

Voto particular que formula el Magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la Sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1406-2014.

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 (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.

I. LA SEGREGACIÓN SEXUAL BINARIA EN LOS CENTROS DOCENTES PRIVADOS CONCERTADOS VULNERA LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO E IDENTIDAD SEXUAL

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

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

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

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

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

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

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

La opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia, como no podía ser de otra manera, constata que el Tribunal ha venido declarando, en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, (i) la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados en que estos motivos operan como factores determinantes o cuando no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de

discriminación que dicho precepto prohíbe y (ii) que los motivos de discriminación que prohíbe el art. 14 CE pueden ser utilizados excepcionalmente por el legislador como criterio de diferenciación jurídica, si bien en tales supuestos el estándar de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación (en relación con el sexo, entre otras, SSTC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4; o 59/2008, de 14 de mayo, FJ 5; con la edad, SSTC 63/2011, de 16 de mayo, FJ 3; 117/2011, de 4 de julio, FJ 4; o 66/2015, de 13 de abril, FJ 3; y, por razón de nacimiento, SSTC 9/2010, de 27 de abril, FJ 3; o 171/2012, de 4 de octubre, FJ 4).

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

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, *as. Ponomaryovi c. Bulgaria*, –en relación con el cobro de tasas superiores de matriculación con la justificación de que se carecía de la nacionalidad del país–; y, especialmente, por abordar también el fenómeno de la segregación escolar y considerarlas contrarias a la prohibición de discriminación, las sentencias de 13 de noviembre de 2007, *as.*

D.H. y otros c. República Checa –en relación con la derivación desproporcionada de menores de origen romaní hacia escuelas especiales destinadas a niños provenientes de entornos sociales desfavorecidos– y de 16 de marzo de 2010, *as. Orsus y otros c. Croacia*, –en relación con la segregación por aulas de menores de origen romaní con la justificación de su deficiente uso de la lengua vehicular–.

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

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

No comparto esa afirmación. La normativa controvertida cuenta con cuatro elementos esenciales demostrativos de que la segregación sexual en los centros docentes privados concertados implica una situación intrínsecamente sospechosa de discriminación por razón de sexo y de identidad sexual, que no han sido debidamente ponderados: (a) el motivo de discriminación es el sexo, (b) la segregación sexual toma como presupuesto la falacia del “separados pero iguales”, (c) la segregación sexual binaria excluye con carácter absoluto a las personas intersexuales, y (d) la segregación sexual se proyecta en el ámbito del servicio público de la educación, que es un espacio de socialización de valores democráticos.

(a) La singularidad de la discriminación sexual

Todos y cada uno de los motivos de discriminación prohibidos en el art. 14 CE tienen su singularidad. Su nexo común es el carácter odioso de su uso como elemento de diferenciación de trato. El sexo como motivo de discriminación se singulariza a partir de diferentes condicionantes como son su carácter no minoritario, su ubicuidad espacial y temporal y su fundamento en la pervivencia de estereotipos sobre roles sociales sexuales alentados por las más diversas creencias. Con diferencia, este tipo de discriminación es uno de los más invisibilizados, persistentes, extendidos y trivializados. La normativa antidiscriminatoria en esta materia, además, se ha incorporado al ámbito del derecho internacional y regional de los derechos humanos y en las normativas estatales con bastante retraso respecto a otros motivos de

discriminación y con significativas limitaciones. No obstante, una vez que la condición sexual ha pasado a formar parte de los motivos de discriminación prohibidos es preciso extremar su control y colocarlo al mismo nivel que, por ejemplo, la prohibición por motivos de discriminación racial, religiosa o política, aplicando todas las experiencias y avances aportados en la lucha jurídica contra otras formas de discriminación. A ese respecto, como se expone a continuación, no puedo admitir que la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia persista en utilizar un argumento desterrado desde hace mucho tiempo del razonamiento antidiscriminatorio racial –el principio “separados pero iguales”– para afirmar ya desde un inicio el carácter no discriminatorio de la segregación sexual escolar.

(b) La falacia “separados pero iguales”

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

Lamento no haber podido llevar al convencimiento de la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia la necesidad de que se analizara más contextualizadamente la posible aplicación al caso del principio “separados pero iguales”, atendiendo, por un lado, a su abandono en el ámbito de la jurisprudencia antidiscriminatoria y, por otro, a la necesidad de hacer una lectura transicional de su enunciado en el marco de la Convención de la UNESCO de 1960, que impide su aplicación a una democracia europea avanzada del siglo XXI como la española.

