

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LA FINANCIACIÓN PÚBLICA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD

(Sentencias de 2018 y 2023 sobre concertación de centros educativos de un solo sexo)¹

MIGUEL EIROS BACHILLER
Universidad de Salamanca

JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ
Universidad de Valladolid

Cómo citar/Citation

Eiros Bachiller, M. y Martínez López-Muñiz, J. L. (2024).
El Tribunal Constitucional y la financiación pública de un derecho fundamental de libertad:
(Sentencias de 2018 y 2023 sobre concertación de centros educativos de un solo sexo).
Revista de Administración Pública, 224, 129-154.
doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/rap.224.05>

¹ Reelaboración reestructurada y ampliada de Comunicación «Constitutionality of public funding of non-governmental single-sex schools: recent Spanish jurisprudence», a la *12th Annual ISCRC (International School Choice and Reform Conference)*, Madrid, 5 de enero de 2024.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. MARCO CONSTITUCIONAL: 1. Particulares exigencias constitucionales sobre las subvenciones y demás modalidades de ayuda pública a las libertades públicas. 2. Contenido esencial primario de libertad del derecho a la educación, inseparable de su condición de derecho prestacional. 3. La libertad escolar. 4. Deber de ayuda pública a los centros privados del art. 27.9 de la Constitución. 5. Consecuencias especiales de la obligatoriedad y gratuidad de la educación básica (art. 27.4 CE) en cuanto al alcance de su financiación pública en centros privados: STC 31/2018. 6. Aplicación de la doctrina sobre la igualdad al cumplimiento de estos deberes de la Administración con respecto a la educación en centros privados. 7. Implicaciones del art. 2 del Protocolo 1º del CEDH. III. EN 2018 LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DECLARÓ INCONSTITUCIONAL POR DISCRIMINATORIA LA DENEGACIÓN DE CONCIERTOS A LA «EDUCACIÓN DIFERENCIADA»: 1. Legitimidad de la educación en centros de un solo sexo, ampliamente justificada por la jurisprudencia de 2018 y reafirmada en 2023. 2. Según el Tribunal Constitucional en 2018, el principio de igualdad no admite excluir esta legítima modalidad pedagógica del régimen común de financiación pública de la educación privada mediante los conciertos. IV. LA NUEVA NORMA LEGISLATIVA DE 2020 Y LA CUESTIÓN DE SU CONSTITUCIONALIDAD: 1. El nuevo texto de la disposición adicional 25ª de la LOE, su origen y rango. 2. Las Sentencias 34/2023 y 49/2023 admiten que, mediante los conciertos, el poder público pueda diferenciar entre opciones educativas legítimas, ayudando solo a las de su preferencia. 3. Posibilidades hermenéuticas para tratar de armonizar estas nuevas sentencias con la jurisprudencia de 2018, no expresamente rechazada. 4. Posibilidades de las comunidades autónomas, de los operadores educativos y de los padres de alumnos.

I. INTRODUCCIÓN

1. Desde el principio de nuestro sistema democrático ha venido librándose sobre la educación en nuestra sociedad, sorda o más públicamente, una amplia y honda pugna ideológica y política. De ella ha ido quedando un importante rastro jurídico en la sucesión principalmente de siete polémicas leyes educativas generales, más cuatro específicamente referidas a la universidad, y en una considerable serie de sentencias del Tribunal Constitucional y otras no pocas del

Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional y los tribunales superiores de justicia. Especialmente a partir de los últimos años del pasado siglo vino a encontrar un particular ámbito de expresión, aun de limitado alcance, en la cerrada oposición de algunos sectores políticos y sindicales a la concertación de la educación básica en centros educativos de un solo sexo, que ningún principio ni precepto jurídico de nuestro ordenamiento vetaba.

2. Tal tipo de «educación diferenciada», como muchos comenzaron a denominarla con expresión un tanto equívoca², era ya, por lo demás, una realidad numéricamente muy minoritaria en el conjunto del sistema escolar privado, concertado o no, en España, pero podía encontrarse en todas las regiones, tanto en colegios con alumnos de clases medias y medias-altas como en otros con alumnos de barrios netamente desfavorecidos, implicando en total a varios miles de familias y de alumnos³. A diferencia de lo que puede ocurrir en otros países como Estados Unidos⁴, esa modalidad escolar había desaparecido hacía tiempo de la escuela pública.

3. Los tribunales en general y destacadamente el Tribunal Supremo zanjaron las disputas en sentido favorable a la legitimidad de los conciertos con centros educativos de un solo sexo, aun con algún razonamiento a veces no muy acertado —provocado también alguna vez por algún enfoque menos pertinente por parte de la defensa de la concertación de dicho tipo de centros (Martínez

² En la concepción y justificación de esta modalidad educativa, cabe destacar M.^a Calvo Charro (2016), *La educación diferenciada en el siglo XXI: Regreso al futuro*, Madrid: Iustel.

³ En España, en educación primaria y secundaria obligatoria, acuden a centros privados en torno a un tercio de los correspondientes tramos de edad; algo más del 4,02% a centros privados autofinanciados y del 28,76% a los concertados, en 2020-2021, según datos de la estadística oficial del Ministerio de Educación sobre enseñanzas no universitarias. Del conjunto de unos 4.000 centros privados de régimen general en los dos niveles educativos indicados —algo más de una cuarta parte del total—, ha venido habiendo unos 170 centros de educación diferenciada, de entre los cuales en torno a 50 o 60 han estado concertados. Por lo general están vinculados a iniciativas con una orientación educativa católica, si bien hay que tener en cuenta que, en España, una gran mayoría de los centros educativos privados en general, y sobre todo de los concertados, son de ideario católico.

⁴ Véase P. Meyer (2008), «Learning Separately: The case for single-sex schools», *Education next*, invierno, págs. 10-21, y M.^a Calvo Charro (2015), «Educación diferenciada, una opción de libertad», y «Los colegios diferenciados por sexo en Estados Unidos: constitucionalidad y actualidad de una tendencia imparable», así como J. L. Martínez López-Muñiz (2015-a), «Escolarización homogénea por razón del sexo y derecho fundamental a la educación en libertad» capítulos 1, 9 y 7, respectivamente, de J. L. Martínez López-Muñiz, M.^a Calvo Charro, A. González-Varas Ibáñez e I. M.^a De los Mozos Touya (2015), *Legitimidad de los colegios de un solo sexo y de su derecho a concierto en condiciones de igualdad* (págs. 38-41 y 341-378, así como 248-253, 271-274, respectivamente), Madrid: Iustel. El estudio «Escolarización homogénea por razón del sexo...», cit., había sido publicado antes (2012) en *REDA*, 154, págs. 71-108.

López-Muñiz, 2015-a, págs. 259-260, nota 18)—, o incluso con algún pronunciamiento disonante, pero debido probablemente a determinados condicionamientos procesales que, con más que discutible fundamento, se han tendido a aplicar de manera general al procedimiento especial contencioso-administrativo de protección de derechos fundamentales (Martínez López-Muñiz, 2015-a, págs. 276-288). Crecientemente esa jurisprudencia invocó, sin embargo, con toda razón, el art. 2 de la Convención de la UNESCO de 1960 relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza⁵, junto a la evidente ausencia de una prohibición legislativa de tal posibilidad.

4. Cuando, en una nueva interpretación en aplicación de la LOE (Ley Orgánica de Educación de 2006), el Tribunal Supremo cambió su criterio, a partir de julio de 2012, con una sentencia contradictoria⁶ que sería anulada en 2018 por el Tribunal Constitucional (STC 74/2018), pero que entonces fue seguida por otras similares, la reforma de la LOE por la LOMCE (Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, conocida como Ley Wert por el ministro del Gobierno de Rajoy que la promovió) convirtió en norma legislativa lo esencial del criterio jurisprudencial mantenido hasta 2012⁷.

5. El Partido Socialista —que entre 2006, en el Gobierno, y 2013, en la oposición, había cambiado en esto netamente de opinión, asimilándose a las posi-

⁵ Al menos, desde la STS (Sala 3ª, Secc. 7ª) de 26 de junio de 2006, FJ 8, que no dejó, por cierto, de invocar también la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, art. 10, c).

⁶ Tras afirmar que esa modalidad educativa es en sí misma plenamente legítima, justificaba privarla de los conciertos que instrumentan su financiación pública, por ser «discriminatoria» en razón del sexo. Ninguna explicación se aportaba que permitiera explicar que fuera plenamente legítima y a la vez discriminatoria. No parece que, desde luego, la financiación pública pueda mutar un centro legítimo en discriminatorio. Véase, al respecto, J. L., Martínez López-Muñiz (2015-b), «La agrupación escolar diferenciada de chicos y chicas tras la LOMCE», capítulo 2 de su obra con otros tres autores cit. *supra*, págs. 61-63, y (2015-c), «Los conciertos con colegios de un solo sexo en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2013», *Diario La Ley*, XXXIV, 8030, 25 de febrero de 2013, págs. 9-16, reproducido también como capítulo 5 en la misma op. cit. de varios autores, págs. 202-204.

