

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

12076 *Pleno. Sentencia 34/2023, de 18 de abril de 2023. Recurso de inconstitucionalidad 1760-2021. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso en relación con la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación. Derecho a la educación y reformas legales emprendidas durante la vigencia del estado de alarma: improcedencia de una interpretación extensiva de las limitaciones a las iniciativas legislativas en estado de emergencia; constitucionalidad de las disposiciones legales relativas a la regulación de la programación de centros, régimen de escolarización de alumnos con necesidades especiales, educación diferenciada por sexos, enseñanza de la religión y educación en valores, derecho a la enseñanza en castellano, evaluaciones generales y de diagnóstico, prueba de acceso a la universidad, supervisión del sistema educativo y ordenación y adaptación de los currículos académicos. Votos particulares.*

ECLI:ES:TC:2023:34

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón, presidente, y las magistradas y magistrados doña Inmaculada Montalbán Huertas, don Ricardo Enríquez Sancho, doña María Luisa Balaguer Callejón, don Ramón Sáez Valcárcel, don Enrique Arnaldo Alcubilla, doña Concepción Espejel Jorquera, doña María Luisa Segoviano Astaburuaga, don César Tolosa Tribiño, y doña Laura Díez Bueso, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En el recurso de inconstitucionalidad núm. 1760-2021, interpuesto por cincuenta y dos diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados, contra la totalidad de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación y, subsidiariamente, contra los apartados 56; 50, inciso «y la voluntad de las familias que muestren su preferencia por el régimen más inclusivo»; 55, inciso «para evitar la segregación del alumnado»; 1, inciso «a través de la consideración del régimen de la coeducación de niños y niñas»; 53; 83, inciso «los centros sostenidos parcial o totalmente con fondos públicos desarrollarán el principio de coeducación en todas las etapas educativas [...] y no separarán al alumnado por su género»; 10; 16; 17; 26 y 27; 11; 14; 25; 28 bis; 78; 89; 4; 19; 20; 13; 21; 23; 24; 26; 31; 36 bis; 32; 98; 75; 76; 76 bis, y 78 ter del artículo único de la Ley Orgánica 3/2020. Ha formulado alegaciones el Gobierno de la Nación. Ha sido ponente el magistrado don Ricardo Enríquez Sancho.

I. Antecedentes

1. Mediante escrito presentado en el registro general del Tribunal el día 25 de marzo de 2021, don Antonio Ortega Fuentes, procurador de los tribunales, actuando en nombre y representación de cincuenta y dos diputados del Grupo Parlamentario Vox del

Congreso de los Diputados, interpuso recurso de inconstitucionalidad contra la totalidad de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación y, subsidiariamente, contra los apartados de su artículo único que se citan en el encabezamiento.

El recurso se estructura en siete motivos, el primero de carácter general y los restantes dirigidos contra preceptos concretos.

a) El primer motivo se dirige contra la totalidad de la Ley Orgánica denunciando la vulneración del artículo 169 de la Constitución, en relación con el artículo 116. «Con carácter previo» a la exposición de esta vulneración, destaca la «ausencia de garantías democráticas» de la ley al haberse aprobado por el Gobierno y presentado al Congreso el proyecto de ley durante el confinamiento decretado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo. Durante dicho confinamiento tuvo lugar la fase de presentación de enmiendas en el Congreso sin que los diputados pudieran siquiera reunirse, y el 17 de junio, cuatro días antes de que finalizara el estado de alarma, con la asistencia de solamente cuarenta diputados, el Congreso rechazó las enmiendas a la totalidad presentadas por los grupos Popular, Vox y Ciudadanos. Denuncia además que tampoco se recabaron los informes preceptivos del Consejo de Estado o del Consejo Escolar, lo que aumenta el «déficit democrático» de la ley. Esta improcedente tramitación y aprobación fue denunciada por algunos diputados y senadores en los debates parlamentarios, que cita y reproduce. Según el recurso, ello representa una vulneración de los artículos de la Constitución invocados, que prohíben una reforma constitucional durante la vigencia del estado de alarma. «Tan obvia [...] prohibición» bien podría calificarse de «implícita», como hace la doctrina, pues obedece a la necesidad de garantizar que las reformas esenciales del entramado jurídico constitucional se aborden con sosiego y a través del procedimiento deliberativo que caracteriza al sistema democrático representativo. Por ello, tal prohibición debe considerarse también «tácitamente impuesta» a las leyes que conforman el llamado bloque de la constitucionalidad [art. 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTCC)] –¿o es que cabe pensar, se pregunta, en la reforma de un estatuto de autonomía durante un estado de excepción del art. 116 CE?– y también a las leyes orgánicas de desarrollo de derechos fundamentales, participando de ambas categorías la Ley Orgánica recurrida, que delimita las competencias autonómicas y desarrolla los derechos fundamentales de los arts. 16 y 27 CE. Califica la tramitación y aprobación «motorizad[a]» de esta ley como una «burla constitucional» realizada con el «Parlamento semicerrado» y «sin el característico proceso deliberativo de una democracia representativa».

b) Inconstitucionalidad del apartado cincuenta y seis de la Ley Orgánica 3/2020 [art. 109 de la Ley Orgánica de educación (LOE)] por referir la oferta de plazas suficientes solamente a plazas «públicas» y por suprimir el criterio de la «demanda social» en la programación de plazas con dinero público. Considera que la existencia de una red de centros concertados complementaria –y no subsidiaria– de los centros de titularidad pública es una «garantía esencial» del derecho a la educación y para la efectiva realización de principios estructurales de nuestro sistema democrático, como son el pluralismo, la tolerancia y la mentalidad abierta y respeto a las creencias de los padres, tal y como ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus sentencias de 10 de enero de 2017, asunto *Osmanoğlu y Kocabaş c. Suiza*; de 29 de junio de 2007, asunto *Folgerø y otros c. Noruega*; de 10 de enero de 2019, asunto *Wunderlich c. Alemania*, y de 7 de diciembre de 1976, asunto *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, y resulta de los arts. 16, 20, 22 y 27 de la Constitución. En este sentido, ha dicho el Tribunal Constitucional que el derecho a la educación «supone la inexistencia de un monopolio estatal docente» y «la existencia de un pluralismo educativo institucionalizado» [STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 5 a)]. En España, es a través de la red de centros privados concertados como el sistema educativo cumple con esta exigencia de pluralismo. El nuevo art. 109 LOE, sin embargo, suprime expresamente la garantía de suficiencia de plazas concertadas en la programación educativa. Ello da pie a que la administración educativa pueda ir incrementando plazas

en los centros públicos, correlativamente suprimiendo unidades en centros privados concertados a pesar de que la demanda se mantenga o incluso aumente y, por esta vía «derogar el sistema de concertos previsto en la ley» (cita en este sentido, entre otras, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo núm. 1180/2016, de 25 de mayo, FJ 9).

c) Inconstitucionalidad de los apartados 50 (art. 74.2 LOE, inciso «y la voluntad de las familias que muestren su preferencia por el régimen más inclusivo») y 55 (art. 87.1 LOE, inciso «para evitar la segregación del alumnado») y de la disposición adicional cuarta, que imponen que en el plazo de diez años el alumnado con necesidades educativas especiales sea atendido y pase a integrarse en centros de titularidad pública ordinarios, postergando los centros concertados especializados en los que hasta ahora podían ser atendidos a elección de sus progenitores. Considera que la opción pedagógica de educar en centros especiales a alumnos con necesidades especiales es un «modelo educativo» que se integra en el «contenido de libertad» del art. 27 CE, como el Tribunal apreció para la educación diferenciada por sexos en la STC 31/2018, de 10 de abril, FJ 4 a), y en consecuencia la imposición de la ley en los artículos citados vulnera el derecho de los padres a elegir una educación para sus hijos conforme a sus convicciones del art. 27.3 CE que el art. 14.3 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea extiende a las convicciones «religiosas, filosóficas y pedagógicas». También vulnera el art. 24.2 de la Convención de derechos de las personas con discapacidad que garantiza «ajustes razonables» y «medidas de apoyo personalizadas y efectivas» para garantizar el derecho a la educación de las personas con discapacidad, que es relevante para la interpretación del art. 27 CE de conformidad con el art. 10.2 CE. Destaca que en su Observación núm. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva formulada por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad este señaló que «la inclusión de los alumnos [con necesidades especiales] en las clases convencionales sin los consiguientes cambios estructurales [...] no constituye inclusión» (apartado 11), y que debe ofrecerse a estos alumnos un «apoyo adecuado, continuo y personalizado» y «planes educativos individualizados» (apartado 33). Esta medida es igualmente contraria al «interés superior del niño» y específicamente del niño «impedido» a que se refiere el art. 23.3 de la Convención sobre derechos del niño, ratificada por España, que exige «individualizar» las decisiones sobre el niño.

La nueva redacción del art. 74.2 LOE atribuye a la administración educativa la potestad de valorar las necesidades educativas de este alumnado y de resolver las discrepancias sobre las mismas teniendo en cuenta «el interés superior del menor y la voluntad de las familias que muestren su preferencia por el régimen más inclusivo». Los alumnos quedan así «en manos de las administraciones» y de lo que estas consideren el «interés superior del menor», debiendo solamente «tener en cuenta» la voluntad de las familias cuando estas «muestren su preferencia por el régimen más inclusivo». En la misma línea de «intolerable restricción de la libertad de enseñanza», el nuevo art. 87.1 LOE mandata a las administraciones garantizar una adecuada escolarización del alumnado «para evitar [su segregación] por razones socioeconómicas o de otra naturaleza». Solo «sectaria e indebidamente» puede considerarse «segregación» a la formación del alumnado con necesidades especiales en centros especializados, sin atender a la voluntad de los progenitores. En igual sentido, la disposición adicional cuarta de la ley reitera que ha de ser la administración educativa, y no los progenitores, la que ha de decidir sobre la forma de escolarización de este alumnado e impone a las administraciones educativas que en el plazo de diez años los centros ordinarios cuenten con recursos para atender a todo el alumnado con discapacidad. Además, conforme a su último párrafo, los actuales centros de educación especial dejarán de ser centros docentes y pasarán a desempeñar un papel meramente «residual» como «centros de referencia y apoyo para los centros ordinarios», salvo para los «alumnos y alumnas que requieran una atención muy especializada», concepto no definido en la ley, que serán escolarizados en ellos. Insiste en que «[l]a educación diferenciada no es sinónimo de educación segregada». El modelo tiende a la inclusión o «incorporación progresiva», tal

y como reconoció la ministra de Educación en el debate parlamentario en el Senado, y prescinde de la valoración individual y de la voluntad de los padres, vulnerando frontalmente la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE), de creación de centros docentes especializados que accedan a financiación pública (art. 27.6 y 9 CE) y el derecho de los progenitores a que sus hijos reciban una educación conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas o pedagógicas (art. 27.3 CE).

d) Inconstitucionalidad de los apartados 1 [art. 1 l) LOE, inciso «a través de la consideración del régimen de la coeducación de niños y niñas»], 53 (art. 84.3 LOE) y 83 (disposición adicional vigésima quinta LOE, inciso «los centros sostenidos parcial o totalmente con fondos públicos desarrollarán el principio de coeducación en todas las etapas educativas [...] y no separarán al alumnado por su género»). La educación diferenciada por sexos ha sido considerada conforme con la Constitución en las SSTC 31/2018, FJ 4 a), y 74/2018, de 5 de julio, FJ 4 c), como emanación de la libertad de enseñanza del art. 27.1 CE y del derecho de los padres a elegir el centro y tipo de formación de sus hijos (art. 27.3 CE), de conformidad con la interpretación que resulta de tratados internacionales suscritos por España (art. 10.2 CE) y con la legislación y jurisprudencia de países de nuestro entorno (Gran Bretaña, Francia, Bélgica, República Federal de Alemania y Estados Unidos de América), siempre que la educación proporcionada sea equiparable. El recurso cita además diversos estudios científicos que concluyen que programas bien diseñados de educación diferenciada no son solo una opción pedagógica, sino que mejora los resultados académicos, especialmente de las mujeres.

El establecimiento en la Ley Orgánica impugnada, como principio del sistema educativo español, de la «coeducación de niños y niñas» [art. 1 l) LOE], la nueva redacción del art. 84.3 LOE sobre prohibición de discriminación por sexo, suprimiendo los párrafos segundo y tercero que aclaraban que no constituía discriminación la educación diferenciada por sexos, y la vinculación de financiación pública a la «coeducación en todas las etapas educativas» y a la prohibición de «separa[r] al alumnado por su género» (disposición adicional vigésima quinta) vulneran los preceptos y jurisprudencia constitucional citados.

e) Inconstitucionalidad de los apartados 10, 16, 17, 26 y 27 del artículo único de la Ley Orgánica 3/2020 [arts. 18, 24, 25, 34 bis.4 b), punto 7, y 34 ter.4 j) LOE] en cuanto suprimen la asignatura de religión; e inconstitucionalidad de los apartados 10, 11, 14, 16, 17, 25, 28 bis y 78 del mismo artículo único [arts. 18.3, 19.2, 22.3, 24.5, 25.6 y 7, 33 c), 35.1 y disposición adicional segunda, apartado 3, LOE] en cuanto imponen como principio de todo el sistema educativo la ideología de género y la educación afectivo-sexual.

La doctrina constitucional sobre la enseñanza parte de la consideración del Estado como «sujeto religiosamente incapaz», consecuencia del principio establecido en el art. 16.3 CE según el cual «ninguna confesión tendrá carácter estatal» (STC 31/2018, FJ 6). La previa redacción de la LOE incluía la asignatura «[r]eligión, o valores sociales y cívicos, a elección de los padres, madres o tutores legales» como asignatura en educación primaria, primer ciclo y cuarto curso de educación secundaria obligatoria. La Ley Orgánica 3/2020 ha suprimido la asignatura de religión, pero ha incluido en cambio la «educación en valores cívicos y éticos», donde también se incluye el trabajo en la «igualdad de género» y «educación afectivo-sexual». Ello supone un «frontal ataque» al derecho de los padres a que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE), interpretado ex art. 10.2 CE en conexión con el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979 que exige que en la educación obligatoria se incluya la enseñanza de la religión católica «en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales». El formal mantenimiento de la oferta obligatoria de la religión católica como área o materia de enseñanza de acuerdo con la disposición adicional segunda, apartado 1, no puede ocultar que en «realidad» se «borra» esta asignatura y «desaparece la equiparación» exigida por el citado Acuerdo con la Santa Sede. Además, la disposición adicional segunda, apartado 3, al suprimir la referencia a que la determinación del currículo y las

decisiones sobre utilización de libros de texto y materiales didácticos corresponde a las autoridades religiosas, está encomendando en realidad estas decisiones a la administración educativa. En definitiva, de la Ley Orgánica 3/2020 resulta (i) que la oferta de religión es como asignatura optativa, (ii) que basta con que se haga en un solo curso y (iii) sin necesidad de que exista «asignatura espejo o alternativa» para quienes no la escojan, todo lo cual hace desaparecer la equiparación derivada del Acuerdo con la Santa Sede.

Al tiempo que el legislador «hace desaparecer la religión del currículo educativo, abandona esa posición [...] de sujeto religiosamente incapaz, para incorporar normativamente una ideología estatal en la que forzosamente se pretende adoctrinar a los alumnos», la «ideología de género» y la educación afectivo-sexual, que no solo se imponen en una asignatura sino que impregnará «como principio rector la totalidad de la enseñanza» y se valorará en función de la «adhesión a la moral/ideología» estatalmente impuesta, aunque esas convicciones estatales puedan resultar frontalmente opuestas a las de sus progenitores. Ello se reputa contrario a la «neutralidad ideológica» y no «adoctrinamiento estatal», a la libertad de los padres sobre la educación moral de sus hijos y a la libertad de no exteriorizar las creencias contra la propia voluntad derivados de los arts. 27 y 16 CE.

f) Inconstitucionalidad del apartado 89 (disposición adicional trigésima octava LOE), sobre la enseñanza del castellano. Al suprimir este artículo la referencia a que el castellano sea «lengua vehicular de la enseñanza en todo el Estado», la garantía de que las administraciones educativas prevean una «proporción razonable de la lengua castellana y la lengua cooficial» y de que la alta inspección del Estado debe «velar» por el cumplimiento de estas normas, se vulnera el art. 3 CE y la doctrina constitucional al respecto (cita las SSTC 31/2010, de 28 de junio, FJ 24; 96/2018, de 19 de septiembre, FJ 6; 51/2019, de 11 de abril, FJ 5; 109/2019, de 1 de octubre, FJ 7, y 114/2019, de 16 de octubre, FJ 3).

Hace ya más de cuarenta años que se aplican las medidas de normalización lingüística en Cataluña como reparación a la postergación de esa lengua durante el régimen preconstitucional, y el Tribunal ha sido siempre respetuoso con esas medidas compensatorias. Pero esta clase de medidas son por su propia naturaleza temporales y la realidad que debe afrontar el Tribunal Constitucional es cuánto tiempo más deben durar esas medidas. Y no basta con la eficacia directa del art. 3 CE; sin un desarrollo normativo que garantice la plena eficacia y vigencia del derecho/obligación resultante de ese precepto la presencia del castellano como lengua vehicular es imposible de garantizar, como demuestran las reiteradas sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (cita la sentencia de su Sección Quinta núm. 1134/2020, de 11 de marzo).

g) Inconstitucionalidad de los apartados 4 (art. 6, apartados 3, 5, 6 y 7 LOE), 19 (art. 27.1 LOE), 20 (art. 28, apartados 7, 8 y 10, LOE), 13 (art. 21, párrafo primero, LOE, inciso «será responsabilidad de las administraciones educativas»), 21 (art. 29, párrafo primero, LOE, inciso «será responsabilidad de las administraciones educativas»), 23 (art. 31.1, párrafo segundo, y 4 LOE), 24 (art. 32.3, segundo párrafo, LOE), 26 (art. 34.3 LOE), 31 (art. 37.1 LOE), 36 bis (art. 42 bis.2 LOE), 32 (art. 38, apartados 3 y 4, LOE), 98 (disposición final quinta, apartado 1, LOE, «en cuanto ampara el dictado del art. 38 LOE en el segundo inciso del art. 149.1.30 CE»), 75 (art. 143.2 LOE), 76 (art. 144.1 LOE, inciso «según dispongan las administraciones educativas»), 76 bis (art. 146.2 LOE) y 78 ter (disposición adicional cuarta LOE) por «insuficiencia normativa» y «dejación de las competencias» del Estado en materia educativa (art. 149.1.27 y 30 CE). El ejercicio por el Estado de las competencias reconocidas en el art. 149.1 es «necesario, no eventual» porque «la ponderación de lo que el interés nacional demanda no se ha dejado a la libre apreciación de los órganos estatales, sino que esa valoración ya ha sido hecha por la Constitución» en el art. 149.1. Los órganos estatales gozan de cierto «margen de apreciación» pero «carecen de libertad para resolver si en determinados ámbitos [los señalados en el art. 149.1] ha de existir o no un derecho común». La «elasticidad y el

carácter dinámico de lo básico tienen un límite. Aunque hasta ahora solo se ha preocupado el Tribunal de fijar la frontera de lo máximo, esa elasticidad también tiene un límite mínimo» o de lo contrario el Estado podría «desmont[ar] el modelo constitucional de distribución de competencias».

Teniendo esto en cuenta, el recurso señala que este tribunal ha atribuido al Estado competencia para fijar las enseñanzas mínimas (SSTC 87/1983, de 27 de octubre, FJ 4; 14/2018, de 20 de febrero, FJ 5, y 51/2019, de 11 de abril, FJ 5); organizar pruebas de evaluación (SSTC 184/2012, de 17 de octubre, FJ 6; 14/2018, FFJJ 6, 7 y 8; 109/2019, de 1 de octubre, FJ 5, y 114/2019, de 16 de octubre, FJ 2); o desarrollar un poder de vigilancia en el ámbito de la educación mediante la alta inspección (STC 14/2018, FJ 10). Sin embargo, con esta Ley Orgánica el Estado ha «abandonado» sus competencias sobre ordenación curricular (arts. 6, 6 bis, 27.1 y 28.7, 8 y 10 LOE) para «diluirla en una suerte de competencia compartida con las comunidades autónomas»; lo mismo ha hecho al suprimir las evaluaciones finales conducentes a establecer criterios homogéneos (en primaria) o a la obtención de un título (en secundaria y bachillerato) y sustituirlas por evaluaciones de diagnóstico responsabilidad de las «administraciones educativas» sin criterios de evaluación comunes (arts. 21, 29, 31, 32, 37 y 42 bis LOE) pese a encontrarnos ante una competencia estatal exclusiva. Idéntico reproche se hace al art. 38.3 y 4 y a la disposición adicional quinta, apartado 1, LOE, sobre la consulta a las comunidades autónomas y diseño exclusivamente básico de la prueba de acceso a la universidad; a los arts. 143 y 144 LOE sobre la evaluación general del sistema educativo que también se hace ahora «en colaboración con las administraciones educativas», sin fijar parámetros homogéneos ni garantizar que la educación de los españoles se ejercite en condiciones de igualdad, cuando esta es una competencia que solo al Estado corresponde; y al art. 148.1 y a la disposición adicional cuarta LOE sobre las competencias de la alta inspección que «vacían de contenido» las funciones de la alta inspección.

Una lectura conjunta de todos estos preceptos evidencia que la competencia exclusiva en materia de educación ha desaparecido, convirtiéndose en una suerte de competencia compartida, lo que vulnera los preceptos que atribuyen esas competencias al Estado y además los arts. 1.1 (principio democrático), 9.3 (seguridad jurídica) y 14 (igualdad en materia educativa en todo el territorio nacional) de la Constitución.

2. Por providencia de 20 de abril de 2021, el Pleno del Tribunal acordó admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad interpuesto y dar traslado de las actuaciones, conforme establece el art. 34 LOTC, al Congreso de los Diputados y al Senado, por conducto de sus presidentes, y al Gobierno, a través del ministro de Justicia, al objeto de que, en el plazo de quince días, puedan personarse en el proceso y formular alegaciones, y publicar la incoación del recurso en el «Boletín Oficial del Estado».

3. Tras solicitar una prórroga para formular sus alegaciones, concedida por el Tribunal, el Gobierno de la Nación formuló sus alegaciones el 26 de mayo de 2021 solicitando la desestimación del recurso interpuesto.

a) Dedicar el primer apartado de esas alegaciones a puntualizar algunas cuestiones aplicables a todo el recurso, para evitar reiteraciones. Se refiere, en particular, a la libertad de configuración del legislador democrático que debe respetar el Tribunal Constitucional que, según doctrina reiterada, no realiza por este motivo controles de oportunidad (cita en este sentido las SSTC 49/2008, de 9 de abril, y 127/2019, de 31 de octubre), una libertad que se extiende a la selección del modo de «prestación» de los «servicios públicos» (STC 63/2019, de 9 de mayo) sin que exista un «deber constitucional» de «ayudar a todos y cada uno de los centros docentes» (STC 86/1985, de 10 de julio).

b) Descendiendo a los concretos motivos de inconstitucionalidad de los recurrentes, argumenta, en relación con el primero, que estos se pierden en «largas consideraciones» sobre si existía o no el «contexto propicio» para aprobar la ley recurrida. Pero más allá de la «valoración subjetiva» que esta cuestión merezca a los

recurrentes, ni estos citan «ningún vicio procedimental concreto», ni ha habido vulneración de ningún tipo de las garantías democráticas y del derecho de participación política de los diputados en la tramitación de la ley. Cita, a este respecto, varias resoluciones y acuerdos del Congreso de los Diputados y del Senado que mantuvieron las Cámaras en funcionamiento con medidas de prevención de la salud impuestas por la situación epidemiológica, habilitando al efecto la participación y reunión telemática de diputados y senadores en los órganos de gobierno y políticos. Por lo que respecta a la tramitación del proyecto de ley, este contó con los informes de organizaciones y colectivos afectados que cita, estando justificada la omisión del dictamen del Consejo de Estado porque no era preceptivo según su Ley Orgánica reguladora (art. 22.4 de la Ley Orgánica 3/1980). Y por lo que se refiere a la tramitación parlamentaria, el «Diario de Sesiones» muestra que la votación de las enmiendas a la totalidad el día 17 de junio de 2020 se efectuó por 348 diputados (114 estaban presentes y 234 votaron telemáticamente), con lo que se cumplieron sobradamente los requisitos de quórum establecidos. Entrando ya en la vulneración del art. 169 CE concretamente alegada, le parece que los recurrentes efectúan una interpretación extensiva inadmisibles del referido precepto constitucional, que se refiere solamente a las reformas constitucionales, y no a ninguna otra norma, por importante que esta sea. Interpretación extensiva inadmisibles que extienden al art. 28.1 LOTC que ciñe las normas del bloque de la constitucionalidad a las leyes delimitadoras de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, pero no a las de desarrollo de un derecho fundamental, como es el caso de la ley orgánica recurrida.

c) Respecto a la alegada «preterición» de la escuela concertada, el Gobierno rechaza este efecto. Desde la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (LODE), ninguna ley ha iniciado la «demanda social» como criterio de planificación hasta la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE). Y ello no ha impedido que el peso de la educación concertada se incrementara del 20,6 por 100 en el curso 1996-97 al 25 por 100 en el 2018-19. Además, se explicita o no ahora ese criterio, lo cierto es que sigue formando parte de la planificación educativa a través de la «participación efectiva de los sectores afectados como mecanismo idóneo para atender adecuadamente los derechos y libertades y la elección de todos los interesados» garantizado en el art. 109.2 LOE, redactado por la ley orgánica recurrida. Pero la demanda social no puede ser el criterio exclusivo de la planificación educativa. Además, diversos informes –que cita– demuestran que la segregación socioeconómica en España por centros es muy alta en primaria (como media) y también en secundaria en algunas comunidades autónomas, por lo que sin una adecuada programación educativa que tienda a corregir los factores determinantes de segregación escolar la libertad formal de elección de centro puede quedar vacía de contenido real y no ser disfrutada por todo el alumnado en condiciones de igualdad. Además, el peso varía en las diferentes comunidades autónomas (entre el 15 y el 50 por 100) y en todas ellas se ejerce el derecho a la educación en condiciones de respeto a la Constitución. En fin, la diferencia entre la educación pública y privada, debiendo cubrir aquella todo el territorio y garantizar su neutralidad ideológica, hace irrazonable que se pretenda asimilar la actuación de la administración en relación con una y otra. En cuanto al derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, subraya que no es posible garantizar que todos los padres puedan elegir entre todas las opciones posibles y que la libertad del legislador le permite ponderar otros bienes y principios constitucionales como la gratuidad de la enseñanza básica, la promoción de la libertad real y efectiva o la distribución equitativa de la renta. En este sentido, la doctrina constitucional ya ha señalado que no existe el deber de ayudar a todos y cada uno de los centros docentes (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 11) y que los recursos públicos no han de acudir incondicionalmente allá donde vayan las preferencias individuales (STC 86/1985, FJ 4).

d) Niega a continuación que el diseño de la educación especial efectuado en la ley recurrida vulnere el derecho a la libertad de elección de centro docente invocado por los recurrentes. Comienza señalando que la ley se basa en el principio de educación inclusiva introducido en el art. 4.3 LOE, que no ha sido impugnado, y que este principio trae causa de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, ratificada por España en 2007 (cita, en particular, la observación general núm. 4, de 2016, sobre el derecho a la educación inclusiva). A diferencia de lo que sostiene el recurso, el carácter ordinario o especial del centro en que se produzca la escolarización del alumno con necesidades educativas especiales no puede ser considerado en modo alguno un método pedagógico al que aplicar el derecho del art. 27.3 CE a escoger la «formación religiosa y moral». La atención particular al alumno, exigida también por el art. 49 CE, es independiente del centro en que se integre, y la inclusión favorece su interacción con el resto de los alumnos así como la de estos con él, preparándose uno y otros para la vida en sociedad como adultos. La ley, además, de hecho, refuerza el papel de los padres en las decisiones de escolarización de este alumnado, equilibrando las necesidades del alumno y las condiciones y medios disponibles, como es de ver en la segunda y tercera frases del art. 74.2 LOE impugnado. Por lo que respecta al art. 87 LOE, también impugnado, se refiere al «alumnado con necesidad específica de apoyo educativo» que incluye no solo al alumnado con necesidades especiales sino también al alumnado con altas capacidades, al alumnado de integración tardía, al alumnado con necesidades de aprendizaje y al alumnado en situación de vulnerabilidad socioeducativa. Y tiene por objeto establecer cautelas para que este tipo de alumnado se distribuya de manera equilibrada evitando su concentración en determinados centros. Y por último, la disposición adicional cuarta afirma explícitamente que seguirán existiendo centros específicos de educación especial, por lo que no impide la escolarización en este tipo de centros de alumnos cuando requieran una atención muy especializada.

e) El principio de coeducación de niños y niñas como requisito para acceder a conciertos de los arts. 1 I) y 84.3 y de la disposición adicional vigesimoquinta LOE encuentra fundamento en tratados, acuerdos y resoluciones de organismos internacionales, que cita con detalle, y en la normativa nacional. La propia STC 133/2010, de 2 de diciembre, reconoce que la educación no es solo transmisión de conocimientos, sino instrumento de socialización y formación de ciudadanos responsables. Llama la atención, además, sobre el hecho de que la STC 31/2018, de 10 de abril, contara con el voto discrepante de cinco de los doce magistrados del Tribunal Constitucional. La Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones de 1960 citada en esa sentencia no considera discriminación la educación diferenciada, pero no impide a un Estado apartarse de ese sistema e impulsar un modelo basado en la coeducación. Como tampoco la referencia a «otros tipos de educación» del art. 10 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979 puede entenderse como una referencia a la educación diferenciada. No tendría sentido puesto que inmediatamente antes se menciona explícitamente el «estímulo de la educación mixta». La STC 31/2018 avala la constitucionalidad de la educación diferenciada, pero en ningún caso afirma que sea inconstitucional impulsar la coeducación, y así lo confirma la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de enero de 2017, asunto *Osmanoğlu y Kocabaş c. Suiza*. La ley recurrida ha establecido los criterios para concertar otorgando preferencia a las condiciones sociales y económicas de los destinatarios, pero no prohíbe ni la educación concertada ni que centros con educación diferenciada puedan concertar unidades si en ellas siguen el sistema de coeducación, lo que supone que no haya discriminación en el acceso a la financiación. Aclara que no pueden confundirse los términos escuela mixta y escuela coeducativa. La primera es condición necesaria para la coeducación, pero no suficiente, pues la coeducación no se garantiza solo con reunir a niños y niñas, pero con ellos separados es imposible de alcanzar. Además, el Defensor del Pueblo instó al Ministerio de Educación a incorporar medidas concretas en la reforma de la Ley Orgánica de educación con amplio consenso entre las principales fuerzas políticas para eliminar la

violencia de género, con especial atención a la incorporación de nuevos contenidos curriculares para la educación en igualdad, tales como la perspectiva de género, la educación afectivo-sexual, la prevención del machismo y otros.

f) La impugnación relativa a la posición de la religión en el sistema educativo es una impugnación por omisión y preventiva. La ley respeta el mandato de los arts. 16.3 y 27.3 CE al asegurar la oferta obligatoria de religión en los centros educativos, y la omisión de esta asignatura en los listados de los arts. 18, 24, 25 y 34 se justifica porque estos listados se refieren a las materias que han de cursar todos los alumnos, lo que no es el caso de la religión católica. Será en todo caso el desarrollo reglamentario en la disposición adicional vigesimoquinta la que eventualmente incumplirá el citado mandato constitucional. Pero el modo en que la LOMCE desarrollaba ese mandato no puede convertirse en el único modo posible de hacerlo para el legislador. De hecho, solo la LOMCE mencionó la asignatura de religión en la ordenación de cada etapa como asignatura de configuración específica. Esta ordenación no se hizo ni en la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el estatuto de centros escolares (LOECE), ni en la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de ordenación general del sistema educativo (LOGSE), ni en la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación (LOCE), ni en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación (LOE), ni en la actual Ley Orgánica 3/2020. Solo leyes educativas preconstitucionales contenían la mención a la enseñanza religiosa confesional. Y desde 1978 hasta 2020 no ha habido recurso ante el Tribunal Constitucional sobre la ordenación de la enseñanza de religión.