El principio “separados pero iguales”, conforme al cual no puede afirmarse que la segregación implique un trato discriminatorio siempre que se cumpla la condición de la equivalencia de prestaciones, era ampliamente utilizado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos para abordar el cuestionamiento de políticas discriminatorias por motivo de raza tras la introducción en 1868 en la Constitución de Estados Unidos de la exigencia de la igual protección de las leyes en la sección 1 de la Enmienda XIV. Su exponente más conocido es la Sentencia *Plessy v. Ferguson (1896) 163 US 53* que confirmó que no era racialmente discriminatoria la normativa del Estado de Louisiana que establecía que en los trenes habría vagones segregados para la raza blanca y la raza negra con el argumento de que, aun prestándose de manera separada, el poder público garantizaba un tratamiento igualitario ante la ley en la prestación del servicio ferroviario. De esta sentencia me interesa destacar el voto particular discrepante del Juez Harlan, quien afirma, tajante, que “(...) cuando están en juego los derechos civiles de los ciudadanos, niego categóricamente a los legisladores o a los jueces la posibilidad de fijarse en su raza”. Es especialmente destacable porque resulta demostrativo de que ya a fines del siglo XIX se defendía que la segregación representa una forma de discriminación y porque permite reivindicar el valor prospectivo de los votos discrepantes. Esta disidencia se acabó convirtiendo en opinión ya no solo mayoritaria sino unánime en la Sentencia *Brown v. Board of Education of Topeka (1954) 347 US 483*, dictada casi 60 años después, y que supuso la proscripción del principio “separados pero iguales” y la consideración de la segregación como una forma de discriminación prohibida. La sentencia Brown es de especial relevancia para el caso ahora analizado porque, aun tratándose de un supuesto de discriminación racial, se refiere a una cuestión de segregación en el ámbito educativo en que se incluye una mención a la necesidad de que la circunstancia de que se desarrolla en el ámbito escolar se analice “(...) a la luz de toda su evolución y del lugar que ocupa en todos los rincones de nuestro país, en el conjunto de la vida americana. Solo de este modo se puede determinar si la segregación en las escuelas públicas priva a los demandantes de

la protección equitativa de las leyes”. Con esa lectura actualizada de la importancia de la educación para las sociedades democráticas, la sentencia establece que “[c]oncluimos que en el campo de la enseñanza pública no tiene cabida la doctrina ‘separados pero iguales’. Un sistema con escuelas segregadas es intrínsecamente desigualitario”. Hubo que esperar todavía algunos años más para que se abordara la segregación sexual en el ámbito educativo, concluyéndose en la Sentencia *Mississippi University for Women v. Hogan* (1982) 458 US 718 y en la Sentencia *United States v. Virginia* (1996) 518 US 515, la inconstitucionalidad, en el primer caso, del carácter solo femenino de una Escuela de Enfermería subvencionada por el Estado y, en el segundo, el carácter solo masculino de una academia educativa militar financiada con fondos públicos. Con estos precedentes, me resulta decepcionante la resurrección de la idea de que la segregación en la prestación de un servicio público, si no es presupuesto de un distinto nivel de prestación, no resulta, al menos, una forma intrínsecamente sospechosa de discriminación.

No desconozco que el parámetro de control en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en relación con la discriminación sexual –incluyendo el fenómeno de la segregación– no es coincidente con la racial, que es donde ha alcanzado su máxima expresión. Sin embargo, entiendo que, en una interpretación histórica y sistemática del art. 14 CE, es necesario y responde a un imperativo de lógica jurídica cada vez más perentorio, a la vista de la evolución social, defender que, si el sexo y la raza aparecen ambos proscritos como motivos de discriminación, no existe ninguna justificación jurídica que permita concluir que el parámetro de control constitucional pueda ser más estricto en un caso que en el otro. Me inclino a pensar que son todavía los predominantes prejuicios sexistas que imperan en la sociedad de hoy los que, como ocurría en siglos pasados respecto de la raza o la religión, llevan a defender un parámetro de control menos estricto para las situaciones en que se usa el sexo como criterio de diferenciación. Sin embargo, es precisamente esa conciencia de que todavía la sociedad actual, incluso en las democracias más avanzadas, está imbuida de prejuicios sexistas, la que nos debe llevar a quienes ostentamos la responsabilidad constitucional de garantizar en última instancia la proscripción de la discriminación en cualquiera de sus formas a hacer un supremo esfuerzo de racionalización en identificar dentro de nuestras más acendradas convicciones los motivos que razonablemente podrían justificar un eventual tratamiento diferenciado de aquellos otros que responden a estereotipos sexistas ancestrales que arrastramos individualmente como tributo a nuestra educación en los valores de la sociedad en que nos ha tocado vivir. Sinceramente, no percibo que la opinión mayoritaria haya realizado ese esfuerzo de racionalización para situar el análisis de la segregación sexual escolar a la altura de los tiempos y de la alta dignidad que nos

debemos como sociedad que ha tomado conciencia de que debe ser superado cualquier paradigma sexista.

