

# EDUCACIÓN INCLUSIVA Y SEPARACIÓN DEL ALUMNADO POR RAZÓN DE SEXO. ¿UN DEBATE CONSTITUCIONAL CONCLUIDO TRAS LAS SSTC 34 Y 49/2023?<sup>1</sup>

MARIANO VIVANCOS COMES<sup>2</sup>  
*Universitat de València*

[https://doi.org/10.55104/ADEE\\_00029](https://doi.org/10.55104/ADEE_00029)

Recibido: 12/01/2024

Aceptado: 19/01/2024

**Abstract:** Constitutional rulings 34 and 49/2023 mark a significant shift in constitutional jurisprudence that affects education differentiated by sex and based on the functional diversity of the individual, as a consequence of the most recent educational reform promoted by the LOMLOE. Barely five years after having ruled on its full constitutional fit, an ideological conception of the educational system inspired by constitutional values now closes the means for public financing of the former and assumes a preference for the most inclusive regime within the system in the second, limiting the rights of families in both cases. A controversial judicial decision that not only narrows the margins of educational pluralism but may end up undermining the essential content of constitutionally recognized educational freedoms.

**Keywords:** Single-sex education/same gender education; coeducation; right to education; equality; sex discrimination; freedom of education; constitutional educational ideology; educational inclusion.

---

<sup>1</sup> El presente artículo es fruto de la participación del autor en el Seminario de Investigación titulado «Educación inclusiva y separación de alumnos y alumnas por razón de sexo» organizado por la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR) celebrado el día 11 de mayo de 2023, dirigido por Miguel RODRÍGUEZ BLANCO (Universidad de Alcalá), junto a las profesoras Almudena RODRÍGUEZ MOYA (UNED) y M.<sup>a</sup> del Mar NAVAS SÁNCHEZ (Universidad de Málaga).

<sup>2</sup> Profesor Permanente Laboral. Departamento de Derecho Constitucional y Ciencia Política y de la Administración (Universitat de València). «<https://orcid.org/0000-0003-1583-422X>».

**Resumen:** Las sentencias constitucionales 34 y 49/2023 marcan un significativo giro en la jurisprudencia constitucional que incide en la educación diferenciada por sexo y en función de la diversidad funcional del individuo, como consecuencia de la reforma educativa, más reciente, propiciada por la LOMLOE. Apenas un lustro después de haberse pronunciado respecto de su pleno encaje constitucional, una concepción ideológica del sistema educativo inspirada en valores constitucionales cierra, ahora, los medios para la financiación pública de la primera y asume una preferencia por el régimen más inclusivo dentro del sistema en la segunda, limitando el derecho de las familias en ambos casos. Una decisión judicial controvertida que no sólo estrecha los márgenes del pluralismo educativo sino que puede acabar por menoscabar el contenido esencial de las libertades educativas reconocidas constitucionalmente.

**Palabras clave:** Educación diferenciada por sexos; coeducación; Derecho a la educación; Igualdad; discriminación por razón de sexo; Libertad de enseñanza; ideario educativo constitucional; inclusión educativa.

SUMARIO: 1. Un viejo debate constitucional ante un nuevo contexto legal. 2. El panorama jurídico que se abre tras las SSTC 34 y 49/2023. 2.1 La discutida preferencia por el régimen más inclusivo. 2.2 Sustantividad de la defensa de la educación diferenciada en los recursos de inconstitucional planteados. 2.3 Un presupuesto ideológico que determina la resolución de una disputa jurídica. 3. Análisis constitucional de los principales argumentos manifestados por el TC. 4. Evidencias y certezas de la doctrina constitucional más reciente sobre la educación diferenciada. 5. ¿Dónde reside el verdadero sustento constitucional del modelo? 5.1 El ensanchado del «ideario político constitucional». 5.2 La determinación del argumento de género. 5.3 ¿Dónde quedó el debate sobre la intersexualidad en las aulas? 6. Conclusiones. Bibliografía.

## 1. UN VIEJO DEBATE CONSTITUCIONAL ANTE UN NUEVO CONTEXTO LEGAL

Desde la promulgación de la Constitución española de 1978, generalmente, se ha reconocido que la prevalencia del principio de coeducación –proclamado legalmente como uno de los fines del sistema educativo español–, no excluía la posibilidad de la opción por modelos de educación diferencial mino-

rizadas<sup>3</sup>, tanto en su modalidad especializada, como separada por sexos. La primera –que es donde, verdaderamente madura el concepto mismo de inclusividad educativa–, siempre se ha considerado un «factor secundario y subsidiario respecto de la escolarización en centros ordinarios», según Fernando Rey Martínez,<sup>4</sup> para quien la interpretación judicial de los continuados marcos normativos se ha ido endureciendo en las últimas décadas, incluso en el ámbito constitucional<sup>5</sup>. Por lo que respecta a la segunda, tanto el lejano precedente de la STS núm. 3356/2006, de 26 de junio (recurso núm. 335/2000) que indica que «las situaciones que pueden generar discriminación por razón de sexo (diferentes currículos o criterios de evaluación, estrategias de motivación basadas en estereotipos, etc.) se pueden producir tanto en la educación integrada como en la diferenciada»; como la posterior STS núm. 7991, de 23 de julio de 2012 (recurso de casación núm. 4.591/2011) que avala la legitimidad de ambos modelos (mono-educativo e integrado), dada su instrumentalidad al servicio de la

---

<sup>3</sup> Según los datos oficiales, más de 40.618 alumnos están escolarizados en centros de educación especial (478), un 18,4% del total de los 748.054 estudiantes con necesidades educativas específicas, según el documento *Estadística de las Enseñanzas no universitarias. Alumnado con Necesidad Específica de Apoyo Educativo curso 2021-2022*. Ministerio de Educación y Formación, Madrid, 2023. Mucho menor es la cifra que representa la educación diferenciada en España, un 0,57% del total de centros en España de los cuales únicamente 51 reciben ayuda pública.

<sup>4</sup> Ver el capítulo referido a la segregación por discapacidad que se contiene en la obra de REY MARTÍNEZ, Fernando, *Segregación escolar en España. Marco teórico desde un enfoque de derechos fundamentales y principales ámbitos: socioeconómico, discapacidad, etnia y género*. Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 59-78.

<sup>5</sup> El autor citado hace referencia a la STC 10/2014, de 27 de enero, que deniega el amparo (con dos votos particulares) solicitado por la familia de un menor derivado a un centro de educación especial en contra de la voluntad de aquella. En la argumentación jurídica del Alto Tribunal puede visibilizarse el objetivo de la inclusividad educativo –esto es el deber de promoción de la escolarización de los menores en un centro de educación ordinaria– consecuencia del marco normativo vigente. Una tendencia a la escolarización ordinaria que, según el Alto Tribunal, únicamente debe ceder «cuando los ajustes que deba(n) realizar(se) (...) sean desproporcionados o no razonables» (FJ 4.º). Lo que le lleva a concluir que el verdadero debate se sitúa en un modelo integrativo, más que en el auténticamente inclusivo, REY MARTÍNEZ, Fernando, *Segregación escolar...*, cit., p. 63. En las sentencias constitucionales que van a ser el verdadero objeto del presente trabajo, se hace referencia a otro precedente significativo a *sensu contrario*, la STC 81/2021, de 19 de abril, donde nuevamente se deniega el amparo solicitado a una familia contra la resolución administrativa que suspendía su asistencia al centro público en que estaba matriculado hasta que se aportara un diagnóstico médico del menor con una propuesta de tratamiento por haberse adoptado como última ratio, tras haber el centro «volcado todos sus recursos [...] para abordar la situación con los medios a su alcance» [FJ 3.º B) b)]; sentencia que también cuenta con un voto particular discrepante y que evidencia el giro jurisprudencial que premonitoriamente advierte el profesor Rey en su fundamental monografía, REY MARTÍNEZ, Fernando, *Segregación escolar...*, cit., p. 61. Sobre esta cuestión, también puede resultar de interés la reciente contribución de la profesora SOUTO GALVÁN, Clara, «La educación (inclusiva) y su desarrollo estatutario», *Ensancho los horizontes del autogobierno*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 180-198.

persecución de los objetivos educativos, constituyen hitos jurisprudenciales<sup>6</sup> que favorecen una interpretación *pro libertate* de la legislación educativa confirmada por la STS núm. 749, de 4 de mayo de 2017<sup>7</sup> (recurso núm. 3337/2015) al establecerse que «no se puede asociar la enseñanza separada con la discriminación por razón de sexo» y que la enseñanza mixta constituye «un medio, no el único, de promover la eliminación de aspectos de la desigualdad por razón de sexo». Argumentación reiterada por la jurisprudencia constitucional, a partir del «caso principal» que representa la STC 31/2018, de 10 de abril<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2012 (recurso de casación núm. 4591/2011), 24 de julio de 2012 (recurso de casación núm. 5423/2011), 9 de octubre de 2012 (recurso de casación núm. 5182/2011), 14 de enero de 2013 (recurso de casación núm. 1303/2012), 15 de enero de 2013 (recurso de casación núm. 4928/2011), 21 de enero de 2013 (recurso de casación núm. 5069/2011), 22 de enero de 2013 (recursos de casación núms. 5414/2011, 6251/2011, 541/2012 y 4595/2011) y de 23 de enero de 2013 (recurso de casación núm. 1171/2012). Aunque han existido, también, sentencias contrarias a dicha doctrina, como la de 23 de junio de 2014 (recurso de casación núm. 2251/2012). En contra, la línea jurisprudencial iniciada con las SSTS 5492/2012 de 26 de junio de 2012 (recurso casación núm. 4591/2011) y 5498/2012, de 24 de julio (recurso de casación núm. 5423/2011) y que se extienden en otros pronunciamientos del Tribunal hasta la STS 3274/2014, de 17 de junio de 2014 (recurso de casación núm. 2151/2012), sin olvidar el precedente de 2008: STS 2370/2008, de 16 de abril (recurso de casación núm. 675/2005). Sobre esta cuestión, pueden consultarse los trabajos de CALVO CHARRO, María, «El tratamiento de la igualdad y la reforma de la enseñanza diferenciada en la LOMCE», en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.<sup>a</sup> del Carmen, *Claves de la reforma educativa: a propósito de la nueva Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa*, Editorial Colex, Madrid, 2015, pp. 153-194, y CENTENERA SÁNCHEZ-SECO, Fernando, «Educación diferenciada y conciertos educativos: algunas consideraciones a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXX (2014), pp. 767-796.

<sup>7</sup> Con este fallo, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo da la razón a la Federación Andaluza de Centros de Enseñanza Privada frente a la Junta de Andalucía. Esta resolución se refiere concretamente al centro privado concertado Altair, de Sevilla, donde la Junta estimaba que el centro infringía el artículo 14 de la Constitución en cuanto a la discriminación por razón de sexo, la Ley Orgánica de Educación (LOE), la Convención de la Unesco y la ley para la promoción de la igualdad de género en Andalucía.