Por lo que respecta a la segunda vertiente del motivo correlativo, sobre el supuesto adoctrinamiento que supone la incorporación de la educación en valores, afectivo-sexual y de igualdad de género, lo que el recurso denomina imposición ideológica tiene sustento en diversas normas y documentos nacionales e internacionales, que cita y detalla, y también en los arts. 10.2 y 27.2 CE. Estos preceptos obligan a incorporar a la educación una formación ética de mínimos (qué debe ser admisible o no para todos los ciudadanos), mientras que la formación religiosa y moral individual protegida en el art. 27.3 CE es una ética de máximos. Además, las referencias que hace la ley a la formación sexual son muy matizadas, vinculadas a la formación afectiva y en materia de salud, lo que nada tiene que ver con las creencias morales y religiosas particulares. La perspectiva de género, en fin, es una perspectiva transversal que persigue la equidad, el desarrollo de todos los talentos y la igualdad de oportunidades, ante la desigualdad detectada en la elección de estudios de nuestros jóvenes, por eso se integra en la orientación profesional (art. 22.3 LOE) y en el uso de las tecnologías (art. 111 bis LOE).

g) La regulación del castellano como lengua vehicular no vulnera el art. 3 de la Constitución. La ley garantiza la enseñanza en castellano en la disposición adicional trigésima octava y que los alumnos logran un nivel de competencia elevado al finalizar la educación básica obligatoria mediante las evaluaciones de diagnóstico de los arts. 121.2 bis y 144. Lo que ha hecho ha sido aligerar el contenido de la disposición adicional trigésima octava limitando su contenido a lo propio de una ley orgánica, dejando la concreción del modelo de cooficialidad lingüística a las comunidades autónomas, de conformidad con el art. 3.2 CE, porque no existe un modelo homogéneo y único de cooficialidad. Por lo tanto, más que una omisión, como denuncian los recurrentes, la ley recurrida ha vuelto a la situación anterior de la LOGSE (1990) y la LOE (2006), que no habían sido objeto de recurso, derogando los añadidos de la LOMCE sobre controles administrativos declarados inconstitucionales por la STC 14/2018, de 20 de febrero. De hecho, los argumentos de inconstitucionalidad descansan en una comparación con la LOMCE. Y no con la ley anterior que esta modificó (LOE, de 2006).

h) La denuncia de dejación de competencias, ausencia de bases mínimas y necesarias para configurar un sistema común y alteración de títulos competenciales (regulación de las condiciones para la obtención de títulos educativos, primer inciso del art. 149.1.30 CE, y bases para el desarrollo del derecho a la educación, segundo inciso del mismo precepto) son infundadas. Parece ignorarse la capacidad del legislador estatal para

modificar sus decisiones básicas; es una legítima opción política que no puede ser fiscalizada mediante juicios de oportunidad por el Tribunal Constitucional (entre otras, STC 25/2013, de 31 de enero, FJ 3). Es, además, una impugnación preventiva, pues descansa en la inconstitucionalidad por omisión de una regulación detallada cuando la ley remite al reglamento estas cuestiones, pero es habitual que las reformas educativas vengan acompañadas de paquetes de reglamentos que terminan de fijar las bases, posibilidad permitida por el Tribunal Constitucional siempre que la materia lo justifique y exista habilitación legal. Finalmente, la consulta a las comunidades autónomas que igualmente cuestiona el recurso responde a principios generales de cooperación y colaboración.

Desciende a continuación a examinar los concretos preceptos impugnados por este motivo. Los relativos a la ordenación del currículo con participación de las comunidades autónomas (arts. 6, 27 y 28 LOE) se han repetido en todas las leyes educativas, y han sido admitidos por el Tribunal (SSTC 212/2012, de 14 de noviembre, y 14/2018, de 20 de febrero). Es una competencia básica porque no se regula la obtención de un título académico. Por lo mismo, por no tratarse de una evaluación con efectos académicos, los preceptos que regulan las evaluaciones de diagnóstico (arts. 21 y 29 LOE), se enmarcan en la competencia básica del art. 149.1.30, segundo inciso, de la Constitución y no constituye tampoco ninguna novedad en el sistema educativo (cita el art. 18 LOCE, de 2002). La posibilidad de que el profesorado decida sobre la obtención del título cuando no se han alcanzado las competencias necesarias (arts. 31 y 37 LOE) no es ninguna dejación de funciones sino regulación de las condiciones para la obtención de títulos del art. 149.1.30, primer inciso, de la Constitución. Además, la LOCE, de 2002, ya establecía un sistema similar (art. 31.2). La regulación de la prueba de acceso a la universidad (art. 38 y disposición adicional quinta LOE) siempre ha tenido carácter básico, como ha reconocido el Tribunal en su STC 14/2018. La impugnación de las evaluaciones generales (arts. 143 y 144 LOE) es preventiva y además se trata de evaluaciones de diagnóstico. Y la participación de las comunidades autónomas en la inspección del sistema educativo (art. 148.1 LOE) está expresamente prevista en el art. 27.8 CE y debe diferenciarse de la alta inspección del Estado, conforme a la STC 8/1982, de 4 de marzo. Y su participación, asimismo, en la supervisión de libros de texto y materiales curriculares (disposición adicional cuarta LOE) fue avalada por el Tribunal Constitucional con ocasión de normas similares de la LOCE y la LOE (STC 184/2012).

Termina suplicando, por todo ello, la desestimación del recurso interpuesto.

4. Mediante escrito de 10 de febrero de 2023, el magistrado don Juan Carlos Campo Moreno, de acuerdo con lo previsto en los arts. 217 y 221 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) en relación con el art. 80 LOTC, comunicó su voluntad de abstenerse en el conocimiento del presente recurso de inconstitucionalidad por entender que concurría la causa del art. 219.13 LOPJ. Por el ATC 62/2023, de 21 de febrero, el Pleno de este tribunal acordó estimar justificada la abstención formulada por el magistrado don Juan Carlos Campo Moreno en el presente recurso de inconstitucionalidad y apartarle definitivamente del conocimiento de este y de todas sus incidencias.

5. Mediante providencia de 18 de abril de 2023, se señaló ese mismo día para deliberación y votación de la presente sentencia.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto del proceso.

Cincuenta y dos diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados interponen recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de educación. El primer motivo se dirige contra la totalidad de la ley por vulneración del art. 169 CE, en relación con el art. 116; cinco motivos adicionales se dirigen contra

preceptos concretos de la ley agrupados sistemáticamente en función de la materia regulada: la enseñanza concertada, la educación especial, la prohibición de concertar la educación diferenciada por sexos, la enseñanza de la religión y de la «ideología de género» (en terminología de los recurrentes) y la enseñanza del castellano; y finalmente, un último motivo, de carácter competencial, se dirige contra varios preceptos que regulan aspectos del currículo, la evaluación y en general la ordenación del sistema educativo por «insuficiencia normativa» y «dejação de competencias» por parte del Estado.

En el apartado de los antecedentes han quedado detallados tanto los argumentos de los recurrentes como su impugnación por el abogado del Estado en representación del Gobierno de la Nación, única parte que ha formulado alegaciones en defensa de la ley impugnada. Al hilo de cada impugnación se hará nueva referencia a ellas.

La Ley Orgánica impugnada tiene un artículo único dividido en noventa y nueve apartados que modifican cada uno de ellos un artículo o una disposición adicional o final de la Ley Orgánica 2/2006, de educación (en adelante, LOE). La referencia a los preceptos recurridos se hará por su numeración y ubicación en esta última ley.

2. Vulneración del artículo 169 de la Constitución.

a) En su primer motivo, los recurrentes impugnan «la totalidad» de la Ley Orgánica 3/2020 por la forma y momento de su tramitación. Denuncian «ausencia de garantías democráticas» por haberse tramitado la ley estando vigente el estado de alarma declarado por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, que impuso el confinamiento a todos los ciudadanos y también a los diputados, de modo que las enmiendas a la totalidad presentadas, entre otros, por el grupo parlamentario de los diputados recurrentes, fueron rechazadas el 17 de junio, cuatro días antes de que finalizara el estado de alarma, con la asistencia de tan solo cuarenta de los trescientos cincuenta que componen la Cámara. Critican asimismo que no se hayan solicitado los informes «preceptivos» del Consejo de Estado y el Consejo Escolar, y que no se haya escuchado a «los agentes sociales y educativos interesados, ni [a] los expertos en la materia». Además, consideran que la prohibición de reformas constitucionales durante la vigencia de un estado de alarma resultante de los artículos 169 y 116 de la Constitución, por «obvia», debe considerarse «tácitamente impuesta» a las normas que conforman el bloque de la constitucionalidad y a las que acometen el desarrollo de derechos fundamentales. En suma, les parece que una reforma esencial y fundamental para España, como la que efectúa la ley recurrida, se ha aprobado «motorizadamente», con el «Parlamento semicerrado» y sin un auténtico proceso deliberativo, siendo todo ello constitutivo de una «burla constitucional».

b) Para el abogado del Estado, todo esto no son más que valoraciones subjetivas sobre si la reforma se aprobó o no en un momento y contexto propicios, pero ni los informes omitidos son preceptivos, ni se ha prescindido de trámites esenciales, ni los recurrentes denuncian ningún vicio procedimental concreto susceptible de viciar en derecho la aprobación de la Ley Orgánica 3/2020 por las Cortes Generales. Se han cumplido, concluye, todos los trámites procedimentales y la interpretación del art. 169 CE que proponen es «extensiva», «excesiva» y contraria a su tenor literal, por pretender aplicarla a otras normas distintas de la reforma constitucional, única mencionada en el citado precepto.

c) La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional exige que el escrito de interposición sea un «escrito fundado en el que se fij[e] con precisión y claridad lo que se pida» (art. 85.1), y en particular que en el mismo se «precis[e] el precepto constitucional que se entiende infringido» (art. 33.1). Hemos hablado así de una auténtica «carga procesal de alegar y probar» que debe levantar el recurrente no solo para «colaborar» con la justicia constitucional «mediante un pormenorizado análisis de las cuestiones que se suscitan» (por todas, STC 152/2017, de 21 de diciembre, FJ 1), sino también para posibilitar el ejercicio del derecho de defensa por las partes comparecidas (STC 118/1996, de 27 de junio, F 2, entre otras), derecho que no permite a este tribunal «reconstruir de oficio la demanda ni suplir las razones del recurrente» (STC 65/2020, de 18 de junio, FJ 9, con cita de otras).

Las razones anteriores nos obligan a no tomar en consideración las observaciones generales que efectúan los recurrentes acerca de la rapidez de la tramitación parlamentaria, la ausencia de informes «preceptivos» de «los principales órganos consultivos del Estado, como el Consejo de Estado o el Consejo Escolar» o la falta de audiencia de «agentes sociales y educativos interesados» o de «colectivos afectados», que se hacen sin indicar qué concretos preceptos de la Constitución o del bloque de la constitucionalidad imponen dichos trámites y qué órganos o colectivos debían ser consultados.

De acuerdo con nuestra doctrina «la inobservancia de los preceptos que regulan el procedimiento legislativo podrá viciar de inconstitucionalidad la ley cuando esa inobservancia altere de modo sustancial el proceso de formación de voluntad en el seno de las Cámaras» [por todas, STC 155/2017, de 21 de diciembre, FJ 2 b)]. En el escrito de interposición, sin embargo, no se cita precepto alguno que haya sido vulnerado, ni se denuncia que la voluntad de las Cámaras se haya visto afectada de forma sustancial, como exige nuestra jurisprudencia.

Por todo ello, resulta obligado ceñir nuestro examen a la «vulneración del artículo 169 CE en relación con el artículo 116 CE», que es la rúbrica del primer motivo del escrito de interposición y contiene además los dos únicos preceptos invocados en el mismo.

d) Según el artículo 169 de la Constitución «[n]o podrá iniciarse la reforma constitucional en tiempo de guerra o de vigencia de alguno de los estados previstos en el artículo 116». Y como es conocido, por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, el Gobierno declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, estado de alarma que fue sucesivamente prorrogado por periodos de quince días hasta las 00:00 horas del día 21 de junio de 2020 (Real Decreto 555/2020, de 5 de junio). A su vez, del «Boletín Oficial de las Cortes Generales» («BOCG») resulta que el proyecto de ley que luego se convirtió en Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, fue objeto de tramitación entre el 10 de marzo de 2020 (acuerdo de la mesa sobre admisión de la iniciativa, publicado en el «BOCG, Congreso de los Diputados», núm. A-7-1, de 13 de marzo de 2020) y el 23 de diciembre de 2020 (aprobación por el Pleno del Senado del proyecto de ley, publicado en el «BOCG, Senado» núm. 130, de 29 de diciembre). En suma, es incontrovertido que durante parte de la tramitación parlamentaria del proyecto de ley que luego se convirtió en la Ley Orgánica 3/2020 objeto de recurso, estaba vigente un estado de alarma del artículo 116, apartados 1 y 2 de la Constitución.

Sin embargo, no cabe dar al artículo 169 de la Constitución la interpretación extensiva que pretenden los recurrentes en contra de su claro tenor literal y de la finalidad a que responde. Por muy relevante que sea o les parezca a los recurrentes la Ley Orgánica 3/2020, no se trata de una «reforma constitucional», y por tanto no le resulta de aplicación la disposición constitucional citada.

En consecuencia, el primer motivo del recurso debe ser desestimado.

3. Programación de centros y plazas: derogación del criterio de la «demanda social».

a) Los recurrentes impugnan el art. 109 LOE, que regula la «programación de la red de centros», por referir la obligación de ofertar plazas suficientes exclusivamente a las plazas «públicas» (apartados 1 y 3), con supresión del criterio de la «demanda social» contenido en la redacción anterior del precepto, e incorporando además un mandato a la administración para promover «un incremento progresivo de puestos escolares en la red de centros de titularidad pública», con exclusión de los centros privados concertados. Les parece que ello dará lugar a «la progresiva desaparición de las plazas concertadas» y a «suprimir» y «hace[r] desaparecer» la educación concertada, que es garantía del pluralismo educativo, esencial a su vez para la preservación de la sociedad democrática, tal y como ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus sentencias de 7 de diciembre de 1976, asunto *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, § 50, y de 29 de junio de 2007, (Gran Sala), asunto *Folgerø y otros c. Noruega*, § 84.

b) El abogado del Estado argumenta que desde la regulación inicial de los conciertos educativos en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del derecho a la educación (LODE), solamente la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE), ha incluido expresamente el criterio de la «demanda social» como «motor de la planificación educativa», al dar nueva redacción al ahora nuevamente modificado art. 109 LOE, por lo que su omisión, ni es inconstitucional, ni produce el efecto de suprimir la escuela concertada que denuncia el recurso. En todo caso, añade, el criterio de la demanda social no ha sido totalmente excluido de la programación de centros, ya que el apartado 2 del artículo 109 dispone que esta programación se realizará tomando en consideración «los derechos y libertades y la elección de todos los interesados». Pero aun así, concluye, ese criterio no puede convertirse en el único o exclusivo para programar la red de centros, como entienden los recurrentes, sino que debe ponderarse con otros. Menciona estudios que informan de una segregación escolar socioeconómica alta en España, de modo –continúa– que sin una adecuada programación educativa que pondere esos otros factores «la libertad formal de elección de centro» en que se basan los recurrentes «puede quedar vacía de contenido real».

c) El art. 109 LOE, redactado de nuevo en su integridad por la Ley Orgánica 3/2020, dispone:

«Artículo 109. *Programación de la red de centros.*

1. En la programación de la oferta de plazas, las administraciones educativas armonizarán las exigencias derivadas de la obligación que tienen los poderes públicos de garantizar el derecho de todos a la educación, mediante una oferta suficiente de plazas públicas, en condiciones de igualdad y los derechos individuales de alumnos y alumnas, padres, madres y tutores legales.

En todo caso, se perseguirá el objetivo de cohesión social y la consideración de la heterogeneidad de alumnado como oportunidad educativa.

2. Las enseñanzas reguladas en esta Ley se programarán por las administraciones educativas teniendo en cuenta la oferta existente de centros públicos y la autorizada en los centros privados concertados, asegurando el derecho a la educación y articulando el principio de participación efectiva de los sectores afectados como mecanismo idóneo para atender adecuadamente los derechos y libertades y la elección de todos los interesados. Los principios de programación y participación son correlativos y cooperantes en la elaboración de la oferta que conllevará una adecuada y equilibrada escolarización del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo, como garantía de la equidad y calidad de la enseñanza.

3. En el marco de la programación general de la red de centros de acuerdo con los principios anteriores, las administraciones educativas programarán la oferta educativa de modo que garanticen la existencia de plazas públicas suficientes, especialmente en las zonas de nueva población.

4. Las administraciones educativas deberán tener en cuenta las consignaciones presupuestarias existentes y el principio de economía y eficiencia en el uso de los recursos públicos.

5. Las administraciones educativas promoverán un incremento progresivo de puestos escolares en la red de centros de titularidad pública.»

d) Este tribunal ha destacado desde sus primeras resoluciones la doble dimensión o contenido del art. 27 CE que regula, por una parte, un derecho de libertad y, por otra, un derecho de prestación frente a los poderes públicos (SSTC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3; 188/2001, de 20 de septiembre, o, entre las más recientes, SSTC 191/2020, de 17 de diciembre, FJ 4, y 81/2021, de 19 de abril, FJ 2). Se trata de dos perspectivas en cierta medida opuestas: libertad para educar y educarse frente al poder político, como manifestación de las libertades de expresión, ideológica y de culto, y de empresa, por

una parte; y derecho a obtener del mismo poder una educación gratuita, por otra (perspectiva de servicio público).

Entre estas dos perspectivas no existe un equilibrio óptimo constitucional que haga que cualquier alteración del mismo sea una alternativa inconstitucional. La continua tensión entre ambos polos hace, por el contrario, que el legislador disponga de margen para configurar el sistema educativo. Ya hemos dicho que «el art. 27 CE no establece un modelo educativo concreto sino una serie de principios informadores del sistema educativo que, en todo caso, habrán de ser respetados por el legislador estatal al que, en sus aspectos básicos, corresponde diseñar el modelo educativo» (STC 184/2012, de 17 de octubre, FJ 3). Opciones políticas que este tribunal debe respetar salvo que la fuerza que se imprima a una de las dos direcciones llegue a menoscabar el «contenido esencial» de la otra (art. 53.1 CE) o a vulnerar algún otro precepto constitucional. «El legislador», hemos dicho, «no ejecuta la Constitución, sino que crea Derecho con libertad dentro del marco que esta ofrece, de modo que este tribunal no ha de hacer las veces de propio legislador constriñendo su libertad de disposición allí donde la Constitución no lo haga de manera inequívoca» (STC 112/2021, de 13 de mayo, FJ 5, y las allí citadas).

El recurso se centra en el menoscabo por el art. 109 LOE de la primera perspectiva (libertad de educación). De acuerdo con nuestra doctrina, esta libertad, de la que forma parte la libertad de crear centros docentes (art. 27.6 CE) y de establecer su ideario educativo dentro de la Constitución (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 8) es una «proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales (especialmente arts. 16.1 y 20.1 a)», conexión esta «explícitamente establecida en el art. 9 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, en conformidad con el cual hay que interpretar las normas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas que nuestra Constitución incorpora, según dispone el artículo 10.2» (STC 5/1981, FJ 7), y también se vincula con el «principio de libertad de empresa que también la Constitución (art. 38) consagra» (STC 5/1981, FJ 8). Quiere ello decir, en definitiva, que la creación de centros docentes privados depende esencialmente de la iniciativa privada, y no de la programación por los poderes públicos de centros privados.

Según el artículo 27.5 «[l]os poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes». Y el art. 109 LOE, en la redacción dada por la ley recurrida, además de reservar a las «administraciones educativas» la «programación de la oferta de plazas», como le impone el citado precepto constitucional, dispone que en esa tarea las mencionadas administraciones deben efectuar una «oferta suficiente de plazas públicas». Un mandato que reitera el apartado 3 al disponer que en la programación general de la red de centros las administraciones garantizarán «la existencia de plazas públicas suficientes, especialmente en las zonas de nueva población». Finalmente, el apartado 2 dispone que la programación se efectuará «teniendo en cuenta la oferta existente de centros públicos y la autorizada en los centros privados concertados» y mediante la participación de los sectores afectados, como igualmente impone el precepto constitucional transcrito, «para atender adecuadamente los derechos y libertades y la elección de todos los interesados».

Los recurrentes asocian a este precepto la supresión y desaparición de la enseñanza privada y el establecimiento de un «monopolio estatal de la enseñanza». Pero el precepto recurrido no contiene un mandato de supresión de las plazas concertadas o de las ayudas constitucionalmente obligadas (art. 27.9 CE); de hecho, la existencia de centros privados concertados está contemplada en el art. 109.2 que también alude a la «elección de todos los interesados» en la acción administrativa de programación. Además, la LOE reconoce también el derecho de los padres o tutores «a escoger centro

docente tanto público como distinto de los creados por los poderes públicos» (art. 108.6) así como el derecho de los centros privados que «satisfagan necesidades de escolarización, en el marco de lo dispuesto en los artículos 108 y 109» a «acogerse al régimen de conciertos educativos en los términos legalmente establecidos» (art. 116.1).

Así pues, del art. 109 impugnado no se desprende que la simple existencia de plazas públicas suficientes vaya a suponer la denegación de un concierto. El control de constitucionalidad de las leyes es, según nuestra consolidada doctrina, «objetivo y abstracto» (por todas, STC 110/2014, de 26 de junio, FJ 4). «Objetivo» en el sentido de que «la regla controvertida ha de ser enjuiciada en atención a su propio sentido», de modo que «las intenciones o finalidades del autor de la norma, su estrategia política o su propósito último no [son] objeto de nuestro enjuiciamiento». Y «abstracto» porque es un control estrictamente normativo de contraste entre la ley recurrida y la Constitución, como impone el art. 27.1 LOTC, «desvinculado de cualquier consideración concreta sobre su aplicación a un específico supuesto de hecho» [STC 139/2017, de 29 de noviembre, FJ 2 c)]. La tutela de derechos fundamentales ante eventuales vulneraciones concretas por los poderes públicos tiene, en nuestro ordenamiento, cauces diferentes (art. 53.2 CE) que no resultan necesariamente en la declaración de inconstitucionalidad de una ley (art. 55 LOTC).

La programación de la enseñanza con el objetivo de garantizar la existencia plazas públicas suficientes es un fin constitucionalmente legítimo. Entra dentro del margen de libre configuración del legislador y de las preferencias políticas expresadas en las leyes aprobadas en las Cortes Generales.

No existe por tanto la vulneración constitucional denunciada y el motivo, en consecuencia, se desestima.

4. Escolarización del alumnado con necesidades especiales.

a) Los recurrentes reprochan a los arts. 74.2, inciso «y la voluntad de las familias que muestren su preferencia por el régimen más inclusivo», en cuanto excluye a las familias que no mantengan este criterio, y 87.1, inciso «para evitar la segregación del alumnado», ambos de la LOE, y a la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 3/2020, que solo prevé la escolarización en «centros de educación especial» de «los alumnos y alumnas que requieran una atención muy especializada», concepto este que consideran excesivamente abierto, la supresión de la red concertada de centros de educación especial y el establecimiento de una obligación legal de integrar a los alumnos con necesidades educativas especiales en centros ordinarios de titularidad pública, obligación que vulneraría el derecho de sus padres o tutores a escoger un modelo y centro alternativo que deriva de los apartados 1, 3 y 6 del art. 27 CE, en relación con el art. 14.3 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, que reconoce «el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas». Apoyan igualmente su pretensión en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad hecha en Nueva York en 2006 («Boletín Oficial del Estado» de 21 de abril de 2008), que para la educación inclusiva exige «ajustes razonables en función de las necesidades individuales» y que se faciliten «medidas de apoyo personalizadas y efectivas» [art. 24.2, letras c) y e)], y concluyen, reproduciendo la observación general núm. 4 (2016) formulada por el Comité sobre los derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas, sosteniendo que «la inclusión de los alumnos con discapacidad en las clases convencionales sin los consiguientes cambios estructurales, [...] no constituye inclusión. Además, la integración no garantiza automáticamente la transición de la segregación a la inclusión» (apartado 11).

b) La representación del Gobierno de la Nación parte precisamente de esta última Convención. Sostiene que al haber sido ratificada por España en 2008 no pudo ser incorporada en la LOE y que la Ley Orgánica 3/2020 viene precisamente a colmar esta laguna, incorporando la «educación inclusiva» impulsada por el referido

convenio como «principio fundamental» del sistema educativo en el art. 4.3 LOE, modificado por la Ley Orgánica 3/2020. Recoge la misma observación general núm. 4 citada por los recurrentes y subraya que, según la misma, no es compatible con la Convención «que las personas con discapacidad queden excluidas del sistema general de educación» (apartado 18) ni tampoco «el mantenimiento de dos sistemas de enseñanza: un sistema de enseñanza general y un sistema de enseñanza segregada o especial» (apartado 40), para concluir que la reforma de la Ley Orgánica 3/2020 se inspira en el cumplimiento de la Convención y es plenamente constitucional. Niega, al respecto, que el carácter ordinario o especial del centro pueda ser considerado un «método pedagógico» susceptible de elección por los padres, como defienden los recurrentes, y señala que en los centros ordinarios «hay una mayor capacidad de interacción con el resto del alumnado», lo que contribuye a alcanzar la «inclusión plena en la sociedad [...] tanto desde el punto de vista del propio alumno con discapacidad, por cuanto su relación con los demás se normaliza, como del resto de los alumnos, que han de convivir e interactuar con él». Reconoce, en todo caso, que la escolarización de estos alumnos debe darse en las condiciones adecuadas, para lo cual se han previsto medidas y adaptaciones específicas en los apartados 4 y 5 del art. 74 LOE y en la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 3/2020. Además, el concreto art. 74.2 impugnado lo que hace es «dar un papel más relevante a los padres en la determinación del modo de escolarización». Finalmente, por lo que respecta al impugnado art. 87.1, le parece que la argumentación del recurso es «inaceptable» por cuanto el precepto no se refiere al alumnado con discapacidad, sino al alumnado «con necesidad específica de apoyo educativo» tratado en el capítulo I del título II de la LOE, que incluye a los alumnos con altas capacidades, integración tardía, dificultades de aprendizaje o vulnerabilidad socioeducativa. Por lo tanto, nada tiene que ver con la educación especial y sí con la necesidad de establecer cautelas para la distribución equilibrada de estos alumnos evitando su concentración en determinados centros.

c) La resolución del motivo exige, ante todo, dejar constancia del tenor de los preceptos impugnados, que reproduciremos íntegramente para facilitar su comprensión:

El art. 74 LOE, apartados 2 a 5, redactados por la Ley Orgánica 3/2020, establece:

«Artículo 74. *Escolarización.*

1. La escolarización del alumnado que presenta necesidades educativas especiales se regirá por los principios de normalización e inclusión y asegurará su no discriminación y la igualdad efectiva en el acceso y la permanencia en el sistema educativo, pudiendo introducirse medidas de flexibilización de las distintas etapas educativas, cuando se considere necesario. La escolarización de este alumnado en unidades o centros de educación especial, que podrá extenderse hasta los veintiún años, solo se llevará a cabo cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios.

2. La identificación y valoración de las necesidades educativas de este alumnado se realizará, lo más tempranamente posible, por profesionales especialistas y en los términos que determinen las administraciones educativas. En este proceso serán preceptivamente oídos e informados los padres, madres o tutores legales del alumnado. Las administraciones educativas regularán los procedimientos que permitan resolver las discrepancias que puedan surgir, siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor y la voluntad de las familias que muestren su preferencia por el régimen más inclusivo.

3. Al finalizar cada curso se evaluará el grado de consecución de los objetivos establecidos de manera individual para cada alumno. Dicha evaluación permitirá proporcionar la orientación adecuada y modificar la atención educativa prevista, así

como el régimen de escolarización, que tenderá a lograr la continuidad, la progresión o la permanencia del alumnado en el más inclusivo.

4. Corresponde a las administraciones educativas promover la escolarización en la educación infantil del alumnado que presente necesidades educativas especiales y desarrollar programas para su adecuada escolarización en los centros de educación primaria y secundaria obligatoria.

Para atender adecuadamente a dicha escolarización, la relación numérica entre profesorado y alumnado podrá ser inferior a la establecida con carácter general.

5. Corresponde asimismo a las administraciones educativas favorecer que el alumnado con necesidades educativas especiales pueda continuar su escolarización de manera adecuada en todos los niveles educativos pre y postobligatorios; adaptar las condiciones de realización de las pruebas establecidas en esta Ley para aquellas personas con discapacidad que así lo requieran; proporcionar los recursos y apoyos complementarios necesarios y proporcionar las atenciones educativas específicas derivadas de discapacidad o trastornos de algún tipo durante el curso escolar.»

El art. 87 LOE, apartados 1 y 2, redactados por la Ley Orgánica 3/2020, establece:

«Artículo 87. *Equilibrio en la admisión de alumnos.*

1. Con el fin de asegurar la calidad educativa para todos, la cohesión social y la igualdad de oportunidades, las administraciones garantizarán una adecuada y equilibrada escolarización del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo y dispondrán las medidas necesarias para evitar la segregación del alumnado por razones socioeconómicas o de otra naturaleza. Para ello, establecerán una proporción equilibrada del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo que deba ser escolarizado en cada uno de los centros públicos y privados concertados y garantizarán los recursos personales y económicos necesarios a los centros para ofrecer dicho apoyo. Asimismo, establecerán las medidas que se deban adoptar cuando se concentre una elevada proporción de alumnado de tales características en un centro educativo, que irán dirigidas a garantizar el derecho a la educación en condiciones de igualdad de todos los alumnos y alumnas.

2. Para facilitar la escolarización y garantizar el derecho a la educación del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo las administraciones educativas deberán reservar hasta el final del período de preinscripción y matrículas, derivadas tanto de la evaluación ordinaria como extraordinaria, una parte de las plazas de los centros públicos y de las autorizadas a los centros privados concertados. Dicha reserva podrá mantenerse hasta el inicio del curso escolar.