⁷ Incluyó en su art. 84.3 lo siguiente: «No constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciada por sexos, siempre que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960.

En ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto. A estos efectos, los centros deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad».

ciones de los grupos más a su izquierda (Martínez López-Muñiz, 2015-b, págs. 71 y 79, y 2015-3, págs. 200-201)— impugró esa reforma legislativa ante el Tribunal Constitucional en 2014 y alentó impugnaciones también desde diversos Parlamentos autonómicos⁸. El Tribunal Constitucional resolvió todos esos recursos en varias sentencias de 2018, comenzando por la que desestimó, con ocho votos a favor y cuatro en contra, el recurso de los diputados socialistas, la 31/2018, de 10 de abril, auténtico *leading case* en la materia⁹.

Según el Tribunal, la «educación diferenciada», realizada de acuerdo con lo previsto por el art. 2 de la Convención de la UNESCO de 1960 (confirmada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en su Observación General n.º 13, en diciembre de 1999) y el 10,c) de la relativa a la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, es una opción pedagógica perfectamente legítima y constitucional, y resultaría inconstitucional por discriminatoria la denegación de conciertos a centros educativos solo porque, en su proyecto educativo y su carácter propio, sigan esa opción pedagógica. Varias sentencias del Tribunal Supremo, de octubre de 2018¹⁰, aplicaron ya resueltamente la interpretación hecha por el Constitucional.

6. Pero el Gobierno formado a comienzos de 2020 por el PSOE, en coalición con Unidas Podemos, hizo aprobar, en plena pandemia, el 29 de diciembre de 2020, una nueva reforma de la LOE: la llamada LOMLOE (Ley Orgánica 3/2020, de Modificación de la LOE, conocida también como Ley Celáa, por quien conducía el Ministerio que la promovió), que, dando una nueva redacción a la disposición adicional 25ª de la LOE, vino a establecer que *los centros sostenidos parcial o totalmente con fondos públicos (...) no separarán al alumnado por su género*.

7. Diputados del Partido Popular (PP) y de Vox recurrieron por separado esa prohibición ante el Tribunal Constitucional, quien ha desestimado íntegramente esos recursos, por 6 votos contra 4¹¹, mediante sus Sentencias 34/2023, de 18

⁸ Véase J. L. Martínez López-Muñiz (2015-d), «Decisiones pendientes del Tribunal Constitucional y últimos pronunciamientos judiciales», en su obra con otros tres autores cit. *supra*, págs. 99 y ss.

⁹ Las otras fueron las SSTC 49/2018, de 5 de mayo, 53/2018, de 24 de mayo, 66 y 67/2018, de 21 de junio, y 73 y 74/2018, de 5 de julio.

¹⁰ SSTC (Sala 3ª, Secc. 4ª) 1140 y 1141, de 1 de octubre, y 1471, 1472, 1473 y 1474, de 5 de octubre. Desestimaron recursos de casación contra sentencias del TSJ de Andalucía —sala de lo contencioso-administrativo de Sevilla— favorables a la concertación de diversos centros de «educación diferenciada»: Albaydar y Ángela Guerrero, de Sevilla, Ntra. Señora de Lourdes, de Carmona (Sevilla), Molino Azul, de Lora del Río (Sevilla) y otros seis centros docentes más, alguno de ellos de Córdoba.

¹¹ El Tribunal contaba solo con 11 magistrados desde el cese el 29 de julio de 2022 —por renuncia por enfermedad— del magistrado Montoya Melgar, porque el PSOE no ha facilitado la cobertura de esa vacante que hubiera correspondido al Senado, a propuesta —dados los acuerdos de 2017— del PP. Uno de los dos magistrados nombrados por el

de abril (recurso de Vox) y 49/2023, de 10 de mayo (recurso del PP), si bien, en cuanto a este tema de los conciertos con centros de un solo sexo, esta segunda se limita a remitirse a lo que dijo la primera.

8. La aparente abierta contradicción entre la jurisprudencia reiterada del TC en 2018 y estas nuevas sentencias, en algo de incidencia indudable en derechos fundamentales, justificaba un análisis detenido de lo sucedido, como se ha pretendido hacer aquí, a partir del marco constitucional del que nos ocuparemos en el siguiente epígrafe, aunque aún será ineludible hacer referencia más tarde a algunas exigencias constitucionales relevantes en la realidad de nuestro Estado autonómico en materia educativa.

Con ese marco constitucional bien presente, en el epígrafe III resumiremos la jurisprudencia sentada por el TC en 2018 específicamente sobre los centros educativos de «educación diferenciada» y los conciertos con ellos, para después, en el epígrafe IV, examinar el origen y rango del nuevo texto adoptado por la LOMCE sobre los centros que «separen por el género», y lo dicho sobre él por el Tribunal en sus sentencias de 2023, y tratar de ver, finalmente, si hay alguna forma de conciliar en lo posible lo dicho por el TC en 2018 y lo afirmado en 2023 en tan aparente contradicción.

II. MARCO CONSTITUCIONAL

1. PARTICULARES EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES SOBRE LAS SUBVENCIONES Y DEMÁS MODALIDADES DE AYUDA PÚBLICA A LAS LIBERTADES PÚBLICAS

1. Sigue sin haber sido contestada con algún rigor la sólida doctrina que, en la literatura jurídica española, dejó sentada desde 1983 el profesor Germán Fernández Farreres en su libro *La subvención*¹².

Asumiendo la importante distinción propuesta en la doctrina italiana por Benadusi entre subvenciones *de actividad* —o de *incoraggiamento*— y *de risultato* —o de *indirizzo*—, llena de importantes implicaciones, Fernández Farreres advirtió certeramente su particular utilidad para «explicar la compatibilidad de la subvención con el ejercicio de los derechos fundamentales del individuo, cada vez más necesitados de las prestaciones y ayudas públicas» (1983: 243). En efecto,

Gobierno a principios de 2023 —Campo Moreno— se abstuvo de intervenir por formar parte del Gobierno autor del Proyecto de la ley impugnada, pero no lo hizo la otra —Díez Bueso—, que en la etapa de elaboración y aprobación de la Ley impugnada fue, primero, de 2018 a 2020, directora del Gabinete del Secretario de Estado de Relaciones con las Cortes del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, y, de 2020 y 2022, Directora General de Asuntos Constitucionales y Coordinación Jurídica del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática.

¹² *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

[...] la conjunción de la libertad intrínseca de los derechos del individuo con las subvenciones estatales que vienen a posibilitar la plena efectividad de esos derechos, solo parece posible si reparamos que se trata de subvenciones de actividad — en el sentido visto— y no de subvenciones de resultado que tratan de imprimir una determinada dirección a la actividad o al ejercicio de los derechos de los particulares beneficiarios (1983, págs. 243-244).

Ejemplificó este autor lo abstractamente formulado y, tras referirse a las ayudas públicas al ejercicio de la libre producción y creación literaria, artística —incluida la cinematográfica— científica y técnica, protegida por el art. 20 de la Constitución, importa destacar, a los efectos aquí tratados, que se detuvo en estos términos en las destinadas a la libertad educativa:

¿Es que acaso cuando, por ejemplo, el art. 27 de la Constitución, tras reconocer a las personas privadas la libertad de creación de centros docentes (art. 27-6º) y determinar que «los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca» (art. 27-9º de la Constitución), [...] puede pensarse en la posibilidad de que la Administración «indirectamente» y por la vía de la subvención correspondiente pueda imponer determinadas «obligaciones» que vengan a restringir, a condicionar, más allá del mero control del destino dado a las subvenciones percibidas, la esencia de ese derecho fundamental de libertad de creación de centros docentes constitucionalmente reconocido y protegido? A mi juicio se evidencia rápidamente la dificultad de cohonestar la subvención que hemos denominado de resultado con el pleno y libre ejercicio de los derechos fundamentales (1983, págs. 244-245).

No pudo decirse más clara y netamente, aunque solo se hiciera para ejemplificar el principio enunciado con una fundamentación tan sólida e incontestable como escueta y sintética.

2. Similar doctrina mantuvo uno de nosotros en 1985 en la *REDA*, al dar cuenta de diversos pronunciamientos jurisprudenciales de por entonces, relativos más particularmente a ayudas a la educación y a los sindicatos¹³. Se afirmó allí que «lo más sustancial de la jurisprudencia» considerada radicaba en la «tesis paradójica» de que:

El contenido de los derechos y libertades fundamentales y en concreto su núcleo esencial puede ser vulnerado por la acción de los Poderes públicos, no solo cuando proceden a su regulación o a intervenir sobre ellos con sentido restrictivo o constrictivo, sino también cuando dirigen su acción a favorecer su más pleno y efectivo ejercicio (1985, pág. 408).

