares que reúnan los requisitos establecidos por la ley (79).

4.2. *Los requisitos para la financiación pública de los centros escolares privados como expresión de las diversas políticas de derechos fundamentales dentro de una Constitución abierta*

La concreción legislativa de las formas y requisitos para la protección financiera de las diversas facultades que componen el derecho a la educación está, pues, en manos de la opción del legislador por una u otra política de derechos fundamentales, lo que dependerá de la ponderación que realice de la dimensión objetiva de dichos derechos, y los distintos bienes y valores constitucionalmente garantizados. El grado de participación de unos y otros poderes públicos para, aplicando el mandato genérico del artículo 9.2 CE y el específico del artículo 27.9 CE, dotar de eficacia a los derechos fundamentales y realizar los fines que inspiran el Estado social no es el mismo en todos los supuestos y depende, en buena medida, de si la puesta en práctica de esta política de protección requiere o no el uso de fondos públicos. En efecto, conforme al artículo 134 CE, la potestad presupuestaria compete conjuntamente al Gobierno y al Parlamento (nacional o autonómico según el reparto de competencias) y permite completar el diseño de una determinada política de derechos fundamentales, esto es, dotar de contenido a la orientación política, a los medios y al grado de cumplimiento que el legislador quiera dar al mandato de protección de la libertad que se encuentra tras la dimensión objetiva de cada derecho (80).

De ahí que sea primariamente a la mayoría parlamentaria a quien corresponda decidir qué derechos y en qué cuantía presupuestaria se ven beneficiados de esta acción protectora. Y ello implica también determinar qué tipo de ejercicio de los derechos fundamentales se quiere potenciar mediante esta actuación fi-

(77) Véase también la STS de 27 de enero de 1987, Sala 3.ª, FJ 2.

(78) Cfr. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR (2006): 49-50.

(79) Rotundamente, la STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3, aunque alguna autora —CALVO CHARRO (2007b): 94-96— la omite.

(80) ALÁEZ CORRAL (2004): 188-189.

nanciadora, no para perseguir unos u otros fines políticos, sino para realizar más o menos unos u otros valores constitucionales. Piénsese, por ejemplo, que no se subvencionan por igual todos los partidos políticos —se privilegia a los que tienen mayor representatividad—, ni todas las asociaciones —se privilegia a las de interés público—, aunque todos sean expresión del ejercicio del derecho de asociación. Del mismo modo que, ya en el campo educativo, no se fomenta la libertad de creación científica y técnica en todos los campos, ni en todos por igual mediante ayudas públicas a los proyectos de investigación, sino que el poder público determina en qué ámbitos la ayuda financiera puede tener efectos secundarios favorecedores no sólo del ejercicio de ese derecho fundamental sino también del logro de otros fines constitucionales. En este sentido, dado que el derecho a la educación es, como ya se dijo más arriba, el único derecho fundamental ordenado al cumplimiento de una finalidad, más justificado constitucionalmente aún si cabe se encuentra el *indirizzo político* del legislador para determinar que sólo puedan recibir financiación pública los centros escolares que sirvan en un determinado grado al cumplimiento del ideario constitucional, tal y como lo interprete el legislador orgánico, siempre que ello no sea arbitrario o irrazonable (81). Semejante marco competencial es la consecuencia de que la nuestra sea una Constitución abierta, que no predetermina en todos sus extremos la forma en que debe desarrollarse una sociedad sino que deja libertad a los agentes políticos que recogen las expectativas nacidas en su seno para que, dentro de los límites constitucionales, potencien unas en detrimento de otras y con ello orienten el desarrollo social en cada momento en una determinada dirección (82).

Además, con la exclusión de la financiación pública de la educación diferenciada no se limitan las facultades de dirección del centro, ni la libertad de elección por parte de padres y alumnos de la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones, obligándolos a todos ellos a ejercer su libertad de enseñanza en una única fórmula pedagógica, la de la coeducación (83). La asunción forzosa del planteamiento pedagógico de la coeducación por parte de un centro que quiera obtener financiación pública únicamente expresaría la autolimitación que se impone en aras de disfrutar de los fondos públicos derivados del concierto, y a los que no tiene derecho directamente ex artículo 27 CE (84).