<sup>8</sup> SSTC 31/2018, de 10 de abril de 2018 (recurso de inconstitucionalidad núm. 1406-2014), FJ 4.º; 49/2018, de 10 de mayo (recurso de inconstitucionalidad núm. 1385-2014), FJ 7.º; 53/2018, de 24 de mayo (recurso de inconstitucionalidad núm. 1433-2014) FJ 7.º; 66/2018, de 21 de junio (recurso de inconstitucionalidad núm. 1435-2014), FJ 6.º; 73/2018, de 5 de julio (recurso de amparo núm. 9138-2008), FJ 3.º; y 74/2018, de 5 de julio (recurso de amparo núm. 210-2013), FJ 4.º c), respectivamente. La primera de este conjunto de sentencias constitucionales, resuelve el recurso de inconstitucionalidad 1406-2014, interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE). Sobre la primera puede consultarse RAMOS HERNÁNDEZ, Pablo, «Sentencia Tribunal Constitucional 31/2018, de 10 de abril [BOE núm. 124, de 22-V-2018]. La educación segregada por sexo en el caso de la Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE)», *Ars Iuris Salmanticensis*, 6 (2018), 290-293; y NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar, «¿Diferenciar o segregar por razón de sexo? A propósito de la constitucionalidad de la educación diferenciada por sexo y su financiación pública. Comentario a la STC 31/2018 y conexas», *Teoría y Realidad Constitucional*, 43 (2019), pp. 473-498; y GONZAL-

El enfoque de igualdad de género, vehiculizado en la nueva ley educativa (LOMLOE)<sup>9</sup> a través del paradigma coeducativo<sup>10</sup> así como la perspectiva inclusiva (no sexista) que guía la orientación educativa y profesional ha venido a modificar la situación previa. Por un lado, mostrando una preferencia *ex lege* por el «régimen más inclusivo» –inciso introducido en el artículo 74.2 LOE– que se impone sobre el derecho de las familias atendiendo a la evolución juris-

---

vo CIRAC, Esperanza, «La LOMLOE y la educación diferenciada (breve estudio a la luz de la STC 31/2018, de 10 de abril)», *Revista General de Derecho Constitucional*, 34 (2021), pp. 1-39.

<sup>9</sup> Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (BOE núm. 340, de 30 de diciembre de 2020, 122868 a 122953). Su Exposición de Motivos, expresa lo siguiente: «Adopta un enfoque de igualdad de género a través de la coeducación y fomenta en todas las etapas el aprendizaje de la igualdad efectiva de mujeres y hombres, la prevención de la violencia de género y el respeto a la diversidad afectivo-sexual, introduciendo en educación secundaria la orientación educativa y profesional del alumnado con perspectiva inclusiva y no sexista», trasladado también en su articulado [artículo 1, que introduce un nuevo inciso en el art. 1 l) LOE]. También se ha señalado que «La LOMLOE explicita que se debe adoptar en el sistema educativo un enfoque de igualdad de género a través de la coeducación y, en todo su articulado, desarrolla actuaciones concretas sobre la igualdad efectiva, sobre la prevención de la violencia de género, la orientación educativa y profesional no sexista, la educación sexual, la educación emocional, la deconstrucción de estereotipos sexistas, el análisis de las desigualdades y discriminaciones por razón de sexo, la corresponsabilidad, la visibilización de las aportaciones de las mujeres y, finalmente, también la inspección del cumplimiento de todos estos aspectos», MORENO LLANEZA, Mariam, «Análisis de la LOMLOE con perspectiva coeducadora: pros, contras y propuestas», *Revista Curriculum*, 36, 2023, 142. Conectando tales aspectos con el más reciente pronunciamiento del TC (STC 34/2023, de 18 de abril) el profesor GARCÍA ROCA concluye que «la perspectiva de género se menciona como un principio pedagógico dirigido a las Administraciones públicas y centros educativos y no, por el contrario, a los alumnos a quienes el legislador no impone, por tanto, ninguna perspectiva o adhesión ideológica», *Lecciones de Derecho Constitucional*, Civitas, Madrid (2023), p. 601.

Para un aspecto crítico sobre la regulación contenida en la LOMLOE puede consultarse VIDAL PRADO, Carlos, «Una ley que rompe consensos: la LOMLOE escoge el camino equivocado», *Revista General de Derecho Constitucional*, 35 (2021), 1-23; SIMÓN YARZA, Fernando, «Los conciertos en la LOMLOE: Ruptura de un consenso constitucional», *Revista General de Derecho Constitucional*, 35 (2021), 1-32; VIVANCOS COMES, Mariano, «Límites a la libertad de enseñanza y Ley Orgánica de Educación (LOMLOE). Un debate constitucional en permanente definición», *Revista de Derecho Político*, 114 (2022), 89-117; MARTÍNEZ-CANDADO, Julia, «La educación diferenciada tras la aprobación de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre», *Revista General de Derecho Constitucional*, 36 (2022), 1-23; y BENEYTO BERENGUER, Remigio, «¿Puede ser inconstitucional la LOMLOE?», *Revista CEF Legal*, 255 (2022), pp. 81-110, entre otros.

<sup>10</sup> Según la RAE, el significado de la denominada coeducación (o acción de coeducar) consiste en «enseñar en una misma aula o con un mismo sistema educativo a alumnos de uno u otro sexo». Como puede evidenciarse tal definición no habla, en ningún momento, de una educación «no sexista», sino de un modelo de educación mixta. Aunque, del recurso gubernamental en contestación a la demanda, aquella no es una simple agrupación de niños y niñas («educación mixta») sino una «acción educativa intencional» para hacer una sociedad española más justa e igualitaria, libre de estereotipos sexistas, libre de violencia de género y dónde se eduque en la corresponsabilidad entre mujeres y hombres» y, en fin, para erradicar la desigualdad de género», objetivos que considera inalcanzables a partir de la educación diferenciada. Aunque termina calificando a la educación mixta o coeducativa de condición «necesaria pero no suficiente» a los fines señalados.

prudencial antes aludida. Así como el mandato dirigido a los poderes públicos en garantía de «una adecuada y equilibrada escolarización del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo (y) para evitar la segregación del alumnado por razones socioeconómicas o de otra índole», incluido en la nueva redacción del art. 87.1 LOE, donde se incluye nuevamente el sexo como categoría sospechosa.

Por otro lado, con la eliminación del inciso que excluía la discriminación por motivos de género en la organización de la educación diferenciada, se modifica la regulación del proceso de inscripción y admisión de estudiantes en los centros concertados (artículo 84.1). Esta modificación introduce la priorización y preferencia de los centros que promueven la coeducación en todas las etapas, así como la negación de cualquier asistencia económica pública a los centros que diferencian a los alumnos por sexo, como consecuencia de la nueva disposición adicional 25.<sup>a</sup> LOE. De esta manera, la legislación educativa favorece un modelo pedagógico específico, posibilitando negar las ayudas públicas a la escuela diferenciada.

El control de daños que obligaba la acción del legislador español al máximo intérprete constitucional era, desde luego, nada menor; ya que esta había reactivado no sólo las sospechas de legitimidad del modelo diferenciado que, ahora, no sólo se ve preterido sino imposibilitada su gratuidad en la práctica, condicionando la voluntad de las familias. Pese a la remisión a la ley y el amplio margen del que el legislador básico estatal dispone, no está tampoco en su mano vaciar el contenido de los preceptos constitucionales<sup>11</sup> hasta el punto de limitar el pluralismo o condicionar algunos elementos, como el ideario<sup>12</sup>, direc-

---

<sup>11</sup> Como ha señalado con acierto la mejor doctrina, «el constituyente previó un mínimo insalvable o invulnerable para cada libertad al imponer al legislador la obligación de respetar su contenido esencial», SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Estudios sobre las libertades públicas en el ordenamiento constitucional español (La voz de la sociedad civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 309.

<sup>12</sup> Este ha sido considerado «punto de confluencia» entre los derechos constitucionales derivados de la libertad educativa y que la reciente doctrina constitucional había considerado como parte de su contenido esencial. Véase, entre otros, a VIDAL PRADO, Carlos, «Educación y valores superiores del ordenamiento: igualdad y libertad», *IgualdadES*, 4 (2021), 268-269. Así como también, NUEVO LÓPEZ, Pablo, «Derechos fundamentales e ideario educativo constitucional», *Revista de Derecho Político*, 89 (2014), 206-238, donde se revisa el alcance del mismo precisamente ante la controversia constitucional suscitada en torno a la educación diferenciada.

Para DURÓ CARRIÓN, Susana, «Ideario educativo versus neutralidad de la escuela pública. Un eterno debate en España», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 36 (2021), pp. 147-180, el ideario constituye el elemento diferencial en cuanto al ejercicio de dos libertades constitucionales ejercitadas por los centros privados (ideológica y empresarial) cumpliendo una función «instrumental» como garantía del derecho de elección de las familias. Lo que le lleva a posicionarse críticamente contra el planteamiento legal formalizado en la LOMLOE que podría conculcar el mandato constitucional de neutralidad de la enseñanza pública.

tamente relacionado con los derechos –a la libre elección educativa y creación de centros, básicamente– que la Constitución española proclama.

Las SSTC 34<sup>13</sup> y 49/2023<sup>14</sup>, de 18 de abril y 10 de mayo, respectivamente, que vienen a resolver los recursos de inconstitucionalidad núms. 1760<sup>15</sup> y 1828<sup>16</sup>-2021 frente a la citada ley básica estatal, planteados por 52 y 88 diputados de los Grupos Parlamentarios de Vox y Popular en el Congreso de los Diputados, respectivamente, vuelven a terciar sobre dicha cuestión, devolviendo actualidad al debate sobre algunas «cuestiones controvertidas»<sup>17</sup> de nuestro sistema educativo; e insistiendo, en particular, en aquellas cuestiones que más directamente interpelaban a su inclusividad y al modo en que en aquél se oficializaba la «Constitución educativa del pluralismo»<sup>18</sup>.

La reciente jurisprudencia constitucional, al confirmar la plena constitucionalidad de la LOMLOE, resuelve las controversias suscitadas entorno a la educación inclusiva y diferenciada (o separada); haciéndolo de forma inconsecuente con su más reciente doctrina y a través de una argumentación deficiente que, para algunos, carece de «solidez argumental»<sup>19</sup>. Es más, a simple vista ambas sentencias contradicen la jurisprudencia previa que había permitido pronunciarse al Tribunal de Garantías sobre algunas sospechas (discriminación) o desafíos (inclusión) que se proyectaban sobre ciertos colectivos minorizados o grupos; y

---

<sup>13</sup> Pleno. Sentencia 34/2023, de 18 de abril de 2023 (BOE núm. 121, de 22 de mayo de 2023, 70644 a 70711).

