

VOTO PARTICULAR que formula el Magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1406-2014 al que se adhiere el Magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón

Como tuve oportunidad de manifestar a lo largo de las deliberaciones del presente proceso constitucional, disiento de la decisión adoptada por la mayoría. Dentro del máximo respeto hacia el parecer de mis compañeros de Pleno, entiendo, por las razones que de inmediato expondré, que el fallo debió estimar parcialmente el recurso y declarar en consecuencia la inconstitucionalidad y nulidad de determinados preceptos de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo (LOE), en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa.

I. EDUCACIÓN SEGREGADA POR RAZÓN DE SEXO.

1. Desde el mismo pódico de este voto particular, ya deseo destacar que, a mi juicio, los párrafos segundo y tercero del art. 84.3 LOE vulneran, de manera frontal, el art. 27.2 de la Constitución española (CE), en relación con los arts. 1, 9.2 y 14 del texto constitucional. La notable transcendencia que, para la progresiva y definitiva eliminación de las intensas y extensas desigualdades por razón de género de muy variada índole (económicas, sociales o profesionales, por mencionar algunas de las más relevantes) aun presentes en la sociedad española, despliega y desplegará la decisión adoptada por la presente Sentencia al validar constitucionalmente la implantación de un sistema de educación segregada, justifica que me extienda en el contenido de los razonamientos que fundamentan mi discrepancia en derredor de este aspecto.

A diferencia de las opciones normativas enunciadas en algunas constituciones de otros países de la Unión Europea (UE), el art. 27 de la CE configura la educación como un derecho fundamental, al tiempo que define de manera ensamblada el ideario educativo – por apropiarme de la noción acuñada por Tomás y Valiente -, a cuya satisfacción se encuentran enderezados tanto ese derecho como las restantes libertades educativas. La principal fuente de restricción de la libertad de enseñanza (art. 27.1), en su condición de contenido del derecho a la educación, procede de este límite constitucional expreso, de naturaleza interna, instituido en el enunciado normativo del art 27.2, a tenor del cual “[L]a educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de

la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.

Por enunciar la idea con otras palabras, las diferentes facultades a través de las cuales el art. 27 garantiza un derecho a la educación en libertad se encuentran delimitadas y limitadas por la necesidad de observar sin reserva alguna en ese ideario educativo y orientarse a su consecución. Entre éste, el ideario, y aquellas otras, las manifestaciones de ese derecho de contenido complejo que es el derecho a la educación, concurre una doble y estrecha vinculación. La primera tiene un alcance negativo, proscribiendo cualquier acción o acto que menoscabe, perjudique o agravie el ideario. La segunda, en cambio, posee un significado positivo, pues obliga a que el ejercicio por los diversos actores del sistema educativo (padres, alumnos, instituciones representativas de unos y otros, centros escolares y, desde luego, poderes públicos) adopten todas aquellas medidas que garanticen la consecución de ese ideario.

Desde una perspectiva constitucional, que es la única en la que importa aquí reparar, el debido test al que ha de someterse y, por consiguiente, superar el ideario de todo centro escolar, incluida la técnica pedagógica adoptada, no consiste en discernir si con dicho ideario se obtienen buenos, mediocres o malos rendimientos académicos sino, y ello es bien diferente, si el resultado educativo se mantiene en o se separa del marco del ideario constitucional. Solo orientando el contenido sustantivo del derecho a la educación hacia el logro de esos valores, bienes y derechos constitutivos del ideario educativo constitucional se protegen adecuadamente los intereses de los menores, al tiempo que se les asegura el progresivo descubrimiento y ejercicio por ellos mismos de sus derechos.

Las observaciones que acabo de exponer delimitan la metodología obligada que ha de utilizarse para tratar el problema de fondo planteado desde una dimensión estrictamente constitucional; esto es, desde una dimensión alejada de las motivaciones espúreas de variado carácter (religioso, político, social, biológico o psicológico, por ejemplo) que a menudo tienden a sustentar, bien que de manera oculta, el propio juicio de constitucionalidad. Esta metodología puede formularse de forma sencilla con la ayuda del siguiente interrogante: ¿la educación diferenciada por sexo es acorde con el ideario constitucional o, por el contrario, pugna con él?