(81) Respecto de ese margen de apreciación del legislador, véase la STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3.

(82) Cfr. STS de 9 de diciembre de 1987, Sala 3.ª, FFJJ 2 y 10.

(83) Como, sin embargo, sostienen MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (2007): 9 y sigs., y CALVO CHARRO (2007a): 90 y sigs

(84) En contra de semejantes limitaciones legales del ideario propio del centro privado, por considerarlas contrarias a la libertad de enseñanza y una innominada «libertad de elección de

4.3. *Límites constitucionales a la configuración legislativa de dicha política financiadora*

Que los poderes públicos posean competencia para determinar las políticas de gasto público, y, por tanto, el cuándo, el cómo y el cuánto de las ayudas públicas a los centros educativos, no significa que carezcan de límites constitucionales en su configuración legislativa (85). No en vano están dando cumplimiento al mandato constitucional del artículo 27.9 CE y, por tanto, están desarrollando la dimensión objetiva del derecho a la educación, por lo que deben atenerse a la imagen dogmática constitucionalmente adecuada de éste, esto es, a su contenido esencial.

Una primera cuestión a analizar es la de si la financiación pública de los centros escolares debe ser regulada por ley orgánica o por ley ordinaria. Nada dice al respecto el artículo 27.9 CE, que se limita a reservar a la ley el establecimiento de los requisitos que deben reunir los centros educativos para acceder a las ayudas públicas, sin indicar de qué tipo de ley se trata. Cualesquiera normas que expresa o implícitamente —mediante prohibiciones de discriminación por razón de sexo en la admisión de alumnos— excluyan de la financiación pública a los centros escolares de educación diferenciada están regulando las condiciones de ejercicio del derecho fundamental a la educación: el modo en el que los centros privados pretenden ejercer su libertad de enseñanza, sus potestades de dirección del centro, etc. (art. 27.1 y 6 CE) (86). Y, en mi opinión, a pesar de que la Disposición Final Séptima LOE haya atribuido carácter de ley orgánica al artículo 84.3 LOE del que se deriva dicha exclusión, se trata de una cuestión reservada a la ley ordinaria y no a la ley orgánica (87), dado que no es un elemento esencial o nuclear del derecho a la educación (88) y no añade ni quita nada a la abstracta garantía constitucional de las libertades edu-

centro», DE LOS MOZOS TUYA (2006): 189-191, y CALVO CHARRO (2006): 85 y sigs., aunque sus tesis carecen de apoyo en la jurisprudencia constitucional y confunden un mero desarrollo de libertad (la de enseñanza o la de elección de la formación religiosa y moral) con un desarrollo prestacional a cargo del Estado, inexistente.

(85) Igualmente la STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3.

(86) Sobre la distinción entre las competencias de regulación del ejercicio y de desarrollo del contenido del legislador ordinario y del legislador orgánico, respectivamente, véase VILLAVERDE MENÉNDEZ (2004c): 167 y sigs.

(87) En contra, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (2007): 10.

(88) Sobre la circunscripción de la reserva de ley orgánica para el desarrollo de los derechos fundamentales a la ordenación de los aspectos esenciales del derecho fundamental, glosando su jurisprudencia anterior, véase STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 7.

cativas de los centros privados que, si quisiesen orientarse por dichas fórmulas pedagógicas, podrían seguir haciéndolo, pero deberían renunciar a percibir la financiación pública, la cual no forma parte del abstracto contenido constitucional de aquéllas (89).

La presencia de la reserva de ley tampoco excluye toda participación reglamentaria en dicha regulación de los requisitos de los centros que quieran acceder a un concierto educativo (90). La misma es posible siempre que exista una habilitación legal a la misma y que ésta se reduzca al desarrollo o concreción en detalle de lo que ya ha regulado previamente en sus aspectos básicos y esenciales el legislador (91). En este sentido, aunque el artículo 116.3 LOE delega en el Gobierno la potestad para dictar las normas básicas a que deben someterse los conciertos, ello no quiere decir que la exclusión de los centros que impartan educación diferenciada, al determinar los requisitos que deben cumplir éstos para ser beneficiarios de un concierto, quede en manos del Gobierno, pues semejantes normas condicionarían el modo en el que se ejerce la libertad de creación y dirección de centros docentes o la libertad de elección de centro educativo, y sobre ello pesa, conforme al artículo 53.1 CE, una reserva de ley ordinaria.

