

El derecho a la educación: sus brechas de justicia, conciencia y género

Leonor Suárez Llanos*

Resumen: En este trabajo analizo el derecho a la educación en su dimensión ideológica y como instrumento al servicio de la dignidad, la igualdad, la diferencia, el pluralismo y los derechos en un contexto garantista, y cómo se enfrenta, entre otros, a dos serios problemas que merecen toda la atención iusfilosófica crítica: la objeción ideológica paterna a los contenidos de las asignaturas, y la segregación o separación de los y las estudiantes en función de su sexo biológico. El desarrollo argumentativo del análisis tiene permanentemente a la vista el desarrollo iuspositivo normativo y jurisdiccional de las dos cuestiones señaladas y las últimas manifestaciones al respecto del TC español.

Abstract: In this work I analyze the right to education in its ideological dimension and as an instrument at the service of dignity, equality, the difference, the pluralism and rights in a guarantee context, and that faces, among others, two serious problems that deserve all the critical iusphilosophical attention: the parental ideological objection to the contents of the subjects; and the segregation or separation of the students according to their biological sex. The argumentative development of the analysis has permanently present the normative and jurisdictional tax development of the two issues indicated and the latest statements regarding the Spanish TC.

Palabras clave: Ideologías, segregación, objeción, conciencia, igualdad, diversidad, derecho a la educación, educación diferenciada, PIN parental.

Key words: Ideologies, segregation, objection, conscience, equality, diversity, right to education, differentiated education, parental PIN.

Fecha de recepción: 7-8-2020

Fecha de aceptación: 15-9-2020

1. Educación, dignidad y vulnerabilidad

El derecho a la educación tiene contornos confusos y dependientes del modelo de Estado, del nivel económico de la sociedad y del titular del derecho en cuestión, de la ideología sustantiva de cada cual, del mismo concepto de ideología¹ que se maneje, etc. Aquí abordo solo dos de sus dimensiones

* Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Oviedo. Correo-e: leonor@uniovi.es

¹ Que puede ser positivo y analítico, al modo de aquellos ideólogos de los que se burlaba Napoleón, y que apelaba a la "ciencia de las ideas" (De Tracy, *Elementos de Ideología*). También puede ser negativo, como en *El Manifiesto Comunista* la acusaba de conocimiento deformado y falso de la realidad que se reproduce en los distintos modelos institucionales de poder con la finalidad de oprimir, o en el de la *Contribución a la Crítica de la Política Económica*, que vuelve a acusar al sistema de creencias por su finalidad asegurar la apropiación de los medios de producción por el poder, generando falsas creencias que falsean, omiten o exageran las propiedades verdaderas de las relaciones sociales. O sea, en fin, puede emplearse en un sentido metódico de investigación sociológica consciente del elemento permanentemente irrealizable y

problemáticas y que, desde que en 1901 se abriera el primer colegio mixto en la Escuela Moderna de Barcelona, a las que otras escuelas racionalista imitaron y a las que sus críticos denominaron “escuelas bisexuales”², reaparecen como los “ojos del Guadiana” con cada cambio de gobierno; una, hasta dónde llega el derecho del padre y/o de la madre a educar a sus hijos conforme a sus propias concepciones religiosas e ideológicas. Y, la otra, si segregar por sexo a las niñas de los niños está dentro de esas lindes y cómo juegan conjuntamente las respectivas respuestas a ambas cuestiones.

El modelo y la ideología de los derechos, el pluralismo y la democracia dan cuerpo, en general, a un sistema enormemente virtuoso pero también deficitario en distintos sentidos y niveles. Porque potencia una loable estructura de neutralidad entre alternativas, sí, pero así enfrenta la libertad a la concepción dogmática que de la misma pueda tener el rival. Porque el primer elemento de esa dialéctica, los derechos, aparenta sustentar una libertad a objetar en conciencia, pero luego el sistema no es capaz de mantenerla. Y porque su universalismo benefactor, ascético y aséptico choca con la realidad y necesidad de cada persona singular³.

Hablar en nombre de la educación, así, lleva a batirse en un controvertido escenario de denso atrezo y de construcción política en el que se pugna por un derecho ideológicamente rentabilizado desde distintos frentes⁴, y en el que se suceden los “actos” de: la “democracia militante”⁵, de vinculación sustantiva a la legislación mayoritaria; de la “Constitución militante”⁶, densa y

utópico de cada ideología (Mannheim, *Ideología y Utopía*), y también del condicionamiento racional y valorativo que impone, como a la mosca de Wittgenstein, la imbricación material de nuestros prejuicios y metodologías del conocer.

² Y que se clausuró en 1906; *vid. comp.* Cortada, Esther. “De las escuelas de niñas a las políticas de igualdad, la educación entre Dos Siglos”. *Cuadernos de Pedagogía*, n. 286, pág. 44

³ *Vid. comp.*, Monereo Atienza, Cristina. *Universos de Dignidad*, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 13.

⁴ Y es que, “en el discurso educativo o pedagógico, cualquiera que sea, subyace siempre un discurso... ideológico, cuando no ocurre que es éste el primero.... No podría concebirse una educación neutral y aséptica” (Hernández García, Jesús, “Ideología, educación y políticas educativas”, *REP*, n. 245, 2011, pág.135), y cada cual ansía organizar un sistema pedagógico que sirva como modelo formativo al servicio del ideal de la sociedad entera.

⁵ El concepto lo introduce Loewenstein, cuando se exilia durante el nazismo, como una definición autoritaria para salvar la democracia frente a los tiranos; en Loewenstein, Karl. “Militant Democracy and Fundamental Rights”. *The American Political Science Review*, vol. 21, n. 3, 1937, pp. 417 y ss.