Asimismo, autorizarán un incremento de hasta un diez por ciento del número máximo de alumnos y alumnas por aula en los centros públicos y privados concertados, bien para atender necesidades inmediatas de escolarización del alumnado de incorporación tardía, bien por necesidades que vengan motivadas por traslado de la unidad familiar en período de escolarización extraordinaria debido a la movilidad forzosa de cualquiera de los padres, madres o tutores legales, o debido al inicio de una medida de acogimiento familiar en el alumno o la alumna.

3. Las Administraciones educativas adoptarán las medidas de escolarización previstas en los apartados anteriores atendiendo a las condiciones socioeconómicas y demográficas del área respectiva, así como a las de índole personal o familiar del alumnado que supongan una necesidad específica de apoyo educativo.

4. Los centros públicos y privados concertados están obligados a mantener escolarizados a todos sus alumnos, hasta el final de la enseñanza obligatoria, salvo cambio de centro producido por voluntad familiar o por aplicación de alguno de los supuestos previstos en la normativa sobre derechos y deberes de los alumnos.»

Finalmente, la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 3/2020 tiene el siguiente tenor:

«Disposición adicional cuarta. *Evolución de la escolarización del alumnado con necesidades educativas especiales.*

Las administraciones educativas velarán para que las decisiones de escolarización garanticen la respuesta más adecuada a las necesidades específicas de cada alumno o alumna, de acuerdo con el procedimiento que se recoge en el artículo 74 de esta Ley. El Gobierno, en colaboración con las administraciones educativas, desarrollará un plan para que, en el plazo de diez años, de acuerdo con el artículo 24.2 e) de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Naciones Unidas y en cumplimiento del cuarto objetivo de desarrollo sostenible de la Agenda 2030, los centros ordinarios cuenten con los recursos necesarios para poder atender en las mejores condiciones al alumnado con discapacidad. Las administraciones educativas continuarán prestando el apoyo necesario a los centros de educación especial para que estos, además de escolarizar a los alumnos y alumnas que requieran una atención muy especializada, desempeñen la función de centros de referencia y apoyo para los centros ordinarios.»

d) De la lectura de los preceptos transcritos se desprende, en primer lugar, que la escolarización del «alumnado que presenta necesidades educativas especiales», entendiéndose por tal «aquel que afronta barreras que limitan» su aprendizaje por razón de su «discapacidad o de trastornos graves de conducta, de la comunicación y del lenguaje» (art. 73.1 LOE), materia a la que se refieren los diputados recurrentes, se regula solamente en el art. 74 LOE, e indirectamente en la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 3/2020. Por el contrario, tal y como puntualiza el Gobierno de la Nación, el art. 87 LOE, y en concreto el inciso impugnado de su apartado 1 («para evitar la segregación del alumnado», que los recurrentes aíslan de su inmediata continuación «por razones socioeconómicas o de otra naturaleza»), regula medidas para garantizar el equilibrio en la admisión de «alumnado con necesidad específica de apoyo educativo», que no es solo el «alumnado con necesidades educativas especiales» (sección primera, capítulo I del título II de la LOE, arts. 73 a 75), sino también el alumnado con altas capacidades intelectuales, con integración tardía en el sistema educativo español o con dificultades específicas de aprendizaje regulados en la secciones segunda, tercera y cuarta del mismo capítulo y título, y en general «los alumnos y alumnas que requieran una atención educativa diferente a la ordinaria, por presentar necesidades educativas especiales», por cualquier razón (art. 71.2 LOE).

En definitiva, el inciso impugnado del art. 87.1 no tiene el sentido que le otorgan los recurrentes y en tal medida el recurso interpuesto contra él debe ser desestimado.

e) Centrándonos ya en la escolarización del «alumnado que presenta necesidades educativas especiales» por razón de su discapacidad o de trastornos graves de conducta, de la comunicación y del lenguaje, que es la materia objeto de recurso, el principio general de «inclusión» es decir, de escolarización de este alumnado en centros ordinarios y no en centros diferenciados de educación especial, se encontraba ya presente en la LOE, cuyo art. 74.1, no modificado hasta la fecha, además de recoger expresamente ese principio, remata diciendo, como más arriba ha quedado transcrito:

«La escolarización de este alumnado en unidades o centros de educación especial [...] solo se llevará a cabo cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios.»

Un principio que la versión original de la LOE establecía no solo para alumnos con discapacidad, en el precepto transcrito, sino como principio general del sistema educativo [art. 1 b)] y como principio rector para la escolarización de «los alumnos y alumnas que requieran una atención educativa diferente a la ordinaria» por cualquier

razón (art. 71.2), y al que se refería el propio preámbulo de la LOE en los siguientes términos (pág. 17163 del «Boletín Oficial del Estado» de 4 de mayo de 2006 en que se publicó la LOE):

«A fin de garantizar la equidad, el título II aborda los grupos de alumnos que requieren una atención educativa diferente a la ordinaria por presentar alguna necesidad específica de apoyo educativo y establece los recursos precisos para acometer esta tarea con el objetivo de lograr su plena inclusión e integración. Se incluye concretamente en este título el tratamiento educativo de las alumnas y alumnos que requieren determinados apoyos y atenciones específicas derivadas de circunstancias sociales, de discapacidad física, psíquica o sensorial o que manifiesten trastornos graves de conducta. El sistema educativo español ha realizado grandes avances en este ámbito en las últimas décadas, que resulta necesario continuar impulsando. También precisan un tratamiento específico los alumnos con altas capacidades intelectuales y los que se han integrado tarde en el sistema educativo español.

La adecuada respuesta educativa a todos los alumnos se concibe a partir del principio de inclusión, entendiéndolo que únicamente de ese modo se garantiza el desarrollo de todos, se favorece la equidad y se contribuye a una mayor cohesión social. La atención a la diversidad es una necesidad que abarca a todas las etapas educativas y a todos los alumnos. Es decir, se trata de contemplar la diversidad de las alumnas y alumnos como principio y no como una medida que corresponde a las necesidades de unos pocos.»

La novedad de la Ley Orgánica 3/2020 no radica, por tanto, en introducir ese principio de «inclusión» de alumnos con barreras de aprendizaje derivadas de una discapacidad, principio ya contenido en la redacción original de la LOE, sino en especificar, por una parte, que solamente «alumnos y alumnas que requieran una atención muy especializada» sean escolarizados en los «centros de educación especial» con «apoyo» público (disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 3/2020), y en precisar, por otra, que las administraciones educativas, al resolver las discrepancias que puedan surgir en la escolarización de este alumnado, lo harán «siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor y la voluntad de las familias que muestren su preferencia por el régimen más inclusivo» (en cursiva el inciso expresamente impugnado). Estas son las normas que impugnan los recurrentes por entender que imponen la escolarización de alumnos con discapacidad en centros ordinarios contra la voluntad de sus familias, lo que vulneraría el derecho a la educación de estos alumnos en condiciones adecuadas y el derecho de sus familias a optar por centros de educación especial sostenidos con fondos públicos.

f) Tanto este tribunal como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han reconocido el margen de apreciación de que disponen los órganos políticos para configurar el sistema educativo, en particular dada la limitación de recursos disponibles (por todas, STC 155/2015, de 9 de julio, sobre el derecho a la educación de los extranjeros, FJ 5, citando jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo). Ya hemos dicho más arriba [fundamento jurídico 3 d)] que la Constitución no establece un modelo educativo cerrado sino una serie de principios informadores del sistema educativo que el legislador debe respetar. Entre estos principios, vista la evolución del Derecho internacional y europeo y el consenso generado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha incluido la educación inclusiva como el medio más apropiado para garantizar los principios fundamentales de universalidad y no discriminación en el ejercicio del derecho a la educación (sentencias de 10 de septiembre de 2020, asunto *G.L. c. Italia*, § 53; de 30 de enero de 2018, asunto *Enver Şahin c. Turquía*, § 62, y de 23 de febrero de 2016, asunto *Çam c. Turquía*, § 64). A la misma conclusión ha llegado este tribunal al señalar que «como principio general [...] la educación debe ser inclusiva, es decir se debe promover la escolarización de los menores en un centro de educación ordinaria, proporcionándoseles los apoyos necesarios para su integración en el sistema educativo si padecen algún tipo de discapacidad. [L]a administración educativa debe

tender a la escolarización inclusiva de las personas discapacitadas y tan solo cuando los ajustes que deba realizar para dicha inclusión sean desproporcionados o no razonables, podrá disponer la escolarización de estos alumnos en centros de educación especial. En este último caso, por respeto a los derechos fundamentales y bienes jurídicos afectados, en los términos que hemos expuesto anteriormente, dicha administración deberá exteriorizar los motivos por los que ha seguido esta opción, es decir por qué ha acordado la escolarización del alumno en un centro de educación especial por ser inviable la integración del menor discapacitado en un centro ordinario» (STC 10/2014, de 27 de enero, FJ 4).

Conforme al mismo Derecho internacional del que ha surgido este principio, inclusión no es simplemente integración de los alumnos con discapacidad en el sistema de enseñanza general. Así lo ha subrayado el Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad en su observación general núm. 4 (2016) sobre el derecho a la educación inclusiva:

«El Comité destaca la importancia de reconocer las diferencias entre exclusión, segregación, integración e inclusión. La exclusión se produce cuando se impide o se deniega directa o indirectamente el acceso de los alumnos a todo tipo de educación. La segregación tiene lugar cuando la educación de los alumnos con discapacidad se imparte en entornos separados diseñados o utilizados para responder a una deficiencia concreta o a varias deficiencias, apartándolos de los alumnos sin discapacidad. La integración es el proceso por el que las personas con discapacidad asisten a las instituciones de educación general, con el convencimiento de que pueden adaptarse a los requisitos normalizados de esas instituciones. La inclusión implica un proceso de reforma sistémica que conlleva cambios y modificaciones en el contenido, los métodos de enseñanza, los enfoques, las estructuras y las estrategias de la educación para superar los obstáculos con la visión de que todos los alumnos de los grupos de edad pertinentes tengan una experiencia de aprendizaje equitativa y participativa y el entorno que mejor corresponda a sus necesidades y preferencias. La inclusión de los alumnos con discapacidad en las clases convencionales sin los consiguientes cambios estructurales, por ejemplo, en la organización, los planes de estudios y las estrategias de enseñanza y aprendizaje, no constituye inclusión. Además, la integración no garantiza automáticamente la transición de la segregación a la inclusión» (apartado 11).

Por eso «el derecho a la educación inclusiva conlleva una transformación de la cultura, la política y la práctica» del sistema educativo [misma observación general, apartados 9 y 12 b)], incluyendo la formación y apoyo al profesorado [apartado 12 d)] y la «interacción con los padres de los alumnos con y sin discapacidad» [apartado 12 b)], a fin de generar un «ambiente» que favorece el aprendizaje inclusivo y en el que «todas las personas se sienten seguras, apoyadas [y] estimuladas» [apartado 12 f)]. En suma, el derecho a la educación inclusiva depende de condiciones normativas pero también materiales, como inversiones «hasta el máximo de sus recursos disponibles» (art. 4.2 de la Convención), «ajustes razonables» y «medidas de apoyo personalizadas y efectivas» (art. 24.2 de la Convención), incluida la formación del profesorado (art. 24.4). Por eso el logro del objetivo debe buscarse «de manera progresiva» (art. 4.2). Tan contrario al derecho la educación inclusiva es la negativa injustificada a integrar a un alumno con discapacidad en el sistema de educación general (STEDH *Çam c. Turquía*, antes citada, sobre un invidente de quince años al que fue denegado su acceso al conservatorio pese a haber superado las pruebas de nivel, § 63, 68 y 69), como la inclusión de un alumno con discapacidad sin las medidas de apoyo necesarias (STEDH *G.L. c. Italia*, antes citada, sobre una niña autista no verbal de siete años integrada en la escuela primaria sin asistencia especializada, § 66 y 70) o con medidas de apoyo insuficientes (STEDH *Enver Şahin c. Turquía*, también citada, sobre un estudiante universitario de diecinueve años que, tras sufrir un accidente que le dejó paralizados los miembros inferiores, solicitó la modificación de las instalaciones universitarias para retomar sus estudios y al que se le facilitó únicamente el «acompañamiento» para sus desplazamientos, § 69 a 75). En

esta última sentencia, el Tribunal de Estrasburgo explicitó que la evolución de las medidas de accesibilidad en un país, «por muy positiva que haya sido», o «la existencia de una legislación *a priori* para proteger los derechos de las personas con discapacidad», no suponen el automático cumplimiento del Convenio europeo de derechos humanos y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, sino que es necesario verificar si, en un asunto concreto, el Estado ha cumplido con sus obligaciones en la materia (§ 63).

La experiencia de este tribunal también demuestra la conveniencia de evitar apriorismos y atender a las circunstancias del caso concreto. La STC 10/2014, antes citada, denegó, con dos votos particulares, el amparo solicitado por la familia de un niño de cinco años derivado a un centro de educación especial contra su voluntad, por considerar, a la vista de los informes de las administraciones educativas y de las resoluciones judiciales previas que los valoraron, que la concreta discapacidad del menor exigía unos ajustes en el centro ordinario que representaban «una carga desproporcionada o indebida». Y más recientemente, la STC 81/2021, de 19 de abril, aunque no se refiere directamente a un caso de discapacidad sino de trastorno de conducta de un niño de cuatro años, denegó el amparo solicitado por su familia contra la resolución administrativa que suspendía su asistencia al centro público en que estaba matriculado hasta que se aportara un diagnóstico médico del menor con una propuesta de tratamiento por haberse adoptado «como último remedio, después de que el centro hubiera ‘volcado todos sus recursos’ [...] para abordar la situación con los medios a su alcance» [FJ 3 B) b)]; sentencia que también cuenta con un voto particular.

g) La importancia de los medios y las circunstancias concretas en que se ha de materializar la inclusión educativa justifican que hagamos referencia a la situación comparada de España en esta materia, de acuerdo con los informes remitidos por nuestro país y las observaciones efectuadas por el Comité de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad.

En sus observaciones aprobadas el 19 de octubre de 2011, el Comité señaló respecto al derecho a la educación de las personas con discapacidad lo siguiente (apartado 43):

«El Comité ve con beneplácito que los estudios de los alumnos con necesidades educativas especiales se rijan por el principio de la inclusión; que esté prohibida la discriminación en la educación, y que la mayoría de los niños con discapacidad estén integrados en el sistema educativo normal. El Comité expresa su satisfacción por la Ley Orgánica 2/2006, sobre la educación, que obliga a las autoridades educativas a proporcionar profesores especializados, profesionales capacitados y los materiales y recursos necesarios, así como por las leyes que obligan a las escuelas a introducir los ajustes y las diversificaciones necesarias en los programas para los alumnos con discapacidades. No obstante, preocupa al Comité la aplicación de esas leyes en la práctica, habida cuenta de que, según se informa, hay casos en que no se ha proporcionado a los alumnos un acomodo razonable, en que continúan la segregación y la exclusión, en que se han aducido argumentos económicos para justificar la discriminación y en que se ha matriculado a niños en programas especiales de educación contra la voluntad de sus padres. El Comité observa con preocupación que los padres que rechazan la inclusión de sus hijos con discapacidad en programas especiales de educación no tienen ninguna posibilidad de apelar, y que su única alternativa es educarlos por su cuenta o pagar por la inclusión razonable de sus hijos en el sistema tradicional de educación.»

Posteriormente, en sus observaciones de 13 de mayo de 2019, el mismo Comité mostró su preocupación por el hecho de que España «apenas haya avanzado en cuanto a la educación inclusiva, y en particular el hecho de que no exista una política y un plan de acción claros para promover ese tipo de educación» (apartado 45). También instó a España «a que acelere la reforma legislativa, de conformidad con la Convención, para definir claramente la inclusión y sus objetivos específicos en cada nivel de enseñanza. El

Comité recomienda al Estado parte que adopte medidas para considerar la educación inclusiva como un derecho y que todos los estudiantes con discapacidad tengan el derecho de acceso a las oportunidades de aprendizaje inclusivo en el sistema de enseñanza general, independientemente de sus características personales, con acceso a los servicios de apoyo que requieran» (apartado 46). Y finalmente recomendó «al Estado parte que formule una política integral de educación inclusiva acompañada de estrategias para promover una cultura de inclusión en la enseñanza general, que comprenda la realización de evaluaciones individualizadas [...] los ajustes necesarios [y] la prestación de apoyo a los docentes» (apartado 47).

h) De todo lo expuesto hasta aquí podemos inferir: (i) que el Comité rechaza especialmente que los alumnos con discapacidad que quieran integrarse en la educación general queden apartados de ella cuando hay posibilidad de efectuar ajustes razonables (observaciones de 2011); (ii) que España debe impulsar la educación inclusiva, lo que explica desde esta perspectiva la Ley Orgánica 3/2020 (observaciones de 2019, apartados 45 y 46); y (iii) que este impulso debe efectuarse mediante reformas «sistémica[s]» o «estructurales» (observación general de 2016, apartado 11) o, expresado en los términos de las observaciones para España, apartado 47, mediante una «política integral de educación inclusiva acompañada de estrategias para promover una cultura de inclusión en la enseñanza general», con los apoyos y medidas necesarias, tanto a alumnos como a profesores (observaciones de 2019, apartado 47).

En definitiva, consideramos que en una materia tan sensible, que afecta a personas especialmente vulnerables de la sociedad, lo que obliga a los Estados a estar «particularmente atentos» a las medidas que les afectan (SSTEDH arriba citadas: asunto *Çam c. Turquía*, § 67; asunto *Enver Şahin c. Turquía*, § 67, y asunto *G.L. c. Italia*, § 63), que requiere no solamente cambios legislativos sino una transformación de la «cultura» del país [observación general de 2016 apartados 4, 9 y 12 b)] y que depende esencialmente de las concretas condiciones materiales en que se produce la escolarización, la aplicación del principio de inclusión educativa obliga a la administración a tomar en consideración, en cada caso individual, el superior interés del menor, ante todo, pero también los medios materiales y el entorno en que se producirá realmente la inclusión, así como la voluntad del propio menor, si tiene las condiciones y la madurez necesarias para manifestarla, y de su familia. La confianza de los alumnos y las familias es esencial para que todas las personas implicadas en la educación inclusiva «se sienten seguras, apoyadas, estimuladas y pueden expresar sus opiniones», como exige la observación general de 2016, apartado 12 f) antes citado. «Las responsabilidades de los padres a este respecto están supeditadas a los derechos del niño», dice esa misma observación general [apartado 10 a)], pero el ordenamiento no puede desconocer esas responsabilidades que atribuye con carácter irrenunciable. Los padres no tienen solamente el derecho a elegir la «formación religiosa y moral» de los hijos (art. 27.3 CE), sino que deben en general «prestar[les] asistencia de todo orden [...] durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda» (art. 39.3 CE), un deber que incluye el de cuidarlos, velar por ellos y apartarlos de lo que los padres consideren un peligro (arts. 154 y 158 del Código civil).

i) La ley recurrida sigue las pautas establecidas: es consciente de la importancia de atender a la situación concreta, sin apriorismos, al establecer que «[l]as administraciones educativas velarán para que las decisiones de escolarización garanticen la respuesta más adecuada a las necesidades específicas de cada alumno o alumna, de acuerdo con el procedimiento que se recoge en el artículo 74 de esta Ley» (disposición adicional cuarta, primera frase, de la Ley Orgánica 3/2020). Y también de la importancia de las inversiones y condiciones materiales en que se producirá la inclusión, en la medida en que prevé un plan a diez años vista para que «los centros ordinarios cuenten con los recursos necesarios para poder atender en las mejores condiciones al alumnado con discapacidad» (disposición adicional cuarta, segunda frase).

Es cierto que el art. 74.2 LOE, a que remite la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 3/2020, primera frase, de vigencia inmediata y no diferida hasta la conclusión del

citado plan decenal (disposición final sexta de la Ley Orgánica 3/2020), solamente contempla que la administración, al resolver las «discrepancias que puedan surgir» en el procedimiento de escolarización de alumnos con discapacidad, tenga en cuenta, además del «interés superior del menor», «la voluntad de las familias que muestren su preferencia por el régimen más inclusivo». Pero la norma no excluye del procedimiento que se haya de diseñar –para caso de discrepancias que puedan surgir en el procedimiento de escolarización de alumnos con discapacidad– la audiencia de las familias que muestren su preferencia por la educación especial, ni atribuye mayor valor a la opinión de determinadas familias sobre otras. Cuando la norma establece que, además del interés superior del menor, la administración ha de tener en cuenta la voluntad de las familias que muestren su preferencia por el régimen más inclusivo, no está impidiendo que otros padres y madres presten la debida asistencia a sus hijos e hijas (art. 39.3 CE) ni priva del derecho a la educación al resto del alumnado (art. 27.1 CE).

En cuanto a la disposición adicional cuarta de la Ley Orgánica 3/2020, basta una interpretación sistemática para concluir su constitucionalidad, ya que la administración, a la hora de valorar qué alumnos o alumnas necesitan de esa atención «muy especializada», debe atender a los criterios contenidos en la misma: esto es, si es la opción de la familia, si lo aconseja el interés superior del menor y si está justificado excepcionalmente en función de las circunstancias concurrentes.

En definitiva, y a modo de recapitulación: (i) el legislador puede optar por mantener un doble sistema de educación general y especial, lo que no es contrario a la Convención (STEDH G.L. c. *Italia*, antes citada, § 60); (ii) puede también reforzar la educación especial para escolarizar a los alumnos con discapacidad prohibiendo su denegación por consideraciones exclusivamente financieras y considerando la educación especial como la línea excepcional, lo cual es plenamente coherente con los objetivos de la Convención y de la Constitución misma (arts. 9.2, 14 y 49); y (iii) pero ello no debe impedir valorar las circunstancias del caso concreto y dar «la respuesta más adecuada a las necesidades específicas de cada alumno o alumna», como dice la disposición adicional cuarta, primera frase, de la Ley Orgánica 3/2020.

5. Prohibición de concertar educación diferenciada por sexos.

a) Los recurrentes consideran que los arts. 1 l), inciso «a través de la consideración del régimen de la coeducación de niños y niñas», y 84.3, sobre la admisión de alumnos, cuya nueva redacción ha suprimido el inciso que no consideraba discriminación por razón de sexo la organización de enseñanza diferenciada, y la disposición adicional vigesimoquinta, apartado 1, que establece que «los centros sostenidos parcial o totalmente con fondos públicos desarrollarán el principio de coeducación en todas las etapas educativas [...] y no separarán al alumnado por su género», todos de la LOE, son contrarios a la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE), al derecho al ideario del centro privado como derivación de la libertad de crear centros docentes (art. 27.6 CE), al correlativo derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos (arts. 27.3 CE y 14.3 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, antes transcrito) y a la obligación de «ayudar» a los centros docentes del art. 27.9 en régimen de igualdad y sin discriminación, establecida por la doctrina constitucional. Recuerdan que las SSTC 31/2018, de 10 de abril, y 74/2018, de 5 de julio, consideraron la educación diferenciada por sexos conforme con la Constitución y no discriminatoria siempre que se preste en «condiciones de equiparabilidad». Por lo tanto, si, en estas condiciones de equiparabilidad, la educación diferenciada es una «opción pedagógica» legítima y comprendida en el contenido constitucional de la libertad de creación de centros docentes (art. 27, apartados 1 y 6, CE) y libertad de elección de los progenitores (art. 27.3 CE), su tratamiento diferenciado en el acceso a la financiación pública (art. 27.9 CE) carece de justificación y es por ello inconstitucional.

b) El abogado del Estado defiende la constitucionalidad de los preceptos impugnados por ser una opción legítima dirigida a impulsar un modelo de educación – la coeducación– que, sin prohibir la educación diferenciada, trata de avanzar en el

aprendizaje de la igualdad efectiva de mujeres y hombres y erradicar la desigualdad de género. Cita acuerdos y resoluciones internacionales comprometidas con este objetivo, leyes anteriores que persiguen el mismo fin y recuerda que las SSTC 31/2018 y 74/2018 no fueron adoptadas por unanimidad. Además, la primera de esas sentencias declara la constitucionalidad de un precepto que permite el concierto de centros con educación diferenciada, pero en ningún caso afirma que sea inconstitucional impulsar la coeducación y exigir para el concierto que se adopte este modelo. Exigencia que además solo se impone para las etapas educativas que pretendan acceder al concierto, sin impedir que otras etapas del mismo centro puedan seguir el modelo de la educación diferenciada. Puntualiza, a este respecto, que los tratados internacionales sobre la materia permiten a los Estados establecer sistemas de educación diferenciada, pero no les impiden apartarse de ese modelo e impulsar la coeducación, como hace la Ley Orgánica 3/2020. Por todo ello rechaza que se vulneren los derechos fundamentales invocados en el recurso o que la ley entrañe una discriminación prohibida por la Constitución.

c) Los preceptos recurridos tienen el siguiente tenor (se reproducen según la numeración de la LOE):

«Artículo 1. *Principios.*

El sistema educativo español, configurado de acuerdo con los valores de la Constitución y asentado en el respeto a los derechos y libertades reconocidos en ella, se inspira en los siguientes principios:

[...]

l) El desarrollo de la igualdad de derechos, deberes y oportunidades, el respeto a la diversidad afectivo-sexual y familiar, el fomento de la igualdad efectiva de mujeres y hombres a través de la consideración del régimen de la coeducación de niños y niñas, la educación afectivo-sexual, adaptada al nivel madurativo, y la prevención de la violencia de género, así como el fomento del espíritu crítico y la ciudadanía activa.»

«Artículo 84. *Admisión de alumnos.*

[...]

3. En ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, opinión, discapacidad, edad, enfermedad, orientación sexual o identidad de género o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.»

«Disposición adicional vigesimoquinta. *Fomento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres.*

1. Con el fin de favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, los centros sostenidos parcial o totalmente con fondos públicos desarrollarán el principio de coeducación en todas las etapas educativas, de conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y no separarán al alumnado por su género.»

d) No es la primera vez que ante este tribunal se plantea la constitucionalidad de concertar educación diferenciada por sexos. La STC 31/2018, de 10 de abril, resolvió el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por un grupo de diputados contra el precepto que disponía que «[n]o constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciadas por sexos» (art. 84.3 LOE, en la redacción dada por la LOMCE en 2013). La sentencia desestimó el recurso por considerar que esa modalidad de enseñanza no es contraria a los artículos 9.2, 14 y 27.2 de la Constitución, siempre que se imparta en «condiciones de equiparabilidad» para ambos sexos (FJ 4). Poco tiempo después, la STC 74/2018, de 5 de julio, resolvió el recurso de amparo

interpuesto por la asociación de padres de alumnos de un colegio exclusivamente masculino contra la resolución administrativa que había denegado el concierto educativo al citado colegio precisamente por la condición exclusivamente masculina del centro. La sentencia otorgó el amparo solicitado por haber aplicado la administración una causa de denegación no prevista en la ley, habiendo vulnerado en consecuencia el derecho de los padres a elegir el centro y tipo de formación de sus hijos resultante del artículo 27, apartados 1 y 3, de la Constitución.

El precepto legal que no existía en el caso de la STC 74/2018 ha sido aprobado por el legislador y es objeto de recurso, de modo que la cuestión que aquí se plantea es la conformidad o disconformidad con la Constitución de la exclusión de toda ayuda pública a la educación diferenciada por sexos.

La resolución del problema constitucional suscitado debe abordarse evitando entrar a valorar las ventajas o inconvenientes de este tipo de educación desde un punto de vista pedagógico o formativo, juicio que no corresponde a este tribunal. Citan al respecto los recurrentes experiencias internacionales y estudios que demostrarían las ventajas educativas de este tipo de educación, «singularmente para las mujeres», a quienes permite «desarrollar todo su potencial». Mientras que el Gobierno de la Nación alude a otros estudios que evidenciarían que las aptitudes de mujeres y hombres «no vienen marcadas por la naturaleza, sino que es la sociedad la que las determina», lo que justifica la «coeducación», que, aclara, no es simple agrupación de niños y niñas («educación mixta»), sino una «acción educativa intencional» para «hacer de la sociedad española una sociedad más justa e igualitaria, libre de estereotipos sexistas, libre de violencia de género y donde se eduque en la corresponsabilidad entre hombres y mujeres» y, en fin, para «erradicar la desigualdad de género», objetivos todos ellos «imposible[s]» de alcanzar en una escuela diferenciada por sexos. Son todas ellas estimaciones sobre la educación más conveniente que, en la medida en que no están plasmadas en preceptos constitucionales, no corresponden a este tribunal, sino a los padres, individualmente, y colectivamente al legislador, al que ya hemos reconocido libertad para configurar el sistema educativo. Lo que debe resolver el Tribunal es si esa libertad de juicio y configuración del sistema educativo que ostenta el legislador le permite excluir de toda ayuda pública a la educación diferenciada por sexos.

e) De acuerdo con lo dispuesto en el art. 10.2 de la Constitución, hemos venido prestando especial atención a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la interpretación del art. 2 del Protocolo núm. 1 al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (CEDH), que bajo la rúbrica «derecho a la instrucción», establece:

«A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas.»

Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este precepto no impone a los Estados obligaciones concretas sobre la subvención de centros privados (sentencia de 23 de julio de 1968, asunto *Relativo a ciertos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica*, fundamentos de Derecho, apartado I B, «Interpretación adoptada por el Tribunal», punto 3).

f) La Constitución española prevé la existencia de «ayudas» públicas a centros privados, aunque remite su concreción al legislador. Según establece el art. 27.9 CE «[l]os poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca».

En cuanto al concreto alcance del referido precepto constitucional, el Tribunal ha declarado: (i) que del mismo no nace directamente un «derecho a la subvención», puesto que la Constitución se remite a la ley, de modo que, por ejemplo, no puede cualquier padre solicitar, con el solo amparo del art. 27.9 CE, la subvención o reembolso de los gastos efectuados para llevar a su hijo al concreto centro de su elección (caso de

la STC 195/1989, de 27 de noviembre, denegatoria del amparo solicitado); (ii) pero el citado precepto tampoco puede interpretarse como una «afirmación retórica» contraria a la fuerza vinculante de la Constitución establecida en el art. 9.1 [recogen ambas vertientes las SSTC 77/1985, FJ 11; 86/1985, FJ 3, o, más recientemente, las SSTC 31/2018, FJ 4 b), y 74/2018, FJ 4 b)].