¹³ J. L. Martínez López-Muñoz (1985), «Subvenciones al ejercicio de libertades y derechos fundamentales en el Estado social de Derecho: educación y sindicatos», *REDA*, 47, págs. 397-412.

Y, en efecto, en el considerando 10 de la STS de 24 de enero de 1985, que anuló varios preceptos de unas OO.MM. de 1984, reguladoras de las subvenciones estatales a los centros privados de FP y EGB, por violar, con algunos de sus requisitos o condiciones, el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad de enseñanza —y que sería más tarde confirmada por la STC 86/1985 en un recurso de amparo presentado por el Ministerio Fiscal—, se puede leer lo siguiente:

Esas condiciones mínimas, esa potestad reguladora del Estado *en materia de enseñanza*, tiene como limitación el no vaciar de contenido aquel derecho fundamental ni rebasar su contenido esencial, ya que esas normas mínimas ni autorizan al poder público a imponer a los centros docentes privados, que se deseen crear o que estén funcionando con la pertinente autorización administrativa, nuevas exigencias, como alguna de las examinadas, que necesariamente supongan poner obstáculos o coartar y hasta impedir de hecho el pluralismo *educativo* institucionalizado por la Constitución.

En suma, como se glosaba en aquella ocasión, las regulaciones, intervenciones y controles «no deben aumentarse ni intensificarse como “precio” de unas acciones de ayuda o de apoyo al más pleno y efectivo ejercicio de los derechos y libertades de que se trate. Estas ayudas no deberán suponer más carga que la de su real destino a la *actividad* para la que se otorgan y a la que quedan afectadas», sin convertirse nunca «en ayudas *de resultado* o de *indirizzo*» en los términos expuestos por Fernández Farreres (Martínez López-Muñiz, 1985, pág. 409)¹⁴.

3. Lo expuesto resulta de aplicación, desde luego, tanto a las subvenciones como a cualquier otra expresión de ayuda pública —con sus requisitos sustanciales de gratuidad y de afectación a una determinada actividad o resultado por las razones de interés público que las justifique— como lo es ciertamente la que, a través de los denominados conciertos con centros escolares privados, se viene instrumentando desde la LODE (Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación) de 1985, sobre todo y casi exclusivamente en los niveles comprendidos en lo que el art. 27.4 CE denomina educación básica¹⁵, en orden a una mejor satisfacción del derecho a la educación en libertad y de la libertad escolar que la Constitución garantiza en ese mismo art. 27.

¹⁴ Los mismos criterios se encuentran acogidos en I. de los Mozos Touya (1995), *Educación en libertad y concierto escolar*, Madrid: Montecorvo, pág. 108, o I. M.^a de la Riva (2004), *Ayudas públicas (Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado)*, Buenos Aires, Hammurabi, págs. 170-171.

¹⁵ Véase LOE, art. 116.1. Sobre la posibilidad de conciertos «singulares» con centros en niveles educativos no incluidos en la educación básica ni en la infantil, que no pretenden garantizar una gratuidad plena sino una reducción del precio a pagar por los alumnos, véase LODE, adicional 3^a y transitoria 3^a y LOE, art. 116.7.

4. Importa observar que, aunque se ha puesto el énfasis en la salvaguarda del contenido esencial del derecho de libertad objeto de la ayuda, de manera que no se desconozca o lesione con ella, subyace a toda la doctrina científica y jurisprudencial sucintamente expuesta, se diga o no expresamente, la indudable especial relevancia que tiene también la igualdad —protegida de una manera general y transversal por el art. 14 CE— en el adecuado respeto y protección de todos los derechos fundamentales, empezando, obviamente, por los de libertad. Con respecto a las ayudas públicas, no es ya solo que en su configuración legal —y, por supuesto, en su dispensación— su afectación y consiguiente condicionamiento, no puedan determinar otras diferenciaciones para poder beneficiarse de ellas que las que estén netamente justificadas por objetivos públicos de relevancia proporcionada, sino que, al incidir en derechos fundamentales de libertad —los especialmente protegidos en la Constitución española entre los arts. 15 a 29—, no cabe tampoco, con su afectación o condicionamientos, determinar modalidades de su ejercicio no imponibles a todos por igual en la ley. Solo la ley, como exige el art. 53.1 CE, y con su generalidad propia, podrá regular y, por tanto, delimitar el contenido de estas libertades públicas, haciéndolo, como es lógico, con el debido respeto del principio de igualdad, sin que las ayudas públicas a su ejercicio puedan afectarse y beneficiar a solo determinadas modalidades de este, dentro de las permitidas a todos por la ley. Algo que no ocurre en el ámbito de las libertades económicas o de contenido eminentemente material, ninguna de las cuales han sido incluidas entre los arts. 15 a 29 CE como «libertades públicas». Hay sí para ellas también la necesidad de regulación general legal con criterio de igualdad, pero nada se opone a que el poder público pueda determinar regímenes de ayuda diferenciados por razón del especial interés general del modo de llevar a cabo determinado tipo de actividad económica o social o de los resultados a obtener con ella. Siempre que, naturalmente, no se incida indebidamente en ninguna de las libertades públicas en su estricto sentido, ni se lesione el contenido esencial de los derechos y libertades de que se trate, también salvaguardado por el art. 53.1 CE para todos los que son objeto de los arts. 30 a 38 y no solo para los «derechos fundamentales y libertades públicas» de los arts. 15 a 29, además de respetarse conforme a la ley —o los tratados (piénsese en particular en los arts. 107 y ss. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea o en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias de la Organización Mundial de Comercio)— el pertinente régimen de la competencia.

2. CONTENIDO ESENCIAL PRIMARIO DE LIBERTAD DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN, INSEPARABLE DE SU CONDICIÓN DE DERECHO PRESTACIONAL

1. Ninguna duda ofrece la naturaleza de «libertad pública» o de derecho de libertad del derecho fundamental a la educación, objeto específico del art. 27 CE, al que, por tanto, debe serle de plena aplicación toda la doctrina expuesta, como,

por lo demás, ya hemos visto que así se estima expresamente por quienes la han formulado.

2. El Tribunal Constitucional tempranamente, en su ya citada sentencia 86/1985, de la que fue ponente el profesor Rubio Llorente, afirmó con claridad y rotundidad, en su FJ 3, que el derecho de todos a la educación, del art. 27 de la Constitución, tiene un «contenido primario de derecho de libertad»¹⁶. Lo ha repetido luego varias veces¹⁷. Obviamente, por tanto, su núcleo esencial como tal habrá de ser respetado por su posible y necesaria regulación legislativa —conforme al art. 53.1—, pero en todo caso habrá de entenderse que, de suyo, como toda libertad pública —en el sentido en que emplea esta expresión la Constitución—, no tiene otros límites ni condiciones que los que por razones de importancia proporcionada y con criterios de igualdad se establezcan o permitan por ley orgánica (art. 81 del texto constitucional). La lógica inclusión ahí de la libertad de los padres —que representan a los titulares del derecho que sean menores, y tienen además sobre ellos específicos deberes educativos¹⁸— para elegir centro docente para sus hijos menores se ha reafirmado en este sentido por el Tribunal Constitucional en diversas ocasiones, como en el Auto 283/1996, de

¹⁶ Así ya también en J. L. Martínez López-Muñiz (1979), «La educación en la Constitución Española (derechos fundamentales y libertades públicas en materia de enseñanza)», *Persona y Derecho*, 6, págs. 215-295 (págs. 234-235, 246-248, y 263 y ss.) y en otra diversidad de ocasiones posteriores: véase, por todas, (2008), «La educación escolar, servicio esencial: implicaciones jurídico-públicas», en J. L. Martínez López-Muñiz y J. L. Requero Ibáñez (dirs.), *Los derechos fundamentales en la educación*, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, págs. 15-78 (págs. 33-36). En términos generales destacaron la doble naturaleza como derecho de libertad y derecho prestacional del derecho a la educación, entre otros, F. Rubio Llorente (1977), «Constitución y Educación», en *Constitución y Economía*, Madrid: Edersa (pág. 103), y (2001), «Deberes constitucionales», *REDC*, 62, (págs. 26 y 28-29), G. Cámara Villar (2012), que ha hablado de su «naturaleza híbrida» en este sentido, en su «Comentario al artículo 14 de la Carta», en C. Monereo Atienza y J. L. Monereo Pérez (dir. y coord.) (2012), *La Europa de los derechos (estudio sistemático de la Carta de los derechos fundamentales de la UE)*, pág. 296, Granada, Comares; o K. D. Beiter (2006), *The Protection of the Right to Education by International Law (Including a systematic analysis of Article 13 of the International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights)*, International Studies in Human Rights, vol. 82, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, pág. 3.