⁶ De ser democráticamente militante, mayoritarista y, por tanto, inconstitucional, acusaba el Gobierno Vasco a la Ley Orgánica, 06-2002 de Partidos Políticos, pues emplearía “una serie de conceptos jurídicos indeterminados que no apelan a la defensa de la norma constitucional, sino, más bien, a la defensa del orden político subyacente” limitando, así, la libertad y la pluralidad ideológica.

En su STC 48/2003, 12-03, responde el destacando, por lo que aquí más interesa, que el modelo de “Constitución militante” parte de que “un partido ha de poder ser expresión del pluralismo político y, por lo tanto, no es constitucionalmente rechazable que... (si) con su actuación ataca al

expansiva de sus contenidos, derechos y valores; del “ideario constitucional” y, nuevamente, de su ideología centrada en contenidos sustantivos de derechos propios a cada institución en particular, aquí, la educación⁷; y, finalmente, el “acto” de la libertad política y civil de objeción de conciencia frente a los contenidos normativos.

En este difícil escenario, de personajes a veces rivales, a veces aliados que terminan enfrentándose, el papel de mí actuación seguirá el guion de debatir si, quizá, nuestro Estado plural y de derechos no es tan neutral, al limitar la libertad ideológica en el afán de impedir la objeción de conciencia al ideario estatal de educación; si, en realidad, el Estado neutral no es plural al permitir una educación que separa a los niños de las niñas; y, si la libertad en la formación de los niños y las niñas no cederá ante el derecho de sus padres a imponerles una formación conformada a su ideología y religión.

Pues bien, comienzo centrando las opciones entre y en torno a dos posiciones⁸ que dan explícita cuenta del condicionamiento epistemológico que sus presupuestos ideológicos imponen. A un lado estaría una posición “muy liberal” que no cuestiona la neutralidad que acompaña a la libertad. En nombre de la libertad no se prejuzga ninguna de sus expresiones ideológicas siendo su corolario la neutralidad, y su riesgo la deriva hacia formas comunitaristas favorables a concepciones homogéneas a proteger desde los ámbitos familiares y sociales⁹.

pluralismo poniendo en peligro total o parcialmente la subsistencia del orden democrático, incurra en causa de disolución. En el mismo sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humano, considera que... en materia de disolución de partidos políticos, cuando el pluralismo de las ideas y los partidos, que es inherente a la democracia, está en peligro, el Estado puede impedir la realización o continuación del proyecto político que ha generado ese peligro” (FJ 12) (en relación con STEDH, 31-07-2001, Refah Partisi c. Turquía). A su vez, insiste en que “la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo” “... siempre y cuando no se defienda a través de una actividad que vulnere los principios democráticos o los derechos fundamentales”... Hasta ese punto es cierta la afirmación de (STC 11/1981, 8-04, FJ 7). “(L)a Ley impugnada responde a las necesidades del tiempo en que se ha dictado... la garantía del régimen plural de partidos frente a los grupos y asociaciones que pretendan desvirtuarlo con la utilización de medios violentos y al margen de la legalidad” (FJ 13).

⁷ Respecto del derecho a la educación, “la Constitución ha querido ser ya no implícita sino explícitamente militante” (Fernández-Miranda Campoamor, Alfonso. “Educación para la ciudadanía. Una perspectiva constitucional”. *Educación en Valores. Ideología y religión en la Escuela Pública*, 2007, pág. 151. En idéntico sentido, Ruíz Miguel, Alfonso. “Educación para la ciudadanía: entre la neutralidad estatal y la objeción de conciencia”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2010, pág. 115.

⁸ *Vid.*, Ruíz Miguel, Alfonso. “Educación para la ciudadanía...”, pp. 110-114.

⁹ Desarrollaba por extenso la crítica al comunitarismo por su concepción de la identidad, la pertenencia y los derechos en Suárez Llanos, Leonor. *La Teoría Comunitarista y la Filosofía Política*. Dykinson, 2001, pp. 287-ss.

En el otro extremo estaría una concepción que antepone los derechos a la neutralidad pero que, a veces, en su afán de materializar la libertad, impone una particular concepción sustantiva de las garantías adecuadas de los derechos (socialismo, conservadurismo, etc).

En ambos casos, las virtudes de la neutralidad y los derechos, respectivamente, conducen al vicio de unos excesos que pueden terminar con cada uno de sus pares complementarios

Por eso creo que es bueno huir de ambos y afrontar la compleja labor pendiente de los sistemas políticos y jurídicos actuales, punto de encuentro del diálogo iusfilosófico y constitucional: encontrar un escenario intermedio donde la neutralidad, la libertad y los derechos puedan convivir alimentándose mutuamente y no restándose o condicionándose.

En este trabajo se comprobará la complejidad de la empresa. Máxime cuando se pretende sustentar un modelo de derechos y libertades crítico con las definiciones homogéneas y tradicionales del yo pero que, a la par, cree en la necesidad de una intervención estatal lo suficiente invasiva como para garantizar que todos disfrutemos de las mismas condiciones y posibilidades de autoría y realización de una identidad propia, compleja, original y tan excéntrica como la genuina dignidad determine frente a una definición trivializada de la individualidad.

En este escenario de dignidad, neutralidad y libertad, la educación es, sin duda, condición de la efectiva posibilidad de cada cual de elaborar y perseguir una concepción propia de la justicia y la vida buena para sí. Y permite entender y afrontar la vulnerabilidad jurídica y política relevante de las personas y los grupos —que es la que descansa en la idea de un “desfavorecimiento injusto” y una “desventaja inmerecida, injustificada y discriminatoria” en las condiciones de las que se parte— desplazando la idea de beneficencia o de caridad y reforzando los instrumentos jurídicos, sociales, económicos y políticos al servicio del vulnerable.