Sobre los parámetros y límites del legislador en la configuración del sistema de «ayudas» constitucionalmente obligado, y de acuerdo con una interpretación conjunta y sistemática de la Constitución, sentencias anteriores de este tribunal han aludido, en general, a la posibilidad de tomar en consideración «otros principios, valores o mandatos constitucionales» (STC 77/1985, FJ 11) y a la obligación de «no [...] contrariar los derechos y libertades educativas presentes en el mismo artículo» y respetar «el principio de igualdad» (STC 86/1985, FJ 3). Las dos sentencias citadas, y otras posteriores, han aludido también a la promoción de la libertad y la igualdad reales y efectivas (art. 9.2 CE) y a la posibilidad de valorar la renta de los destinatarios finales de las ayudas (art. 40.1 CE) ya que, en efecto, las ayudas del art. 27.9 CE conciernen «muy especialmente [a las familias] con menor capacidad económica» (STC 74/2018, FJ 4).

g) Dentro de los límites al legislador, en la interpretación del art. 2 del Protocolo núm. 1 al CEDH, el Tribunal de Estrasburgo ha aludido también al «pluralismo educativo, esencial para preservar la sociedad democrática, tal como la concibe el Convenio» [sentencia de 29 de junio de 2007, (Gran Sala), asunto *Folgerø y otros c. Noruega*, antes citada, § 84 b), y en el mismo sentido, sentencias de 10 de enero de 2017, asunto *Osmanoğlu y Kocabaş c. Suiza*, § 91, y de 7 de diciembre de 1976, asunto *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, antes citada, § 50, o, en un caso que afectó a nuestro país, decisión de 25 de mayo de 2000, asunto *Jiménez Alonso y Jiménez Merino c. España*, § 1]. Constantes referencias al pluralismo educativo se encuentran también en los debates constituyentes sobre este art. 27, como una manifestación o derivación del pluralismo social y político, este último consagrado como «valor superior» del ordenamiento en el art. 1.1 CE (véase la sesión celebrada en el Congreso de los Diputados el día 7 de julio de 1978, sobre el entonces art. 25 del dictamen del proyecto de Constitución, «Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados», año 1978, núm. 106, págs. 4018 y ss.).

Ahora bien, una cosa es que de la Constitución se derive un modelo educativo pluralista y otra muy distinta que la Constitución garantice que todos los modelos educativos deban recibir ayudas públicas. La STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 11, establece que no puede aceptarse que del art. 27.9 CE «se desprende un deber de ayudar a todos y cada uno de los centros docentes solo por el hecho de serlo, pues la remisión a la Ley que se efectúa en el art. 27.9 de la CE puede significar que esa ayuda se realice teniendo en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales». Y cita como ejemplos de estos otros principios, valores o mandatos constitucionales, entre otros, «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 CE)».

Por otra parte, el Tribunal ha afirmado también que el art. 27.9 CE «en su condición de mandato al legislador, no encierra [...] un derecho subjetivo a la prestación pública» (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3). El derecho ha de crearlo la ley y será esta norma la que establezca los requisitos y condiciones para que este derecho nazca. Ciertamente, como señalan las citadas sentencias 86/1985, FJ 3; 31/2018, FJ 4 b), y 74/2018, FJ 4, el legislador no es enteramente libre para habilitar este necesario marco normativo pues, como es obvio, ha de respetar los derechos y libertades educativas que consagra el art. 27 CE y deberá, asimismo, configurar el régimen de ayudas en el respeto al principio de igualdad y habrá de atenerse a las pautas constitucionales orientadoras del gasto público.

La regulación de estas ayudas entra, por tanto, dentro del margen de libertad de configuración del legislador y no tiene más límites que los que impone el respeto a la Constitución (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ 11).

h) En relación con el margen de libertad de configuración que la Constitución atribuye al legislador, el Tribunal ha sostenido que «[l]a Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo. La labor de interpretación de la Constitución no consiste necesariamente en cerrar el paso a las opciones o variantes imponiendo autoritariamente una de ellas. A esta conclusión habrá que llegar únicamente cuando el carácter unívoco de la interpretación se imponga por el juego de los criterios hermenéuticos» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7). También es doctrina constitucional que «[e]n un sistema de pluralismo político (art. 1 de la Constitución) la función del Tribunal Constitucional es fijar los límites dentro de los cuales pueden plantearse legítimamente las distintas opciones políticas, pues, en términos generales, resulta claro que la existencia de una sola opción es la negación del pluralismo» [STC 4/1981, de 2 de febrero, FJ 3)]. Por ello, como se afirma en la STC 191/2016, de 15 de noviembre, FJ 3 b), «el control sobre la constitucionalidad de las leyes que a este tribunal le cumple no puede realizarse sin reconocer y respetar el muy amplio margen o libertad de configuración que le corresponde al legislador para dar curso a sus opciones políticas, opciones que, como tempranamente dijimos, no están previamente programadas en la Constitución de una vez por todas, como si lo único que cupiera hacer en lo sucesivo fuera desarrollar tal programa previo (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7)». De ahí que el Tribunal en la citada STC 191/2016, FJ 3 b), sostenga que «en el juicio a la ley, este tribunal no ha de hacer las veces de propio legislador (SSTC 19/1988, de 16 de febrero, FJ 8, y 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13), constriñendo su libertad de disposición allá donde la Constitución no lo haga de manera inequívoca».

En consecuencia, el pluralismo del modelo educativo que se deriva del art. 27 CE, que es, a su vez, una manifestación del pluralismo político que garantiza el art. 1.1 CE, deja un amplio margen de libertad al legislador para que pueda configurar un modelo educativo en el que quepan opciones pedagógicas de muy diversa índole con la única exigencia de que no sean contrarias a los derechos constitucionalmente consagrados.

i) Para analizar si el legislador, al excluir de las ayudas públicas a las que se refiere el art. 27.9 CE a los centros que impartan educación diferenciada, ha actuado dentro del margen de libertad de configuración que le otorga la Constitución ha de examinarse si esta exclusión es contraria a la igualdad o a algunos de los derechos educativos que consagra el art. 27 CE.

Es doctrina constitucional reiterada que el genérico principio de igualdad no postula ni como fin ni como medio la paridad y solo exige la razonabilidad de la diferencia normativa de trato [entre otras muchas, STC 71/2020, de 29 de junio, FJ 3 a)]. Las razones por las que el legislador ha optado por exigir a los centros que se financien total o parcialmente con fondos públicos que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas y no separen al alumnado por su género son, según dispone el inciso 1 del apartado 1 de la disposición adicional vigesimoquinta de la LOE, «favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres».

Como se ha indicado anteriormente, el Gobierno de la Nación, en las alegaciones efectuadas en este recurso de inconstitucionalidad, alude a diversos estudios que avalan este modelo educativo al considerar que es el más idóneo para conseguir tales objetivos. Asimismo, aduce que este sistema es el que recomiendan diversos textos internacionales, entre otros, la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979 –ratificada por España por instrumento de 16 de diciembre de 1983–, en la que se prevé que los Estados parte han de comprometerse al «estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr [el objetivo de] eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza».

Por otra parte, como se acaba de indicar, la STC 77/1985, FJ 11, sostiene que las ayudas a las que se refiere el art. 27.9 CE pueden tener como objeto salvaguardar

determinados valores constitucionales y, entre ellos, se refiere expresamente a «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 CE)». Según dispone la disposición adicional vigesimoquinta de la LOE, la exigencia de que los centros educativos sostenidos total o parcialmente con fondos públicos no separen al alumnado por su género tiene «el fin de favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres».

Las consideraciones expuestas determinan que la diferencia de trato que establece el apartado primero de la disposición adicional vigesimoquinta de la LOE entre los centros educativos que separen al alumnado por razón de su género, a efectos de poder ser financiados total o parcialmente con fondos públicos, responde a una concepción ideológica del sistema educativo que, no solo no puede ser tachada de arbitraria, sino que, además, está inspirada en valores constitucionales.

Tampoco puede apreciarse que tal previsión vulnere ninguno de los derechos educativos que consagra el art. 27 CE. La exclusión de las ayudas públicas a los centros que impartan educación diferenciada no lesiona la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE), ni el derecho al ideario del centro privado como derivación de la libertad de crear centros docentes (art. 27.6 CE), ni el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos (art. 27.3 CE –derecho que también recoge el art. 14.3 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea–). Tales derechos quedan incólumes por la disposición recurrida, que no tiene más alcance que el de no ofrecer ayudas públicas a aquellos centros educativos que opten por un modelo pedagógico que no se corresponde con los valores que el legislador quiere promover. El derecho a la educación «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» (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 6).

Frente a estos argumentos no cabe objetar que como la educación diferenciada no es discriminatoria no puede ser excluida de las ayudas públicas, pues la circunstancia de que este modelo de educación sea acorde con la Constitución (SSTC 31/2018, FJ 4, y 74/2018, FJ 4) no conlleva que el legislador tenga el deber constitucional de promoverlo si considera que existe otro modelo pedagógico que también es conforme a la Constitución y se adecúa mejor a los valores superiores del ordenamiento jurídico proclamados en el art. 1.1 CE. La Constitución otorga un margen de libertad de configuración al legislador para que, en el marco que la norma fundamental permita, pueda establecer sus opciones políticas, lo que conlleva incorporar a la ley sus concepciones ideológicas y las medidas para garantizar que sus previsiones tienen eficacia real y efectiva.

Por todo ello, la decisión del legislador de otorgar ayudas públicas únicamente a los centros educativos que no separen al alumnado por su género es una opción constitucional legítima. Por este motivo ha de desestimarse la impugnación relativa al apartado primero de la disposición adicional vigesimoquinta de la LOE, lo que conlleva también la de la impugnación del inciso «a través de la consideración del régimen de la coeducación de niños y niñas» del art. 1 I) y la del 84.3, que se impugna por haber suprimido, en su nueva redacción, el apartado del precepto que no consideraba discriminación la organización de la enseñanza diferenciada por sexos.

6. Enseñanza de la religión.

a) El siguiente motivo, con un sustrato común, se subdivide en dos impugnaciones. Partiendo de la consideración del Estado como «sujeto 'religiosamente incapaz'» (STC 31/2018, FJ 6) el recurso cuestiona, en primer lugar, que la ley no incluya la religión como asignatura optativa del currículo educativo como hacía la versión anterior de la LOE [arts. 18, 24 y 25 y derogación de los arts. 34 bis.4 b), punto 7, y 34 ter.4 j), todos ellos redactados por la LOMCE]. Le parece que ello vulnera los arts. 16 y 27.3 de la Constitución y además el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979 sobre enseñanza y asuntos culturales («Boletín Oficial del Estado»

núm. 300, de 15 de diciembre de 1979) que establece la enseñanza de religión en los centros educativos «en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales» (artículo II). En segundo lugar, el recurso cuestiona que, «al tiempo» que la Ley Orgánica 3/2020 suprime la asignatura de religión, la ley haya «incorpora[do] normativamente una ideología estatal en la que forzosamente se pretende adoctrinar a los alumnos», refiriéndose con ello a la «perspectiva» o «igualdad de género» mencionada en los arts. 19.2, 22.3, 24.5, 25.6 y 7, 33 c), 35.1 y disposición adicional segunda, apartado 3, LOE, contraviniendo con ello la neutralidad ideológica derivada tanto de la Constitución como del Convenio europeo de derechos humanos.

Dedicaremos este fundamento jurídico a la primera parte del motivo, sobre la enseñanza de la religión, y dejaremos para el siguiente la resolución de su segunda parte, sobre la perspectiva o igualdad de género en la educación pública obligatoria.

b) Refiriéndose a esta primera parte del motivo, el abogado del Estado reprocha a los recurrentes que en realidad pretenden una inconstitucionalidad por omisión que, según la doctrina de este tribunal, «solo se produce cuando la propia Constitución 'impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace'» (SSTC 87/1989, de 11 de mayo, FJ 2; 74/1987, de 25 de mayo, FJ 4, y 24/1982, de 13 de mayo, FJ 3). El mandato constitucional del art. 27.3 (garantía del derecho a elegir la formación religiosa y moral), en conexión con las debidas relaciones de cooperación con las confesiones religiosas del art. 16.3, sin embargo, no impone necesariamente la consideración de la religión como asignatura optativa en el sistema educativo. Basta con la garantía legal de la oferta de la asignatura, que cumple la disposición adicional segunda LOE (no modificada desde 2006). Los listados de materias de los arts. 18, 24, 25 y 34 contienen las que deben cursar todos los alumnos, lo cual no es obviamente el caso de las enseñanzas de religión confesional. Le parece, en definitiva, que se pretende una declaración de inconstitucionalidad por comparación con el sistema legal anterior a la reforma recurrida. Pero ese sistema anterior representa precisamente la «excepci[ón]», pues la LOMCE era una ley «muy reglamentista» que incluyó por primera vez en un texto legal la previsión de una asignatura de religión, que no se preveía en ninguna ley anterior sobre la materia y nunca, hasta ahora, eso había sido cuestionado ante el Tribunal Constitucional.

c) La LOE, en la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2020, no menciona la religión entre las «áreas» de educación primaria (art. 18.2), las «materias» de educación secundaria obligatoria (arts. 24 y 25) y «materias comunes» de bachillerato (art. 34.6), preceptos todos ellos modificados por la Ley Orgánica 3/2020. Regula la enseñanza de la religión la disposición adicional segunda, que tiene tres apartados. Los dos primeros proceden formalmente de la LOMCE, que dio nueva redacción íntegra a esta disposición adicional en su artículo único, apartado 91, aunque en realidad las únicas modificaciones sustantivas operadas fueron añadir el inciso «alumnos y alumnas» en el apartado 1 y un nuevo apartado 3, inexistente en la redacción anterior (la originaria de 2006). El resto de la disposición (apartados 1, salvo en el inciso dicho, y 2) mantuvo la misma redacción que tenía en la LOE originaria. A su vez, el nuevo apartado 3 introducido por la LOMCE ha sido nuevamente modificado por el art. único, apartado 78 de la Ley Orgánica 3/2020, que, sin embargo, a diferencia de la LOMCE, no ha modificado, ni material ni formalmente, los dos primeros apartados de la disposición [esta derogación del apartado 3 redactado por la LOMCE es también objeto de recurso, y a ella nos referiremos más adelante, véase *infra* apartado e) de este mismo fundamento jurídico]. Establece, en definitiva, esta disposición adicional segunda, que en sus dos primeros apartados procede de la LOE en su redacción original, e incluido el apartado 3 tal como ha quedado redactado por la Ley Orgánica 3/2020:

«Disposición adicional segunda. *Enseñanza de la religión.*

1. La enseñanza de la religión católica se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado español.

A tal fin, y de conformidad con lo que disponga dicho Acuerdo, se incluirá la religión católica como área o materia en los niveles educativos que corresponda, que será de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos y alumnas.

2. La enseñanza de otras religiones se ajustará a lo dispuesto en los acuerdos de cooperación celebrados por el Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España, la Comisión Islámica de España y, en su caso, a los que en el futuro puedan suscribirse con otras confesiones religiosas.

3. En el marco de la regulación de las enseñanzas de educación primaria y educación secundaria obligatoria, se podrá establecer la enseñanza no confesional de cultura de las religiones.»

d) Según la doctrina de este tribunal, el deber de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones que a los poderes públicos impone el art. 16.3 de la Constitución da cobertura a la «inserción de la religión en el itinerario educativo [...] evidentemente, en régimen de seguimiento libre» para «hace[r] posible tanto el ejercicio del derecho de los padres de los menores a que estos reciban la enseñanza religiosa y moral acorde con las convicciones de sus padres (art. 27.3 CE), como la efectividad del derecho de las iglesias y confesiones a la divulgación y expresión públicas de su credo religioso, contenido nuclear de la libertad religiosa en su dimensión comunitaria o colectiva (art. 16.1 CE)», pues «el contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen» sino que «también comporta una dimensión *ad extra* que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades, tales como las que enuncia el artículo 2 de la Ley Orgánica de libertad religiosa (LOLR) y respecto de las que se exige a los poderes públicos una actitud positiva, de naturaleza asistencial o prestacional, conforme a lo que dispone el apartado tercero del artículo 2 LOLR, según el cual '[p]ara la aplicación real y efectiva de estos derechos [los que se enumeran en los dos anteriores apartados del precepto legal], los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar [...] la formación religiosa en centros docentes públicos» (STC 31/2018, FJ 6, reproduciendo la STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 5, y otras anteriores).

Por lo que a la Iglesia Católica se refiere, ese deber de cooperación, tal como se plasma en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales de 1979, obliga al Estado a incluir «la enseñanza de la religión católica en todos los centros de educación, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales» (artículo II, párrafo primero), añadiéndose seguidamente que «[p]or respeto a la libertad de conciencia, dicha enseñanza no tendrá carácter obligatorio para los alumnos. Se garantiza, sin embargo, el derecho a recibirla» (párrafo segundo).

La forma, o más bien la norma, que ha regulado esa oferta educativa obligatoria para los centros en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales ha variado a lo largo del tiempo. La LOMCE, y antes la LOCE, optaron por incluir expresamente la religión en el listado de «asignaturas», «áreas» o «materias» a cursar en cada etapa educativa (primaria, secundaria y bachillerato). La LOGSE, y la LOE en su versión originaria, no lo hicieron así.

La LOGSE, como hace ahora la Ley Orgánica 3/2020, regulaba las «áreas de conocimiento», «asignaturas» o «materias» de los diferentes niveles educativos, primaria (art. 14.2), secundaria obligatoria (art. 20.2) y bachillerato (art. 27.4), pero sin incluir en ninguno de esos listados la materia, asignatura o área de «religión». A la religión dedicaba la LOGSE un único precepto, la disposición adicional segunda, que establecía, en términos prácticamente idénticos al apartado 1 de la disposición adicional segunda LOE, antes reproducida en sus sucesivas versiones (tanto la

originaria como la dada por la LOMCE, pues como ya hemos dicho la Ley Orgánica 3/2020 no ha modificado este apartado):

«La enseñanza de la religión se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre enseñanza y asuntos culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado español y, en su caso, a lo dispuesto en aquellos otros que pudieran suscribirse con otras confesiones religiosas. A tal fin, y de conformidad con lo que dispongan dichos acuerdos, se incluirá la religión como área o materia en los niveles educativos que corresponda, que será de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos.»

Según explicaba el preámbulo de la LOGSE, «[l]a ley, que orienta el sistema educativo al respeto de todos y cada uno de los derechos y libertades establecidos por nuestra Constitución y al pleno desarrollo de la personalidad del alumno, establece entre sus disposiciones que la enseñanza de la religión se garantizará en el respeto a los Acuerdos suscritos entre el Estado español y la Santa Sede, así como con las otras confesiones religiosas» («Boletín Oficial del Estado» núm. 238, de 4 de octubre de 1990, pág. 28929).

El necesario desarrollo reglamentario de la LOGSE, en general, y de esta disposición adicional segunda, en particular, tampoco incluyó la religión entre las «áreas», «materias» o «asignaturas» de las diferentes etapas educativas (Real Decreto 1006/1991, de 14 de junio, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la educación primaria; Real Decreto 1007/1991, de 14 de junio, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la educación secundaria obligatoria, y Real Decreto 1700/1991, de 29 de noviembre, por el que se establece la estructura del bachillerato). Regulaban todos ellos la enseñanza de la religión en un artículo aparte (el artículo 14 en el Real Decreto 1006/1991 y el artículo 16 en los dos reales decretos subsiguientes, 1007/1991 y 1700/1991) con el siguiente tenor (reproducimos el art. 14 del Real Decreto 1006/1991, los otros dos son análogos, con las oportunas adaptaciones):

«1. Con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, el área de 'religión católica' será de oferta obligatoria para los centros, que asimismo organizarán actividades de estudio, adecuadas a la edad de los alumnos y orientadas por un profesor, en relación con las enseñanzas mínimas de las áreas del correspondiente ciclo. Al comenzar la educación primaria o en la primera adscripción del alumno al centro, los padres o tutores de los alumnos manifestarán a la dirección del centro la elección de una de las dos opciones referidas anteriormente, sin perjuicio de que la decisión pueda modificarse al comienzo de cada curso escolar.

2. La determinación del currículo del área de 'religión católica' corresponderá a la jerarquía eclesiástica.

3. La evaluación de las enseñanzas de la religión católica se realizará de forma similar a la que se establece en este Real Decreto para el conjunto de las áreas, si bien, dado el carácter voluntario que tales enseñanzas tienen para los alumnos, las correspondientes calificaciones no serán tenidas en cuenta en las convocatorias que, dentro del sistema educativo y a los efectos del mismo, realicen las administraciones públicas y en las cuales deban entrar en concurrencia los expedientes académicos de los alumnos.»

Este tratamiento de la religión dio lugar a una serie de recursos contencioso-administrativos en los que la Sala Tercera del Tribunal Supremo resolvió, primero, que la disposición adicional segunda LOGSE obligaba a incluir la religión como «área o materia» en los niveles educativos que correspondiera, y segundo, que la regulación de las actividades alternativas a la religión, por su ambigüedad, vulneraba asimismo la misma disposición adicional, el Acuerdo con la Santa Sede, los principios de seguridad jurídica y certeza del derecho (art. 9.3 CE), de igualdad (art. 14 CE) y los artículos 16.3

y 27.3, también de la Constitución, al no especificar los preceptos impugnados el contenido de las actividades alternativas a la religión, lo que permitía establecer actividades complementarias o de refuerzo relacionadas con las materias comunes a las que no tendrían acceso los alumnos que hubieran optado por la formación religiosa, con desventaja académica para ellos (sentencia de 17 de marzo de 1994, recurso 4915-1992, anulando los apartados 1 y 3 del art. 16 del Real Decreto 1700/1991, y sentencia de 9 de junio de 1994, recurso 7300-1992, anulando el artículo 14 del Real Decreto 1006/1991 y el artículo 16 del Real Decreto 1007/1991, y otras de la misma serie). En esos y otros recursos, el Tribunal Supremo rechazó expresamente plantear cuestión de inconstitucionalidad en relación con la disposición adicional segunda de la LOGSE (por ejemplo, sentencias de 24 de junio de 1994, recurso 1644-1991, o de 30 de junio siguiente, recurso 1645-1991).

Como consecuencia de estas sentencias, el Gobierno dictó el Real Decreto 2438/1994, de 16 de diciembre, por el que se regula la enseñanza de la religión, que estableció en su art. 1.1 que «[c]onforme a lo establecido en la disposición adicional segunda [LOGSE] y en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales, de 3 de enero de 1979, la enseñanza de la religión católica se impartirá en los centros docentes de segundo ciclo de educación infantil, educación primaria, educación secundaria obligatoria y bachillerato, tanto públicos como privados, sean o no concertados estos últimos, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales. En consecuencia, dicha enseñanza figurará entre las áreas o materias de los diferentes niveles educativos». Reguló también, con mayor detalle, las «actividades de estudio alternativas, como enseñanzas complementarias, en horario simultáneo» con el fin de facilitar el conocimiento de aspectos sociales y culturales o manifestaciones escritas, plásticas y musicales de las diferentes confesiones religiosas, añadiendo que «[e]n todo caso, estas actividades no versarán sobre contenidos incluidos en las enseñanzas mínimas y en el currículo de los respectivos niveles educativos» (art. 3.2). Este reglamento fue igualmente recurrido y los recursos desestimados por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sentencias de 31 de enero de 1997, recurso 87-1995; de 26 de enero de 1998, recurso 123-1995, y de 15 de abril de 1998, recurso 218-1995, entre otras).

La LOCE no derogó completamente la LOGSE, pero sí su disposición adicional segunda (disposición derogatoria única, apartado 4). Confirió a la religión el «tratamiento académico que le corresponde por su importancia para una formación integral [...] en términos conformes con lo previsto en la Constitución y en los Acuerdos suscritos al respecto por el Estado español», en palabras de su exposición de motivos («Boletín Oficial del Estado» núm. 307, martes 24 de diciembre de 2002, pág. 45191). A tal fin reguló el «área o asignatura de sociedad, cultura y religión» con «dos opciones de desarrollo: una, de carácter confesional, acorde con la confesión por la que opten los padres o, en su caso, los alumnos, entre aquellas respecto de cuya enseñanza el Estado tenga suscritos acuerdos; [y] otra, de carácter no confesional» (disposición adicional segunda LOCE). Esta «área» o «asignatura» de sociedad, cultura y religión se incluyó luego expresamente entre las «áreas» a cursar en educación primaria (art. 16.2 *in fine*), las «asignaturas» de educación secundaria obligatoria (art. 23.1 *in fine*) y las «asignaturas comunes» de bachillerato (art. 35.5 *in fine*).

El Real Decreto 2438/1994 mantuvo su vigencia bajo la LOCE y no fue derogado hasta que la LOE derogó la LOCE volviendo al sistema ya expuesto de la LOGSE (no mencionar la religión entre las materias o asignaturas de cada nivel educativo), y, en desarrollo de aquella, se aprobaron las «enseñanzas mínimas» de educación primaria (Real Decreto 1513/2006, de 7 de diciembre), segundo ciclo de educación infantil (Real Decreto 1630/2006, de 29 de diciembre), educación secundaria obligatoria (Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre) y bachillerato (Real Decreto 1467/2007, de 2 de noviembre), que mantuvieron los principios de oferta obligatoria, recepción voluntaria, condiciones equiparables y no discriminación. Por ejemplo, la disposición adicional

primera, apartado 3, del Real Decreto 1513/2006, sobre enseñanzas mínimas en educación primaria, dispuso:

«Los centros docentes dispondrán las medidas organizativas para que los alumnos y las alumnas cuyos padres o tutores no hayan optado por que cursen enseñanzas de religión reciban la debida atención educativa, a fin de que la elección de una u otra opción no suponga discriminación alguna. Dicha atención, en ningún caso, comportará el aprendizaje de contenidos curriculares asociados al conocimiento del hecho religioso ni a cualquier área de la etapa. Las medidas organizativas que dispongan los centros deberán ser incluidas en su proyecto educativo para que padres y tutores las conozcan con anterioridad.»

Estos reales decretos fueron derogados por los reglamentos de desarrollo de la LOMCE que, volviendo al sistema LOCE, incluyeron la religión como asignatura o materia en los diferentes niveles educativos. Esta LOMCE fue impugnada tanto por un grupo de diputados del Congreso (STC 31/2018, de 10 de abril), como por algunos gobiernos autonómicos (SSTC 53/2018, de 24 de mayo, y 66/2018 y 67/2018, ambas de 21 de junio). Cuestionaban los recurrentes, entre otras cosas, el tratamiento que la ley otorgaba a la enseñanza de la religión al «elevarla» a la condición de asignatura y «equipararla» a la asignatura de valores sociales y cívicos/valores éticos «fusionando dos planos que no pueden confundirse» y provocando una «discriminación para los alumnos que escogen esa asignatura [...] que no pueden elegir la enseñanza de valores éticos y ciudadanos» (STC 31/2018, FJ 6, exponiendo los motivos de la impugnación de los diputados entonces recurrentes). Y el Tribunal, en las sentencias citadas, desestimó el motivo al considerar que «las normas cuestionadas no vulneran el marco constitucional, como afirman los recurrentes, por haber configurado como asignatura la enseñanza de la religión» [STC 31/2018, FJ 6 a)], y porque la LOMCE «opta[ba] por abordar esa transmisión de valores [cívicos y éticos] de manera transversal, incorporando la educación cívica y constitucional a todas las asignaturas durante la educación básica (primaria y secundaria)» de forma que «se garantiza[ba] suficientemente, en el plano general que es propio de la naturaleza de esa disposición normativa, que todos los alumnos, opten o no por la asignatura de religión, recibirán formación en los valores que constituyen el fundamento de una sociedad democrática» [misma STC 31/2018, FJ 6 b)]. Apreciaciones ambas que deben enmarcarse en la libertad de configuración del legislador para definir el sistema educativo que venimos reconociendo en los fundamentos anteriores, pues la propia STC 31/2018 razonó en su fundamento jurídico 6 a) que «[e]l 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».

No es difícil ver detrás de esta sucesión de leyes y recursos de inconstitucionalidad un cambio en la configuración de las mayorías parlamentarias y consiguientemente de opciones políticas sobre cuál es el cauce más idóneo para garantizar la enseñanza de una confesión religiosa en los centros educativos de entre todos los constitucionalmente «posibles». Como hemos señalado en otras ocasiones, «la reversibilidad de las decisiones normativas es inherente a la idea de democracia» [SSTC 31/2010, de 28 de junio, FJ 6, o 233/2015, de 5 de noviembre, FJ 2 d), entre otras] y «el legislador no ejecuta la Constitución, sino que crea Derecho con libertad dentro del marco que esta ofrece», de modo que «este tribunal no ha de hacer las veces de propio legislador constriñendo su libertad de disposición allí donde la Constitución no lo haga de manera inequívoca» (STC 112/2021, de 13 de mayo, FJ 5, y las allí citadas), de donde resulta un necesario margen de libertad del legislativo. El sistema de la ley impugnada es similar al que contenía la LOE en su versión originaria o, antes, la LOGSE, cuya disposición adicional segunda han mantenido materialmente inalterada los sucesivos legisladores durante más de treinta años.

Toda esta exposición de reformas legislativas y recursos muestra, en definitiva, que los términos imperativos de la citada disposición (la enseñanza de la religión católica «se ajustará» a los términos del Acuerdo y «se incluirá [...] como área o materia en los niveles educativos que corresponda») y la fuerza normativa del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre las «condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales» garantizada por la jurisdicción contencioso-administrativa y el Tribunal Supremo, colman las garantías derivadas de los arts. 16.3 y 27.3 de la Constitución resultantes de nuestra doctrina antes reproducida (SSTC 38/2007, FJ 5, y 31/2018, FJ 6), a saber, respeto a las convicciones religiosas de los padres de los alumnos y garantía de formación religiosa voluntaria en centros públicos.

Si en el desarrollo reglamentario de la citada disposición adicional, o en su aplicación a casos concretos, no se respetara lo en ella preceptuado acerca del carácter voluntario de la formación religiosa, de la inclusión obligatoria de la religión católica como «área o materia en los niveles educativos que corresponda», o el trato equiparable con las demás disciplinas fundamentales que impone el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, el ordenamiento dispone de los medios adecuados para remediarlo. Pero no puede hacerse preventivamente en este recurso de inconstitucionalidad.

El motivo, por tanto, se desestima.

e) Los recurrentes también cuestionan la modificación del apartado 3 de la citada disposición adicional segunda LOE por el artículo único, apartado 78 de la Ley Orgánica 3/2020.

La LOMCE había añadido a esta disposición de la LOE (que en su redacción originaria solo contaba con los dos apartados antes transcritos) un apartado 3 con el siguiente tenor:

«3. La determinación del currículo y de los estándares de aprendizaje evaluables que permitan la comprobación del logro de los objetivos y adquisición de las competencias correspondientes a la asignatura religión será competencia de las respectivas autoridades religiosas. Las decisiones sobre utilización de libros de texto y materiales didácticos y, en su caso, la supervisión y aprobación de los mismos corresponden a las autoridades religiosas respectivas, de conformidad con lo establecido en los Acuerdos suscritos con el Estado español.»

Apartado 3 que la Ley Orgánica 3/2020 ha modificado nuevamente sustituyéndolo por el siguiente:

«3. En el marco de la regulación de las enseñanzas de educación primaria y educación secundaria obligatoria, se podrá establecer la enseñanza no confesional de cultura de las religiones.»

Para los recurrentes, la derogación del anterior apartado 3 evidencia que «la competencia para determinar el currículo, los estándares de aprendizaje y los libros de texto y materiales didácticos corresponde a la administración educativa (a la que en el sistema de la LOE corresponde la decisión sobre estas cuestiones). Desaparece así el derecho constitucional ‘de las iglesias y confesiones a la divulgación y expresión públicas de su credo religioso’» como parte de su derecho a la libertad religiosa del art. 16 CE reconocido por la doctrina constitucional.