<sup>14</sup> Pleno. Sentencia 45/2023, de 10 de mayo de 2023 (BOE núm. 139, de 12 de junio de 2023, 83807 a 83820).

<sup>15</sup> Dirigido contra la totalidad de la LOMLOE y, subsidiariamente, contra los apartados 56; 50, inciso «y la voluntad de las familias que muestren su preferencia por el régimen más inclusivo»; 55, inciso «para evitar la segregación del alumnado»; 1, inciso «a través de la consideración del régimen de la coeducación de niños y niñas»; 53; 83, inciso «los centros sostenidos parcial o totalmente con fondos públicos desarrollarán el principio de coeducación en todas las etapas educativas [...] y no separarán al alumnado por su género»; 10; 16; 17; 26 y 27; 11; 14; 25; 28 bis; 78; 89; 4; 19; 20; 13; 21; 23; 24; 26; 31; 36 bis; 32; 98; 75; 76; 76 bis, y 78 ter del artículo único de la misma.

<sup>16</sup> Este recurso impugnaba los Apartados 1, 8 bis, 10, 12, 16, 17, 27, 28, 29, 50, 55 bis, 56, 78, 81 bis, 83 y 89 del artículo único y Disposiciones adicionales tercera y cuarta de la LOMLOE.

<sup>17</sup> VIDAL PRADO, Carlos, *El derecho a la educación en España: Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*, Marcial Pons, Madrid, 2017. Entre las cuestiones que aborda el libro destacan la educación en valores cívicos y constitucionales, la pluralidad educativa y los centros docentes, las condiciones para la financiación pública de los centros concertados, la dotación económica de las becas y ayudas al estudio.

<sup>18</sup> Por usar la expresión que da título a la monografía de NUEVO LÓPEZ, Pablo, *La Constitución educativa del pluralismo. Una aproximación desde la teoría de los derechos fundamentales*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2009.

<sup>19</sup> MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, José Luis, «¿Puede el TC decir en 2023 lo contrario de lo que dijo, con sólido fundamento, en 2018?», *El Imparcial* (2023), de 25 de marzo, <https://www.elimparcial.es/noticia/252047/opinion/puede-el-tc-decir-en-2023-lo-contrario-de-lo-que-dijo-en-2018.html> (fecha de la última consulta: 22 de diciembre de 2023).

que, al reconocer «sin ambages» su plena constitucionalidad, había dispuesto también su financiación inmediata, únicamente condicionada al *compliance* legal y a las condiciones de «equiparabilidad» que el legislador había impuesto, abriendo la posibilidad de ésta incluso a los centros a los que se le había retirado.

Igualmente, la cuestión de inconstitucionalidad núm. 7824-2022 planteada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Navarra<sup>20</sup> –en relación al primero de los apartados de la disposición adicional vigésimoquinta de la LOE, nuevamente, en su versión actualizada por la LOMLOE–, ha sido finalmente inadmitida<sup>21</sup> por el Alto Tribunal el pasado 6 de junio. Las razones aducidas por el Alto tribunal son, básicamente, dos: por un lado, un juicio de relevancia incompletamente argumentado, al desatender la regulación autonómica que reproduce el precepto objeto de controversia; y por otro, su evidente falta de fundamentación, desde el momento que las citadas SSTC 34/2023, de 18 de abril (FJ 5.º), y 49/2023, de 10 de mayo (FJ 9.º), dan respuesta a los motivos de inconstitucionalidad en los que se basa aquella.

Por último, no podemos olvidar el recurso de inconstitucionalidad núm. 6706<sup>22</sup>-2022, planteado por los diputados de Vox, pendiente todavía de ser resuelto sobre ciertos contenidos de Ley de Igualdad de Trato<sup>23</sup> (obligatoriedad de la perspectiva de género en el ámbito legislativo estatal; lesión de la garantía institucional de una pluralidad de derechos y libertades fundamentales; contravención del principio de neutralidad institucional del Estado...), una ley de garantías que como su propia Exposición de Motivos la define «no pretende tanto reconocer nuevos derechos como garantizar los que ya existen» que ha reavivado la polémica sobre la posibilidad de acceso de los centros diferenciados al régimen de conciertos<sup>24</sup>. Aunque todavía no se ha publicado la sentencia referida, el Alto Tribunal al igual que hizo la STC 34/2023, de 18 de abril, (FJ 5º), respecto de una disposición análoga de

---

<sup>20</sup> Autos núms. 66 y 67/2022, de 7 de noviembre, del Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

<sup>21</sup> Auto del Tribunal Constitucional 300/2023, de 6 de junio de 2023.

<sup>22</sup> Dirigido, básicamente, contra los artículos 4, apartado 4; 9, apartado 1; 13, apartado 2; 20, apartado 2; y 47, apartados 2, 3 d) y 4 d), respectivamente.

<sup>23</sup> Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación (BOE núm. 167, de 13 de julio de 2022, 98071 a 98109). Este instrumento legal había sido un objetivo legislativo al menos desde 2011. Para más detalles sobre su precedente puede consultarse DURAN LALAGUNA, Paloma, «No discriminación e igualdad de trato: comentarios a un Proyecto de ley», *Nueva Revista*, 134 (2011), 142-151.

<sup>24</sup> Aunque el tenor del 2.º apartado del referido artículo 13 contempla una redacción ambigua («En ningún caso, los centros educativos que excluyan del ingreso en los mismos, discriminándolos, a grupos o personas individuales por razón de alguna de las causas establecidas en esta ley, podrán acogerse a cualquier forma de financiación pública») que casa mal con la reciente jurisprudencia constitucional que no ha considerado la presunción «discriminatoria» que el instrumento legal estatal proyecta.

la LOMLOE, argumenta que que, aunque la educación diferenciada por sexos no está prohibida por la Constitución, ello no implica que, necesariamente, deba recibir ayudas públicas, ya que el legislador puede legítimamente optar por su apoyo al modelo pedagógico coeducativo que promueve el valor constitucional de la igualdad<sup>25</sup>.

## 2. EL PANORAMA JURÍDICO QUE SE ABRE TRAS LAS SSTC 34 Y 49/2023

El último panorama jurídico relevante en relación con la educación inclusiva y diferenciada se presenta a través de las recientes SSTT 34 y 45/2023, las cuales abordan los recursos de inconstitucionalidad interpuestos respecto a la LOMLOE; un texto que ha seguido un proceso de tramitación verdaderamente anómalo<sup>26</sup>, como pondrán de manifiesto ambos recursos presentados.

---

<sup>25</sup> Nota Informativa núm. 57/2024, de 5 de junio. Puede consultarse en la siguiente dirección web: [https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP\\_2024\\_057/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2057-2024.pdf](https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2024_057/NOTA%20INFORMATIVA%20N%C2%BA%2057-2024.pdf) (Fecha de la última consulta: 10 de junio de 2024).

<sup>26</sup> Este tema ha sido destacado tanto en los dos recursos de inconstitucionalidad planteados contra el articulado de la LOMLOE, como por parte de la doctrina. El primer motivo del recurso de Vox impugna la totalidad de esta, destacando la «ausencia de garantías democráticas» al haberse aprobado durante el confinamiento pandémico; ahondando en que la presentación de enmiendas se llevó a cabo sin reuniones presenciales de los diputados del Congreso. También se denunciaba la falta de informes preceptivos por parte de los altos órganos consultivos (Consejo de Estado y Consejo Escolar,) lo que según los recurrentes agravaba su «déficit democrático». Para concluir señalando que la tramitación, durante el estado de alarma, se presenta como una «burla constitucional», violentando «la necesidad de un proceso deliberativo propio de una democracia representativa». Para los populares hubo un «ejercicio abusivo de la potestad de enmienda» sin que se llevase a cabo ningún control de la homogeneidad de éstas que correspondía a los órganos rectores de la Cámara condicionándose el *ius ad officium* de los parlamentarios. Las 320 enmiendas introducidas y aprobadas sólo en el trámite del Congreso, así como otros defectos formales que se sustanciaron durante toda su tramitación parlamentaria (consultas previas, alegaciones en el trámite de información pública; informes de los órganos administrativos correspondientes respecto a un texto sustancialmente distinto del que será debatido...) serán alguno de las tachas de inconstitucionalidad planteadas sobre la generalidad del texto. Por su parte, MUÑOZ DE PRIEGO se ha mostrado especialmente crítico con la técnica empleada por el legislador estatal a la hora de ensamblar la tríada legislativa conformada por la LOE-LOMCE-LOMLOE y, en especial, sobre el alcance de la disposición derogatoria que la LOMLOE contiene respecto de su precedente legal. Véase, MUÑOZ DE PRIEGO ALVEAR, Jesús, Informe sobre la muy deficiente técnica legislativa empleada en la LOMLOE y la incógnita sobre las consecuencias de dicha elección. Escuelas Católicas, Sevilla, 2021. «<https://masplurales.es/informe-sobre-la-muy-deficiente-tecnica-legislativa-empleada-en-la-lomloe-o-ley-celaa-y-la-incognita-sobre-las-consecuencias-de-dicha-eleccion/>». (Fecha de la última consulta: 5 de diciembre de 2023).

## 2.1 La discutida preferencia por el régimen más inclusivo

El primer asunto que cabe objetar a la decisión del Tribunal Constitucional, es como éste resuelve las dudas que la nueva regulación de la inclusión educativa –incorporada entre los «principios y los fines» del sistema educativo español, a partir de una nueva redacción de los arts. 1.a) y b) y 4.3 LOE– contenida en la LOMLOE. Cabe recordar los nuevos arts. 74.2 (inciso «y la voluntad de las familias que muestren su preferencia por el régimen más inclusivo»), y 87.1 (inciso «para evitar la segregación del alumnado»<sup>27</sup>), de la LOE en la nueva redacción dada por el legislador orgánico estatal. La primera disposición citada, garantiza que sean los profesionales especialistas quienes evaluarán a partir de la entrada en vigor de la norma estatal las necesidades de los alumnos con diversidad funcional, estableciendo el diferente escalado en cuanto a la modalidad de escolarización, «en los términos que establezcan las administraciones educativas» y siendo quienes, en última instancia, decidirán atendiendo «al interés del menor y a la voluntad de las familias que muestren su preferencia por el régimen más inclusivo».