Una segunda cuestión a analizar es la de si, dado que no pesa una reserva de ley orgánica sobre la decisión de excluir a los centros de educación diferenciada de la financiación pública, semejante decisión puede ser tomada por el legislador autonómico, además de por el estatal, en la medida en que la jurisprudencia constitucional ha reconocido la capacidad de las CCAA para, en el ámbito de sus competencias, regular el ejercicio de los derechos fundamentales (92). En efecto, en materia educativa, el Estado y las Comunidades Autónomas comparten competencias, de normativa básica el primero, y de desarrollo de dicha legislación básica las segundas. Así, el artículo 149.1.30.^a CE dispone la competencia exclusiva del Estado para la «regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia»; y el artículo 149.1.1.^a CE para la «regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y

(89) Véase la STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 11.

(90) Cfr. la STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 14.

(91) Cfr. la STC 101/1991, de 13 de mayo, FJ 3; así como la STS de 9 de diciembre de 1987 (Sala 3.^a), FJ 3.

(92) Entre muchas, véanse la STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2; la STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 7, y la STC 133/2006, de 27 de abril, FFJJ 3 y 5.

en el cumplimiento de los deberes constitucionales», entre los que se encuentra el derecho a la educación del artículo 27 CE.

Conforme a ello, a las CCAA les corresponde el desarrollo legislativo en materia educativa en el marco de la legislación básica del estado dictada en ejercicio de los mencionados títulos competenciales. De hecho, nuestro Tribunal Constitucional ha precisado que esas condiciones básicas deben ser las imprescindibles para garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos, lo que no quiere decir que el Estado pueda imponer la identidad o uniformidad absoluta respecto del disfrute de los derechos en todo su territorio porque esto se opone a la existencia misma de Comunidades Autónomas y a la diversidad que con ellas ha querido también garantizar la CE (93). Dentro de estas condiciones básicas se incluyen «aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho...; los deberes, requisitos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho...; los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho» (94), sin que esas condiciones básicas, dice el Tribunal Constitucional, deban confundirse con el contenido esencial de los derechos fundamentales (95). En otras palabras, los derechos fundamentales forman parte de la llamada «*Gesamtverfassung*», por utilizar la expresión de Kelsen (96), y por ello, aunque compete tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas la regulación de su ejercicio, en particular del derecho a la educación, por expresa decisión del artículo 149.1.1.^a CE, corresponde al Estado en exclusiva la competencia para establecer las condiciones básicas para el igual ejercicio de este derecho por parte de los españoles (97).

Por ello, determinar los requisitos —incluido que el modelo pedagógico educativo sea la coeducación— bajo los cuales los centros escolares pueden recibir financiación pública, además de ser una condición de ejercicio de las distintas facultades iusfundamentales, contenidas en el derecho a la educación, no cabe duda de que afecta a las condiciones básicas para el igual ejercicio del derecho a la educación por parte de todos los españoles, por lo que requiere una normativa básica de desarrollo uniforme en todo el territorio nacional. Carecería de sentido que en unas partes del territorio unos centros pudiesen im-

(93) STC 75/1990, de 26 de abril, FJ 5, y STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 9.

(94) Cfr. la STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 8.

(95) Sobre ello véase VILLAVERDE MENÉNDEZ (2004c): 170-172.

(96) KELSEN (1966): 164 y sigs.

