

LIMITES CONSTITUCIONALES A LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA POR RAZÓN DE SEXO EN LOS CENTROS ESCOLARES SOSTENIDOS CON FONDOS PÚBLICOS

Prof. Dr. Benito Aláez Corral

Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Oviedo

(en prensa en: Libro homenaje al Prof. Jordi Solé Tura, Barcelona, 2009)

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 mixta. 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 llevan a cabo otros países, ha reabierto la polémica en la medida en que un número creciente de estos 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 solo permita jurídicamente sino que financie por igual ambos tipos de educación. Pasa, así, al primer plano, una polémica científico-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 de chicos y chicas juntos 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. Para preparar al alumnado a interrelacionarse en una sociedad formada por hombres y mujeres, nada es más efectivo que la convivencia temprana. Así se eliminan 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 adulta¹. En los

¹ Sobre la coeducación véase, con carácter general, SUBIRATS MARTORI, Marina, Conquistar la igualdad: la coeducación hoy, Revista Iberoamericana de Educación Nº 6, 1994.

últimos años, sin embargo, con el pretexto de dar solución a algunos síntomas del fracaso escolar a 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 edad escolar -sobre todo 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 substitución de la educación mixta por una educación separada por sexos². 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. 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 o pautas de aprendizaje³. 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 el fracaso escolar de ciertos alumnos 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, a la insuficiencia de medios personales y materiales etc... E inversamente, plantean que la mejora en los centros y aulas 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, a la concreta extracción social de los alumnos,

² Existe una extensa bibliografía que se puede encontrar en la web temática dedicada a la educación diferenciada <http://www.diferenciada.org>.

³ Véanse los estudios en EE.UU. de SALOMONE, Rosemary C., *Same, Different, Equal. Rethinking Single-Sex Schooling*, Yale University Press, New Haven/London, 2003 y HOFF SOMMERS, Christina, *The war against boys; how feminism is harming our young men*, Simon and Schuster, New York, 2000; en Francia de FIZE, Michel: *Les pièges de la mixité scolaire*, Presses de la Renaissance, Paris, 2003; en Alemania de MARTIAL, Ingbert von, *Koedukation und Getrennte Erziehung, Pädagogik und freie Schule*, 1998, Heft 51; en Italia de POLACÈK, K., *La scuola mista o con separazione per sesso: la ricerca internazionale*, *Annali della Pubblica Istruzione*, 1999, N. 3-4; o finalmente en nuestro país de BARRIO MAESTRE, José María, *Educación diferenciada, una opción razonable*, EUNSA, Pamplona, 2005.

etc..., aspectos muchos de ellos que serían igualmente reproducibles en aulas de educación mixta⁴.

En todo caso y por lo que aquí interesa, 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 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 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 entorno a la interpretación de los derechos del art. 27 CE, y más concretamente de la relación existente entre derecho a la educación y libertad de enseñanza. Para tratar de dibujar los límites de este marco deliberadamente abierto que nuestra Constitución democrática⁵ establece al 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, la que soporta dogmáticamente el articulado constitucional, sin ningún tipo de precomprensiones ideológicas⁶. En segundo lugar, es preciso concretar el sentido jurídico-constitucional del ideario constitucional del art. 27.2 CE, en tanto límite interno expreso⁷ 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

⁴ Esto último lo exponen muy razonablemente CAMPBELL, Patricia/WAHL, Ellen, What's sex has to do with it?, en The Jossey-Bass Reader on Gender in education, Jossey-Bass, San Francisco, 2002, pág. 722 ss., y MARRY, Catherine, 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.recherche.gouv.fr/recherche/fns/marry.pdf>).

⁵ Entre muchas, la STC 11/1981, de 8 de abril, F.J. 7º.

⁶ Sobre la necesidad de extraer la dogmática de los derechos fundamentales constitucionalmente adecuada al texto constitucional, cfr. BÖCKENFÖRDE, E-W. (traducción de J. L. Requejo e I. Villaverde), Escritos sobre derechos fundamentales, Nomos, Baden-Baden, 1993, pág. 44 ss.