Tras el fin de la II Guerra Mundial, y con los procesos y el código de Núremberg y la aprobación de la DUDH en 1948, empezó a tomar forma el nuevo pórtico de protección constitucional de los derechos y la dignidad de las personas. La “Carta Internacional de los DDHH” avanza en el moderno e ilustrado reemplazo de la justicia divina por la humana, y centra el reconocimiento y garantías de la persona no en su biología, género, color, etnia, condición política de pertenencia,... sino en su dignidad.

Pues bien, no obstante los importantes embates críticos que está sufriendo, y aun reconociendo la parte de acierto de sus objetores¹⁰, mantengo

¹⁰ Que la acusan de ser un concepto “inútil”, destacaba MacKlin en el contexto bioético, al rezumar un dogmatismo valorativo y vindicativo particular inasumible, como se demuestra

el reclamo del concepto de dignidad tratando de reforzar la idea de que los derechos no se justifican solo como un factor de protección frente al otro y al Estado, sino como triunfos de la razón al servicio positivo del sentido más profundo de la realización de la igualdad en la libertad personal¹¹.

Noción un tanto poética esta que aquí manejo, en línea constitucional con la idea de la dignidad como un “valor espiritual y moral inherente a la persona”, STC 53/1985 (FJ 8), pero que no pierde en aras ascéticas ni un ápice de normatividad y necesidad de ejecutividad de lo ya establecido por nuestro TC en la STC 120/1990 (FJ 4); porque el respeto a “las exigencias que deriven de la dignidad de la persona, habrán de ser tomada en consideración ... como referente” en relación con los derechos fundamentales recogidos en el Título I de la CE.

En este contexto garantista de la dignidad, la enseñanza y la educación son derechos humanos frente al temor, la barbarie, la miseria, la discriminación (Preámbulo DUDH) y garantía central de la igualdad sin distinción alguna por razón de “raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición” (art. 2 DUDH). Por eso importa tener claro su objeto y finalidad: “el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales...” (art. 26. 1, 2 DUDH).

Como desarrollo de ese derecho humano universal a la educación¹² se aprueba la Convención sobre los derechos del niño de 1989, la más acordada del mundo, que reconoce que son los niños y las niñas los titulares de varias cosas: del derecho a la libertad de expresión, que incluye la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo (art. 13.1). Del derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 14.1), asunto que genera importantes controversias cuando los padres o el Estado se arrogan tal titularidad para decidir y “actuar” como si ellos fueran los niños, cuando lo que la Convención impone a los padres es “guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades”. Y, del derecho a que la educación se realice en términos de igualdad de oportunidades... (art.

cada vez que se apela a la dignidad del embrión, de la vida, de la muerte, etc., y al no aportar nada a la estructura ya establecida de protección de los derechos; en Macklin Ruth. "Dignity is a useless concept", *British Medical Journal*, 2003, pág. 327; *vid.* Comp. García Manrique, Ricardo. "Dignidad humana y derechos humanos", *Sobre la Dignidad y los Principios*, Cívitas, Thomson-Reuters, 2009, pág. 44.

¹¹ En el sentido trazado en Atienza, Manuel. "Sobre el concepto de dignidad humana", *Sobre la Dignidad y los Principios*, Cívitas, Thomson-Reuters, 2009, pp. 89-93.

¹² Comp. en relación con la evolución de la educación desde la Ilustración hasta el Estado social y su sucesivo reconocimiento en los tratados internacionales y su proceso de constitucionalización, Martínez de Pisón, José. *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Madrid, Dykinson. 2003.

28) desarrollando al máximo su personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena... (art. 29.1). Finalidades estas que deben ser respetadas por los particulares y por las entidades de las instituciones de enseñanza (art. 29.2). En síntesis, que la edad no resta de la dignidad y los derechos de las niñas y los niños, solo exige mayores garantías y protección para una formación en el respeto a la igualdad, la libertad, la diversidad y la dignidad. Por eso el derecho a la educación se configura como un derecho complejo y con diferentes niveles de actuación entre los que ocupa una posición fundamental la articulación del derecho de los padres a seleccionar los canales ideológicos de los hijos pero a la par, y con carácter preferente y fundamental, el derecho de los hijos a la libertad de creencias en su formación¹³.

Esta conceptualización externa del derecho a la educación encuentra en la Constitución española un crisol refractario en el que se funde la prohibición de toda discriminación por “nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”; el deber de los poderes públicos de remover los obstáculos y promover las condiciones para que la libertad e igualdad de las personas y los grupos sean reales (arts. 14 y 9 CE); y, por supuesto, el abigarrado derecho fundamental¹⁴ a la educación del art. 27 CE y su “ideario constitucional”¹⁵ del pleno desarrollo de la personalidad en el respeto a los principios democráticos y a los derechos y libertades fundamentales conforme a tres claves: que los padres tienen derecho a “que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”¹⁶ (art. 27.3 CE); que “la enseñanza básica es obligatoria y gratuita” (art. 27.4 CE); y que “los poderes públicos ayudarán a los centros

¹³ Vid. comp. Souto Galván, Beatriz. “El derecho de los padres a educar a sus conforme a sus propias convicciones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n. 17, pág. 255.

¹⁴ Sobre su naturaleza, objeto y técnicas normativas constitutivas de su contenido, Aláez, Benito. “El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo de la financiación pública”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 86, 2009, pp. 35-38.