El problema aquí suscitado ni puede ni debe resolverse, conforme hace la Sentencia de mi disensión con insistente monotonía argumentativa, verificando si las condiciones y los medios en los centros que opten por dicha técnica pedagógica son equivalentes a los que utilicen aquellos otros que se organizan de acuerdo a criterios de educación mixta. Muy antes al contrario, la cuestión suscitada reside en examinar si una pedagogía como la que propone la educación

diferenciada permite garantizar el derecho a la educación conforme al ideario educativo constitucional; si se aleja o no de una formación educativa respetuosa con los derechos y libertades consagrados en nuestra Carta Magna, de manera especial, con el principio de igualdad y con los valores de la tolerancia y convivencia democráticas.

En este sentido y como razonaré de inmediato, la educación segregada por sexo priva a los alumnos y a los profesores del escenario o contexto necesarios para educar a partir de una percepción democrática de los acusados conflictos de género que en nuestra sociedad aún se mantienen, sin que, lamentablemente, los poderes públicos adopten las medidas necesarias para su prevención y consiguiente solución. Los modelos pedagógicos de la educación diferenciada, al confrontar con ese ideario educativo, se sitúan fuera del contenido esencial del derecho a la educación; o, si se prefiere, de la libertad de enseñanza y de creación de centros escolares.

2. Como ya he hecho constar, el art. 27.2 CE enuncia el objetivo primario y esencial del derecho a la educación, calificando como tal el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.

Se considere o no un atisbo excepcional de la democracia militante -como han apuntado algunos autores-, el precepto prescribe el ideario educativo de la Constitución: “la primera finalidad que este precepto constitucional asigna a la educación es «el pleno desarrollo de la personalidad humana» del alumno. Plenitud que es imposible sin libertad, por lo cual los términos del art. 27.2 son complementivos de aquellos otros del art. 10.1 de la C.E. en los que se afirma que «el libre desarrollo de la personalidad» es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. Por ello, todo ideario educativo que coarte o ponga en peligro el desarrollo pleno y libre de la personalidad de los alumnos será nulo por opuesto a la Constitución. Por imperativo del mismo precepto (art. 27.2 de la C.E.) el alumno debe ser educado en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales. Si, como escribió Kelsen, «la educación para la democracia es una de las principales exigencias de la democracia misma», es evidente que el Estado no podría permitir, en aras de un pluralismo educativo mal entendido, la existencia de centros docentes privados inspirados por idearios educativos totalitarios o antidemocráticos. El citado art. 27.2 es garantía de que esto no podrá ocurrir en nuestro ordenamiento” (voto particular de Tomás y Valiente a la STC 5/1981, de 13 de diciembre).

El art. 27.2 CE no ampara el adoctrinamiento ideológico, por contrario a los valores superiores de la libertad y el pluralismo. Pero tampoco es neutral, en cuanto impulsa

decididamente la difusión de los valores constitucionales: juridifica así la médula de la educación democrática, que si no es paritaria no es democrática, y como tal expresa la finalidad que ha de presidir la entera configuración normativa del sistema educativo (STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 9). Es evidente que tal finalidad no concierne solo a los contenidos de la formación, sino que se proyecta sobre todas las facetas del sistema educativo. Así, a propósito del *homeschooling*, el Tribunal ya advirtió en la citada sentencia que la finalidad de garantizar una adecuada transmisión de conocimientos a los alumnos no es la única “que deben perseguir los poderes públicos a la hora de configurar el sistema educativo en general y la enseñanza básica en particular, que han de servir también a la garantía del libre desarrollo de la personalidad individual en el marco de una sociedad democrática y a la formación de ciudadanos respetuosos con los principios democráticos de convivencia y con los derechos y libertades fundamentales, una finalidad ésta que se ve satisfecha más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización” (FJ 8.b).