⁷ Conforme a la precisa terminología utilizada por VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, Los límites a los derechos fundamentales, en Varios Autores, Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978, Tecnos, Madrid, 2004, pág. 120 ss.

finalistas de la educación en la competencia de los poderes públicos para poner en práctica el mandato de financiación a los centros escolares privados del art. 27.9 CE.

2. Los modelos pedagógico-educativos constitucionalmente admisibles: una cuestión de delimitación del derecho fundamental

Existe una larga discusión doctrinal en torno a si el art. 27 CE garantiza un único derecho o una pluralidad de derechos e, incluso, si dentro de esa pluralidad prima el derecho a la educación o la libertad de enseñanza que aparecen mencionados en el art. 27.1 CE⁸. Desde nuestro punto de vista, el derecho a la educación constituye un complejo de normas orientado a garantizar su objeto, una esfera vital a través de distintas técnicas normativas que constituyen su contenido⁹, del que forma parte la libertad de enseñanza¹⁰. El art. 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 de una serie de conocimientos y capacidades formativas al alumno, es en sí distinta de la educación, entendida como un proceso de comunicación de unas convicciones morales, filosóficas y religiosas conformes con una determinada ideología, esto es, de formación cívica del individuo¹¹. Dicho con otras palabras, el objeto del derecho del art. 27 CE está compuesto por una esfera vital que no consiste ni exclusivamente en ejercer la libertad de enseñanza, ni exclusivamente en recibir una educación, sino en la recepción de una formación ciudadana, que no es posible sin la intermediación de un proceso libre de transmisión de conocimientos –enseñanza-. Ello hace ambos conceptos se encuentran en una relación de instrumentalidad recíproca, en la que

⁸ Véase con carácter general EMBID IRUJO, Antonio, *Las libertades en la enseñanza*, Tecnos, Madrid, 1983; FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación: derechos educativos en la Constitución Española*, CEURA, Madrid, 1988.

⁹ Sobre esta estructura dual de las normas de derechos fundamentales, véase PRESNO LINERA, Miguel, *La estructura de los derechos fundamentales*, Varios Autores, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, ob. cit., pág. 50 ss.; y sobre el objeto y el contenido de los derechos fundamentales VILLAVERDE MENÉDEZ, Ignacio, *Objeto y contenido de los derechos fundamentales*, en Varios Autores, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, ob. cit., pág. 103 ss.

¹⁰ En un sentido inverso, centrandó el objeto del derecho del art. 27 CE en la libertad de enseñanza, y como resultado del mismo el derecho a la educación, véase con carácter general la obra de FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, *De la libertad de enseñanza al derecho a la educación: derechos educativos en la Constitución Española*, ob. cit.

¹¹ Tal y como se puso de relieve por el Voto particular del Magistrado Francisco Tomás y Valiente en la STC 5/1981, de 13 de febrero, y por la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán sobre la admisibilidad del crucifijo en las aulas públicas aconfesionales (BVerfGE 93, 1).

una y otra son necesarias 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.

Para saber si la educación diferenciada se encuentra amparada por el derecho fundamental del art. 27 CE es necesario partir de una afirmación que no, por obvia, es menos importante. Se trata de que todos los derechos fundamentales, incluido el derecho a la educación, son limitados y no tienen carácter absoluto, aspecto éste reiteradamente afirmado por la jurisprudencia constitucional desde sus primeros tiempos¹². Por tanto, ni la prestación del servicio educativo, ni el ejercicio de la libertad de enseñanza, la libre elección de centro docente para con ello elegir la formación religiosa y moral acorde con las convicciones del individuo, son ilimitados y permiten menoscabar los derechos de los demás o los bienes o valores constitucionalmente garantizados. Más bien al contrario, las libertades de educación y enseñanza se encuentran delimitadas por estos valores¹³, 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. Ello explica la competencia 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 someta el objeto del derecho a la educación a un fin, servir para 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 las delimitaciones que definen el contenido subjetivo del art. 27, siendo los poderes públicos los encargados de garantizar el respeto de dichos límites y, con

¹² STC 2/1982, de 29 de enero, F.J. 5º.

¹³ Sobre la distinción entre limitación y delimitación de los derechos fundamentales, véase con carácter general, VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, Los límites a los derechos fundamentales, ob. cit., pág. 120 ss.

