

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

10508 *Pleno. Sentencia 66/2018, de 21 de junio de 2018. Recurso de inconstitucionalidad 1435-2014. Interpuesto por el Gobierno de Canarias en relación con diversos preceptos de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa. Competencias sobre educación, reserva de ley de orgánica y derecho a la educación en relación con las funciones de los consejos escolares, la asignatura de religión y la evaluación del rendimiento académico: constitucionalidad de los preceptos legales estatales impugnados (SSTC 14/2018 y 31/2018). Votos particulares.*

ECLI:ES:TC:2018:66

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 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 1435-2014, interpuesto por el Gobierno de Canarias contra diversos apartados del artículo único, contra la disposición transitoria segunda y contra diversos apartados de la disposición final segunda de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE). Concretamente, se impugna, respecto del artículo único, relativo a la modificación de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (LOE), los apartados quinto (en cuanto introduce el artículo 6 *bis* LOE), noveno (en cuanto modifica el art. 18 LOE), décimo quinto (en cuanto modifica el art. 24 LOE), décimo sexto (en cuanto modifica el artículo 25 LOE), décimo octavo (en cuanto modifica el artículo 27.1, 2 y 3 LOE), décimo noveno (en cuanto modifica el artículo 28.7 LOE), vigésimo (en cuanto modifica el art. 29.1 y 4 LOE), vigésimo primero (en cuanto modifica el artículo 30 LOE), vigésimo noveno (en cuanto añade el artículo 36 *bis*.1 y 3 LOE), trigésimo primero (en cuanto modifica el artículo 38.2 LOE), trigésimo cuarto (en cuanto modifica el artículo 41 LOE), trigésimo quinto (en cuanto modifica el artículo 42.4 LOE), sexagésimo (en cuanto modifica el artículo 84.2 LOE), sexagésimo primero (en cuanto modifica el artículo 84.3 LOE), sexagésimo noveno (en cuanto modifica el artículo 111 *bis*.3 y 6 LOE), octogésimo [en cuanto modifica el artículo 127 a), b), e), h) e i) LOE], octogésimo primero [en cuanto modifica el artículo 132.l), m), n), ñ) y o) LOE], octogésimo noveno (en cuanto modifica el artículo 144.1 LOE), y nonagésimo séptimo (en cuanto añade la disposición adicional trigésimo sexta LOE); y respecto a la disposición final segunda LOMCE, relativa a la modificación de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (LODE), se impugnan las letras a), b), f), h), j), k), l) y m) del apartado tercero (por el que se da nueva redacción al artículo 57 LODE), el apartado cuarto (por el que se da nueva redacción al artículo 59.1 y 2 LODE), y el apartado quinto (por el que se da nueva redacción al artículo 60 LODE). Ha comparecido y formulado alegaciones el

Abogado del Estado. Ha sido Ponente el Presidente don Juan José González Rivas, quien expresa el parecer del Tribunal.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito registrado en el Tribunal Constitucional el 10 de marzo de 2014, la representación procesal del Gobierno de Canarias interpuso recurso de inconstitucionalidad contra los preceptos de la Ley 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), que se señalan en el encabezamiento de esta Sentencia, acompañado del oportuno certificado del acuerdo de ese órgano de fecha 6 de marzo de 2014, por el que se decide plantear este proceso. La demanda, tras hacer una sucinta referencia al marco general de la reforma educativa operada por la norma recurrida, articula sus motivos de impugnación en tres ejes: el exceso competencial en que ha incurrido el Estado en varios aspectos de la regulación; la infracción de la reserva de ley orgánica en materia educativa, así como de la reserva general de ley respecto al ejercicio de derechos fundamentales; y, por último, la vulneración material de varias prescripciones del artículo 27 CE.

a) En cuanto a los aspectos competenciales, el Gobierno de Canarias parte de la doctrina constitucional resumida en las SSTC 111/2012, de 24 de mayo, y 184/2012, de 17 de octubre, por las que se resolvieron diversos recursos de inconstitucionalidad contra sendas leyes estatales de educación y de formación profesional, que destacan el fundamento que el Estado encuentra en sus títulos competenciales exclusivos recogidos en el artículo 149.1.1 y 30 CE para acometer la regulación del sistema educativo. Y sostiene que ese marco se ha extralimitado en cinco cuestiones concretas reformadas por la LOMCE:

Primero, la regulación de la evaluación final de la educación secundaria obligatoria (ESO) y del bachillerato (reforma de los artículos 29 y 36 *bis* LOE por los apartados vigésimo y vigésimo noveno del artículo único de la LOMCE). En cuanto requisito para la obtención del título de bachiller y de la ESO, el Estado puede regular esas pruebas, pero se discute que la evaluación se establezca solo sobre las materias troncales (más una de las asignaturas específicas que no sea educación física, religión o valores éticos), y no sobre todas las que integran el currículum, también las asignaturas específicas y de libre configuración, contradiciendo así el carácter global que tiene el sistema educativo y la concepción que la LOMCE hace de ese currículum. Con ello se limita además la competencia autonómica de ordenación curricular de las enseñanzas, al quedar condicionada en función de la evaluación a que habrán de someterse. Se invoca al respecto, *contrario sensu*, la STC 111/2012, de 24 de mayo, FJ 10, que salvó la constitucionalidad de un precepto legal sobre evaluación de cualificaciones en la formación profesional por apreciar que, al no contener la regulación completa de los requisitos y procedimientos de evaluación y acreditación de conocimientos y capacidades, dejaba un margen de desarrollo a las Comunidades Autónomas.

Segundo, la regulación de los títulos que dan acceso a las enseñanzas universitarias (reforma del art. 38 LOE y adición de la disposición adicional trigésimo sexta LOE por los apartados trigésimo primero y nonagésimo séptimo del artículo único de la LOMCE). Al habilitar al Gobierno para completar esa regulación básica, invaden el ámbito de desarrollo de las bases que incumben a la Comunidad Autónoma [art. 32.1 del Estatuto de Autonomía de Canarias (EACan)]. Es más, la ley estatal llena de por sí la regulación del procedimiento de admisión a las enseñanzas oficiales en la universidad. Se invoca al respecto, nuestra STC 207/2012, de 14 de noviembre, FJ 3, que al resolver un conflicto de competencia relativo al reglamento regulador de la prueba de acceso a la universidad, limitaba la competencia estatal al establecimiento de unos parámetros comunes de evaluación de todos los estudiantes aspirantes a entrar en la universidad para lograr una homogeneidad del sistema educativo nacional en la valoración de su madurez

académica, sus conocimientos y su capacidad de seguir estudios universitarios, pero sin extenderse a la fijación completa de los contenidos concretos de las pruebas.

Tercero, el reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en cuanto a la educación primaria, la ESO y el bachillerato (adición del art. 6 *bis*.2 LOE por el apartado quinto del artículo único de la LOMCE), así como las competencias estatales de evaluación de cada periodo (artículos 29, 36 *bis* y 144 LOE, correspondientes a los apartados vigésimo, vigésimo noveno y octogésimo noveno del artículo único de la LOMCE). Respecto a lo primero, atribuir al Estado concretar el 50 por 100 de los horarios lectivos de las asignaturas troncales, así como fijar estándares de aprendizaje del bloque de las asignaturas específicas, invade las competencias autonómicas en materia de educación, y supone cambiar criterio respecto del régimen aplicable a la educación infantil, las enseñanzas de idiomas, las enseñanzas artísticas profesionales, las enseñanzas deportivas y la formación profesional. En cuanto a lo segundo, se cuestiona la índole ejecutiva de la competencia que se reserva el Estado respecto al diseño de las pruebas de evaluación y los contenidos de las convocatorias, que van más allá de la necesaria garantía de homogeneidad de estas evaluaciones.

Cuarto, la habilitación al Gobierno de la Nación para el establecimiento de condiciones en la regulación de los procedimientos de admisión en los centros docentes de formación profesional, tanto en los ciclos formativos de grado medio como de grado superior, en los casos de oferta insuficiente para atender a la demanda [art. 41.2 y 3 b) LOE, en su redacción conforme al apartado trigésimo cuarto del artículo único de la LOMCE]. Se trata de una remisión prácticamente en blanco, que no respeta lo establecido por la STC 111/2012, de 24 de mayo, FJ 12 f), que niega que el Estado pueda reservarse toda la función normativa en relación con la formación profesional, acaparando todo el desarrollo de esta materia, y que por ese motivo apreció la inconstitucionalidad de una disposición estatal.

Quinto, atribuir al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte tareas muy específicas y técnicas en materia de tecnologías de la información y la comunicación (fijar los formatos que deberán ser soportados por herramientas y sistemas de soporte al aprendizaje en el ámbito de los contenidos educativos digitales públicos, así como el marco de referencia de competencia digital docente para la formación permanente del profesorado), que ya de por sí van más allá de lo básico e imposibilitan un desarrollo autonómico en esa materia (apartados tercero y sexto del artículo 111 *bis* LOE, introducido por el apartado sexagésimo noveno del artículo único de la LOMCE). Se invoca a este respecto el alcance de las competencias estatales en materia de educación establecido en la STC 24/2013, de 31 de enero, FJ 3.

b) Las alegaciones sobre infracción de la reserva de ley orgánica y de ley ordinaria se centran en la regulación de los itinerarios educativos. El Gobierno de Canarias reprocha a la LOMCE (apartados décimo octavo, décimo noveno, vigésimo primero, trigésimo cuarto y trigésimo quinto del artículo único) la introducción en la LOE (artículos 27, 28, 30, 41 y 42) de un nuevo modelo de separación del alumnado por itinerarios en la ESO que a pesar de su trascendencia no está suficientemente regulado, entregando a normas de rango reglamentario la concreción de cuestiones esenciales que repercuten en la configuración del derecho a la educación. El régimen de los itinerarios clasifica al alumnado con consecuencias presentes y futuras muy relevantes para su desarrollo profesional, sin que el legislador justifique los motivos, que podrían revelar discriminación por parte de criterios aparentemente neutros.

El derecho a la educación estaría sujeto, según la demanda, a reserva de ley orgánica en el desarrollo directo de los elementos esenciales del derecho y a reserva de ley ordinaria para regular su ejercicio como garantía frente a la acción del Gobierno o de los particulares. Y una forma de vulnerar esas reservas sería habilitar a la Administración o a los particulares a determinar el ámbito y límites del derecho fundamental, como ha destacado la STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 11. Así habría ocurrido en los cuatro aspectos:

Los apartados trigésimo cuarto y trigésimo quinto del artículo único de la LOMCE, por los que se modifican los artículos 41.1 y 42.4 LOE, regulando las condiciones para acceder a la formación profesional básica, así como su currículum. A pesar de ser elementos esenciales del derecho a la educación, estableciendo un itinerario alternativo a la ESO, que separa al alumnado del resto de sus compañeros que siguen el itinerario común, esos preceptos carecen de naturaleza orgánica. Por contraste, llama la atención que conforme al apartado centésimo octavo del artículo único de la LOMCE, que modifica la disposición final séptima LOE sobre qué preceptos tienen naturaleza de ley orgánica, sí reconozca ese carácter al artículo 27 LOE, que regula el itinerario denominado programa de mejora del aprendizaje y del rendimiento, lo que corroboraría la alegación del recurrente sobre la necesidad de este tipo de norma para regular un itinerario educativo.

El apartado décimo octavo del artículo único de la LOMCE, que modifica el artículo 27.1, 2 y 3 LOE, por falta de densidad normativa en la regulación del itinerario programas de mejora del aprendizaje y del rendimiento. Los itinerarios clasifican al alumnado, con repercusiones evidentes para su formación y desarrollo profesional, y requerirían ser establecidos por ley orgánica. Sin embargo, el artículo 27.1 LOE reenvía al Gobierno la definición de las condiciones básicas de los requisitos de los programas, que la LOMCE renuncia a establecer.