¹⁷ Así, además de las que se irán citando enseguida, en las SSTC 188/2001 (FJ 5); los términos «contenido primario» se emplean en distinto sentido en los FFJJ 12 y 13), 236/2007 (FJ 8) y en las 31/2018 [FFJJ 3 y 4 b)] 74/2018 [FJ 4, b)] o incluso la 34/2023 FJ 3 d), objeto de estas páginas.

¹⁸ «Es en cumplimiento de un deber natural hacia sus hijos (pues son los padres los principales responsables de la “educación y enseñanza” de sus hijos) por lo que los padres pueden exigir que el Estado respete sus convicciones religiosas y filosóficas. Su derecho corresponde, pues, a una responsabilidad estrechamente vinculada al goce y ejercicio del derecho a la educación» (STEDH *Folgero c. Noruega*, 29 de junio de 2007, ap. 84,e), con cita de sentencias anteriores).

18 de diciembre, FJ 4, o en la Sentencia 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 5.b). Es algo indudablemente inserto en lo que la DUDH quiso proclamar en su escueto art. 26.3 como algo esencial al derecho a la educación: que *los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos*. El PIDESC (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) de 1966 lo tradujo en su art. 13.3 en la siguiente norma:

Los Estados Parte en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquellas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza [...].

3. El Tribunal Constitucional ha sostenido a la vez desde el principio —así en aquella misma sentencia 86/1985, FJ 3— que el derecho a la educación «incorpora [...], sin duda, [...] una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho». Lo evidencia la simple lectura del art. 27 de la Constitución, pero importa mucho destacar que la primera condición para que ese derecho sea efectivo habrá de ser, obviamente, su libertad, sin la cual no se estaría dando satisfacción al derecho a la educación que la tiene como componente primario. No basta, pues, cualquier modo de instrucción y de transmisión de conocimientos teóricos y prácticos, si no se promueve y garantiza que los educandos —y, por ellos, sus padres o tutores mientras son menores— puedan ejercer de manera efectiva su libertad de elección entre la variedad de ofertas que debe posibilitarse dentro de un marco —el mínimo necesario— de condiciones y objetivos generales que la ley establezca en garantía de los diversos aspectos de relevancia social, laboral, profesional y pública en general, que indudablemente tiene la educación para cualquier sociedad y más a medida que alcanza elevados grados de desarrollo y complejidad.

Confirmando lo que decimos, el Tribunal Constitucional afirmó en la STC 337/1994, FJ 9 —y lo ha reiterado literalmente en la 111/2012, FJ 5, la 184/2012, FJ 3 o la 24/2013, FJ 3—, que es precisamente «a partir del» «contenido primario de libertad» que «el derecho de todos a la educación incorpora», como «hay que entender el mandato prestacional a los poderes públicos encaminado a promover las condiciones para que esa libertad sea real y efectiva (art. 9.2 CE)».

La regulación del sistema prestacional que se ponga a disposición efectiva de la satisfacción del derecho a la educación habrá de tener, por tanto, en todo momento, como objetivo principal favorecer la mejor satisfacción posible del derecho a la educación *en libertad*¹⁹, y, por lo tanto, con la máxima potenciación

¹⁹ En expresión certeramente utilizada por I. de los Mozos Touya (1995), como ya observara expresa y justamente, insistiendo en las mismas ideas, I. Borrajo Iniesta (2002), «El derecho a la educación en libertad: esquema de interpretación», en AA. VV., *La democracia*

que sea posible del derecho de todos a elegir la educación en condiciones, al menos básicas, de igualdad y sin discriminaciones por el modo de ejercerse esa libertad.

3. LA LIBERTAD ESCOLAR

1. Como queda apuntado, no es posible el derecho a la educación en libertad sin libertad escolar, es decir, sin la *libertad de creación de centros docentes*, que el art. 27.6 reconoce y garantiza a cualesquiera *personas físicas y jurídicas* como otra de las libertades públicas fundamentales; sin posibilidades reales de que emerja y subsista una real pluralidad en la oferta educativa, siempre, claro está, *dentro del respeto a los principios constitucionales*, como señala el mismo precepto, y *a las normas mínimas que prescriba el Estado*, como dispone el contundente art. 13.4 del PIDESC, con arreglo al cual debe interpretarse el art. 27 de la Constitución en virtud del art. 10.2 de esta misma ley fundamental. Precisamente por esta razón el TC ha entendido, desde la primera oportunidad, que esta *libertad de creación* comprende inseparablemente la libertad de *dirección* de los correspondientes centros o —como dice el citado art. 13.4 del PIDESC— *instituciones de enseñanza*: STC 77/1985 sobre la LODE, FJ 20.

2. Pero importa ahora destacar que, ya desde la STC 5/1981, el Tribunal ha reconocido el derecho a conformar los centros educativos de libre *creación* con un *ideario educativo propio* (en expresión de la Ley Orgánica de Centros Escolares [LOECE] enjuiciada por dicha sentencia de 1981) o *carácter propio* (como se dice desde la LODE en su art. 22). La sentencia de 1981 advertiría en su FJ 8 que precisamente por ello lo que se garantiza en el art. 27.6 de la Constitución es algo distinto de una simple «expresión concreta del principio de libertad de empresa que también la Constitución (art. 38) consagra» y, desde luego, además de que lo dicho incluye su aplicación específicamente a los centros plenamente insertos en el sistema educativo institucionalizado, que el ideario o carácter propio «no está limitado a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa», y «puede extenderse a los distintos aspectos de su actividad».

3. Todo sería confirmado por la STC 77/1985, FJ 9²⁰ y, desde su versión original hasta hoy, la vigente LOE de 2006 recoge y garantiza en su art. 115 el *derecho a establecer el carácter propio* de los *centros privados* por parte de sus *titu-*

constitucional (Estudios en homenaje al Profesor Rubio Llorente). Madrid. Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, págs. 661 y 662.

²⁰ En el FJ 10 estimó además inconstitucional el sometimiento del carácter propio a una autorización previa, no reglada —la establecida para el reconocimiento de los correspondientes centros educativos—, sino discrecional.

lares, y obliga a integrarlo en el *proyecto educativo* de los *concertados*, que ha de hacerse público (art. 121.6)²¹.

4. La STC 31/2018 vendría a afirmar con rotundidad, como una consecuencia de toda la jurisprudencia anterior, que «la opción por un determinado modelo pedagógico forma parte del derecho al ideario o carácter propio del centro». E insistió con razón en que «el ideario puede ser considerado en gran medida, aunque no solo, como punto de convergencia que posibilita el ejercicio del derecho de creación de centros y el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que desean para sus hijos, poniendo en conexión oferta y demanda educativa». Todo, a la vez que recordó por extenso —en el mismo larguísimo FJ 4 a)— los límites y condicionamientos constitucionales de dicho derecho a determinar el carácter u orientación propio de los centros que libremente se creen.

4. DEBER DE AYUDA PÚBLICA A LOS CENTROS PRIVADOS DEL ART. 27.9 DE LA CONSTITUCIÓN

1. La Constitución del Estado social de derecho que es la española de 1978 (art. 1.1), no se ha limitado, desde luego, a garantizar el derecho a la educación en libertad y la libertad escolar y su pertinente regulación en garantía de la justa conjunción de los derechos y libertades que en su ejercicio concurren directa o indirectamente y, en consecuencia, de los justificados fines públicos implicados, sino que obliga además a los poderes públicos competentes a favorecer la posibilidad de su ejercicio efectivo tal y como requiere su art. 9.2, imponiéndoles, por ello, en el art. 27.9 el deber de *ayudar a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca*, es decir a los que, creados por la libertad escolar del art. 27.6 —llamados por eso «privados»—, cumplan los requisitos que la ley ha de fijar sin contradecir la finalidad de su favorecimiento.

2. Tempranamente el Tribunal Constitucional afirmaría lo que no ha dejado de sostener sobre este deber de ayuda a los centros distintos de los públicos: que posibilita de manera efectiva la elección en ejercicio del derecho a la educación en libertad a que se refiere el art. 13.3 del PIDES. Algo que, lejos de tratarse de «una afirmación retórica», tiene «fuerza vinculante», aunque no se trate de 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

²¹ La LOMCE de 2013 intercaló además en el art. 116.1 de la LOE una expresa exclusión de que *la elección de centro por razón de su carácter propio pueda representar para las familias, alumnos y alumnas y centros un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto*. Lo suprimió la LOMLOE. Era realmente innecesario y nada relevante se siguió ni de su incorporación a la LOE en 2013 ni de su retirada en 2020. Es pura consecuencia del principio de igualdad que no solo está en la Constitución sino reiterado en la ley.

la CE puede significar que esa ayuda se realice teniendo en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales», como, desde luego, «el mandato de gratuidad de la enseñanza básica (art. 27.4 de la CE), 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) o la distribución más equitativa de la renta regional y personal (art. 40.1 de la CE)» (STC 77/1985, FJ 11). Por eso, que:

[...] haya de ser solo en la Ley en donde se articulen sus condiciones y límites, no significa, obviamente, que el legislador sea enteramente libre para habilitar de cualquier modo este necesario marco normativo. La Ley que reclama el art. 27.9 no podrá, en particular, contrariar los derechos y libertades educativas presentes en el mismo artículo y deberá, asimismo, configurar el régimen de ayudas en el respeto al principio de igualdad [...] el legislador habrá de atenerse en este punto a las pautas constitucionales orientadoras del gasto público, porque la acción prestacional de los poderes públicos ha de encaminarse a la procuración de los objetivos de igualdad y efectividad en el disfrute de los derechos que ha consagrado nuestra Constitución (arts. 1.1, 9.2 y 31.2, principalmente) (STC 86/1985, FJ 3).

