

Voto particular concurrente que formula la Vicepresidenta de este Tribunal doña Encarnación Roca Trías a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad número 1406-2014.

En ejercicio de la facultad que me confiere el artículo 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con pleno respeto a la opinión de mis compañeros, formulo Voto particular concurrente en los términos que expongo a continuación.

Manifiesto mi discrepancia únicamente con la fundamentación jurídica referida a la desestimación de la impugnación del último párrafo del artículo 84.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), en la redacción del mismo dada por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre para la mejora la calidad educativa (LOMCE). Advierto ya que esa discrepancia no me ha impedido compartir la conclusión desestimatoria a la que llega la Sentencia en esta y en las restantes cuestiones que se planteaban en el recurso.

Respecto a dicho precepto, los recurrentes planteaban, sucesivamente, dos cuestiones. En primer lugar, discutían el modelo educativo consistente en la aplicación de un sistema que diferencia por sexos, por entenderlo inconstitucional al incurrir en una discriminación proscrita por el art. 14 CE. Añaden después, específicamente en relación con el último párrafo del art. 84.3, que, aunque fuera constitucional, las Administraciones educativas deberían poder denegar el concierto a quienes desarrollaran ese tipo de educación, so pena de vulnerar los artículos 14, 9.2 y 27.2 CE.

La razón de mi disenso con el fundamento jurídico 4.b) de la Sentencia, que aborda esta última cuestión, estriba en que, en mi opinión, asume una posición que me parece discutible, pues, a partir de la premisa, que comparto, de que la educación diferenciada no puede considerarse un supuesto de discriminación por razón de sexo, no creo que pueda concluirse, como parece sugerir la Sentencia, que existe una obligación constitucional derivada del art. 27.9 CE, del que surge un derecho al concierto de los centros en los que esa educación se imparte.

De hecho, conforme a la propia forma de razonar de la Sentencia, gran parte de la argumentación que se emplea es innecesaria para la resolución del problema planteado. En el inicio del fundamento del que discrepo se afirma que “sólo en el caso de que el régimen de educación diferenciada fuera inconstitucional, podría objetarse la opción del legislador de tratar de manera igualitaria ambos modelos pedagógicos en el ámbito de los conciertos educativos”. Si esto fuera así, como se reitera varias veces en ese mismo fundamento, la conclusión es que carece de sentido continuar con el debate exclusivamente en relación con la financiación

mediante concierto de este tipo de centros, una vez resuelto que no es inconstitucional dicho régimen de educación diferenciada y afirmado, como se hace, que el legislador dispone de opciones en esta materia.

Sin embargo, en su razonamiento la Sentencia da varios pasos más que la hacen caer, en mi criterio, en el claro defecto de superar la queja planteada por los recurrentes. Así, produce el efecto de limitar, en cierta medida, las legítimas opciones del legislador democrático en esta materia. Opciones que son, en definitiva, expresión del pluralismo político como valor superior del ordenamiento (art. 1.1 CE). No cabe olvidar que el Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y sólo se debe esperar de él pronunciamientos sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución, sin que sea posible que, directa o indirectamente, se impongan determinados contenidos a las decisiones de ese legislador.

La Sentencia bordea, en mi opinión, ese riesgo. Aborda el problema relacionando el art. 27.9 CE con la garantía de gratuidad de la enseñanza del art. 27.4 CE, lo que, en principio, no plantea problema alguno en cuanto se ajusta a la doctrina constitucional. Pero, a renglón seguido, lo que sugiere es que existe un derecho de los padres a la elección de centro educativo, que ese centro puede utilizar como método pedagógico la educación diferenciada y que tiene derecho a acceder al concierto educativo para así garantizar la gratuidad de las enseñanzas que presta. Todas esas afirmaciones me parecen muy discutibles y ajenas al objeto del recurso, pues, en todo caso, el concierto no se negaría, en la tesis de los recurrentes, a todos los centros privados sino solo a algunos en razón del método pedagógico utilizado, que no coincide con la coeducación promovida por las Administraciones educativas. Por lo mismo, no se impediría la posibilidad de elegir la enseñanza básica en cualquier centro privado, sino, todo lo más, en aquellos que no se ajusten a las opciones de política educativa adoptadas por los poderes públicos y, señaladamente, el legislador. Finalmente, ni el derecho de los padres a elegir centro docente es absoluto, ni implica el derecho a elegir un centro concertado, ni tampoco vulnera la libertad de educación ni la libertad de creación de centros docentes reconocidas por los artículos 27.1 y 6 CE, ya que, al margen de la financiación pública, el modelo de educación diferenciada puede seguirse aplicando.