Los apartados vigésimo primero y trigésimo cuarto del artículo único de la LOMCE, por los que se modifican los artículos 30 y 41 LOE, al no regular los motivos para derivar a un alumno hacia el itinerario de formación profesional básica. Se insiste en que tales preceptos no concretan el fin que persigue el itinerario de la formación profesional básica, ni las razones para que los alumnos pasen a él desde el régimen común (no se liga a motivos académicos, como la repetición de curso, ni cognitivos, como las dificultades de aprendizaje), ni se concretan los elementos distintivos de su currículum.

Finalmente, se alega que los apartados décimo octavo, décimo noveno, vigésimo primero y trigésimo cuarto del artículo único de la LOMCE, por los que se modifican los artículos 27.2, 28.7, 30 y 41.1 c) LOE, relativos a la decisión de situar a un alumno fuera del régimen ordinario de la educación básica obligatoria, y dentro de uno de los dos itinerarios especiales, vulneran el derecho fundamental del alumnado a participar — aunque no llegue a decidir— en las decisiones clave que afectan a su currículum, sin que sea suficiente la de sus padres o tutores. Por un lado, se lesiona el derecho fundamental de todos a la educación en general, y a la educación básica en particular, por no preverse siquiera la necesidad de que el alumno sea oído o al menos informado. Por otro lado, lo poco que en esos preceptos se establece carece de la densidad normativa suficiente como para satisfacer la reserva de ley, e incluso de ley orgánica, que debe regir en esta materia.

c) Por último, el recurrente considera que varias de las reformas introducidas por la LOMCE vulneran prescripciones sustantivas contenidas en el artículo 27 CE. Así habría sucedido con la regulación: de los centros que imparten enseñanza diferenciada por sexos; de los derechos de participación de la comunidad educativa en la gestión y control de centros docentes con financiación pública; de la asignatura de religión; y de la introducción del rendimiento como criterio de admisión de alumnos en centros con especialización curricular.

(i) El Gobierno de Canarias sostiene la inconstitucionalidad de la afirmación del artículo 84.3 LOE, establecida por el apartado sexagésimo primero del artículo único de la LOMCE, de que la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciada por sexos no constituye discriminación. Por el contrario, considera que ese modelo educativo supone una discriminación por razón de género que vulnera el artículo 14 CE y el mandato constitucional de adopción de medidas para favorecer la igualdad o remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud del artículo 9.2 CE. A pesar de lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención de la UNESCO de 14 de diciembre de 1960 relativa a la lucha contra las discriminaciones en la enseñanza, ratificada por España, que fundamenta la afirmación legal recurrida, se considera que las

diferencias que ofrecen los sistemas y establecimientos educativos no pueden afectar a los contenidos a impartir en cada etapa, nivel o curso, ni depender del sexo del estudiante.

Además, con cita del dictamen 172/2013, de 18 de abril, del Consejo de Estado, sobre el anteproyecto de ley, se defiende que la excepción que pretende abrir la ley respecto a la coeducación carece de motivación sobre las razones por las que este modelo favorece la igualdad de oportunidades, justificación que el legislador ha diferido indebidamente a cada centro de educación diferenciada. Este modelo educativo vulnera además el artículo 27.2 CE, que establece imperativamente como objeto de la educación «el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales», como los recogidos en los artículos 14 y 9.2 CE, lo cual va más allá de la mera transmisión de unos conocimientos [STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 7 a)]. Para el recurrente, ese pleno desarrollo se alcanzaría «promoviendo en los mismos centros docentes la igualdad en la formación de niños y niñas que han de convivir democráticamente en el ámbito social enfrentándose a similares retos y que tienen derecho a vivir la educación como una riqueza imprescindible para su formación integral como personas y como futuros ciudadanos con una igual dignidad».

Subsidiariamente, si no se considera inconstitucional la educación diferenciada por sexos, sí lo sería la prohibición introducida en el artículo 84.3 LOE de que ese factor pueda comportar un trato menos favorable o una desventaja a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas, al infringir los artículos 9.2 y 27.2 CE. Primero, porque el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral acorde con sus convicciones garantizado por el artículo 27.3 CE no alcanza a aspectos pedagógicos como la diferenciación por sexos. Y segundo, porque la libertad de creación de centros docentes no tiene como corolario necesario que el Estado deba concertar esos centros (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 11). Es más, se sostiene incluso que la habilitación de medidas de fomento de centros educativos que separan por sexo sería en sí contraria al artículo 14 CE, y requeriría una justificación específica de su anclaje constitucional, de la que carece la LOMCE.

Por conexión con todo lo anterior, también se impugna la disposición transitoria segunda de la LOMCE, pero sin concretar ningún argumento al respecto.

(ii) Un grupo de preceptos recurridos aluden al derecho fundamental de participación de profesores, padres y, en su caso, alumnos en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos (art. 27.7 CE). Los recortes introducidos en la LOMCE a la intervención de la que disponía hasta ahora irían más allá de lo razonable, suponiendo un exceso en el ejercicio de las competencias estatales en la materia (art. 149.1.30 CE).

En cuanto a los centros de titularidad pública se cuestiona la reforma de los artículos 127 y 132 LOE (apartados octogésimo y octogésimo primero del artículo único de la LOMCE), relativos a las funciones de los consejos escolares y de los directores de los centros, respectivamente. Se destaca que la LOMCE omite toda referencia a ese derecho de participación y suprime prácticamente las tareas decisorias y ejecutivas del consejo escolar en beneficio de la dirección. Se listan las competencias que recogen los artículos 127 y 132 LOE, destacando los apartados que se reputan inconstitucionales: las nuevas competencias del consejo escolar recogidas en las letras a), b), e), h), e i) del artículo 127, y las nuevas competencias del director recogidas en las letras l), m), n), ñ) y o) del artículo 132. En el ámbito de los centros privados sostenidos con fondos públicos se cuestiona la reforma de diversos preceptos de la LODE por medio de los apartados tercero, cuarto y quinto de la disposición final segunda de la LOMCE.

A este respecto, se recoge la doctrina constitucional sobre el derecho fundamental de los profesores, padres y alumnos a intervenir en el control y gestión de los centros sostenidos por las administraciones educativas como derecho de participación de configuración legal, que no debe padecer restricciones por vía reglamentaria, que puede revestir muchas modalidades, no necesariamente limitadas a aspectos secundarios de

funcionamiento, y que se encuentra limitado por el contenido esencial de los derechos de otros miembros de la comunidad escolar y, más concretamente, en el caso de los centros privados, por el derecho del titular a la creación y dirección de los mismos (SSTC 77/1985, de 27 de junio; 47/1990, de 20 de marzo, y 137/1986, de 6 de noviembre). En opinión del recurrente, el mandato recogido en el artículo 9.2 CE enlaza con ese derecho de participación del artículo 27.7 CE, que debe ser real y efectivo para que no quede desnaturalizado en su contenido esencial, que tiene una proyección en la doble dimensión de extensión y de profundidad. A pesar de que esta participación puede concretarse en fórmulas muy variadas, en la medida en que ahora el consejo escolar queda reducido a mero órgano de informe y propuesta, sin facultades de decisión ni de codecisión, no se habría respetado su contenido esencial.

De forma más concreta, se detallan los excesos en que incurre la norma impugnada. Respecto a los centros docentes públicos, en primer lugar, el nuevo artículo 127 a) LOE reduce la competencia del consejo escolar respecto a los proyectos educativos y de gestión, los planes de trabajo, las normas de organización y funcionamiento del centro, incluyendo las de convivencia, que pasa de ser de aprobación y evaluación a solo de evaluación. Son decisiones determinantes para el devenir de la vida escolar, en las que solo se tiene una intervención pasiva, que vacía y deja sin sustancia el derecho de participación del artículo 27.7 CE, haciéndolo impracticable. En el segundo lugar, el artículo 127 b) LOE reduce las facultades del consejo escolar a la evaluación de la programación anual del centro, sin competencia de aprobación, lo cual es una limitación igualmente irrazonable respecto a este instrumento central. En tercer lugar, el consejo escolar ahora solo informa, y no decide, sobre la admisión de alumnos en el centro [art. 127 e) LOE], que es una acción capital para garantizar la igualdad en el acceso y la equidad del sistema educativo, por lo que su intervención puede quedar así reducida a una mera formalidad, sin opciones para proteger esos bienes jurídicos. En cuarto lugar, el artículo 127 h) LOE convierte la competencia del consejo escolar para aprobar la obtención de recursos complementarios para el centro en simple competencia para informar sobre este elemento central de la gestión. Y en quinto lugar, el consejo pasa a simplemente informar las directrices de colaboración con fines educativos y culturales del centro con las Administraciones locales y otros centros docentes, en vez de «fijarlas» [art. 127 i) LOE], a pesar de ser un cauce muy adecuado para la participación democrática de padres, profesores y alumnos en la vida del centro de conformidad con los valores y principios alentados por la Constitución. Se impugnan así todos esos recortes competenciales del consejo escolar, que paralelamente acrecen las atribuciones del director del centro en el artículo 132 LOE, letras l), m), n), ñ) y o), que también son objeto de recurso.

Respecto a la participación de la comunidad escolar en el control y gestión de los centros docentes concertados se reconoce que habría límites específicos derivados del derecho a la libertad de enseñanza (art. 27.1 y 6 CE). Esta, según la doctrina constitucional tiene una dimensión positiva como garantía de respeto al carácter propio de cada centro, que comporta la asunción de «la responsabilidad de la gestión, especialmente mediante el ejercicio de facultades decisorias en relación con la propuesta de Estatutos y nombramiento y cese de los órganos de dirección administrativa y pedagógica y del profesorado» y otra negativa de «ausencia de limitaciones absolutas o insalvables, o que le despojen de la necesaria protección» (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 20). A pesar de ello se considera que la disposición final segunda de la LOMCE incurre en diversos excesos al reformar LODE en materia de participación.

En cuanto al nombramiento y cese del director del centro, se considera que la reforma elimina los equilibrios y balances que hasta ahora existían, degradando la intervención del Consejo a un mero informe previo aprobado por mayoría simple para su nombramiento y a que se dé cuenta de su cese por el titular, impidiéndole toda función de control de estas acciones [nuevos arts. 57 a) y 59.1 LODE]. Igualmente, las facultades del consejo escolar en el nombramiento y cese del profesorado son muy

exiguas e inconstitucionales [nuevos arts. 57 b) y 60 LODE]. Solo participa en el establecimiento de los criterios de selección y no ha de pronunciarse previa y obstativamente antes del despido (en cuyo caso antes se remitía la cuestión a una comisión de conciliación).

Por último, se cuestiona también que el reducido alcance de otras facultades del consejo escolar permitan una participación real y efectiva de los profesores, padres y alumnos en la gestión del centro: solo informa y evalúa la programación general del centro [nuevo art. 57 f) LODE], cuando antes también la aprobaba; solo informa las directrices de las actividades escolares complementarias [nuevo art. 57 h) LODE], cuando antes las elaboraba; solo informa las actividades culturales, deportivas, recreativas y asistenciales [nuevo art. 57 j) LODE], cuando antes las establecía; solo le compete favorecer las relaciones de colaboración cultural y educativa con otros centros [nuevo art. 57 k) LODE], cuando antes las establecía; solo informa el reglamento de régimen interior del centro [nuevo art. 57 l) LODE], cuando antes lo aprobaba; y solo participa, sin más especificación, en la evaluación de la marcha general del centro [nuevo art. 57 m) LODE], cuando antes las supervisaba. En fin, el consejo escolar pasa de configurarse como órgano de gobierno del centro educativo a ser un mero órgano informante, con una participación formal pero no real en el control y gestión del centro.