5. CONSECUENCIAS ESPECIALES DE LA OBLIGATORIEDAD Y GRATUIDAD DE LA EDUCACIÓN BÁSICA (ART. 27.4 CE) EN CUANTO AL ALCANCE DE SU FINANCIACIÓN PÚBLICA EN CENTROS PRIVADOS: STC 31/2018

1. La STC 31/2018 dio un paso más en la clarificación del marco constitucional determinado al respecto por el art. 27 de la Constitución. En su FJ 4 b) afirmó que:

[...] la gratuidad garantizada constitucionalmente [a la educación básica obligatoria por el art. 27.4 CE] no puede referirse exclusivamente a la escuela pública, negándola a todos los centros privados, ya que ello implicaría la obligatoriedad de tal enseñanza pública, al menos en el nivel básico, impidiendo la posibilidad real de elegir la enseñanza básica en cualquier centro privado. Ello cercenaría de raíz, no solo el derecho de los padres a elegir centro docente, sino también el derecho de creación de centros docentes consagrado en el art. 27.6 CE [...]. En este sentido, la financiación pública de los centros privados sirve al contenido prestacional consagrado en el art. 27.4 CE.

2. Aunque ya desde la STC 77/1985, como se ha recogido poco más arriba, se afirmó expresamente la necesidad de que el legislador de las ayudas del art. 27.9 CE tuviera en cuenta «el mandato de gratuidad de la enseñanza básica (art. 27.4 de la C.E.)», resulta evidente que, tras esta última clarificación operada por la STC 31/2018, las ayudas contempladas por el art. 27.9 CE deben hacer, cuando menos, posible el acceso gratuito efectivo a la educación básica en condiciones

de igualdad en cuantos centros privados reúnan las condiciones que establezca la ley para impartirla, con el debido respeto a su carácter propio que les es esencial, aun con los límites ya recordados al respecto. No a cualquier centro docente, por tanto, pero sí a los que ya hubieran acreditado cumplir todas las «normas mínimas» —en el sentido del art. 13 del PIDES— establecidas para prestar la educación básica.

6. APLICACIÓN DE LA DOCTRINA SOBRE LA IGUALDAD AL CUMPLIMIENTO DE ESTOS DEBERES DE LA ADMINISTRACIÓN CON RESPECTO A LA EDUCACIÓN EN CENTROS PRIVADOS

1. De conformidad con la doctrina que hemos comenzado recordando sobre la incompatibilidad de las ayudas *de resultado* con la protección debida a las *libertades públicas*, resulta evidente que, en la determinación de los requisitos que deban reunirse para poder ser beneficiarios de cualquier tipo de ayuda pública al ejercicio del derecho a la educación en libertad y de la libertad escolar, no podrán incluirse exigencias no impuestas a todos legalmente para el ejercicio en sí mismo de esas mismas libertades. Los que se dispongan en la regulación legal correspondiente habrán de limitarse a los necesarios para asegurar el efectivo empleo de la ayuda en esa actividad con la que se ejerzan esas libertades, así como su específica finalidad de hacer económicamente posible su efectividad y más particularmente a quienes, de otro modo, no podrían ejercer su derecho a la educación en libertad o solo podrían hacerlo asumiendo cargas excesivamente gravosas. Solo así se respetará la imprescindible igualdad garantizada por el art. 14 CE y el contenido esencial de esas libertades públicas.

2. Obviamente todo esto adquiere una mayor exigibilidad cuando se trata de hacer posible la efectividad de la educación básica, dada su configuración constitucional como obligatoria y gratuita.

7. IMPLICACIONES DEL ART. 2 DEL PROTOCOLO 1º DEL CEDH

1. Antes de concluir este repaso al marco básico constitucional, puede ser pertinente detenernos brevemente en lo que pueda desprenderse del art. 2º del Protocolo 1º, de 1952, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) de 1950, que, sin duda, como parte de un tratado sobre la misma materia —tratándose como se trata de *derechos fundamentales y libertades que la Constitución reconoce*— tendrá el valor hermenéutico constitucional que dispone el art. 10.2 CE, aunque, a su vez, como tiene declarado el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el Convenio y sus protocolos hayan de ser interpretados, no solo como una unidad, sino en la mayor armonía posible con el conglomerado de las normas internacionales universales sobre derechos humanos (STEDH *Catan y otros c. Moldavia y Rusia*, de 19 de octubre de 2012, ap. 136).

2. En su segundo inciso, dicho art. 2 dispone que:

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.

Lo que, sin duda, habrá de hacerse sin incurrir en ninguna de las posibles discriminaciones que prohíbe el art. 14 del Convenio, con el que el Protocolo forma una unidad normativa, un «todo».

3. La norma —se ha dicho— «se dirige a servir de defensa frente a los posibles intentos por parte de los poderes públicos de realizar una enseñanza dirigida, no pluralista»²². Se trata de «salvaguardar el pluralismo en la educación, siendo éste un aspecto considerado esencial por el Tribunal [Europeo de Derechos Humanos] para la preservación de la “sociedad democrática” tal y como es concebida por el Convenio» [STEDH *Folgero*, cit. ap. 84,b)], y que ha de ser garantizado a través de todo el sistema educativo, sin distinguir «entre instrucción religiosa y otros temas» [misma STEDH, ap. 84,c)]. Porque se trata de un «deber amplio» que «no solo se aplica al contenido de la educación y al modo de dispensarla sino también a la conformación de todas las “funciones” asumidas por el Estado» con respecto a la educación (*ibid.*).

Y en el bien entendido de que, como añade a continuación esta misma sentencia —y había sentado la sentencia *Campbell y Cosans c. Reino Unido* en 1982, ap. 17—, «el verbo “respetar” significa más que “reconocimiento” o “tener en cuenta”. Además de una garantía ante todo negativa, implica alguna obligación positiva por parte del Estado».

Por lo demás:

Aunque los intereses individuales deben en ocasiones subordinarse a los de un grupo, la democracia no significa simplemente que los puntos de vista de una mayoría deben prevalecer siempre: debe lograrse un equilibrio que garantice un trato justo y adecuado a las minorías y evite cualquier abuso de posición dominante.

Lo dijo la sentencia *Valsamis*, de 1996, ap. 27, del mismo TEDH, y lo repitió en *Folgero*, en el ap. f) de su resumen de la doctrina del Tribunal sobre el art. 2 del Protocolo que expuso en su ap. 84.

4. Especial relevancia tiene para lo tratado en estas páginas lo ya dicho sobre que lo dispuesto por el segundo inciso del art. 2 del Protocolo obliga a los Estados Parte, según sus propios términos, «en el ejercicio” de todas las funciones que

²² I. Lasagabaster Herrarte e I. Urrutia Libarona (2021), «Artículo 2. Derecho a la educación», en I. Lasagabaster Herrarte (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos (Comentario sistemático)*, 4ª ed., Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson-Reuters, pág. 1027.

asuman en relación con la educación y la enseñanza», como enfatizó el Tribunal en *Lautsi*, ap. 63, y ha vuelto a reiterar en *Perovy v. Russia*, de 20 de octubre de 2020, ap. 59. Qué duda cabe de que la financiación pública de la enseñanza privada es una de esas funciones.

El propio tribunal ya ha dicho que «aunque el art. 2 del Protocolo adicional no comporta obligación de subvencionar una forma particular de enseñanza, el art. 14 [del CEDH] exige, sin embargo, que las subvenciones no se otorguen de manera discriminatoria», porque dicho artículo «prohíbe tratar de manera diferente, salvo justificación objetiva y razonable, a personas que se encuentren en la materia en situaciones semejantes» (Decisión del TEDH *Verein Gemeinsam Lernen c. Austria*, de 6 de septiembre de 1995)²³. La actividad pública de financiación de la educación en establecimientos privados deberá, por tanto, respetar —en el sentido ya dicho—, en su regulación y ejecución, sin discriminación, la legítima pluralidad de las *convicciones religiosas y filosóficas* con la que los padres prefieren asegurar la educación y enseñanza de sus hijos. La aplicación combinada de este artículo y del 14 del Convenio evidencia el derecho de los padres a no ser discriminados al respecto²⁴.