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, 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, etc...); en segundo lugar, de la coexistencia con bienes o valores constitucionalmente garantizados, como, por ejemplo, las libertades y derechos de los padres, profesores y alumnos dentro de los centros escolares¹⁴, 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 uno determinados objetivos constitucional-democráticos de educación cívica, que se han denominado ideario educativo de la Constitución¹⁵, convirtiéndolas con ello, en las únicas libertades, los únicos derechos fundamentales, cuyo ejercicio ha sido constitucionalmente orientado de forma expresa a la realización de unos valores democráticos¹⁶.

3. El ideario educativo de la Constitución como límite a las libertades educativas

a) Los principios democráticos de convivencia y los derechos fundamentales como límite al ideario pedagógico de los centros escolares

¹⁴ Cfr. STC 77/1985, de 27 de junio, F.J. 9º.

¹⁵ Véase el Voto particular del magistrado Francisco Tomás y Valiente a la STC 5/1981, de 13 de febrero.

¹⁶ Lo que 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, Ignacio de, Defensa de la Constitución y partidos políticos, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1985.

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* que le ha establecido el art. 27.2 CE, que, dando una forma positiva e inspiradora, y no meramente negativa y limitativa¹⁷, del conjunto de derechos fundamentales, bienes y valores constitucionalmente garantizados establece que “la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”¹⁸. Por tanto, la prueba de fuego a la que se debe someter el ideario propio de un centro escolar, incluida toda técnica pedagógica 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 Constitución¹⁹. Además, conforme a la caracterización anterior del derecho a la educación, los contenidos finalistas imperativos del art. 27.2 CE se conciben como ideario educativo de la Constitución y no como ideario de la enseñanza. El marco constitucional no solo 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, logren formar ciudadanos con unas convicciones filosóficas y morales acordes con el ideario democrático-constitucional previsto en el art. 27.2 CE, esto es, a que realicen ese ideario no solo al instruir sino al educar separadamente por sexo a sus alumnos.

Es preciso, pues, delimitar el contenido iusfundamental de la libertad de enseñanza dentro del derecho a la educación a tenor del parámetro marcado por el art. 27.2 CE: el respeto al ideario educativo constitucional, aunque el mismo no juegue el mismo papel en todas las etapas del proceso educativo, sino que actuará de forma inversamente proporcional a medida que crece la capacidad de autodeterminación del individuo y aumenta su grado de 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

¹⁷ Véase al respecto la STC 5/1981, de 13 de febrero, F.J. 7º.

¹⁸ SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, El artículo 27.2 de la Constitución Española. Contenido y fines de la educación, Revista General del Derecho, 1995, nº 609, pág. 6496 y ss.

¹⁹ Cfr. STC 5/1981, de 13 de febrero, F.J. 8º y la STC 77/1985, de 27 de junio, F.J. 10º.

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 alumno²⁰, 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. 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 fundamentales²¹. Y ello no supone en ningún caso una pérdida de la neutralidad ideológica y religiosa que debe presidir la actuación del Estado en materia educativa²², más allá de lo que ordena el propio texto constitucional con la orientación finalista del ejercicio de los derechos y libertades educativos.

b) 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 27.2 CE, las leyes educativas vigentes en nuestro Estado - art. 2.a) y b) LODE, el art. 1.1. a) y b) LOGSE, el art. 1. b), n) y ñ) LOCE y art. 2. a) y b) Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (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, dan cumplimiento al mandato del art. 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 aquél valor y aquella prohibición de discriminación del art. 14 CE en parte del límite constitucional al ejercicio de las distintas facultades iusfundamentales que forman el contenido subjetivo del derecho

²⁰ Sobre ello, véase SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, El artículo 27.2 de la Constitución española. Contenido y fines de la educación, ob. cit., pág. 6495 y ss.; y COTINO HUESO, Lorenzo, Derechos y libertades en la enseñanza y objeto constitucional de la educación: algunas propuestas de análisis, en Cotino Hueso/Sánchez Freis, Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza (un análisis jurídico-práctico a la luz de los dictados constitucionales), Conselleria de Educació i Ciencia de la Generalitat Valenciana, Valencia, 2000, pág. 110-111.

²¹ Sobre ello, véase ALAEZ CORRAL, Benito, Minoría de edad y derechos fundamentales, ob. cit., pág. 114.