(97) Sobre el alcance de este reparto competencial y su vinculación a la «Constitución total» del Estado, véase VILLAVERDE MENÉNDEZ (2007): 216 y sigs.

partir educación diferenciada por razón de sexo y percibir financiación pública suscribiendo el correspondiente concierto, y en otras no, pues ello implicaría que la libertad de enseñanza y la libertad de elección de centro se ejercerían en condiciones básicas diferentes en una y otra parte del país, precisamente lo que trata de evitar el texto constitucional con tal atribución competencial (98). En congruencia con ello, la Disposición Final Quinta LOE indica que la Ley, incluido el articulado relativo a los conciertos escolares y los requisitos de los centros educativos para acceder a ellos, se dicta con el carácter de legislación básica al amparo de artículo 149.1.1.^a y 30.^a CE. Sólo el Estado puede, pues, excluir por ley a los centros de educación diferenciada del régimen de conciertos u otras fórmulas de financiación pública de la educación.

Queda, por último, añadir que el legislador debe respetar el orden de bienes y valores constitucionalmente establecido, entre cuyos elementos están el respeto al principio de igualdad o las pautas ordenadoras del gasto público, a la hora de regular los requisitos de los centros para el acceso a la financiación de los conciertos (99). Ahora bien, dentro del respeto a esos límites el legislador puede atender a distintas circunstancias, como pueden ser el distinto grado de cumplimiento de los fines o intereses públicos constitucionalmente garantizados, para condicionar la atribución de las ayudas, sin con ello contrariar el principio de igualdad (100) en la medida en que sea objetiva y razonable la diferente situación de unos y otros centros escolares en lo que se refiere a su distinto grado de cumplimiento del ideario educativo constitucional. La financiación pública del ejercicio de los derechos fundamentales de carácter prestacional con un contenido esencial de libertad, como el derecho a la educación, puede, por imperativo del ideario educativo constitucional —de carácter positivo y no sólo negativo—, articularse a través de ayudas públicas «de resultado», que condicionen el ejercicio de las libertades implicadas en la satisfacción de dicho derecho, y no sólo a través de modalidades de financiación «de actividad» (101). Sólo así le es posible al legislador ejercitar su legítima competencia para llevar a cabo una determinada política de derechos fundamentales, seleccionando de entre los fines constitucionalmente lícitos aquellos que, en su opinión, mejor maximizan unos u otros derechos fundamentales, una u otras facultades de un derecho fundamental.

(98) Cfr. la STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 11, y la STC 188/2001, de 24 de septiembre, FJ 6.

(99) STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 11, y STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 7.

(100) STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 11, y STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 7. También la STS de 9 de enero de 1987, Sala 3.^a, FJ 3, y la STS de 9 de enero de 1987, Sala 3.^a, FJ 3.

(101) En un sentido contrario, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ (2007): 9.

De ahí que el legislador pueda circunscribir los limitados recursos públicos a aquellos centros que mejor den cumplimiento al ideario educativo constitucional del artículo 27.2 CE, esto es, que hagan que la educación esté orientada lo más posible al pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. Y es a él a quien corresponde determinar cuál es el grado de desarrollo de derechos como el de igualdad y no discriminación por razón de sexo (art. 14 CE), de principios democráticos como el de igualdad real y efectiva (art. 9.2 CE) que deben reunir la pedagogía, la organización y el personal de los centros educativos que quieran acceder a las ayudas públicas, siempre que no lo haga contraviniendo ese mismo principio de igualdad, el contenido esencial de las libertades educativas o la prohibición de arbitrariedad.

En este sentido, ya se ha visto cómo los defensores de la educación diferenciada por sexo consideran que la separación es consecuencia de las diferencias psicobiológicas de hombres y mujeres, y mejora las capacidades de aprendizaje y enseñanza de los alumnos de uno y otro sexo. No hacen alusión, sin embargo, a que semejante técnica pedagógica mejore las capacidades formativas en valores y principios democráticos. Más bien al contrario, parece que sólo la coeducación garantiza adecuadamente que los alumnos de ambos sexos se vean confrontados con la convivencia y conflictos sexuales cotidianos y aprendan «en vivo» a solucionarlos de forma democrática y adecuada al principio de igualdad y no discriminación. Ello demuestra, de un lado, que ambos tipos de educación no son iguales ni en sus objetivos ni en sus premisas, por lo que un trato normativo desigual de las mismas —excluyendo la educación diferenciada de la financiación pública— no sería contrario al principio de igualdad. Además, por otro lado, la valoración legislativa acerca de que una fórmula pedagógica (la coeducación) consigue un mayor desarrollo de los principios democráticos de convivencia y, en particular, una mayor impregnación por parte de los alumnos del principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, podrá ser discutible, pero desde luego no resulta ni irrazonable ni mucho menos arbitraria, esto es, no aparece como una decisión que ningún órgano del Estado hubiera podido adoptar, o como una decisión que desafía tan exageradamente la lógica o los estándares morales aceptados comúnmente, que ninguna persona sensible que se hubiese ocupado de esta cuestión habría llegado a ella (102). Y, en fin, como ya se dijo en el apartado precedente, tampoco cabe argumentar que la exclusión de la financiación pública de los centros