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

Más allá de esa lectura estratégica, no creo que haya dudas respecto de que las organizaciones internacionales y regionales de derechos humanos, incluyendo Naciones Unidas, abogan por un horizonte inmediato de implantación de la educación mixta como óptimo de igualdad sexual en cuyo marco pueda, además, desarrollarse un modelo coeducativo que, a través de la transmisión de los valores democráticos y dando ejemplo de ello mediante la integración indiferenciada en las aulas de personas con independencia de su religión, origen nacional, raza, sexo, capacidades, etc., libere de cualquier tipo de prejuicios, también los sexistas, a las generaciones venideras. Así lo pone de manifiesto no solo el ya citado art. 10.a) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, cuando incide en la necesidad del estímulo de la educación mixta; sino mucho más tempranamente la propia UNESCO, que en la Resolución 1152 aprobada en el 15.º periodo de sesiones celebrados en 1969, referida a la igualdad de acceso de las jóvenes y mujeres a la educación, invita a los Estados miembros a “a reconocer el principio de la enseñanza mixta en

los establecimiento de enseñanza primaria y secundaria como forma de asegurar la igualdad de acceso a la educación”.

Una lectura evolutiva y adaptada a la realidad de la sociedad española de la actualidad y de su sistema educativo también hubiera permitido, con un mínimo esfuerzo de lógica argumentativa, superar la necesidad de mantener la falacia del principio “separados pero iguales” impuesto en la normativa controvertida. No cabe negar que en el marco de la tradición histórica española y de otros países de nuestro entorno, la educación diferenciada por sexos ha tenido un sesgo de segregación contrario a la prohibición de discriminación. En España, con puntuales excepciones, desde la Ley de Instrucción Pública de 9 de diciembre de 1857 y hasta la Ley 14/1970, de 4 de agosto, General de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa, la obligatoria separación por sexos en la enseñanza venía acompañada y condicionada por la existencia de programas educativos también diversificados en función de la imputación de roles sociales esperados para cada uno de los sexos. A partir de ese momento y durante las sucesivas normas dictadas en el actual periodo constitucional, desapareció la dualidad de programas educativos por motivos de sexo. Además, la prestación del servicio público de la educación mediante colegios públicos y privados concertados se desarrolló mediante un modelo pedagógico de coeducación e integración sexual en los centros y las aulas, que solo muy marginalmente y por concretas decisiones de las autoridades educativas competentes en materia de conciertos permitía el acceso a dar esta prestación mediante centros que adoptaban el modelo de educación segregada por sexos. Cuando entra en vigor la reforma del art. 84.3 LOE que se analiza en esta resolución, lo hace incidiendo en una situación previa en que, con base en la redacción originaria del art. 84.3 LOE, las sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 23 de julio y 9 de octubre de 2012 habían confirmado la proscripción de la segregación sexual en los centros docentes privados concertados. En estas condiciones carece de todo sentido que el legislador reintrodujera el principio de “separados pero iguales” y, aún más, que la opinión mayoritaria en la que se sustenta la sentencia lo convalidara constitucionalmente volviendo a momentos históricos de la jurisprudencia antidiscriminatoria ya hace largo tiempo superados.

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

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

La intersexualidad –definida como aquella condición en que se nace con características biológicas de sexo (anatomía sexual, órganos reproductivos o patrones cromosómicos) que no se ajustan a las normas sociales, definiciones médicas o estándares culturalmente definidos para el cuerpo femenino o masculino y que puede ser detectada al nacer o volverse aparente más adelante en la vida, especialmente durante la pubertad– ha entrado recientemente a formar parte de la preocupación de las leyes, la jurisprudencia y el *soft law* antidiscriminatorios. En el ámbito regional europeo, es necesario citar tanto la Recomendación CM/Re (2010)5 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre medidas para combatir la discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, como la Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 2191 (2017), de 12 de octubre, para promover los derechos humanos y eliminar la discriminación contra las personas intersexuales. Por su parte, en el ámbito jurisprudencial más cercano, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania de 8 de noviembre de 2017 ha instado al Estado alemán a que antes del 31 de diciembre de 2018 dé reconocimiento jurídico general en el Registro civil a la existencia de un tercer sexo. Pero sobre todo, hay que destacar que en España son ya numerosas las normativas autonómicas que han desarrollado medidas antidiscriminatorias respecto del trato dispensado a los intersexuales, entre otros, en el ámbito de la educación [arts. 22 a 26 de la Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia; art. 12 de la Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia; arts. 20 a 24 de la Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura; arts. 23 a 25 de la