¹⁵ El “que podría denominarse sin metáfora el «ideario educativo de la Constitución»”, decía Tomás y Valiente en su voto particular a la STC 5/1981, en relación con el impugnado “ideario educativo propio del centro” del art. 15 de la LOECE, se concreta en el objetivo que, conforme al 27.2 CE debe perseguir la educación, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada de cada centro docente: alcanzar “el pleno desarrollo de la personalidad humana” del alumno, por lo que los centro docentes “han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales», estando prohibida a los docentes en los centros públicos «toda forma de adoctrinamiento ideológico» (FJ 9).

¹⁶ Previsión reforzada por el art. 10.2 CE que impone interpretar los derechos y libertades fundamentales conforme a la DUDH y los tratados y acuerdos internacionales, pues tanto la DUDH, art. 26.3, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 13.3, el Protocolo adicional 1 del Convenio Europeo de DDHH (CEDH) o el Convenio relativo a la eliminación de todas las formas de discriminación en la esfera de la enseñanza, arts. 2 y 5, recogen la libertad de los padres a elegir el tipo de formación y de centro de sus hijos.

docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca” (art. 27.9 CE), lo que se ha traducido en una recurrentemente conflictiva financiación de los centros privados.

La solución política de compromiso a que se llega en 1978 con ese art. 27 CE¹⁷ recomienda acercarse con cautela a los ocho contenidos (del 27.3 al 27.10) de aristas afiladas que el TC reclama contemplar como complementarios de una misma exigencia material del ideario constitucional¹⁸ “derivada de la unidad de su objeto” (STC 86/1985, 10-07, FJ 3) y que adoban los dos asuntos ya anunciados y que nunca han dejado de estar beligerantemente presentes en nuestro modelo constitucional: uno, el “PIN parental” sobre la formación religiosa e ideológica de los hijos; y, el otro, el derecho de las instituciones educativas a segregar a las niñas de los niños con argumentos que, defenderé, resultan muy cuestionables.

2. El “PIN parental” y el irrestricto derecho de los padres a ser sus hijos/as

Lo que se discute es si los padres tienen derecho a vetar ciertos contenidos formativos, pues hay un generalizado reconocimiento normativo interno e internacional de su derecho a educar a sus hijos en sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas¹⁹ y a que “reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias creencias” (art. 27. 3 CE).

El asunto “resalta” (de volver a saltar) en España en el comienzo de curso de 2019 con aires de novedad bajo la terminología del “PIN parental” y, sin embargo, tiene poco de novedoso y mucho de recurrente, pues ya es vieja la batalla legislativa sobre los contenidos educativos y vetustas las contiendas judiciales emprendidas por algunos padres reclamantes del derecho a la objeción de conciencia frente a contenidos, actividades o asignaturas que creen contrarias a la formación moral que para su descendencia pretenden, por ejemplo, al referirse a la planificación familiar, las relaciones sexuales, la orientación sexual, la identidad de género, la igualdad en las relaciones de pareja o en el ámbito familiar, etc. Se demostraba ejemplarmente ya en el asunto Alejandro Jiménez Alonso y Pilar Jiménez Merino c. el Reino de España en el que se objetó ante el TEDH lo que primeramente el padre de una alumna recurrió a lo largo de la jurisdicción española hasta llegar al TC. Básicamente, el susodicho informó al director del centro de que su hija no asistiría a los cursos

¹⁷ De interés aquí el análisis que ofrece Rodríguez Coarasa, Cristina, *La libertad de enseñanza en España*, Madrid, Tecnos, 1998, de la evolución de la educación y su derecho en España desde el s. XIX hasta llegar al art. 27 CE y sus comprometidas claves, incluyendo el Acuerdo con la Santa sede de Enseñanza y Asuntos Culturales.

¹⁸ En este sentido, Aláez, Benito. “El ideario educativo...”, pág. 39.

¹⁹ *Vid. supra* y art. 14.3 Carta de los DDFF de la UE (2000/C 364/01) El CEDH, de 1950 no trata el derecho a la educación, pero sí lo hace su Protocolo adicional de 20-03-1952 que, en su art. 2, establece que “...El Estado...respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”.

de educación sexual porque sus contenidos excedían el terreno de las ciencias naturales y atentaban contra sus convicciones religiosas y morales. La alumna ni asistió a las clases, ni respondió las cuestiones sobre tales contenidos y, además, suspendió.

El TC desestimó la pretensión de los reclamantes en su STC 11-03-1999, igual que previamente la había desestimado la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cantabria de 23-03-1997, aunque para ello se sirvió de un argumento cuestionable, a saber, que como era centro público los padres no podían elegir ideas concretas o el contenido del proyecto educativo, pero que “el derecho a un tipo determinado de educación está garantizada mediante el derecho de creación de centros de enseñanza; éstos últimos pueden sostener un proyecto educativo determinado, a diferencia de lo que ocurre con la enseñanza pública en un Estado “pluralista”; planteamiento que me parece espinoso al sugerir que lo que no es bueno para los niños y niñas de la educación pública sí pueda serlo para los de la privada.

De una forma, creo, más atinada, la STEDH 25-05-2000 estableció que la materia que se debatía ofrecía información objetiva y científica sobre la vida sexual del ser humano y las enfermedades de transmisión sexual, y que su objetivo no era adoctrinar o fomentar un comportamiento sexual determinado ni tampoco excluía el derecho de los padres a aconsejar a sus hijos al respecto de acuerdo con sus convicciones religiosas o filosóficas. Recorriendo esta línea de limitación del derecho parental sobre la educación, más tarde la STC 133/2010, de 02-12, reproduciendo a su vez la STEDH 2001/63, Hasan Eylem Zengin c. Turquía²⁰, establecía que no es constitucional el *homeschooling* que, p.ej., sí es posible en EEUU²¹, porque el derecho de los padres sobre la formación de sus hijas e hijos se ubica dentro de, y está limitado por, el derecho de éstos a la formación libre y plural y por el deber de los padres de asegurar la educación, en el respeto a la vida privada, libertad de pensamiento, conciencia, transmisión de ideas y creencias de los niños y las niñas en toda su extensión²².