Comparto con la Sentencia la conclusión de que no existe en la Constitución una prohibición de ayuda a los centros docentes que utilicen como método pedagógico la educación diferenciada, pero considero que ese razonamiento, que, como ya he avanzado, hubiera bastado para desestimar esta segunda queja, se desarrolla mucho más en el sentido de pretender

reconocerles, siquiera de modo indirecto, un derecho al concierto. Me parece que la Sentencia da por supuesto que el derecho existe, aunque luego lo limite (“De este modo, una vez justificada la inexistencia de recursos públicos para financiar en cada caso el centro privado de que se trate, los poderes públicos podrán aplicar los criterios establecidos en la norma legal dictada en desarrollo del artículo 27.9 CE, para priorizar el alcance de esa financiación”). La Sentencia deduce esta conclusión de la previa cita de la STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 4, donde se describe en negativo, uno de los contenidos del derecho a la educación (“el derecho a la educación -a la educación gratuita en la enseñanza básica no comprende el derecho a la gratuidad educativa en cualesquiera Centros privados, porque los recursos públicos no han de acudir, incondicionadamente, allá donde vayan las preferencias individuales”). Sin embargo, no creo que haya fundamento suficiente para llegar a la conclusión anterior, que parece imponer una carga consistente en una valoración caso por caso para poder excluir del concierto a los centros de educación diferenciada (“una vez justificada la inexistencia de recursos públicos para financiar en cada caso el centro privado de que se trate”). Antes al contrario, del razonamiento de la propia STC 86/1985, FJ 3, y el énfasis que pone en que el derecho a la subvención no nace para los centros de la Constitución, sino de la Ley, se deduce claramente que no hay necesidad de justificación en cada caso concreto para no financiar el centro privado, como ahora parece exigirse.

Además, a mi parecer, el modo en que se cierra el razonamiento (“los centros de educación diferenciada podrán acceder al sistema de financiación pública en condiciones de igualdad con el resto de los centros educativos; dicho acceso vendrá condicionado por el cumplimiento de los criterios o requisitos que se establezcan en la legislación ordinaria, pero sin que el carácter del centro como centro de educación diferenciada pueda alzarse en obstáculo para dicho acceso”), supera los criterios de la doctrina constitucional (por ejemplo, STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 12). Una cosa es que con el concierto educativo se favorezca el ejercicio de la libertad de creación de Centros docentes y otra muy diferente es que se limite al legislador en su tarea de establecer criterios de preferencia en la asignación de recursos escasos, ponderando las diversas vertientes del art. 27 CE.

Este Tribunal ha señalado que "el citado art. 27.9, en su condición de mandato al legislador, no encierra, sin embargo, un derecho subjetivo a la prestación pública", ya que "ésta, materializada en la técnica subvencional o de otro modo, habrá de ser dispuesta por la Ley". Ahora bien, "el que en el art. 27.9 no se enuncie como tal un derecho fundamental a la prestación pública y el que, consiguientemente, haya de ser sólo en la ley donde se articulen sus

condiciones y límites, no significa obviamente que el legislador sea enteramente libre para habilitar de cualquier modo este necesario marco normativo", pues, "la Ley que reclama el art. 27.9 no podrá, en particular, contrariar los derechos y libertades educativas presentes en el mismo artículo y deberá asimismo configurar el régimen de ayudas en el respeto al principio de igualdad" (STC 188/2001, de 20 de septiembre, FJ 5, citando la STC 86/1985, FJ 3).

No obstante, el propio Tribunal también ha sostenido, en la STC 77/1985, FJ 11, que " la remisión a la Ley que se efectúa en el art. 27.9 de la C.E. puede significar que esa ayuda se realice teniendo en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales. Ejemplos de éstos podrían ser el mandato de gratuidad de la enseñanza básica (art. 27.4 de la C.E.), 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 de la C.E.) o la distribución más equitativa de la renta regional y personal (art. 40.1 de la C.E.). El legislador se encuentra ante la necesidad de conjugar no sólo diversos valores y mandatos constitucionales entre sí, sino también tales mandatos con la insoslayable limitación de los recursos disponibles. Todo ello, desde luego, dentro de los límites que la Constitución establece".

Creo, por tanto, que una decisión del legislador que, hipotéticamente, limitase la financiación pública a los centros privados mixtos no vulneraría la libertad de educación ni la libertad de creación de centros docentes (arts. 27.1 y 6 CE) de los titulares de los centros privados de educación diferenciada. Y, por la misma razón, tampoco lo hacen las previsiones del art. 84.3 LOE, en la redacción dada por la LOMCE, según las cuales "en ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto".

Esas decisiones no vienen impuestas por los principios constitucionales y obedecen exclusivamente a una legítima opción del legislador dentro del marco concedido por la norma constitucional, aspecto que creo que debió reflejarse mucho más claramente en la Sentencia.

Y en ese sentido emito mi Voto Particular.

En Madrid, diez de abril de dos mil dieciocho.