²² En este sentido, EMBID IRUJO, Antonio, Las libertades en la enseñanza, ob. cit., pág. 202-203.

a la educación. No se trata, pues, de que el modelo pedagógico de la educación diferenciada se oponga a la prohibición de discriminación por razón de sexo del art. 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. El problema reside en saber si una pedagogía como la que propone la educación diferenciada, basada en la organización general o parcial de la enseñanza a partir de las diferencias derivadas del sexo, conlleva una garantía del derecho a la educación conforme al ideario 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 art. 14 CE no proscriben todo trato desigual entre los individuos, sino el trato desigual que no se venga objetiva y razonablemente justificado por razón de una desigual situación medida a la luz de un término de comparación²³. Pero no lo es menos que, en primer lugar, el texto constitucional solo 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 justificado²⁴, aunque haya quien se empeñe en lo contrario²⁵; y 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 susceptibles 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 efectivas²⁶. En ese sentido, entre las causas que se han aducido para fundamentar cierta diferencia de trato educativo a chicos y chicas están las diferencias de desarrollo psico-biológico entre las

²³ Cfr. STC 19/1982, de 5 de mayo, F.J. 3º

²⁴ Véanse la STC 75/1983, de 3 de agosto, F.J. 2º; la STC 86/1985, de 10 de julio, F.J. 3º; y la STC 181/2000, de 30 de junio, F.J. 11º

²⁵ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luís, 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, 2004, pág. 6-7.

²⁶ Cfr. STC 128/1987, de 11 de agosto, FF. JJ. 6-8º.

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. Aunque 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.

Nuestro texto constitucional ha dado dos grandes pautas para responder a esta cuestión en torno al principio de igualdad y su operatividad como límite a las libertades educativas. De una parte, se puede decir que, aun aceptando la existencia de estas diferencias sexuales del alumnado, su relevancia como elemento justificativo de un trato diferenciado se argumenta en torno al proceso de enseñanza no en torno al proceso de educación -en el sentido en que antes se han distinguido-, cuando el ideario educativo constitucional, que delimita la esfera de ejercicio de las libertades relacionadas con la enseñanza que habrían de poner en práctica esta educación diferenciada, sirve de criterio orientador de la educación, no de la enseñanza, como proceso cívico formativo. 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 art. 27 CE. Téngase en cuenta en este sentido, además, que nuestro Tribunal Constitucional no tiene una opinión muy favorable hacia que las diferencias biológicas de sexo puedan ser por sí mismas el criterio justificativo de una diferencia de trato²⁷.

De otra parte, a pesar de que el art. 10.2 CE confiere valor interpretativo del texto constitucional a los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por nuestro país, lo cierto, sin embargo, es que ni el art. 26 de la Declaración Universal de los derechos humanos de la ONU de 1948, ni el art. 13 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de la ONU de 1966, ni

²⁷ Tal y como quedó de relieve en la STC 198/1996, de 4 de diciembre, F.J. 4º, relativa a la menor fortaleza física de la mujer.

el art. 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 art. 27 CE, y no sirven, por tanto, para concretar y delinear las limitaciones de la libertad de enseñanza²⁸. Ni siquiera aporta claridad sobre el asunto el art. 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 estudio²⁹. Pero la Convención no impone semejante tipo de educación sino que únicamente establece una excepción a la regla general del art. 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 lícita³⁰. 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

²⁸ Como, no obstante, sostiene MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luís, 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=>), pág. 5; IDEM, Discriminación en la educación según la Convención de la UNESCO de 1960 y especialización de centros o unidades escolares por razón de sexo, ob. cit., pág. 9 ss.; IDEM, Situación de la educación diferenciada, Taller de educación diferenciada, IESE, Madrid, 2005, pág. 4 ss.

²⁹ Como admite el propio MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luís, Discriminación en la educación según la Convención de la UNESCO de 1960 y especialización de centros o unidades escolares por razón de sexo, ob. cit., pág. 13.

³⁰ 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 art. 13 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho a la educación (21º período de sesiones de 1999, U.N. Doc. E/C.12/1999/10), cuyo apartado nº 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, 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.