En línea con lo afirmado por la STC 133/2010, la educación diferenciada por razón de sexo niega el papel de la escuela como espacio por excelencia de socialización y convivencia en la igualdad desde la infancia más temprana (“el respeto a los principios democráticos de convivencia”, en términos del art. 27.2 CE). Contribuye de esta manera tanto a perpetuar los caducos patrones de pensamiento y estereotipos sexistas, como a dificultar la lucha contra la discriminación basada en la orientación sexual y la identidad de género, en línea opuesta a la necesidad de avanzar en la protección de los derechos de las personas LGTBI, puesta de relieve en diversos trabajos de la Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA), entre otros organismos. Por ello, lejos de cumplir con el ideario educativo constitucional, lo lesiona en uno de sus pilares: el de la igualdad, en las dimensiones complementarias que le confieren los arts. 1.1, 9.2 y 14 CE.

En este escenario conceptual, me parece obligado recordar que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, “el art. 9.2 CE expresa la voluntad del constituyente de alcanzar no sólo la igualdad formal sino también la igualdad sustantiva, al ser consciente de que únicamente desde esa igualdad sustantiva es posible la realización efectiva del libre desarrollo de la personalidad; por ello el constituyente completa la vertiente negativa de proscripción de acciones discriminatorias [art. 14 CE] con la positiva de favorecimiento de esa igualdad material. La incorporación de esa perspectiva es propia de la caracterización del Estado como social y

democrático de Derecho con la que se abre el articulado de nuestra Constitución y que trasciende a todo el orden jurídico (STC 23/1984, de 20 de febrero, FJ 4). Una caracterización a la que se debe reconocer pleno sentido y virtualidad en la interpretación del alcance de los diversos preceptos constitucionales, habida cuenta de que, como hemos afirmado, ‘la Constitución no es la suma y el agregado de una multiplicidad de mandatos inconexos, sino precisamente el orden jurídico fundamental de la comunidad política, regido y orientado a su vez por la proclamación de su art. 1, en su apartado 1, a partir de la cual debe resultar un sistema coherente en el que todos sus contenidos encuentren el espacio y la eficacia que el constituyente quiso otorgarles’ (STC 206/1992, de 27 de noviembre, FJ 3). De modo que la caracterización de nuestro modelo de Estado como social y democrático de Derecho, con los valores superiores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político que dotan de sentido a esta caracterización, representa el fundamento axiológico para la comprensión del entero orden constitucional” (STC 12/2008, de 29 de enero, FJ 4).

Desde la perspectiva del art. 9.2 CE, la Sentencia de mi discrepancia resulta especialmente perturbadora cuando, de forma insólita, extiende su juicio al legislador futuro (e igualmente al legislador de la LOE 2006), al que veta la adopción de una política de financiación pública de centros educativos privados que excluya a los que imparten la educación diferenciada. Me limito a recordar que, según la STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 11, del art. 27.9 CE no se desprende un deber de ayudar a todos y cada uno de los centros docentes sólo por el hecho de serlo, pues la remisión a la Ley puede significar que esa ayuda se realice teniendo en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales, entre ellos, la promoción por parte de los poderes públicos de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas (arts. 1 y 9 CE). La Sentencia de la que me aparto invoca la STC 86/1985, de 10 de julio, según la cual las ayudas públicas deben ser configuradas con respeto al principio de igualdad. Obviamente no cuestiono esta aseveración, pero no es el Tribunal el que *prima facie* está llamado a fijar las orientaciones de política educativa en orden a la financiación de los centros privados. Merece ser recordado que la misma STC 86/1985 añade que “el legislador puede, en el respeto al canon de razonabilidad que le impone el art. 14, diferenciar entre supuestos y hasta debe hacerlo, en obediencia a otros preceptos constitucionales, cuando su acción se orienta a la adjudicación de prestaciones a particulares” (FJ 3).

3. Siendo la igualdad sustantiva un elemento definidor de la misma noción de ciudadanía (STC 12/2008, FJ 5), solo la educación mixta proporciona los cimientos de convivencia entre

iguales que posibilita el cumplimiento del ideario educativo de la Constitución, como condición necesaria aunque desde luego no suficiente para garantizar una educación que responda al valor constitucional de la igualdad. El presupuesto sobre el que ha de enjuiciarse cualquier decisión política es la igualdad radical del hombre y la mujer. Si este presupuesto implica que una representación integradora de ambos sexos es irrenunciable para el gobierno de una sociedad, necesariamente así compuesta (STC 12/2008, FJ 7), esa igualdad radical exige también de modo irrenunciable, para observar y cumplir con la primera finalidad de la educación consagrada por el art. 27.2 CE, una escuela que no segregue por razón de género.

