

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

8572 *Pleno. Sentencia 53/2018, de 24 de mayo de 2018. Recurso de inconstitucionalidad 1433-2014. Interpuesto por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa. Competencias en educación, formación en valores morales y religiosos: constitucionalidad de los preceptos legales que atribuyen al Estado la competencia para determinar los estándares de aprendizaje evaluables relativos a los bloques de asignaturas troncales y específicas y regulan las evaluaciones en las distintas etapas del sistema educativo, así como las asignaturas de religión y de valores sociales y cívicos y valores éticos (SSTC 14/2018 y 31/2018). Votos particulares.*

ECLI:ES:TC:2018:53

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por don Juan José González Rivas, Presidente, doña Encarnación Roca Trías, don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narvárez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y doña María Luisa Balaguer Callejón, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

La siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 1433-2014, interpuesto por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias contra los apartados quinto; noveno; décimo quinto; décimo sexto; vigésimo; vigésimo quinto; vigésimo sexto; vigésimo noveno; sexagésimo primero; octogésimo noveno; nonagésimo primero; y centésimo séptimo del artículo único y la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa. Ha comparecido y formulado alegaciones el Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Magistrado don Santiago Martínez-Vares García, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el registro general de este Tribunal el día 10 de marzo de 2014, el Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias, en nombre y representación del Consejo de Gobierno de dicha Comunidad Autónoma, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra los apartados quinto; noveno; décimo quinto; décimo sexto; vigésimo; vigésimo quinto; vigésimo sexto; vigésimo noveno; sexagésimo primero; octogésimo noveno; nonagésimo primero; y centésimo séptimo del artículo único y contra la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE).

La demanda aduce que dichos preceptos vulneran el artículo 149.1.30 CE y el artículo 18.1 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias, así como los artículos 27.2 y 27.9 CE, este último en relación con los artículos 9.2 y 14 CE.

Concretamente, la impugnación se fundamenta en los motivos que, resumidamente, se exponen a continuación:

a) En primer lugar, se impugna el apartado quinto del artículo único LOMCE que introduce en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (LOE) un artículo 6 *bis* relativo a «distribución de competencias». En relación con dicho precepto se aduce que los apartados a), b) y d) del apartado primero del artículo 6 *bis* atribuyen al Gobierno competencias que el bloque de constitucionalidad atribuye al Estado. Afirma la demanda que dicha atribución, aunque no incide en el régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, introduce un factor de inseguridad jurídica, violentando los dictados de la Constitución y de la jurisprudencia constitucional.

Por otra parte, y tras exponer la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas respecto a las asignaturas, prevista en el artículo 6 *bis* LOE, precepto introducido por el apartado quinto del artículo único LOMCE, concreta la impugnación del referido precepto en la redacción dada a su apartado segundo, letras a) y b), que reservan al Gobierno, con plena exclusividad, el establecimiento de los estándares de aprendizaje evaluables relativos a los bloques de asignaturas troncales y específicas, lo que se considera que es inconstitucional, por vulnerar el artículo 149.1.30 CE, así como las competencias de desarrollo legislativo de la Comunidad Autónoma de acuerdo con el artículo 18 de su Estatuto de Autonomía.

Al respecto se alega que conforme al artículo 6 *bis*.1 e) LOE corresponde al Gobierno «el diseño del currículo básico, en relación con los objetivos, competencias, contenidos, criterios de evaluación, estándares y resultados de aprendizaje evaluables, con el fin de asegurar una formación común y el carácter oficial y la validez en todo el territorio nacional de las titulaciones a que se refiere esta Ley Orgánica». Ahora bien, la redacción dada al artículo 6 *bis* LOE permite a las Comunidades Autónomas complementar el contenido de las asignaturas troncales, pero no complementar los estándares de aprendizaje evaluables. Asimismo, atribuye a las Comunidades Autónomas el establecimiento del contenido de las asignaturas específicas y, sin embargo, no les atribuye la competencia para establecer o complementar el contenido de los estándares de aprendizaje evaluables. En este mismo sentido se pone de manifiesto que el artículo 6 *bis*.2 determina que, dentro de la regulación y límites establecidos por el Gobierno, a través del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, de acuerdo con los apartados anteriores, las Administraciones educativas podrán: en relación con la evaluación durante la etapa, complementar los criterios de evaluación relativos a los bloques de asignaturas troncales y específicas, y establecer los criterios de evaluación del bloque de asignaturas de libre configuración autonómica (6) y establecer los estándares de aprendizaje evaluables relativos a los contenidos del bloque de asignaturas de libre configuración autonómica (7).

Se aduce que el nuevo texto introducido en la Ley Orgánica de educación excluye toda participación autonómica en la determinación de los estándares de aprendizaje evaluables relativos a los bloques de asignaturas troncales y específicas, pues tales estándares se contemplan específicamente en distintos apartados de la norma y se reservan al Estado —nuevo artículo 6 *bis*, apartado segundo, letra a) LOE—, atribuyéndose únicamente a las Administraciones educativas en relación con el bloque de asignaturas de libre configuración autonómica —número 7 de la letra c) del mismo precepto—. Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (cita la STC 212/2012, de 14 de noviembre) la regulación de las condiciones en las que es posible progresar en el sistema educativo mediante el paso de un curso a otro ha de corresponder al Estado, por poseer una indudable naturaleza básica que se relaciona con el necesario grado de homogeneidad e igualdad que ha de ser predicable del sistema educativo en su conjunto, pero ello no se traduce en una potestad normativa que se extienda sobre la totalidad de los aspectos relacionados con la evaluación de los conocimientos y capacidades, porque tal conclusión implicaría realizar una interpretación excesivamente amplia del término «condiciones» del artículo 149.1.30 CE. En definitiva, se alega que no puede el Estado arrogarse como competencia plena todo lo relativo a la valoración de los

conocimientos —incluyendo los «estándares de aprendizaje evaluables»—, por lo que no cabe que la ley, sin incurrir en inconstitucionalidad por exceder de lo básico, excluya esta materia de la participación autonómica en relación a los bloques de asignaturas troncales y específicas; máxime cuando las Comunidades Autónomas están llamadas a complementar o establecer sus contenidos y criterios de evaluación, por lo que, por la misma razón, ha de ostentar competencias de desarrollo sobre los estándares de aprendizaje.

b) En segundo lugar, se impugnan los apartados quinto, vigésimo, vigésimo noveno, octogésimo noveno y centésimo séptimo del artículo único LOMCE, que dan nueva redacción a los artículos 6 *bis*, 29, 36 *bis*, 144 y la disposición final quinta LOE, que regulan las evaluaciones en distintas etapas del sistema educativo.

La Comunidad Autónoma considera que dichos preceptos, al asignar al Estado la competencia plena y exclusiva de diseñar las pruebas de evaluación final en las distintas etapas del sistema educativo y establecer su contenido para cada convocatoria, vulneran el artículo 149.1.30 CE así como las competencias de desarrollo legislativo de la Comunidad Autónoma de acuerdo con el artículo 18 de su Estatuto de Autonomía. Concretamente, se considera que no respetan el orden constitucional de competencias pues la necesaria homogeneidad del sistema educativo se detiene en la fijación de criterios de evaluación o características generales de las pruebas, sin que la reserva al Estado pueda descender a extremos de naturaleza subordinada y ejecutiva.

Conforme a los preceptos impugnados corresponde al Estado diseñar las pruebas y establecer su contenido para cada convocatoria, lo que se considera que es una función ejecutiva que invade las competencias de la Comunidad Autónoma, a la que corresponde, únicamente, «la realización material de las pruebas».

Con cita de la STC 184/2012, de 17 de octubre, se aduce que el Tribunal Constitucional ha reconocido al Estado la garantía de una formación mínima común y la forma de acreditar los conocimientos inherentes a la misma, pero sin que ello se traduzca «necesariamente en la regulación completa de los requisitos y procedimientos de evaluación».

A ello se añade que los apartados vigésimo noveno del artículo único LOMCE, que dan nueva redacción al artículo 29 e introducen un nuevo artículo 36 *bis*.1, ambos LOE, disponen que la evaluación final —para la educación secundaria obligatoria y para el bachillerato— se ha de referir exclusivamente a las materias cursadas en el bloque de asignaturas troncales más «una materia del bloque de asignaturas específicas cursada en cualquiera de los cursos», que no sea educación física, religión ni valores éticos. Esto es, la evaluación se reduce a las materias cursadas en el bloque de troncales —incluyéndose únicamente una de las cursadas como específicas—, quedando así postergadas las demás que integran el currículum. Por lo tanto, las asignaturas excluidas de las pruebas son las específicas y las de libre configuración, que son sobre las que tiene más competencias el Principado de Asturias. En definitiva, dichos apartados, en cuanto restringen en exceso el ámbito de las evaluaciones finales no encuentran amparo en el artículo 149.1.30 CE.

El apartado centésimo séptimo del artículo único LOMCE, que da nueva redacción a la disposición final quinta LOE, se impugna por conexión en cuanto que, a juicio de la Comunidad Autónoma, al configurar lo que ha de entenderse como básico o reservado al Estado, le habilita competencialmente para el dictado de disposiciones que habrían de infringir el bloque de constitucionalidad. Así ocurre, se afirma en la demanda, con el apartado primero de dicha disposición final quinta, en cuanto incluye entre las normas básicas los artículos 6 *bis*.2 b) 3 y 144.1, segundo párrafo, y con el apartado segundo de la misma disposición final, al enraizar los artículos 29 y 36 *bis* con la competencia exclusiva del Estado sobre la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales, ya que tal configuración ampara la atribución a un órgano estatal de las facultades de diseñar las pruebas de evaluación y establecer su contenido para cada convocatoria.

c) En tercer lugar, se impugnan los apartados noveno, decimoquinto, decimosexto, vigésimo quinto, vigésimo sexto y nonagésimo primero del artículo único LOMCE. Dichos apartados dan nueva redacción a los artículos 18.3 b) y c) 3 y 4; 24.4 b) y c) 7 y 8; 25.6 b) y c) 9 y 10, 34 *bis*.4 b) y 34 *ter*.4 y disposición adicional segunda LOE que regulan las asignaturas de religión y de valores sociales y cívicos y valores éticos.

La Comunidad Autónoma considera que dicha regulación vulnera el artículo 27.2 CE, al configurar como alternativas a la asignatura de religión las asignaturas valores sociales y cívicos y valores éticos, posibilitando que los alumnos que opten por la primera no cursen asignatura alguna sobre estas últimas materias, puesto que la ley no las configura como obligatorias en las sucesivas etapas educativas.

El anterior texto de la Ley Orgánica de educación contemplaba una asignatura de formación ético-cívica como obligatoria en algunas fases del aprendizaje, pero con la reforma desaparece tal asignatura como obligatoria, previéndose que los alumnos podrán optar entre la asignatura de religión y otras asignaturas denominadas, según la etapa, «Valores Sociales y Cívicos» o «Valores Éticos».

En este sentido, se expone que, en educación primaria [art. 18.3 b) LOE, redactado por el apartado nueve del artículo único LOMCE] se debe cursar, a elección de los padres, madres o tutores, religión o valores sociales y cívicos, asignaturas específicas obligatorias.

En educación secundaria obligatoria se debe optar de la misma forma entre religión o valores éticos [art. 24.4 b) para el primer ciclo y artículo 25.6 b) para el cuarto curso, conforme a la redacción introducida en la Ley Orgánica de educación por los apartados décimo quinto y décimo sexto del artículo único LOMCE], también asignaturas específicas obligatorias. En ambas etapas los artículos citados incluyen a la asignatura descartada en el bloque de asignaturas específicas por las que se puede optar (cuatro en educación primaria, ocho en el primer ciclo de educación secundaria y once en el cuarto curso de educación secundaria). Para las etapas de educación primaria y secundaria obligatoria los nuevos artículos 18, 24 y 25 LOE disponen que se cuidará, en todas las materias, «el emprendimiento y la educación cívica y constitucional». En bachillerato [art. 34 *bis*.4 b) 7 para el primer curso y 34 *ter*.4 j) para el segundo curso, ambos LOE, redactados por los apartados vigésimo quinto y vigésimo sexto del artículo único LOMCE] se contempla la religión como optativa conjuntamente con otras doce materias en el primer curso y con quince materias en el segundo, sin prever ninguna asignatura similar a las alternativas a religión en educación primaria y secundaria.