(102) Sobre la aplicabilidad del principio de razonabilidad y no de proporcionalidad al legislador de los derechos fundamentales véase ALÁEZ CORRAL (1999): 35 y sigs.

con pedagogía educativa de educación diferenciada por razón de sexo conlleve una limitación —mucho menos un desconocimiento— del contenido esencial de las libertades educativas, particularmente de las libertades de enseñanza y de creación de centros docentes (103), sino únicamente la regulación de su ejercicio en el marco de las políticas públicas de maximización del disfrute de las distintas facultades que conforman el derecho a la educación (derecho prescricional a la educación, libertad de enseñanza, libertad de creación de centros docentes...), tal y como la CE de 1978 las ha garantizado, es decir, articuladas todas ellas en torno a la consecución de un fin común, el ideario educativo constitucional.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALÁEZ CORRAL, Benito (1999): «Defensa de la Constitución, libertades de expresión e información y principio de proporcionalidad (A propósito de la STC 136/1999, de 20 de julio de 1999)», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 15, págs. 15-41.
- (2003): *Minoría de edad y derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos.
- (2004): «La eficacia de los derechos fundamentales», en varios autores, *Teoría General de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Tecnos.
- (2006): «El derecho a la educación del menor como marco delimitador de los criterios de admisión a los centros escolares sostenidos con fondos públicos», en varios autores, *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Madrid, Fundación Europea Sociedad y Educación.
- (2008a): «Caso Folgero y respeto a las convicciones morales de los padres en materia educativa», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 3, págs. 13-29.
- (2008b): «El reconocimiento del género como fundamento de un trato penal sexualmente diferenciado: a propósito de la STC 59/2008», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 12, págs. 13-32.
- (2009): Ideario educativo constitucional y respeto a las convicciones morales de los padres. A propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo sobre Educación para la ciudadanía», *El Crónista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 5, págs. 24-33.
- ALÁEZ CORRAL/ÁLVAREZ ÁLVAREZ (2008): *Las decisiones básicas del Tribunal Constitucional Federal alemán en las encrucijadas del cambio de milenio*, Madrid, CEPC/BOE.

(103) Dado que, como señala la STS de 16 de abril de 2008 (Sala 3.ª), FJ 9, la posibilidad de elegir un sistema de educación diferenciada bajo el modelo de financiación pública de los conciertos no es parte del contenido esencial ni del contenido adicional (atribuido por la ley) de la libertad de enseñanza.