Toda diferenciación por razón de sexo debe superar un escrutinio particularmente riguroso: el art. 14 CE contiene “una explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas y que han situado, tanto por la acción de los Poderes Públicos, como por la práctica social, a sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona que reconoce el art. 10 de la CE. En este sentido, no debe ciertamente olvidarse que la expresada exclusión de la discriminación por razón del sexo halla su razón concreta, como resulta de los mismos antecedentes parlamentarios del art. 14 CE, y es unánimemente admitido por la doctrina científica, en la voluntad de terminar con la histórica situación de inferioridad en que, en la vida social y jurídica, se había colocado a la población femenina” (STC 166/1988, de 26 de septiembre, FJ 2). Por este motivo, la presencia de ese elemento diferenciador debe llevar a un cuidadoso análisis de las causas subyacentes en la diferenciación (STC 128/1987, de 16 de julio, FJ 7). La doctrina del Tribunal es constante: “El canon de control aplicable cuando se alega que una norma jurídica conculca el artículo 14 CE, por cualquiera de las circunstancias personales que merecen protección, se define por la STC 126/1997, de 3 de julio, FJ 8, a partir de su diferencia con el canon de ponderación aplicable al apartado primero del mismo precepto constitucional: si el principio de igualdad ‘no postula ni como fin ni como medio la paridad y sólo exige la razonabilidad de la diferencia de trato’, las prohibiciones de discriminación, en cambio, imponen como fin y generalmente como medio la parificación de trato legal, de manera que sólo pueden ser utilizadas excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica ... Lo que implica la necesidad de usar en el juicio de legitimidad constitucional un canon mucho más estricto y que implica un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad” (STC 3/2018, de 22 de enero, FJ 4). La carga de demostrar el carácter justificado de la diferenciación recae sobre quien asume la defensa de la misma, y se torna aún más rigurosa cuando el factor diferencial es uno de los típicos que el art. 14 CE concreta para

vetar que en ellos pueda basarse la diferenciación, como ocurre con el sexo, la raza, la religión, el nacimiento y las opiniones [entre otras, SSTC 81/1982, de 21 de diciembre, FJ 2, 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4.b), y 66/2015, de 13 de abril, FJ 3].

La resolución adoptada por la mayoría, pese a citar ampliamente la doctrina previa, no aborda el riguroso análisis que demanda la jurisprudencia constitucional; y tampoco traslada debidamente la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación a quien asume su defensa. De forma un tanto contradictoria, primero distancia el análisis constitucional del derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE), afirmando que responde a “un sistema meramente instrumental y de carácter pedagógico, fundado en la idea de optimizar las potencialidades propias de cada uno de los sexos”, sin presencia de “otro tipo de motivaciones ajenas a las educativas”. Pero posteriormente se afirma que es fruto de “determinadas concepciones de diversa índole” (concepciones que quedan en penumbra), para señalar más adelante que “se presenta por sus promotores como un determinado tipo o modelo pedagógico, sobre el que este Tribunal –obvio es decirlo- no puede ofrecer criterio valorativo alguno”. Su caracterización, se añade, “implica su consideración como una parte del ideario o carácter propio del centro que escoge esa fórmula educativa”, ideario que previamente se ha “conectado con el derecho de los padres a elegir el tipo de formación religiosa y moral que desean para sus hijos, aunque entre ambos no existe relación de instrumentalidad necesaria, que no excluye, empero, la existencia de ‘una indudable interacción’ entre ellos”: es decir, en conexión, ahora sí, con el art. 27.3 CE. Con estas erráticas oscilaciones argumentales no acabo de entender cuál es el hilo conductor o la tesis que sostiene la sentencia y, lo que es más importante: en mi opinión se renuncia a valorar lo que constituye el verdadero núcleo de este debate constitucional.