(iii) Se dedica una parte relevante del recurso a cuestionar la constitucionalidad de los artículos 18, 24 y 25 LOE, reformados por los apartados noveno, décimo quinto y décimo sexto del artículo único de la LOMCE, en cuanto a la configuración de la enseñanza de la religión. Tras exponer su nuevo posicionamiento en el currículum y describir la evolución del sistema en la etapa constitucional, se comienza afirmando que la Constitución no exige la presencia de la religión en la escuela, al limitar el objeto de la educación al logro del pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, que es el único ideario educativo constitucionalizado (art. 27.2 CE), con carácter exclusivo y excluyente de otras doctrinas. Así lo habría entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 31 de enero de 1997, FJ 2, y de 26 de enero de 1998, FJ 2), que sitúa como límite del derecho de los padres a definir la educación religiosa y moral de sus hijos el derecho de estos a una educación integral (Sentencia de 3 de octubre de 1994, FJ 1), así como el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos en pronunciamientos de 1976 y 1982. Derecho que forma parte de la dimensión prestacional del derecho a la educación [STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 7 b)]. Todo ello sin perjuicio de que, en virtud del principio de cooperación con la Iglesia católica y otras confesiones, la religión pueda tener entrada en el sistema educativo, cuestionándose a este respecto que la garantía de recepción equiparable de la asignatura de religión católica con las demás asignaturas fundamentales que contienen los acuerdos del Estado español con la Santa Sede requiera más que una mera semejanza y no identidad de tratamiento.

Conforme a ello la regulación de la asignatura de religión en la LOMCE incurriría en una doble tacha de inconstitucionalidad. Equipara desde una perspectiva confesional que hoy no es admisible dos planos que no deben confundirse (los valores religiosos y los valores cívicos o éticos de convivencia); y discrimina a los alumnos que eligen cursar religión, en la medida en que no pueden acceder a las enseñanzas de los valores éticos y ciudadanos. Lo primero sería contrario a la aconfesionalidad o laicidad del Estado, que tiene prohibido hacer valoración alguna positiva o negativa de la religión y no puede adoptar ninguna de ellas, por lo que tendría vedado colocar la doctrina religiosa al mismo nivel que la moral común, relativa a un núcleo compartido de principios constitucionales que rigen la convivencia. Estado y religión, como destaca la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se sitúan en planos distintos (SSTC 24/1984, de 13 de mayo, FJ 1; 340/1993, de 16 de noviembre, FJ 4, y 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1), y ese postulado no puede ser cuestionado a través del mandato de cooperación con las confesiones religiosas que recoge el artículo 16.3 CE. En cuanto a lo segundo, el propio Consejo de Estado destacó en su dictamen esa discriminación, derivada de la posible elección de

una opción confesional como excluyente de otra formación que constituye una exigencia constitucional para todos, como hasta ahora plasmaba la asignatura de educación para la ciudadanía, pues todos los alumnos deben instruirse en los valores que son fundamento de la convivencia. Así consta en la regulación del currículum al identificar los objetivos de la educación primaria, de la ESO y del bachillerato [arts. 17 a), 23 a) y 33 a) LOE, respectivamente], que no pueden satisfacerse desde una opción confesional, que induciría a confusión (STC 46/2001, de 15 de febrero), ni desde la posibilidad de elección de los valores cívicos como asignatura específica optativa en primaria y en la ESO [arts. 18.3 c), 24.4 c) y 25.6 c) LOE].

(iv) Por último, el Gobierno de Canarias impugna el apartado sexagésimo del artículo único de la LOMCE por el que se modifica el artículo 84.2 LOE, concediendo a los centros que tengan una especialización curricular reconocida o que participen en acciones de fomento de la calidad de los centros conforme al artículo 122 *bis* LOE la posibilidad de asignar hasta un 20 por 100 de la puntuación para su admisión en enseñanzas postobligatorias de bachillerato y formación profesional en función de su rendimiento académico. Esta modificación puede afectar de manera importante el régimen de admisión en los casos en que la demanda es superior a la oferta, transformando el modelo de planificación administrativa por otro determinado por la demanda y la capacidad del alumnado. Los criterios de selección son claves para que la Administración pueda programar y diseñar el mapa de escolarización y cumplir el mandato del artículo 27.5 CE, sin perjuicio del derecho fundamental de los centros privados, concertados o no, de ejercer sus facultades de dirección.

Por un lado, el nuevo artículo 84.2 LOE vulnera el mandato de reserva de ley por cuanto, a pesar de su naturaleza orgánica, contiene una regulación material insuficiente del ejercicio del derecho fundamental a la educación. Primero, por la indefinición del concepto de rendimiento académico que se incorpora, al no esclarecerse a qué resultados concretos se refiere, siendo posibles diversas soluciones. Contrasta en este sentido la gran concreción de ese rendimiento académico que se hace en el artículo 38 LOE respecto al acceso a la universidad. Segundo, porque el nuevo precepto permite «modular» o «reducir» el 20 por 100 asignado al rendimiento académico en función de criterios de equidad y cohesión del sistema, sin que quede claro si esa modulación puede ser al alza ni por quién puede adoptarse.

En fin, el nuevo artículo 84.2 LOE vulnera el artículo 27.5 CE, que atribuye al poder público la potestad de programación general de la enseñanza en garantía del derecho de todos a la educación, con indudable proyección en la oferta y la demanda de plazas educativas. Ese precepto estaría atribuyendo a los centros docentes competencias de planificación general mediante la modulación o reducción del porcentaje del mencionado 20 por 100, lo cual es especialmente grave respecto de los centros privados, concertados o no.

2. Mediante providencia de 8 de abril de 2014, el Pleno, a propuesta de la Sección Tercera, acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad y dar traslado de la demanda junto con los documentos presentados al Congreso de los Diputados, al Senado y al Gobierno, al objeto de personarse en el proceso y alegar lo que tuvieran por conveniente, conforme establece el artículo 34 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC). También se ordenó la publicación de la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado», lo que se llevó a cabo el 15 de abril de 2014.

3. La Abogacía del Estado, en la representación que le es propia, se personó en el proceso el 15 de abril de 2014 y solicitó una prórroga del plazo para formular alegaciones, que el Pleno le concedió por término de ocho días en providencia de 22 de abril de 2014.

4. El día 23 de abril de 2014 tuvieron entrada en el registro general de este Tribunal sendos escritos de los Presidentes del Congreso y del Senado, en los que comunicaban

que las respectivas Cámaras se personaban en el proceso y ofrecían su colaboración a los efectos del artículo 88.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

5. La Abogacía del Estado presentó su escrito de alegaciones con fecha de 20 de mayo de 2014, instando la íntegra desestimación del recurso, con fundamento en once alegaciones. La primera de ellas es una recapitulación de la doctrina constitucional sobre el reparto de competencias en materia de educación, con especial atención al régimen de las bases o principios normativos generales y uniformes de ordenación de las materias enunciadas en el artículo 27 CE, su intensidad, variabilidad y posibilidad de recepción en normas de carácter reglamentario. El resto atiende a los distintos preceptos o bloques de preceptos que han sido objeto de recurso y se resumen a continuación:

a) Respecto al exceso competencial en el que habría incurrido la LOMCE al regular las pruebas y evaluaciones al final del bachillerato y de la ESO, limitadas a las asignaturas troncales y a una materia del bloque de las específicas (nuevos arts. 29.1 y 4, y 36 *bis*.1 y 3 LOE), se alega que esas evaluaciones conducen a la obtención de un título académico (arts. 31 y 37 LOE), por lo que la competencia del Estado para regularlas se inserta plenamente en la que de modo exclusivo le atribuye el artículo 149.1.30, primer inciso, CE (SSTC 24/2013, de 31 de enero, y 184/2013, de 4 de noviembre). La fijación de las condiciones de obtención de un título académico comprende, como contenido esencial, la delimitación de la materia concreta sobre la que ha de versar la evaluación, las características de la prueba, la evaluación con arreglo a criterios homogéneos y los efectos jurídicos del título que se obtiene. Pese a fundarse en dicha competencia, esta regulación no agota todo el campo normativo, sino que deja a las Comunidades Autónomas el margen de intervención sobre el contenido de las asignaturas troncales, los horarios máximos, los contenidos de las asignaturas específicas y de libre configuración, los horarios de las asignaturas específicas, y la complementación de los criterios de evaluación de las asignaturas troncales y específicas. Sin que el Gobierno de Canarias haya sabido argumentar sobre el alcance de sus competencias en materia de expedición de títulos académicos.

b) En relación con los artículos 6 *bis*, 29, 36 *bis* y 144 LOE, en la redacción dada por la LOMCE, la Abogacía del Estado aduce que esta reforma acude a una nueva conformación del currículo de educación primaria, educación secundaria obligatoria y bachillerato, que se distribuye en asignaturas troncales, específicas y de libre configuración autonómica. Esta clasificación no obedece a la importancia o carácter instrumental o fundamental de las asignaturas, sino únicamente al reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. La LOMCE no recentraliza competencias sino que incrementa la autonomía de la Administración educativa y de los centros. El sistema es más flexible, al permitir ajustar la oferta formativa a la demanda y a la proximidad de facultades, escuelas universitarias y otros centros docentes, y la especialización de los centros en función del itinerario ofrecido.

La clasificación de las asignaturas y el nuevo reparto de competencias se apoya en la competencia del Estado sobre las bases para determinar el currículo (STC 212/2012, de 14 de noviembre, recordando la STC 88/1983, de 27 de octubre), que incluye la de modificarlas dada la doctrina constitucional sobre la variabilidad de las bases. El nuevo sistema no coarta la capacidad de la Comunidad Autónoma para participar en la determinación del currículo, sino todo lo contrario, puesto que (i) en las asignaturas troncales, pueden complementar sus contenidos [art. 6 *bis*.2 c) 1], fijar el horario lectivo máximo [art. 6 *bis*.2 c) 4] y complementar los criterios de evaluación [art. 6 *bis*.2 c) 6]; (ii) en las asignaturas específicas, pueden establecer los contenidos de los bloques [art. 6 *bis*.2 c) 2], fijar el horario [art. 6 *bis*.2 c) 5] y complementar los criterios de evaluación [art. 6 *bis*.2 c) 6]; y (iii) en las asignaturas de libre configuración, pueden establecer los contenidos [art. 6 *bis*.2 c) 2], fijar el horario [art. 6 *bis*.2 c) 5] y establecer los criterios de evaluación [art. 6 *bis*.2 c) 6] y los estándares de aprendizaje [art. 6 *bis*.2 c) 7].

c) Se reconoce que la regulación del acceso a la universidad (el art. 38.2 y la disposición adicional trigésima sexta LOE) supone una modificación sustancial del

sistema. Distinguir entre acceso a la universidad (que deriva de la obtención de algunos de los títulos de bachiller o de técnico superior que lo permiten) y admisión (que consiste en el ingreso en una universidad concreta), potencia la autonomía de las universidades, pues les faculta a tener en cuenta las notas obtenidas por el alumno, realizar sus propias evaluaciones o aplicar otros criterios de admisión para la adjudicación de sus plazas.