Convención trata de adaptarse a través de excepciones estatalmente condicionadas como la del art. 2.a). Al contrario, el artículo 10 c) de la Convención que se ocupa de eliminar la discriminación en la esfera de la educación ordena a los Estados “la eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza, mediante el estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr este objetivo y, en particular, mediante la modificación de los libros y programas escolares y la adaptación de los métodos de enseñanza”. Y aunque el precepto no excluye otros tipos de educación distintos de la mixta, si parece que no las equipara y que da cierta preferencia al estímulo de la coeducación –expresamente mencionada- sobre otros tipos de educación como la diferenciada. Solo así 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.

c) Papel preponderante del legislador orgánico en la delimitación del contenido del derecho a la educación

Más allá de esta fallida concreción interpretativa que puedan llevar acabo los Tratados Internacionales al amparo del art. 10.2 CE, la Constitución de 1978 es clara al encomendar al legislador orgánico la tarea de desarrollar los derechos fundamentales incluidos en la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título I de la Constitución (art. 81 CE). 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 art. 27 CE a la luz de su definición de la realización de los fines que establece el ideario educativo constitucional, y, por tanto, 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 los límites externos o internos de éste –incluido el límite positivo interno en que consiste el ideario educativo constitucional- equivale a desarrollar el derecho fundamental, operación encomendada al legislador orgánico³¹.

Al Parlamento, en tanto expresión de la soberanía de las generaciones vivas, le corresponde, pues, determinar cuáles son los conceptos estereotipados de los

³¹ Sobre dicha función de desarrollo de los derechos fundamentales del legislador orgánico véase VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, El legislador de los derechos fundamentales, en Varios Autores, Teoría General de los Derechos Fundamentales, ob. cit., pág. 164 ss.

papeles masculino y femenino que han de ser desterrados de la sociedad. 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 no hay un pronunciamiento expreso y claro al respecto³², 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 art. 2, b) LODE, el art. 1.1. b) LOGSE, el art. 1 n) LOCE y el art. 2.b) LOE. Dichos fines colocan a la educación diferenciada por razón de sexo bajo la sospecha de ser disfuncional para lograr una educación dentro del ideario constitucional, esto es, para la transmisión de modelos cívicos igualitarios y democráticos, en la medida en que aquélla hace hincapié en las diferencias psico-biológicas de los sexos para justificar su educación separada. Y ello, con independencia de si la pedagogía de la educación diferenciada puede ser muy útil para la enseñanza de conocimientos, y con ello para una futura igualdad de oportunidades de las personas de ambos sexos, pues dicho objetivo se desvincula del proceso educativo como tal y se proyecta sobre la enseñanza y sobre la igualdad de oportunidades entre personas de distinto sexo como activo social de futuro, no como activo social presente del proceso educativo.

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-, pero 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

³² 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 EE.UU.)

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 democrática abierta³³ al servicio de la soberanía de las generaciones vivas³⁴.

Los tribunales ciertamente pueden y deben proceder por sí mismos a esa delimitación del derecho a la libertad de enseñanza y su correlación con el resto de bienes o valores constitucionales –aunque no lo hayan hecho, por lo menos expresamente, con relación al más importante que es el ideario educativo constitucional-, reinterprelando las normas legales y reglamentarias sobre la materia o, incluso, declarando la nulidad de las disposiciones reglamentarias que se excedan material o competencialmente³⁵. Pero los órganos jurisdiccionales siempre estarán sujetos a la concreción delimitativa que lleve a cabo el legislador nacional en su competencia de desarrollo del derecho fundamental, que, además, gozará de presunción de legitimidad constitucional. E, incluso el Tribunal Constitucional, 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 como la nuestra, 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 existen³⁶.

El legislador orgánico podría, por tanto, 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 la 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 el razonamiento legislativo es arbitrario e irrazonable, y con ello garantizar el respeto del contenido esencial del mismo, pero no a sustituirlo con su propio juicio acerca de

³³ Cfr. STC 11/1981, de 8 de abril, F.J. 7º.

³⁴ Véase OTTO Y PARDO, Ignacio de, Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, Ariel, Barcelona, 1987, pág. 42-43.