Se introduce en la Ley Orgánica de educación una disposición cuadragésimo primera por el apartado centésimo segundo del artículo único LOMCE, que dispone que: «[E]n el currículo de las diferentes etapas de la Educación Básica se tendrá en consideración el aprendizaje de la prevención y resolución pacífica de conflictos en todos los ámbitos de la vida personal, familiar y social, y de los valores que sustentan la democracia y los derechos humanos, que debe incluir en todo caso la prevención de la violencia de género y el estudio del Holocausto judío como hecho histórico».

Tras exponer la regulación contemplada en la nueva redacción dada por la Ley Orgánica para la mejora de la calidad educativa a los citados artículos 18.3 b), 24.4 b), 25.6 b), 34 *bis*.4 b) 7, y 34 *ter*.4 j) y en la disposición adicional cuadragésimo primera, se llega a la conclusión, en el escrito de interposición, que en el diseño del sistema educativo de la Ley Orgánica para la mejora de la calidad educativa la asignatura de religión adquiere mayor peso, al tener una carga horaria similar al resto de materias en primaria y en secundaria, donde se configura como una asignatura específica fija con una alternativa, y al figurar dentro del bloque de las asignaturas específicas en los dos cursos de bachillerato, sin que ninguna previsión se contenga en esta etapa sobre educación en valores ético-cívicos.

Señala la demanda que, en nuestro sistema educativo, los sucesivos modelos de enseñanza de la religión responden a la exigencia de dar debido cumplimiento al artículo 27 CE, así como a los diversos acuerdos que el Estado ha ido concluyendo, con la Santa Sede (Acuerdo sobre enseñanzas y asuntos culturales suscrito entre el Estado español y

la Santa Sede el 3 de enero de 1979), y con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la federación de comunidades israelitas de España y con la comisión islámica de España, aprobados por las Leyes 24/1992, 25/1992 y 26/1992, de 10 de noviembre, que garantizan el derecho de los alumnos y alumnas a recibir enseñanza religiosa católica, evangélica, judía e islámica. La evolución del modelo, según expone la demanda, pone de manifiesto la complejidad de articular un sistema equilibrado y respetuoso con las exigencias del artículo 27 CE y con los acuerdos suscritos por el Estado con distintas confesiones religiosas. Dicho modelo en la Ley Orgánica para la mejora de la calidad educativa comporta que en educación primaria y secundaria se establezca, como asignatura optativa a religión, la materia de «Valores Sociales y Cívicos» o «Valores éticos», que ni siquiera se prevean como específicas para los dos cursos de bachillerato en que religión sí aparece dentro de las asignaturas específicas optativas. Ello significa que a lo largo de toda su formación obligatoria y postobligatoria los alumnos pueden no haber cursado esa asignatura, discriminándose de este modo a aquellos que al elegir la de religión pueden no cursar asignatura alguna sobre valores sociales y éticos. Entiende la demanda que la previsión contenida en la nueva redacción de los artículos 18, 24 y 25 LOE, que establece que se cuidará en todas las áreas, «el emprendimiento y la educación cívica y constitucional», no es suficiente para la adquisición de conocimientos en la materia.

Aduce la demanda que es notoria la insuficiencia de dicha incorporación transversal para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 27.2 CE por dos razones. En primer lugar, porque lo que es, desde el plano constitucional, objeto esencial de la educación, se ha concretado, en nuestro entorno, en la adquisición de las competencias cívicas y sociales, que no cabe discriminar, postergar o desmerecer. Y, en segundo lugar, porque la incorporación transversal no impide que los alumnos, a lo largo de toda su formación obligatoria y postobligatoria, puedan no haber cursado una asignatura relativa a la educación ético-cívica o a los contenidos propios de la misma, máxime a la vista de las asignaturas que han de cursar con carácter obligatorio y el contenido propio de las mismas, en las que difícilmente puede incorporarse este.

Por lo expuesto, se concluye la vulneración del artículo 27.2 CE por los apartados noveno, décimo quinto, décimo sexto, vigésimo quinto, vigésimo sexto y nonagésimo primero del artículo único LOMCE, que afectan a los artículos 18.3 b) y c) 3 y 4, 24.4 b) y c) 7 y 8, 25.6 b) y c) 9 y 10, 34 *bis*, 34 *ter* y disposición adicional segunda LOE.

d) Finalmente, se impugnan el apartado sexagésimo primero del artículo único LOMCE, que da nueva redacción al artículo 84.3 LOE, y la disposición transitoria segunda LOMCE, relativos ambos preceptos a la educación diferenciada. La Comunidad Autónoma considera que son inconstitucionales por vulneración de los principios de igualdad y no discriminación ínsitos en los artículos 9.2 y 14 CE.

Tras realizar diferentes referencias a la educación diferenciada, especialmente al dictamen del Consejo de Estado sobre la LOMCE, la demanda afirma que «no puede sostenerse que el modelo de educación separada por sexos infrinja los mandatos constitucionales, aunque es claro que ello no lleva aparejado, de por sí, el reconocimiento del derecho de los centros que la practican al acceso a fondos públicos».

Al respecto entiende que la previsión contenida en el artículo 84.3 LOE que establece que «los centros deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad», no cumple la exigencia de justificación para el acceso a los fondos públicos, pues el legislador no articula ninguna regla que permita valorar los motivos y las razones por los que, aplicando la excepción a la coeducación según el programa que el centro beneficiario invoca, se favorecen la igualdad de oportunidades u otros valores de relevancia constitucional. Tal es una exigencia insoslayable al tratarse de centros financiados con recursos públicos, sin que la mera exposición por el centro en su proyecto educativo de las razones de la elección del sistema, así como de las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad, atienda adecuadamente a las exigencias constitucionales.

2. Por providencia de 8 de abril de 2014, el Pleno, a propuesta de la Sección Segunda, acuerda admitir a trámite el recurso, dar traslado de la demanda al Congreso de los Diputados, al Senado y al Gobierno, al objeto de que puedan personarse en el proceso y formular alegaciones, y la publicación de la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado».

3. El 15 de abril de 2014, el Abogado del Estado se persona en el proceso en nombre del Gobierno y solicita la prórroga de 8 días del plazo para formular alegaciones, que se le concede mediante providencia de 22 del mismo mes.

4. Los días 23 y 25 de abril de 2014 tienen entrada en el registro general de este Tribunal sendos escritos de los Presidentes del Senado y del Congreso de los Diputados, comunicando que las respectivas Cámaras se personan en el proceso y ofrecen su colaboración a los efectos del artículo 88.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

5. El Abogado del Estado presenta su escrito de alegaciones el 20 de mayo de 2014, instando la desestimación del recurso en atención a la argumentación siguiente.

a) Al abordar el primer bloque de impugnaciones, el Abogado del Estado razona, en primer término, que uno de los pilares de la Ley Orgánica para la mejora de la calidad educativa es la nueva configuración del currículo de educación primaria, educación secundaria obligatoria y bachillerato. Queda distribuido en tres bloques de asignaturas: troncales, específicas y de libre configuración autonómica. Esta clasificación no obedece a la importancia o carácter instrumental o fundamental de las asignaturas, sino a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

La clasificación de las asignaturas y nuevo reparto de atribuciones hallaría cobertura en la competencia del Estado sobre las bases para la determinación del currículo (STC 212/2012, de 14 de noviembre, recordando la STC 88/1983, de 27 de octubre), que incluye la competencia para modificarlas en virtud de la doctrina constitucional sobre la variabilidad de las bases. El sistema sería más flexible, al permitir ajustar la oferta formativa a la demanda y a la proximidad de facultades o escuelas universitarias y otros centros docentes, y favorece la especialización de los centros en función de los itinerarios ofrecidos. La LOMCE no recentralizaría competencias; incrementaría la autonomía de las Administraciones educativas y de los centros. No coartaría la capacidad de las Comunidades Autónomas para participar en la determinación del currículo.

b) En segundo lugar, los artículos 6 *bis*.2 a) 3, y 21.2 LOE regulan la evaluación en la etapa de educación primaria. El sentido de la prueba no sería en este caso la obtención de un título profesional, sino el diagnóstico sobre el grado de adquisición de determinados conocimientos. Serviría para medir la calidad del sistema educativo, detectar sus deficiencias e identificar posibles medidas correctoras. La consecución de estos objetivos exigiría la obtención de resultados comparables y certeros mediante cierta homogeneidad en el diseño de la prueba y en los criterios de evaluación. Las previsiones impugnadas encajarían en la competencia estatal para regular las bases del derecho a la educación. El Estado solo se habría reservado la determinación de las características generales de las pruebas.

Respecto de los artículos 6 *bis*.2 b) 3, 29.1, 29.4, segundo inciso, 36 *bis*, apartado tercero, segundo inciso, y 144.1, párrafos segundo y cuarto, LOE, se pone de manifiesto que las evaluaciones correspondientes a la educación secundaria obligatoria y al bachillerato conducen a la obtención de un título académico por lo que la competencia del Estado para abordar su regulación es la contenida en el segundo inciso del artículo 149.1.30 CE que comprende toda la regulación (cita SSTC 24/2013, de 31 de enero, y 184/2013).

El diseño de la prueba y el establecimiento de su contenido serían expresión de facultades normativas, no actos de ejecución material. No se agotaría en sí mismo, sino

que requeriría actos concretos de aplicación (el acto de evaluación de cada alumno); tendría un conjunto indeterminado de destinatarios; y gozaría del grado de abstracción y generalidad propio de las normas jurídicas.

c) En cuanto a la impugnación de los preceptos que regulan la enseñanza de religión y de valores culturales y cívicos, entiende el Abogado del Estado que a través de los mismos se garantiza, en la estructura del sistema educativo español, el postulado consagrado en el artículo 27.3 CE, que determina que los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones, que es un derecho distinto del derecho de elección de centro educativo (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 8, por remisión a la STC 5/1981). A su entender, no han de contraponerse los fundamentos de la religión con los valores constitucionales ya que, en la religión subyacen unos valores humanos o humanísticos que son los mismos que hoy denominamos constitucionales. No hay discriminación, a su juicio, porque quien opte por la asignatura de religión no reciba los contenidos de la asignatura de valores culturales y cívicos. En todo caso, se trata de optar, se está ante una elección voluntaria entre dos posibles asignaturas que ofrecen perspectivas o visiones sobre la naturaleza humana y la condición social.

Por otra parte, ya la STC de 13 de febrero de 1981, citada por la STC 77/1985, vino a afirmar, en síntesis, que la necesaria neutralidad de los centros docentes públicos no impide la organización de la enseñanza de seguimiento libre para hacer posible el derecho de los padres a elegir para los hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones. Y a ese principio se acomoda el régimen de opción que establece la LOMCE entre religión y valores sociales y cívicos en todos los ciclos de enseñanza.

Además, se considera que la regulación prevista en la LOMCE se acomoda tanto a los instrumentos internacionales (art. 18 de la Declaración internacional de los derechos humanos, artículo 9 del Convenio de Roma de 1950, y artículos 18.4 y 13.3 de los pactos internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales, respectivamente), como al acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales suscrito por la Santa Sede y el Estado español, tal y como demuestra la referencia al mismo que se contiene en la disposición adicional segunda LOE en su actual redacción. El Tribunal Constitucional ha confirmado la equiparación entre la religión y otras materias al enjuiciar la conformidad a los postulados constitucionales de la exigencia de cursar una asignatura sobre doctrina y moral católicas para la obtención del título de profesor de educación general básica (SSTC 187/1991, de 3 de octubre, y 155/1997, de 29 de septiembre).