5. El TEDH viene haciendo, por lo demás, una interpretación amplia de la noción de *convicciones religiosas y filosóficas*, lo que explica que el art. 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que expresamente —según las «Explicaciones» oficiales conforme a las que debe entenderse— «se inspira tanto en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como en el art. 2 del Protocolo Adicional al CEDH», haya explicitado *el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas*, sin duda por entender que estas últimas no dejan de estar comprendidas, con uno u otro alcance, al menos en las *filosóficas*²⁵, aunque sea interesante y significativo que hayan querido mencionarse así, específicamente. Sin perjuicio, desde luego, del criterio mantenido por el TEDH sobre la necesidad de que las *convicciones* comporten «cierto grado de fuerza, de seriedad, de coherencia y de importancia» (*Campbell y Cosans*, cit. ap. 36, o *Valsamis*, cit., ap. 25).

²³ La STC 34/2023 silencia estas netas afirmaciones del TEDH cuando en su FJ 5 e) genera la impresión de que este tribunal se ha limitado a decir que el art. 2 del protocolo «no impone a los Estados obligaciones concretas sobre la subvención a centros privados».

²⁴ Nada de esto entró en los razonamientos y afirmaciones de la STEDH *Osmanoğlu et Kocabaş c. Suiza*, de 10 de enero de 2017, invocada, sin fundamento alguno, por el abogado del Estado en el proceso zanjado por la STC 34/2023 [ap. I, 3, e)], como si hubiera confirmado que no resulta —nótese además lo impertinente de la terminología usada— «inconstitucional impulsar la coeducación».

²⁵ Como se desprende de la sentencia *Campbell y Cosans*, cit., ap. 36.

III. EN 2018 LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DECLARÓ INCONSTITUCIONAL POR DISCRIMINATORIA LA DENEGACIÓN DE CONCIERTOS A LA «EDUCACIÓN DIFERENCIADA»

1. LEGITIMIDAD DE LA EDUCACIÓN EN CENTROS DE UN SOLO SEXO, AMPLIAMENTE JUSTIFICADA POR LA JURISPRUDENCIA DE 2018 Y REAFIRMADA EN 2023

1. Importa destacar ante todo que el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 31/2018 —y en las que le siguieron en el mismo año—, dejó claro —«está fuera de toda duda», dijo textualmente—, como ya el Tribunal Supremo había afirmado con reiteración, también en su citada sentencia de julio de 2012 y las que le siguieron, que la opción por centros educativos de un solo sexo, en sí misma, y cumpliendo las condiciones que determina el art. 2 de la Convención de la UNESCO de 1960 relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza, es plenamente legítima —«no puede ser considerada discriminatoria»— y no ofrece reparos constitucionales.

El Tribunal lo afirmó con un extenso análisis y sólida fundamentación en el apartado a) de su FJ 4, en el que examinó los textos internacionales relevantes, la praxis y el derecho de los Estados europeos más relevantes²⁶ y de Estados Unidos, y las diversas exigencias del ordenamiento constitucional español que inciden en esto, interpretadas en continuidad con la jurisprudencia anterior del mismo Tribunal.

«El sistema de educación diferenciada —concluiría al respecto la sentencia— es una opción pedagógica que no puede conceptuarse como discriminatoria. Por ello, puede formar parte del derecho del centro privado a establecer su carácter propio».

2. Y es de notar que, a pesar de la evidente proclividad de la mayoría del nuevo Tribunal Constitucional de 2023 a sostener la constitucionalidad de las modificaciones de la ley educativa introducidas al finalizar el año 2020 con la LOMLOE, la Sentencia 34/2023 —y lo mismo implícitamente la 49/2023—, en diversos momentos y de modo expreso, ha aceptado esa doctrina sobre la legitimidad constitucional de la actividad educativa separada por sexos establecida en 2018.

3. Este claro posicionamiento del Tribunal en la Sentencia 34/2023 es tanto más evidente y significativo cuanto hubo de mantenerse frente al empeño en contra en particular de una de las magistradas. El voto particular concurrente, en efecto, de la magistrada M.^a Luisa Balaguer Callejón, fue dirigido precisamente

²⁶ Con respecto a Alemania, por cierto, de la que el TC cita una importante sentencia del *BVerwG*, cabe destacar el comentario a esa sentencia de J. Esteve Pardo (2013), «Paradojas de la discriminación en materia educativa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 37, págs. 4-12.

a justificar, contra «la decisión del Pleno» del Tribunal, su opinión solitaria de que debió declararse inconstitucional la llamada educación diferenciada o con separación de sexos. Entendió la magistrada que no cuestionar la doctrina sobre la legitimidad constitucional de las escuelas de un solo sexo venía a significar implícitamente su confirmación, dando así 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.

Es evidente que la argumentación de ese voto particular fue expuesta ante el pleno del Tribunal, pero no llegó a convencer a ni uno solo de sus colegas, ninguno de los cuales se adhirió a su subjetivo planteamiento, por lo que resulta patente que el Tribunal, en efecto, no quiso cuestionar la legitimidad de los colegios de un solo sexo, que aceptó sin más. La conclusión a que llega el Tribunal, en la letra h) del FJ 5, a partir del «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», parece expuesta en contestación implícita a la magistrada Balaguer: que ese pluralismo «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».

2. SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN 2018, EL PRINCIPIO DE IGUALDAD NO ADMITE EXCLUIR ESTA LEGÍTIMA MODALIDAD PEDAGÓGICA DEL RÉGIMEN COMÚN DE FINANCIACIÓN PÚBLICA DE LA EDUCACIÓN PRIVADA MEDIANTE LOS CONCIERTOS

1. Tras extensa argumentación en su FJ 4 b), en la que analizó con detenimiento, a la luz de la jurisprudencia del propio Tribunal, el sentido y alcance constitucionales de la protección de la igualdad —incluida la «efectiva entre hombres y mujeres»— y de la financiación pública de los centros educativos privados, que el legislador ha instrumentado mediante los conciertos «enmarcados [por ello] en el ámbito prestacional del más genérico derecho a la educación», la STC 31/2018 declaró la conformidad constitucional del art. 84.3 de la LOE, en su redacción por la Ley Orgánica 8/2013, y que los centros de educación diferenciada deben poder «acceder al sistema de financiación pública en condiciones de igualdad con el resto de los centros educativos», pues lo que sería inconstitucional sería negarles los conciertos solo por haber optado por una legítima opción pedagógica, en tanto no incurriesen en ninguna de las discriminaciones que determina la Convención de la UNESCO de 1960²⁷.

²⁷ La magistrada doña Encarnación Roca, integrante de la mayoría que votó a favor de la sentencia, hizo un voto particular concurrente, en el que explicó su discrepancia respecto a la pertinencia de hacer este último pronunciamiento en su fundamentación. Lo que evidencia que los otros 7 magistrados que le mantuvieron estaban muy persua-

2. Es además muy de notar que, poco después, en la STC 74/2018, se estimó un recurso de amparo, interpuesto por padres de familia de Cantabria, que llevaba años esperando a ser resuelto y se refería a hechos sometidos a la LOE de 2006 antes de su reforma en 2013. El Tribunal Constitucional anuló las sentencias del Supremo (de 2012) y del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (de 2011) que habían respaldado las resoluciones de la Consejería de Educación y del Consejo de Gobierno cántabro de entonces (2009), denegatorias de la renovación de concierto a un centro de educación diferenciada, por entender que esta era contraria a la prohibición de discriminación por el sexo establecida para los centros sostenidos con fondos públicos por la LOE. Aunque la reforma legislativa de 2013 explicitaría que, bajo ciertas condiciones, no había tal discriminación, no era necesario que lo hiciera —vino a decir esta sentencia—, pues ya lo había dejado claro la asunción en el ordenamiento español de la Convención de la UNESCO de 1960, en un contexto en que, con toda evidencia, el art. 14 de la Constitución veda toda discriminación por el sexo, que lo sea realmente y que no constituya simplemente una diferencia de trato razonablemente justificada. Con la denegación de la renovación del concierto recurrida por la asociación de padres del centro en cuestión, se había «vulnerado —falló dicha sentencia— su derecho fundamental (de los padres) a la libertad educativa (art. 27,1 y 3 CE), en conexión con la garantía constitucional de la libertad ideológica (art. 16,1 CE)».