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

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

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

La última circunstancia, y no la menor, que me ha llevado a sostener el carácter intrínsecamente sospechoso de discriminación de la segregación sexual es que se proyecta en el ámbito del servicio público educativo del que forman parte los centros docentes privados concertados (art. 108.4 LOE). Citaba anteriormente la sentencia del caso Brown poniendo de manifiesto la importancia que también dio el Tribunal Supremo de Estados Unidos a que en aquel caso el principio “separados pero iguales” estuviera enmarcado en el ámbito docente. No me resisto a transcribir el párrafo que creo que es demostrativo de que lo determinante para conseguir la unanimidad en aquel caso fue la conciencia de todos los magistrados de aquel Tribunal, con independencia de su ideología, del fundamental papel que juega la educación en una sociedad democrática: “Posiblemente la educación sea hoy la función más importante de las Administraciones federales y locales. Las leyes que declaran obligatoria la escolarización y el gran presupuesto que se dedica a la educación demuestran la importancia que se da a la educación en la sociedad democrática. Está incluida entre los requisitos para poder cumplir los deberes públicos más elementales, incluso para servir en las fuerzas armadas. Es el fundamento básico de una auténtica ciudadanía. Representa el principal instrumento para despertar los valores culturales en los niños, para prepararles en el aprendizaje profesional y para ayudarles a adaptarse con normalidad a su medio. En estos días, no es razonable afirmar que un niño pueda tener expectativas de éxito en la vida si se le niega la oportunidad de una educación. Tal oportunidad, allí donde el Estado ha asumido tal prestación, es un derecho que debe ser facilitado a todos en igualdad de condiciones”.

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

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

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

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

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

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

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

La opinión mayoritaria comienza el análisis de la constitucionalidad del art. 84.3 CE 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.*, 1982). 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. Goldfarh*, 1977)”.

La aplicación de estos criterios sobre la calidad de la prueba de la justificación de una medida discriminatoria, aun siendo consciente de que no es función del Tribunal intermediar en debates técnicos y de que este es uno de los supuestos en que resultaba pertinente la práctica de prueba –fatalmente proscrita en la práctica diaria del Tribunal–, me llevan a considerar que en el presente caso se está ante una justificación fundamentada en el tópico sobre las diferencias de aptitudes entre los hombres y las mujeres, que proviene de un estereotipo sexista y en sí mismo es insuficiente para enervar el carácter intrínsecamente sospechoso de discriminación de este tipo de segregaciones. Además, concurren ciertas circunstancias en el caso español que me permiten mantener las dudas de que ese argumento tópico, bajo a la apariencia de una neutralidad metodológica, encubre prejuicios ideológicos. Son hechos no controvertidos que (i) muchos de los colegios privados, ahora concertados, que tiene implantada la segregación sexual

siguen ese modelo desde los años 60 y, por tanto, están fundados en un contexto normativo en que, como ya se ha señalado, la segregación sexual se fundamentaba en la necesidad de aportar una educación diferenciada por sexos para adaptar los programas educativos al cumplimiento de roles sociales sexistas; y (ii) un número de estos centros están vinculados con idearios que sostienen posiciones particularistas sobre distribución de roles sociales entre los sexos. Al no despejarse estas dudas, las reglas sobre presunción probatoria inclinan la balanza en favor de confirmar que no se puede excluir que la segregación sexual escolar implique una medida discriminatoria injustificada y, por ello, contraria al art. 14 CE.

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

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

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

Me sirve de consuelo pensar que estos problemas estructurales de desproporcionalidad que descubro en el análisis abstracto de la normativa controvertida se van a convertir en insalvables para que las administraciones educativas competentes otorguen los conciertos. La

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

II. LA REGULACIÓN DE LA ASIGNATURA DE RELIGIÓN VULNERA EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LA ACONFESIONALIDAD DEL ESTADO

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

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

asignatura de “Religión”, al verse privados de la posibilidad de cursar la de “Valores Culturales y Sociales” o “Valores Éticos”.