Ante todo procede aclarar que esta queja se asienta sobre una premisa errónea. Si bien la doctrina constitucional ha entendido protegido por el art. 16 CE el derecho de las comunidades religiosas a definir el credo religioso objeto de enseñanza (STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 5), ello no se traduce en la existencia de un derecho fundamental de las confesiones a determinar el currículo, los estándares de aprendizaje y los libros de texto y materiales didácticos, como pretenden los recurrentes. Aunque no opere como canon de constitucionalidad, resulta ilustrativo el hecho de que ni siquiera el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales, firmado en la Ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979, acepta la visión de los recurrentes. Su

artículo 6 atribuye a la jerarquía eclesiástica únicamente las facultades de «señalar» los contenidos de la enseñanza y formación religiosa católica y de «proponer» los libros de texto y material didáctico relativos a dicha enseñanza y formación. En todo caso, tales preceptos, que han de ser observados por las administraciones educativas por su fuerza vinculante en España, son suficientes para garantizar la vertiente del derecho fundamental en este punto invocada por los demandantes, pues nada hay en la norma impugnada que obste a su plena efectividad. Los recurrentes no reprochan, por lo demás, al concreto precepto aprobado por el legislador de 2020, esto es, al nuevo apartado 3 de la disposición adicional segunda de la LOE, vicio alguno de inconstitucionalidad. Y ello debe conducir a la desestimación del recurso contra el artículo único, apartado 78, de la Ley Orgánica 3/2020.

f) Recapitulando lo dicho hasta aquí, esta primera parte del motivo se desestima.

7. Educación en valores.

a) La segunda vertiente del motivo, antes aludida, se centra en los arts. 18.3, 19.2, 22.3, 25.6 y 7, 33 c) y 35.1 LOE en cuanto incluyen entre los contenidos de la educación la «igualdad» o «perspectiva de género» y la educación «afectivo-sexual». Ello supone incorporar a la educación pública una «ideología estatal» o «partidista» (la «ideología de género») en la que habrán de ser evaluados los alumnos, no para verificar sus conocimientos sino su «grado de adhesión» a esas «convicciones estatales», aunque puedan ser contrarias a las de sus progenitores. Se vulnera con ello la neutralidad ideológica del Estado (art. 16 CE) y el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones (art. 27.3 CE) y la transmisión de conocimientos «objetiva, crítica y pluralista» reconocida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (alude, entre otras, a la sentencia *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, antes citada, § 53).

b) El abogado del Estado vincula la «ideología» impugnada en el recurso con principios expresamente reconocidos en los arts. 10.1 («[l]a dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social») y 27.2 («[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»), ambos de la Constitución. Propone distinguir entre una «ética de mínimos, que incluye la reflexión sobre lo que debe ser admisible o no para todos los ciudadanos» o «lo que debe ser rechazado en cualquier caso, tanto en el ámbito privado como [...] en el ámbito público», vinculada a estos preceptos, y una «ética de máximos» que es la que deriva de las creencias religiosas del art. 27.3 CE y que los poderes públicos deben respetar conforme al mismo (dispone este precepto que «[l]os poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones»). Puntualiza que las menciones a la educación afectivo-sexual contenidas en el texto de la ley están «muy matizadas» y se enmarcan en el ámbito de la «educación para la salud». Son contenidos que deben ser aprendidos por todos los alumnos independientemente de su moral religiosa, pues «nada tiene[n] que ver con las creencias». La «perspectiva de género», por su parte, responde a la «desigualdad detectada en la elección de estudios» entre niños y niñas y a la necesidad de capacitar a ambos «en metodologías activas de aprendizaje que hagan atractivas las materias científicas y tecnológicas para todo el alumnado y especialmente para las niñas y jóvenes», y así lo evidencian los arts. 22.3 y 111 bis y la disposición adicional vigesimoquinta de la LOE (redactados todos ellos por la Ley Orgánica 3/2020).

c) El enjuiciamiento del recurso exige dejar constancia de los preceptos impugnados mínimamente contextualizados:

(i) El art. 18, dedicado a la «organización» de la educación primaria, «que comprende seis cursos académicos, que se cursarán ordinariamente entre los seis y los

doce años de edad» (art. 16.1), después de enumerar las «áreas» de esta etapa educativa [apartado 2: a) Conocimiento del medio natural, social y cultural, que se podrá desdoblar en ciencias de la naturaleza y ciencias sociales; b) Educación artística, que se podrá desdoblar en educación plástica y visual, por una parte, y música y danza, por otra; c) Educación física; d) Lengua castellana y literatura y, si la hubiere, lengua propia y literatura; e) Lengua extranjera; y f) Matemáticas], dice en su apartado 3, que es el concretamente impugnado:

«A las áreas incluidas en el apartado anterior, se añadirá en alguno de los cursos del tercer ciclo la educación en valores cívicos y éticos. En esta área se incluirán contenidos referidos a la Constitución española, al conocimiento y respeto de los derechos humanos y de la infancia, a la educación para el desarrollo sostenible y la ciudadanía mundial, a la igualdad entre hombres y mujeres, al valor del respeto a la diversidad y al valor social de los impuestos, fomentando el espíritu crítico y la cultura de paz y no violencia.»

Dentro del mismo capítulo dedicado a la educación primaria, el art. 19 «Principios pedagógicos», establece en su apartado 2:

«Sin perjuicio de su tratamiento específico en algunas de las áreas de la etapa, la comprensión lectora, la expresión oral y escrita, la comunicación audiovisual, la competencia digital, el fomento de la creatividad, del espíritu científico y del emprendimiento se trabajarán en todas las áreas. De igual modo, se trabajarán la *igualdad de género, la educación para la paz, la educación para el consumo responsable y el desarrollo sostenible y la educación para la salud, incluida la afectivo-sexual*. Asimismo, se pondrá especial atención a la educación emocional y en valores y a la potenciación del aprendizaje significativo para el desarrollo de las competencias transversales que promuevan la autonomía y la reflexión» (el énfasis es de los recurrentes).

(ii) El art. 22 abre el capítulo dedicado a la «Educación secundaria obligatoria», que «comprende cuatro cursos, que se seguirán ordinariamente entre los doce y los dieciséis años de edad» (apartado 1). El apartado 3, impugnado, establece:

«En la educación secundaria obligatoria se prestará especial atención a la orientación educativa y profesional del alumnado. En este ámbito se incorporará *la perspectiva de género*. Asimismo, se tendrán en cuenta las necesidades educativas específicas del alumnado con discapacidad» (énfasis de los recurrentes).

El art. 24 se refiere a la organización de los tres primeros cursos, y después de enumerar las «materias» de los mismos, el apartado 5 impugnado dispone:

«Sin perjuicio de su tratamiento específico, la comprensión lectora, la expresión oral y escrita, la comunicación audiovisual, la competencia digital, el emprendimiento social y empresarial, el fomento del espíritu crítico y científico, la educación emocional y en valores y la creatividad se trabajarán en todas las materias. En todo caso *se fomentarán de manera transversal la educación para la salud, incluida la afectivo-sexual, la formación estética, la igualdad de género y el respeto mutuo y la cooperación entre iguales*» (énfasis de los recurrentes).

El art. 25, referido al cuarto curso, enumera igualmente las «materias» del mismo y dispone en sus apartados 6 y 7 impugnados:

«6. Sin perjuicio de su tratamiento específico, la comprensión lectora, la expresión oral y escrita, la comunicación audiovisual, la competencia digital, el emprendimiento social y empresarial, el fomento del espíritu crítico y científico, la educación emocional y en valores, la igualdad de género y la creatividad se trabajarán en todas las materias. En todo caso *se fomentarán de manera transversal la educación para la salud, incluida la*

afectivo-sexual, la formación estética, la educación para la sostenibilidad y el respeto mutuo y la cooperación entre iguales.

7. En algún curso de la etapa todos los alumnos y alumnas cursarán la materia de educación en valores cívicos y éticos. En dicha materia, que prestará especial atención a la reflexión ética, se incluirán contenidos referidos al conocimiento y respeto de los derechos humanos y de la infancia, a los recogidos en la Constitución española, a la educación para el desarrollo sostenible y la ciudadanía mundial, a la igualdad de mujeres y hombres, al valor del respeto a la diversidad y al papel social de los impuestos y la justicia fiscal, fomentando el espíritu crítico y la cultura de paz y no violencia» (énfasis de los recurrentes).

(iii) A continuación se impugnan los arts. 33 c) y 35.1, dentro del capítulo dedicado al bachillerato, que comprende dos cursos y al que podrán acceder quienes estén en posesión del título de graduado en educación secundaria obligatoria (art. 32).

El art. 33 regula los «objetivos» del bachillerato, y señala entre ellos el siguiente en su apartado c), impugnado:

«Fomentar la igualdad efectiva de derechos y oportunidades de mujeres y hombres, analizar y valorar críticamente las desigualdades existentes, así como el reconocimiento y enseñanza del papel de las mujeres en la historia e impulsar la igualdad real y la no discriminación por razón de nacimiento, sexo, origen racial o étnico, discapacidad, edad, enfermedad, religión o creencias, orientación sexual o identidad de género o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.»

Y el art. 35, intitulado «Principios pedagógicos», dispone en su apartado 1 impugnado:

«Las actividades educativas en el bachillerato favorecerán la capacidad del alumno para aprender por sí mismo, para trabajar en equipo y para aplicar los métodos de investigación apropiados. Asimismo, se prestará especial atención a la orientación educativa y profesional del alumnado incorporando la perspectiva de género.»

d) La educación, tanto pública como privada, que la Constitución sitúa bajo el control de los poderes públicos (art. 27.8) no es mera transmisión de conocimientos, es también formación humana (art. 27.2). La Constitución toma partido por ciertos valores, que son precisamente los de respeto a los «principios democráticos de convivencia» (art. 27.2), «pluralismo» (art. 1.1) y diversidad y dignidad humana (art. 10.1), principios que deben ser objeto de trasmisión conforme al art. 27.2 previamente citado. El respeto a las creencias morales y religiosas de los padres (art. 27.3) no puede conducir a excluir toda información o conocimiento con implicaciones de uno u otro signo. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ese derecho de los padres «no impide a los Estados difundir, mediante la enseñanza o la educación, informaciones o conocimientos que tengan, directamente o no, carácter religiosos o filosófico. No autoriza, ni siquiera a los padres, a oponerse a la integración de tal enseñanza o educación en el programa escolar, sin lo cual cualquier enseñanza institucionalizada correría el riesgo de mostrarse impracticable. Parece, en efecto, muy difícil que cierto número de asignaturas enseñadas en el colegio no tengan, de cerca o de lejos, un tinte o incidencia de carácter filosófico. Lo mismo ocurre con el carácter religioso, si se tiene en cuenta la existencia de religiones que forman un conjunto dogmático y moral muy vasto, que tiene o puede tener respuestas a toda cuestión de orden filosófico, cosmológico o ético». El respeto a las creencias religiosas o morales «implica, por el contrario, que el Estado, al cumplir las funciones por él asumidas en materia de educación y enseñanza, vela por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista. Se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada como no respetuosa de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Aquí se encuentra el límite que no

debe ser sobrepasado» (sentencia *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, antes citada, § 53).

Esta sentencia se pronunciaba precisamente sobre una asignatura de educación sexual obligatoria en centros públicos, que no consideró contraria al respeto a las «convicciones religiosas y filosóficas» de los padres (en terminología del Protocolo). Aplicando su doctrina, la decisión de 25 de mayo de 2000, *Jiménez Alonso y Jiménez Merino c. España*, inadmitió la demanda formulada por un padre y su hija contra la educación sexual que la segunda se veía obligada a cursar en un colegio público de Treceño (Cantabria), por no considerar esa obligación contraria a sus derechos reconocidos en el art. 2 del Protocolo núm. 1 al Convenio. En ambos casos el Tribunal de Estrasburgo valoró que la configuración de la asignatura no permitía apreciar un «intento de adoctrinamiento tendente a preconizar un comportamiento sexual determinado» y que la asignatura «no se consagra a exaltar el sexo ni a incitar a los alumnos a dedicarse precozmente a prácticas peligrosas para su equilibrio, su salud o su futuro, o reprobables para muchos padres. Además [...] no afecta al derecho de los padres de aclarar y aconsejar a sus hijos, de ejercitar con ellos sus naturales funciones de educadores o de orientarles en una dirección, conforme a sus propias convicciones religiosas o filosóficas» (sentencia *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen*, antes citada, § 54; y en parecidos términos decisión *Jiménez Alonso y Jiménez Merino*, § 1).

No hay nada en los preceptos recurridos que haga pensar que la «educación para la salud, incluida la afectivo-sexual», que son los términos empleados por los artículos 19.2, 24.5 y 25.6 LOE, se pueda configurar y proporcionar en un sentido diferente al expresado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Si en algún caso concreto se produjera un «abuso», el ordenamiento tiene las vías adecuadas de tutela para ponerle fin y remediarlo (en el mismo sentido, sentencia *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen*, § 54), pero ya hemos dicho [*supra* fundamento jurídico 3 d)] que el recurso de inconstitucionalidad es un proceso objetivo y abstracto y por tanto no puede basarse en juicios de intenciones ni remediar vulneraciones hipotéticas.

e) La «perspectiva de género» (arts. 22.3 y 35.1) se menciona entre los principios pedagógicos de la educación secundaria obligatoria y del bachillerato, y se dirige por consiguiente a administraciones y centros educativos, no a los alumnos a quienes el legislador no impone, por tanto, ninguna perspectiva o adhesión ideológica, como sostiene el recurso. De acuerdo con lo razonado por el Gobierno de la Nación en sus alegaciones, es un enfoque que persigue reforzar «la competencia digital» que, según el legislador, tiene un «impacto [...] diferente en las mujeres y los hombres», también denominada «brecha digital de género» (expresiones todas ellas del preámbulo de la Ley Orgánica 3/2020), y «desarroll[ar] [todos los] talento[s]» y atender a «desigualdades» detectadas en la elección de estudios por alumnos y alumnas, sobre todo en materias científicas y tecnológicas, como pone de manifiesto el escrito de alegaciones y resulta del art. 111 bis, apartados 5 y 7, y de la disposición adicional vigesimoquinta, apartado 4, ambos de la LOE, redactados por la Ley Orgánica 3/2020.

Lo expuesto es coherente con lo dispuesto en el artículo 4.4 de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación, que establece «[e]n las políticas contra la discriminación se tendrá en cuenta la perspectiva de género y se prestará especial atención a su impacto en las mujeres y las niñas como obstáculo al acceso a derechos como la educación, el empleo, la salud, el acceso a la justicia y el derecho a una vida libre de violencias, entre otros».

Así pues, la constitucionalidad de los preceptos analizados se basa en la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) y en la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 CE), que en este concreto ámbito han sido desarrollados por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, y en especial en sus artículos 23 y 24 para las políticas en materia de educación.

f) Por último, la «igualdad de género» se menciona en el art. 19.2 como principio pedagógico, y en los arts. 24.5, 25.6 e indirectamente en el art. 33 c) como objetivo a desarrollar en las diferentes etapas educativas; no, por tanto, como área o «materia» objeto de evaluación (art. 28, apartados 3 y 4). No existe, por tanto, en la ley un precepto que imponga la evaluación y adhesión ideológica al mismo por parte del alumno, como denuncian los recurrentes.

En todo caso, si tal principio fuera objeto de ocasional debate o transmisión, ello no supondría una vulneración del art. 27.3 CE. La igualdad en general y la igualdad de género en particular es un principio que contiene un juicio de valor, pero ya hemos dicho que la educación no excluye la transmisión de valores (art. 27.2 CE) siempre que sean acordes con la Constitución, como es el caso (arts. 9.2 y 14 CE).

g) Por las razones anteriores, esta segunda parte del motivo debe ser también desestimada.

8. Derecho a recibir educación en castellano.

a) Los recurrentes cuestionan la nueva redacción de la disposición adicional trigésima octava de la LOE, sobre lengua castellana y lenguas cooficiales y que gocen de protección legal, por vulnerar el art. 3 de la Constitución y la interpretación del mismo efectuada por el Tribunal Constitucional, que ha dicho que el castellano debe ser lengua vehicular (STC 31/2010, FJ 24), que debe serlo en régimen de «equilibrio» o «igualdad» con la lengua cooficial (SSTC 109/2019, FJ 7, y 114/2019, FJ 3) y que corresponde al Estado «velar» por ello (STC 31/2010, citada, y 6/1982, de 22 de febrero, FJ 10). Les parece que la supresión de los mandatos expresos de que «el castellano es lengua vehicular de la enseñanza en todo el Estado» en una «proporción razonable» y que corresponde a la alta inspección del Estado «velar por el cumplimiento de las normas sobre utilización de lengua vehicular en las enseñanzas básicas», contenidos en la redacción anterior, proveniente de la LOMCE, es inconstitucional teniendo en cuenta la «imposibilidad de garantizar real y efectivamente una enseñanza mínima de la lengua oficial, singularmente en Cataluña», como demuestra la «fuerte conflictividad jurisdiccional para hacer efectivo [ese] derecho» (cita «a título de ejemplo» la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2010 y la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 11 de marzo de 2020).

b) El abogado del Estado no niega el derecho afirmado por los recurrentes, pero sostiene que la ley establece las garantías necesarias para hacerlo efectivo, en la recurrida disposición adicional trigésima octava, pero también en el art. 121.2 bis, sobre la adopción por los centros de medidas necesarias para compensar carencias en comunicación lingüística en lengua castellana y en su caso lengua cooficial, y en el art. 144.1, sobre las evaluaciones de diagnóstico. El artículo 3 de la Constitución, recuerda, no garantiza un pretendido derecho a recibir las enseñanzas única y exclusivamente en castellano (STC 82/1986, de 26 de junio). No existe un único modelo de cooficialidad ni de enseñanza, sino que la configuración de uno y otro corresponde a los estatutos de autonomía (art. 3.2 CE) y a las comunidades autónomas. La disposición adicional recurrida garantiza, en su apartado 1, el derecho a recibir enseñanza en ambas lenguas; el modo de garantizar que los alumnos las aprendan se deja a las administraciones educativas y a los centros, en el apartado tercero. Más que una omisión, la Ley Orgánica 3/2020 vuelve a la situación anterior a la LOMCE, que es la de la LOGSE y la de la LOE en su versión original, que nunca fueron cuestionadas. Recuerda que la STC 14/2018 declaró inconstitucionales varios apartados de la disposición adicional trigésima octava LOE redactados por la LOMCE, y por ello lo que la Ley Orgánica 3/2020 recurrida hace es «aligera[r]» su contenido limitándolo «a lo propio de una ley orgánica» que se ocupa de «aspectos básicos», remitiendo lo demás a los reales decretos de desarrollo del currículo. Así, deroga los añadidos de la reforma de 2013 no anulados por la STC 14/2018 y deja la LOE en términos parecidos a su aprobación en 2006. Reitera que no puede argumentarse la inconstitucionalidad

comparando la Ley Orgánica 3/2020 con la LOMCE. Por último, en cuanto a la posición de garante del Estado respecto a los derechos lingüísticos, recuerda que la doctrina constitucional no permite los controles administrativos sobre el ejercicio de competencias autonómicas.

c) La disposición recurrida, redactada íntegramente por el artículo único, apartado 89, de la Ley Orgánica 3/2020, establece:

«Disposición adicional trigésima octava. *Lengua castellana, lenguas cooficiales y lenguas que gocen de protección legal.*

1. Las administraciones educativas garantizarán el derecho de los alumnos y las alumnas a recibir enseñanzas en castellano y en las demás lenguas cooficiales en sus respectivos territorios, de conformidad con la Constitución Española, los estatutos de autonomía y la normativa aplicable.

2. Al finalizar la educación básica, todos los alumnos y alumnas deberán alcanzar el dominio pleno y equivalente en la lengua castellana y, en su caso, en la lengua cooficial correspondiente.

3. Las administraciones educativas aplicarán los instrumentos de control, evaluación y mejora propios del sistema educativo y promoverán la realización de análisis por parte de los centros, de modo que se garantice que todo el alumnado alcance la competencia en comunicación lingüística, en lengua castellana y en su caso en las lenguas cooficiales, en el grado requerido. Asimismo, impulsarán la adopción por parte de los centros de las medidas necesarias para compensar las carencias que pudieran existir en cualquiera de las lenguas.

4. Tanto la materia lengua castellana y literatura como la lengua cooficial y literatura deberán impartirse en las lenguas correspondientes.

5. Aquellas comunidades autónomas en las que existan lenguas cooficiales que no tienen ese carácter en todo su territorio o lenguas no oficiales que gocen de protección legal podrán ofrecerlas en los términos que determine su normativa reguladora.»

d) El recurso se basa en la infracción del artículo 3 de la Constitución, que dispone en sus tres apartados lo que sigue:

«1. El castellano es la lengua española oficial del Estado. Todos los españoles tienen el deber de conocerla y el derecho a usarla.

2. Las demás lenguas españolas serán también oficiales en las respectivas Comunidades Autónomas de acuerdo con sus Estatutos.

3. La riqueza de las distintas modalidades lingüísticas de España es un patrimonio cultural que será objeto de especial respeto y protección.»

En lo que a este recurso interesa, la jurisprudencia recaída en procesos constitucionales en los que estaba implicado este artículo 3 puede sintetizarse del siguiente modo:

(i) La oficialidad implica el reconocimiento directamente por la Constitución, sin intermediación de ningún tipo, del «derecho» de los españoles a usar el castellano en toda España y, previo reconocimiento estatutario, la lengua cooficial en la comunidad autónoma respectiva, en ambos casos «con plena validez y efectos jurídicos» (STC 82/1986, de 26 de junio, FFJJ 3 y 4).

(ii) Cuando de la organización del servicio de educación se trata, ni de este artículo 3, ni del artículo 27, ambos de la Constitución, deriva el derecho a recibir la enseñanza en solo una de las lenguas cooficiales a elección de los interesados, sino que corresponde a «los poderes públicos —el Estado y la comunidad autónoma— [...] determinar el empleo de las dos lenguas que son cooficiales en una comunidad autónoma como lenguas de comunicación en la enseñanza, de conformidad con el reparto competencial en materia de educación» (STC 337/1994, de 23 de diciembre, FJ 9).

(iii) La cooficialidad (art. 3.2 CE) y «el mandato constitucional implícito a los poderes públicos, estatal y autonómico, de fomentar el conocimiento y garantizar el mutuo respeto y la protección de ambas lenguas oficiales en Cataluña», deducido del preámbulo de la Constitución y de su art. 3.3, obligan a que las lenguas cooficiales sean «no solo objeto de enseñanza», sino que también «es constitucionalmente obligado que las dos lenguas cooficiales sean reconocidas por los poderes públicos competentes como vehiculares» (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 24).

(iv) No hay obstáculo constitucional a que la lengua autonómica «sea el centro de gravedad de este modelo de bilingüismo» siempre que «ello no determine la exclusión del castellano como lengua docente» (misma STC 31/2010, FJ 24, citando la STC 337/1994, FJ 10) pues «la cooficialidad ha de sujetarse a un patrón de equilibrio o igualdad entre lenguas» (SSTC 109/2019, de 1 de octubre, FJ 7, y 114/2019, de 16 de octubre, FJ 3, ambas sobre las pruebas de evaluación introducidas en la LOE por la LOMCE).

(v) En fin, «[e]s consolidada doctrina que corresponde al Estado velar por el respeto de los derechos lingüísticos en el sistema educativo y, en particular, ‘el de recibir enseñanza en la lengua oficial del Estado’» [STC 14/2018, de 20 de febrero, FJ 10 a), sobre la disposición adicional trigésima octava de la LOE, redactada por la LOMCE, citando las SSTC 6/1982, FJ 10; 337/1994, FJ 10, y 31/2010, FJ 4].

e) Hemos de reiterar ahora el carácter objetivo y abstracto del recurso de inconstitucionalidad, mediante el cual este tribunal «garantiza la primacía de la Constitución y enjuicia la conformidad o disconformidad con ella de las leyes, disposiciones o actos impugnados» (art. 27.1 LOTC) de acuerdo con parámetros exclusivamente normativos, es decir, comparando los mandatos contenidos en la Constitución (en este caso, su art. 3) y la ley recurrida (en este caso, disposición adicional trigésima octava de la LOE, en la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2020) y expulsando del ordenamiento aquellos de esta segunda que sean contrarios a los primeros.

Desde esta perspectiva, la disposición adicional trigésima octava de la LOE, en la redacción dada por la Ley Orgánica 3/2020 arriba transcrita, reconoce en su apartado 1 el «derecho de los alumnos y las alumnas a recibir enseñanzas en castellano y en las demás lenguas cooficiales en sus respectivos territorios», de modo que no puede considerarse contraria al artículo 3 de la Constitución del que efectivamente deriva este derecho a que el castellano y la lengua cooficial sean ambas lenguas vehiculares, según nuestra jurisprudencia citada más arriba [apartado d) (iii) y (iv) de este mismo fundamento jurídico].

f) Plantean los recurrentes a continuación dos omisiones a su juicio inconstitucionales. La primera la de asumir la responsabilidad de «velar» por el respeto a los derechos lingüísticos de los alumnos en el sistema educativo, reconocida por la doctrina constitucional [*supra* apartado d) (v) de este mismo fundamento jurídico], y la segunda la de efectuar «normativamente [...] una programación mínima que exija una proporción razonable entre la lengua oficial y la cooficial», previsión esta contenida en la redacción original de la disposición adicional trigésima octava, añadida por la LOMCE («la administración educativa deberá garantizar una oferta docente sostenida con fondos públicos en la que el castellano sea utilizado como lengua vehicular en una proporción razonable») pero que no aparece en la nueva redacción de la disposición dada por la Ley Orgánica 3/2020.

g) La primera puede descartarse puesto que, siendo ciertamente una responsabilidad de origen constitucional, como ya hemos dicho, esa responsabilidad está expresamente atribuida a un órgano de la Administración General del Estado como es la alta inspección en el art. 150.1 d) LOE, incluido ya en el texto original de 2006 y no modificado hasta la fecha, como ya recordó la STC 14/2018, FJ 10 a), precepto que dispone:

«En el ejercicio de las funciones que están atribuidas al Estado, corresponde a la alta inspección: [...] Velar por el cumplimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y

deberes en materia de educación, así como de sus derechos lingüísticos, de acuerdo con las disposiciones aplicables.»

En la STC 14/2018, FJ 10, hemos insistido en la responsabilidad de la administración del Estado, a través de la alta inspección, en llevar a cabo una función de «control», «verificación», «garantía», «comprobación», «vigilancia, supervisión o fiscalización» de la actuación de las comunidades autónomas en este concreto ámbito educativo, con la posibilidad de que, como resultado de esa función, «las autoridades del Estado requieran al órgano competente de la comunidad [autónoma] 'para que se adopten las medidas precisas a fin de corregir la infracción'» o «incumplimiento» detectados y o pueda «acudir [...] a las modalidades de control de la actividad de los órganos de las comunidades autónomas que resultan de los artículos 153 y 155 CE» [STC 33/2018, de 12 de abril, FJ 12 b), reproduciendo la STC 42/1983, de 20 de mayo, FJ 5].

La ley reconoce el «derecho de los alumnos y las alumnas a recibir enseñanzas en castellano y en las demás lenguas cooficiales en sus respectivos territorios». Como tal derecho, sus titulares pueden instar su ejercicio de los tribunales de acuerdo con el art. 24.1 de la Constitución. Corresponde, además, de acuerdo con el art. 150.1 d) LOE, a la administración del Estado garantizar su cumplimiento. Si la administración autonómica no respetara ese derecho, y la administración del Estado tampoco cumpliera con su deber, punto de partida de los recurrentes, la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa ofrece a los interesados remedios procesales adecuados, pero ese supuesto incumplimiento no puede servir de base para la anulación de una ley por insuficiencia normativa.

h) La segunda omisión denunciada, en cuanto mandato efectivamente ausente, requiere algunas precisiones adicionales sobre la figura de la inconstitucionalidad por omisión.

Según doctrina reiterada de este tribunal «la inconstitucionalidad de una norma por omisión solo puede entenderse producida cuando es la propia Constitución la que impone al legislador la necesidad de integrar su texto en aspectos no contemplados por ella» (SSTC 317/1994, de 28 de noviembre, FJ 4, y 139/2016, de 21 de julio, FJ 10), o, en otros términos, «cuando la Constitución impone al legislador la necesidad de dictar normas de desarrollo constitucional y el legislador no lo hace» (SSTC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 3; 74/1987, de 25 de mayo, FJ 4; 87/1989, de 11 de mayo, FJ 2, y 159/2011, de 19 de octubre, FJ 5, entre otras). Más claramente aun dice la STC 98/1985, de 29 de julio, FJ 3, que «es obvio que no resulta posible deducir la inconstitucionalidad de una norma por no regular una determinada materia, salvo, como se ha dicho, que existiese un mandato constitucional expreso, dirigido además a tal norma y no a otra diferente».

Ha de ser así porque la Constitución encomienda la función de crear Derecho a las Cortes Generales y parlamentos autonómicos (arts. 66.1 y 152.1) dado su origen y control democráticos, lo que impide al Tribunal Constitucional asumir «una función de legislador positivo que institucionalmente no le corresponde» (SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; 96/1996, de 30 de mayo, FJ 22; 235/1999, de 20 de diciembre, FJ 13; 194/2000, de 19 de julio, FJ 4; 184/2003, de 23 de octubre, FJ 7; 273/2005, de 27 de octubre, FJ 8, y 126/2021, de 3 de junio, FJ 6). Como dijimos en la STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 6, «[e]l Tribunal Constitucional es intérprete supremo de la Constitución, no legislador, y solo cabe solicitar de él el pronunciamiento sobre adecuación o inadecuación de los preceptos a la Constitución». De modo que en la arquitectura constitucional no es este tribunal quien debe dar respuesta positiva a las (supuestas) demandas de la sociedad. Esta tiene otros cauces y otros órganos para expresarlas. Por tanto, únicamente cuando la omisión del legislador sea equivalente a la negación de la eficacia directa y plena de un mandato o derecho concreto de la Constitución puede este tribunal apreciarlo así y declarar, o más bien reiterar, la eficacia de ese precepto constitucional silenciado o desconocido. Por decirlo en palabras de la STC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 14: «[l]a objeción que se apunta en el recurso respecto de la función del Tribunal Constitucional, declarar la inconstitucionalidad de una norma por lo que en ella 'no se regula', supondría efectivamente invadir competencias legislativas. Completar

lo regulado por la Ley, y esta es la conclusión a que se llegaría de estimarse la impugnación, no es función que puede asumir este tribunal por corresponder al legislador».