El fundamento competencial de estos preceptos se halla en el artículo 149.1.1 CE en dos vertientes. De un lado y respecto de los alumnos, puesto que han de arbitrarse mecanismos de acceso a la universidad que sean esencialmente homogéneos y armónicos, de modo que el derecho a la educación superior tenga una configuración similar en toda España, evitando barreras de entrada a las universidades de alumnos que obtuvieron sus títulos en Comunidades Autónomas distintas. Se favorece también una armonización de la oferta de plazas, eludiendo la indeseable imposibilidad de cursar la carrera elegida. De otro y respecto de las universidades, al reforzarse sobremanera el derecho a la autonomía universitaria consagrado en el artículo 27.10 CE, pues los criterios de admisión que se aplican con preferencia son los que establece la propia universidad, dentro de los parámetros que fije el Gobierno. En segundo lugar, el acceso a la universidad es uno de los efectos jurídicos anudados a los títulos académicos (arts. 37.2, 22, 53 y 65 LOE), por lo que la competencia del Estado se encuadra en el primer inciso del artículo 149.1.30 CE. La fijación de criterios de admisión a la universidad no es sino articular una condición de adquisición y expedición de un título, al ser condición necesaria para su obtención. Subsidiariamente, se invoca el artículo 149.1.30 CE, segundo inciso (STC 159/2013, de 26 de septiembre, FJ 7), pues en nada agota las posibilidades de desarrollo autonómico, ya que se trata de una regulación de mínimos, que se limita a proclamar principios constitucionales y encauza un sistema de admisión mínimamente reconocible en toda España, dejando a las Comunidades Autónomas margen suficiente para desarrollar, complementar, clasificar, ponderar y concretar los criterios a los que han de sujetarse las universidades. La impugnación se convierte en preventiva, al prejuzgar la futura regulación por el Gobierno de los criterios de admisión de alumnos.

Además, se recuerda que la jurisprudencia constitucional sobre la variabilidad de las bases permite modular y variar la intensidad y extensión de la regulación básica atendiendo a la naturaleza y particularidades concurrentes. Esta intensidad regulatoria, sea la que fuere, puede encauzarse a través de una norma con rango de ley o puede ésta auxiliarse del desarrollo reglamentario, como sucede en este caso, en las cuestiones que por su naturaleza cambiante, adaptable y flexible no son objeto propio de la rigidez de una ley orgánica.

d) La alegación de la indebida remisión al desarrollo reglamentario ex artículo 41.2 LOE modificado por la LOMCE, se califica por la Abogacía del Estado de preventiva, pues sólo a la vista de la regulación concreta que aborde el desarrollo reglamentario podría enjuiciarse en toda su dimensión su adecuación a los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional, que ha acotado los límites de este desarrollo reglamentario de las bases en numerosas resoluciones (SSTC 77/1985, de 27 de junio; 184/2012, de 17 de octubre; 212/2012, de 14 de noviembre; 25/2013, de 31 de enero, y 24/2014, de 13 de febrero). De esta doctrina se concluye que la regulación por reglamento de materias básicas es acorde con la Constitución Española cuando concurre el doble requisito de la habilitación legal expresa y la inadecuación de la ley para regular una determinada materia en razón de su naturaleza y características. Las sentencias que se invocan en la demanda no introducen un tercer requisito. Señalan que, si la ley impone determinados límites al desarrollo reglamentario, han de ser respetados; pero ello no supone la exigencia de que la ley imponga límites, sino que es una simple aplicación del principio de jerarquía normativa y la consiguiente interdicción del reglamento *contra legem*. La exigencia de determinación legal de los criterios no resulta de la doctrina constitucional, que no prohíbe en la fijación de las bases el reglamento *praeter legem*, siempre que se cumplan las exigencias de llamamiento expreso e inadecuación de la regulación por ley.

La deseable estabilidad de la ley básica es compatible con la adaptación a la coyuntura cambiante o con la corrección de criterios cuya aplicación concreta pruebe efectos perjudiciales o no eficaces. Eso hace la LOMCE al remitir, con habilitación expresa, al desarrollo reglamentario aspectos especialmente mudables, de índole técnica o que por su naturaleza organizativa o procedimental exigen mayor flexibilidad y adaptación de la que ofrece el riguroso procedimiento de producción de una ley orgánica. Así ocurre con el artículo 41 LOE [apartados segundo d), último párrafo, y tercero b)] respecto a los criterios de admisión en los ciclos formativos de formación profesional, cuya fijación dependerá de factores variables y cambiantes, como el número de solicitudes, plazas ofertadas o especialidades formativas, entre otros, y solo para los casos en que la oferta sea insuficiente, que son factores que hacen que la regulación completa y directa por ley orgánica sea inadecuada.

e) Se rechaza también que la redacción del nuevo artículo 111 *bis*, apartados tercero y sexto, LOE, añadidos por la LOMCE, contenga previsiones que por su detalle y contenido excedan de la competencia del Estado. Se trata de establecer criterios sobre los formatos digitales que han de soportar las acciones formativas realizadas a través de las tecnologías de la información, que son capitales en las «escuelas del futuro» en cuanto instrumentos de apoyo al aprendizaje. El objetivo es que los sistemas informáticos sean interoperables en el sistema educativo español por tener características técnico-digitales comunes, sin necesidad de que sean idénticos ni se integren en una misma plataforma. Se trata de evitar que el uso de formatos diferentes dé lugar a sistemas educativos separados y constituya una barrera para que los centros puedan intercambiar información, sin restringir su libertad para elegir los contenidos y materiales, así como los libros de texto que consideren adecuados, sin restricciones por razón de su formato. Finalmente, la llamada que se hace al reglamento en el precepto recurrido se justifica en la llamada expresa que hace la ley y en el carácter especialmente técnico de la materia, rica en matices tecnológicos y en requerimientos informáticos sujetos a una rápida evolución.

f) Especial atención presta la Abogacía del Estado al rechazo del carácter discriminatorio de la educación diferenciada por sexos y a la plena constitucionalidad del acceso a los conciertos educativos por parte de los centros que apliquen este método pedagógico, en los términos del artículo 84.3 LOE y la disposición transitoria segunda LOMCE.

(i) En cuanto a lo primero, el artículo 84.3 LOE reproduce textualmente el artículo 14 CE, exponiendo así el rechazo más enérgico del legislador a cualquier forma de discriminación en el ámbito educativo y especificando qué debe entenderse por discriminación, excluyendo de tal consideración a la educación diferenciada por sexos. A tal fin la ley se remite a la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960, cuya vigencia y eficacia fue confirmada expresamente por el Comité de las Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales con fecha de 8 de diciembre de 1999. El artículo 2 de dicha Convención dispone que «la enseñanza separada de niños y niñas no discrimina por razón de sexo ... siempre que esos sistemas y establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente cualificado, así como locales escolares y un equipo de igual calidad que permitan seguir los mismos programas de estudios o programas equivalentes».

Además, alega la Abogacía del Estado que los estudios que cita muestran ventajas de la modalidad pedagógica de educación diferenciada por sexos, de forma que ambas alternativas, la integrada y la diferenciada, podrían ser escogidas en libertad. El artículo 27 CE no excluye ninguno de los dos modelos, pues la coeducación o educación integrada no forma parte del ideario educativo constitucional. No es un objetivo educativo, ni un valor o fin en sí mismo, sino un modelo instrumental para lograr objetivos de enseñanza y formación humana, como también lo es la educación diferenciada. En apoyo de ese criterio, expone la jurisprudencia del Tribunal Supremo al

respecto, en particular la STS de 23 de julio de 2012, FJ 3, que afirma que «se acoge plenamente a una constante línea jurisprudencial que no cuestiona la existencia de educación diferenciada, tan legítima como el modelo de coeducación que preconiza la Ley». De dicha Sentencia es precedente la STS de 26 de junio de 2006, que subrayaba que las situaciones que pueden generar discriminación por razón de sexo (diferentes currículos o criterios de evaluación, estrategias de motivación basadas en estereotipos, etc.) pueden darse tanto en educación integrada como en la diferenciada. La educación diferenciada sería discriminatoria sólo si partiera de que un sexo es inferior al otro, pero su base pedagógica radica únicamente en una posible distinta psicología que se traduce en fases de maduración distintas en uno y otro sexo, como muestra el informe Pisa sobre repetición de cursos y tasas de abandono escolar en los años 2009 a 2012. En todo caso, la Abogacía del Estado resalta que no cabe limitar el alcance del derecho de los padres *ex artículo 27 CE* y trae a colación la STEDH de 7 de diciembre de 1976 (asunto *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen*), que afirmó que no puede hablarse de acceso a la educación de manera independiente de la libertad de enseñanza, ni tampoco cabe diferenciar entre educación pública y privada. De esta forma, la LOMCE, al introducir el supuesto impugnado, no ha hecho sino ampliar el campo de libertad que ofrecía la redacción original de 2006.

También se invoca la Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán de 30 de enero de 2013, que, tras analizar el sistema de educación diferenciada en ese Estado, llega a la conclusión de que no está en absoluto probado ni admitido por la comunidad científica del ámbito de la pedagogía y la educación que la asunción del principio de igualdad de género no pueda lograrse con el método de enseñanza monoeducativa o de escuela diferenciada. También indica esa sentencia que la libertad de elección de métodos y modelos constituye la esencia misma de la libertad de enseñanza privada, pues «la Constitución tiene en cuenta las relaciones entre la libertad de enseñanza y la del derecho a la educación de los padres, y se declara a favor del pluralismo educativo».

Concluyendo esta alegación, la Abogacía del Estado recuerda que la doctrina constitucional ha venido considerando que «el derecho a establecer un ideario no está limitado a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa», sino que «puede extenderse a los distintos aspectos de su actividad» (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 8), incluyendo «lo organizativo o pedagógico» (STC 77/1985, de 22 de junio, FJ 7).

(ii) En cuanto al acceso de los centros de enseñanza diferenciada a la financiación pública en régimen de igualdad, la Abogacía del Estado aduce que el sistema de conciertos, que deriva del artículo 27.9 CE («los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca»), 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 argumenta que la administración del dinero público no puede ser un pretexto para impedir la libertad de elección, ni ignorar las preferencias sociales que se ajusten a la ley. Los poderes públicos deben adoptar una actitud de neutralidad, que es precisamente a lo que tiende el nuevo apartado del artículo 84.3 LOE. Esa neutralidad se compromete si se tratan de manera desigual opciones igualmente legítimas, como son la educación diferenciada y la integrada, teniendo en cuenta el dictamen del Consejo de Estado núm. 625/2011 y la STS de 23 de julio de 2012.

A diferencia de lo que afirma esa Sentencia, se sostiene que los conciertos educativos afectan o conciernen directamente al contenido esencial del derecho a la educación. No solo porque el artículo 27.4 CE establece la gratuidad y obligatoriedad de la enseñanza básica, sino sobre todo 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 a la vez que, cuando entra en juego su financiación, los poderes públicos puedan controlar los centros educativos en cuanto a su carácter diferenciado o

no por un supuesto carácter discriminatorio. La suscripción de conciertos es materia reglada y no una actividad discrecional de la Administración, como corrobora el modo imperativo en que se expresa la normativa básica estatal sobre su régimen. Actuar de forma distinta en uno y otro caso, concertando solo a la educación mixta, supondría una vulneración del artículo 14 CE, que exige un tratamiento igual de todas las opciones educativas legítimas. Por ello, la modificación operada en esta materia por la LOMCE viene a subsanar la deficiente redacción original de la LOE, y es de efectiva y material justicia, sin perjuicio de que lógicamente deba haber unas exigencias legales que cumplir para acceder al concierto.