- BARRIO MAESTRE, José María (2005): *Educación diferenciada, una opción razonable*, Pamplona, EUNSA.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco (2004): «La interpretación de los derechos fundamentales», en varios autores, *Teoría General de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Tecnos.
- BASTIDA/VILLAVERDE/REQUEJO/PRESNO/ALÁEZ/FERNÁNDEZ (2004): *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos.
- BEAUVOIR, S. (1978): *El segundo sexo*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- BÖCKENFÖRDE, E.-W. (1993): *Escritos sobre derechos fundamentales* (traducción de J. L. Requejo e I. Villaverde), Baden-Baden, Nomos.
- CALVO CHARRO, María (2006): «La libertad de elección de centro docente. Historia de la conculcación de un derecho fundamental», *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 14, págs. 81-100.
- (2007a): «Apoyo de la jurisprudencia española a la educación diferenciada como una opción legítima dentro de la libertad de elección de centro docente de los padres», *La Ley*, núm. 6711, págs. 1-8.
- (2007b): «Régimen de admisión a los centros sostenidos con fondos públicos», *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 11, págs. 81-115.
- CÁMARA VILLAR, Gregorio (1988): «Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución española», en varios autores, *X Jornadas de Estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Introducción a los Derechos Fundamentales*, vol. III, Madrid, Ministerio de Justicia.
- CAMPBELL, Patricia, y WAHL, Ellen (2002): «What's sex has to do with it?», en *The Jossey-Bass Reader on Gender in education*, San Francisco, Jossey-Bass, págs. 722 y sigs.
- COTINO HUESO, Lorenzo (2000): «Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis», en COTINO HUESO/SÁNCHEZ FERRIZ, *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza (un análisis jurídico-práctico a la luz de los dictados constitucionales)*, Valencia, Conselleria de Educació i Ciencia de la Generalitat Valenciana.
- DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel (1995): *Educación en libertad y concierto escolar*, Madrid, Montecorvo.
- (2006): «La posición jurídica de los protagonistas de la actividad educativa ante la escolarización en la enseñanza obligatoria», en varios autores, *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Madrid, Fundación Europea Sociedad y Educación.
- DÍAZ LEMA, José Manuel (1992): *Los conciertos educativos en el contexto de nuestro Derecho nacional y en el Derecho comparado*, Madrid, Marcial Pons.
- (2006): «La reforma de los conciertos educativos en el contexto constitucional (1985-2005)», en varios autores, *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Madrid, Fundación Europea Sociedad y Educación.
- EMBED IRUJO, Antonio (1983): *Las libertades en la enseñanza*, Madrid, Tecnos.

- (2009): «Educar ciudadanos: reflexiones entorno a las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009 sobre Educación para la ciudadanía», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 4, págs. 40-49.
- FAULSTICH-WIELAND, Hannelore (1995): «Kritik der Koedukation – Legitimationsfigur für Frauenbildung?», en GIESEKE, Wiltrud, y otros (Hrsg.), *Erwachsenenbildung als Frauenbildung*, Bad Heilbrunn, Deutsche Institut für Erwachsenenbildung/Klinkhardt-Verlag.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso (1988): *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación: derechos educativos en la Constitución Española*, Madrid, CEURA.
- (2006): «El derecho a la educación y la libertad de enseñanza en el mercado educativo», en varios autores, *Escolarización del alumnado en el sistema educativo español: cuestiones jurídicas*, Madrid, Fundación Europea Sociedad y Educación.
- FIZE, Michel (2003): *Les pièges de la mixité scolaire*, Paris, Presses de la Renaissance.
- HOFF SOMMERS, Christina (2000): *The war against boys; how feminism is harming our young men*, New York, Simon and Schuster.
- JARASS, Hans-D. (1995): «Zum Grundrecht auf Bildung und Ausbildung», *Die Öffentliche Verwaltung*, págs. 674-679.
- KELSEN, H. (1913): «Politische Weltanschauung und Erziehung», *Annalen für soziale Politik und Gesetzgebung*, núm. 2, págs. 1 y sigs.
- (1966) *Allgemeine Staatslehre*, Bad Homburg/Berlin/Zürich, Max Gehlen.
- MARRY, Catherine (2003): *Les paradoxes de la mixité filles-garçons à l'école. Perspectives internationales*, Rapport pour le PIREF et Conférence du 16 octobre 2003 au Ministère de l'Éducation Nationale, Paris (http://www.inrp.fr/vst/Rapports/PIREF_Mixite.pdf).
- MARTIAL, Ingbert von (1998): «Koedukation und Getrennte Erziehung», *Pädagogik und freie Schule*, núm. 51.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis (2004): «Discriminación en la educación según la Convención de la UNESCO de 1960 y especialización de centros o unidades escolares por razón de sexo», *Mesa redonda: Discriminación y educación*, Foro Mundial de los Derechos Humanos de la UNESCO.
- (2005): «Situación de la educación diferenciada», *Taller de educación diferenciada*, Madrid, IESE.
- (2007): *Siete tesis sobre la legalidad de la educación escolar especializada por razón de sexo* (<http://diferenciada.org/index.php?option=content&task=view&id=299&Itemid=>).
- OTTO Y PARDO, Ignacio de (1985): *Defensa de la Constitución y partidos políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- (1987): *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Barcelona, Ariel.
- POLACÈK, K. (1999): «La scuola mista o con separazione per sesso: la ricerca internazionale», *Annali della Pubblica Istruzione*, núm. 3-4, págs. 3-47.
- PRESNO LINERA, Miguel (2004): «La estructura de los derechos fundamentales», en varios autores, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos.