En resumen, en cuanto a la regulación de esta materia, el legislador se ha movido dentro del marco jurídico que el artículo 27 CE en sus apartados primero y tercero le otorga.

d) Finalmente, el Abogado del Estado realiza sus alegaciones respecto a la impugnación de apartado sesenta y uno del artículo único LOMCE, que da nueva redacción al artículo 84.3 LOE, y la disposición transitoria segunda LOMCE, relativos ambos preceptos a la educación diferenciada.

Tras realizar una larga exposición sobre la educación diferenciada por sexos, las alegaciones se centran seguidamente en la explicación del sistema de conciertos educativos, que hace derivar del artículo 27.9 CE, a tenor del cual «los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca», que ha sido interpretado por la STC 77/1985, en el sentido de que esa expresión «no puede interpretarse como una afirmación retórica, de manera que quede en manos del legislador la posibilidad o no de conceder esa ayuda...».

Con fundamento en ese axioma, se concluye que, en este apartado concreto, los poderes públicos deben adoptar una actitud de neutralidad, que es precisamente a lo que tiende el nuevo apartado tercero del artículo 84.3 LOE y la disposición transitoria segunda. Esa neutralidad se compromete si se tratan de manera desigual opciones igualmente legítimas, como son la educación diferenciada y la integrada. Los conciertos

educativos afectan o conciernen directamente al contenido del artículo 27 CE, no sólo porque este establece la gratuidad y obligatoriedad de la enseñanza básica, sino porque su apartado noveno impone a los poderes públicos el deber de financiar los centros que reúnan los requisitos que la ley establezca, de forma que supone una incongruencia declarar la constitucionalidad de la educación diferenciada y sancionar ese modelo cuanto entra en juego su financiación, teniendo en cuenta que la suscripción de conciertos es materia reglada y no es una actividad discrecional. Actuar de forma distinta en uno y otro caso, concertando solo a la educación mixta, supondría una vulneración del artículo 14 CE. Por ello, la modificación operada en esta materia por la Ley Orgánica para la mejora de la calidad educativa, es de efectiva y material justicia, tanto en cuanto a la norma sustantiva contenida en el artículo 84.3 LOE, como en cuanto al establecimiento de una norma de derecho transitorio, como la disposición transitoria segunda, a fin de extender sin discriminación alguna el régimen de conciertos a los colegios privados que hubieren optado también por el sistema de educación diferenciada.

6. El 29 de mayo de 2014, tiene entrada un escrito del Letrado Mayor del Parlamento de Navarra. Solicita que este Tribunal tenga por adherido al Parlamento de Navarra a los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por otros sujetos legitimados contra la LOMCE (núms. 1377-2014, 1385-2014, 1406-2014, 1433-2014, 1435-2014 y 1455-2014). Solicita asimismo la acumulación de los mencionados recursos para su tramitación y resolución unitaria.

7. Mediante providencia de 10 de junio de 2014, se da traslado del escrito a las partes personadas en los citados recursos para que, en el plazo de diez días, puedan exponer lo que estimen procedente al respecto.

8. El Abogado del Estado, mediante escrito registrado el 26 de junio de 2014, solicita la inadmisión del escrito presentado por el Parlamento de Navarra. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no admitiría la existencia de un trámite procesal de adhesión, como acción ejercitada por quien, hallándose legitimado para la interposición de un recurso de inconstitucionalidad, no lo hubiese deducido en tiempo hábil para ello. La actuación pretendida, de reapertura del proceso, no podría verse como análoga a las posibilidades de adhesión que conceden las leyes procesales. No podría solicitarse la acumulación procesal de autos por quien, no habiendo ejercitado en plazo la acción procesal, no se ha constituido como parte en el proceso.

9. Por providencia de 22 de mayo de 2018, se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 24 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El Consejo de Gobierno del Principado de Asturias interpone el presente recurso de inconstitucionalidad contra los apartados quinto; noveno; décimo quinto; décimo sexto; vigésimo; vigésimo quinto; vigésimo sexto; vigésimo noveno; sexagésimo primero; octogésimo noveno; nonagésimo primero y centésimo séptimo del artículo único y contra la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE).

Como ha quedado constancia en los antecedentes, la Comunidad Autónoma reprocha a los preceptos legales impugnados diversas vulneraciones constitucionales. En primer lugar, a los apartados quinto, vigésimo, vigésimo noveno, octogésimo noveno y centésimo séptimo del artículo único LOMCE, vulneraciones relacionadas con el orden constitucional de distribución de competencias en materia de educación. En segundo lugar, se plantean motivos de impugnación por razones no competenciales. Estos son la vulneración del artículo 27.2 CE por los apartados noveno, décimo quinto, décimo sexto, vigésimo quinto, vigésimo sexto y nonagésimo primero del artículo único LOMCE y de los artículos 27.9, 9.2 y 14 CE por el apartado sexagésimo primero del artículo único y por la

disposición transitoria segunda LOMCE. El Abogado del Estado se opone al recurso, solicitando su íntegra desestimación.

2. Expuestas las posiciones de las partes en el proceso, y antes de entrar en el fondo del asunto, procede realizar unas consideraciones iniciales:

a) La Ley Orgánica para la mejora de la calidad educativa ha sido ya objeto de las SSTC 14/2018, de 20 de febrero, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad núm. 1377-2014 interpuesto por el Gobierno de Cataluña; 31/2018, de 10 de abril, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad núm. 1406-2014 interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso, y 49/2018, de 8 de mayo, resolutoria del recurso de inconstitucionalidad núm. 1385-2014, interpuesto por el Parlamento de Cataluña. Estas Sentencias cobran relevancia en el presente proceso en la medida en que las cuestiones ahora suscitadas coinciden, en parte, con las planteadas en dichos recursos de inconstitucionalidad, en los términos que precisaremos en el análisis de cada una de ellas. Asimismo, en cuanto a lo afirmado en dichas Sentencias, hemos de reiterar, con carácter general, lo siguiente:

(i) La STC 14/2018, FJ 2, razonó ampliamente que había de inadmitirse la solicitud de adhesión del Parlamento de Navarra al recurso de inconstitucionalidad núm. 1377-2014. Señaló igualmente que esta declaración lógicamente conlleva la inadmisión de la solicitud de acumulación del presente recurso de inconstitucionalidad con los demás que han sido interpuestos contra la LOMCE, al haber sido formulado por quien no tiene la condición de parte en este proceso. El escrito del Parlamento navarro expresó su voluntad de adherirse a todos los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la LOMCE y, por tanto, también al recurso objeto de esta Sentencia. Procede, en consecuencia, declarar inadmisión la solicitud de adhesión al presente recurso de inconstitucionalidad por remisión a la STC 14/2018, FJ 2 [en el mismo sentido, SSTC 31/2018, de 10 de abril, FJ 2, y 49/2018, de 8 de mayo FJ 3 a)].

(ii) La STC 14/2018, FJ 3, descartó que sobre el objeto del recurso formulado por el Gobierno catalán hubiera incidido el Real Decreto-ley 5/2016, de 9 de diciembre, que amplía el plazo para la implantación de las evaluaciones reguladas por la Ley Orgánica para la mejora de la calidad educativa, incluyendo medidas que pretenden, no modificar definitivamente el régimen de evaluaciones y obtención de títulos académicos, sino suspender su aplicación «hasta la entrada en vigor de la normativa resultante del Pacto de Estado, Social y Político por la Educación». Las razones dadas entonces para descartar la pérdida de objeto de la impugnación de las previsiones de la LOMCE sobre titulaciones académicas y evaluaciones son por completo extensibles al presente proceso. Procede, por tanto, la remisión a la STC 14/2018, FJ 3, y declarar a partir de ella que el Real Decreto-ley 5/2016 tampoco ha afectado al recurso interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta General del Principado de Asturias.

Lo mismo cabe afirmar en relación con la reforma operada por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (disposiciones finales sexta y séptima). Da nueva redacción a los artículos 84.2 y 87.2 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (LOE), esto es, a previsiones cuya redacción anterior procedía de la Ley Orgánica para la mejora de la calidad educativa (art. único, apartados sexagésimo y sexagésimo sexto, respectivamente). La STC 14/2018, FJ 3, declaró que esta modificación carecía de toda incidencia al referirse a preceptos no impugnados. El Consejo de Gobierno del Principado de Asturias tampoco ha recurrido los artículos 84.2 y 87.2 LOE, en la redacción dada por la LOMCE. Consecuentemente, procede igualmente remitirnos a la STC 14/2018, FJ 3, y declarar también en este caso que la Ley 26/2015 no afecta al objeto del recurso de inconstitucionalidad formulado por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias [en el mismo sentido, STC 49/2018, FJ 3 c)].

b) Finalmente, cabe poner de relieve que el presente recurso de inconstitucionalidad se dirige, formalmente, conforme al encabezamiento y al suplico de la demanda, contra los apartados quinto, noveno, decimoquinto, decimosexto, vigésimo, vigésimo quinto, vigésimo sexto, vigésimo noveno, sexagésimo primero, octogésimo noveno, nonagésimo primero, y centésimo séptimo del artículo único LOMCE, que dan nueva redacción a determinados preceptos de la Ley Orgánica de educación, y contra la disposición transitoria segunda LOMCE. Sin embargo, atendiendo a las alegaciones formuladas en el escrito de interposición, el objeto es más limitado, lo que habrá de precisarse con ocasión del análisis de cada uno de los preceptos impugnados.

3. Como ha quedado expuesto, las tachas de inconstitucionalidad que se oponen a los preceptos impugnados son de orden competencial y no competencial. Las dos primeras impugnaciones que se formulan en el presente recurso de inconstitucionalidad plantean cuestiones de índole netamente competencial y se concretan en la vulneración del artículo 149.1.30 CE y de la competencia de la Comunidad Autónoma en materia de educación (art. 18 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias). Se trata de controversias competenciales similares a las resueltas en las SSTC 14/2018 y 49/2018, por lo que cabe aquí dar por reproducidos varios de los fundamentos jurídicos de la STC 14/2018: cuarto, sobre la doctrina constitucional en materia de educación y los títulos competenciales previstos en el artículo 149.1.30 CE; quinto, sobre la competencia estatal para la fijación de las llamadas «enseñanzas mínimas», «enseñanzas comunes» o «aspectos básicos del currículo»; y sexto, de encuadramiento competencial del régimen de las pruebas finales de educación secundaria obligatoria y bachillerato [en el mismo sentido, STC 49/2018, FJ 3 d)].

4. Entre las impugnaciones de carácter competencial se encuentra, en primer lugar, la del apartado quinto del artículo único LOMCE, que introduce en la Ley Orgánica de educación un nuevo artículo 6 *bis*, con la rúbrica «distribución de competencias». Aunque la impugnación se dirige globalmente contra todo el precepto, los motivos de inconstitucionalidad aducidos se refieren, por una parte, a la redacción dada por el citado artículo único, apartado quinto LOMCE, a los apartados a), b) y d) del artículo 6 *bis*.1 LOE. Y por otra parte, a los apartados a) y b) del artículo 6 *bis*.2 LOE, en la redacción dada por el citado artículo único, apartado quinto, LOMCE.

a) En primer lugar, la demanda alega que los apartados a), b) y d) del artículo 6 *bis*.1 LOE determinan que corresponden al Gobierno competencias que el bloque de constitucionalidad atribuye al Estado, atribución que, aunque no incide en el régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, introduce un factor de inseguridad jurídica violentando los dictados de la Constitución y de la doctrina constitucional.