Ahora bien, en algunos casos ciertas imprecisiones o silencios del legislador sí se han considerado contrarios a la Constitución. Por ejemplo, la STC 74/1987 apreció la inconstitucionalidad por omisión de la ley que limitaba el derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete en diligencias policiales al caso del «extranjero que no comprenda o hable el castellano» efectuando una interpretación conforme del citado precepto legal para extender el derecho a los ciudadanos españoles que se hallasen en la misma situación, por ser ello una exigencia del artículo 24.1 de la Constitución. O la más reciente STC 126/2021, que efectuó también una interpretación conforme para colmar la laguna de un precepto penal que no establecía los límites máximo y mínimo de una pena en contra de las exigencias del derecho a la certeza y taxatividad de las penas derivado del art. 25.1 CE, por ser ello una exigencia de este precepto constitucional. Puede apreciarse una aplicación del mismo principio en la doctrina temprana del Tribunal que dedujo de la legislación preconstitucional el contenido de las bases a que se refieren diversos subapartados del art. 149.1 CE a fin de evitar que la inactividad del legislador estatal pudiese bloquear la producción legislativa de desarrollo de esas bases por las comunidades autónomas (SSTC 32/1981, de 28 de julio, FJ 6; 1/1982, de 28 de enero, FJ 1, y 64/1982, de 4 de noviembre, FJ 5), y en la resolución de recursos de amparo donde se reconoció la plena eficacia de derechos fundamentales cuyo ejercicio quedaba impedido por la ausencia de las previsiones legales necesarias para ello, como la objeción de conciencia al servicio militar del art. 30.2 CE antes de existir la regulación legal que reclama ese precepto (STC 15/1982, de 23 de abril) o el «derecho a crear televisiones por cable de alcance local» derivado de las libertades de expresión e información del art. 20.1, letras a) y d), no permitido por la legislación en vigor (STC 31/1994, de 31 de enero). Dijimos en esta última sentencia –y demás de su misma serie– que «lo que no puede el legislador es diferir *sine die*, más allá de todo tiempo razonable y sin que existan razones que justifiquen la demora, la regulación de una actividad, como es en este caso la gestión indirecta de la televisión local por cable, que afecta directamente al ejercicio de un derecho fundamental como son los reconocidos en el art. 20.1 a) y d) CE, pues la ausencia de regulación legal comporta, de hecho, como ha ocurrido en los supuestos que han dado lugar a los presentes recursos de amparo, no una regulación limitativa del derecho fundamental, sino la prohibición lisa y llana de aquella actividad que es ejercicio de la libertad de comunicación que garantizan los apartados a) y d) del art. 20.1 CE, en su manifestación de emisiones televisivas de carácter local y por cable» (STC 31/1994, FJ 7, doctrina repetida en las SSTC 98/1994, de 11 de abril; 240/1994, de 20 de julio; 281/1994, de 17 de octubre; 307/1994, de 14 de noviembre, y 47/1996, de 11 de marzo).

Pero no todas las normas de la Constitución permiten esa inconstitucionalidad por omisión. Las hay muy diferentes por su destinatario y estructura. En particular, hemos dicho que «la naturaleza de los principios rectores de la política social y económica que recoge el Capítulo III del Título I de nuestra Constitución hace improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta», puesto que de acuerdo con el art. 53.3 de la propia Constitución estos derechos «solo se pueden alegar ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo dispuesto en las leyes que los desarrollen» (en este sentido, SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4, sobre el mandato de protección a la familia del art. 39 CE, y 139/2016, FJ 10, sobre el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE).

i) Retomando ahora el reproche de inconstitucionalidad por omisión planteado por los recurrentes, sostienen estos que del art. 3 de la Constitución deriva el mandato de que se establezca por el legislador estatal «normativamente [...] una programación

mínima que exija una proporción razonable entre la lengua oficial y la cooficial», no bastando para ello lo dispuesto en la disposición adicional trigésima octava.

Teniendo en cuenta que según doctrina constitucional, ya citada, de los arts. 3 y 27 CE no deriva el derecho a recibir las enseñanzas solamente en una lengua, sino el derecho a que tanto el castellano como las cooficiales sean vehiculares en la enseñanza, la disposición adicional recurrida garantiza el derecho constitucional citado. Expresamente reconoce el «derecho» a recibir enseñanzas «en» castellano y «en» las demás lenguas cooficiales (apartado 1); derecho que como tal la legislación de desarrollo habrá de respetar, el Estado garantizar [art. 150.1 d) LOE, antes transcrito], y que habilita a sus titulares a reclamar su cumplimiento y reaccionar en caso contrario (art. 24.1 CE). Además, la disposición adicional establece que las materias de lengua y literatura deberán impartirse en las lenguas correspondientes, lo que sistemáticamente interpretado significa que no solo esas materias deben impartirse en esas lenguas, pues de lo contrario no tendría sentido el apartado 1. Finalmente, impone a las administraciones y a los centros que apliquen instrumentos de «control, evaluación y mejora [...] de modo que se garantice que todo el alumnado alcance la competencia en comunicación lingüística, en lengua castellana y [...] en las lenguas cooficiales, en el grado requerido» y asimismo que «impuls[en] la adopción por parte de los centros de las medidas necesarias para compensar las carencias que pudieran existir en cualquiera de las lenguas», mandato que reitera el art. 121.2 bis para los centros y el art. 144.1 para el Instituto Nacional de Evaluación Educativa y los organismos correspondientes de las comunidades autónomas.

Son mandatos que garantizan el derecho constitucional a que el castellano –que es la concreta lengua a que se refieren los recurrentes– no sea excluido como lengua vehicular y que respetan el «patrón de equilibrio o igualdad entre lenguas» derivado del artículo 3 CE conforme a las SSTC 109/2019, FJ 7, y 114/2019, FJ 3. Una presencia razonable del castellano y de la lengua cooficial como lenguas vehiculares en cualquier circunstancia es imprescindible para que exista ese «equilibrio o igualdad» entre lenguas y para que el «derecho» a su utilización como lenguas vehiculares no se vea reducido a una fórmula vacía, sino que se mantenga como derecho real y efectivo. Pero la omisión de una fórmula legal que solamente se incluyó en la LOE en el año 2013 no puede conducir a una declaración de inconstitucionalidad.

Por todo lo razonado hasta aquí, el sexto motivo del recurso debe ser también desestimado.

9. Competencias del Estado en materia educativa.

a) Si nos hemos extendido en el fundamento jurídico anterior sobre la figura de la inconstitucionalidad por omisión ha sido porque en su último motivo los recurrentes plantean «por primera vez» ante el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad de una ley «por defecto de lo básico», en este caso del art. 149.1.30 CE, que atribuye al Estado competencia para la «[r]egulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia». Reconocen que el Estado, es decir, las Cortes Generales, tiene una amplia libertad de configuración para establecer esas bases, pero al igual que no pueden rebasar un límite máximo vaciando las competencias autonómicas, debe existir igualmente un «límite mínimo» que les impida «desarticular la configuración constitucional del Estado autonómico». Al igual que ocurre con el límite máximo «esa elasticidad [de las bases] tiene un límite mínimo a partir del cual lo básico quiebra». La Constitución no ha previsto la «eventualidad» de que el Estado central estime necesario intervenir para uniformar sectores inicialmente atribuidos a las comunidades autónomas, sino que establece una serie de competencias «de ejercicio necesario» por su parte. El Estado, pues, «carec[e] de libertad para resolver si en determinados ámbitos ha de existir o no un Derecho común, resolución que, a lo largo del artículo 149.1, adoptó ya el poder constituyente». Que esto es así, concluye, lo

demuestran la determinación material y no formal de las bases establecida por la doctrina de este tribunal o la necesaria deducción de las normas básicas de normas preconstitucionales no ajustadas a la estructura territorial del Estado una vez aprobada la Constitución. Partiendo de este sustrato común, los recurrentes cuestionan por insuficiencia normativa la regulación de las siguientes materias (todos los artículos citados son por la numeración de la LOE): (i) la fijación de enseñanzas mínimas (arts. 6, 27 y 28); (ii) las pruebas de evaluación en educación primaria y secundaria obligatoria (arts. 21 y 29) y de acceso a la universidad (art. 28); (iii) la evaluación del sistema educativo (arts. 143 y 144); (iv) el reconocimiento de improcedentes competencias normativas a las comunidades autónomas en educación secundaria, bachillerato y formación profesional ocupacional (arts. 31, 32, 34 y 42 bis); y (v) la inspección del sistema educativo y supervisión de libros de texto y materiales curriculares (art. 148 y disposición adicional cuarta).

b) El abogado del Estado parte de una serie de consideraciones generales y luego desciende a los motivos concretos contra cada subsector o submateria objeto de recurso (currículo, pruebas de evaluación, etcétera). Considera que el legislador «goza de libertad para establecer [...] las bases de una determinada materia» como «plasmación de una legítima acción política que no puede ser fiscalizada por el Tribunal Constitucional» por suponer un «juici[o] de oportunidad» sobre la concreción de lo básico vedada a la jurisdicción constitucional. Y sostiene que muchos de los reproches son preventivos en cuanto se dirigen contra habilitaciones reglamentarias, de suerte que habrá de esperarse al dictado de esos reglamentos para valorar su constitucionalidad, sin perjuicio de recordar que siempre que la materia lo demande y exista habilitación legal, es constitucionalmente posible la existencia normas reglamentarias de carácter básico. En fin, le parece que las consultas previas a las comunidades autónomas cuestionadas por los recurrentes forman parte del funcionamiento ordinario del Estado y responde a principios generales de cooperación y colaboración.

c) Las competencias son «indisponibles e irrenunciables» según reiterada doctrina de este tribunal (por todas, STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 22, a propósito de una norma estatutaria). Y puede compartirse con los recurrentes la premisa de que existen ciertas normas mínimas que el legislador básico no puede desconocer, singularmente cuando de derechos constitucionales se trata, pues este es el principio que cabe extraer de los precedentes antes citados sobre la inconstitucionalidad por omisión: la inactividad o el silencio del legislador no pueden bloquear mandatos o derechos que con eficacia inmediata y directa establece la Constitución, tanto para particulares como para entes públicos, como es el «derecho a la autonomía» y a la gestión de sus propios intereses de las comunidades autónomas una vez constituidas (arts. 2 y 137 CE). Este fue el mandato o «derecho» con eficacia jurídica directa que hizo valer el Tribunal Constitucional en sus primeros años cuando dedujo de la normativa preconstitucional las bases o normas básicas en materias aún no reguladas por el legislador democrático, doctrina invocada por los recurrentes para pretender que este tribunal fije ahora esas bases mínimas en materia de educación. Se trataba en aquellos casos de garantizar la autonomía de las comunidades autónomas o su «derecho» (art. 2) a elaborar políticas propias a través de su potestad legislativa de desarrollo estatutariamente asumida, con la eficacia directa propia de los estatutos de autonomía [art. 147.2 d) CE]. Así resulta, por ejemplo, de la STC 64/1982, FFJJ 4 y 5:

«4. Sentado lo anterior y para decidir si la Ley impugnada respeta o no el orden competencial establecido por la Constitución y el Estatuto hay que referirse en primer término al art. 149.1.23 de la Constitución en relación con el 10.6 del Estatuto. El primero atribuye al Estado competencia exclusiva entre otras materias para dictar la 'legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las comunidades autónomas de establecer normas adicionales de protección'. El segundo dispone que 'en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca corresponde a la Generalidad el desarrollo legislativo y la ejecución de las siguientes materias [...]

protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de la Generalidad para establecer normas adicionales de protección' [...].

5. La cuestión siguiente a dilucidar es por consiguiente cuál es esa legislación básica, que puede desarrollar, ejecutar y complementar la Generalidad.

No existiendo por ahora tal legislación básica es de aplicación la doctrina sentada por este tribunal en sus sentencias de 28 de julio de 1981 (recurso 40-1981) y de 8 de febrero de 1982 (recurso 234-1981), según la cual la ausencia de aquella no impide a las comunidades autónomas ejercer su competencia legislativa siempre que se respeten las bases o normas básicas entendidas como nociones materiales que se deduzcan racionalmente de la legislación vigente, estén o no formuladas de forma expresa, y sin perjuicio de que el Estado pueda dictar en el futuro tales normas que, naturalmente, serán entonces aplicables a las comunidades autónomas.»

Pero la asunción del concepto material de las bases invocado aquí por los recurrentes no llevó al Tribunal a asumir la tarea de fijar esas bases, sino a deducirlas «racionalmente de la legislación vigente», en aquel caso la Ley de minas de 1973 (y en el mismo sentido, STC 251/2006, de 25 de julio, FJ 10, sobre la Ley de expropiación forzosa de 1954). Porque más allá de derechos o mandatos constitucionales con eficacia jurídica inmediata y plena, no corresponde a este tribunal la función de crear Derecho, sino a los parlamentos democráticamente elegidos y políticamente responsables ante el electorado, y en concreto a las Cortes Generales, como «representante en cada momento histórico de la soberanía popular» (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7). Por eso hemos dicho que «es al Estado a quien corresponde, en el ejercicio de su competencia [...] realizar la concreción de lo básico con el margen de apreciación y oportunidad política que ello supone» y que «goza de completa libertad para establecer con carácter general las bases de una determinada materia, sin que su acción legislativa en este extremo, plasmación de una legítima opción política, pueda ser fiscalizada por este Tribunal Constitucional, que no es un juez de la oportunidad, salvo que traspase los límites que para esa acción legislativa resulten del bloque de la constitucionalidad» (SSTC 1/2003, de 16 de enero, FJ 8; 181/2012, de 15 de octubre, FJ 5, y 191/2012, de 29 de octubre, FJ 5), como también hemos reconocido por este motivo la «variabilidad de las bases» (por todas, SSTC 24/2014, de 13 de febrero, FJ 6, y 96/2018, de 19 de septiembre, FJ 3, ambas en materia de educación). En definitiva, no corresponde a este tribunal fijar de una vez y para siempre las bases de una determinada materia, sino que es el legislador, por su experiencia de gestión y mandato democrático, el llamado a hacerlo pudiendo revisar así su decisión en virtud de consideraciones políticas o de oportunidad. La «ponderación de lo que el interés nacional demanda», cuya fijación nos piden los recurrentes, corresponde en la distribución de poderes y competencias efectuada por la Constitución a las Cortes Generales, con las excepciones antes señaladas.

Desde estas premisas abordaremos las concretas denuncias de los recurrentes.

10. Ordenación del currículo.

a) Para los recurrentes, la derogación de la competencia del Gobierno sobre el «diseño del currículo básico» [art. 6 bis.1 e), redactado por la LOMCE], unida a la nueva redacción por la Ley Orgánica 3/2020 del art. 6, apartados 3, 5, 6 y 7, LOE, supone el «abandono» por el Estado del ejercicio su competencia sobre ordenación del currículo reconocida en la STC 51/2019, de 11 de abril, FJ 5, sobre el art. 6 LOE, versión LOMCE. La nueva redacción de este art. 6 LOE efectuada por la Ley Orgánica 3/2020 «hace desaparecer la competencia estatal de ordenación curricular para diluirla en una suerte de competencia compartida con las comunidades autónomas», que deben ser consultadas antes de la aprobación por el Gobierno del currículo básico (art. 6.3) y que aprueban finalmente el currículo conforme al apartado 5 del mismo precepto.

b) El Gobierno de la Nación considera correctamente ejercida la competencia básica sobre ordenación del currículo derivada del art. 149.1.30 CE, segundo inciso. La

regulación por el Estado de las enseñanzas «mínimas» y su desarrollo por las comunidades autónomas mediante la aprobación del currículo ha sido una constante en las leyes educativas (cita el art. 4.3 LOGSE, el art. 8.3 LOCE, el art. 6.3 LOE, versión originaria, e incluso el art. 6 bis LOE, versión LOMCE en que se apoyan los recurrentes, que también dejaba margen de desarrollo a las comunidades autónomas). Un desarrollo normativo garantizado por las SSTC 212/2012, de 14 de noviembre, FJ 4, y 14/2018, de 20 de febrero, FJ 5.

c) Los preceptos impugnados, que son diversos apartados del artículo 6 LOE, intitulado «Currículo» (redactado íntegramente por la Ley Orgánica 3/2020), tienen el siguiente tenor (marcamos en cursiva los incisos especialmente cuestionados por los recurrentes):

«3. Con el fin de asegurar una formación común y garantizar la validez de los títulos correspondientes, el Gobierno, *previa consulta a las comunidades autónomas*, fijará, en relación con los objetivos, competencias, contenidos y criterios de evaluación, los aspectos básicos del currículo, que constituyen las enseñanzas mínimas. Para la formación profesional fijará así mismo los resultados de aprendizaje correspondientes a las enseñanzas mínimas.

[...]

5. *Las administraciones educativas establecerán el currículo de las distintas enseñanzas reguladas en la presente Ley*, del que formarán parte los aspectos básicos señalados en apartados anteriores. Los centros docentes desarrollarán y completarán, en su caso, el currículo de las diferentes etapas y ciclos en el uso de su autonomía y tal como se recoge en el capítulo II del título V de la presente Ley. Las administraciones educativas determinarán el porcentaje de los horarios escolares de que dispondrán los centros docentes para garantizar el desarrollo integrado de todas las competencias de la etapa y la incorporación de los contenidos de carácter transversal a todas las áreas, materias y ámbitos.

Las administraciones educativas podrán, si así lo consideran, exceptuar los cursos de especialización de las enseñanzas de formación profesional de estos porcentajes, pudiendo establecer su oferta con una duración a partir del número de horas previsto en el currículo básico de cada uno de ellos.

6. *Las administraciones educativas revisarán periódicamente los currículos* para adecuarlos a los avances del conocimiento, así como a los cambios y nuevas exigencias de su ámbito local, de la sociedad española y del contexto europeo e internacional.

7. El Gobierno incluirá en la estructura orgánica del Ministerio de Educación y formación profesional una unidad que, en cooperación con las comunidades autónomas, desarrolle las funciones a las que se refieren los apartados tercero y cuarto de este artículo y contribuya a la actualización permanente de los currículos que constituyen las enseñanzas mínimas, sin perjuicio de lo previsto para la actualización de currículos de enseñanzas de formación profesional y enseñanzas de régimen especial.»

d) Las sentencias citadas por los diputados recurrentes y el Gobierno de la Nación concuerdan en reconocer la competencia del Estado ex art. 149.1.30, segundo inciso (bases sobre la educación), para «la fijación de las que en las sucesivas leyes educativas han sido denominadas ‘enseñanzas mínimas’, posteriormente ‘enseñanzas comunes’ y, en el presente, ‘aspectos básicos del currículo’» (STC 51/2019, FJ 5, citando la STC 14/2018, FJ 4, sobre la LOMCE). Incluso en esta última, en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra, entre otros, el art. 6 bis LOE, redactado por la LOMCE, se desestimó la impugnación porque la ley estatal «no agota el campo normativo, sino que, por el contrario, prevé expresamente la existencia de un complemento de los contenidos de las asignaturas troncales, a establecer por las comunidades autónomas» y por tanto «la competencia autonómica queda condicionada solo parcialmente» (STC 14/2018, FJ 5).

La Ley Orgánica 3/2020 no se separa pues del sistema seguido por sus predecesoras, salvo en una cuestión de grado, ya que el nuevo art. 6.3 continúa

reservando al Estado, a través del Gobierno de la Nación, la fijación de «los aspectos básicos del currículo, que constituyen las enseñanzas mínimas». Como ya hemos dicho, no es función de este tribunal deducir del art. 149.1.30 de la Constitución una única ordenación básica posible u óptima del sistema educativo. El mismo margen de apreciación que hemos reconocido a las Cortes Generales, que mediante su elección y renovación democráticas «representan al pueblo español» (art. 66.1 CE), para organizar la educación desde un punto de vista sustantivo, han de tenerlo también desde un punto de vista competencial, para fijar unas u otras bases y dejar mayor o menor margen a las comunidades autónomas.

Por último, la consulta previa a las comunidades autónomas, no convierte la decisión del Gobierno de la Nación regulada en el art. 6.3 en una decisión «conjunta» con aquellas, de la misma manera que los trámites de consulta, audiencia e información públicas [artículo 105 a) de la Constitución y artículo 133 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas] o de informe de órganos consultivos previstos en otras normas del ordenamiento [por ejemplo en los artículos 107, 124.4 o 153 b) de la Constitución] con carácter previo a la toma de decisiones por el mismo órgano no sustraen a este su competencia y responsabilidad por la misma. Es, además, una técnica de colaboración constitucionalmente posible y que puede prever el Estado para preparar la toma de decisiones en ámbitos de competencia compartida, que no altera el hecho de que la decisión final corresponde al titular de la competencia (por todas, STC 184/2012, de 17 de octubre, FJ 8, sobre los preceptos de la LOCE que regulaban trámites de informe y consulta de las comunidades autónomas con carácter previo a la toma de decisiones de competencia del Estado).

En definitiva, los preceptos impugnados no vulneran el art. 149.1.30 de la Constitución ni impiden la eficacia de un mandato o derecho constitucional con eficacia jurídica inmediata y plena, y por lo tanto el recurso contra ellos debe ser desestimado.

11. Modificación y adaptación del currículo por las comunidades autónomas.

a) Íntimamente relacionado con lo anterior, los recurrentes sostienen que «por los mismos argumentos expuestos para el art. 6 LOE», el reconocimiento de competencia a las comunidades autónomas para modificar y adaptar el currículo (art. 27.1 LOE) y los criterios y las pruebas de evaluación (art. 28, apartados 7, 8 y 10, LOE) es contrario al art. 149.1.30, segundo inciso, CE pues supone atribuir a estas «una competencia normativa de la que carecen».

b) El abogado del Estado, además de señalar que los programas de diversificación curricular del art. 27 LOE y las adaptaciones de pruebas y evaluaciones del art. 28 LOE son «herederos de medidas similares en leyes anteriores» para atender a alumnos con dificultades, reproduce la STC 184/2012, de 17 de octubre, FJ 6 c), que dijo que «la regulación de las condiciones en las que es posible progresar en el sistema educativo mediante el paso de un curso a otro ha de corresponder al Estado, por poseer una indudable naturaleza básica que se relaciona con el necesario grado de homogeneidad e igualdad que ha de ser predicable del sistema educativo en su conjunto».

c) Los preceptos recurridos, copiados a la letra, dicen así:

«Artículo 27. *Programas de diversificación curricular.*

1. El Gobierno y las administraciones educativas definirán, en el ámbito de sus respectivas competencias, las condiciones para establecer la modificación y la adaptación del currículo desde el tercer curso de educación secundaria obligatoria, para el alumnado que lo requiera tras la oportuna valoración. En este supuesto, los objetivos de la etapa y las competencias correspondientes se alcanzarán con una metodología específica a través de una organización del currículo en ámbitos de conocimiento, actividades prácticas y, en su caso, materias, diferente a la establecida con carácter general.»

«Artículo 28. *Evaluación y promoción.*

[...]

7. Quienes al finalizar el cuarto curso de educación secundaria obligatoria no hayan obtenido la titulación establecida en el artículo 31.1 de esta ley podrán alcanzarla a través de la realización de pruebas o actividades personalizadas extraordinarias de las materias que no hayan superado, de acuerdo con el currículo establecido por la administración educativa competente.

8. Los alumnos y alumnas que cursen los programas de diversificación curricular a los que se refiere el artículo 27 serán evaluados de conformidad con los objetivos de la etapa y los criterios de evaluación fijados en cada uno de los respectivos programas.

[...]

10. Los referentes de la evaluación, en el caso del alumnado con necesidades educativas especiales, serán los incluidos en las correspondientes adaptaciones del currículo, sin que este hecho pueda impedirles la promoción o titulación.

Se establecerán las medidas más adecuadas para que las condiciones de realización de los procesos asociados a la evaluación se adapten a las necesidades del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo.»

d) Dado que la impugnación se basa en los «mismos argumentos» que la resuelta en el fundamento jurídico anterior, una remisión al mismo es suficiente para enmarcar la desestimación. La Constitución, y en particular el art. 149.1.30 CE, segundo inciso, no imponen que haya de ser el Estado necesariamente el único que deba definir las posibles adaptaciones de currículo, pruebas o evaluaciones ante circunstancias especiales. En particular, la STC 184/2012, citada por el abogado del Estado, ha encuadrado esta materia en la competencia básica del art. 149.1.30 CE, segundo inciso, y corresponde a las Cortes Generales regular esta cuestión en la forma que considere mejor para los intereses generales, sin que pueda el Tribunal Constitucional subrogarse en su lugar y sustituir esta apreciación.

12. Evaluaciones de diagnóstico.

a) Los diputados recurrentes impugnan los incisos de los arts. 21, primer párrafo, y 29, primer párrafo, que consideran «responsabilidad de las administraciones educativas» y por tanto de las comunidades autónomas la evaluación de diagnóstico que debe realizarse en el cuarto curso de educación primaria y en el segundo curso de educación secundaria obligatoria. Consideran que con ello la evaluación pasa a «depender enteramente» de las comunidades autónomas sin que exista una «garantía real» de formación común. Le parece que esta «insuficiente densidad normativa» es contraria a la competencia del Estado para fijar «los niveles de exigencia requeridos» y «agotar normativamente» el diseño de las pruebas resultante del art. 149.1.30, primer inciso.

b) Al tratarse de una evaluación de diagnóstico sin efectos académicos, el abogado del Estado niega que sea aplicable el primer inciso del art. 149.1.30 CE, y recuerda que las pruebas de diagnóstico estaban ya previstas con similar responsabilidad de las comunidades autónomas en la LOCE (art. 18).

c) Los arts. 21, párrafo primero, y 29, párrafo primero, tienen la misma redacción, salvo en lo relativo al curso a que se refieren. Bajo la rúbrica igualmente común de «Evaluación de diagnóstico» disponen:

«En el cuarto curso de educación primaria [o 'en el segundo curso de educación secundaria obligatoria'] todos los centros realizarán una evaluación de diagnóstico de las competencias adquiridas [o 'alcanzadas'] por su alumnado. Esta evaluación, *que será responsabilidad de las administraciones educativas*, tendrá carácter informativo, formativo y orientador para los centros, para el profesorado, para el alumnado y sus familias y para el conjunto de la comunidad educativa. Estas evaluaciones, de

carácter censal, tendrán como marco de referencia el establecido en el artículo 144.1 de esta Ley.»

Este artículo 144.1, no impugnado, pero que contextualiza los preceptos que sí han sido objeto de recurso, establece:

«El Instituto Nacional de Evaluación Educativa y los organismos correspondientes de las administraciones educativas colaborarán en la realización de un marco común de evaluación que sirva como referencia de las evaluaciones de diagnóstico contempladas en los artículos 21 y 29 de esta Ley. Los centros docentes realizarán una evaluación a todos sus alumnos y alumnas en cuarto curso de educación primaria y en segundo curso de educación secundaria obligatoria, según dispongan las administraciones educativas. La finalidad de esta evaluación será diagnóstica y en ella se comprobará al menos el grado de dominio de la competencia en comunicación lingüística y de la competencia matemática. Los centros educativos tendrán en cuenta los resultados de estas evaluaciones en el diseño de sus planes de mejora.»

d) De acuerdo con los propios preceptos recurridos, la evaluación que se atribuye a las comunidades autónomas y que cuestionan los recurrentes es «de diagnóstico de las competencias adquiridas/alcanzadas» por los alumnos y de «carácter informativo, formativo y orientador» para centros, profesores, alumnos, familias y comunidad educativa en general. No se trata por tanto de pruebas conducentes a la obtención de títulos académicos a que se refiere el art. 149.1.30, primer inciso, CE invocado en el recurso. La STC 14/2018, de 20 de febrero, FFJJ 6 a 8, ha reconocido la competencia del Estado para establecer «pruebas finales de evaluación» conducentes a la obtención de títulos educativos y «acometer [su] entera normación», como hacía la LOMCE, al quedar encuadradas esas pruebas en el primer inciso del art. 149.1.30 CE (competencia del Estado para la «regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales»). Pero ello no significa que sea constitucionalmente imperativo establecer esas pruebas, su número, amplitud, contenido y momento de realización. Es esta una decisión de oportunidad que corresponde a las Cortes Generales y no a este tribunal, según venimos razonando en los fundamentos jurídicos anteriores. El recurso interpuesto contra los arts. 21 y 29, por tanto, debe ser desestimado.

13. Competencias indebidamente reconocidas a las comunidades autónomas.

a) Los diputados recurrentes cuestionan a continuación un conjunto de preceptos que tienen en común dar margen de decisión a las comunidades autónomas y a los profesores sobre la evaluación y obtención de títulos de los alumnos. Se trata concretamente de los artículos 31.1, párrafo segundo, y 4, en relación con el título de graduado en educación secundaria obligatoria; 32.3, segundo párrafo, sobre la realización del bachillerato; 34.3, sobre la estructura del bachillerato; 37.1, sobre la evaluación del bachillerato; y 42 bis.2, para la formación profesional. Les parece que ello supone una renuncia por el Estado a establecer el «mínimo» que permita «alcanzar la imprescindible y necesaria homogeneidad» y la «verdadera homologación» del sistema educativo, y atribuir a las comunidades autónomas «una competencia normativa que no les corresponde».

b) El abogado del Estado señala que la extensión de la normativa reguladora de la educación hace imposible concretar todas las normas básicas exigidas por el art. 149.1.30 en una ley orgánica. Niega además que haya «dejação de funciones» por el legislador estatal, sino que las normas recurridas forman parte de su «legítima opción» en el ejercicio de la competencia exclusiva sobre regulación de las condiciones para la obtención de títulos del art. 149.1.30, primer inciso CE.

c) Los preceptos recurridos tienen el siguiente tenor:

(i) El artículo 31 dispone en su apartado 1, párrafo primero (no impugnado), primer inciso, que «[o]btendrán el título de graduado en educación secundaria obligatoria los alumnos y alumnas que al terminar la educación secundaria obligatoria hayan adquirido las competencias establecidas y alcanzado los objetivos de la etapa, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 10 del artículo 28». En este contexto se recurre el párrafo segundo del apartado 1 y el apartado 4, que disponen:

«1. [...]

Las decisiones sobre la obtención del título al final de la misma [la etapa de educación secundaria obligatoria] serán adoptadas de forma colegiada por el profesorado del alumno o alumna.

[...]

4. Las administraciones educativas, al organizar las pruebas libres para la obtención del título de graduado en educación secundaria obligatoria, determinarán las partes de la prueba que tiene superadas cada uno de los aspirantes de acuerdo con su historia académica previa.»

(ii) El art. 32, sobre los «principios generales» del bachillerato, dispone en su apartado 3, del que se impugna solo su párrafo segundo:

«El bachillerato comprende dos cursos, se desarrollará en modalidades diferentes, se organizará de modo flexible y, en su caso, en distintas vías, a fin de que pueda ofrecer una preparación especializada a los alumnos y alumnas acorde con sus perspectivas e intereses de formación o permita la incorporación a la vida activa una vez finalizado el mismo.

El Gobierno, previa consulta con las comunidades autónomas, fijará las condiciones en las que el alumnado pueda realizar el bachillerato en tres cursos, en régimen ordinario, siempre que sus circunstancias personales, permanentes o transitorias, lo aconsejen. En este caso se contemplará la posibilidad de que el alumnado curse simultáneamente materias de ambos cursos de bachillerato.»

(iii) El artículo 34, que regula la «organización general del bachillerato», dispone en su apartado 3, impugnado, lo siguiente:

«El Gobierno, previa consulta a las comunidades autónomas, establecerá la estructura de las modalidades, las materias específicas de cada modalidad y el número de estas materias que deben cursar los alumnos y alumnas.»

(iv) El artículo 37, intitulado «Título de bachiller», dispone en su apartado 1 (impugnado):

«Para obtener el título de bachiller será necesaria la evaluación positiva en todas las materias de los dos cursos de bachillerato. El Gobierno, previa consulta a las comunidades autónomas, establecerá las condiciones y procedimientos para que, excepcionalmente, el equipo docente pueda decidir la obtención del título de bachiller por el alumno o alumna que haya superado todas las materias salvo una, siempre que en ella no se haya producido una inasistencia continuada y no justificada y se considere que ha alcanzado los objetivos y competencias vinculados a ese título.»