IV. LA NUEVA NORMA LEGISLATIVA DE 2020 Y LA CUESTIÓN DE SU CONSTITUCIONALIDAD

1. EL NUEVO TEXTO DE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL 25ª DE LA LOE, SU ORIGEN Y RANGO

1. El Gobierno formado en enero de 2020 por coalición del PSOE y Unidas Podemos hizo aprobar, en plena pandemia, una nueva reforma de la LOE el 29 de diciembre del mismo 2020 —la llamada LOMLOE (Ley Orgánica 3/2020, de Modificación de la LOE)— que introdujo este nuevo texto para su disposición adicional 25ª:

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

didos de su procedencia. Véase J. L. Martínez López-Muñiz (2018), «Public Funding of Compulsory Education in Non-Governmental Schools, of Whatever Legitimate Pedagogical Option, declared in Spain a Constitutional Duty to Satisfy the Human Right to Education with Freedom», *International Journal for Education Law and Policy*, 14, págs. 91-101.

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.

2. El Proyecto de Ley que el Gobierno había enviado al Congreso no contenía tal prohibición. Seguramente porque el Ministerio de Educación y la mayoría socialista del Consejo de Ministros tuvieron bien presente la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en 2018, amén de la posible razón práctica de no abrir un frente polémico más.

3. Pero algunos grupos parlamentarios²⁸ presionaron hasta lograr que el Gobierno aceptara finalmente la enmienda que introdujo el texto de que se trata, con el que ha querido explicitarse un objetivo adverso a la «segregación» por el sexo. Fue la enmienda núm. 983, presentada el 23 de septiembre de 2020 conjuntamente por los Grupos Parlamentarios Socialista y Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, en cuya motivación se arguye literalmente que «la nueva redacción [...] sirve para poner fin a los conciertos que segregan»²⁹. Formó parte del último bloque de enmiendas aceptadas por la Ponencia de la Comisión de Educación y FP del Congreso, en su quinta y última reunión, el 5 de noviembre de 2020³⁰.

2. LAS SENTENCIAS 34/2023 Y 49/2023 ADMITEN QUE, MEDIANTE LOS CONCIERTOS, EL PODER PÚBLICO PUEDA DIFERENCIAR ENTRE OPCIONES EDUCATIVAS LEGÍTIMAS, AYUDANDO SOLO A LAS DE SU PREFERENCIA

1. El Tribunal Constitucional, en sus Sentencias 34 y 49/2023, parece no haber tenido en cuenta de hecho la importante distinción contenida en las que dictó en 2018 entre educación diferenciada no discriminatoria y la que pudiera serlo. Se refiere solo y siempre a la educación cuyo alumnado se separa por el sexo como si siempre fuese la que ya hemos dicho que ellas mismas, como las de 2018, estiman constitucionalmente legítima. Y sostiene ahora, en las de 2023, que no admitirla con cargo a dinero público, como habría venido a disponer la adicional 25ª de la LOE en su nueva redacción, no sería inconstitucional, porque el legislador no está constitucionalmente obligado a financiarla igual que sus alternativas, ya que —según su nueva sorprendente interpretación— puede determinar que

²⁸ Véanse las Enmiendas 143 del Grupo Parlamentario Euskal Herría Bildu (de 7 de julio), 420 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidas Podemos-En Comú Podem-Galicia en Común, o 791 del Grupo Parlamentario Republicano. El plazo de enmiendas comenzó el 13 de marzo de 2020 y fue objeto de sucesivas múltiples prórrogas hasta concluir el 24 de septiembre.

²⁹ *BOCG-CD*, Serie A, núm. 7-2, de 20 de octubre de 2020, pág. 656.

³⁰ *BOCG-CD*, XIV Legislatura, Serie A, núm. 7-3, de 19 de noviembre de 2020, pág. 5.

las ayudas a los centros educativos del art. 27.9 de la Constitución sirvan para promover el modelo educativo que considere más conveniente dentro del posible pluralismo educativo, a pesar de que, obviamente, este pasaría entonces a ser posible solo para las familias bien dotadas económicamente.

2. La STC 34/2023 no deja de citar a varios efectos las sentencias de 2018 y especialmente la 31/2018, pero no ha recogido expresamente lo que tan netamente quedó establecido por esta sobre el deber de no denegar la financiación propia de los conciertos a los centros de educación diferenciada solo por aplicar esta modalidad educativa. Tampoco arguye, en consecuencia, en directo, razón alguna para justificar que lo dicho en 2018 por el mismo Tribunal deba ser desplazado. En ningún momento lo confronta expresamente con la afirmación de su nueva expresada tesis de que la ley puede diferenciar entre modalidades educativas legales a la hora de ayudar a unas y no a otras según las preferencias de la mayoría parlamentaria. El Tribunal elude contrastar expresa y claramente esta tesis con la establecida por él mismo en 2018 sobre el carácter discriminatorio y, por tanto, inconstitucional, de tal clase de diferenciación en los «conciertos» educativos. Y es muy llamativo que tampoco el voto particular de los cuatro magistrados que votaron contra la Sentencia 34/2023 haga la menor alusión a lo que claramente dijo la 31/2018, planteando incluso, en su apdo. B), como «verdadero objeto de este proceso», que aquí se habría planteado «por primera vez», la cuestión de «si es constitucional o no la decisión del legislador de no “ayudar” —por emplear los términos del art. 27.9 CE— a modelos o sistemas educativos perfectamente constitucionales como es la educación diferenciada». Lo que incrementa la impresión de que ni siquiera en el debate interno del Tribunal, cuya mayoría respaldó la STC 34/2023, se tuvo en cuenta lo tan claramente afirmado por la 31/2018³¹.

3. La STC 34/2023 trata implícitamente, con todo, de sortear las exigencias que impone el principio constitucional de igualdad en las que, con toda evidencia, se basó la 31/2018. Parece así ignorar, para ello, la razón de ser de las ayudas a los centros que se vienen instrumentando mediante los conciertos —y más concretamente los ordinarios—, que no es otra que garantizar el derecho constitucional a la gratuidad de la educación básica obligatoria —y análogamente el derecho legal a la gratuidad de la infantil—, como componente inseparable, desde el punto de vista constitucional, del más fundamental derecho a la educación en libertad. Los conciertos no están legalmente previstos para reducir con ellos la libertad en la educación —tampoco para restringir la libertad de crear y dirigir centros—, sino para hacerla efectiva para todos, y especialmente para los menos favorecidos económicamente. No son, ni pueden ser, instrumento para

³¹ Es sumamente sorprendente, en fin, que, por lo que se dice en FJ 5 b) de la Sentencia 34/2023 —que, por lo tanto, lo tomó en cuenta—, el abogado del Estado sostuviera en ese proceso que la STC 31/2018 «en ningún caso afirma que sea inconstitucional impulsar la coeducación y exigir para el concierto que se adopte este modelo», en palmaria contradicción con el FJ 4 b) de esta sentencia *in fine*.

imponer modelo pedagógico u organizativo escolar alguno —no exigido a todos por las leyes generales— a quienes carezcan de capacidad económica para optar por él con sus propios recursos o el mecenazgo privado. La Sentencia 34/2023 transforma esencialmente su función como si pudiera ser la promoción por la mayoría legislativa de turno de los objetivos y métodos educativos que, dentro de los que han de ser admitidos en el pluralismo educativo constitucional, ella considere preferentes. Las ayudas públicas a los centros educativos —instrumentadas con los conciertos— no serían así subsidios o ayudas a la actividad, al simple ejercicio de un determinado derecho fundamental de libertad, con independencia de cómo se ejercite este dentro del marco legal, sino lo que la doctrina ha denominado ayudas *de resultado*, porque lo que su ayuda no sería tanto el ejercicio del correspondiente derecho de libertad, sino *el resultado* de hacerlo del modo que le parezca al legislador de tales ayudas, descartando otras posibilidades admitidas por la ley y condicionando, en consecuencia, a la libertad, con el dinero público, en lo que la regulación legislativa general de esa libertad no lo ha hecho ni podría en rigor, constitucionalmente, hacerlo.

3. POSIBILIDADES HERMENÉUTICAS PARA TRATAR DE ARMONIZAR ESTAS NUEVAS SENTENCIAS CON LA JURISPRUDENCIA DE 2018, NO EXPRESAMENTE RECHAZADA

1. Criterios tan aparentemente contradictorios como los sentados en esta materia por el Tribunal Constitucional en 2018 y en 2023 reclaman algún esfuerzo hermenéutico que intente en lo posible armonizarlos, superando esa su aparente contradicción, de modo que pueda identificarse lo que forme realmente parte de nuestro orden constitucional y permita encajar en él la discutida norma, en principio vigente, establecida por la actual disposición adicional 25ª de la LOE.