Los centros educativos que segregan por razón de sexo se presentan con un discurso centrado en su ventaja pedagógica, presuntamente basada en las diferencias psicobiológicas entre alumnos y alumnas: un postulado en el mejor de los casos científicamente controvertido, al no tomar en consideración los perfiles individuales del alumnado con independencia de su sexo, las raíces culturales, el contexto socioeconómico o, ni tan siquiera, los hallazgos de la neurociencia (por citar algunos trabajos, *Should the sexes be separated for secondary education -- comparisons of single-sex and co-educational schools?*, Research Papers in Education, 2006; *Equally prepared for life?* OCDE 2009; *The pseudoscience of single-sex schooling*, Science 333, 2011; *Single-sex education and the brain*, Sex Roles 2013).

4. Al menos en nuestro país, la llamada educación diferenciada más parece un eufemismo de cariz pseudomoderno, pero apenas distante de la idea que sostuvo la segregación tradicional, de manifiesto y grueso trazo discriminatorio. Algunas decisiones legislativas ilustran de manera ejemplar este juicio. Así, la Ley Moyano, además de imponer la segregación física en la enseñanza elemental y superior de las niñas, sustituyó los estudios de geometría, dibujo lineal, física o historia natural por “labores propias del sexo”, “elementos de dibujo aplicado a las mismas labores” o “ligeras nociones de higiene doméstica”. En épocas ya más próximas, la Ley de educación primaria de 1945 - que dijo consagrar “el principio cristiano de la separación de sexos en la enseñanza”, apelando a razones de orden moral y, nótese bien, de eficacia pedagógica - prescribió tanto la separación física como la diferenciación de contenidos educativos, preparando a las niñas desde la educación primaria “para la vida del hogar, artesanía e industrias domésticas”. En fin, incluso la Ley de Educación de 1970, aunque abre tímida y paulatinamente el paso a la educación mixta, advierte que los programas y orientaciones pedagógicas serán matizados de acuerdo con el sexo, manteniendo la asignatura obligatoria de “enseñanzas del hogar” para las alumnas.

Con los antecedentes históricos de la segregación por sexos en la escuela española tan sumariamente recordados, no es aceptable perpetuar el estigma de este legado con el “nuevo ropaje” de una opción pedagógica, sin entrar a contrastar su pretendido fundamento objetivo, su razonabilidad y proporcionalidad que, al no quedar debidamente acreditados por sus defensores, no supera el canon de ponderación exigido por la jurisprudencia del Tribunal.

A lo largo del fundamento jurídico 4 de la resolución, la mayoría insiste en que el art. 84.3 LOE acoge una educación diferenciada por sexos pero “equivalente” o “equiparable”, precepto del que se destaca además que estos proyectos educativos deben desarrollar medidas académicas para favorecer la igualdad: estamos ante un oxímoron que no resiste contraste ni con el ideario educativo constitucional ni con los fines y principios de la educación, proclamados en las propias leyes orgánicas que desarrollan el art. 27 CE. Estas parten del ideario enunciado en el art. 27.2 CE, y enfatizan el valor de la igualdad; el desarrollo, en la escuela, de los valores que fomenten la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, así como la prevención de la violencia de género es uno de los principios que inspiran el sistema educativo [art. 1.1) LOE]; la igualdad entre hombres y mujeres es uno de los fines de la educación [art. 2.b) LODE]. No se comprende cómo se pueden desarrollar estos fines y principios en una escuela que, al segregar físicamente por razón de sexo, introduce una inherente desigualdad en el corazón mismo del sistema educativo.

Incluso admitiendo como mera hipótesis que, por sí misma, la segregación por sexos no conduce a una educación diferenciada también en contenidos, en detrimento de la superación de los roles y estereotipos tradicionales, y debido al arraigo histórico del sexismo en la educación española, no puedo dejar de evocar el inquietante paralelismo de la noción de educación equivalente o equiparable con el principio “separados pero iguales” que en Estados Unidos justificó la segregación racial en la sentencia *Plessy vs. Ferguson* (1896), y que no quedó arrumbada hasta la capital sentencia *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954). En esta última, el Tribunal Supremo descarta entrar en una comparación entre escuelas, sin tomar en consideración el criterio de la equivalencia a fin de examinar los efectos de la segregación, en sí misma considerada, en la escuela pública. Considerando la educación el fundamento básico de una auténtica ciudadanía, como instrumento principal para despertar los valores culturales, para prepararles para el aprendizaje profesional y para ayudarles a adaptarse con normalidad a su medio, concluye que un “sistema con escuelas separadas es intrínsecamente desigualitario”.