(v) Y finalmente el art. 42 bis, dedicado a la formación profesional dual, que según define su apartado 1 «es el conjunto de acciones e iniciativas formativas que, en corresponsabilidad con las empresas, tienen por objeto la cualificación profesional de las

personas, armonizando los procesos de enseñanza y aprendizaje entre los centros educativos y los centros de trabajo», dispone en su apartado 2, impugnado, lo siguiente:

«El Gobierno, previa consulta a las comunidades autónomas, regulará las condiciones y requisitos básicos que permitan el desarrollo por las administraciones educativas de la formación profesional dual en el ámbito del sistema educativo.»

d) Ya hemos dicho más arriba [fundamento jurídico 11 d), con referencia a la STC 184/2012, de 17 de octubre, FJ 8] que no hay nada inconstitucional en que el Estado regule en ámbitos de su competencia trámites de consulta o informe a las comunidades autónomas. Ello no supone ninguna dejación de funciones, como sostienen los recurrentes, sino una técnica de «participación autonómica en la adopción de decisiones estatales» que deja «a salvo la titularidad de las competencias estatales eventualmente implicadas y la perfecta libertad que en su ejercicio corresponde a los organismos e instituciones del Estado» y un «mecanismo de colaboración entre el Estado y las comunidades autónomas consustancia[] a la estructura compuesta del Estado de las Autonomías» que «respet[a]» y no altera el «orden constitucional de distribución de competencias [...] ni su carácter indisponible» (STC 184/2012, FJ 8, con cita de sentencias anteriores). Por esta razón, las previsiones en tal sentido de los arts. 32.3, párrafo segundo, 37.1 y 42 bis.2 no vulneran el art. 149.1.30 de la Constitución.

Y tampoco lo hace la previsión de que «el profesorado» (art. 31.1, párrafo segundo) o «el equipo docente» (art. 37.1) sean quienes tomen la decisión sobre la obtención de un título educativo, o las condiciones en que deben hacerlo. Como alega el Gobierno de la Nación, ello forma parte del ámbito de decisión que otorga al Estado el art. 149.1.30, primer inciso, para regular las condiciones de obtención de títulos académicos.

14. Prueba de acceso a la universidad.

a) Los recurrentes consideran contrario al art. 149.1.30, primer inciso, CE que se atribuya a las comunidades autónomas la determinación del contenido de la prueba de acceso a la universidad en el art. 38, apartados 3 y 4. Paralelamente, cuestionan que la disposición final quinta, apartado 1 LOE, mencione solamente como título competencial el segundo inciso del art. 149.1.30, y no el primero, que es el ejercido en el art. 38 impugnado con carácter principal.

b) El abogado del Estado recuerda que la prueba de acceso a la universidad siempre se ha encuadrado en la competencia básica del segundo inciso del art. 149.1.30 CE, y no en la competencia exclusiva de su primera frase, y que la autonomía universitaria constitucionalmente garantizada (art. 27.10 CE) impide igualmente agotar la regulación de la materia. Cita en este sentido varias normas reglamentarias anteriores a la Ley Orgánica 3/2020 que así calificaron como básicas las normas sobre esta prueba, y la STC 14/2018, FFJJ 6 y 8 c), que efectuó este mismo encuadramiento competencial con cita de varias sentencias anteriores en el mismo sentido.

c) Una adecuada resolución del motivo aconseja reproducir los cuatro primeros apartados del art. 38, del que se impugnan solamente sus apartados 3 y 4:

«Artículo 38. Prueba de acceso a la universidad.

1. Para acceder a los estudios universitarios será necesaria la superación de una prueba que, junto con las calificaciones obtenidas en bachillerato, valorará, con carácter objetivo, la madurez académica y los conocimientos adquiridos en él, así como la capacidad para seguir con éxito los estudios universitarios.

2. Podrán presentarse a la prueba de acceso a la universidad quienes estén en posesión del título de bachiller, con independencia de la modalidad y de la vía cursadas. La prueba tendrá validez para el acceso a las distintas titulaciones de las universidades españolas.

3. El Gobierno, previa consulta a las comunidades autónomas, establecerá las características básicas de la prueba de acceso a la universidad, previa consulta a la Conferencia General de Política Universitaria y con informe previo del Consejo de Universidades y del Consejo Escolar del Estado.

4. Las administraciones educativas y las universidades organizarán la prueba de acceso y garantizarán la adecuación de la misma a las competencias vinculadas al currículo del bachillerato, así como la coordinación entre las universidades y los centros que imparten bachillerato para su organización y realización.»

d) Así pues, no tratándose de un título, la doctrina de este tribunal ha encuadrado la regulación del acceso a la universidad en el segundo inciso del art. 149.1.30 de la Constitución («normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución»). Así lo hizo, en particular, la STC 207/2012, de 14 de noviembre, en el conflicto de competencia planteado por el Gobierno de la Generalitat de Cataluña contra diversos preceptos del Real Decreto 1640/1999, de 22 de octubre, por el que se regula la prueba de acceso a estudios universitarios, FJ 3:

«[L]a materia competencial en la que debe encuadrarse la regulación cuestionada es, pues, la relativa a la enseñanza superior o universitaria ya que es indudable que la norma regula uno de los requisitos para poder acceder a este nivel educativo. En esta materia el Estado tiene atribuida, ex art. 149.1.30 CE –además de la regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos– la competencia para dictar ‘normas básicas para el desarrollo del art. 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia’. Por su parte, conforme dispone el Estatuto de Autonomía de Cataluña aprobado en el año 2006, la Generalitat ostenta competencia compartida, conforme al art. 172.2 d), sobre ‘la regulación del régimen de acceso a las universidades’, competencia compartida cuyos términos han de entenderse en el sentido que ya expresamos en la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 60.

A partir de ambas previsiones normativas no puede sino concluirse que el Estado, como ya señalamos en la STC 26/1987, de 27 de febrero, FJ 10 a), ostenta competencia para establecer la prueba de acceso de los estudiantes a los centros universitarios, pero dicha competencia ha de entenderse, conforme al marco constitucional y estatutario al que acabamos de aludir, circunscrita al contenido básico de la misma. Así el Estado, desde la competencia reconocida por el art. 149.1.30 CE, puede sin duda establecer condiciones básicas relativas a la prueba de acceso a los estudios universitarios aunque, ciertamente, debe tener presente, a la hora de establecer esas bases, que tales pruebas se refieren o afectan a tres ámbitos diversos: la aludida competencia del Estado para establecer las condiciones o normas básicas de selección para el ingreso en los centros universitarios; las competencias autonómicas en materia de educación para desarrollar las citadas condiciones o normas básicas y, finalmente, estas deben respetar las atribuciones que corresponden a las universidades ubicadas en su territorio, en tanto que la admisión de los estudiantes y la verificación de sus conocimientos forma parte del contenido esencial de la autonomía universitaria constitucionalmente reconocida (artículo 27.10 CE). Doctrina sobre la extensión de la competencia estatal relativa a los procedimientos para la admisión de alumnos en los centros universitarios que hemos confirmado en la STC 184/2012, de 17 de octubre, FJ 6 e), al examinar el art. 37.1 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de calidad de la educación.»

Lo dicho basta para desestimar el motivo de impugnación, que parte de considerar las pruebas de acceso a la universidad regulación de las condiciones para obtener títulos académicos (art. 149.1.30, primer inciso, CE).

15. Evaluaciones generales.

a) Los recurrentes impugnan los arts. 143.2 y 144 porque al regular el primero la organización conjunta por el Estado y las comunidades autónomas de las pruebas de

evaluación general del sistema educativo, «permite que una competencia que solo al Estado corresponde [...] y que resulta imprescindible para garantizar la homogeneidad [del] sistema educativo se transforme en competencia de ejercicio compartido». Por su parte, el art. 144 no impone parámetros homogéneos de evaluación para las pruebas a realizar en los centros educativos a que se refieren los arts. 21 y 29, y deja además su realización en manos de las comunidades autónomas, de modo que no podrán obtenerse resultados comparables entre todas ellas.

b) El abogado del Estado defiende los preceptos impugnados por su conexión con las evaluaciones de diagnóstico reguladas en los arts. 21 y 29, a las que proporciona el apoyo adecuado a través del Instituto Nacional de Evaluación Educativa.

c) El artículo 143, bajo la rúbrica «Evaluación general del sistema educativo», establece lo siguiente en sus dos primeros apartados (el impugnado es el segundo):

«1. El Instituto Nacional de Evaluación Educativa, en colaboración con las administraciones educativas, en el marco de la evaluación general del sistema educativo, realizará las evaluaciones que permitan obtener datos representativos, tanto del alumnado y de los centros de las comunidades autónomas como del conjunto del Estado. Estas evaluaciones versarán sobre las competencias establecidas en el currículo y se desarrollarán en la enseñanza primaria y secundaria. La Conferencia Sectorial de Educación velará para que estas evaluaciones se realicen con criterios de homogeneidad.

A estos efectos, el Instituto Nacional de Evaluación Educativa establecerá, en colaboración con los departamentos y órganos de evaluación educativa de las comunidades autónomas, los estándares básicos metodológicos y científicos que garanticen la calidad, validez y fiabilidad de las evaluaciones.

Los departamentos y órganos de evaluación educativa de las comunidades autónomas llevarán a cabo en sus respectivos ámbitos de competencia la aplicación de las evaluaciones acordadas, en colaboración con el Instituto Nacional de Evaluación Educativa.

2. A tal fin, en el último curso de educación primaria y de educación secundaria obligatoria, el Instituto Nacional de Evaluación Educativa, y los organismos correspondientes de las administraciones educativas, y de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, llevarán a cabo, con carácter muestral y plurianual, una evaluación de las competencias adquiridas por los alumnos o alumnas. Esta evaluación tendrá carácter informativo, formativo y orientador para los centros e informativo para las familias y para el conjunto de la comunidad educativa.»

Y el artículo 144, «Evaluaciones de diagnóstico», se conecta con los también impugnados (véase *supra* fundamento jurídico 13) artículos 21 y 29, y establece:

«1. El Instituto Nacional de Evaluación Educativa y los organismos correspondientes de las administraciones educativas colaborarán en la realización de un marco común de evaluación que sirva como referencia de las evaluaciones de diagnóstico contempladas en los artículos 21 y 29 de esta Ley. Los centros docentes realizarán una evaluación a todos sus alumnos y alumnas en cuarto curso de educación primaria y en segundo curso de educación secundaria obligatoria, según dispongan las administraciones educativas. La finalidad de esta evaluación será diagnóstica y en ella se comprobará al menos el grado de dominio de la competencia en comunicación lingüística y de la competencia matemática. Los centros educativos tendrán en cuenta los resultados de estas evaluaciones en el diseño de sus planes de mejora.

2. En el marco de sus respectivas competencias, corresponde a las administraciones educativas desarrollar y controlar las evaluaciones de diagnóstico en las que participen los centros de ellas dependientes y proporcionar los modelos y apoyos pertinentes a fin de que todos los centros puedan realizar de modo adecuado estas evaluaciones, que tendrán carácter formativo e interno.

3. Corresponde a las administraciones educativas regular la forma en que los resultados de estas evaluaciones de diagnóstico que realizan los centros, así como los planes de actuación que se deriven de las mismas, deban ser puestos en conocimiento

de la comunidad educativa. En ningún caso, los resultados de estas evaluaciones podrán ser utilizados para el establecimiento de clasificaciones de los centros.

4. Estas evaluaciones, así como las reguladas en el artículo anterior, tendrán en cuenta al alumnado con necesidades educativas especiales derivadas de discapacidad, incluyendo, en las condiciones de realización de dichas evaluaciones, las adaptaciones y recursos que hubiera tenido.»

d) El sustrato común del recurso contra ambos preceptos es que para los recurrentes es un imperativo constitucional que solo la administración del Estado pueda realizar las pruebas reguladas en los arts. 143 y 144, de ahí que su realización por las comunidades autónomas o la ausencia de parámetros comunes impuestos por el Estado les parezca inconstitucional. Pero como ya hemos dicho al examinar los arts. 21 y 29 (fundamento jurídico 13), dentro del margen de configuración que el art. 149.1.30 CE otorga a las Cortes Generales está regular la realización de pruebas de diagnóstico (muestras representativas para información de la comunidad educativa en el caso del art. 143, evaluaciones individuales de cada alumno en el caso del art. 144) sin que exista obstáculo a su realización por las comunidades autónomas. La hermenéutica jurídica no permite deducir del escueto art. 149.1.30 CE, ya varias veces transcrito, o del mandato de homologar el sistema educativo que el art. 27.8 CE dirige a «los poderes públicos» la concreta norma de detalle que proponen los recurrentes, a saber, que el Estado debe regular necesariamente pruebas de diagnóstico individuales y generales representativas y que además debe realizar esas pruebas por sí mismo con carácter exclusivo y excluyente. El razonamiento que conduce a extraer esa norma de los preceptos constitucionales citados es de oportunidad, no jurídico, y no corresponde por ello a este tribunal. El recurso, por tanto, se desestima.

16. Supervisión del sistema educativo.

a) En último lugar, los recurrentes impugnan el art. 148.1 y la disposición adicional cuarta, apartado 3, ambos de la LOE, por «vaciar de contenido» las funciones de la alta inspección del Estado establecidas en el art. 150 y alterar así la distribución constitucional de competencias. La función de «supervisión» del sistema educativo mencionada en los preceptos citados corresponde a la alta inspección, según doctrina constitucional (STC 14/2018, FJ 10).

b) Para el abogado del Estado «no se llega a entender» que los recurrentes reprochen al art. 148 atribuir a los «poderes públicos» la supervisión del sistema educativo. Ello deja incólume las funciones de la alta inspección a cargo del Estado y permite a las comunidades autónomas ejercer la «inspección técnica» a que aludió la STC 6/1982, de 22 de febrero, FFJJ 2 y 3.

c) El art. 148.1 dispone:

«Es competencia y responsabilidad de los poderes públicos la inspección, supervisión y evaluación del sistema educativo.»

Y la disposición adicional cuarta, de la que solo se impugna su apartado 3, tiene el siguiente contenido:

«Disposición adicional cuarta. *Libros de texto y demás materiales curriculares.*

1. En el ejercicio de la autonomía pedagógica, corresponde a los órganos de coordinación didáctica de los centros públicos adoptar los libros de texto y demás materiales que hayan de utilizarse en el desarrollo de las diversas enseñanzas.

2. La edición y adopción de los libros de texto y demás materiales no requerirán la previa autorización de la administración educativa. En todo caso, estos deberán adaptarse al rigor científico adecuado a las edades de los alumnos y al currículo aprobado por cada administración educativa. Asimismo, deberán reflejar y fomentar el respeto a los principios, valores, libertades, derechos y deberes constitucionales, así como a los principios y valores recogidos en la presente Ley y en la Ley

Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, a los que ha de ajustarse toda la actividad educativa.

3. La supervisión de los libros de texto y otros materiales curriculares es competencia de las administraciones educativas y constituirá parte del proceso ordinario de inspección que ejerce la administración educativa sobre la totalidad de elementos que integran el proceso de enseñanza y aprendizaje, que debe velar por el respeto a los principios y valores contenidos en la Constitución y a lo dispuesto en la presente ley.»

d) La función de alta inspección ha sido definida ciertamente como una función de «vigilancia, supervisión o fiscalización» en la STC 14/2018, FJ 10, citada por los recurrentes. Pero ello no significa que la «supervisión» sea una función exclusiva y excluyente del Estado y de la alta inspección. La STC 6/1982, citada por el Gobierno de la Nación, ya reconoció a las comunidades autónomas competencia sobre la «inspección técnica» de la educación. Tal como se dijo en aquella ocasión: «no puede confundirse los respectivos fines de ‘inspección técnica’ y ‘alta inspección’, ni duplicarse la acción administrativa de aquella, así como tampoco vaciar de contenido, so pretexto de inspección, las competencias transferidas» (STC 6/1982, FJ 3).

Son, por tanto, las comunidades autónomas las que de modo prioritario inspeccionan, supervisan o fiscalizan la actividad de sus propios órganos, siendo los controles del Estado limitados (arts. 153 y 155 CE) como corresponde a un régimen de autonomía (art. 2 CE) [véase *supra* fundamento jurídico 8 g)].

La inspección «ordinaria» (disposición adicional cuarta, apartado 3 LOE) por las comunidades autónomas de su sistema educativo, libros de texto y material didáctico forma parte de su competencia en materia de desarrollo y ejecución de las bases estatales sobre educación (art. 149.1.30, segundo inciso, CE) y no elimina la competencia y responsabilidad del Estado sobre la alta inspección que deriva de la Constitución. Son las comunidades autónomas, por tanto, las primeras responsables en ajustar su sistema educativo a los valores constitucionales, como establece la misma disposición y apartado, entre los cuales ocupa lugar preferente el respeto a los principios democráticos de convivencia (art. 27.2 CE) y pluralismo social y político (art. 1.1 CE) y la difusión de informaciones y conocimientos de manera objetiva, crítica y pluralista, de acuerdo con la interpretación efectuada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos [véase *supra* fundamento jurídico 7 d)], parámetro interpretativo obligado de conformidad con el art. 10.2 CE. Pero si llegado el caso el Estado detectara actuaciones concretas de adoctrinamiento o contrarias a tales valores y principios, es su deber constitucional actuar a través de la alta inspección; deber que no puede verse menoscabado por los artículos recurridos.

Así pues, no puede considerarse una «renuncia» de sus competencias por parte del Estado el reconocimiento de facultades de inspección o supervisión a «los poderes públicos» (art. 148.1 LOE) o a la «administración educativa» (disposición adicional cuarta, apartado 3), ni ese reconocimiento merma las competencias del Estado sobre la «alta inspección».

Esta última impugnación queda así por tanto desestimada.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, ha decidido desestimar el presente recurso de inconstitucionalidad.

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

Dada en Madrid, a dieciocho de abril de dos mil veintitrés.—Cándido Conde-Pumpido Tourón.—Inmaculada Montalbán Huertas.—Ricardo Enríquez Sancho.—María Luisa Balaguer Callejón.—Ramón Sáez Valcárcel.—Enrique Arnaldo Alcubilla.—Concepción Espejel Jorquera.—María Luisa Segoviano Astaburuaga.—César Tolosa Tribiño.—Laura Díez Bueso.—Firmado y rubricado.

Voto particular que formulan los magistrados don Ricardo Enríquez Sancho, don Enrique Arnaldo Alcubilla, doña Concepción Espejel Jorquera y don César Tolosa Tribiño a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad número 1760-2021

Con el máximo respeto y consideración al parecer mayoritario del Pleno, formulamos el presente voto particular para exponer las razones por las que consideramos que el recurso debió ser estimado en tres aspectos concretos: a) en cuanto a la previsión de la toma en consideración en exclusiva de la «voluntad de las familias que muestren su preferencia por el régimen más inclusivo» en la matriculación de alumnos con necesidades educativas especiales (art. 74.2 LOE); b) en la prohibición de concertar educación diferenciada por sexos (disposición adicional vigesimoquinta); y c) en la regulación de la enseñanza de la religión (disposición adicional segunda).

A) Educación inclusiva.

1. Sentencia formalmente desestimatoria, materialmente interpretativa.

El artículo 74.2 literalmente dispone que para resolver «las discrepancias que puedan surgir» en el procedimiento administrativo sobre la escolarización de alumnos con necesidades especiales por razón de discapacidad o trastornos graves de conducta en centros ordinarios o especiales la administración debe tener en cuenta «el interés superior del menor y la voluntad de las familias que muestren su preferencia por el régimen más inclusivo». Inciso que naturalmente interpretado significa que (i) junto al interés superior del menor debe valorarse la voluntad de las familias (ii) pero no siempre, sino solamente cuando las familias prefieran la inclusión en un centro ordinario, pues así lo impone el criterio hermenéutico *inclusionis unius exclusio alterius*.

La sentencia viene a reconocer que esta interpretación sería inconstitucional, ya que, aunque su fallo es desestimatorio, incluye en su fundamentación una interpretación conforme. En su fundamento jurídico 4 i) concluye expresamente que ese último inciso del artículo 74.2 en realidad «no excluye del procedimiento [...] la audiencia de las familias que muestren su preferencia por la educación especial, ni atribuye mayor valor a la opinión de determinadas familias sobre otras». Esta interpretación nos parece incompatible con el tenor literal de la norma, y además la cuestión regulada es lo suficientemente importante como para que podamos pasar esta contradicción por alto, ya que afecta al entorno donde pasarán la mayor parte del día personas especialmente vulnerables sin la compañía de sus familiares.

2. Ámbito de la educación inclusiva.

La simple incorporación de los alumnos que presentan necesidades educativas especiales a los centros educativos ordinarios, tal como se expone en la sentencia, no puede considerarse inclusión, ni es el objetivo que pretende la ley impugnada. La inclusión requiere de la realización en los centros de los ajustes necesarios que garanticen a esos alumnos un entorno en el que se asegure que la relación con los demás será positiva y contribuya a la integración de aquellos en la sociedad, en la medida de lo posible [fundamento jurídico 4 f) y g)].

Estos ajustes no pueden reducirse, como prevé el artículo 74.4, párrafo segundo, de la ley, a la posibilidad de reducir la relación numérica entre profesorado y alumno, sino que implican una serie de medidas de todo tipo que pueden representar un alto coste económico. Por eso la disposición adicional cuarta de la ley prevé un plazo de diez años de *vacatio legis* para su entrada en vigor, a fin de que los centros ordinarios cuenten con los recursos necesarios para poder atender en las mejores condiciones al alumnado con discapacidad.

Sin embargo, el artículo 74 de la ley entró en vigor a los veinte días de su publicación. Esta divergencia puede resultar llamativa pero no es determinante, porque entre los alumnos que presentan necesidades educativas especiales se incluye una

variedad de supuestos y no en todos los casos se requieren medidas de ajuste de la misma intensidad.

Por eso se arbitra en este artículo 74 un procedimiento en el que, tras la identificación y valoración de las necesidades educativas de ese alumnado, se decida si debe incorporarse a un centro educativo ordinario. En este procedimiento, el artículo 74.2 impone que sean preceptivamente oídos e informados los padres, madres o tutores legales del alumnado resolviendo a continuación la administración «las discrepancias que puedan surgir, siempre teniendo en cuenta el interés superior del menor y la voluntad de las familias que muestren su preferencia por el régimen más inclusivo». Este último inciso es el que, en nuestra opinión, hubiera debido ser declarado inconstitucional.

3. Regla del artículo 74.2, último inciso.

El artículo 74.2 proporciona dos criterios a la administración para resolver: el del interés superior del menor y el de la voluntad de las familias «que muestren su preferencia por el régimen más inclusivo».

Para la sentencia este último vendría a ser superfluo, porque lo determinante es, en todo caso el interés superior del menor. De este modo, la sentencia lleva a cabo una suerte de interpretación conforme de ese precepto que no podemos compartir, sustancialmente por dos razones:

(i) En primer lugar, porque la técnica de la interpretación conforme de los preceptos legales objeto de un proceso de inconstitucionalidad exige como presupuesto que del texto de la norma fluyan con naturalidad dos interpretaciones diferentes, de las cuales solo una resulta ajustada a la Constitución, y desde luego que la interpretación efectuada no altere la literalidad de la norma [entre las más recientes, STC 17/2022, de 8 de febrero, FJ 4 c), con cita de otras muchas].

En el presente supuesto, la interpretación de la mayoría viene a suponer, sin decirlo, que ese inciso en cuestión no existe. Pero existe, y la administración educativa que lo aplique puede obtener de él unas consecuencias que acaso no se correspondan con lo que puede ser acorde con el interés superior del menor, que precisamente por eso, por ser superior, no precisa para su defensa de ningún otro añadido que pueda modularlo o condicionarlo.

Y eso, tanto si se trata de la decisión de incorporar a un centro ordinario a un menor que antes cursaba en uno de educación especial, como a la inversa, tal como sucedía en el supuesto decidido por la STC 81/2021, de 19 de abril, en la que, en contra del criterio de los padres, el colegio ordinario en que estaba escolarizado no podía seguir admitiéndole entre el alumnado por los graves trastornos de conducta que presentaba. Graves trastornos que hubieran requerido de una asistencia psicológica que el colegio no estaba en condiciones de proporcionar.

(ii) En segundo lugar, no podemos compartir la solución de la sentencia porque cualquier interpretación conforme, para que tenga un mínimo de eficacia, requiere que se lleve al fallo y no dé por supuesto que todas nuestras sentencias se leen íntegramente por todos los que tienen que aplicar los preceptos en ellas analizados.

Esto no es simple formalismo vacío, ni severidad técnica, sino que tiene importantes consecuencias prácticas. La omisión de un fallo de interpretación conforme cuando lo impone la fundamentación jurídica de la sentencia impacta en la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y en la eficacia normativa de la Constitución (art. 9.1). El caso de la STC 59/2008, de 14 de mayo, es suficientemente ilustrativo.

Esta STC 59/2008 desestimó la cuestión de inconstitucionalidad promovida contra el artículo 153.1 del Código penal, que tipifica el delito popularmente conocido como «violencia de género», reconociendo que la interpretación del precepto como un delito que establece «un trato penal diferente en función del sexo de los sujetos activo y pasivo del delito» «conduciría, en efecto, a su inconstitucionalidad» (STC 59/2008, FJ 4). Sin embargo, como eran posibles «otras interpretaciones [...] manifestadas en numerosos

pronunciamientos de los jueces y los tribunales ordinarios» (*ibid.*), y en particular la interpretación que exigía que la agresión fuera «manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres» [FJ 9 a)], la sentencia desestimó la cuestión de inconstitucionalidad suscitada (y las demás de su misma serie: SSTC 95/2008, 96/2008 y 99/2008, todas de 24 de julio, y 45/2009, de 19 de febrero). Lo hizo, sin embargo, sin llevar al fallo la necesaria exclusión de la interpretación del artículo 153.1 que según la fundamentación jurídica «conduciría, en efecto, a su inconstitucionalidad».

Sobre esta omisión llamaron la atención los cuatro votos particulares de los magistrados don Vicente Conde Martín de Hijas, don Javier Delgado Barrio, don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez y don Ramón Rodríguez Arribas, y sus advertencias han resultado proféticas, puesto que en la práctica ha terminado por imponerse la interpretación del artículo 153.1 del Código penal rechazada por la mayoría, o mejor dicho por todos los magistrados que firmaron la STC 59/2008, tanto los de la mayoría como los discrepantes. En la actualidad, según el máximo intérprete de la legalidad ordinaria, el delito del artículo 153.1 no precisa la prueba de «un ánimo de dominar o de machismo del hombre hacia la mujer, sino el comportamiento objetivo de la agresión» (STS, Sala de lo Penal, Pleno, núm. 677/2018, de 20 de diciembre, recurso de casación núm. 1388-2018, FJ 5.2).

Se podrá estar de acuerdo o en desacuerdo con el artículo 153.1 del Código penal o con lo razonado en la STC 59/2008, pero la discrepancia interpretativa descrita es incuestionable, contraviene el sistema de fuentes diseñado en la Constitución y el carácter vinculante de nuestra doctrina (arts. 40.2 LOTC y 5.1 LOPJ) y advierte de los peligros de dejar incólume un precepto legal cuya interpretación natural este tribunal considera inconstitucional.

La sentencia incurre en este error. Al no anular o al menos trasladar al fallo una interpretación conforme del último inciso del artículo 74.2 mantiene la obligación que el precepto impone a la administración de ponderar la opinión de los padres y además únicamente cuando esta se manifiesta en un determinado sentido (y no en otro, por tanto). Ello puede terminar ocasionando importantes perturbaciones en la aplicación práctica del precepto al desvalorizar el único criterio a tener en cuenta en estos casos, que es el de detectar e imponer la defensa del interés superior del menor concernido, sin importar la voluntad de sus padres, su sentido, o la necesidad de atención «muy especializada» (única permitida para centros especiales en la disposición adicional cuarta) o de otro tipo.

Por eso consideramos que el inciso repetidamente aludido del artículo 74.2 debió ser declarado inconstitucional.

B) Prohibición de concertar educación diferenciada.

4. Verdadero objeto del proceso.

La segunda parte de nuestra discrepancia se refiere a la desestimación del recurso contra el apartado 1 de la disposición adicional vigesimoquinta de la LOE, que prohíbe concertar centros o unidades de educación diferenciada por sexos. La sentencia desestima el recurso contra esta prohibición porque considera que el artículo 27.9 CE no otorga un derecho constitucional a las ayudas (apoyándose en las SSTC 7/1985, FJ 11, y 86/1985, FJ 3) y porque la diferenciación entre centros segregados y no segregados supera el canon de «la razonabilidad de la diferencia normativa de trato» que impone el artículo 14 de la Constitución [fundamento jurídico 5 g), h) e i)]. No podemos compartir esta línea de razonamiento, que vacía de contenido el artículo 27.9 CE.

Para explicar las razones de nuestra discrepancia resulta obligado deshacer primero un equívoco de la sentencia. El objeto de este proceso constitucional no era resolver si es constitucional o no la decisión de prohibir concertar la educación diferenciada. Este era el caso concreto que teníamos ante nosotros. El verdadero objeto de este proceso

constitucional, lo que aquí se planteaba por primera vez y este tribunal debía resolver, era si es constitucional o no la decisión del legislador de no «ayudar» –por emplear los términos del artículo 27.9 CE– a modelos o sistemas educativos perfectamente constitucionales como es la educación diferenciada –así lo reconoce la sentencia, FJ 5 d) y se deriva de nuestras SSTC 31/2018, FJ 4 a), y 74/2018, FJ 4 c)– pero que simplemente no son de su agrado.

Esta era la verdadera cuestión que debía decidir el Tribunal. Mezclar lo segundo con lo primero es confundir la causa con el efecto, el principio con su aplicación práctica y, en definitiva, la «doctrina» constitucional vinculante (art. 40.2 LOTC) con el fallo concreto de la sentencia.

5. El artículo 27.9 de la Constitución y su eficacia normativa.

El artículo 27.9 dispone que «[l]os poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca». Estamos de acuerdo con nuestros compañeros en que de este precepto de la Constitución no deriva «un derecho subjetivo a la prestación pública» [STC 86/1985, FJ 3, citada en el FJ 5 g) de la sentencia]. Si así fuera, el resultado sería que se habría constitucionalizado en 1978 el sistema del llamado «cheque escolar» en el que el poder público debe obligatoriamente entregar a cada familia una cantidad de dinero por niño destinada a sufragar, al menos en parte, el coste del centro educativo de su elección. Y sin posibilidad de que el legislador decidiera lo contrario además, al tratarse de un derecho de rango constitucional. Obviamente, no fue este el propósito de los constituyentes en 1978, ni es el significado del artículo 27.9. Y este es el sentido de la llamada al legislador.

Pero una cosa es que del artículo 27.9 no derive directamente un derecho constitucional a la subvención inmediatamente exigible ante la administración y los tribunales, sino que requiera la intermediación del legislador, y otra muy distinta que la remisión al legislador del artículo 27.9 acabe vaciando de contenido el precepto hasta el punto de que la conformidad con él de un sistema de «ayudas» se mida por referencia a «otros principios, valores o mandatos constitucionales» [FJ 5 g), citando la STC 77/1985, FJ 11], singularmente el derecho a la igualdad ante la ley [FJ 5 i)].