Las dudas de inconstitucionalidad también terminaron por proyectarse sobre la disposición adicional 4.ª LOMLOE, que únicamente prevé la escolarización en «centros de educación especial» de aquel alumnado necesitado de «una atención muy especializada»; y que establece la necesidad de que el Gobierno estatal apruebe un plan para que, en una década, los centros ordinarios «cuenten con los recursos necesarios para poder atender en las mejores condiciones al alumnado con discapacidad». Mientras tanto, legalmente, se propone un período de transición para que los centros de Educación Especial se conviertan en centros de recursos educativos. Algo que suponía el establecimiento de una obligación legal de integrar a los alumnos con necesidades educativas especiales en centros ordinarios de titularidad pública que los recurrentes consideraban contrario al derecho de las familias.

Con los argumentos esgrimidos en la STC 34/2023, el TC avala el mantenimiento del «doble sistema de educación general y especial» en manifiesta contrariedad con lo estipulado en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad<sup>28</sup>. Posibilita, también, el refuerzo

---

<sup>27</sup> Como curiosidad, cabe destacar que el TC no entró a valorar dicho inciso, al darle el sentido interpretado por el Gobierno (otro tipo de alumnado), FJ 4.º d) y no, como pretendían los recurrentes, la escolarización del «alumnado que presenta necesidades educativas especiales» por razón de su discapacidad o de trastornos graves de conducta, de comunicación y del lenguaje. Lo que fue considerado por el Alto Tribunal un error en la apreciación del grupo parlamentario recurrente.

<sup>28</sup> Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (BOE núm. 96, de 21 de abril de 2008, 20648-20659).

que la ley materializa de la educación especial para escolarizar a los alumnos con discapacidad, prohibiendo su denegación por consideraciones, exclusivamente, financieras<sup>29</sup> pero, al mismo tiempo, considera esta como una línea excepcional. Algo, que según el máximo intérprete de la Constitución, no impide valorar las circunstancias específicas de cada caso, como plantea la disposición citada de la LOMLOE.

Puede considerarse, no obstante, que la argumentación del TC<sup>30</sup> prioriza algunos principios que inspiran el nuevo diseño legal del sistema educativo frente a un enfoque basado en derechos, dado que restringe la garantía que venía ofreciendo la jurisdicción ordinaria<sup>31</sup> como mecanismo de igualdad de

---

<sup>29</sup> Relacionado con esta cuestión está la denominada «paradoja (separadora) de la inclusión» (REY MARTÍNEZ, Fernando, *Segregación escolar...*, cit. 50-51), que pretende explicar que el avance en la integración de un modelo educativo unificado de las personas que sufren diversidad funcional exige una separación durante un tiempo limitado so pena en caer en una nueva segregación, que nunca podrá evitarse si no se les posibilita los apoyos o recursos complementarios. En contra de esta idea se ha manifestado VIDAL PRADO, Carlos, «Educación y valores...», cit. 265.

<sup>30</sup> No es la primera vez que el Alto Tribunal se manifestaba de manera específica sobre este derecho fundamental. La STC 10/2014, de 27 de enero, que resuelve el recurso de amparo núm. 6868-2012 permitió al Alto Tribunal pronunciarse sobre una resolución emitida por la comisión de escolarización que al acordar la continuación del hijo de los recurrentes en un colegio público de educación especial, vulnera los artículos 14, 15 y 27 CE. Sometiendo, por tanto, a interpretación jurisprudencial un supuesto de escolarización en unidades de educación especial a partir del anterior redactado del precepto que ahora es objeto de controversia constitucional. Del mismo, el máximo órgano judicial permite identificar «el principio general de la educación inclusiva y, únicamente, cuando los ajustes que deba realizar para dicha inclusión sean desproporcionados o no razonables, podrá disponer(se) la escolarización de estos alumnos en centros de educación especial». En este último caso, continúa la sentencia, «por respeto a los derechos fundamentales y bienes jurídicos afectados, dicha Administración (educativa) deberá exteriorizar los motivos por los que ha seguido esta opción». De esta manera, el TC enmarca el derecho a la educación inclusiva dentro de los derechos fundamentales y, precisamente por estar éstos en liza, exige justificar la inviabilidad de la integración del menor con diversidad funcional.

<sup>31</sup> En este sentido, referirse tanto a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3257/2011, de 9 de mayo (recurso de casación núm. 603/2010), donde se considera vulnerado el derecho a la educación, en conexión con el derecho a la igualdad, por la falta de provisión de medios requeridos para atender a niños con trastornos del espectro autista. De acuerdo, con esta, «se encuentran en una posición de desigualdad de partida que les hace acreedores de una respuesta de las Administraciones educativas adecuada a sus necesidades» (FJ 8.º). Como a la más reciente STS 1976/2017, de 14 de diciembre (recurso de casación núm. 2965/2016), relativa a un alumno escolarizado en un centro ordinario al que las autoridades educativas deciden trasladar a otro de carácter especial. La sentencia, partiendo de los artículos 14 y 27 CE, considera que «para garantizar la igualdad efectiva y la no discriminación en el ejercicio del derecho a la educación de los alumnos con una discapacidad o trastorno grave de conducta, rigen los principios de normalización e inclusión, tanto para el acceso como en la permanencia en el sistema educativo». La sentencia recalca en la LOE y recuerda que debe interpretarse conforme a los Tratados Internacionales, lo que pasa por el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 (Convención de NY). El TS aboga por que, dentro del sistema general de educación, en lo concerniente a los alumnos con necesidades educativas especiales, se «ha de facilitar su formación

oportunidades y no discriminación. Ignora, además, el sentido de la observación general núm. 4 (2016) formulada por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas –pese a que constituye un documento citado expresamente en la sentencia constitucional– que sostiene que «la inclusión de los alumnos con discapacidad en las clases convencionales sin los consiguientes cambios estructurales, [...] no constituye inclusión. Además, la integración no garantiza automáticamente la transición de la segregación a la inclusión» (apartado 11), considerándose incompatible con la Convención «el mantenimiento de dos sistemas de enseñanza: un sistema de enseñanza general y un sistema de enseñanza segregada o especial» (apartado 40); evitando mencionar el dictamen publicado en 2018<sup>32</sup>, que fue demoledor en su condena a España por mantener la segregación apuntada. Una contradicción del sistema español con el estándar internacional<sup>33</sup>.

## 2.2 Sustantividad de la defensa de la educación diferenciada en los recursos de inconstitucional planteados

A pesar de que, prácticamente hay una coincidencia sustancial en los motivos de rechazo esgrimidos<sup>34</sup> (eso sí con distintas argumentaciones, diferentes

---

efectiva, hacer ajustes razonables en función de sus necesidades individuales, que les cree un entorno que fomente al máximo un desarrollo académico y social, para lograr el objetivo de la plena inclusión», entendidos como medidas «necesarias y adecuadas con el único límite que no supongan una carga desproporcionada o indebida» (FJ 4.º).

<sup>32</sup> Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Informe de la investigación relacionada con España bajo el artículo 6 del Protocolo Facultativo*, de 4 de junio de 2017.

<sup>33</sup> Tempranamente denunciada por REY MARTÍNEZ, *op. cit.* 68-74.

<sup>34</sup> Ambos coinciden, no obstante, en oponerse firmemente a la eliminación del criterio de «demanda social» en la planificación de la oferta educativa y expresan preocupación por la confusión presente en el texto entre la universalización de la educación y su eventual monopolización estatal. También comparten la crítica a los posibles efectos adversos de la integración de la educación especial en la red ordinaria, denunciando la intención de hacerla desaparecer en un plazo de una década, lo cual favorecería la solución gubernamental en detrimento de las decisiones de las familias y contravendría el principio constitucional dirigido al colectivo.

Otro punto de convergencia es la pérdida del carácter vehicular del castellano como lengua de enseñanza, un cambio normativo impulsado por una enmienda transaccionada con ERC. Esta modificación elimina dicho carácter a las lenguas cooficiales o «propias», así como cualquier mención a la oficialidad del castellano, permitiendo la determinación autonómica de la lengua vehicular en la enseñanza en sus respectivos territorios. Este cambio contradice una consolidada doctrina del Tribunal Supremo y renuncia a garantizar una presencia mínima razonable del castellano en el sistema educativo español, especialmente después de la declaración de inconstitucionalidad del «cheque Wert» establecido por una disposición adicional de la derogada LOMCE.

En relación a la enseñanza religiosa, los diputados populares señalarán la inconstitucionalidad por «omisión», argumentando la inactividad del legislador. Por su parte, los representantes de Vox van un paso más allá al denunciar que la determinación del contenido de la asignatura queda en

serán sus argumentaciones o el peso de los temas en aquellas) el recurso de los diputados del Grupo Popular en el Congreso, sustantiviza la defensa de la educación diferenciada respecto del resto de cuestiones que atañen a la escuela concertada. Así, se critica la interpretación unívoca que el texto busca dar al enfoque coeducativo, reforzando la noción de la «exclusividad democrática» de la educación mixta y proyectando dudas sobre sus alternativas pedagógicas. Según los recurrentes, al hacerlo, el legislador orgánico se aparta de la jurisprudencia constitucional más reciente, que había respaldado su constitucionalidad y compatibilidad con el «ideario educativo constitucional»; imposibilitando ambos que fuesen obstáculo a su financiación pública, siempre sujeta a condiciones equiparables entre géneros. Por su parte, los representantes de Vox incidirán en idénticos argumentos al defender que los nuevos artículos<sup>35</sup> introducidos en la LOE, que promueven la coeducación y excluyen la discriminación por razón de sexo, serían contrarios a la libertad de enseñanza, al derecho al ideario del centro privado, a la elección de formación religiosa de los padres y a la obligación de ayudar a los centros docentes en igualdad. Al igual que en el supuesto anterior, la jurisprudencia constitucional precedente sirve ahora para proyectar las dudas sobre la constitucionalidad del planteamiento efectuado por el legislador estatal.

La STC 34/2023 desestimarán ambos recursos, al considerar que el artículo 27.9 CE no otorga un derecho constitucional a las ayudas (basándose en la jurisprudencia constitucional previa: SSTC 7/1985<sup>36</sup>, FJ 11.º, y 86/1985<sup>37</sup>, FJ 3.º) y porque la diferenciación introducida legalmente, entre distintas tipologías de centros educativos, supera el canon de «la razonabilidad de la dife-

---

manos del Estado, incumpliendo el principio de neutralidad al otorgarle un papel de «sujeto religiosamente capaz». La inclusión de asignaturas de carácter ideológico también podría atentar contra las creencias de padres y familias si difieren de los valores comunes que se pretenden incorporar como asignatura específica.

<sup>35</sup> En concreto, arts. 1 l), inciso «a través de la consideración del régimen de la coeducación de niños y niñas», y 84.3, sobre la admisión de alumnos, cuya nueva redacción ha suprimido el inciso que no consideraba discriminación por razón de sexo la organización de enseñanza diferenciada, y la disposición adicional vigesimoquinta LOE, que en su apartado 1.º establece que «los centros sostenidos parcial o totalmente con fondos públicos desarrollarán el principio de coeducación en todas las etapas educativas [...] y no separarán al alumnado por su género».