En la España del S. XXI, sin duda habría unanimidad en opinar que el principio “separados pero iguales” es inconstitucional si comporta segregación racial, atentando al fundamento mismo del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). ¿Cuál puede ser el fundamento para sostener lo contrario cuando se trata de segregación por razón de sexo?

En nuestro sistema constitucional, la desigualdad (la segregación) se encuentra vedada en las escuelas, tanto públicas como privadas, por imperativo de los arts. 1, 9.2, 14 y 27.2 CE.

II. ENSEÑANZA DE RELIGIÓN VERSUS ENSEÑANZA DE VALORES CULTURALES Y CÍVICOS/VALORES ÉTICOS.

Según consolidada doctrina constitucional, “el art. 16.3 de la Constitución, tras formular una declaración de neutralidad (SSTC 340/1993, de 16 de noviembre, y 177/1996, de 11 de noviembre), considera el componente religioso perceptible en la sociedad española y ordena a los poderes públicos mantener ‘las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones’, introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva que ‘veda cualquier tipo de confusión entre fines religiosos y estatales’ (STC 177/1996)” (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4; en el mismo sentido, entre otras, SSTC 177/1996, de 11

de noviembre, FJ 9; 154/2002, de 18 de julio, FJ 6; 101/2004, de 2 de junio, FJ 3, y 34/2011, de 28 de marzo, FJ 3).

Es exactamente la confusión entre fines religiosos y estatales, vedada por el art. 16.3 CE como advirtió la temprana STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1, la que apreció en los arts. 18, 24 y 25 LOE, en la medida en que contemplan la asignatura de Religión y las asignaturas de Valores Sociales y Cívicos (en Educación Primaria) y Valores Éticos (en Educación Secundaria Obligatoria) con carácter alternativo. Este diseño alternativo (que, tanto por el contenido de las enseñanzas como por el carácter evaluable de las asignaturas, es por completo diferente del que fue objeto del ATC 40/1999, de 22 de febrero), no respeta el principio de aconfesionalidad del Estado, que exige la neutralidad de todas las instituciones públicas y, muy especialmente, de los centros docentes (STC 5/1981, FJ 9).

Dicha neutralidad, según la misma STC 5/1981, no impide la organización en los centros públicos de enseñanzas de seguimiento libre para hacer posible el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE). Desde este momento me interesa dejar claro que lo que está aquí en entredicho no es la organización de estas enseñanzas religiosas, pues el deber de cooperación establecido en el art. 16.3 CE “encuentra en la inserción de la religión en el itinerario educativo un cauce posible para la realización de la libertad religiosa en concurrencia con el ejercicio del derecho a una educación conforme con las propias convicciones religiosas y morales” (STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 5). La cuestión constitucional a examen, en la STC 38/2007 y en este proceso, no versa por tanto sobre la enseñanza religiosa en los centros escolares.

Lo que, a mi juicio, afecta negativamente a la neutralidad religiosa del Estado es diseñar estas enseñanzas religiosas como alternativa a las asignaturas que, con diferente -y no precisamente afortunada- denominación, han de integrar el contenido del ideario educativo constitucional recogido en el art. 27.2 CE, a cuya trascendencia y posición central en la ordenación del sistema educativo ya he dedicado buena parte del apartado precedente de este voto particular. En el contexto ahora de mi posición crítica al tratamiento de la enseñanza de los “Valores Sociales y Cívicos” o los “Valores Éticos”, como documento de referencia me remito a la Carta del Consejo de Europa sobre educación para la ciudadanía democrática (orientada a los derechos y las responsabilidades democráticas y la participación activa, en relación con los aspectos cívicos políticos, sociales, económicos, jurídicos y culturales de la sociedad) y la educación en derechos humanos (que abarca una gama más amplia de derechos y libertades fundamentales en todos los ámbitos de la vida). Adoptada en el marco de la Recomendación

CM/Rec(2010)7 del Comité de Ministros de los Estados Miembros, la Carta llama a los Estados a “incluir la educación para la ciudadanía democrática y la educación en derechos humanos en los programas de educación formal en los niveles de infantil, primaria y secundaria, así como en la enseñanza y la formación general y profesional” y a “seguir apoyando, revisando y actualizando la educación para la ciudadanía democrática y la educación en derechos humanos en estos programas con el fin de garantizar su pertinencia y asegurar la continuidad de esta materia” (#6).