Dado el modo en que está formulada la queja, no puede ser estimada. En efecto, para exponer las razones de la impugnación la demanda afirma que dicha regulación no afecta al régimen de distribución de competencias, si bien, a continuación, realiza una alegación genérica sobre la posibilidad de que la redacción de dichos preceptos pueda producir inseguridad jurídica, limitándose a señalar que violenta los dictados de la Constitución y de la doctrina constitucional. Ahora bien, esa alegación adolece de una clara falta de concreción, ya que ni especifica los preceptos constitucionales infringidos ni la doctrina constitucional que incumple. En consecuencia, al formularse de un modo tan genérico el recurso de inconstitucionalidad no cumple, en este aspecto, con la necesaria carga alegatoria. Tal carga alegatoria es una condición inexcusable inherente «a la presunción de constitucionalidad de las normas con rango de ley, que no puede desvirtuarse sin una argumentación suficiente, no siendo admisibles las impugnaciones globales carentes de un razonamiento desarrollado que las sustente» (entre otras, STC 118/2017, de 19 de octubre, FJ 2).

b) El segundo reproche dirigido contra el apartado quinto del artículo único LOMCE se concreta en que excluye toda participación autonómica en la determinación de los

estándares de aprendizaje evaluables relativos a los bloques de asignaturas troncales y específicas, lo que vulneraría, a juicio del recurrente, el artículo 149.1.30 CE y el artículo 18 del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias.

La inconstitucionalidad radicaría, a juicio del recurrente, en la atribución al Estado de la competencia para determinar los estándares de aprendizaje evaluables relativos a los bloques de asignaturas troncales y específicas, excluyendo de esta materia la participación autonómica, a pesar de que las Comunidades Autónomas estén llamadas a complementar o establecer los contenidos y criterios de evaluación de las asignaturas troncales y específicas, por lo que, por la misma razón, tendrían que ostentar competencias de desarrollo sobre los estándares de aprendizaje. A las Comunidades Autónomas les corresponde únicamente la competencia para establecer dichos estándares en relación con el bloque de asignaturas de libre configuración autonómica. En definitiva, se alega que la regulación impugnada vulnera las competencias de desarrollo que le corresponden a la Comunidad Autónoma en la materia.

Atendiendo a las alegaciones realizadas en el escrito de interposición del recurso, el mismo ha de limitarse a la redacción dada por el apartado quinto del artículo único LOMCE al artículo 6 *bis*.2 a) 1 y 2 LOE, en cuanto establece que corresponde al Gobierno determinar los estándares de aprendizaje evaluables del bloque de asignaturas troncales y determinar los estándares de aprendizaje evaluables relativos a los contenidos del bloque de asignaturas específicas.

La Ley Orgánica para la mejora de la calidad educativa no define los estándares de aprendizaje evaluables, se limita a incluirlos como elementos del currículo [art. 6.2 e) LOE]. Conforme al artículo 6 LOE, en la redacción dada por la LOMCE, el currículo es la regulación de los elementos que determinan los procesos de enseñanza y aprendizaje para cada una de las enseñanzas. Los elementos del currículo son, a su vez, los objetivos de cada enseñanza y etapa educativa; las competencias, o capacidades para aplicar de forma integrada los contenidos propios de cada enseñanza y etapa educativa, con el fin de lograr la realización adecuada de actividades y la resolución eficaz de problemas complejos; los contenidos, o conjuntos de conocimientos, habilidades, destrezas y actitudes que contribuyen al logro de los objetivos de cada enseñanza y etapa educativa y a la adquisición de competencias. Los contenidos se ordenan en asignaturas, que se clasifican en materias, ámbitos, áreas y módulos en función de las enseñanzas, las etapas educativas o los programas en que participen los alumnos y alumnas. Asimismo, forman parte del currículo la metodología didáctica, que comprende tanto la descripción de las prácticas docentes como la organización del trabajo de los docentes; los estándares y resultados de aprendizaje evaluables y los criterios de evaluación del grado de adquisición de las competencias y del logro de los objetivos de cada enseñanza y etapa educativa.

En consecuencia, uno de los elementos del currículo son los estándares de aprendizaje evaluables que, si bien, como ya hemos señalado, no son definidos por la Ley Orgánica de educación, conforme a lo dispuesto en sus normas de desarrollo (concretamente, de acuerdo con los Reales Decretos 126/2014, de 28 de febrero, por el que se establece el currículo básico de la educación primaria y 1105/2014, de 26 de diciembre, por el que se establece el currículo básico de la educación secundaria obligatoria y del bachillerato), son las especificaciones de los criterios de evaluación que permiten definir los resultados de aprendizaje, y que concretan lo que el alumno debe saber, comprender y saber hacer en cada asignatura; deben ser observables, medibles y evaluables y permitir graduar el rendimiento o logro alcanzado. A ello se añade que su diseño debe contribuir y facilitar la configuración de pruebas estandarizadas y comparables.

Por su parte, el artículo 6 *bis* LOE determina que corresponde al Gobierno el diseño del currículo básico en relación, entre otros elementos del mismo, con los estándares y resultados de aprendizaje evaluables [art. 6 *bis*.1 e)]. Asimismo, este precepto establece las funciones que corresponden al Gobierno y a las Administraciones educativas en relación con los mismos (art. 6 *bis*.2 LOE). Concretamente, en lo que se refiere los

estándares de aprendizaje evaluables, se dispone que corresponderá al Gobierno determinar los contenidos comunes, los estándares de aprendizaje evaluables y el horario lectivo mínimo del bloque de asignaturas troncales y los estándares de aprendizaje evaluables relativos a los contenidos del bloque de asignaturas específicas. Por su parte, las Administraciones educativas podrán establecer los estándares de aprendizaje evaluables relativos a los contenidos del bloque de asignaturas de libre configuración autonómica [art. 6 bis.2 c)].

En definitiva, conforme a la regulación expuesta, los estándares de aprendizaje integran el currículo y son especificaciones de los criterios de evaluación que permiten definir los resultados de aprendizaje. La función que cumplen no es solo esta última, sino que también concretan lo que el alumno debe saber, comprender y saber hacer en cada asignatura y contribuyen y facilitan el diseño de pruebas estandarizadas y comparables.

Como hemos recordado recientemente (STC 14/2018, FJ 5), este Tribunal ha ratificado en diversas ocasiones la competencia del Estado para la fijación de las que en las sucesivas leyes educativas han sido denominadas «enseñanzas mínimas», posteriormente «enseñanzas comunes» y, en el presente, «aspectos básicos del currículo», del cual forman parte, conforme al artículo 6 bis.1 LOE, los estándares de aprendizaje evaluables. Con las diferentes denominaciones que ha recibido, el concepto comprende la fijación de objetivos por bloques temáticos en relación a cada disciplina, materia o asignatura, así como los horarios mínimos que se consideren necesarios para su enseñanza efectiva y completa (STC 14/2018, FJ 5).

La competencia del Estado sobre las enseñanzas mínimas o «aspectos básicos del currículo» (STC 14/2018, FJ 5), trata de garantizar una homogeneidad en la formación que permita la homologación de los títulos y la garantía de una igualdad básica en el ejercicio del derecho a la educación (entre otras, STC 24/2013, de 31 de enero, FJ 5). Al respecto señalamos, en la STC 17/2014, de 30 de enero, FJ 7, con cita de la STC 88/1983, de 27 de octubre, FJ 3, que «de los arts. 27 y 149.1.30 CE se deriva la obligación para el Estado de procurar una formación común en un determinado nivel de todos los escolares (en aquel caso, de educación general básica), sea cual sea la Comunidad Autónoma en la que realicen sus estudios. En este sentido, afirmábamos que ‘la homologación del sistema educativo a que se refiere el primero de los artículos citados y la competencia exclusiva que reserva al Estado el segundo para la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del art. 27, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia, son los medios que la Constitución prevé para obtener ese nivel mínimo de homogeneidad en la formación de los escolares’». La determinación de los estándares de aprendizaje evaluables del bloque de asignaturas troncales y los estándares de aprendizaje evaluables relativos a los contenidos del bloque de asignaturas específicas está comprendida en dicha competencia del Estado para establecer los aspectos básicos del currículo. Atribución que es coherente con su función de asegurar una formación común y garantizar la homologación y la validez general de los títulos [en un sentido similar, SSTC 214/2012, de 14 de noviembre, FJ 4; 24/2013, de 31 de enero, FJ 5, y 14/2018, FJ 7 a)]. Se asegura así un mínimo nivel de homogeneidad en la formación de todos los alumnos y con unas garantías de calidad equivalentes en un sistema educativo que es único para todo el territorio nacional.

Además, y al contrario de lo afirmado en la demanda, la regulación impugnada no impide el desarrollo normativo en esta materia, ya que no se extiende a la totalidad de los elementos del currículo. Es cierto que la competencia autonómica queda condicionada por los preceptos ahora impugnados, pero solo parcialmente (en un sentido similar, STC 14/2018, FJ 5), ya que las Comunidades Autónomas al regular el currículo disponen de margen, tanto el que corresponde para el desarrollo normativo del bloque de las asignaturas troncales y para establecer los contenidos de los bloques de asignaturas específicas y de libre configuración autonómica, como para desarrollar aspectos de la evaluación. Al respecto, hemos reconocido que la regulación de la

evaluación en la LOE responde a la competencia compartida en materia de educación [STC 14/2018, FJ 7 a)] y, en este sentido, le corresponde a la Comunidad Autónoma establecer los estándares de aprendizaje evaluables relativos a los contenidos del bloque de asignaturas de libre configuración autonómica, así como complementar los criterios de evaluación relativos a los bloques de asignaturas troncales y específicas, y establecer los criterios de evaluación del bloque de asignaturas de libre configuración autonómica. Criterios de evaluación que, como hemos puesto de relieve anteriormente, se concretan en los estándares de aprendizaje evaluables.

En definitiva, la atribución al Gobierno para fijar los estándares de aprendizaje evaluables respecto a las asignaturas troncales y específicas, en los términos en los que se efectúa en los preceptos impugnados no excede de la competencia que corresponde al Estado de acuerdo con el artículo 149.1.30 CE y permite, en todo caso, un margen de desarrollo a las Comunidades Autónomas en relación con la evaluación de dichas asignaturas, a través de la fijación o el complemento de los criterios de evaluación de los tres bloques de asignaturas y de la fijación de los estándares de aprendizaje del bloque de asignaturas de libre configuración.

Queda por tanto desestimada la impugnación de los apartados a), b) y d) del artículo 6 *bis*.1 y de los apartados a) y b) del artículo 6 *bis*.2 LOE, en la redacción dada por el apartado cinco del artículo único LOMCE.

5. La segunda impugnación en la que se suscita una controversia competencial se dirige contra un grupo de preceptos en el que se incluyen los apartados quinto, vigésimo, vigésimo noveno, octogésimo noveno y centésimo séptimo del artículo único LOMCE, que dan nueva redacción a los artículos 6 *bis*, 29, 36 *bis*, 144 y disposición final quinta LOE, los cuales regulan las evaluaciones en distintas etapas del sistema educativo. Ahora bien, se ha de tener en cuenta que, como en la impugnación anteriormente analizada, las alegaciones realizadas en el escrito de interposición tampoco se refieren a los apartados del artículo único LOMCE impugnados en su integridad, sino tan solo a parte de los preceptos de la LOE cuya regulación se modifica con los mismos y que infringirían, a juicio del recurrente, el régimen de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, desde dos perspectivas:

a) En primer lugar, se aduce que conforme a la redacción dada por los referidos apartados del artículo único LOMCE a los artículos 6 *bis*.2 b) 3; 29.4 y 36 *bis*.3 LOE, corresponde al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte diseñar las pruebas y establecer su contenido para cada convocatoria, lo que se considera que es una función ejecutiva que invade las competencias de la Comunidad Autónoma, a la que corresponde, únicamente, «la realización material de las pruebas». Por el mismo motivo se impugna la redacción dada al artículo 144.1, segundo párrafo, por el apartado octogésimo noveno del artículo único LOMCE.