Lo mismo cabe decir de la introducción de una norma de derecho transitorio, como la disposición transitoria segunda de la LOMCE, que abre un plazo de dos meses para que los centros privados a los que en 2013 se les haya denegado la renovación del concierto educativo o reducido las unidades escolares concertadas por el hecho de impartir educación diferenciada por sexos para que se les aplique el artículo 84.3 LOE durante el resto del periodo de conciertos de cada Administración educativa.

g) La Abogacía del Estado también reputa plenamente constitucional la regulación de la participación, autonomía y gobierno de los centros escolares cuestionada por los recurrentes. En este sentido, considera que el artículo 27.7 CE sólo contempla un mandato de configuración al legislador para que regule normativamente el régimen jurídico aplicable a esta materia, sin condiciones previas. Si la existencia misma de esa participación es básicamente reconocible no resultará afectado el contenido esencial del derecho.

El precepto constitucional sólo prevé la intervención en el control y gestión de los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, pero no atribuye al órgano de participación un control decisivo ni exige que ese órgano gestione tales centros, de manera que el peso de los profesores, padres o alumnos se imponga a las decisiones del titular. Esa sería una opción legislativa legítima, pero no la única posible. La intervención del consejo escolar en el control y gestión no supone necesariamente un efecto jurídico vinculante o determinante de la intervención de ese órgano. Se cumple con el mandato del artículo 27.7 CE cuando la norma de desarrollo legislativo prevé la actuación o intervención del órgano de participación en las decisiones de mayor trascendencia para el Centro educativo, pero no es necesario que esa intervención vincule a la dirección o la titularidad del mismo, ni tampoco se impone constitucionalmente una fórmula de codecisión. Solo la encomienda al director del centro de la toma de decisiones trascendentes para el centro sin la previa valoración, aun no vinculante del consejo escolar o la imposibilidad de controlar a través de informaciones o comunicaciones y de evaluar su gestión serían contrarias a la Constitución. Pero ninguna de las funciones enumeradas por el nuevo artículo 132 LODE como propias del director exigen un régimen de codecisión vinculante por parte del consejo escolar, por lo que no contravienen el artículo 27.7 CE, al igual que las nuevas funciones de los consejos escolares del artículo 127 LODE son respetuosos con el marco allí garantizado.

h) La Abogacía del Estado defiende el pleno ajuste constitucional de las normas que disciplinan la enseñanza de las asignaturas de religión y valores culturales y cívicos, contenidas en los artículos 18, 24 y 25 LOE, en la nueva redacción dada a los mismos por las disposiciones novena, décima quinta y décima sexta del artículo único de la LOMCE. Entiende la representación de la Administración General del Estado que 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, tal y como recoge la STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 8, por remisión a la STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 8. No hay esa identidad entre ambos derechos porque no existe entre ellos la relación de instrumentalidad necesaria.

Por esa razón resulta sorprendente, para la Abogacía del Estado, que se contrapongan los fundamentos de la religión con los valores constitucionales, como si

fueran contrarios o diferentes. En la religión subyacen unos valores humanos o humanísticos que son los mismos que hoy denominamos constitucionales. En este sentido, ya la STC 5/1981, invocada 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 la libertad de opción que establece la LOMCE entre religión y valores sociales y cívicos en todos los ciclos de la enseñanza. También los instrumentos internacionales son acordes con esa nueva regulación, en concreto el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 9 del Convenio de Roma de 1950, cuyo artículo 9.1 establece también que toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y, finalmente, los Pactos internacionales de derechos civiles y políticos y de derechos económicos, sociales y culturales, en sus artículos 18.4 y 13.3 respectivamente.

También se resalta la aspiración del legislador a acomodarse en esta materia 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 de la 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 (SSTS 187/1991, de 3 de octubre y 155/1997, de 29 de septiembre).

En resumen, en cuanto a la regulación de esta materia, la norma queda dentro del marco jurídico que el artículo 27 CE en sus apartados primero y tercero le otorga, por lo que la opción sería perfectamente constitucional aunque no existiera el mencionado acuerdo con la Santa Sede.

i) En cuanto a los itinerarios en la ESO, la Abogacía del Estado comienza explicando el nuevo modelo, poniendo de relieve que el objetivo de la norma es reducir las tasas de abandono escolar temprano flexibilizando las trayectorias educativas a partir de los 15 años de edad, en los términos que se describen en el escrito. Fundamentalmente, se ofrece la opción de la ESO y de la formación profesional básica, que no son caminos irreversibles, sino con múltiples opciones, sin que quepa tildar el segundo de extraordinario o secundario.

Se trae a colación el fundamento jurídico 11 de la STC 212/2012, de 14 de noviembre, que establece el alcance y límites de la reserva de ley, orgánica y ordinaria, en relación con el artículo 27 CE. Partiendo de los criterios allí sentados, se llega a la conclusión de que la fijación por ley ordinaria (nuevos arts. 41.1 y 42.4 LOE) de las condiciones de acceso a la formación profesional básica no supone una regulación frontal y directa del derecho a la educación, sino de algunos aspectos del modo concreto en que el Estado organiza el contenido prestacional del derecho. No excluye a nadie del disfrute del derecho fundamental, ni condiciona o predetermina su ejercicio de forma irreversible. La finalidad última del precepto es precisamente que ningún alumno se autoexcluya del sistema educativo.

Similares consideraciones merece a la Abogacía del Estado la regulación de los Programas de mejora del aprendizaje y del rendimiento en los apartados primero, segundo y tercero del artículo 27 de la norma cuestionada, que tienen naturaleza de ley orgánica. En este caso, existe la suficiente densidad normativa en la ley, puesto que la remisión al reglamento tiene como finalidad dotar de flexibilidad y adaptabilidad a la disposición de desarrollo. Se trata, por tanto, de una remisión de índole meramente técnica en una materia compleja.

Tampoco resulta necesaria la reserva de ley para regular las condiciones en las cuales el equipo docente puede proponer la incorporación del alumnado a un ciclo de formación profesional básica, posibilidad contemplada en el artículo 30 LOE, que tiene carácter orgánico. Ni es posible pormenorizar de forma tasada en la ley todos los supuestos que conducirán a formular esta recomendación, ni es necesario por tratarse

de una opción que no se impone al alumno, que no implica su exclusión del sistema y que no es irreversible si se adopta.

El representante legal de la Administración General del Estado niega que la norma vulnere el derecho fundamental del alumno a participar en las decisiones que afecten a su currículum, en particular, en cuanto al acceso a la formación profesional básica (arts. 27.2, 28.7, 30 y 41 LOE, modificados por la LOMCE), destacando que tanto la Constitución como las declaraciones internacionales de derechos a quien reconocen en todo caso derechos de participación es a los padres o tutores del menor de edad.

j) El último bloque sostiene la constitucionalidad del artículo 84.2 LOE, en la redacción dada por el artículo único de la LOMCE. Afirma la Abogacía del Estado que no se vulnera la reserva de ley orgánica ni en lo referido a fijar los criterios de rendimiento académico ni en lo relativo a la modulación del porcentaje del 20 por 100 otorgado a ese criterio en el proceso de admisión del alumnado en los centros que tengan reconocida una especialización curricular. Se trata de un parámetro objetivo y determinado a través del sistema de evaluaciones. La posibilidad de modular el peso de ese criterio en admisión del alumnado tiene como finalidad evitar que se vulneren los principios de equidad y cohesión del sistema.

Tampoco comparte la Abogacía del Estado que atribuir ese poder de modulación a los centros privados y concertados suponga entregarles la facultad de programar el sistema educativo, que compete a los poderes públicos. Aduce, en primer lugar, que la facultad de moderar el peso del rendimiento académico no se atribuye a los centros privados, aunque sí a los concertados, y en cualquier caso se trata de una facultad ajena al concepto de programación general de la enseñanza, pues se refiere a criterios de admisión de alumnos en la excepcional circunstancia de que no existan plazas suficientes para atender a las solicitudes de admisión presentadas. Además, los centros concertados asumen la prestación de servicios públicos. Por ello la ley puede encomendarles la concreción, en un supuesto excepcional y en un pequeño margen, de un concepto jurídico como es el rendimiento académico, establecido en la ley y acreditado mediante procesos de evaluación.

Por todo lo anterior, finaliza la Abogacía del Estado impetrando que se dicte sentencia en la que se desestime en su integridad el presente recurso. El escrito se acompaña de tres anexos documentales que contienen esquemas sobre itinerarios de las distintas enseñanzas, pasarelas entre etapas educativas y la clasificación de las asignaturas según esas etapas.

6. Con fecha 29 de mayo de 2014, tuvo entrada un escrito del Letrado Mayor del Parlamento de Navarra, solicitando que se tuviera por formulada la adhesión de esta institución a los recursos de inconstitucionalidad números 1377-2014, 1385-2014, 1406-2014, 1433-2014, 1435-2014 y 1455-2014, interpuestos por otros sujetos legitimados contra la LOMCE. Solicita asimismo la acumulación de los mencionados recursos para su tramitación y resolución unitaria.

7. Mediante providencia de este Tribunal de 10 de junio de 2014, se dio traslado de dicho escrito a las partes personadas en los citados recursos para que, en el plazo de diez días, pudieran exponer lo que estimaran procedente al respecto.

8. Las representaciones procesales del Gobierno de Cataluña, del Gobierno de Canarias y de la Junta de Andalucía expresaron, mediante escritos presentados los días 20, 24 y 25 de junio de 2014, respectivamente, su intención de no formular alegaciones respecto de la adhesión del Parlamento de Navarra, señalando a la vez que no se oponían a la misma.

El representante procesal del Parlamento de Cataluña formuló escrito que tuvo entrada el 26 de junio de 2014 en el registro general del Tribunal Constitucional. Aduce que la petición del Parlamento de Navarra no tiene base jurídica en la LOTC ni, hasta ahora, en la práctica del Tribunal, sin ser de aplicación supletoria en este punto la Ley Orgánica del Poder Judicial o la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-

administrativa (LJCA). Añade que los recursos deducidos contra la LOMCE no impugnan los mismos preceptos, ni alegan los mismos argumentos, aparte de que pueden tener diverso alcance según las competencias concretas de cada Comunidad Autónoma. A pesar de ello, «siempre y cuando la posición del Parlamento de Cataluña, como parte en el proceso, no se vea afectada», la Cámara manifiesta no oponerse a la adhesión solicitada, ni a la acumulación que se plantea.

Finalmente, el Abogado del Estado, mediante escrito registrado también el 26 de junio de 2014, instó su inadmisión. Alega fundamentalmente que la adhesión que se solicita, con independencia de la calificación que se le quiera dar, es un subterfugio para enmascarar un recurso de inconstitucionalidad extemporáneo. La LOTC no contempla la opción procesal de la adhesión y este tipo de recursos están sujetos a un plazo estricto de caducidad, que no se puede reabrir en perjuicio del principio de seguridad jurídica y del concepto o esencia misma del proceso, tal como ha entendido el ATC 547/1989, de 15 de noviembre. Por otro lado, no se puede solicitar la acumulación procesal de autos por quien no habiendo ejercitado en plazo la acción procesal no se ha constituido como parte en el proceso. El tenor del artículo 83 LOTC presupone, en coherencia con el plazo de caducidad ex artículo 33 LOTC, que tanto quien puede solicitar la acumulación como los comparecidos son ya parte en el proceso, sin que el régimen de esta cuestión procesal sea una de las materias en las que el artículo 80 LOTC se remite supletoriamente a lo establecido para otras jurisdicciones. Aparte de que tanto los artículos 34 y ss. LJCA, como los artículos 74 y ss. de la Ley de enjuiciamiento civil también restringen a quienes ya sean parte la facultad de instar la acumulación de recursos.