- RUBIO LLORENTE, Francisco (1979): *La Constitución como fuente del Derecho*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales.
- SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio (1995): «El artículo 27.2 de la Constitución Española. Contenido y fines de la educación», *Revista General del Derecho*, núm. 609, págs. 6496 y sigs.
- STOLLER, R. (1968): *Sex and Gender: On the Development of Masculinity and Femininity*, New York City, Science House.
- SALOMONE, Rosemary C. (2003): *Same, Different, Equal. Rethinking Single-Sex Schooling*, New Haven/London, Yale University Press.
- SUBIRATS MARTORI, Marina (1994): «Conquistar la igualdad: la coeducación hoy», *Revista Iberoamericana de Educación*, núm. 6, págs. 49-78.
- VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio (1998): «Esbozo de una teoría general de los derechos fundamentales», *Revista Jurídica de Asturias*, núm. 22, págs. 33-58.
- (2004a): «Los límites a los derechos fundamentales», en varios autores, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos.
- (2004b): «Objeto y contenido de los derechos fundamentales», en varios autores, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Madrid, Tecnos.
- (2004c): «El legislador de los derechos fundamentales», en varios autores, *Teoría General de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Tecnos.
- (2007): «La función de los derechos fundamentales en el marco del Estado de las autonomías», *Revista de Estudios Autonómicos y Federales*, núm. 5, págs. 202-239.

RESUMEN

Este estudio trata de demostrar cómo, a partir de una interpretación constitucionalmente adecuada del derecho a la educación, nada obsta a circunscribir las ayudas públicas de los conciertos escolares a aquellos centros que imparten educación mixta, excluyendo a los que imparten educación diferenciada por razón de sexo, en la medida en que ésta desarrolla menos —cuando no menoscaba— la realización del ideario educativo constitucional, del que forma parte la educación en el valor de la igualdad real y efectiva de hombres y mujeres. Ello se debe a que la formación en el pleno respeto a los principios y valores democráticos de convivencia, así como a los derechos fundamentales, constituye, en tanto ideario educativo constitucional, la finalidad a la que debe orientarse positivamente toda la educación objeto del derecho del artículo 27, lo que vincula a las libertades de enseñanza contenidas en este complejo derecho fundamental, y la educación diferenciada todo lo más mejoraría la enseñanza de conocimientos a niños y niñas pero no, al separarlos, su educación en el valor constitucional de la igualdad de género.

PALABRAS CLAVE: Educación diferenciada. Coeducación. Ideario educativo constitucional. Igualdad de género. Centros escolares concertados.

ABSTRACT

This article tries to show that from a constitutional adequate construction of the educative rights, it is possible to restrict public subsidies (conciertos) to the private schools that co-educate and exclude from them the private schools that educate each single sex separated, then this single sex education is less capable —if not unable— to implement the «constitutional educative ideology», to which belongs the education for a real and effective equality of men and women. This is sustained by the fact that the education in the full observation of the democratic principles and values, as well as of the fundamental rights, represents, as the «constitutional educative ideology», the main aim of the educative rights set in Sec. 27 Sp. Const., and binds all educative liberties consisting thereof, whereas the single sex education methodology could in the best case improve the knowledge-learning capabilities of separated boys and girls, but never contribute to their education in the constitutional value of the gender equality of men and women, because of their separation.

KEY WORDS: Single sex education. Coeducation. Constitutional educative ideology. Gender equality. Public subsidies to private schools.