²⁰ Afirmando que, conforme al CEDH, la educación debe permitir alcanzar “el desarrollo del carácter y el espíritu de los alumnos, así como su autonomía personal” (pgf. 55).

²¹ Porque “la educación a la que todos tienen derecho y cuya garantía corresponde a los poderes públicos... no se contrae... a un mero proceso de transmisión de conocimientos, sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad y de las capacidades de los alumnos y comprende la formación de ciudadanos responsables llamados a participar en los procesos que se desarrollan en el marco de una sociedad plural...” (STC 133/2010, FJ 7).

²² Tal era la hoja de ruta señalada por el TEDH en Kjeldsen, Busk, Madsen, Pederson c. Dinamarca (STEDH 1976/5) y el TC, si bien el problema, claro, está en determinar el alcance tanto de los contenidos adoctrinadores privados, cuanto de la exigencia de neutralidad ideológica del Estado. Así, “los límites impuestos al ejercicio del derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones se establecen en función del derecho a la educación y de la libertad de creencias de los menores que están bajo su custodia. No ampara, por tanto, conductas que impidan a los menores adquirir conocimientos de interés general o interfieran en el pleno desarrollo de su personalidad” (*vid. comp.* Souto Galán, Beatriz, “El derecho de los padres...”, pág. 267-268).

En ese muy interesante asunto Hasan y Eylem Zengin c. Turquía (STEDH 9-10-2007) solicita el demandante en febrero del 2001 a la Dirección departamental de Educación Nacional de Estambul que se libere a su hija de la asignatura “Cultura religiosa y conocimiento moral”²³. Pero, contra la pretensión, el TEDH señaló que el programa de la asignatura y sus manuales no se limitaban a transmitir información sobre el conocimiento de las religiones en general, sino que contenían textos que trataban de inculcar al alumnado los grandes principios de la religión musulmana, sus ritos de culto, la profesión de fe, las cinco oraciones diarias, el Ramadán, el peregrinaje, la noción de ángeles y criaturas invisibles, etc.; asimismo, los alumnos debían memorizar varias suras del Corán, estudiar las oraciones diarias, y pasar pruebas escritas para su evaluación, por lo que se podía afirmar que la cuestionada asignatura no respondía a los criterios de objetividad y pluralismo especialmente porque, además, tampoco ofrecía ninguna alternativa real y no discriminatoria que garantizara el respecto a las convicciones de los padres. De esta forma, se vulneraba el art. 9 CEDH, que protege la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y el art. 24 de la Constitución turca conforme al que nadie será obligado a revelar sus creencias y convicciones religiosas. Por todo ello, el TEDH entendió vulnerado el derecho de los padres a educar a sus hijos de conformidad a sus propias convicciones.

Pero, vayamos paso a paso y empecemos por casa. En febrero del 2008, el TSJ de Asturias negaba a los padres el “derecho a objetar en conciencia” que sus hijos cursaran la asignatura “educación para la ciudadanía”, a la que acusaban por su visión “abierta” de la condición y actividad sexual, la identidad de género, la estructura social y la “ideología del género” feminista. Ratifica ese rechazo la sentencia 1302/2009, 27-07 (RJCA\2009\881), del mismo tribunal, porque: la asignatura ofrecería un espacio de reflexión del funcionamiento de un régimen democrático, los principios y derechos; las denominadas competencias sociales y cívicas son fundamentales (FJ 5); la doctrina constitucional es la no existencia de un derecho general a la objeción de conciencia sustentado sobre el art. 16 CE; la “ideología de género” como aspiración a la igualdad no es una ideología reprochable (FJ 11); y sus contenidos expresan datos objetivos, como en el terreno sexual y de la

²³ El conflicto surge a partir del artículo 24 de la Constitución turca que dispone que la “educación y la enseñanza ética y religiosa se llevarán a cabo bajo la supervisión y el control del Estado. La enseñanza de la cultura religiosa y el conocimiento moral será obligatoria en los planes de estudio de la escuela primaria y secundaria. Cualquier otra educación y enseñanza religiosa estará sujeta al deseo del propio individuo y, en el caso de los menores, a la petición de sus representantes legales”. Al negarse la Dirección de Educación a excluir a la alumna de la asignatura, el demandante interpuso recurso de anulación ante el Tribunal administrativo de Estambul, afirmando que la asignatura enseñaba las reglas fundamentales del Islam hanefita y nada sobre su confesión religiosa (la de los alevitas, una corriente religiosa islámica), además de que la exención prevista por la legislación turca (Resolución 9-07-1990) autorizaba solo a los alumnos turcos de la religión cristiana o judía a no cursar la asignatura si lo atestiguaban mediante una solicitud por escrito de sus representantes legales.

planificación familiar²⁴ e “ideas éticamente valiosas que favorecen la dignidad la persona, su libre desarrollo y que los alumnos... sean capaces de comportarse en la vida pública con arreglo a las normas jurídicas que los expresan”, sin obligar a “que los acepten en el fuero interno como única y exclusiva pauta a la que ajustar su conducta ni que renuncien a sus propias convicciones” (FJ 12).