³⁵ Como lo han hecho ya, por ejemplo, la SAN de 12 de diciembre de 1999, la STSJ de Castilla La-Mancha 533/2004, de 10 de noviembre de 2004 o el ATSJ de Cataluña, de 8 de octubre de 2004.

³⁶ BASTIDA FREIJEDO, Francisco, La interpretación de los derechos fundamentales, en Varios Autores, Teoría General de los Derechos Fundamentales, ob. cit., pág. 60-63.

dicha contradicción. La recién aprobada LOE, sin embargo, no ha dado el paso de abordar expresamente esta cuestión y considerar genéricamente contraria al ideario educativo constitucional la diferenciación por razón de sexo en los centros escolares.

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 art. 27.1 CE mientras el legislador, en su labor de desarrollo del derecho a la educación, no la excluya por delimitación con el ideario educativo constitucional, cabe preguntarse, no obstante, si es constitucionalmente lícito que aquél, sin haber realizado excluido a la educación diferenciada por razón del sexo de la garantía constitucional, la excluya de la financiación pública, esto es, si cabe que el poder público, aun sin realizar la delimitación antedicha, sí 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 aquélla de la financiación pública por su menor desarrollo del principio de no discriminación por razón de sexo. 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 educativo³⁷, manteniéndola hasta la actualidad con pocos cambios. Los derogados arts. 53 y 20 LODE y arts. 72 y 75 LOCE contemplaban un sistema de conciertos en los que, a pesar de ciertas diferencias normativas, no se dice nada respecto de la educación diferenciada por razón de sexo como especificidad pedagógica de un centro privado. Sin embargo el art. 84.3 LOE³⁸, en la medida en que somete a los centros escolares que quieran obtener un concierto al requisito de no discriminar por razón de sexo –también de nacimiento, raza, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social-,

³⁷ Sobre su naturaleza jurídico-administrativa, en general, DÍAZ LEMA, José Manuel, Los conciertos educativos en el contexto de nuestro derecho nacional y en el derecho comparado, Marcial Pons, Madrid, 1992.

³⁸ El art. 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 mucho más vaga como para deducir una prohibición de la educación diferenciada.

viene a cambiar la situación normativa vigente, y, con ello a dar cobertura legal a distintas disposiciones reglamentarias autonómicas³⁹ que habían sido anuladas o reinterpretadas por la jurisdicción ordinaria como consecuencia de su exceso normativo legal. ¿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?

a) La financiación de los centros privados como contenido objetivo del derecho a la educación

Aunque la financiación pública puede operar como un mecanismo dirigido a prestar cobertura al derecho prestacional a la educación (art. 27.1 y 4 CE)⁴⁰, no es éste, como ya hemos dicho, ni el único ni el debido mecanismo que constitucionalmente los ciudadanos puedan exigir como prestación de los poderes públicos. Se trata más bien de un instrumento habilitado constitucionalmente para que el legislador da cumplimiento maximice la eficacia del derecho a la educación y adopta 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, cuando, cómo y en qué cuantía ayuda a los centros escolares⁴¹. 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 art. 27.9 CE, en diversos momentos y de muchas formas. Puede adoptar las garantías normativas necesarias para impedir que los poderes públicos o los particulares lesionen el derecho fundamental (por ejemplo, mediante la previsión de sanciones penales), ordenar normativamente el objeto del derecho fundamental 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), y, por último, puede conferir legalmente a los particulares un derecho de prestación, es decir, un derecho a obtener de los poderes públicos los medios materiales

³⁹ Tal es el caso del art. 4 del Decreto 22/2004, de 2 de marzo, de Castilla-La Mancha, del art. 4 del Decreto 77/2004, de 24 de febrero, de Andalucía, del art. 2.4 del Decreto 252/2004, de 1 de abril, de Cataluña, del art. 5.2 del Decreto 24/2004, de 25 de marzo, de Asturias o, finalmente, del art. 2.3 del Decreto 23/2004, de 9 de marzo, de Extremadura.

⁴⁰ En este sentido, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luís, *Siete tesis sobre la legalidad de la educación escolar especializada por razón de sexo*, ob. cit., pág. 10; y DE LOS MOZOS TOUYA, Isabel, *Educación en libertad y concierto escolar*, Montecorvo, Madrid, 1995, pág. 547 ss.