<sup>36</sup> Pleno. STC núm. 7/195, de 25 de enero (conflictos positivos de competencia núms. 91 y 96/1982) (BOE núm. 37, de 12 de febrero de 1985, 18-21). Promovidos tanto por el Consejo Ejecutivo de la Generalitat como por el Gobierno vasco contra tres Reales Decretos de 27 de noviembre de 1981 que determinaban las fiestas de ámbito nacional a efectos laborales y el establecimiento del calendario laboral.

<sup>37</sup> Pleno. STC núm. 86/1985, de 10 de julio (recurso de amparo núm. 193/1985) (BOE núm. 194, de 14 de agosto de 1985, 2 a 7). Promovido por el Ministerio Fiscal contra Sentencia de la Sala 3.ª del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1985 que estimaba parcialmente los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra tres Órdenes del Ministerio de Educación y Ciencia, de 16 de mayo de 1984, sobre régimen de subvenciones a centros docentes.

rencia normativa de trato» impuesto por el artículo 14 de la Constitución española [FJ 5.º g), h) e i)]. Reiterándose idéntico criterio en la segunda de las sentencias constitucionales (STC 49/2023), publicada con posterioridad.

### 2.3 Un presupuesto ideológico que determina la resolución de una disputa jurídica

El sentir mayoritario del Tribunal justificará su decisión de salvaguardar la constitucionalidad de la disposición adicional vigesimoquinta en «una concepción ideológica del sistema educativo que, no solo no puede ser tachada de arbitraria, sino que, además, está inspirada en valores constitucionales». Negando taxativamente que dicha previsión pueda vulnerar ni la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE), ni los derechos constitucionales que de ella derivan, como «el derecho al ideario del centro privado como derivación de la libertad de crear centros docentes (art. 27.6 CE), ni el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos (art. 27.3 CE –derecho que también recoge el art. 14.3 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea–)».

Para los magistrados, el amplio margen de configuración de configuración del que dispone el legislador, permite concretar «sus opciones políticas, lo que conlleva incorporar a la ley sus concepciones ideológicas y las medidas para garantizar que sus previsiones tienen eficacia real y efectiva», postergando dicho modelo en beneficio de otros que también resultan constitucionales y «se adecúa(n) mejor a los valores superiores del ordenamiento jurídico proclamados en el art. 1.1 CE». Desde esa perspectiva, considera legítima y constitucionalmente válida, «la decisión del legislador de otorgar ayudas públicas únicamente a los centros educativos que no separen al alumnado por su género».

### 3. ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES ARGUMENTOS MANIFESTADOS POR EL TC

La resolución adoptada por la mayoría y los resultados derivados de sus principales argumentos resultan sorprendentes por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque respalda de manera detallada uno de los votos particulares que coincidía con la posición mayoritaria en la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2018. Este voto<sup>38</sup>, expresado por la exmagistrada Encarna-

---

<sup>38</sup> Voto particular concurrente que formula la vicepresidenta del Tribunal Encarnación Roca Trías a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1406-2014, 56-58.

ción Roca Trías, expresaba su desacuerdo con el FJ 4.º b) de dicha sentencia, en el cual se negaba la existencia de «una obligación constitucional derivada del artículo 27.9 de la Constitución Española, de la cual se derivará un derecho al concierto»<sup>39</sup> para los centros de educación diferenciada. El argumento resulta sustancialmente idéntico, aunque paradójicamente, las conclusiones respaldadas por la actual mayoría inciden precisamente en lo que ese voto intentó evitar: condicionar opciones legítimas de política legislativa en este asunto. Es más, con la solución ofrecida el legislador estaría incumpliendo uno de los límites que la jurisprudencia constitucional ha proyectado sobre su acción: «no contrariar los derechos y libertades educativos presentes en el artículo 27 CE y (...) configurar el régimen de ayudas en el respeto del principio de igualdad» (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3.º)<sup>40</sup>, por cuanto impide la financiación de una modalidad pedagógica que formaría parte del ideario y, por otro lado, introduce un tratamiento desigualitario de las ayudas a partir de una concepción ideológicamente no neutra del sistema educativo. En segundo lugar, porque alguno de los magistrados que en su día formularon o se adherieron a votos particulares radicalmente contrarios a la fundamentación jurídica de la STC 31/2018, comprueban ahora como alguno de los planteamientos formulados entonces no eran sostenibles en el tiempo, como el que señalaba que «la Sentencia de mi discrepancia resulta especialmente perturbadora cuando, de forma insólita, extiende su juicio al legislador futuro (e igualmente al legislador de la LOE 2006), al que veta la adopción de una política de financiación pública de centros educativos privados que excluya a los que imparten educación diferenciada»<sup>41</sup>. Debemos reconocer, sin embargo, la coherencia de fondo en el voto particular concurrente de la magistrada María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1760-2021, donde se discrepa del tratamiento que hace el FJ 5.º de la STC 34/2023 al no posibilitar el avance de un «modelo educativo con sustento constitucional» y le increpa al tribunal sobre el motivo por el cual se ha ceñido, en exclusiva, a la dimensión financiera del problema, dejando algunos otros temas de interés en

---

<sup>39</sup> Como bien es sabido la jurisprudencia constitucional ha negado en numerosas ocasiones el derecho al concierto de los centros, por todas la STC STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 12.º

<sup>40</sup> Sala Segunda. Recurso de amparo número 193/1985. Sentencia número 86/1985, de 10 de julio (BOE núm. 194, de 14 de agosto de 1985, 2-7). Interpuesto por el Ministerio Fiscal contra Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1985, que estimó en parte los recursos contencioso-administrativos interpuestos contra tres Órdenes del Ministerio de Educación y Ciencia de 16 de mayo de 1984, sobre régimen de subvenciones a Centros docentes.

<sup>41</sup> Voto particular formulado por el magistrado Fernando VALDÉS DAL-RÉ a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1406-2014 al que se adhiere el magistrado Cándido CONDE-PUMPIDO TOURÓN, 58-66.

el aire que hubiesen presentado un interesante debate. Lo que forzaría una remisión *in toto* al contenido de su voto particular formulado en 2018<sup>42</sup>, junto a alguna consideración más de interés que luego se verá; poniendo en evidencia los planteamientos a los que se adhirió el actual presidente del órgano constitucional que han brillado por su ausencia en el momento actual.

Como veremos, a continuación, el sector minoritario se mostrará especialmente crítico con la decisión adoptada por el Tribunal, denunciando que el auténtico objeto de dicho proceso constitucional «no era resolver si es constitucional o no la decisión de prohibir concertar la educación diferenciada (...) (sino) si es constitucional o no la decisión del legislador de no “ayudar” –por emplear los términos del artículo 27.9 CE– a modelos o sistemas educativos perfectamente constitucionales como es la educación diferenciada –así lo reconoce la sentencia, FJ 5.º d) y se deriva de nuestras SSTC 31/2018, FJ 4.º a), y 74/2018, FJ 4.º c)– pero que simplemente no son de su agrado». Para los cuatro magistrados discrepantes (Ricardo Enríquez Sancho, Enrique Arnaldo Alcubillas, Concepción Espejel Jorquera y César Tolosa Tribiño) mezclar ambos asuntos en el razonamiento dado era «confundir la causa con el efecto, el principio con su aplicación práctica y, en definitiva, la “doctrina” constitucional vinculante (art. 40.2 LOTC) con el fallo concreto de la sentencia».

Con anterioridad, algunas voces autorizadas de la doctrina se habían manifestado contrarias a la operación dispensada por el legislador orgánico. Así lo expresaba, por ejemplo, Fernando Simón Yarza, al poco de publicarse la LOMLOE: «Por mucho que la gratuidad de la educación básica (cfr. Art. 24.4 CE) no comporte, como tal, un derecho fundamental a la financiación de cualquier centro de iniciativa social, privar del trato ordinario dispensado a tales centros empleando como *tertium comparationis* un hecho que constituye ejercicio de un derecho fundamental-no otra cosa es la elección de un modelo pedagógico diferenciado-constituye una discriminación expresamente vedada por el artículo 14 CE» (2021: 26)<sup>43</sup>. En este mismo criterio abunda Gonzalvo CIRAC, para quien «puede llegar a resultar fingido que el legislador, tratando de evitar una supuesta discriminación –que el TC ya ha dicho que no es tal– provoque otra impidiendo acceder a los conciertos a ciertos centros por la mera razón de que hayan optado por el método de la enseñanza diferenciada –que el TC ya ha dicho que esto sí es una verdadera discriminación–, pues tales centros no sólo son admisibles desde el punto de vista constitucional, sino que su ad-

---

<sup>42</sup> Voto particular que formula la magistrada María Luisa BALAGUER CALLEJÓN a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1406-2014, 80-91.

<sup>43</sup> SIMÓN YARZA, Fernando, *op. cit.*, p. 26.

misión e incluso su fomento por parte de los poderes públicos enriquecería la libertad de educación en España, en su vertiente del derecho de creación de centros docentes con ideario propio»<sup>44</sup>.

Por último, podemos encontrar aún una tercera razón de peso en los argumentos esgrimidos por la minoría en el seno del TC. Al no buscarse el «contenido esencial» del art. 27.9 CE en base a los criterios hermenéuticos tradicionales –al menos como ha sucedido desde la STC 11/1981 (FJ 8.º)– se vacía dicho precepto de contenido alguno. Para ellos, el interés que protege y posibilita el artículo 27.9 CE es el «pluralismo educativo», entendido como una manifestación del «pluralismo político» reconocido como valor superior del ordenamiento jurídico español según el artículo 1.1 de la Constitución. Se afirma que «este pluralismo se ve perjudicado cuando el legislador excluye completamente de las ayudas impuestas constitucionalmente a modelos educativos que son compatibles con la Constitución, como la educación diferenciada por sexos según las SSTC 31/2018 y 74/2018». Dicha exclusión es percibida como una violación del derecho de las minorías a recibir ciertas «ayudas» para que su derecho a elegir un modelo educativo alternativo sea «real y efectivo», de acuerdo con el juego de los artículos 9.2 y 27.9 de la Constitución. Con ello, se privaría a las familias con menos recursos a escoger ese modelo de atención pedagógica reservado ahora, en exclusiva, para los más pudientes. En la interpretación propuesta del precepto constitucional por los magistrados discrepantes se subraya la neutralidad de las ayudas para preservar el pluralismo educativo, prohibiendo a los poderes públicos señalar y excluir sistemas educativos constitucionales solo por el hecho de su inadecuación a los intereses dominantes. Considerando, en definitiva, que dicha exclusión no se ajusta al equilibrio democrático que protege a las minorías en una democracia pluralista.