Sin embargo, p.ej., la que algunos denominaron la “sala vaticana del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía”²⁵ se enfrenta con convicción al planteamiento del TSJ de Asturias, al TEDH y al criterio que fue marcando y consolidando el Tribunal Supremo al respecto. Aquí interesa detenerse un poco en la sustantividad ideológica que los demandantes impugnan respecto de la asignatura en cuestión y en cómo y por qué el TSJ andaluz les da la razón en un repertorio de sentencias favorables a reconocer la objeción de conciencia a la asignatura.

En particular, la sentencia TSJ de Andalucía de 04-03-2008 precisa poco espacio para “explicar” que la libertad religiosa ampara la objeción de conciencia a la asignatura en cuestión²⁶. A mayor abundamiento, su ponente, Enrique Gabaldón Codesido, deja claro que el titular del derecho a la objeción de conciencia son los padres, que no actúan en representación de los hijos, aunque es el hijo el que “no debe cursar la asignatura, quedando exento de ser evaluado de la misma”, y que el fundamento de tal derecho está vinculado al “interés público” de garantizar los derechos que justifican “la existencia del Estado y sus potestades”, entre ellos, la libertad religiosa de los padres (art. 16.1

²⁴ Algo que ya el TEDH sustenta desde *Kjeldsen Busk Madsen, Pedersen c. Dinamarca*, donde señalaba que “(e)l examen de la legislación impugnada prueba, en efecto, que no constituye un intento de adoctrinamiento tendente a preconizar un comportamiento sexual determinado. Esta legislación 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, la legislación 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” (Pgf. 57). Los padres también denunciaron que el modelo de educación sexual era discriminatorio, pues la legislación danesa permitía a los padres dispensar a sus hijos de la educación religiosa impartida en las escuelas públicas, mientras que en materia de educación sexual integrada no ofrece ninguna posibilidad similar. El Tribunal también desestimó esta parte de la demanda, pues “existe una diferencia de naturaleza entre la instrucción religiosa y la educación sexual, de que se trata en este caso. La primera difunde necesariamente doctrinas y no simples conocimientos; el Tribunal ya ha concluido que no ocurre lo mismo con la segunda. Por tanto, la distinción denunciada por los demandantes se apoya sobre elementos de hecho diferentes” (Pgf. 56), STEDH 1976\5, 07-12-12; demandas 5095/1971, 5920/1972 y 5926/1972

²⁵ P.ej., https://elpais.com/ccaa/2012/08/25/andalucia/1345924300_113932.html

²⁶ Pues, igual que con el aborto dijo el constitucional que no era precisa legislación previa, “(e)l derecho a la libertad religiosa del art. 16.1 CE garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias... (e) incluye también una dimensión externa de “agere licere” que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros...” (FJ 3).

CE) y su derecho a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones (art. 27.3 CE).

Vuelve a mantener este criterio la misma sala en la sentencia de 12-11-2008 (RJCA/2009/254) frente a la pretensión de la Junta de Andalucía de que los demandantes precisen los contenidos que rechazan de la asignatura, pues entiende el tribunal que “es razonable que los demandantes, por razones filosóficas o religiosas, que no tienen porqué exponer detalladamente... puedan estar en desacuerdo con todo o parte de la asignatura, y lógico es que soliciten se excluya de ella a sus hijos...” (FJ 5).

Claro, era esperable que, como sucedió, esta sala fuera enmendada por el TS en diversas ocasiones en distintos asuntos relacionados con la asignatura en cuestión, con la educación segregada, con la inaplicación de una orden de la Consejería Andaluza que obligaba a un colegio femenino a ser mixto si quería seguir recibiendo fondos públicos, etc.

Y también era predecible que se produjera un enfrentamiento dentro de Tribunal andaluz contra el sector más conservador. Sucedió en 2010, con la sentencia 15-10-2010, RJCA\2010\842, cuando dos de sus magistrados enfrentaron duramente la decisión de la mayoría de tres de aceptar la objeción a la asignatura. Porque si antes el tribunal había señalado (*vid. supra*) que no había por qué referir los contenidos concretos de la asignatura para sustentar la objeción, ahora emprendía un análisis particular de contenidos con la finalidad de abrir la puerta ya cerrada por el TS de la objeción de conciencia genérica a la asignatura. Y lo hacía entrando, cual elefante en chararrería, a discutir el contenido del libro de la asignatura: la tendencia de izquierda de la escuela de Francfort²⁷, la sexualidad natural de la gorriona, el género en Simon de Beauvoir, la anormalidad del matrimonio entre, y la adopción por, personas del mismo género o el adoctrinamiento por la “ideología de género”. Luego, todo ello, claro, se lo corrige el TS, pero antes los dos Magistrados en minoría vapulean los argumentos en un voto particular compartido. Sintéticamente expuesto, recuerdan los dos magistrados rebeldes que la obligatoriedad de acudir a clase ya no es discutible por imperativo de cosa juzgada por el TS. Y que la escapista pretensión de la sentencia, frente a la prohibición del TS de “autorizar exenciones individuales a dicha materia... constituye un verdadero fraude procesal”. Además, y contra el análisis de la mayoría de tres, entienden los dos disidentes que el contenido no es adoctrinador²⁸, y que si lo fuera no

²⁷ Para la sentencia, p.ej.: “los autores que elige para comentario de textos —Jean Rostand, Etienne Cabet y Ange Guepín—... están “en la cuerda”... no sabemos si de la izquierda hegeliana o no... pero si... en lo que se ha llamado “la izquierda”. Al igual que los que cita cuando se refiere a la teoría explicativa de las tres clases de razón (Max Horkheimer, Theodor Adorno y Herbert Marcuse que integraron la... “Escuela de Francfort...” (FJ 9).