⁴¹ Cfr. STC 86/1985, de 10 de julio, F.J. 3º

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, 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 y los limitados recursos públicos disponibles. Y es lo que impide hablar de un derecho fundamental igual de todos los centros a la financiación pública⁴². Sería, pues, perfectamente constitucional tanto otro sistema de financiación pública –por ejemplo, el tantas veces aludido cheque escolar–, como una variación del régimen jurídico de los conciertos escolares, siempre que en ambos casos se respeten, como se verá después, ciertos límites constitucionales. El derecho a obtener un concierto es, por tanto, un derecho subjetivo de carácter legal, que sólo corresponde a los centros escolares que reúnan los requisitos establecidos por la ley.

b) La financiación pública de los centros privados como expresión de las diversas políticas de derechos fundamentales en 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 poder público 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 art. 9.2 CE y el específico del art. 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, 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

⁴² Véase también la STS de 27 de enero de 1987, Sala 3ª, F. J. 2º.

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 derecho⁴³.

De ahí que sea primariamente al legislador al que 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 acción protectora presupuestaria, 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, ni todas las asociaciones –se privilegia a las de interés público-, aunque todas ellas 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 determinar en qué ámbitos la ayuda 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 justificada 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. 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 ciertos límites, potencien unas en detrimento de otras, que pueden seguir siendo comunicadas libremente, y con ello orienten el desarrollo social en cada momento en una determinada dirección⁴⁴.

c) Límites constitucionales a la configuración legislativa de dicha política

⁴³ ALAEZ CORRAL, Benito, La eficacia de los derechos fundamentales, Varios Autores, Teoría General de los Derechos Fundamentales, ob. cit., pág. 188-189.

⁴⁴ Cfr. STS de 9 de diciembre de 1987, Sala 3ª, F. J. 2º y 10º.

Que los poderes públicos posean competencia para determinar las políticas de gasto público, y, por tanto, el cuando, el cómo y el cuanto de las ayudas públicas a los centros educativos, no significa que éstos carezcan de límites en su configuración legislativa. No en vano están dando cumplimiento al mandato constitucional del art. 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 esencial⁴⁵. 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. 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)⁴⁶. Y dicha regulación, a pesar de que la Disposición Final Séptima LOE haya atribuido carácter de ley orgánica al art. 84.3- está reservada a la ley ordinaria y no a la ley orgánica⁴⁷, dado que no añade ni quita nada a la abstracta garantía constitucional de las libertades educativas 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 aquéllas⁴⁸. De otro lado, tampoco lo es que con la exclusión de la financiación de la educación diferenciada se limiten 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 coeducación⁴⁹. La asunción del requisito de la coeducación por parte de un centro que quiera obtener financiación pública únicamente expresaría la autolimitación que se impone en aras

⁴⁵ En este sentido sobre el significado del término "contenido esencial" del derecho fundamental, cfr. VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, Los límites a los derechos fundamentales, ob. cit., pág. 122 ss.

⁴⁶ Sobre la distinción entre las competencias de regulación del ejercicio y de desarrollo del contenido del legislador ordinario y del legislador orgánico, véase VILLAVARDE MENÉNDEZ, El legislador de los derechos fundamentales, ob. cit., pág. 167 ss.

⁴⁷ En contra, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luís, Siete tesis sobre la legalidad de la educación escolar especializada por razón de sexo, ob. cit., pág. 10.

⁴⁸ Véase la STC 77/1985, de 27 de junio, F.J. 11º

⁴⁹ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luís, Siete tesis sobre la legalidad de la educación escolar especializada por razón de sexo, ob. cit., pág. 9 ss.

de disfrutar de los fondos públicos derivados del concierto, y a los que no tiene derecho directamente ex art. 27 CE. 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. 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 legislador⁵⁰. En este sentido, aunque el art. 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, la libertad de elección de centro educativo, etc..., y sobre ello pesa una reserva de ley ordinaria.