#### 4. EVIDENCIAS Y CERTEZAS DE LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL MÁS RECIENTE SOBRE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA

El análisis en detalle del razonamiento de la mayoría permite constatar una serie de evidencias. La primera, y más fundamental, representa un cambio de criterio evidente sobre el acceso a la financiación pública de la educación diferenciada. Se basa en los criterios esgrimidos por la magistrada Roca Trías en la citada STC 31/2018, donde expresó un voto particular concurrente con la ma-

---

<sup>44</sup> GONZALVO CIRAC, Esperanza, «La LOMLOE y la educación diferenciada (breve estudio a la luz de la STC 31/2018, de 10 de abril)», *Revista General de Derecho Constitucional*, 34 (2021), pp. 1-39.

yoría. En dicho voto, señaló argumentos que ahora sirven a esta nueva mayoría para construir una argumentación alternativa a la planteada entonces.

La segunda es que la decisión última sobre la regulación educativa, tampoco, ha logrado generar ningún consenso entre los magistrados del Tribunal Constitucional. Aunque la Corte de Garantías ha terminado dando un respaldo, sin fisuras, a la totalidad de la ley básica educativa estatal, su decisión final ha revelado una división interna evidente, con seis magistrados a favor y cuatro en contra; una tendencia que se está revelando trascendente en fallos recientes. La disparidad de opiniones sobre el sistema educativo se traslada así del ámbito social al de la política constitucional, como lo fue antes en el ámbito de la política legislativa. En el caso de las primeras sentencias aludidas (34/2023), fue la mayoría progresista la que respaldó el segundo borrador de la ponencia del magistrado Ricardo Enríquez, rechazando de plano el recurso presentado por Vox. Un primer texto que había sido rechazado a finales de marzo, al hacer tacha de constitucionalidad precisamente de la regulación de la inclusividad<sup>45</sup> en la misma. Con la nueva redacción, que refleja el sentir mayoritario del TC, Enríquez y otros tres magistrados (los cuatro magistrados disidentes) han presentado cada uno un voto particular. Esta situación, evidenciada por la existencia de dos ponencias y cuatro votos particulares, resalta la controversia y profunda discusión en torno los contenidos de una ley que no sólo se ha manifestado en el primero de los pronunciamientos que van a ser analizados. También el segundo fallo, del que ha sido ponente el mismo magistrado, ha continuado mostrando una fractura idéntica en el seno del Tribunal; reproduciéndose tanto la mayoría como el número de votos particulares emitidos en la primera.

Otro aspecto destacable, como señala Rodríguez-Borlado<sup>46</sup>, es que ambos fallos suponen «un giro jurisprudencial de primer orden respecto a las sentencias previas de este tribunal, y de manera muy directa respecto a las últimas

---

<sup>45</sup> Como había trascendido a la prensa, el magistrado Ricardo Enríquez Sancho propuso, inicialmente, declarar constitucional la LOMLOE a excepción de los preceptos que exigían desarrollar el principio coeducativo a los centros sostenidos total o parcialmente con fondos públicos, así como la negativa a separar al alumnado por su género. También, mostraba sus dudas respecto de la garantía de una escolarización «adecuada y equilibrada» al alumnado con necesidades de apoyo educativo con idénticos fines. Ambos aspectos, cabe recordar, aparecen interrelacionados en el primero de los recursos planteados contra la LOMLOE, «El Tribunal Constitucional avala de forma íntegra la LOMLOE», *Alfa y Omega* (2023), de 18 de abril. <https://alfayomega.es/el-tribunal-constitucional-avala-de-forma-integra-la-lomloe/> (Fecha de la última consulta: 5 de diciembre de 2023).

<sup>46</sup> RODRÍGUEZ BORLADO, Fernando, «El Constitucional español sentencia contra sí mismo sobre la educación diferenciada», *Nueva Revista* (2023), de 20 de abril.

dos, dictadas en 2018». Se aprecia, también, un nulo diálogo consigo mismo<sup>47</sup> ya que el resultado al que ahora se llega contradice la conclusión de los principales fallos de entonces, como la apertura a la recepción de ayudas públicas que no pueden obstacilizarse por la naturaleza del mismo centro. Aunque esa contradicción resulta más grave por lo que la sentencia no dice o se calla, como sucede por ejemplo con los valores constitucionales a los que apela y que habrían hecho necesario la reapertura de un debate jurídico-constitucional amplio sobre la cuestión.

No entraba en la intención del Tribunal poner en duda la constitucionalidad de la enseñanza diferenciada<sup>48</sup>, aspecto que ha quedado fuera del ámbito de discusión en la sentencia. Por el contrario, el verdadero objeto del litigio por lo que hace a la educación diferenciada es, ahora, pronunciarse acerca de si entra en las posibilidades de configuración legal dejar sin ayudas a un modelo o sistema que desde la perspectiva constitucional no merecería reproche alguno, como recuerda uno de los votos particulares –concurrente con el sentir mayoritario– de la sentencia. Parece que se parte de la mera conveniencia del legislador orgánico, olvidando que este está sujeto a los vaivenes y decisiones políticas de cada momento, y que lo que se discute en este momento es el contenido esencial del derecho fundamental a la ayuda pública.

Igualmente, reconoce que la diferenciada no es discriminatoria al no poder desdecirse, por su cercanía, de una jurisprudencia muy reciente que acabará persiguiendo al Tribunal; por lo que nada estaría justificando su no financiación por motivos igualitarios sino más bien por un criterio de oportunidad legislativa. La exclusión de la financiación de un modelo educativo, sea cual sea, en caso de ser demandado debe ser excepcional y manifiestamente justificado para que no conlleve una vulneración de la libertad de enseñanza reconocida constitucionalmente. Algo que la sentencia no hace, ya que se limita a señalar que «la concepción ideológica del sistema educativo no puede ser tachada de arbitraria (...) (al estar) inspirada en valores constitucionales». Sin llegar a precisar en ningún momento, cuales son éstos.

---

<sup>47</sup> VIDAL PRADO, Carlos, «¿Y ahora quien defiende la Constitución?, *ABC* (2023), de 3 de mayo, <https://www.abc.es/espana/carlos-vidal-prado-defiende-constitucion-20230503110237-nt.html> (Fecha de la última consulta:30 de septiembre de 2023).

<sup>48</sup> Es pertinente recordar que, previamente, la educación diferenciada se había considerado –no sin cierta controversia– un modelo educativo plenamente válido, negándose su pretendido carácter discriminatorio. Como enfoque pedagógico, resultaba una prolongación del ideario o carácter distintivo (o propio) del centro, con dos únicos límites: no contravenir los derechos fundamentales ni resultar, a la postre, incompatible con el ideario educativo constitucional. A partir de ahí, se posibilitaba el acceso a la financiación pública, en igualdad de condiciones al resto de centros, y siempre que se cumpliesen los requisitos legales para su autorización.

Como en todo, la decisión de la mayoría, conformada por varios magistrados que participaron en las deliberaciones y fallos de 2018, está claramente en deuda –como se ha señalado anteriormente– con la solución planteada en aquel momento por la magistrada Roca Trías; quien al mismo tiempo que evitaba cualquier reproche acerca de la constitucionalidad del modelo, formulaba un voto particular concurrente en el que, eso sí, negaba la automaticidad en la consecución del concierto, a partir de principios y fines que pudiese dar plena satisfacción a tales demandas a través de distintas vías. Esa remisión al legislador orgánico no puede albergar una libertad absoluta para configurar el régimen prestacional, sino a partir de «principios, valores o mandatos constitucionales». La diferencia respecto de la última decisión adoptada por el Alto Tribunal es que, entonces, la vicepresidenta del sector progresista se atrevió a concretar y especificar alguno de éstos, como el mandato a los poderes públicos en la persecución de la igualdad material; que contrasta, ahora, con un clamoroso silencio en la reciente sentencia.

## 5. ¿DÓNDE RESIDE EL VERDADERO SUSTENTO CONSTITUCIONAL DEL MODELO?

### 5.1 El ensanchado del «ideario político constitucional»

Llegados a este punto conviene aventurarse ahora en algunas posibilidades planteadas por parte de la doctrina constitucional más reciente.

La principal objeción desde un punto de vista constitucional sobre la educación diferenciada reside en su compatibilidad con el denominado «ideario educativo constitucional»<sup>49</sup>. Muchos han sido los autores que se han servido del que es considerado un verdadero límite a las libertades educativas para

---

<sup>49</sup> Como se ha señalado por la doctrina, «nuestra Constitución democrática de 1978 ha fijado un criterio vinculante para el correcto desenvolvimiento del (...) complejo escenario de pretensiones contrapuestas (en el que se mueve el alcance normativo constitucional del derecho a la educación y su papel en la construcción de una sociedad democrática): lo que el tristemente desaparecido magistrado del Tribunal Constitucional, Francisco Tomás y Valiente, llamó “ideario educativo de la Constitución”, es decir, una serie de finalidades constitucional-democráticas que operan como necesario principio inspirador (positivo) de todo el proceso educativo y como límite (negativo) de las libertades educativas», ALÁEZ CORRAL, Benito, «El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 17, 2011, p. 93. Sobre este concepto, también puede consultarse la obra de VIDAL PRADO, Carlos, *El derecho a la educación en España...*, cit., pp. 51-92.

negar, en consecuencia, su financiación pública<sup>50</sup>. Pero nos enfrentamos, recientemente, a un afán expansivo de dicho concepto de construcción jurisprudencial que puede hacerlo morir de éxito, a costa de contraponerlo con la misma jurisprudencia constitucional. En tiempos recientes, Rey Martínez<sup>51</sup> ha considerado la inclusividad como parte consustancial del mismo; una actitud expansiva que Salazar Benítez traslada a «una escuela integradora de ambos sexos»<sup>52</sup>, a partir del paradigma coeducativo. Algo que un sector de la doctrina ha considerado excesivo, por distintos motivos<sup>53</sup>.

De interés son, sin duda, los argumentos esgrimidos por Rey Martínez para quien el modelo diferenciado «surge desde la sospecha legislativa de déficit de una auténtica educación en la igualdad de género y en los valores democráticos»<sup>54</sup>. Para el autor, su resultado constituye «una brecha en la inclusividad educativa»; señalando que la «segregación dificulta el desarrollo de aspectos esenciales de la socialización democrática y la tolerancia». Se plantea un escenario de «pendiente resbaladiza» al preguntar por la paradoja que supone no aplicar el mismo enfoque a otros grupos. Para concluir destacando su tensión con el «óptimo constitucional de la educación inclusiva»<sup>55</sup>, mostrándose a favor de la negativa del legislador estatal al privarle de financiación pública, esto es, el auténtico objeto del recurso planteado por los recurrentes.