Llevan razón los recurrentes cuando señalan que, en este ámbito formativo tan estrechamente conectado con el ideario educativo recogido en el art. 27.2 CE, la perspectiva confesional no puede sustituir a la perspectiva constitucional, convirtiéndose las asignaturas alternativas en modalidades didácticas de la misma disciplina, pues esta alteridad diluye la naturaleza de los valores constitucionales, al tiempo que vulnera el deber de neutralidad religiosa que, *ex art.* 16.3 CE, forzosamente ha de presidir la actividad del Estado, y que con esta reforma educativa adquiere un tinte neoconfesional.

La cuestión no queda despejada por la circunstancia de que el carácter alternativo de estas enseñanzas no sea “necesariamente excluyente”, como apunta sucintamente la Sentencia de mi discrepancia. Subsiste en su diseño conceptual esa condición alternativa, que constituye la raíz del problema constitucional, y de todos modos la ley da todas las facilidades para que en la práctica se consagre ese carácter excluyente, al deferir la posibilidad de cursar ambas opciones a la programación y la oferta de las Administraciones educativas y de los centros docentes [arts. 18.3.c), 24.4.c) y 25.6.c) LOE].

III. DERECHO DE LOS MENORES A PARTICIPAR EN LAS DECISIONES RELATIVAS A SUS ITINERARIOS EDUCATIVOS.

La incorporación de los alumnos de ESO a los programas de mejora del aprendizaje y del rendimiento (art. 27.2 LOE), o el acceso a la Formación Profesional Básica [arts. 30 y 41.1.c) LOE], en los citados preceptos se propone solo a los padres, madres o tutores legales, pero el art. 28.7, párrafo segundo, LOE, matiza la omisión al extender también la propuesta, “en su caso”, al alumno o alumna.

Se trata de alumnos menores de edad, en el tramo comprendido entre los doce y los diecisiete años. Su derecho a la participación directa en decisiones curriculares de tanta

trascendencia queda minimizado en la resolución mayoritaria, que argumenta a favor de la heteroejecución del ejercicio del derecho del menor a través de padres y tutores, al entender que “la participación del menor en el ejercicio de sus propios derechos puede ser de diferente alcance en función de las circunstancias de edad y madurez que concurran en él”.

No se extraen las debidas consecuencias de lo establecido en el art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, que al regular el derecho del menor a ser oído y escuchado, proporciona un criterio claro sobre la madurez a efectos del ejercicio directo del derecho: a partir de los doce años cumplidos. Esta reforma se introdujo por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que según su exposición de motivos desarrolla el derecho fundamental del menor a ser oído y escuchado de acuerdo con los criterios recogidos en la Observación n.º 12, de 12 de junio de 2009, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, que alude específicamente al derecho del niño a ser escuchado en las cuestiones relativas al rendimiento escolar. En el mismo sentido, el art. 6.3.d.) de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE), reconoce a los alumnos el “derecho básico” a recibir orientación educativa y profesional. De este derecho es titular el propio alumno, pues a los padres y tutores se reconoce en el art. 4.1.e) LODE el derecho diferenciado a participar en el proceso de enseñanza y aprendizaje de sus hijos.

Pese a la omisión apreciable en los arts. 27.2, 30 y 41.1.c), la ambigua expresión del art. 28.7 hubiera permitido una interpretación integradora de esta parte de la LOE con las otras normas que he citado. Me aparto sin embargo de la fundamentación porque no afirma de forma inequívoca el derecho de los alumnos a esta participación directa, como derecho no susceptible de heteroejecución y ajeno al mandato tuitivo del art. 39 CE que se invoca en la Sentencia.

Y en este sentido emito mi Voto Particular.

Madrid, a diez de abril de dos mil dieciocho.