Una segunda cuestión 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 CC.AA. para, en el ámbito de sus competencias, regular el ejercicio de los derechos fundamentales⁵¹. 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. Sin embargo, el art. 149.1.30ª 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 art. 149.1.1ª CE para la “regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”. Nuestro Tribunal Constitucional ha precisado que esas

⁵⁰ Cfr. STS de 9 de diciembre de 1987, Sala 3ª, F. J. 3º. Sobre la posible colaboración del reglamento en materias sometidas a reserva de ley, véase OTTO Y PARDO, Ignacio de, Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, ob. cit.

⁵¹ Entre muchas, véanse la STC 37/1981, de , 16 de noviembre, F.J. 2º y la STC 173/1998, de 23 de julio, F.J. 7º.

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 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 CE⁵². 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”⁵³, sin que esas condiciones básicas, dice el Tribunal Constitucional, deban confundirse con el “contenido esencial” de los derechos⁵⁴.

Por ello, determinar los requisitos -incluido que la educación que impartan sea mixta- bajo los cuales los centros escolares pueden recibir financiación pública, además de ser una condición de ejercicio de los distintos derechos y libertades que contienen 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 impartir 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 competencial⁵⁵. En congruencia con ello la Disposición Final Quinta LOE confiere el título competencial al Estado para dictar estas normas al amparo genérico de art. 149.1.1ª, 18ª y 30ª CE. Solo el Estado podrá, pues, excluir a los centros de educación diferenciada del régimen de conciertos u otras fórmulas de financiación pública de la educación.

⁵² STC 75/1990, de 26 de abril, F.J. 5º y STC 173/1998, de 23 de julio, F.J. 9º

⁵³ Cfr. la STC 61/1997, de 20 de marzo, F.J. 8º.

⁵⁴ Sobre ello véase VILLAVERDE MENÉNDEZ, El legislador de los derechos fundamentales, ob. cit., pág. 170-172.

⁵⁵ Cfr. la STC 77/1985, de 27 de junio, F.J. 11º y la STC 188/2001, de 24 de septiembre, F.J. 6º.

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, como es la maximización de la eficacia de los derechos fundamentales⁵⁶. Ahora bien dentro del respeto a esos límites el legislador puede atender a distintas circunstancias, como pueden ser el distinto grado de cumplimiento a los fines o intereses públicos, constitucionalmente garantizados, para condicionar la atribución de las ayudas, sin con ello contrariar el principio de igualdad⁵⁷. La financiación pública del ejercicio de los derechos fundamentales de carácter prestacional con un contenido esencial de libertad, como es el derecho a la educación, puede por imperativo del ideario educativo constitucional -de carácter positivo y no sólo negativo-, instrumentarse 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”⁵⁸. Sólo así puede el 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.

El legislador puede subordinar los limitados recursos públicos a la subvención de aquellos centros que mejor den cumplimiento al ideario educativo constitucional del art. 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. Ya se ha visto cómo los defensores de la educación

⁵⁶ STC 77/1985, de 27 de junio, F.J. 11º y STC 86/1985, de 10 de julio F.J. 7º.

⁵⁷ STC 77/1985, de 27 de junio, F.J. 11º y STC 86/1985, de 10 de julio F.J. 7º. También STS de 9 de enero de 1987, Sala 3ª, F.J. 3º STS de 9 de enero de 1987, Sala 3ª, F.J. 3º.

⁵⁸ En un sentido contrario, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luís, Siete tesis sobre la legalidad de la educación escolar especializada por razón de sexo, ob. cit., pág. 9.

diferenciada por sexo consideran que la separación es consecuencia de las diferencias psico-biológicas de hombres y mujeres, y mejora las capacidades de aprendizaje y enseñanza de los alumnos de uno y otro sexo. No se hace alusión, sin embargo, a que semejante técnica pedagógica mejore las capacidades de recibir una educación basada 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 a cerca 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 ella⁵⁹. Y, en fin, como ya se dijo en el apartado precedente, tampoco cabe argumentar que la exclusión de la financiación pública de los centros con pedagogía educativa de educación diferenciada por razón de sexo conlleve una limitación –mucho menos un desconocimiento del contenido esencial- de las libertades educativas, sino únicamente la regulación de su ejercicio.

⁵⁹ Sobre la aplicabilidad del principio de razonabilidad y no de proporcionalidad al legislador de los derechos fundamentales véase ALAEZ CORRAL, Benito, 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, N° 15, 1999, pág. 35 ss.