²⁸ Y “no viola el criterio de neutralidad del Estado democrático en... la educación” (Ruíz Miguel, Alfonso, “Educación para la ciudadanía: entre la neutralidad estatal y la objeción de conciencia”, *AFD*, 2010, pág. 129).

podría impartirse a ningún alumno. Y no lo es porque trata de conocer y debatir todas las corrientes de pensamiento y opinión al margen de las posturas de los grupos sociales que no las siguen ni aceptan. Reconocen los dos magistrados que el manual no es conservador de las perspectivas tradicionales, “podría considerarse... atrevido”, pues al debatir ciertos temas y corrientes filosóficas, políticas, morales, económicas o sociales fomenta algo “que era impensable tratar en tiempos pasados. Pero es que los tiempos actuales son también atrevidos y aventajados”. Por todo ello, la sentencia se equivoca al ceder a “un deseo no disimulado de que las unidades didácticas, sobre todo las que afectan a temas morales y éticos, se traten solo de la forma clásica, conforme a la moral tradicional cristiana, lo cual es un desideratum digno de respeto, pero que seguramente no se comparte por otros sectores de la sociedad, cuyos criterios también son respetables”.

En fin, la batalla andaluza del 2008 por la objeción de conciencia luego se desarrolló y discutió creativamente, lógico, en casación, señalando el TS en enero del 2009, tras una deliberación de dos días y con veintidós votos a favor y siete en contra, que no existe un derecho a la objeción de conciencia a la asignatura y que sus contenidos no lesionan el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE). Luego, el 12-11-2012 (RJ 2013/136), de acuerdo con varias sentencias previas —STS 09-06-2011 (RJ 2011/4291), (RJ 2011/6997, (RJ 2011/6995) o las de 11-02-2009 (RJ 2009/ 1877, 1878)—, el TS perfecciona aquel rechazo a la objeción de conciencia destacando que la asignatura no adoctrina en un sentido reprobable ni vulnera derecho alguno de los padres; que los contenidos problemáticos que se objetan no responden a valores relativos sino a concepciones absolutas en nuestro Estado de Derecho, la igualdad y no discriminación, la libertad ideológica o la integridad física y moral que conforman la dignidad de la persona y nuestro orden político y de paz social del art. 10 CE; y que el Estado está obligado a educar en esos valores absolutos en favor del pleno desarrollo de la personalidad y los derechos fundamentales, como impone el art. 27.2 CE, y esto es un límite del derecho de los padres, del art. 27.3 CE, a educar en sus convicciones morales y religiosas.

Un planteamiento en defensa de la libertad, la no discriminación y la igualdad en una formación plural y flexible que es importante a efectos del reconocimiento y garantía de una efectiva posibilidad de desarrollar una vida digna conformada a una concepción propia del bien y la justicia, pues es básica una formación interna de respeto hacia uno mismo y hacia el otro y en un espacio público de pluralidad que se muestre sin estigmas a quienes se están formando en la identificación y protección de su propia identidad.

3. Segregación por razón de sexo: el cuerpo de la mujer, nuevamente, en disputa

La separación en la escuela de los niños y las niñas es un “viejo caballo de batalla” que se reproduce en cada reforma educativa que sucede a una

llegada al gobierno del partido rival. Aunque lo que se suele discutir en España no es la separación de los niños y las niñas en los colegios, sino si se debe subvencionar a los centros privado que la impulsen.

En este trabajo se ofrecen razones en favor, de un lado, de un ideario educativo centrado en las libertades y en la no segregación por etnia, color, género o sexo, etc. Y, de otro, de que no es solo que no deba subvencionarse con dinero público la segregación –tal como establecía la recurrida LOE (2/2006), del PSOE–, sino que las mismas razones que justifican esa no subvención, relacionadas con las aducidas por el TS en 2012, avalan que la educación segregada no sea admisible tampoco sin subvencionar; así, el debate real no es si subvencionar o no, sino si permitir segregar en la etapa formativa de los niños y las niñas²⁹.

Quizá el único punto de acuerdo de los y las participantes en las disputas que aquí trato es que la educación es un importante instrumento de construcción ideológica que consiguió su papel estelar con la escolarización universal. Pero igual que sucedió con la revolución industrial, con el desarrollo del capitalismo, de la globalización, etc., tal nuevo proyecto también centró sus violentas enfrentamientos en el cuerpo de la mujer y en su construcción social enfrentada a la horma y norma de la razón y de la concepción que de sí y del otro cada cual posee.

En particular, el cuerpo de la mujer material y simbólicamente fue y es eje de conflicto acerca del formateo en las edades más tempranas de las conciencias para garantizar la adscripción tradicional binaria del cuidado, la privacidad, la sumisión, etc.

Aun consolidada nuestra Constitución garantista, tras una dictadura franquista que fulminó el proceso de “coeducación”³⁰ de la segunda República³¹, el sexo se mantiene en disputa y las letras de las leyes orgánicas de

²⁹ Insiste en ello Presno, en “Sobre la enseñanza diferenciada por sexos: ¿somos iguales estando separados?”. *El Derecho y el Revés*, p. 3;

<https://presnolinera.wordpress.com/2012/08/24/sobre-la-educacion-diferenciada-por-sexos-somos-iguales-estando-separados/>

³⁰ Por recordar; el art. 14 de la Ley sobre Educación Primaria de 17-7-1954, BOE/199 señalaba que “(e)l Estado por razones de orden moral y de eficacia pedagógica, prescribe la separación de sexos y la formación peculiar de niños y niñas en la educación primaria” que “orientará a los escolares, según sus aptitudes, para la superior formación intelectual o para la vida profesional... La educación primaria femenina preparará especialmente para la vida del hogar, artesanía e industrias domésticas” (art. 11) conforme “...a los principios del Dogma y de la Moral católica y a las disposiciones del Derecho Canónico vigente” (art. 5) (<https://www.boe.es/datos/pdfs/BOE/1945/199/A00385-00416.pdf>).