El Gobierno de Cataluña planteó este mismo motivo de inconstitucionalidad que fue desestimado en la STC 14/2018, FJ 7 b).

Procede, en consecuencia, volver a desestimarlos ahora por remisión a la citada Sentencia.

b) En segundo lugar, el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias impugna los artículos 29.1 y 36 *bis*.1 LOE (en la redacción dada por el art. único, apartados vigésimo y vigésimo noveno, respectivamente, LOMCE) por prever la obtención de los títulos de educación secundaria y bachillerato sin la evaluación previa de las asignaturas respecto de las que es competente el Principado de Asturias. Al identificar los contenidos de las pruebas casi exclusivamente con las áreas troncales, que define el Estado, los preceptos indicados no encontrarían amparo en el artículo 149.1.30 CE. Tanto el Gobierno como el Parlamento de Cataluña plantearon este mismo motivo de inconstitucionalidad, que fue desestimado en las SSTC 14/2018, FJ 7 a), y 49/2018, FJ 3 e) (i). Procede, en consecuencia, volver a desestimarlos ahora por remisión a la STC 14/2018, FJ 7 a).

c) Finalmente, se impugna la disposición final quinta LOE (en la redacción dada por el art. único, apartado centésimo séptimo LOMCE). Incurriría en inconstitucionalidad en cuanto incluye entre las normas básicas los artículos 6 *bis*.2 b) 3 y 144.1, segundo párrafo. A su vez, el apartado segundo de la misma disposición final, determina que los artículos 29 y 36 *bis* se amparan en la competencia exclusiva del Estado sobre la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales, ya que tal configuración permite la atribución a un órgano estatal de las facultades para diseñar las pruebas de evaluación y establecer su contenido para cada convocatoria.

En el presente fundamento jurídico, por remisión en parte a la STC 14/2018, se han descartado las invasiones competenciales que el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias atribuye a los arts. 6 *bis*.2 b) 3, 29 y 36 *bis* y 144.1, segundo párrafo, LOE en la redacción dada por el artículo único, apartados vigésimo, vigésimo noveno, octogésimo noveno y centésimo séptimo LOMCE. Cabe apreciar por ello que la disposición final quinta LOE no ha podido lógicamente extralimitarse al declarar que tales preceptos hallan cobertura en el artículo 149.1.30 CE, lo que ya habíamos afirmado en la STC 14/2018, FJ 14.

6. Entre las impugnaciones no competenciales se encuentran las de los apartados noveno, decimoquinto, decimosexto, vigésimo quinto, vigésimo sexto y nonagésimo primero del artículo único LOMCE. Tampoco el reproche de inconstitucionalidad se dirige en este caso a dichos apartados del artículo único LOMCE en su integridad, sino respecto a la nueva redacción dada por los mismos a los artículos 18.3 b) y c) 3 y 4; 24.4 b) y c) 7 y 8; 25.6 b) y c) 9 y 10; 34 *bis*.4 b) y 34 *ter*.4 y disposición adicional segunda LOE que regulan las asignaturas de religión y de valores sociales y cívicos y valores éticos.

La Comunidad Autónoma considera que dicha regulación vulnera el artículo 27.2 CE, al configurar como alternativas a la asignatura de religión las asignaturas valores sociales y cívicos y valores éticos, posibilitando que los alumnos que opten por la primera no cursen asignatura alguna sobre estas últimas materias, puesto que la ley no las configura como obligatorias en las sucesivas etapas educativas.

El motivo aducido en la demanda es sustancialmente coincidente con uno de los alegados en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1406-2014 interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso contra determinados preceptos de la Ley Orgánica para la mejora de la calidad educativa y, por lo que ahora interesa, contra los apartados noveno, decimoquinto y decimosexto del apartado único LOMCE, y que fue desestimado en STC 31/2018.

En consecuencia debemos remitirnos ahora a lo expuesto en el fundamento jurídico 6 b) de la citada Sentencia y, conforme a lo afirmado en la misma, desestimar el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la redacción dada a los artículos 18.3 b) y c) 3 y 4; 24.4 b) y c) 7 y 8; 25.6 b) y c) 9 y 10; 34 *bis*.4 b) y 34 *ter*.4 y disposición adicional segunda LOE por los apartados noveno, decimoquinto, decimosexto, vigésimo quinto, vigésimo sexto y nonagésimo primero del artículo único LOMCE.

7. Finalmente, se impugnan el apartado sexagésimo primero del artículo único LOMCE, que da nueva redacción al artículo 84.3 LOE, y la disposición transitoria segunda LOMCE, relativos ambos preceptos a la educación diferenciada, por considerar que vulneran los principios de igualdad y no discriminación ínsitos en los artículos 9.2 y 14 CE.

La presente demanda no discute la constitucionalidad de la educación diferenciada. Cuestiona, sin embargo, la aplicación del régimen de conciertos a los centros de educación diferenciada en el entendimiento de que la previsión contenida en el artículo 84.3 LOE, en la redacción dada por la LOMCE, que establece que «los centros deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad», no cumple la exigencia de justificación para el acceso a los fondos públicos. A su juicio,

el legislador no articula ninguna regla que permita valorar los motivos y las razones por los que, aplicando la excepción a la coeducación según el programa que el centro beneficiario invoca, se favorecen la igualdad de oportunidades u otros valores de relevancia constitucional. A su entender, es una exigencia insoslayable al tratarse de centros financiados con recursos públicos, sin que la mera exposición por el centro en su proyecto educativo de las razones de la elección del sistema, así como de las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad, atienda adecuadamente a las exigencias constitucionales.

Para resolver esta impugnación debemos, asimismo, remitirnos a lo afirmado en la STC 31/2018, en la que se desestimó el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la redacción dada al artículo 84.3 LOE por la Ley Orgánica para la mejora de la calidad educativa y contra la disposición transitoria de esta Ley Orgánica.

En efecto, las consideraciones vertidas en el fundamento jurídico 4 b) de la referida Sentencia, en especial las relativas al carácter suficiente de «la cautela establecida en el artículo 83.4 de la ley, que impone a los centros concertados que eduquen diferenciadamente, y sólo a estos, la obligación de ‘exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad’» permiten descartar las vulneraciones ahora aducidas.

FALLO

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

Ha decidido

- 1.º Inadmitir la solicitud de adhesión del Parlamento de Navarra.
- 2.º Desestimar el recurso de inconstitucionalidad núm. 1433-2014, interpuesto por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias.

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

Dada en Madrid, a veinticuatro de mayo de dos mil dieciocho.—Juan José González Rivas.—Encarnación Roca Trías.—Andrés Ollero Tassara.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Santiago Martínez-Vares García.—Juan Antonio Xiol Ríos.—Pedro José González-Trevijano Sánchez.—Antonio Narváez Rodríguez.—Alfredo Montoya Melgar.—Ricardo Enríquez Sancho.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—María Luisa Balaguer Callejón.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1433-2014, al que se adhiere el Magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría, discrepo de la Sentencia en cuanto desestima la impugnación de los artículos 18.3 b) y c) 3 y 4; 24.4 b) y c) 7 y 8; 25.6 b) y c) 9 y 10, 34 bis.4 b), 34 ter.4, 84.3, y disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (LOE), en la redacción dada a los mismos por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), así como de la disposición transitoria segunda de la propia LOMCE.

Como expuse en el Voto particular formulado a la STC 31/2018, de 10 de abril, considero que son inconstitucionales tanto la regulación de la educación segregada por razón de sexo como el tratamiento legal de la enseñanza de religión como alternativa a

la enseñanza de valores culturales y cívicos o de valores éticos. Para evitar reiteraciones innecesarias, me remito a lo razonado en aquella ocasión.

En tal sentido emito este Voto particular.

Madrid, a veinticuatro de mayo de dos mil dieciocho.—Fernando Valdés Dal-Ré.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1433-2014

Con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Pleno en la que se sustenta la Sentencia, manifiesto mi discrepancia con parte de la fundamentación jurídica y el fallo. Mi opinión es que la Sentencia debía haber estimado las impugnaciones de (i) la segregación sexual en los centros docentes privados concertados [art. 84.3 de la Ley Orgánica de educación (LOE) y disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica para la mejora de la calidad educativa (LOMCE)] y (ii) la regulación de las asignaturas de religión y valores culturales y cívicos (arts. 18, 24 y 25 LOE). A mi juicio, los artículos citados debieran haber sido declarados inconstitucionales y nulos.

Las razones de mi discrepancia fueron desarrolladas en la opinión disidente incorporada a la STC 31/2018, de 10 de abril, y, por remisión a aquella, en el Voto formulado a la STC 49/2018, de 10 de mayo. El carácter nuclear e irrenunciable de cualquier prohibición de discriminación y, por tanto, la motivada en razones de sexo, orientación e identidad sexual como elemento de autenticación de la democracia me lleva, en este caso a considerar oportuna la reproducción íntegra de mi argumentación disidente, dado que en el asunto que ahora enjuiciamos se vuelven a plantear en toda su plenitud las mismas cuestiones que allí se resolvieron:

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

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

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

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

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

del Estado, que tampoco controvierten que esta previsión queda limitada en su aplicación a los centros privados concertados.

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

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

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

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

Comparto, en esencia, esta constatación, pero creo que la prohibición de la discriminación merece algo más que una ritual mención de su interdicción. La comprensión de esta prohibición hace preciso profundizar en el significado que tiene en los Estados democráticos avanzados. El derecho antidiscriminatorio no es una medida de la calidad democrática. Es una condición esencial de la democracia misma. La prohibición de determinados motivos de discriminación está íntimamente vinculada con la dignidad humana (art. 10.1 CE), los valores superiores de la igualdad y del pluralismo político como fundamento del ordenamiento jurídico de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1.2 CE) y el mandato dirigido a los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE). La selección de esos motivos no resulta azarosa. Es el producto fenomenológico —iba a decir trágico— del devenir histórico y la lucha contra la prevalencia en determinados momentos históricos de ideologías y paradigmas que han justificado un tratamiento diferenciado de grupos sociales con fundamento en esos motivos. La raza o grupo étnico, la religión, la opinión política, el origen nacional, el sexo —incluyendo sus modalidades de identidad y orientación sexual— o las capacidades físicas e intelectivas diferenciadas, solo por citar alguno de ellos, han sido —y son todavía hoy en muchos ámbitos— elementos frecuentemente utilizados para implantar visiones excluyentes, supremacistas, segregadoras o justificadoras de situaciones de violencia o acoso

discriminatorio. El carácter especialmente odioso de cualquiera de estas formas de discriminación basadas en esos y otros motivos es lo determinante para su proscripción. A partir de ello, el derecho antidiscriminatorio ha evolucionado hasta establecer que (i) la utilización de estos motivos por el legislador resulta tan intrínsecamente sospechosa que solo muy poderosas razones vinculadas a superiores intereses pueden permitir su utilización para implantar tratos diferenciados y (ii) debe possibilitarse, con el fin de compensar situaciones históricas de prolongada discriminación, actuaciones afirmativas o positivas de carácter temporal en favor de esos grupos en desventaja tendentes a superar esa situación de postergación y alcanzar los objetivos de una real igualdad de oportunidad y trato. Por tanto, a mi juicio debe extremarse la sensibilidad para compaginar la jurisprudencia antidiscriminatoria con las exigencias de una democracia moderna europea del siglo XXI como es la española.