9. Por providencia de 19 de junio de 2018 se señaló para deliberación y votación de la presente Sentencia el día 21 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. El Gobierno de Canarias interpone el presente recurso de inconstitucionalidad contra una serie de disposiciones de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE). Concretamente, la impugnación se dirige, por un lado, contra los apartados enumerados en el encabezamiento de esta sentencia del artículo único de la LOMCE, que añaden, modifican o dan nueva redacción a los siguientes preceptos de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (LOE): artículo 6 *bis*; artículo 18; artículo 24; artículo 25; artículo 27, apartados primero, segundo y tercero; artículo 28, apartado séptimo; artículo 29, apartados primero y cuarto; artículo 30; artículo 36 *bis*, apartados primero y tercero; artículo 38, apartado segundo; artículo 41; artículo 42, apartado cuarto; artículo 84, apartado segundo; artículo 84, apartado tercero; artículo 111 *bis*, apartados tercero y sexto; artículo 127, letras a), b), e), h) e i); artículo 132, apartados l), m), n), ñ) y o); artículo 144, apartado primero; y disposición adicional trigésima sexta. Por otro lado, el Consejo de Gobierno recurrente impugna también, respecto de la propia LOMCE, la disposición transitoria segunda y los apartados de la disposición final segunda que dan nueva redacción a las letras a), b), f), h), j), k), l) y m) del artículo 57, al artículo 59 y al artículo 60 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (LODE).

El objeto específico del recurso del Gobierno canario, que define el alcance de la impugnación, se refiere en muchos casos solo a algún aspecto concreto de las disposiciones enumeradas, tal como se irá indicando al hilo de su examen. En su conjunto, el recurrente sostiene que estos preceptos incurren en tres tipos distintos de vicios de inconstitucionalidad: primero, exceden las competencias del Estado en materia de educación (fundamentalmente derivadas del art. 149.1.30 CE) y conculcan de modo paralelo las que corresponden a la Comunidad Autónoma Canaria; segundo, no respetan la reserva de ley orgánica en materia de derecho a la educación (art. 81.1 CE), al regular cuestiones relevantes del mismo en preceptos que tienen rango de ley ordinaria y remitir el complemento de las bases estatales a disposiciones reglamentarias, infringiéndose

también con esto último la reserva general de ley en lo referente al ejercicio de derechos fundamentales en general (art. 53.1 CE); finalmente, se contravienen diversas prescripciones materiales del artículo 27 CE, sobre todo en lo que se refiere a los apartados segundo (objeto de la educación), tercero (derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos), quinto (programación general de la enseñanza por parte de los poderes públicos), séptimo (participación del profesorado, los padres y los alumnos, en la gestión y control de los centros sostenidos con fondos públicos) y noveno (mandato a los poderes públicos de ayudar a los centros docentes que reúnan los requisitos legales).

El Abogado del Estado se opone al recurso, solicitando su íntegra desestimación, con los argumentos recogidos en los antecedentes.

2. La reforma educativa emprendida por la LOMCE ha sido objeto de varios recursos de inconstitucionalidad coetáneos que este Tribunal ha ido resolviendo a lo largo de 2018 mediante sentencias cuyo contenido condiciona el presente pronunciamiento. De hecho, todos los preceptos impugnados en este proceso, sin excepción, han sido ya recurridos y examinados en esas recientes resoluciones, aunque las alegaciones formuladas no sean siempre del todo coincidentes. Hasta el momento nos hemos pronunciado a instancias del Gobierno de la Generalitat de Cataluña en la STC 14/2018, de 20 de febrero, y a instancias del Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso en la STC 31/2018, de 10 de abril, que han abordado una serie de cuestiones competenciales planteadas por la reforma educativa, así como la conformidad a la Constitución de la regulación de la educación diferenciada por sexos, de las limitadas facultades de intervención de los consejos escolares en la gestión y control de los centros, de la asignatura de religión, de los itinerarios educativos en sistema de enseñanza y del criterio del rendimiento académico como factor a evaluar en la admisión en determinados niveles educativos de centros especializados.

Posteriormente, hemos resuelto los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Parlamento de Cataluña y por el Principado de Asturias en las SSTC 49/2018, de 10 de mayo, y 53/2018, de 24 de mayo, respectivamente, que en buena parte son de aplicación de la doctrina de las anteriores y se fundamentan por remisión a lo expuesto en aquéllas, si bien añaden el análisis de algunas cuestiones complementarias, como por ejemplo con respecto a las enseñanzas deportivas y a los ciclos de formación profesional, añadiendo algunas consideraciones adicionales a las ya formuladas antes sobre aspectos competenciales y materiales. La acumulación de todo ese caudal argumental condiciona y facilita la resolución del recurso planteado por el Gobierno de Canarias, en la que, para evitar reiteraciones innecesarias, se estima conveniente acudir a la técnica de la remisión expresa, tal como hemos hecho en ocasiones semejantes [como en las SSTC 172/1998, de 23 de julio, FJ 2, y 111/2016, FJ 2 c)].

3. Como cuestión preliminar antes de entrar en el examen de los preceptos impugnados, se ha responder a la solicitud de adhesión al presente recurso del Parlamento de Navarra (así como de acumulación de los distintos recursos planteados sobre la LOMCE).

No procede admitir la intervención que el Parlamento navarro pretende tener en este recurso por adhesión a los ya presentados por otros recurrentes. Tal como hemos sostenido en la STC 14/2018, FJ 2 [y, en el mismo sentido, en las SSTC 31/2018, FJ 2; 49/2018, FJ 3 a), y 53/2018, FJ 2 a)], la LOTC no contempla esa posibilidad, sino que establece unos plazos preclusivos para que quienes están legitimados para interponer recursos de inconstitucionalidad [arts. 162.1 a) CE y 32.2 LOTC] puedan hacerlo, sin que quepa orillar este límite por la vía de la adhesión a otra impugnación que se esté tramitando (ATC 18/1985, de 15 de enero, FJ 3). Por su parte, y como consecuencia de lo anterior, la acumulación de los procesos ya abiertos contra la LOMCE ha de rechazarse también por haber sido formulada por quien no tiene la condición de parte en los mismos.

Como hemos indicado en la primera de las sentencias citadas, solo de manera excepcional hemos reconocido legitimación a las Comunidades Autónomas «para personarse, como partes secundarias o subordinadas de las demandadas, en punto a coadyuvar en la defensa de la constitucionalidad de la norma cuando ... se trate de disposiciones que inequívocamente afecten a su propio ámbito de autonomía y sin que, en ningún caso, dicha intervención adhesiva pueda suponer la modificación del objeto procesal, el cual ha de quedar definitivamente delimitado por las alegaciones exclusivamente formuladas por las partes principales contempladas en los artículos 32.1 y 34 LOTC debiendo quedar circunscrita su intervención a formular alegaciones sobre dicho objeto y a ser oída por este Tribunal» (ATC 172/1995, de 6 de junio, FJ 5; y, en el mismo sentido, STC 118/2016, de 23 de junio). Pero esta excepción no es aplicable a quienes simplemente «tratan de adherirse a un proceso abierto por otros sin haber ejercitado ellos mismos, en el plazo debido, la acción de que estaban asistidos ... sin que, por tanto, ese indirecto camino, no reconocido por la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, les permita remediar la situación que crea su pasividad, la cual, por demás, no perjudica la viabilidad del recurso» (ATC 18/1985, de 15 de enero, FJ 3).

4. Aclarada esta cuestión previa es posible abordar el examen de los preceptos de la LOMCE recurridos por el Gobierno de Canarias, que agruparemos para su tratamiento en tres grandes bloques, determinados por el tipo de motivos que definen su impugnación. Comenzando por los motivos de carácter competencial, el recurrente alega que varios aspectos introducidos por la reforma de la LOMCE no se encuentran respaldados por competencias estatales, o suponen un ejercicio de las mismas que no respeta las que corresponden a la Comunidad Autónoma.

a) En primer lugar, se recurren los artículos 29 y 36 *bis* LOE solo en cuanto que, al regular las evaluaciones para la obtención del título de bachiller y de la ESO, no extienden el objeto de esas pruebas a todas las asignaturas del currículum, sino solo a las troncales, que son las que corresponde establecer al Estado, y a solo una de las asignaturas específicas (que no sea educación física, religión o valores éticos). Es decir, se excluyen la mayoría de las asignaturas específicas y todas las de libre configuración, que son fundamentalmente las materias sobre las cuales despliega la Comunidad Autónoma su competencia en la configuración del currículum.

Pues bien, tal como hemos señalado en la STC 14/2018, FJ 6, la regulación de las pruebas de evaluación de la ESO y del bachillerato está enmarcada dentro de la competencia normativa íntegra del Estado sobre el régimen de obtención, expedición y homologación de títulos académicos (art. 149.1.30 CE, primer inciso), en la medida en que la superación de las mismas es condición necesaria, aunque no suficiente, para la obtención de los títulos académicos de ESO y bachillerato. En consecuencia [STC 14/2018, FJ 7 a)] corresponde al Estado regular el contenido de estas pruebas «en las que el mayor peso de las áreas troncales, como las anteriormente denominadas enseñanzas mínimas o comunes, es coherente con su función de asegurar una formación común y garantizar la homologación y la validez general de los títulos (por todas, SSTC 214/2012, de 14 de noviembre, FJ 4, y 24/2013, de 31 de enero, FJ 5)». Aparte de que el desarrollo curricular autonómico sí está presente en la evaluación del aprendizaje, que es un proceso continuo más amplio, en el que las Comunidades Autónomas complementan o establecen criterios de evaluación en las distintas etapas educativas, como ilustramos en la citada sentencia por referencia detallada al articulado de la LOE.

Lo cual conduce a reiterar la desestimación de este motivo de inconstitucionalidad, en relación con los apartados vigésimo y vigésimo noveno del artículo único de la LOMCE, al igual que hicimos en nuestras SSTC 49/2018, FJ 3 e) y 53/2018, FJ 5 b).

b) Del mismo modo ha de rechazarse la impugnación que el Gobierno de Canarias formula en términos muy similares a los planteados por la Generalitat de Cataluña [STC 14/2018, FJ 8 c)] sobre las remisiones que el artículo 38.2 y la disposición adicional trigésima sexta LOE hacen a la normativa básica que establezca el Gobierno en materia

de acceso a la universidad, sin extender el reproche de inconstitucionalidad al resto del contenido de esos preceptos. El argumento sería que esa regulación ya es lo bastante detallada como para agotar todo el contenido posible de las bases estatales en aras de la garantía de homogeneidad de esos procesos, sin necesidad de complementos, que en todo caso correspondería establecer a las Comunidades Autónomas.

Sin perjuicio de la valoración que corresponda hacer en su día del contenido concreto que se dé a esas disposiciones reglamentarias básicas que dicte el Estado, la mera habilitación al Gobierno contenida en la LOE no es invasiva de las competencias autonómicas en atención a ese presunto agotamiento de las bases, que no es posible dilucidar de forma apriorística. Aparte de que ya en otras ocasiones, como en nuestra STC 207/2012, de 14 de noviembre, FFJJ 5 y 6, hemos apreciado el carácter materialmente básico de desarrollos reglamentarios dictados en esta materia del acceso a la universidad.