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

No puedo compartir una argumentación que, más allá de su aparente corrección formal, considero que no ha tenido la intención de afrontar el fondo de la cuestión planteada por los recurrentes de la postergación de la educación en valores democráticos en favor –y siendo sustituida por– la educación en valores religiosos. Una lectura omnicomprendiva 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 una asignatura de estas características venía avalada, en el marco del Consejo de Europa, por la Recomendación CM/Rec (2002)12 del Comité de

Ministros a los Estados miembros sobre la educación para la ciudadanía democrática y la Recomendación CM/Rec (2010)7 del Comité de Ministros de los Estados miembros sobre la Carta del Consejo de Europa sobre educación para la ciudadanía democrática y educación en derechos humanos. El Consejo de Estado en su dictamen 172/2013, de 19 de abril, sobre el anteproyecto de ley que después se convertiría en la LOMCE, ya apuntó que la desaparición de esta asignatura y la previsión de las asignaturas de “Valores Culturales y Sociales” o “Valores Éticos” como específicas obligatorias pero alternativas a la de “Religión” implicaría “(...) que a lo largo de toda su formación obligatoria y posobligatoria los alumnos pueden no haber cursado esa asignatura”, señalando que “[a]caso procedería imponerla como obligatoria en algún momento” e incidiendo en que la mayoría de los países europeos incluyen en sus currículos educativos contenidos de formación en ciudadanía democrática y derechos humanos.

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

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

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

indefectiblemente no puedan cursarse conjuntamente, ya que en los arts. 18.3.c); 24.4.c) y 25.6.c) LOE cabe nuevamente optar por cualquiera de ellas.

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

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

El segundo elemento relevante es que, tal como quedó configurado el sistema en la normativa impugnada, la posibilidad real de cursar simultáneamente ambas opciones en el

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

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

4. La doble inconstitucionalidad del diseño normativo

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

El carácter discriminatorio de la norma impugnada no creo que necesite mayor desarrollo. Baste recordar la ya mencionada posición del Consejo de Estado sobre este particular. Me parece más necesario concentrarme en la vulneración del carácter aconfesional del Estado. Esta radica no solo en el hecho de la equiparación material entre las enseñanzas confesional y no confesional de los valores que constituyen el fundamento de la convivencia, sino en algo mucho más relevante: que esa equiparación conlleva que la enseñanza en valores democráticos y derechos humanos se 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 art. 16.3 CE, acuerda con las correspondientes comunidades religiosas impartir dicha enseñanza en los centros educativos, deberá hacerlo con los contenidos que las autoridades religiosas determinen y de entre las personas habilitadas por ellas al efecto dentro del necesario respeto a la Constitución que venimos señalando” (FJ 9).

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

Finalizo. Nunca es agradable formular una opinión disidente. Representa la confesión pública de un fracaso en la capacidad de persuasión para conformar una opinión mayoritaria. La pesadumbre por la obligación –quizá debiera decir necesidad- de formular este voto particular en este caso ha llegado a su máxima expresión. La discrepancia no se produce en un asunto en que se haya perdido la oportunidad de haber convencido a un número suficiente de magistrados sobre la necesidad de que la jurisprudencia constitucional hubiera establecido un avance en la interpretación de un derecho fundamental. El fracaso de quienes pensamos así ha consistido en que ni siquiera hemos sido capaces de convencer a la mayoría de que no se consagrara lo que considero –y espero que así sea percibido por cualquier espectador objetivo- una regresión en la

lucha por una sociedad democrática libre de la lacra del sexismo. Lamento que haya sido así, pero soy consciente de que solo formo parte de una inmensa minoría en la defensa de la erradicación de cualquier tipo de discriminación sexual. Me es mucho más difícil de sobrellevar la carga de que, además, esta opinión mayoritaria supone un lastre en el progreso hacia una sociedad más igualitaria sexualmente y libre de cualquier prejuicio de binarismo sexual. Algún día, espero no muy lejano, sueño tener la posibilidad de celebrar que la sociedad se ha elevado y trascendido a cualquier tipo de segregación sexual. Mientras tanto, parafraseando al Juez Harlan en su voto particular a la *Sentencia Plessy v. Ferguson (1896) 163 US 53* hace más de 120 años –demasiado tiempo para lo poco que parece que se ha avanzado en algunos temas– solo me resta decir: cuando están en juego los derechos fundamentales de los ciudadanos, niego categóricamente a los legisladores o a los jueces la posibilidad de fijarse en su sexo o identidad sexual.

Y en este sentido emito mi Voto Particular.

En Madrid, a diez de abril de dos mil dieciocho.