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

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

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

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

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

No comparto esa afirmación. La normativa controvertida cuenta con cuatro elementos esenciales demostrativos de que la segregación sexual en los centros docentes privados concertados implica una situación intrínsecamente sospechosa de

discriminación por razón de sexo y de identidad sexual, que no han sido debidamente ponderados: (a) el motivo de discriminación es el sexo, (b) la segregación sexual toma como presupuesto la falacia del «separados pero iguales», (c) la segregación sexual binaria excluye con carácter absoluto a las personas intersexuales, y (d) la segregación sexual se proyecta en el ámbito del servicio público de la educación, que es un espacio de socialización de valores democráticos.

(a) La singularidad de la discriminación sexual.

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

(b) La falacia ‘separados pero iguales’.

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

Lamento no haber podido llevar al convencimiento de la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia la necesidad de que se analizara más contextualizadamente la

posible aplicación al caso del principio ‘separados pero iguales’, atendiendo, por un lado, a su abandono en el ámbito de la jurisprudencia antidiscriminatoria y, por otro, a la necesidad de hacer una lectura transicional de su enunciado en el marco de la Convención de la UNESCO de 1960, que impide su aplicación a una democracia europea avanzada del siglo XXI como la española.

El principio ‘separados pero iguales’, conforme al cual no puede afirmarse que la segregación implique un trato discriminatorio siempre que se cumpla la condición de la equivalencia de prestaciones, era ampliamente utilizado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos para abordar el cuestionamiento de políticas discriminatorias por motivo de raza tras la introducción en 1868 en la Constitución de Estados Unidos de la exigencia de la igual protección de las leyes en la sección 1 de la Enmienda XIV. Su exponente más conocido es la Sentencia *Plessy v. Ferguson* (1896) 163 US 53 que confirmó que no era racialmente discriminatoria la normativa del Estado de Louisiana que establecía que en los trenes habría vagones segregados para la raza blanca y la raza negra con el argumento de que, aun prestándose de manera separada, el poder público garantizaba un tratamiento igualitario ante la ley en la prestación del servicio ferroviario. De esta sentencia me interesa destacar el voto particular discrepante del Juez Harlan, quien afirma, tajante, que ‘cuando están en juego los derechos civiles de los ciudadanos, niego categóricamente a los legisladores o a los jueces la posibilidad de fijarse en su raza’. Es especialmente destacable porque resulta demostrativo de que ya a fines del siglo XIX se defendía que la segregación representa una forma de discriminación y porque permite reivindicar el valor prospectivo de los votos discrepantes. Esta disidencia se acabó convirtiendo en opinión ya no solo mayoritaria sino unánime en la Sentencia *Brown v. Board of Education of Topeka* (1954) 347 US 483, dictada casi 60 años después, y que supuso la proscripción del principio ‘separados pero iguales’ y la consideración de la segregación como una forma de discriminación prohibida. La sentencia *Brown* es de especial relevancia para el caso ahora analizado porque, aun tratándose de un supuesto de discriminación racial, se refiere a una cuestión de segregación en el ámbito educativo en que se incluye una mención a la necesidad de que la circunstancia de que se desarrolla en el ámbito escolar se analice ‘a la luz de toda su evolución y del lugar que ocupa en todos los rincones de nuestro país, en el conjunto de la vida americana. Solo de este modo se puede determinar si la segregación en las escuelas públicas priva a los demandantes de la protección equitativa de las leyes’. Con esa lectura actualizada de la importancia de la educación para las sociedades democráticas, la sentencia establece que ‘[c]oncluimos que en el campo de la enseñanza pública no tiene cabida la doctrina *separados pero iguales*. Un sistema con escuelas segregadas es intrínsecamente desigualitario’. Hubo que esperar todavía algunos años más para que se abordara la segregación sexual en el ámbito educativo, concluyéndose en la Sentencia *Mississippi University for Women v. Hogan* (1982) 458 US 718 y en la Sentencia *United States v. Virginia* (1996) 518 US 515, la inconstitucionalidad, en el primer caso, del carácter solo femenino de una Escuela de Enfermería subvencionada por el Estado y, en el segundo, el carácter solo masculino de una academia educativa militar financiada con fondos públicos. Con estos precedentes, me resulta decepcionante la resurrección de la idea de que la segregación en la prestación de un servicio público, si no es presupuesto de un distinto nivel de prestación, no resulta, al menos, una forma intrínsecamente sospechosa de discriminación.

No desconozco que el parámetro de control en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en relación con la discriminación sexual —incluyendo el fenómeno de la segregación— no es coincidente con la racial, que es donde ha alcanzado su máxima expresión. Sin embargo, entiendo que, en una interpretación histórica y sistemática del art. 14 CE, es necesario y responde a un imperativo de lógica jurídica cada vez más perentorio, a la vista de la evolución social, defender que, si el sexo y la raza aparecen ambos proscritos como motivos de discriminación, no existe ninguna justificación jurídica que permita concluir que el parámetro de control constitucional pueda ser más estricto en un caso que en el otro. Me inclino a pensar que

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

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

Más allá de esa lectura estratégica, no creo que haya dudas respecto de que las organizaciones internacionales y regionales de derechos humanos, incluyendo Naciones Unidas, abogan por un horizonte inmediato de implantación de la educación mixta como óptimo de igualdad sexual en cuyo marco pueda, además, desarrollarse un modelo coeducativo que, a través de la transmisión de los valores democráticos y dando ejemplo de ello mediante la integración indiferenciada en las aulas de personas con independencia de su religión, origen nacional, raza, sexo, capacidades, etc., libere de cualquier tipo de prejuicios, también los sexistas, a las generaciones venideras. Así lo pone de manifiesto no solo el ya citado art. 10.a) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, cuando incide en la necesidad del estímulo de la educación mixta; sino mucho más tempranamente la propia UNESCO, que en la Resolución 1152 aprobada en el decimoquinto periodo de sesiones celebrados en 1969, referida a la igualdad de acceso de las jóvenes y mujeres a la educación, invita a los Estados miembros a 'a reconocer el principio de la enseñanza mixta en los establecimiento de enseñanza primaria y secundaria como forma de asegurar la igualdad de acceso a la educación'.

Una lectura evolutiva y adaptada a la realidad de la sociedad española de la actualidad y de su sistema educativo también hubiera permitido, con un mínimo esfuerzo de lógica argumentativa, superar la necesidad de mantener la falacia del principio 'separados pero iguales', impuesto en la normativa controvertida. No cabe negar que en el marco de la tradición histórica española y de otros países de nuestro entorno, la

educación diferenciada por sexos ha tenido un sesgo de segregación contrario a la prohibición de discriminación. En España, con puntuales excepciones, desde la Ley de instrucción pública de 9 de diciembre de 1857 y hasta la Ley 14/1970, de 4 de agosto, general de educación y financiamiento de la reforma educativa, la obligatoria separación por sexos en la enseñanza venía acompañada y condicionada por la existencia de programas educativos también diversificados en función de la imputación de roles sociales esperados para cada uno de los sexos. A partir de ese momento y durante las sucesivas normas dictadas en el actual periodo constitucional, desapareció la dualidad de programas educativos por motivos de sexo. Además, la prestación del servicio público de la educación mediante colegios públicos y privados concertados se desarrolló mediante un modelo pedagógico de coeducación e integración sexual en los centros y las aulas, que solo muy marginalmente y por concretas decisiones de las autoridades educativas competentes en materia de conciertos permitía el acceso a dar esta prestación mediante centros que adoptaban el modelo de educación segregada por sexos. Cuando entra en vigor la reforma del art. 84.3 LOE que se analiza en esta resolución, lo hace incidiendo en una situación previa en que, con base en la redacción originaria del art. 84.3 LOE, las sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 23 de julio y 9 de octubre de 2012 habían confirmado la proscripción de la segregación sexual en los centros docentes privados concertados. En estas condiciones carece de todo sentido que el legislador reintrodujera el principio de «separados pero iguales» y, aún más, que la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia lo convalidara constitucionalmente volviendo a momentos históricos de la jurisprudencia antidiscriminatoria ya hace largo tiempo superados.

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

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

La intersexualidad —definida como aquella condición en que se nace con características biológicas de sexo (anatomía sexual, órganos reproductivos o patrones cromosómicos) que no se ajustan a las normas sociales, definiciones médicas o estándares culturalmente definidos para el cuerpo femenino o masculino y que puede ser detectada al nacer o volverse aparente más adelante en la vida, especialmente durante la pubertad— ha entrado recientemente a formar parte de la preocupación de las leyes, la jurisprudencia y el *soft law* antidiscriminatorios. En el ámbito regional europeo, es necesario citar tanto la Recomendación CM/Re (2010)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, como la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 2191 (2017), de 12 de octubre, para promover los derechos humanos y eliminar la discriminación contra las personas intersexuales. Por su parte, en el ámbito jurisprudencial más cercano, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 8 de noviembre de 2017 ha instado al Estado alemán a que antes del 31 de diciembre de 2018 dé reconocimiento jurídico general en el Registro civil a la existencia de un tercer sexo. Pero sobre todo, hay que destacar que en España son ya numerosas las normativas autonómicas que han desarrollado medidas antidiscriminatorias respecto del trato dispensado a los intersexuales, entre otros, en el ámbito de la educación [arts. 22 a 26

de la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia; art. 12 de la Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia; arts. 20 a 24 de la Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; arts. 23 a 25 de la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación de la Comunidad de Madrid; arts. 25 a 28 de la Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; art. 12 de la Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears; arts. 21 a 24 de la Ley 8/2017, de 7 de abril, integral del reconocimiento del derecho a la identidad y a la expresión de género en la Comunitat Valenciana; arts. 26 a 29 de Ley Foral Navarra 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+, y los arts. 13 a 16 de la Ley 8/2017, de 28 de diciembre, para garantizar los derechos, la igualdad de trato y no discriminación de las personas LGTBI y sus familiares en Andalucía].

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

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

La última circunstancia, y no la menor, que me ha llevado a sostener el carácter intrínsecamente sospechoso de discriminación de la segregación sexual es que se proyecta en el ámbito del servicio público educativo del que forman parte los centros docentes privados concertados (art. 108.4 LOE). Citaba anteriormente la sentencia del caso Brown poniendo de manifiesto la importancia que también dio el Tribunal Supremo de Estados Unidos a que en aquel caso el principio «separados pero iguales» estuviera enmarcado en el ámbito docente. No me resisto a transcribir el párrafo que creo que es demostrativo de que lo determinante para conseguir la unanimidad en aquel caso fue la conciencia de todos los magistrados de aquel Tribunal, con independencia de su

ideología, del fundamental papel que juega la educación en una sociedad democrática: 'Posiblemente la educación sea hoy la función más importante de las Administraciones federales y locales. Las leyes que declaran obligatoria la escolarización y el gran presupuesto que se dedica a la educación demuestran la importancia que se da a la educación en la sociedad democrática. Está incluida entre los requisitos para poder cumplir los deberes públicos más elementales, incluso para servir en las fuerzas armadas. Es el fundamento básico de una auténtica ciudadanía. Representa el principal instrumento para despertar los valores culturales en los niños, para prepararles en el aprendizaje profesional y para ayudarles a adaptarse con normalidad a su medio. En estos días, no es razonable afirmar que un niño pueda tener expectativas de éxito en la vida si se le niega la oportunidad de una educación. Tal oportunidad, allí donde el Estado ha asumido tal prestación, es un derecho que debe ser facilitado a todos en igualdad de condiciones'.

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

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

Con este marco constitucional sobre la función encomendada al sistema educativo, permitir la implantación de un sistema de segregación sexual en la prestación de este servicio público es un acicate más en favor de su carácter intrínsecamente sospechoso de discriminación. Difícilmente puede cumplirse el mandato de formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural en condiciones de igualdad a través de un sistema de segregación sexual. Un sistema que estructuralmente introduce al alumnado en un microcosmos social de unisexualidad, que nada tiene que ver con la pluralidad y normalidad de la interacción sexual propia de las sociedades democráticas avanzadas y que se constituye, además, con frecuencia en el único o principal núcleo generador de imputaciones sociales, no puede entenderse como un sistema propicio para dar cumplimiento a ese mandato constitucional.