## 5.2 La determinación del argumento de género

El profesor Rodríguez Blanco<sup>56</sup> se ha mostrado, también, muy crítico con el contenido de la última sentencia del Tribunal Constitucional, identificando

---

<sup>50</sup> ALÁEZ CORRAL, Benito, «El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo de la financiación pública», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 86 (2009), p. 42.

<sup>51</sup> REY MARTÍNEZ, Fernando, «El ideario educativo constitucional... inclusivo». *Revista de Derecho Político*, 111, 2021, 13-44.

<sup>52</sup> SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, «Educación diferenciada por razón de sexo y derecho a la educación. Sobre la inconstitucionalidad de la reforma del artículo 84.3 de la Ley Orgánica de Educación», *Revista española de Derecho Constitucional*, 106 (2016), 468.

<sup>53</sup> Entre otros, VIDAL PRADO, Carlos, *El derecho a la educación en España...*, cit. 269; y ESTEVE PARDO, José, «Paradojas de la discriminación en materia educativa: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán de 30 de enero de 2013 sobre el modelo de educación diferenciada», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 37 (2013), p. 11.

<sup>54</sup> REY MARTÍNEZ, Fernando, «Segregación escolar...» *op. cit.*, p. 28.

<sup>55</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, pp. 29-39

<sup>56</sup> RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel, «La progresiva erosión de las bases constitucionales del sistema educativo», *Nueva Revista*, 2023, de 16 de noviembre, <https://www.nuevarevista.net/la-progresiva-erosion-de-las-bases-constitucionales-del-sistema-educativo/> (Fecha de la última consulta: 10 de diciembre de 2023).

alguna de sus incongruencias internas. Para el autor, el fallo evita pronunciarse acerca de «si la coeducación o educación mixta constituye una exigencia constitucional en el caso de la educación pública» ante las voces que venían reclamando una respuesta clarificadora en un sentido u otro. Encuentra contradicciones a la hora de la fundamentación jurídica de la educación diferenciada, ya que en los fallos constitucionales previos (31 y 74/2018) aquella no resultaba coincidente<sup>57</sup> y era una oportunidad única para aclararlo. Considera que no se han dado razones suficientemente sólidas para no causar un trato discriminatorio a unos centros sobre otros ni imposibilitar el ejercicio de elección de las familias, especialmente, de las más vulnerables. Niega, también, que el argumento del género sea determinante «desde la perspectiva de la prohibición de discriminación por razón de género e identidad sexual», pues existe libertad de elección de centro educativo; no estando nadie obligado a matricularse en un centro que responda a dicha modalidad pedagógica. Señalando, por último, que con su decisión el tribunal «ha restringido las competencias que corresponden a las Comunidades Autónomas para configurar el modelo de conciertos en su respectivo ámbito territorial».

Vidal Prado<sup>58</sup>, por su parte, comparte el criterio de que la decisión del Tribunal Constitucional limita el pluralismo de políticas educativas legítimas, como las desplegadas por las administraciones autonómicas, ahora condicionadas por la regulación básica estatal. Se argumenta que esta decisión impone una única posición ideológica al forzar el enfoque docente coeducativo, dejando sin contenido el precepto constitucional y privando a las familias con recursos limitados de la posibilidad de elegir ciertos tipos de centros educativos. El autor destaca la contradicción entre promover la coeducación y prohibir la financiación pública basándose en una metodología diferente, considerando que esta última medida va más allá de la promoción de un enfoque educativo específico.

Para el autor, el que la educación diferenciada «no sea inconstitucional a la luz de los polémicos razonamientos de la STC 31/2018, decisión ya por sí muy discutible, no debería impedir que los poderes públicos utilicen fondos

---

<sup>57</sup> Según RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel, *ibid.*, *op. cit.* «(...) se achaca al Tribunal Constitucional que en la sentencia 31/2018 situó este tema en el artículo 27.6 CE, la libertad de creación de centros por los sujetos de Derecho privado, mientras que en la 74/2018 lo fundamentó en el artículo 27.3 CE, el derecho de los padres a escoger la educación religiosa y moral que habrá de darse a sus hijos. Hay que tener en cuenta que la primera de las sentencias resuelve un recurso de inconstitucionalidad que cuestionaba la conformidad con la CE de la educación diferenciada, mientras que la segunda resuelve un recurso de amparo en el que se alegaba la vulneración del derecho de los padres a escoger el tipo de educación que estimen conveniente para sus hijos», <https://www.nuevarevista.net/la-progresiva-erosion-de-las-bases-constitucionales-del-sistema-educativo/> (Fecha de la última consulta: 10 de diciembre de 2023).

<sup>58</sup> VIDAL PRADO, Carlos, *ibid.*

escasos para financiar con preferencia otras escuelas que sirven claramente –sin sospecha alguna– para asegurarse de la educación en igualdad de hombres y mujeres como factor de cohesión social». Para el profesor García Roca, dicho modelo «constituye una medida que produce el riesgo de perpetuar los tradicionales estereotipos sexistas y contribuir al rezago de las mujeres»<sup>59</sup>. Recordando que la Constitución (art. 9.2 CE) impone remover obstáculos para la igualdad real, lo que parece ahora validar el último de los pronunciamientos del Tribunal.

### 5.3 ¿Dónde quedó el debate sobre la intersexualidad en las aulas?

Por último, ha quedado fuera del debate una cuestión interesante que tiene que ver con la exclusión de las personas intersexuales del ámbito educativo diferenciado y que, con anterioridad, habían planteado los magistrados Xiol Ríos<sup>60</sup> y Balaguer Callejón en sus respectivos votos particulares a la STC 31/2018. Para el primero, la segregación sexual no comporta únicamente 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 magistrada Balaguer Callejón, por su parte, aborda el tema de la segregación sexual binaria en el ámbito educativo y argumenta en contra de esta práctica. Señala que la segregación basada en la dicotomía hombre-mujer no solo implica discriminación por razón de sexo, sino que también excluye de manera absoluta a las personas intersexuales, que no pueden ser identificadas claramente como hombres o mujeres según las normas tradicionales. La preocupación central de la magistrada es la exclusión total que experimentan las personas intersexuales –entendidas como aquellas personas que nacen con características biológicas de sexo que no se ajustan a la convención social o mé-

---

<sup>59</sup> GARCÍA ROCA, Javier, *op. cit.*, p. 600.

<sup>60</sup> Voto particular del magistrado Juan Antonio XIOL RÍOS a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1406-2014, pp. 66-80.

dica establecida— debido a las políticas o normativas de segregación sexual estrictamente binarias. Argumenta en contra de la idea de «separados pero iguales»<sup>61</sup> aplicada al ámbito educativo (esta vez por sexo) y destaca la necesidad de abordar constitucionalmente la cuestión para evitar la discriminación por razón de identidad sexual hacia las personas intersexuales. Considera que la segregación sexual binaria no solo es sospechosa de discriminación por razón de sexo, sino que también es discriminatoria por razón de identidad sexual, representando la forma más extrema de negación y exclusión radical hacia las personas intersexuales.

Algo que le llevará a concluir —esta vez en el voto particular<sup>62</sup> expresado en la STC 34/2023— que «existen elementos que conducen a imputar a la educación diferenciada una incapacidad estructural, u ontológica, para el logro de los objetivos educativos marcados constitucionalmente» que resume en la idea de la imposibilidad de transmisión de la igualdad, en tanto que derecho relacional, en contextos donde la relación de género resulta inexistente.

## 6. CONCLUSIÓN

La articulación de los derechos y libertades educativas en el sistema de enseñanza español refleja, desde hace décadas, una tensión persistente no resuelta entre dos enfoques, contrapuestos, que han evolucionado paralelamente en las últimas décadas, que no sólo coinciden con las dos dimensiones que están presentes en las libertades educativas y por sino que las sucesivas leyes han ido conformando con el respaldo de la jurisprudencia constitucional.

---

<sup>61</sup> Como en su día expresó el magistrado XIOL RÍOS en su voto particular citado con anterioridad, la falacia del «separados pero iguales» fue ampliamente utilizado en la jurisprudencia de los EEUU en el contexto de políticas discriminatorias por motivos raciales (Leyes Jim CROW). Dicho principio sostiene que la segregación no implica trato discriminatorio siempre que se cumpla la condición de equivalencia en las prestaciones. El magistrado disidente menciona la sentencia *Plessy v. Ferguson* (1896) 163 US 53, donde el juez John Marshall Harlan planteo un contundente voto disidente, como ejemplo de la misma en el ámbito del transporte ferroviario. Con posterioridad, a partir de la Sentencia *Brown v. Board of Education* (1954) 347 US 483 terminaría por revocarse dicho principio, al considerar la segregación como una forma de discriminación prohibida en el ámbito educativo. Otros precedentes judiciales que abordaron la segregación de género en la educación —como los asuntos *Mississippi University for Women v. Hogan* (1982) 458 US 718 o *United States v. Virginia* (1996) 518 US 515— serán expresamente traídos a colación por el magistrado quien manifestará una profunda decepción por la «resurrección de la idea de que la segregación en la prestación de servicios públicos no es intrínsecamente sospechosa de discriminación si no afecta el nivel de prestación».

<sup>62</sup> Voto particular concurrente que formula la magistrada doña María Luisa BALAGUER CALLEJÓN a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1760-2021.

Esta confrontación se traduce, por un lado, en una visión ciertamente expansiva del «ideario educativo constitucional» que, a través de una suerte de valores y principios, como el respeto al marco común de convivencia (artículo 27.2), pluralismo (artículo 1.1), diversidad y dignidad (artículo 10.1) e, incluso, los mismos derechos y libertades fundamentales, se asegura el compromiso democrático de la ciudadanía. Ahora bien, el amplio margen del legislador ni puede restringir el «contenido esencial» de tales libertades ni, tampoco, puede extender *ad infinitum* este a la hora de configurar los aspectos sustanciales de nuestro sistema educativo, ante el riesgo evidente de desnaturalizar el frágil equilibrio del consenso constitucional en dicha materia.

En contraste, la búsqueda de mayores opciones de libertad, se justifica en el respeto de la elección de las familias, la mejora de la equidad, la reducción de las desigualdades económicas y la potenciación del rendimiento del sistema educativo en su conjunto; siendo tales objetivos fieles con la diversidad y el pluralismo, intrínseco al modelo constitucional español.

Las recientes decisiones adoptadas por el máximo intérprete y garante de nuestra Constitución, evidencian la imposibilidad real de desdecirse de pronunciamientos judiciales significativos anteriores (básicamente, SSTC 31/2018 y 74/2018 en relación a la cobertura constitucional del modelo de educación diferenciada por sexos) que no sólo consideraron constitucional dicha opción pedagógica sino que, al no considerarla discriminatoria, se le garantizaba una financiación en iguales condiciones que a los otros modelos.