Se desestima en consecuencia este motivo de inconstitucionalidad en relación con los apartados trigésimo primero y nonagésimo séptimo del artículo único de la LOMCE.

c) La LOMCE introdujo un artículo 6 *bis* de nuevo cuño en el que concreta la distribución de competencias entre la Administración del Estado y las Comunidades Autónomas en materia educativa, excluyendo la enseñanza superior, con especial atención a la formación del currículum de cada periodo educativo y tipo de enseñanza. El Gobierno canario recurre únicamente dos aspectos concretos de esa distribución, a los que debe quedar circunscrita la presente impugnación. El primero es lo que califica como cambio de modelo, pues mientras en una serie de enseñanzas (educación infantil, idiomas, artísticas, deportivas y de formación profesional) el reparto competencial se sigue haciendo por adjudicación de porcentajes en cuanto a la dedicación horaria (apartados tercero y cuarto del artículo 6 *bis* LOE), en las etapas de educación primaria, ESO y bachillerato la asignación es más compleja y se estructura en función de los tipos de asignaturas y, dentro de ellas, por referencia a los contenidos mínimos, los estándares de aprendizaje y los criterios de evaluación de la adquisición de competencias. En ese marco se reserva al Estado no solo el 50 por 100 de la dedicación horaria que corresponderá a las asignaturas troncales, sino también la fijación de los estándares de aprendizaje de las asignaturas específicas (apartado segundo del art. 6 *bis* LOE), condicionando en exceso el desarrollo autonómico posterior.

Esta pretendida invasión competencial queda descartada por las razones que expusimos en el fundamento jurídico 4 b) de nuestra STC 53/2018, al que ahora debemos remitirnos en bloque.

En consecuencia, ha de rechazarse la impugnación de la competencia estatal para fijar los estándares de aprendizaje del bloque de las asignaturas específicas en las enseñanzas de educación primaria, ESO y bachillerato [art. 6 *bis* LOE, apartado 2 a), 2].

El otro aspecto del precepto que se recurre es la atribución al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte de la competencia sobre las pruebas finales de evaluación en la ESO y el bachillerato, en cuanto que se extiende a niveles que se consideran de ejecución [artículo 6 *bis*.2 b) LOE, sobre todo en su subapartado 3]. Esta impugnación se extiende a los preceptos del articulado de la LOE, introducidos por la LOMCE, que regulan y concretan esas evaluaciones finales en las distintas etapas educativas: artículos 29.4, 36 *bis*.3 y 144.1 LOE [los dos primeros preceptos han sido también recurridos por otro motivo, ya rechazado en la letra a) de este fundamento jurídico].

Sin embargo, ya hemos afirmado específicamente sobre esta cuestión en la STC 14/2018, FJ 8, especialmente en las letras a) y b), que la competencia estatal en esta materia tiene carácter pleno, pues deriva de su reserva para regular íntegramente las condiciones de obtención de títulos académicos como los que aquí están en juego, por lo que corresponde al Estado dictar la entera normación de las pruebas finales de evaluación. Esta competencia alcanza no solo el establecimiento general de los criterios de evaluación y características de las pruebas, sino también «la concreta determinación de su diseño y contenido para cada convocatoria, pues en este ámbito la competencia

autonómica es meramente ejecutiva y se traduce, por utilizar los términos del artículo 144.1, párrafo tercero LOE, en la «realización material de las pruebas» [FJ 8 b)].

Queda por tanto rechazada la impugnación de los apartados quinto, vigésimo, vigésimo noveno y octogésimo noveno del artículo único de la LOMCE en los aspectos que han sido recurridos.

d) También es objeto de recurso la atribución al Gobierno de la competencia para establecer condiciones en los procedimientos de admisión en los ciclos formativos de grado medio y grado superior de formación profesional básica en caso de insuficiencia de plazas, introducida en el artículo 41.2 y 3 b) LOE sin ninguna matización o límite.

Este motivo de recurso encuentra cumplida respuesta en nuestra STC 14/2018, FJ 8, tanto en lo que se refiere a la doctrina constitucional sobre el juego de la potestad reglamentaria estatal en el establecimiento y complemento de normativa básica [letra a)], como en lo que se refiere a estas específicas remisiones de la LOE a normas reglamentarias estatales [letra d)]. Con carácter general, lo primero queda posibilitado en la medida en que haya una habilitación legal específica y se trate de cuestiones que por su carácter técnico sea más oportuno acomodar en disposiciones de rango inferior a la ley. Lo segundo ha sido concretamente declarado conforme a la Constitución, en la medida en que estamos ante una competencial estatal en la que en abstracto es admisible la colaboración reglamentaria, sin que se trate de una remisión en blanco, pues debe ser enmarcada en relación «con el artículo 84.2 LOE, que determina los criterios prioritarios de los procesos de admisión en los centros públicos y privados concertados cuando no existan plazas suficientes».

Se rechaza en consecuencia la impugnación de los extremos cuestionados del apartado trigésimo cuarto del artículo único de la LOMCE.

e) El Gobierno canario niega el carácter básico de las atribuciones que en cuanto al manejo en los centros docentes de tecnologías de la información y la comunicación y respecto a la formación del profesorado en esta materia se encomiendan al Ministerio de Educación, Cultura y Deporte por los apartados tercero y sexto del nuevo artículo 111 *bis*, adicionado a la LOE. El carácter técnico y pormenorizado de estas cuestiones desbordaría el nivel básico de competencias que corresponde al Estado en materia de educación.

Nuestra STC 14/2018, FJ 8 e), ya tuvo ocasión de examinar y rechazar esta misma impugnación. La concreción de formatos que deberán ser soportados por las herramientas y sistemas de soporte al aprendizaje en el ámbito de los contenidos educativos digitales públicos (apartado tercero del art. 111 *bis*) no es sino un complemento lógico, justificado y de índole técnica al servicio de la garantía de interoperabilidad de los sistemas de información educativos también encomendada al Ministerio en el apartado primero del artículo 111 *bis*, que no ha sido impugnado. Por su parte, la elaboración del marco común de referencia de competencias digitales para la formación permanente del profesorado (apartado sexto del art. 111 *bis*) es solo un instrumento para «orientar» esa formación permanente y «facilitar» el asentamiento de la cultura digital en las aulas, por lo que al carecer de naturaleza prescriptiva no vulnera las competencias autonómicas y puede enmarcarse en las posibilidades genéricas de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas que, sin comportar asunción de competencias ejecutivas por el primero, son posibles en materia de perfeccionamiento del personal docente [STC 184/2012, FJ 7 c)].

Se desestima en consecuencia la inconstitucionalidad de los aspectos del apartado sexagésimo y noveno del artículo único de la LOMCE que han sido impugnados.

5. Un segundo grupo de impugnaciones del Gobierno de Canarias alega la vulneración del artículo 81.1 CE [en relación con el art. 27) y del art. 53.1 CE], en los que se establece una reserva de ley orgánica para la regulación de los derechos fundamentales que afecta a los de la sección 1 del capítulo II del título primero de la Constitución, así como una reserva de ley para regular en general el ejercicio de todos los derechos del capítulo II, siempre con respeto a su contenido esencial, las cuales no serían compatibles con remisiones reglamentarias en relación con aspectos relevantes

de esos derechos. Esto ocurriría con la regulación de los itinerarios educativos por parte de la LOMCE (en la nueva redacción de los arts. 27, apartados 1, 2 y 3; 28, apartado 7; 30; 41, apartado y 42, apartado 4, LOE), que clasifican al alumnado con consecuencias presentes y futuras muy relevantes en el desarrollo de su derecho a la educación.

Esta impugnación es coincidente con la planteada por diputados del Grupo Socialista en el Congreso en el recurso núm. 1406-2014 y resuelta en el fundamento jurídico 7 de nuestra STC 31/2018, al que resulta necesario remitirnos.

a) Allí [FJ 7 a)], concluimos en primer lugar que «no están reservadas a la ley orgánica ni la regulación de las condiciones de acceso a la formación profesional básica (artículo 41.1 LOE) ni tampoco la regulación del contenido y organización de la oferta de ese tipo de enseñanzas en lo referido, concretamente, a los ciclos y bloques de materias en que se articula dicha oferta (artículo 42.4 LOE)».

La razón es que, con carácter general, como hemos recordado en la STC 49/2018, FJ 4 c), «[E]l «ámbito de la reserva de ley orgánica no es coextenso al de las competencias atribuidas al Estado» [STC 213/2012, de 14 de noviembre, FJ 6 b), citando la STC 173/1998, de 23 de julio, FJ 7]. En particular, «el concepto del que la Constitución se vale en el citado artículo 149.1.30 («normas básicas para el desarrollo del art. 27...»), no posee el mismo alcance que el que genéricamente enuncia el artículo 81.1» (STC 137/1986, de 6 de noviembre, FJ 3). Hay normas que, a efectos del artículo 149.1.30 CE, son «desarrollo del artículo 27 CE», y tienen, en consecuencia, el carácter de bases, pero no son «desarrollo de los derechos fundamentales» a los fines del artículo 81.1 CE y, por tanto, carecen del rango de ley orgánica. Baste el ejemplo de los reglamentos que el Gobierno puede adoptar válidamente, cumpliendo ciertas condiciones, como previsiones básicas de desarrollo del derecho a la educación ex artículo 149.1.30 CE [por todas, STC 14/2018, FJ 8)].

Y de forma más específica apreciamos que «[N]i las condiciones subjetivas para acceder a la formación profesional básica ni la concreción de algunos de los ítems que integran el currículum de la misma son desarrollo directo del derecho a la educación. La formación profesional básica forma parte del sistema educativo (artículos 3.2 e), 39.2 y 40 LOE), cuya organización o estructura concretas no están encuadradas, como ya hemos expresado, en el ámbito reservado a la Ley Orgánica. Por otro lado, el incumplimiento de las condiciones subjetivas para cursar formación profesional no supone per se la exclusión del alumno del ámbito escolar, sino que se permite el seguimiento de las enseñanzas correspondientes o, en su caso, del programa para la mejora del rendimiento, también dentro de las enseñanzas regladas» [STC 31/2018, FJ 7 a)].

Queda por tanto desestimada la impugnación de los aspectos referidos de los apartados 34 y 35 del artículo único de la LOMCE.

b) También descartamos en el fundamento jurídico 7 b) de la STC 31/2018 déficit constitucional alguno en relación con la alegación de la insuficiente densidad normativa de la regulación del nuevo itinerario del programa de mejora del aprendizaje y del rendimiento a causa de la remisión al Gobierno del establecimiento de las condiciones básicas de los requisitos aplicables a tales programas.

Ante todo, no se puede apreciar abdicación del legislador en la regulación de condiciones limitativas del derecho a la educación, porque el sentido de esos programas es precisamente flexibilizar las trayectorias para que los alumnos y alumnas puedan, mediante la aplicación de una metodología más práctica, llegar a cursar cuarto de la ESO por la vía ordinaria y obtengan así el correspondiente título de graduado.

Además, no se puede olvidar que la propia LOE atribuye al Gobierno, respecto a las etapas educativas de educación primaria, educación secundaria obligatoria y bachillerato, una amplia potestad reglamentaria en la determinación de contenidos comunes, estándares de aprendizaje evaluables y horario lectivo mínimo del bloque de asignaturas troncales, y en la determinación de los estándares de aprendizaje evaluables del bloque de asignaturas específicas. En ese marco, los programas de mejora suponen una innovación en cuanto a contenidos, actividades y materias, «pero dentro del modelo

establecido con carácter general para la ESO, que tienen un suficiente grado de concreción en el plano de la ley ordinaria (artículos 22 a 32 LOE). Ello hace innecesaria desde el punto de vista constitucional la mayor densidad normativa que los recurrentes reclaman a la regulación de los Programas de Mejora del Rendimiento y Aprendizaje».

Por ello, el apartado décimo octavo del artículo único de la LOMCE no resulta inconstitucional en los aspectos recurridos.

c) También hemos rechazado [STC 31/2018, FJ 7 c)] que los nuevos artículos 30 y 41 LOE permitan «derivar necesariamente al alumnado hacia la Formación Profesional sin fijar la causas para ello», sencillamente porque es «la voluntad de los padres o tutores y en su caso, la del alumnado, la razón última del tránsito hacia ese modelo formativo». El sentido de esos preceptos es el de facilitar el acceso a la formación profesional mediante una propuesta del equipo docente del centro que, como tal, no es vinculante y no sustituye la voluntad de aquellos.