El sometimiento de la implantación de la segregación sexual a un específico sistema de control administrativo tendente a garantizar la efectividad del cumplimiento de esos fines trascendentes al mero carácter instrumental de transmisión de conocimiento mediante la exigencia de que estos centros deban también justificar las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad no resulta suficiente. En última instancia, la formación de personas responsables llamadas a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural en condiciones de igualdad y tolerancia no es una cuestión de aprendizaje teórico que dependa de medidas

académicas, sino vivencial. De esa vivencia, esencial para el desarrollo personal preparatorio para una vida en una sociedad en que es prevalente el valor de la convivencia entre sexos y la superación de paradigmas y estereotipos sexistas, es de la que también se priva al alumnado en los modelos de segregación sexual.

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

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

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

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

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

Expuse anteriormente que en el ámbito internacional, regional y nacional de los derechos humanos antidiscriminatorios la carga de la prueba del carácter justificado y proporcionado de cualquier situación de hecho o jurídica que utilice uno de los motivos proscritos de discriminación corresponde al Estado. En el presente caso, el legislador no ha desarrollado ningún esfuerzo argumental en la exposición de motivos de la LOMCE para dar a conocer las razones justificativas de la decisión de permitir la segregación sexual en los centros privados concertados. Esta circunstancia es especialmente reprochable habida cuenta de que se venía a modificar una situación normativa y jurisprudencial de protección a la universalización de la prestación del servicio público de la educación por parte de los centros públicos y privados concertados mediante el modelo de integración sexual. Cualquier situación regresiva en el estándar normativo de protección de los derechos fundamentales exige una motivación especialmente reforzada. La jurisprudencia constitucional está siendo severamente estricta en el control del cumplimiento de la exigencia formal de que se justifique debidamente la situación de urgencia y extraordinaria necesidad cuando se recurre al decreto-ley en el convencimiento de que es un presupuesto constitucional habilitante por tratarse de una norma excepcional dentro del sistema de fuentes que altera las reglas de la división de poderes propias de un sistema democrático. Ese mismo nivel de control debe ser

reivindicado respecto del cumplimiento de la exigencia formal de que se justifique debidamente el excepcional interés que puede permitir el uso de alguno de los motivos discriminatorios en el convencimiento de que es un presupuesto constitucional habilitante por tratarse de una situación excepcional que altera la prohibición de discriminación como elemento esencial de un sistema democrático. Una jurisprudencia constitucional que se toma en serio su función de control constitucional en relación con el sistema de fuentes no debe ser menos seria cuando esa función de control se proyecta en relación con la prohibición de la discriminación.

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

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

En el ámbito del derecho antidiscriminatorio, junto con las consideraciones sobre la carga probatoria, también se han desarrollado determinadas exigencias respecto de la calidad y suficiencia de la prueba. Vuelvo a la ya citada *Sentencia United States v. Virginia (1996) 518 US 515*, en que el Tribunal Supremo de Estados Unidos declaró la inconstitucionalidad de la segregación sexual en una academia educativa militar exclusivamente masculina financiada con fondos públicos. En esa sentencia se muestra un buen ejemplo sobre el significado de la calidad de la prueba en este tipo de procedimientos de segregación sexual docente al señalar, recordando jurisprudencia previa, que la prueba '[t]iene que acreditar `como mínimo que la diferencia de trato atiende a objetivos e intereses relevantes de los poderes públicos y que las concretas medidas discriminatorias encaminadas a su consecución permiten real y sustancialmente alcanzarlos` (*Mississippi University For Women v. Hogan*, 1982, citando *Wengler v. Druggists Mut. Ins. Co.*, 1980). Debe tratarse de un objetivo real, nunca hipotético o inventado *a posteriori* una vez entablado el pleito. Tampoco es suficiente una justificación que consista en los consabidos y vagos argumentos tópicos sobre las diferencias de talento, capacidad y aptitudes entre los hombres y las mujeres (*Weinberger v. Wiesenfeld*, 1975, y voto particular de Stevens en *Califano v. Goldfarb*, 1977)'.

La aplicación de estos criterios sobre la calidad de la prueba de la justificación de una medida discriminatoria, aun siendo consciente de que no es función del Tribunal intermediar en debates técnicos y de que este es uno de los supuestos en que resultaba pertinente la práctica de prueba —fatalmente proscrita en la práctica diaria del Tribunal—, me llevan a considerar que en el presente caso se está ante una justificación fundamentada en el tópico sobre las diferencias de aptitudes entre los hombres y las mujeres, que proviene de un estereotipo sexista y en sí mismo es insuficiente para enervar el carácter intrínsecamente sospechoso de discriminación de este tipo de segregaciones. Además, concurren ciertas circunstancias en el caso español que me permiten mantener las dudas de que ese argumento tópico, bajo a la apariencia de una neutralidad metodológica, encubre prejuicios ideológicos. Son hechos no controvertidos que (i) muchos de los colegios privados, ahora concertados, que tiene implantada la segregación sexual siguen ese modelo desde los años 60 y, por tanto, están fundados en un contexto normativo en que, como ya se ha señalado, la segregación sexual se fundamentaba en la necesidad de aportar una educación diferenciada por sexos para adaptar los programas educativos al cumplimiento de roles sociales sexistas; y (ii) un número de estos centros están vinculados con idearios que sostienen posiciones particularistas sobre distribución de roles sociales

entre los sexos. Al no despejarse estas dudas, las reglas sobre presunción probatoria inclinan la balanza en favor de confirmar que no se puede excluir que la segregación sexual escolar implique una medida discriminatoria injustificada y, por ello, contraria al art. 14 CE.

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

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

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

Me sirve de consuelo pensar que estos problemas estructurales de desproporcionalidad que descubro en el análisis abstracto de la normativa controvertida se van a convertir en insalvables para que las administraciones educativas competentes otorguen los conciertos. La necesidad de que cualquier decisión administrativa para acceder a los conciertos quede condicionada a la efectividad de que esos centros acrediten las medidas académicas que deben desarrollarse para favorecer la igualdad — con su correspondiente posibilidad de control jurisdiccional— dificulta seriamente la viabilidad e implantación del sistema. No se trata solo de la imposibilidad estructural ya señalada de que ninguna medida educativa que intenten los centros introducir en su memoria educativa puede sustituir la función vivencial de la igualdad que como fin constitucional tiene encomendado el sistema educativo o posibilite integrar a las personas intersexuales, sino también de que la concreta decisión de autorizar el concierto de estos centros y que pasen a ser prestadores del servicio público de la educación se haría en condiciones tales que contravendrían, allí donde se hayan aprobado, las respectivas normativas autonómicas de protección contra la discriminación de los intersexuales. Por tanto, incluso asumiendo que la segregación sexual escolar se inspirara en un carácter exclusivamente técnico y por ello fuera capaz de justificar la diferencia de trato sexual que implica, considero que tampoco es capaz de superar en abstracto un test de proporcionalidad. Más allá de ello, estos problemas de inconstitucionalidad de la norma que yo señalo, todavía pueden solventarse mediante la ulterior intervención de las autoridades administrativas competentes, que también deben garantizar el carácter proporcionado en concreto de la decisión de concertar estos centros mediante una verificación de la suficiencia de las medidas educativas propuestas, que, desde la perspectiva del art. 14 CE, es controlable en la vía jurisdiccional ordinaria y, en su caso, de amparo.

II. La regulación de la asignatura de religión vulnera el principio constitucional de la aconfesionalidad del Estado

1. La discutible equiparación material entre la enseñanza confesional y no confesional de los valores que constituyen el fundamento de la convivencia

Los diputados recurrentes también han controvertido la constitucionalidad del diseño de la enseñanza religiosa al considerar que la alternatividad de la asignatura de 'Religión' con las asignaturas de 'Valores Culturales y Sociales' —en primaria— o 'Valores Éticos' —en secundaria—, conjuntamente con la desaparición de la asignatura obligatoria de 'Educación para la Ciudadanía', implica una equiparación material entre la enseñanzas confesional y no confesional de los valores que constituyen el fundamento de la convivencia, que vulnera el principio de aconfesionalidad del Estado y resulta discriminatoria para quienes opten por la asignatura de 'Religión', al verse privados de la posibilidad de cursar la de 'Valores Culturales y Sociales' o 'Valores Éticos'.

La opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia ha rechazado esta impugnación afirmando que (i) el nuevo diseño educativo ha optado por abordar la transmisión de los valores y principios fundamentales de la democracia, conformadores de la desaparecida asignatura de 'Educación para la Ciudadanía', de manera transversal en las asignaturas troncales, garantizando de ese modo su acceso universal a todos los alumnos; y (ii) la asignatura de 'Religión' y las de 'Valores Culturales y Sociales' o «Valores Éticos» no son excluyentes en la medida en que se prevé legalmente que, en función de la regulación y de la programación de la oferta educativa que establezca cada Administración educativa y, en su caso, de la oferta de los centros docentes, el alumnado pueda cursar simultáneamente ambas opciones.

No puedo compartir una argumentación que, más allá de su aparente corrección formal, considero que no ha tenido la intención de afrontar el fondo de la cuestión planteada por los recurrentes de la postergación de la educación en valores democráticos en favor —y siendo sustituida por— la educación en valores religiosos. Una lectura omnicomprendensiva del diseño educativo implantado por la LOMCE pone de manifiesto su inconstitucionalidad, ya que (i) la asignatura obligatoria de 'Educación para la ciudadanía' ha desaparecido y ha sido sustituida por las de 'Valores Culturales y Sociales' o 'Valores Éticos'; (ii) estas últimas se han configurado como asignaturas alternativas a la de 'Religión'; y (iii) todo ello ha provocado la doble inconstitucionalidad del diseño normativo (a) por la equiparación axiológica entre el contenido de las asignaturas de 'Religión' y 'Valores Culturales y Sociales' y 'Valores Éticos', contraria a la aconfesionalidad del estado; y (b) por la imposibilidad del alumnado que opte por la asignatura de 'Religión' a acceder a una enseñanza en valores democráticos y derechos humanos, lo que implica su discriminación.

2. La desaparición de la asignatura de 'Educación para la ciudadanía' y su sustitución por las de 'Valores Culturales y Sociales' o 'Valores Éticos'.

El análisis del nuevo diseño de la enseñanza religiosa implantado por la LOMCE no puede valorarse de espaldas al hecho de la desaparición de la asignatura de 'Educación para la ciudadanía'. El establecimiento de un asignatura de estas características venía avalada, en el marco del Consejo de Europa, por la Recomendación CM/Rec (2002)12 del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la educación para la ciudadanía democrática y la Recomendación CM/Rec (2010)7 del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre la Carta del Consejo de Europa sobre educación para la ciudadanía democrática y educación en derechos humanos. El Consejo de Estado en su dictamen 172/2013, de 19 de abril, sobre el anteproyecto de ley que después se convertiría en la LOMCE, ya apuntó que la desaparición de esta asignatura y la previsión de las asignaturas de 'Valores Culturales y Sociales' o 'Valores Éticos' como específicas obligatorias pero alternativas a la de 'Religión' implicaría 'que a lo largo de toda su formación obligatoria y posobligatoria los alumnos pueden no haber cursado esa asignatura', señalando que '[a]caso procedería imponerla como obligatoria en algún momento' e incidiendo en que la mayoría de los países europeos incluyen en sus

currículos educativos contenidos de formación en ciudadanía democrática y derechos humanos.