2. La contraposición entre unas y otras sentencias no parece que deba resolverse afirmando simplemente que el Tribunal, usando de una facultad que ya ha ejercido alguna otra vez y que debe reconocerse a cualquier instancia jurisdiccional en su orden, ha modificado su interpretación constitucional, de modo que lo sentado en 2023 haya venido a sustituir lo afirmado en 2018 que le sea contrario. Como hemos hecho notar, la Sentencia 34/2023 —que es la que contiene la fundamentación de la decisión de mantener como constitucional el nuevo texto de la adicional 25ª de la LOE— no contradice formalmente lo dicho sobre la concertación de centros de un solo sexo por la 31/2018, ni argumenta expresamente contra ello, como parece que requeriría un cambio de criterio propiamente tal. Simplemente ni lo tiene en cuenta y enuncia, en cambio, una nueva interpretación del art. 27.9 CE —rechazable en sí misma, con independencia de la cuestión de la llamada educación diferenciada— para tener por constitucional una dispo-

sición, la adicional 25^a citada, que los recurrentes consideraron contraria a lo que el Tribunal había sostenido en 2018.

3. La verdad es que cabe hacer una interpretación de esa disposición, «conforme» y no contraria a las sentencias de 2018, sin recurrir a la inaceptable apreciación que ha hecho la Sentencia 34/2023. La vigencia y aplicabilidad de esa disposición puede salvarse así, como ha querido esta última sentencia, pero por las razones sentadas en la 31/2018 y con los límites que de ella derivan, no expresamente contradichos, sino incluso en parte confirmados por la 34/2023. Lo que esta ha amparado en una, en realidad injustificable, potestad del legislador de instrumentalizar las ayudas a la efectividad del derecho a la educación en favor de su supuesta opción preferente por una de las legítimas alternativas pedagógicas, sería reconducido así a su único posible alcance, en aplicación de los principios constitucionales, internacionales y de la propia LOE, en conformidad con la fundada doctrina sentada en 2018. No se trataría, pues, de que los centros concertados —y los públicos— no puedan separar «al alumnado por su género» porque el legislador haya puesto los recursos públicos al servicio de sus preferencias educativas o pedagógicas, dentro del «legítimo pluralismo» educativo —lo que no puede hacer sin conculcar las libertades públicas educativas—, sino en cuanto con ello perjudiquen a los fines de la igualdad entre hombres y mujeres como, por lo demás, ha querido establecerse netamente en la propia disposición adicional 25^a.

4. Si, como afirma la Sentencia 34/2023 en su FJ 5, i), la prohibición de dicha adicional en cuanto a la separación del «alumnado por su género» «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», querrá decirse que habrá de ser aplicable cuando tal separación sea, en efecto, contraria al favorecimiento de la igualdad por razón del sexo, es decir, cuando no sirva —también ella— a la finalidad de favorecer la igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

Tal será, desde luego, el caso de la que pueda incurrir en la discriminación prohibida por la Constitución y la propia LOE, interpretada como dispone la Convención de la UNESCO de 1960, como ya dijo el TC en 2018, o, en fin, aquella, que no será fácil distinguir de la discriminatoria porque pueda ser justamente calificada de «segregadora», en cuanto que busque configurar a hombres y mujeres como grupos marcadamente separados en la sociedad en contradicción con su igualdad ontológica y jurídica³².

³² Según la Sentencia 34/2023, la representación del Gobierno arguyó que la «coeducación» es ante todo «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”. Que esto sea «imposible de alcanzar en una escuela diferenciada por “sexos”», como también habría sostenido esa representación, no concuerda, sin embargo, con la experiencia acreditada. Si en verdad lo fuese, no podría el

Ya dijimos que quienes introdujeron la actual redacción de la adicional 25ª de la LOE en la LOMLOE, buscaban precisamente acabar con «los conciertos que segregan». Es innegable que la real existencia o no de «segregación» dependerá de la correcta comprensión semántica de este término, pero no parece, en ningún caso, aceptable que una sociedad debidamente anclada en los derechos humanos acepte organizaciones sociales propiamente segregadoras. Sin embargo, las SSTC de 2018 y 2023, como dijimos, han aclarado y reafirmado que la llamada educación diferenciada, en sí misma, si cumple los criterios del art. 2 de la Convención de la UNESCO de 1960, es perfectamente legítima, no discriminatoria. Por lo mismo, tampoco hay razón alguna que justifique presumirla como segregadora.

Los centros educativos que discriminen o segreguen deberán tenerse, ciertamente, por contrarios al ordenamiento educativo y no ser autorizados. La adicional 25ª vendría a remachar —por una decisión coyuntural del legislador— que, desde luego, tampoco podrán recibir, en consecuencia, conciertos. Pero nada de esto debe aplicarse a los centros de un solo sexo que no incurran ni en discriminación ni en segregación, y que se propongan servir a la igualdad efectiva de hombres y mujeres, lográndolo con no menor eficacia comprobada que los centros mixtos verdaderamente coeducativos. Negarles el concierto resulta inconstitucional, al decir, justificado, de la Sentencia 31/2018.

5. Tan inadmisibles sería justificar constitucionalmente que, por un cambio de mayoría legislativa, se condicionaran los conciertos a que los centros separen al alumnado por su sexo, en cuanto lo permita la legislación educativa general —por haberse pasado a entender por la nueva mayoría que así se sirve mejor a la efectiva igualdad real de los sexos—, como tratar de amparar lo contrario, si todo está igualmente permitido por esa legislación general.

6. Habría aún que añadir otra consideración no poco importante: que la adicional 25ª de la LOE, tras las LOMLOE, está calificada como norma básica (LOE disposición final 5ª), pero sin rango de ley orgánica (LOE, disposición final 7ª).

No parece que pueda tenerse por constitucional y válida una disposición legislativa innovadora amparable en el art. 149.1.30ª de la Constitución como parte de las *normas básicas para el desarrollo del art. 27 de la Constitución*, que, sin embargo, a pesar de ser *relativa al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas* de ese precepto, no adopte la forma y rango de ley orgánica.

Tampoco parece que una norma básica de desarrollo del art. 27 CE pueda ser cauce para instrumentar «preferencias educativas» del poder y no meras reglas exigibles a todos sobre los derechos y libertades de dicho art. 27. En el caso de que el art. 27.9 admitiera determinar ayudas de apoyo a tal suerte de «preferencias educativas», *la ley* que las determinara no podría ser, en nuestro Estado autonómico, estatal (salvo para Ceuta y Melilla), pues ello formaría ya parte de la política educativa que los Estatutos de Autonomía asignan a las distintas comunidades

TC haberla considerado en ningún caso como conforme al orden constitucional como lo ha hecho en 2018 y 2023.

autónomas en el marco de la legislación o normas básicas que son ahora la única competencia del Estado en materia educativa, además de la Alta Inspección y de sus competencias en el ámbito internacional. Las normas legislativas estatales han de limitarse, en lo educativo, para todo el territorio comprendido en las comunidades autónomas y mientras sigan en vigor sus actuales Estatutos, a lo que marca el art. 149.1.30ª de la Constitución.

La validez de la adicional 25ª de la LOE como norma básica —sin categoría de ley orgánica— solo resulta aceptable como pura aplicación de normas básicas de la propia LOE dotadas de rango de ley orgánica —al modo en que son válidos determinados reglamentos estatales en materia educativa—, lo que reforzaría la conclusión de que, para ser válida, ha de interpretarse en el sentido arriba expuesto, como prohibitiva de conciertos con centros privados —y de centros públicos— que separen a su alumnado por el sexo en forma discriminatoria, con finalidad segregadora o sin proponerse objetivos de educación en la igualdad efectiva de los sexos, pero no de los conciertos con centros privados —ni de los centros públicos— de un solo sexo o que separen en sus actividades educativas por razón del sexo por causas justificadas y con el propósito también de educar con más eficacia en una igualdad efectiva de mujeres y hombres.

4. POSIBILIDADES DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS, DE LOS OPERADORES EDUCATIVOS Y DE LOS PADRES DE ALUMNOS

1. Las comunidades autónomas pueden ejercer sus competencias normativas y para el otorgamiento y renovación de conciertos educativos, formalizando una interpretación aplicativa de la adicional 25ª de la LOE en el sentido expuesto, sin que pueda oponérseles las SSTC de 2023 mencionadas, máxime en cuanto, aunque indebidamente, justifican dicha disposición en actuaciones de fomento en una materia de política educativa que es competencia de ellas.

2. De hacerse un desarrollo normativo y una aplicación de la adicional 25ª que impida el concierto de centros de educación diferenciada legítimamente autorizados y con proyectos educativos con objetivos educativos efectivos de igualdad entre hombres y mujeres, su impugnación —por operadores educativos, incluidos los profesores, a través de algún sindicato como ya ha ocurrido en otros momentos, o por los padres de los alumnos menores— podrá legítimamente acabar llevando de nuevo el asunto, si fuera necesario, al Tribunal Constitucional para tratar de obtener una clarificación mayor del orden constitucional aplicable, o, si ello no fuera suficiente, llegar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al amparo de la aplicación conjunta del art. 14 del CEDH y del 2º de su Protocolo 1º.