En ese sentido se descarta la inconstitucionalidad de los apartados vigésimo primero y trigésimo cuarto del artículo único de la LOMCE por el motivo mencionado.

d) Finalmente, cabe rechazar [al igual que hemos hecho en la STC 31/2018, FJ 7 d)] que en algunos de los preceptos ya aludidos [arts. 27.2, 30 y 41.1 c) LOE] y en otros conectados con ellos (art. 28.7 LOE) se lesione el derecho del alumnado a participar en las decisiones relevantes de su currículum, como la opción por un programa de mejora del aprendizaje y el rendimiento, la elección de itinerario en la ESO en general, o el acceso a la formación profesional básica, ni que se vulnere en estos casos la reserva general de ley en materia de derechos fundamentales (art. 53.1 CE). Para empezar, en la gran mayoría de los casos los alumnos que se encuentran en esas etapas educativas son menores de edad, lo que obliga a distinguir entre titularidad y ejercicio de los derechos, quedando sometido este último a un régimen de heteroejecución (STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 4), en función de las circunstancias de edad y madurez, que «asegura la máxima efectividad posible del concreto derecho fundamental del que es titular el menor, y permite a la par el cumplimiento del mandato tuitivo a que se refiere el artículo 39 CE». Por otro lado, el artículo 27 CE no reconoce de manera expresa «un ámbito propio constitucionalmente protegido a la participación del alumno en las decisiones que le afecten en materia de itinerarios o trayectorias curriculares». Más bien hay que entender que la participación del alumno menor de edad en las mismas queda garantizada por la aplicación de las disposiciones generales sobre la capacidad de obrar y los derechos de los menores previstas en las normas nacionales e internacionales. Ese marco normativo es suficiente además para salvar la reserva de ley que el recurrente alega como exigible en todo lo que afecte al ejercicio de derechos fundamentales.

Se desestiman así las alegaciones formuladas contra estos aspectos de los apartados 18, 19, 21 y 34 del artículo único de la LOMCE.

6. La última parte del recurso del Gobierno de Canarias denuncia la infracción del artículo 27 CE por parte de la regulación establecida en la LOMCE en relación con la enseñanza diferenciada por sexos, con las competencias de los consejos escolares, con la asignatura de religión, y con la evaluación del rendimiento académico en determinados procesos de admisión, tal como han quedado configurados tras esta reforma. También sobre estas cuestiones hemos tenido oportunidad de pronunciarnos con ocasión de los recursos resueltos por el Tribunal en los últimos meses.

a) En relación con la legitimidad constitucional de la opción pedagógica por impartir enseñanzas separadas a alumnas y alumnos en las etapas básicas de la educación, así como del rechazo de la elección de este modelo como causa impeditiva para que los centros docentes que lo siguen puedan acceder a la financiación pública en pie de igualdad con los demás, nos hemos pronunciado con claridad en la STC 31/2018, FJ 4, así como en las posteriores SSTC 49/2018, FJ 5, y 53/2018 FJ 6. En esos pronunciamientos hemos avalado la plena constitucionalidad del artículo 84.3 LOE y de la disposición transitoria segunda de la LOMCE, y así hemos de afirmarlo una vez más.

El Gobierno de Canarias recurre también, por su conexión con el nuevo artículo 84.3 LOE, la disposición transitoria segunda de la LOMCE, mediante la cual se abre un plazo de dos meses desde la aprobación de esta reforma legislativa para que los centros que en 2013 vieron denegada su solicitud de concierto por el hecho de impartir enseñanzas diferenciadas por sexos, puedan pedir que se les aplique la nueva regulación. Como bien concluimos en la STC 49/2018, FJ 7 b), sentado que al Estado corresponde establecer el régimen básico de los conciertos educativos, esa competencia debe entenderse también proyectada en sentido temporal, pudiendo determinar así el momento de la entrada en vigor de esas prescripciones básicas, que no se inmiscuyen en la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, aunque evidentemente la afecten al igual que lo hace la regulación general de los conciertos. Además, la medida que se introduce no tiene carácter retroactivo, sino de inmediata aplicación de la reforma introducida, desplegando sus efectos precisamente «para el resto del actual periodo de conciertos» como especifica la disposición transitoria, que supera sin dificultad el canon de interdicción de la arbitrariedad del artículo 9.3 CE.

Queda por todo ello desestimada la impugnación del apartado sexagésimo primero del artículo único y la disposición transitoria segunda de la LOMCE.

b) En relación con la reforma de las competencias de los consejos escolares el Gobierno de Canarias sostiene que se ha lesionado el derecho de participación de la comunidad educativa en el control y gestión de los centros sostenidos con fondos públicos, garantizado en el artículo 27.7 CE. El recorte experimentado en el contenido de las facultades de esos órganos, que en muchos casos pasan del nivel de la codecisión al de mera evaluación, consulta, informe o propuesta, ha acrecido de modo paralelo las facultades de los directores de centro, y no respetaría el contenido esencial de ese derecho fundamental. La vulneración se habría producido además tanto en el gobierno de los centros públicos (mediante la reforma de los artículos 127 y 132 LOE por los apartados octogésimo y octogésimo primero del artículo único de la LOMCE) como en el de los centros privados concertados (mediante la reforma de los arts. 57, 59 y 60 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación, LODE, por parte de la disposición final segunda de la LOMCE).

Esta impugnación es coincidente con la resuelta por nuestra STC 31/2018, FJ 5, referida a los mismos apartados de los mismos preceptos reformados por la LOMCE: letras a), b), e), h) e i) respecto al artículo 127 LOE; letras l), m), n), ñ) o) respecto al artículo 132 LOE; letras a), b), f), h), j), k), l) y m) respecto al artículo 57 LODE; así como los artículos 59 y 60 LODE. Y al igual que allí dijimos, debe desestimarse, en aplicación de la doctrina acuñada en esta materia desde la STC 77/1985, FJ 21, pues siendo evidente que «el nivel de la intervención del consejo escolar en la gestión y control del centro se ve considerablemente reducido» con la reforma de la LOMCE, también hay que reconocer que «no hasta el límite de vulnerar el contenido esencial del derecho de participación» (STC 31/2018, FJ 5), ya que esa participación sigue existiendo en todos los aspectos cuestionados de las competencias de los Consejos Escolares, a través de las cuales los padres, profesores y, en su caso, alumnos intervienen en los procesos relevantes de la vida del centro educativo.

Se desestima por ello la impugnación tanto de los apartados 80 y 81 del artículo único de la LOMCE como de los apartados tercero, cuarto y quinto de la disposición final segunda de la LOMCE en los concretos aspectos en que han sido recurridos.

c) El Gobierno recurrente cuestiona también la configuración que recibe la asignatura de religión en la reforma de la LOMCE, contenida dentro de la nueva redacción de los artículos 18, 24 y 25 LOE, relativos a la organización de las enseñanzas de educación primaria, primer ciclo de la ESO y cuarto curso de la ESO, respectivamente. Por un lado, se considera que es contrario a la Constitución la equiparación curricular de una asignatura confesional, que no es necesario que se imparta en la escuela, con una asignatura de formación en valores cívicos que es necesaria para atender los objetivos que la Constitución asigna a la educación en su artículo 27.2. Por otro lado, se considera discriminatorio y excluyente que la elección de

la asignatura de religión en esas etapas educativas comporte la incompatibilidad de cursar las asignaturas de valores sociales y cívicos y de valores éticos.

Estos mismos motivos de impugnación en relación con los mismos preceptos han sido ya examinados y rechazados en nuestra STC 31/2018, FJ 6, a la que es obligado remitirse, tal como ha hecho la STC 53/2018, FJ 6. Queda rechazada así la impugnación de los apartados noveno, décimo quinto y décimo sexto del artículo único de la LOMCE en cuanto a la regulación de la asignatura de religión.

d) El último motivo de recurso se refiere a la introducción parcial en el artículo 84.2, segundo párrafo LOE del criterio del rendimiento académico para la admisión en las enseñanzas postobligatorias de bachillerato y formación profesional de determinados centros, pudiendo suponer hasta un 20 por 100 de la puntuación del solicitante.

El motivo y las alegaciones son también en este caso coincidentes con las planteadas en el recurso que hemos resuelto con nuestra STC 31/2008, FJ 8, por lo que no hemos sino de reiterar la valoración que allí hicimos, determinante de la desestimación de la impugnación de este apartado sexagésimo del artículo único de la LOMCE.

FALLO

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

Ha decidido

- 1.º Inadmitir la solicitud de adhesión del Parlamento de Navarra.
- 2.º Desestimar el recurso de inconstitucionalidad núm. 1435-2014, interpuesto por el Gobierno de Canarias.

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

Dada en Madrid, a veintiuno de junio 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.—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. 1435-2014

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, 24, 25 y 84.3 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 con 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 veintiuno de junio de dos mil dieciocho. -Fernando Valdés Dal-Ré.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1435-2014.

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 su fundamentación jurídica y su fallo, que considero debería haber sido estimatorio en relación con las impugnaciones de (i) la segregación sexual en los centros docentes privados concertados (art. 84.3 LOE y disposición transitoria segunda LOMCE) y (ii) la regulación de las asignaturas de religión y valores culturales y cívicos (arts. 18, 24 y 25 LOE) y, por tanto, haber sido declarados inconstitucionales y nulos.

Las razones de mi discrepancia las expuse en el voto particular formulado a la STC 31/2018, de 10 de abril, y, por remisión a este, en los formulados a las SSTC 49/2018, de 10 de mayo, y 53/2018, de 24 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 autoidentificación de una democracia exige que, en este caso, no baste con una mera remisión a dicho voto particular, sino su reproducción íntegra que es la que a continuación incorporo:

«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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 posibilitarse, 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, asunto *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, asunto *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, asunto *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 artículo 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 artículo 84.3 LOE se hace al artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 [artículos 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; artículo 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; artículos 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; artículos 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; artículos 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; artículo 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; artículos 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; artículos 26 a 29 de Ley Foral Navarra 8/2017, de 19 de junio, para la igualdad social de las personas LGTBI+, y los artículos 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 décimo sexto años. En ella se señalaba que la finalidad que ha sido constitucionalmente atribuida a la educación en el artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 omnicomprensiva 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 artículos 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 artículos 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 residencie 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 artículo 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 profesorados 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 veintiuno de junio 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. 1435-2014

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, formuló 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. 1435-2014, interpuesto por el Gobierno de Canarias 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 parte de la argumentación contenida en el fundamento jurídico 6, y a las consecuencias que dicha argumentación proyecta sobre el fallo, en relación con la nueva redacción que la LOMCE atribuye a los artículos 18, 24, 25 y 84.3 de la Ley Orgánica de educación, así como a la disposición transitoria segunda de la LOMCE. Los artículos 18, 24 y 25 se refieren a la enseñanza de la asignatura de religión, mientras que el artículo 84.3 LOE y la disposición transitoria segunda de la LOMCE aluden a la legitimidad constitucional de la educación segregada por sexos y a la financiación de la misma.

Toda la argumentación por la que me aparto de esta Sentencia la desarrollé detenidamente en su día en mi Voto particular formulado a la STC 31/2018, de 10 de abril, voto al que me remito del mismo modo que hice en relación con los recursos de inconstitucionalidad 1433-2014, y 1385-2014.

Y en este sentido emito mi Voto particular.

Madrid, a veintiuno de junio de dos mil dieciocho.–María Luisa Balaguer Callejón.–Firmado y rubricado.