En ese contexto, por más que la opinión mayoritaria pretenda defender el mantenimiento del contenido propio de la educación de la ciudadanía democrática y en derechos humanos para su transmisión transversal en el resto de asignaturas troncales, no puede obviarse el hecho objetivo de que la desaparición de la asignatura de 'Educación para la Ciudadanía' se produce con la coincidencia de que aparecen las asignaturas de 'Valores Culturales y Sociales' —en la primaria— y 'Valores Éticos' —en la secundaria—. Por tanto, más allá de la apelación de la existencia de una difusa transmisión transversal de los valores constitucionales, la lógica normativa lleva a pensar que en el nuevo diseño de las enseñanzas establecido por la LOMCE las asignaturas en las que se reside el contenido de la educación de la ciudadanía democrática y en derechos humanos son las de 'Valores Culturales y Sociales' y 'Valores Éticos'. A esa misma conclusión, como se expuso anteriormente, llegó el Consejo de Estado y viene reforzada si se comparan estas asignaturas con el contenido de las otras asignaturas alternativas que se han establecido en los diversos modelos implantados durante el actual periodo constitucional.

3. El carácter alternativo y excluyente de la asignatura de 'Religión' y las asignaturas de 'Valores Culturales y Sociales' o 'Valores Éticos'.

La opinión mayoritaria, aun reconociendo el carácter alternativo de estas asignaturas, niega la premisa de que sean excluyentes. Se argumenta que si bien aparecen en los arts. 18.3.b); 24.4.b) y 25.6.b) LOE, entre las materias del bloque de asignaturas específicas, como alternativas a elección de los padres y alumnos, sin embargo, esto no implica que indefectiblemente no puedan cursarse conjuntamente, ya que en los arts. 18.3.c); 24.4.c) y 25.6.c) LOE cabe nuevamente optar por cualquiera de ellas.

No es un argumento convincente. Hay dos elementos que permiten avalar que se trata de una mera posibilidad legal formal con la intención de evitar ese carácter excluyente pero de una viabilidad material inexistente o, al menos, muy alejada de una posibilidad real de implementación y, sobre todo, y eso es lo determinante para que defienda su inconstitucionalidad, que, en ningún caso depende de la sola voluntad de los progenitores o alumnos sino que queda en manos de la programación educativa de cada Administración educativa y colegios.

El primer elemento es la propia génesis normativa de estos preceptos. En el anteproyecto de ley que el Gobierno remitió al Consejo de Estado para informe, la regulación proyectaba solo la posibilidad de opción entre 'Religión' o 'Valores Culturales y Sociales' —en primaria— o 'Valores Éticos' —en secundaria—. Esto es, en el anteproyecto sí se verificaba el presupuesto fáctico de que quien elegía la asignatura de 'Religión' quedaba excluido en todo caso de la posibilidad de cursar 'Valores Culturales y Sociales' o 'Valores Éticos'. En relación con ese anteproyecto, el ya citado dictamen del Consejo de Estado 172/2013, de 19 de abril, afirmó que '[h]ay que advertir que la proyectada reforma establece como optativa a la Religión la materia de Valores Culturales y Sociales, o Valores Éticos, de modo que su mantenimiento, en su caso, discriminaría a los alumnos que al elegir la primera no cursarán asignatura alguna sobre valores sociales y éticos a lo largo de toda su formación'. El Gobierno, asumiendo esa objeción, modificó la redacción del anteproyecto y ya en el proyecto de ley incluyó entre las asignaturas específicas, además de la opción entre 'Religión' o 'Valores Sociales y Cívicos' y 'Valores Éticos', la posibilidad de que '[e]n función de la regulación y de la programación de la oferta educativa que establezca cada Administración educativa y en su caso de la oferta de los centros docentes' se cursara también 'Religión' o 'Valores Sociales y Cívicos' y 'Valores Éticos' en cada uno de los cursos. Posteriormente, durante la tramitación parlamentaria, se incluyó en la ley la mención a que esa nueva elección se haría solo si los padres, madres o tutores legales o, en su caso, el alumno o alumna no han escogido la asignatura en la elección indicada en el apartado anterior.

El segundo elemento relevante es que, tal como quedó configurado el sistema en la normativa impugnada, la posibilidad real de cursar simultáneamente ambas opciones en el mismo año académico no queda absolutamente garantizada para los progenitores o alumnos. Esa posibilidad está condicionada a que, 'en función de la regulación y de la programación de la oferta educativa que establezca cada Administración educativa y, en su caso, de la oferta de los centros docentes', resulte posible compatibilizar ambas asignaturas. Esto es, si bien la norma controvertida garantiza el derecho a la opción entre las asignaturas de 'Religión' o 'Valores Sociales y Cívicos' y 'Valores Éticos' y, además, obliga a cursar alguna de ellas; sin embargo, no garantiza el derecho a que se pueda optar por cursarlas simultáneamente, al hacer depender esa posibilidad de la doble condición de, por un lado, la oferta educativa que establezca cada Administración educativa y, por otro, la oferta de cada centro docente.

Por tanto, se pone de manifiesto que (i) la intención primigenia, en atención al tradicional tratamiento de la asignatura de 'Religión' cuyo estudio no puede ser impuesto, era establecer su alternatividad con las de 'Valores Sociales y Cívicos' y 'Valores Éticos'; (ii) la inclusión de una 'posibilidad' de cursarla simultáneamente en el mismo año académico se introdujo con el fin, precisamente, de solventar uno de los problemas de constitucionalidad ahora alegados por los diputados recurrentes; y (iii), en todo caso, esa 'posibilidad' no queda garantizada a la libre decisión de los progenitores y alumnos al estar condicionada por decisiones de oferta tanto de la Administración educativa como de los centros escolares. En estas condiciones, se comprenderá mi discrepancia con un argumento, como el utilizado por la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, que no solo es meramente formal, sino que, además, omite ponderar el relevante aspecto de que en, ningún caso, se garantiza a progenitores y alumnos la posibilidad real de cursar simultáneamente ambas asignaturas.

4. La doble inconstitucionalidad del diseño normativo.

La conclusión de todo lo expuesto es que considero que los diputados recurrentes tienen razón al señalar que el diseño normativo establecido en los preceptos impugnados incurre en el doble motivo de inconstitucionalidad de (i) ser contrario al principio de aconfesionalidad del Estado por establecer una equiparación material entre el contenido de las asignaturas de 'Religión' y 'Valores Culturales y Sociales' y 'Valores Éticos', pretendiendo hacer equivalentes la enseñanza confesional y no confesional de los valores que constituyen el fundamento de la convivencia; y (ii) ser discriminatorio por no garantizar al alumnado que opte por la asignatura de 'Religión' a acceder a la enseñanza en valores democráticos y derechos humanos.

El carácter discriminatorio de la norma impugnada no creo que necesite mayor desarrollo. Baste recordar la ya mencionada posición del Consejo de Estado sobre este particular. Me parece más necesario concentrarme en la vulneración del carácter aconfesional del Estado. Esta radica no solo en el hecho de la equiparación material entre las enseñanzas confesional y no confesional de los valores que constituyen el fundamento de la convivencia, sino en algo mucho más relevante: que esa equiparación conlleva que la enseñanza en valores democráticos y derechos humanos se residence en unos programas docentes y en un profesorado cuyo contenido y selección corresponde a las confesiones religiosas. La opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia incide en que uno de los contenidos esenciales del carácter aconfesional del Estado destacado por la STC 38/2007, de 15 de febrero, era que 'son únicamente las iglesias, y no el Estado, las que pueden determinar el contenido de la enseñanza religiosa a impartir y los requisitos de las personas capacitadas para impartirla' (FJ 9). Es más, en esa misma sentencia se afirma que 'si el Estado, en ejecución de la obligación de cooperación establecida en el art. 16.3 CE, acuerda con las correspondientes comunidades religiosas impartir dicha enseñanza en los centros educativos, deberá hacerlo con los contenidos que las autoridades religiosas determinen y de entre las personas habilitadas por ellas al efecto dentro del necesario respeto a la Constitución que venimos señalando' (FJ 9).

Como corolario de estos razonamientos, que tomo de la opinión mayoritaria, creo que el principio de la aconfesionalidad del Estado no permite hacer residenciar en programas educativos y profesorado elegidos por las confesiones religiosas la transmisión del contenido propio de los valores de la ciudadanía democrática y los derechos humanos: esto es lo que hace la ley sobre la que versa mi voto.

Finalizo. Nunca es agradable formular una opinión disidente. Representa la confesión pública de un fracaso en la capacidad de persuasión para conformar una opinión mayoritaria. La pesadumbre por la obligación –quizá debiera decir necesidad– de formular este voto particular en este caso ha llegado a su máxima expresión. La discrepancia no se produce en un asunto en que se haya perdido la oportunidad de haber convencido a un número suficiente de magistrados sobre la necesidad de que la jurisprudencia constitucional hubiera establecido un avance en la interpretación de un derecho fundamental. El fracaso de quienes pensamos así ha consistido en que ni siquiera hemos sido capaces de convencer a la mayoría de que no se consagrara lo que considero —y espero que así sea percibido por cualquier espectador objetivo— una regresión en la lucha por una sociedad democrática libre de la lacra del sexismo. Lamento que haya sido así, pero soy consciente de que solo formo parte de una inmensa minoría en la defensa de la erradicación de cualquier tipo de discriminación sexual. Me es mucho más difícil de sobrellevar la carga de que, además, esta opinión mayoritaria supone un lastre en el progreso hacia una sociedad más igualitaria sexualmente y libre de cualquier prejuicio de binarismo sexual. Algún día, espero no muy lejano, sueño tener la posibilidad de celebrar que la sociedad se ha elevado y trascendido a cualquier tipo de segregación sexual. Mientras tanto, parafraseando al Juez Harlan en su voto particular a la *Sentencia Plessy v. Ferguson (1896) 163 US 53* hace más de 120 años –demasiado tiempo para lo poco que parece que se ha avanzado en algunos temas– solo me resta decir: cuando están en juego los derechos fundamentales de los ciudadanos, niego categóricamente a los legisladores o a los jueces la posibilidad de fijarse en su sexo o identidad sexual.

Y en este sentido emito mi Voto Particular».

Madrid, a veinticuatro de mayo de dos mil dieciocho.–Juan Antonio Xiol Ríos.–
Firmado y rubricado.

Voto particular que formula la Magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1433-2014

En el ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría, formulo el presente Voto particular por discrepar de una parte de la fundamentación y del fallo de la Sentencia recaída en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1433-2014, interpuesto por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias contra diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE).

Mi discrepancia se limita a la argumentación contenida en los fundamentos jurídicos 6 y 7, y a las consecuencias que dicha argumentación proyecta sobre el fallo.

En el fundamento jurídico 6 se desarrollan las razones que sostienen la desestimación del recurso interpuesto contra la nueva redacción dada por la Ley Orgánica para la mejora de la calidad educativa a los artículos 18.3 b) y c) 3 y 4, 24.4 b) y c) 7 y 8, 25.6 b) y c) 9 y 10, 34 bis.4 b) y 34 ter.4 y disposición adicional segunda de la Ley Orgánica de educación (LOE) que regulan las asignaturas de religión y de valores sociales y cívicos y valores éticos.

El fundamento jurídico 7, por su parte, sustenta la desestimación del recurso en lo que se refiere al apartado sexagésimo primero del artículo único LOMCE, que da nueva redacción al artículo 84.3 LOE, y la disposición transitoria segunda LOMCE. Todas estas

disposiciones se refieren a la educación diferenciada, su compatibilidad constitucional y su financiación.

Toda la argumentación por la que me aparto de este Sentencia, la desarrollé detenidamente en su día en mi Voto particular formulado a la STC 31/2018, de 10 de abril, a la que me remito.

Y en este sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a veinticuatro de mayo de dos mil dieciocho.—María Luisa Balaguer Callejón.—Firmado y rubricado.