De este modo resulta obligado preguntarse, si el examen del artículo 27.9 CE acaba reconduciéndose a la voluntad del legislador sin más límite que la razonabilidad del trato desigual, ¿para qué sirve entonces el artículo 27.9? O, en otras palabras, ¿en qué hubiera sido diferente esta sentencia si el artículo 27.9 de la Constitución no existiera? Absolutamente en nada. Y no nos parece posible compartir una interpretación de la Constitución que termina reduciendo uno de sus artículos a la nada, a una simple norma de remisión interna a otros preceptos. Al contrario, consideramos que el artículo 27.9 CE ha de tener, por fuerza, algún contenido. Es más, si esta reducción a la nada de preceptos constitucionales es contraria a la eficacia normativa y vinculante de la Constitución (art. 9.1 CE) en general, nos parece especialmente vedada cuando se trata además de un precepto, el artículo 27, que fue fruto de un delicado acuerdo que casi hace descarrilar el proceso constituyente en 1978 y que se incluyó entre los «derechos fundamentales y libertades públicas» de protección ultrarreforzada de la sección primera del capítulo II del título I (*cf.* art. 53, apartados 1 y 2). Como hemos dicho más arriba, uno puede estar de acuerdo o en desacuerdo con este artículo 27.9, o pensar que la sociedad española ha evolucionado y es muy diferente a la de entonces de modo que aquel precepto ya no tiene sentido. Pero esa valoración no corresponde al Tribunal Constitucional, ni nos habilita para negar fuerza normativa a un precepto constitucional invocado ante nosotros por un sujeto legitimado.

Por último, es verdad que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dicho que del artículo 2 del Protocolo adicional al CEDH no se derivan obligaciones de financiación [FJ 5 e)]. Pero es que el artículo 2 del Protocolo no impone esas obligaciones, de modo que difícilmente podía el Tribunal Europeo de Derechos Humanos decir otra cosa si los Estados signatarios no acordaron esa obligación de subvencionar. En cambio, el poder constituyente español sí lo acordó, y el artículo 27 de la Constitución sí impone esa

obligación de financiación, en su apartado 9. En consecuencia, no puede emplearse el criterio hermenéutico del artículo 10.2 para interpretar (en realidad, vaciar) ese mandato constitucional.

6. La remisión al legislador del artículo 27.9 CE.

La sentencia está construida sobre la base de remisión al legislador efectuada en el artículo 27.9 CE que, se nos dice, otorga a este un «muy amplio» margen de configuración que el Tribunal debe respetar [FJ 5 h)]. Sin embargo, la llamada al legislador no es una singularidad del artículo 27.9. Se contiene en muchos otros preceptos de la misma sección, capítulo y título. Y nunca, hasta donde se nos alcanza, se había establecido el canon de la «muy» amplia libertad de configuración de ese legislador. Tan amplia que acaba convertida en irrestricta.

Además de la remisión general al legislador orgánico para el «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas» contenida en el artículo 81.1 CE, otros preceptos incluidos entre los «derechos fundamentales y libertades públicas» contienen llamadas expresas a la ley, como los artículos 16.1, 17 (apartados 1, 3 y 4), 18.4, 19.2, 23, 24, 27.10 o 28.1. En todos estos casos el Tribunal Constitucional ha hablado de «derechos de configuración legal» (por ejemplo, STC 6/2019, de 17 de enero, FJ 2, para el derecho a la tutela judicial efectiva; STC 141/2018, de 20 de diciembre, FJ 6, para la autonomía universitaria; o STC 139/2017, de 29 de noviembre, FJ 4, para el derecho de acceso a las funciones públicas, todas en procesos de control abstracto de constitucionalidad) reconociendo la consiguiente libertad de configuración del legislador. Pero nunca hasta la fecha había convertido un derecho constitucional «de configuración legal» en un derecho legal a secas, enteramente disponible para el legislador, que es lo que a nuestro juicio ha hecho esta sentencia.

En todas las sentencias aludidas, y en las demás que se quieran buscar sobre esta misma cuestión, el margen de configuración del legislador se ha limitado de manera expresa y reiterada a que la ley respete y no rebase el «contenido esencial» del derecho en cuestión, como es natural, pues esta es una limitación derivada directamente del artículo 53.1 de la Constitución. Así, por ejemplo, en la STC 6/2019, FJ 2, citada en primer lugar: «[e]l derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de configuración legal, de modo que su ejercicio se supedita al cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos por las normas procesales y no fuera de ellas, en cada orden de jurisdicción. *Pero la ley debe respetar el contenido esencial del derecho, tal y como este se enuncia en el indicado precepto (art. 24.1 CE), y según resulta interpretado por nuestra doctrina*» (énfasis añadido). Análogas expresiones pueden encontrarse en las demás sentencias citadas e incluso en la propia sentencia de la que discrepamos, que dice al comienzo de su razonamiento que el Tribunal debe respetar «opciones políticas» del legislador estatal en su diseño del modelo educativo «salvo que la fuerza que se imprima a una de las dos direcciones [a favor del derecho a la educación o de la libertad de enseñanza] *llegue a menoscabar el 'contenido esencial' de la otra (art. 53.1 CE)*» [FJ 3 d), énfasis añadido]. Límite que hemos aplicado también para aquellos preceptos constitucionales que, aun ubicados entre los «derechos fundamentales y libertades públicas», no se estructuran formalmente como el reconocimiento de un «derecho» sino como un mandato a los poderes públicos, como sucede con el caso del artículo 27.9 (véase, por ejemplo, la STC 169/2021, de 6 de octubre, FJ 10, examinando la proporcionalidad de la ley reguladora de la prisión permanente revisable desde la perspectiva del mandato de resocialización de las penas del citado artículo 25.2 de la Constitución). Por tanto, esta formulación como mandato no ha restado intensidad a nuestro análisis impuesto por el artículo 53.1 CE.

En definitiva, creemos que era aplicable el límite del «contenido esencial» del artículo 27.9, conforme al artículo 53.1 de la Constitución, y era obligado buscar ese contenido mínimo e infranqueable empleando al efecto los criterios establecidos por nuestra doctrina.

7. El contenido esencial del artículo 27.9 CE: el pluralismo educativo.

Desde la STC 11/1981, de 8 de abril, hemos aludido a dos posibles vías para identificar el contenido esencial de los derechos. En primer lugar, la «recognoscibilidad [del] tipo abstracto» del derecho «en la regulación concreta», y en segundo lugar la búsqueda de los intereses jurídicamente protegidos a fin de localizar «aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos» (FJ 8).

La primera perspectiva no parece fructífera en este caso. El artículo 27.9 CE es una norma muy singular de nuestro Derecho producto además de circunstancias históricas concretas, de modo que podría terminar reduciendo el «tipo abstracto» de las «ayudas» al sistema legal concreto de «conciertos» vigente ya en 1978 (artículo 96 de la Ley 14/1970, de 4 de agosto, general de educación y financiamiento de la reforma educativa) y mantenido a grandes rasgos en la actualidad. La segunda, en cambio, sí parece provechosa, pues es fácil encontrar el interés que da vida al artículo 27.9. Lo reconoce la propia mayoría: el pluralismo educativo.

Efectivamente en su FJ 5 g) la sentencia reconoce que el «pluralismo educativo» es un bien constitucional que deriva del artículo 27, de los debates parlamentarios, de nuestra doctrina anterior y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y que es en última instancia plasmación o manifestación nada menos que de un valor superior del ordenamiento como el «pluralismo político» (artículo 1.1 CE).

Para que el pluralismo educativo resulte «real, concreta y efectivamente protegido» (STC 11/1981, FJ 8) no basta con exigir la existencia de alguna ayuda a la educación privada, que es la conclusión a la que conduce la doctrina de la sentencia. La mayoría política no necesita una habilitación constitucional para regular por ley el otorgamiento de «ayudas» a modelos educativos de su gusto. Esto puede hacerlo libremente mediante una ley aprobada en el Parlamento sin necesidad de la habilitación contenida en el artículo 27.9 CE. Si la obligación de «ayudar» impuesta en este artículo ha de tener algún sentido y eficacia jurídica, como la que se presupone a la Constitución en general (art. 9.1) y a sus artículos 14 a 29 en particular (art. 53, apartados 1 y 2), ha de ser para evitar que esa libertad que ostenta la mayoría social para configurar el sistema educativo que reconoce la sentencia [en particular, FJ 3 d)] y que compartimos plenamente, no se convierta en la facultad socavar el pluralismo educativo mediante la imposición del modelo que le resulta preferible por el simple expediente de suprimir toda «ayuda» a los modelos alternativos que no son de su agrado.

Este es, a nuestro juicio, el sentido del artículo 27.9 de la Constitución. Solo así puede encontrarse algún contenido propio a este precepto que no termine por reconducirlo a «otros principios, valores o mandatos constitucionales» [FJ 5 g)]. Y solo así el pluralismo educativo, que tiene como plasmación práctica la libertad de escoger un modelo educativo diferente al que prefiere la mayoría, puede ser «real y efectivo» como impone el artículo 9.2 CE. Precepto, por cierto, que también limita la libertad de configuración del legislador según la sentencia [FJ 5 f), citando la STC 7/1985] pero que esta no valora. Porque como también reconoce la sentencia, citando nuestra previa STC 74/2018, FJ 4, «las ayudas del art. 27.9 CE conciernen ‘muy especialmente [a las familias] con menor capacidad económica’» [FJ 5 f)]. Pues bien, ¿cómo podrán esas familias de menos recursos escoger a partir de ahora el modelo de educación segregada que es perfectamente constitucional según nuestra doctrina anterior correctamente citada por la mayoría? ¿Y cómo se protege el pluralismo educativo si se admite el derecho de la mayoría a privar de toda ayuda a los modelos educativos que, aun constitucionales, considera malos o inconvenientes? Estas preguntas carecerían de todo sentido en un ordenamiento que no contuviera el mandato constitucional del artículo 27.9 CE. La respuesta sería obvia: la decisión de no ayudar a un determinado modelo educativo pertenece al margen de discrecionalidad del legislador. Pero nuestra Constitución contiene aquel mandato, y por eso la respuesta que dan nuestros compañeros a esas preguntas no nos parece satisfactoria.

8. El artículo 27.9 CE como obligación de neutralidad.

Lo defendido hasta aquí no implica que exista la obligación constitucional de sufragar todos los gastos de todos los centros privados que lo soliciten, como sucede en la actualidad (cfr. art. 117 LOE). Esta es una singularidad del concreto modelo elegido por el legislador para dar cumplimiento a la obligación de «ayudar» impuesta por el artículo 27.9 CE, que es el del «concierto» del servicio público de educación a través de empresarios privados, técnica sobradamente conocida en Derecho administrativo (cfr. artículo 15 de la Ley 9/2017, de contratos del sector público), pero que el legislador es libre de modificar, como hemos reconocido expresamente [STC 31/2018, FJ 4 b)].

La interpretación del artículo 27.9 CE que proponemos es simplemente la de la neutralidad de las «ayudas» en él previstas, precisamente en aras del «pluralismo educativo» y político que justifican este precepto y le dan vida, como «contenido esencial» del mismo (art. 53.1 CE). En nuestra opinión, el artículo 27.9 impide a los poderes públicos, a los que expresamente se dirige, señalar, identificar y excluir de las «ayudas» a un sistema o modelo de educación que es perfectamente constitucional pero que simplemente no les parece el más adecuado para los ciudadanos. Esto es precisamente lo que hace la disposición adicional vigesimoquinta, apartado 1. Bajo su vigencia, aunque un centro cumpla todos los requisitos del artículo 116 LOE (satisfacer necesidades de escolarización, atender a poblaciones socioeconómicas desfavorables, realizar experiencias de interés pedagógico, estar constituido en régimen de cooperativa, etcétera) no podrá acceder a las ayudas solamente por el modelo educativo escogido; y solamente porque no gusta a la mayoría.

Contrariamente a la opinión de nuestros compañeros, no consideramos que en nuestra Constitución, que contiene el artículo 27.9, esta sea la consecuencia normal del proceso democrático. Como ha dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos «aunque en ocasiones se deba subordinar los intereses individuales a los de un grupo, la democracia no se reduce a la supremacía constante de la opinión de una mayoría; exige un equilibrio que asegure a las minorías un trato justo» [sentencia de 29 de junio de 2007, asunto *Folgerø y otros c. Noruega*, § 84 f), y sentencia de 18 de diciembre de 1996, asunto *Valsamis c. Grecia*, § 27].

C) Enseñanza de la religión.

9. Por último, disentimos también del razonamiento que emplea la sentencia en su FJ 6 e) para descartar la queja que los recurrentes dirigen contra la modificación del apartado 3 de la disposición adicional segunda de la LOE (añadido por la Ley Orgánica 8/2013, para la mejora de la calidad educativa) por el artículo único, apartado 78 de la Ley Orgánica 3/2020. Dicho razonamiento supone un cambio de doctrina encubierto respecto de lo declarado en la STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 5, y además introduce una conclusión que no solo no responde a los términos en que la queja aparece planteada en el recurso (por lo que raya en un inaceptable *extra petitum*), sino también, lo que es mucho más grave, pretende cercenar un derecho reconocido por la Constitución sobre el que existe consolidada doctrina de este tribunal.

Se recordó en la STC 38/2007 que el derecho de las iglesias, confesiones y comunidades religiosas a definir el credo religioso objeto de enseñanza se encuentra reconocido en el art. 16.1 CE como contenido nuclear de la libertad religiosa en su dimensión colectiva, en conexión con el deber de cooperación de los poderes públicos con la Iglesia Católica y las demás confesiones, establecido en el art. 16.3 CE y el derecho de los padres a que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones (art. 27.3 CE). Lo que supone que, si la administración educativa impusiera currículos, estándares de aprendizaje y libros de texto y materiales didácticos contrarios a ese derecho de las iglesias, confesiones y comunidades religiosas, estas podrían impugnar esos concretos actos lesivos mediante los cauces previstos en el ordenamiento jurídico para preservar ese derecho garantizado por el

art. 16.1 CE. Con la sentencia que ahora se dicta, la posibilidad de que las iglesias, confesiones, y comunidades religiosas puedan reaccionar frente a eventuales actos de las administraciones públicas educativas contrarios al derecho de aquellas a definir el credo religioso objeto de enseñanza constitucionalmente reconocido queda en entredicho.

Con referencia a la doctrina constitucional precedente (SSTC 5/1981, de 13 de febrero; 24/1982, de 13 de mayo; 340/1993, de 16 de noviembre, y 46/2001, de 15 de febrero), la citada STC 38/2007, FJ 5, advirtió, como queda dicho, que el derecho de las iglesias y confesiones religiosas a la divulgación y expresión de su credo religioso en el marco educativo está garantizado en el art. 16.1 CE, en relación con el art. 16.3 CE y el art. 27.3 CE, y recordó también que nuestro sistema es de «laicidad positiva», de modo que «el credo religioso objeto de enseñanza ha de ser, por tanto, el definido por cada Iglesia, comunidad o confesión, no cumpliéndole al Estado otro cometido que el que se corresponda con las obligaciones asumidas en el marco de las relaciones de cooperación a las que se refiere el art. 16.3 CE».

No podemos compartir, en consecuencia, la opinión de la mayoría del Pleno según la cual la queja de los recurrentes se asienta en una premisa errónea. Lo cierto es, por el contrario, que tal como sostenían los recurrentes, de nuestra doctrina se desprendía inequívocamente, al menos hasta ahora, el derecho constitucional de las iglesias, confesiones y comunidades religiosas a definir y divulgar el credo religioso objeto de enseñanza. No cabe duda, en tal sentido, de que la regulación contenida en el apartado 3 de la disposición adicional segunda de la LOE, dada por la Ley Orgánica 8/2013, para la mejora de la calidad educativa, satisfacía plenamente ese derecho constitucional de las iglesias, confesiones y comunidades religiosas.

Cuestión distinta es que la desaparición de esa previsión normativa, tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 3/2020, no pueda merecer censura de inconstitucionalidad, por cuanto ni la derogación de un precepto equivale a la aprobación de otro de contrario tenor, ni el nuevo enunciado del apartado 3 de la disposición adicional segunda de la LOE resultante del artículo único, apartado 78 de la Ley Orgánica 3/2020 (que se limita a permitir la posibilidad de establecer la enseñanza no confesional de cultura de las religiones en la educación primaria y la educación secundaria obligatoria) se opone al derecho de las iglesias, confesiones y comunidades religiosas a definir el credo religioso objeto de enseñanza constitucionalmente reconocido. La sentencia de la que discrepamos debió reconocerlo así, sin perjuicio de rechazar la queja de los recurrentes por su carácter preventivo, recordando que el recurso de inconstitucionalidad no puede utilizarse para obtener declaraciones preventivas de hipotéticas vulneraciones constitucionales (STC 65/2020, de 18 de junio, FJ 9, por todas), y advirtiendo de que, en caso de producirse actos concretos de los poderes públicos contrarios al derecho constitucional de las iglesias, confesiones y comunidades religiosas a la definición del credo religioso objeto de enseñanza, aquellas tienen a su disposición los cauces que el ordenamiento jurídico establece para reaccionar frente a tales actos lesivos.

Y en tal sentido emitimos este voto particular.

Madrid, a diecinueve de abril de dos mil veintitrés.—Ricardo Enríquez Sancho.—Enrique Arnaldo Alcubilla.—Concepción Espejel Jorquera.—César Tolosa Tribiño.—Firmado y rubricado.

Voto particular concurrente que formula la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1760-2021

Con el mayor respeto al criterio reflejado en la sentencia a que se refiere el encabezamiento, creo necesario, en ejercicio de la facultad prevista en el art. 90.2 LOTC, formular este voto para dejar constancia de una cuestión que expuse en la deliberación del Pleno y no encontré acogida en la argumentación que conduce a la

desestimación del recurso de inconstitucionalidad, fallo desestimatorio con el que estoy de acuerdo.

El punto esencial de mi discrepancia tiene que ver con el tratamiento que hace el fundamento jurídico 5 de la sentencia sobre la educación diferenciada por sexos.

Si bien el pronunciamiento actual corrige algunos de los excesos interpretativos contenidos en las SSTC 31/2018, de 10 de abril, y 74/2018, de 5 de julio, respecto de las que planteé en su día sendos votos particulares, no lleva esa revisión hasta sus últimas consecuencias. Ello hubiera requerido, tal y como yo lo entiendo, no solo considerar que «la decisión del legislador de otorgar ayudas públicas únicamente a los centros educativos que no separen al alumnado por su género es una opción constitucional legítima», sino declarar que la educación diferenciada por razón de sexo no es un modelo que tenga cabida en nuestro texto constitucional.

Sin embargo, la sentencia no solo no sustenta esa exclusión, sino que afirma que el «pluralismo del modelo educativo que se deriva del art. 27 CE, que es, a su vez, una manifestación del pluralismo político que garantiza el art. 1.1 CE, deja un amplio margen de libertad al legislador para que pueda configurar un modelo educativo en el que quepan opciones pedagógicas de muy diversa índole con la única exigencia de que no sean contrarias a los derechos constitucionalmente consagrados». Afirmación esta de la que se deduce, *a sensu contrario*, que el Tribunal considera que la educación diferenciada por razón de sexo es un modelo educativo aceptable dentro de un sistema educativo pluralista, que no resulta contrario a ninguno de los derechos constitucionalmente consagrados. Pero yo no estoy de acuerdo con este planteamiento. En España, en el siglo XXI, la educación que segrega niños y niñas, separándolos en espacios diferentes para transmitirles conocimientos y para socializarles, debe considerarse contraria al mandato del art. 9.2 CE, así como al principio de igualdad y a la cláusula antidiscriminatoria del art. 14 CE.

El recurso de inconstitucionalidad núm. 1760-2021, interpuesto por cincuenta y dos diputados del Grupo Parlamentario Vox del Congreso de los Diputados, parte del presupuesto de que el modelo de educación diferenciada es constitucionalmente válido y, por tanto, la exclusión de este modelo de la financiación pública resulta contrario a la libertad de enseñanza (art. 27.1 CE), al derecho al ideario del centro privado como derivación de la libertad de crear centros docentes (art. 27.6 CE), al correlativo derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos (art. 27.3 CE y art. 14.3 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea) y a la obligación de «ayudar» a los centros docentes del art. 27.9 CE en régimen de igualdad y sin discriminación, establecida por la doctrina constitucional. Partiendo del presupuesto argumentativo del recurso, que podría haber sido obviado porque la jurisdicción constitucional tiene margen para ello, la sentencia se limita a resolver la cuestión de si la exclusión de la financiación pública de este concreto modelo educativo vulnera o no los preceptos invocados. Pero la decisión del Pleno no solo no cuestiona el presupuesto argumental de la demanda, sino que lo acepta y da por supuesto que la educación diferenciada es un modelo educativo tan válido como cualquier otro dentro de un Estado social y democrático de Derecho como el que reconoce la Constitución española.

La aceptación del presupuesto argumental de los recurrentes, que además encuentra sustento en las SSTC 31/2018 y 74/2018, se sintetiza en la idea de que «la resolución del problema constitucional suscitado debe abordarse evitando entrar a valorar las ventajas o inconvenientes de este tipo de educación desde un punto de vista pedagógico o formativo, juicio que no corresponde a este tribunal». La sentencia insiste en que las estimaciones sobre la educación más conveniente no están plasmadas en el texto constitucional y por tanto, «no corresponden a este tribunal, sino a los padres, individualmente, y colectivamente al legislador, al que ya hemos reconocido libertad para configurar el sistema educativo». Y, teniendo presente lo anterior, la sentencia se abstiene de cualquier consideración sobre el modelo educativo, y sobre las innegables consecuencias que su adopción tiene en el adecuado respeto al principio de igualdad

material del art. 9.2 CE y al derecho a la igualdad que contempla el art. 14 CE. Pero yo no estoy de acuerdo con ninguno de los anteriores planteamientos.

La educación diferenciada por sexo, en el marco del sistema educativo español, que es el único en el que se puede contextualizar nuestro juicio de constitucionalidad, no es un simple modelo pedagógico sin implicaciones constitucionales y sin impacto alguno en el disfrute de los derechos fundamentales de los usuarios del sistema educativo, es decir, de los niños, niñas y adolescentes de uno y otro sexo. La prueba manifiesta de ello es cómo la STC 74/2018 terminó por conectar ese supuesto modelo pedagógico neutro con el derecho al ideario, vinculando este, a su vez, con el derecho de los padres a elegir el tipo de formación religiosa y moral que desean para sus hijos. Por supuesto que, en nuestro entorno próximo, la opción por la educación diferenciada por sexo se asocia con un planteamiento religioso y moral en que la mujer ocupa una posición y un espacio que no es neutral.

Ciertamente, el Tribunal no está llamado a pronunciarse, como dice la sentencia, sobre qué tipo de educación sea más conveniente en función de las opciones individuales de cada familia. Pero sí debe evaluar, desde el punto de vista del respeto a los principios básicos del sistema constitucional, entre los que se cita con carácter prioritario la igualdad (art. 1.1 CE), si un modelo educativo que separa a niños y niñas sobre la base de considerarlos sustancialmente distintos y, por tanto, destinatarios de una educación separada, tiene o no cabida desde una concepción del sistema jurídico que proclama la necesidad de superar las desigualdades formales para alcanzar la igualdad real y efectiva de las personas y los grupos en que ellas se integran (art. 9.2 CE), objetivo este que no alcanzo a comprender cómo puede lograrse desde el mantenimiento de esas personas en grupos esencialmente segregados. Al negar la evidencia de que la opción por la segregación en el sistema educativo español en concreto, lleva aparejada una determinada visión sobre la posición de las mujeres en el seno de las familias y de la sociedad, evita abordar el problema con la claridad que precisa para llegar a conclusiones idóneas. Yo entiendo, como sostuve en los votos particulares a las SSTC 31/2018 y 74/2018, que la educación diferenciada por sexos, que segrega a niños y niñas en el acceso al sistema educativo y en la organización de las enseñanzas, no tiene cabida en el marco de la Constitución de 1978 que, asumiéndose plural, también debería comprenderse como laica, social e igualitaria.

Argumentaba en el voto a la STC 31/2018, que «los centros educativos privados que establecen un sistema de admisión o de organización de las enseñanzas diferenciadas por sexo, recurren para ello a una categoría sospechosa de ser discriminatoria, de las que contempla el artículo 14 CE». E insistía en la idea de que el recurso a esa categoría en la gestión del modelo educativo exige que quien lo utiliza para organizar determinados centros educativos, en este caso promotores privados, exponga una justificación reforzada de las razones que le llevan a utilizarla, justificando con énfasis que el trato diferenciador no es discriminatorio. Recuérdese que «las prohibiciones de discriminación contenidas en el art. 14 CE implican un juicio de irrazonabilidad de la diferenciación establecida *ex constitutione*, que imponen como fin y generalmente como medio la parificación, de manera que solo 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, así como un mayor rigor respecto a las exigencias materiales de proporcionalidad.» (en este sentido se manifiesta la STC 2/2017, de 16 de enero). Pero, a mi juicio, esa justificación no llega a producirse de manera suficiente cuando se hace referencia a la organización de las escuelas privadas basadas en el principio de segregación educativa por sexo, sino que se da por constitucionalmente correcta la afirmación apodíctica de que la educación diferenciada no es discriminatoria porque viene aceptada por la comunidad internacional en el art. 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones de la UNESCO, porque se desarrolla sin dificultad en países de nuestro entorno, o porque permite a niños y niñas adquirir idéntica titulación académica. Pero todos esos

argumentos no son pacíficos, tal y como argumenté en el voto particular a la STC 31/2018.

Lo más importante de lo que dije entonces, y que puede aplicarse en relación con el recurso que resolvemos ahora tiene que ver con la definición de un modelo educativo con sustento constitucional.

Esa definición parte, a mi juicio, de la STC 133/2010, de 2 de diciembre, que descarta el *homeschooling* como modelo educativo válido en nuestro sistema constitucional, y se aproxima a una definición del modelo constitucional de educación, al afirmar que «la educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos como tarea propia no se contrae, por tanto, a un proceso de mera transmisión de conocimientos [cfr. art. 2.1 h) LOE], sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos [cfr. art. 2.1 a) LOE] y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural [cfr. art. 2.1 d) y k) LOE] en condiciones de igualdad y tolerancia, y con pleno respeto a los derechos y libertades fundamentales del resto de sus miembros [cfr. art. 2.1 b), c) LOE]». A partir de estas consideraciones, en el voto a la STC 31/2018 ya afirmé que, «si la sociedad no funciona, en España, en espacios segregados por sexo, hay determinadas habilidades sociales, valores, capacidades y dimensiones del desarrollo de la personalidad que no pueden ‘aprenderse’ y ‘entrenarse’ más que si el segundo espacio de socialización, que es la escuela, reproduce esos mismos espacios mixtos, como premisa de una coeducación efectiva».

Y continuaba argumentando que «no existe argumento lógico alguno que permita sostener que la diferenciación del alumnado por sexo, en el acceso o en la organización de la enseñanza a la que tiene derecho, busca la parificación social y resulta proporcionada al fin pretendido. Incluso si se diera por bueno el falaz argumento de que se pretenden potenciar, con este tipo de educación, las capacidades cognitivas de las niñas, para asegurar su éxito académico como medio para lograr mejores logros profesionales y superar la desigualdad imperante en el mercado laboral al calor del mandato del artículo 9.2 CE, lo cierto sería que la medida no superaría un mínimo test de proporcionalidad. Como ya ha declarado este tribunal, la educación como derecho constitucionalmente reconocido, no puede aspirar solo a garantizar la transmisión de conocimientos, y el consecuente éxito académico, sino que busca formar ciudadanos y ciudadanas responsables, llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad igualitaria, a la que llaman con insistencia los artículos 14 y 9.2 CE».

Insisto en la idea de que «la educación diferenciada tiende a consolidar estereotipos basados en la diferenciación de los sexos por roles, por capacidades, y por posiciones en la sociedad, porque son esos mismos estereotipos, sin base científica, los que dan sustento a la teoría pedagógica segregacionista. No es este un modelo capaz de superar los estereotipos, y las dificultades de igualdad entre hombres y mujeres, que demanda el artículo 9.2 CE, porque se basa precisamente en dichos estereotipos. El equilibrio entre la formación de la ciudadanía, y la educación del alumnado, quiebra con esta medida, que por ello no puede considerarse proporcional a la hora de asegurar la garantía del derecho a la igualdad (art. 14 CE) y a la educación, con el objeto que a ella asocia el artículo 27.2 CE». Por tanto, «existen elementos que conducen a imputar a la educación diferenciada una incapacidad estructural, u ontológica, para el logro de los objetivos educativos marcados constitucionalmente. Porque la igualdad, derecho relacional por naturaleza, tal y como se ha establecido además por este tribunal (por todas, SSTC 112/2017 o 27/2004), no se puede transmitir adecuadamente en contextos donde la relación de género no existe».

Dicho lo anterior, que de forma más extensa se expone en el voto a la STC 31/2018, a cuya lectura completa remito, es necesario formular una reflexión adicional.

Mis compañeros y compañeras en el Pleno parecen haber considerado, de forma implícita, que no era posible revisar de forma global los pronunciamientos de las SSTC 31/2018 y 74/2018 en relación con la cobertura constitucional del modelo de

educación diferenciada o segregada por sexos, en la medida en que, en el presente recurso de inconstitucionalidad, se cuestionaba exclusivamente la exclusión de la financiación de este modelo pedagógico y no se planteaba, en cambio, la obligación de no financiarlo por tratarse de un modelo contrario a la Constitución, que era el enfoque abordado en el recurso de inconstitucionalidad al que dio respuesta la STC 31/2018.

Efectivamente, en este caso, podemos entender que el requerimiento de los recurrentes se corresponde exactamente con la respuesta dada por el Tribunal, y que este se ha limitado, en una adecuada actitud de autocontención, a desestimar las pretensiones de los recurrentes, sin abordar cuestiones ajenas al *petitum*.

Pero los excesos interpretativos en que incurren las SSTC 31/2018 y, sobre todo, la 74/2018, recomendaban reconsiderar aquellos parámetros exegéticos y reconducirlos, para superar los problemas de interpretación del art. 27 CE derivados de aquellos pronunciamientos. Yo creo que hubiera sido necesario aclarar si, para este tribunal, la segregación por razón de sexo en la escuela responde a un modelo o método pedagógico que, como tal, forma parte del ideario educativo de los centros docentes, como una derivación o faceta de la libertad de creación de centros docentes (cuestión esta que se establece en la STC 31/2018) o se inserta acaso en el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (aproximación que hizo la STC 74/2018).

A mi juicio la educación diferenciada por sexo no solo no forma parte integrante de ninguna de las dimensiones de las libertades educativas que consagra el art. 27 CE, sino que, además es contraria a los arts. 9.2 y 14 CE, por desatender abiertamente el mandato de promoción de la igualdad material de las personas, en particular de las mujeres, y por basarse en una causa sospechosa de ser discriminatoria sin que quien la sustenta haya sido capaz de justificar, de forma reforzada, que la educación separada de niños y niñas ni se sustenta, ni genera, ni sostiene un modelo de sociedad basado en la desigualdad de roles y de reconocimiento de estatuto de hombres y mujeres.

En este sentido emito mi voto particular.

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