Con estas últimas sentencias, el Constitucional no sólo evita reabrir ese debate nuevamente; sino que se limita a asumir sin más los fundamentos de la LOMLOE, al reconocerse la preferencia y prioridad de la ayuda pública a los centros que desarrollen el principio de coeducación, negándose a los demás, a partir de una concepción ideológica del sistema educativo que dice inspirarse en valores constitucionales pero que, al tiempo, perpetúa una desigualdad de trato amparándose en una premisa falsa: la existencia de una discriminación por sexo en la educación diferenciada.

En su argumentación, el Tribunal es hábil al esquivar lo que constitucionalmente se estaba dilucidando que era una desigualdad de trato amparada en una sospecha constitucionalmente ya resuelta; y al hacerlo demuestra una actitud de contención inadecuada («*inappropriate self-restraint*») que buscará, en todo momento, rehuir de un debate que no había sido solicitado por los recurrentes.

Lo urgente se imponía a lo importante. Esto es, resolver con una celeridad inusual el respaldo constitucional a la última gran reforma educativa. Y que la reapertura de un debate constitucional de tal magnitud, hubiese frustrado casi

con toda seguridad. Acordándose que el magistrado ponente redactase una sentencia sin concesión alguna para los recurrentes.

El resultado salta a la vista. Y alguna de sus conclusiones más evidentes han sido ya expuestas por la mejor doctrina. Un pluralismo que se ve menoscabado cuando el legislador excluye totalmente de las ayudas constitucionalmente impuestas a modelos educativos de legitimidad contrastada. Hasta el punto de que el legislador orgánico, a través del amplio margen reconocido («irrestringido», como lo llegan a calificar los magistrados disidentes), vacía de contenido el precepto constitucional de referencia. Que imposibilita un equilibrio constitucional razonable por lo que afecta a las dos vertientes o dimensiones fundamentales que se concitan en libertades educativas, tomando claramente partido por una de ellas, la prestacional. Que impide, en definitiva, lo que se estaba reclamando al Tribunal, una interpretación *pro libertate* que ensanchase el sistema educativo español y no lo condenase a unos confines más angostos y menos equitativos...

Los recientes pronunciamientos dejan, a su vez, sin resolver numerosas incertidumbres. ¿Cuál es (o debería ser) el óptimo constitucional de la educación inclusiva? ¿Cómo queda el ideario educativo constitucional a tenor de la última doctrina? ¿Es la coeducación una condición necesaria pero no suficiente para el avance igualitario? ¿Cómo va a terminar proyectándose la intersexualidad en los modelos pedagógicos vigentes? La realidad es que el debate sobre el sistema educativo español se encuentra en un punto crítico, sin haber resuelto aún las cuestiones constitucionales relevantes.

La Corte de Garantías ha disfrazado de juicio de constitucionalidad lo que representa una mera opcionalidad ideológica que restringe libertades y derechos; hablar de discriminación inspirada en valores constitucionales plantea la pregunta de si este es un debate netamente genuino desde una perspectiva jurídica o, por el contrario, traslada al ámbito educativo la creciente polarización que se está dando en otros ámbitos, para terminar introduciendo una tensión insoportable en el sistema educativo español que sigue sin poder cerrar un debate constitucional prolongado durante demasiado tiempo.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALÁEZ CORRAL, Benito, «El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo de la financiación pública», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 86 (2009), pp. 31-64.

- «El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 17 (2011), pp. 91-129.
- BENEYTO BERENGUER, Remigio, «¿Puede ser inconstitucional la LOMLOE?», *Revista CEF Legal*, 255, (2022), pp. 81-110.
- CALVO CHARRO, María, «El tratamiento de la igualdad y la reforma de la enseñanza diferenciada en la LOMCE», en FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M.<sup>a</sup> del Carmen, *Claves de la reforma educativa: a propósito de la nueva Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa*, Editorial Colex, Madrid, (2015), pp. 53-194.
- CÁRDENAS CORDÓN, Alicia, «Comentario a la STC 31/2018 de 10 de abril, sobre educación diferenciada por sexo», *Revista Docencia y Derecho*, 17 (2021), pp. 52-62.
- CELADOR ANGÓN, Óscar, «El modelo de educación diferenciada en la reciente doctrina constitucional», *Derechos y Libertades*, 42 (2020), pp. 27-60.
- «La educación diferenciada», en RODRÍGUEZ MOYA, Almudena, *Diálogos sobre la LOMLOE*, Dykinson, Madrid (2023), pp. 43-61
- CENTENERA SÁNCHEZ-SECO, Fernando, «Educación diferenciada y conciertos educativos: algunas consideraciones a partir de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los últimos años», *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXX (2014), pp. 767-796.
- COTINO HUESO, Lorenzo, *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- DURAN LALAGUNA, Paloma, «No discriminación e igualdad de trato: comentarios a un Proyecto de ley», *Nueva Revista*, 134 (2011), pp. 142-151.
- DURÓ CARRIÓN, Susana, «Ideario educativo versus neutralidad de la escuela pública. Un eterno debate en España», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 36, (2021), pp. 147-180
- ESTEVE PARDO, José, «Paradojas de la discriminación en materia educativa: A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán de 30 de enero de 2013 sobre el modelo de educación diferenciada», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 37 (2013), pp. 4-13.
- GARCÍA ROCA, Javier, *Lecciones de Derecho Constitucional*, Civitas, Madrid, 2023.
- GONZALVO CIRAC, Esperanza, «La LOMLOE y la educación diferenciada (breve estudio a la luz de la STC 31/2018, de 10 de abril)», *Revista General de Derecho Constitucional*, 34 (2021), pp. 1-39.
- «Educación diferenciada: Un reto para la lucha por la igualdad en la educación», *Nuevos horizontes del Derecho Constitucional*, 3 (2023), pp. 69-85.

- MARTÍNEZ-CANDADO, Julia, «La educación diferenciada tras la aprobación de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre», *Revista General de Derecho Constitucional*, 36 (2022), pp. 1-23.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, José Luis, «¿Puede el TC decir en 2023 lo contrario de lo que dijo, con sólido fundamento, en 2018?», *El Imparcial* (2023), de 28 de marzo.
- MORENO LLANEZA, Mariam, «Análisis de la LOMLOE con perspectiva coeducadora: pros, contras y propuestas», *Revista Currículum*, 36 (2023), pp. 139-153.
- MUÑOZ DE PRIEGO ALVEAR, Jesús, *Informe sobre la muy deficiente técnica legislativa empleada en la LOMLOE y la incógnita sobre las consecuencias de dicha elección*. Escuelas Católicas, Sevilla, 2021.
- NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar, «¿Diferenciar o segregar por razón de sexo? A propósito de la constitucionalidad de la educación diferenciada por sexo y su financiación pública. Comentario a la STC 31/2018 y conexas», *Teoría y Realidad Constitucional*, 43 (2019), pp. 473-498.
- NAVAS SÁNCHEZ, María del Mar, «La educación diferenciada por razón de sexo ante el derecho constitucional. Un debate con múltiples voces: legislación, doctrina y jurisprudencia», *IgualdadES*, 4 (2021), pp. 239-253.
- NUEVO LÓPEZ, Pablo, *La Constitución educativa del pluralismo. Una aproximación desde la teoría de los derechos fundamentales*, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid, 2009.
- «Derechos fundamentales e ideario educativo constitucional», *Revista de Derecho Político*, 89 (2014), pp. 206-238.
- RAMOS HERNÁNDEZ, Pablo, «Sentencia Tribunal Constitucional 31/2018, de 10 de abril [BOE núm. 124, de 22-V-2018]. La educación segregada por sexo en el caso de la Ley Orgánica para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE)», *Ars Iuris Salmanticensis*, 6 (2018), pp. 290-293.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, «El ideario educativo constitucional... inclusivo». *Revista de Derecho Político*, 111 (2021), pp. 13-44.
- *Segregación escolar en España. Marco teórico desde un enfoque de derechos fundamentales y principales ámbitos: socioeconómico, discapacidad, etnia y género*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- RODRÍGUEZ-BORLADO, Fernando, «El Constitucional español sentencia contra sí mismo sobre la educación diferenciada», *Nueva Revista* (2023), de 20 de abril.
- RODRÍGUEZ BLANCO, Miguel, «Educación diferenciada y Constitución: reflexiones jurídicas ante un debate ideológico», *Nueva Revista* (2022), de 9 de diciembre.

- «La progresiva erosión de las bases constitucionales del sistema educativo», *Nueva Revista* (2023), de 16 de noviembre.
- RODRÍGUEZ MOYA, Almudena, «Enseñar a niños y niñas. La educación diferenciada», en FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, Ana, *Integrados. Claves jurídicas: derecho a la educación, diversidad religiosa y cohesión social*, Ministerio de Justicia, Madrid (2019), pp. 243-277.
- «Educación diferenciada vs. coeducación en España. ¿Una opción legislativa?», *Revista de Derecho Político*, 115 (2022), pp. 13-42.
- SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, «Educación diferenciada por razón de sexo y derecho a la educación. Sobre la inconstitucionalidad de la reforma del artículo 84.3 de la Ley Orgánica de Educación», *Revista española de Derecho Constitucional*, 106 (2016), pp. 451-478.
- SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Estudios sobre las libertades públicas en el ordenamiento constitucional español (La voz de la sociedad civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- SIMÓN YARZA, Fernando, «Los conciertos en la LOMLOE: Ruptura de un consenso constitucional», *Revista General de Derecho Constitucional*, 35 (2021), pp. 1-32.
- SOUTO GALVÁN, Clara, «La educación y su desarrollo estatutario», en VIVANCOS COMES, Mariano, *Ensancho los horizontes del autogobierno*, Tirant lo Blanch, Valencia, (2023), pp. 180-198.
- VIDAL PRADO, Carlos, «¿Y ahora quien defiende la Constitución?», *ABC* (2023), de 3 de mayo.
- «Una ley que rompe consensos: la LOMLOE escoge el camino equivocado», *Revista General de Derecho Constitucional*, 35 (2021), pp. 1-23.
- «Educación y valores superiores del ordenamiento: igualdad y libertad», *IgualdadES*, 4 (2021), pp. 255-285.
- *El derecho a la educación en España: Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*, Marcial Pons, Madrid, 2017.
- VIVANCOS COMES, Mariano, «Educación diferenciada, una opción de libertad», en POLO SABAU, José Ramón y SOUTO GALVÁN, Clara, *Anuario de Derecho a la Educación*, Dykinson, Madrid (2013), pp. 199-214.
- «Límites a la libertad de enseñanza y Ley Orgánica de Educación (LOMLOE). Un debate constitucional en permanente definición», *Revista de Derecho Político*, 114 (2022), pp. 89-117.