³¹ El inicio del s. XX trajo consigo un programa innovador para las escuelas primarias públicas que no marcaba distinciones entre los niños y niñas. El nuevo plan de 1901 amplió notablemente el programa vigente en las escuelas de niñas de la segunda mitad del siglo XIX, y aunque no afectaba a las escuelas privadas ni erradicaba la tradicional enseñanza de labores, “su aplicación redujo considerablemente las acusadas diferencias dictadas por la Ley Moyano

educación van cambiando según el color del gobierno. Así, p.ej., la LOE del PSOE impide la división por sexo en los centros públicos y la evita en los concertados al convertirla en causa de no financiación, mientras que la LOMCE (8/2013), del PP, establece que la segregación por sexos no es causa para no financiar a los centros privados.

La LOE se impugnó en distintas instancias judiciales hasta llegar a un recurso de casación interpuesto por una asociación de padres que resolvía la STS 5492/2012. La asociación pretendía la renovación financiera del concierto y subvención³² de su centro privado concertado, que integra los colegios Torrelvelo y Peñalabra, que en la misma finca separan en dos colegios, respectivamente, a los niños de las niñas.

El TS señaló que no cabía la renovación. Eso sí, se limitó a ratificar la legalidad (LOE) de la no subvención instalado en el colchón argumentativo de que, en cualquier caso, la subvención no vulneraría derechos y estaría permitida por el art. 2 de la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 1960³³.

Pero al dejarse abierto por el TS el asunto de la corrección de la separación educativa de los niños y las niñas, era solo cuestión de tiempo, el necesario para que el PSOE fuera desalojado del poder, que el PP, siguiendo la tradición iniciática de todo nuevo gobierno, contradijese lo anteriormente expuesto en la LOE con su nueva LOMCE; y no necesitó ingeniería legislativa, le bastó un artículo único para modificar la Ley del PSOE en 109 aspectos; es el 61 el que da una nueva redacción al art. 84.3 de la LOE para que donde antes decía que no hay cofinanciación si hay segregación, diga ahora que segregar no es razón para no financiar.

de 1857", Cortada, Esther. "De las escuelas de niñas a las políticas de igualdad, la educación entre Dos Siglos". *Cuadernos de Pedagogía*, n. 286, pp. 43. En España, la escuela mixta se impone en la segunda República con convicción y afiliada a un ideario que señalaba que la escuela debía ser laica y unificada, consiguiéndose en 1936 que un 30% de las escuelas ya fueran mixtas; el fin de la República por la dictadura franquista termina con el proyecto e invierte el proceso, de tal forma que en los 70s la educación segregada es casi la única en España. Es a partir de la ley de educación (LGE) 14/1970, de Villar Palasí, que eliminó la prohibición de la educación mixta, "cuando se generaliza la escuela mixta, primero entre las públicas, después también en la mayoría de las privadas, incluso religiosas", Subirats, Marina, "¿Coeducación o escuela segregada? Un viejo y persistente debate", *Revista de la Asociación de Sociología de la Educación*, vol. 3, n. 1, pág. 144. Luego habrá que esperar a 1984 para que se imponga la integración mixta en los centros educativos públicos.

³² Por aplicación del art. 42, 43 y 44 del Real 2377/1985 de normas básicas sobre conciertos educativos.

³³ De hecho, algunos Tribunales Superiores autonómicos aprovecharon la tibieza de la decisión del TS para favorecer la financiación, a pesar de la LOE; p.ej., legitimando la decisión de la Xunta de Galicia de seguir subvencionando con unos tres millones de euros cinco centros privados; *vid. comp. Rios, Raul. 2012*, https://elpais.com/ccaa/2012/08/22/galicia/1345663383_493090.html.

La nueva disposición, claro, es recurrida, porque, entre otros, el grupo socialista la considera contraria al principio de igualdad y al resto de valores y derechos fundamentales.

Pues bien, el TC afirma su constitucionalidad en la controvertida STC 31/2018 —a la que enseguida vuelvo— que cierra la carpeta de los problemas que tenían los colegios de educación diferenciada desde la STS/2009, pero que contó con el voto particular recurrente de su vicepresidenta, Encarnación Roca, y el discrepante de cuatro de los doce magistrados del Pleno.

4. Los complejos errores de segregar por sexo y conciencia, en general

Los problemas que enfrenta “en general” la educación segregada pueden sistematizarse en dos niveles: el de las condiciones sospechosas, y el de las falacias, formales, informales y sustantivas. Luego, en el tercer subepígrafe abordaré los problemas “particulares” que afronta la educación segregada a partir de la nueva sentencia del TC 31/2018, de 10 de abril.

4.1. Las “condiciones sospechosas” de discriminación

La desigualdad y el rearme de ciertos valores favorables a “sepultar a la mujer” en posiciones de vulnerabilidad parten de modelos formativos tradicionales y arraigados en la separación y negación del valor genuino del cuerpo de la mujer y de lo que llegue a significar y poseer. Así, si al buscar la igualdad ante una pasada discriminación por sexo se vuelve a recurrir al sexo como criterio para discriminar y establecer tratos diferenciados, a falta de razones fuertes y bien trabadas, lo que se promueve es la discriminación, pues el sexo actúa como una “condición sospechosa”. Las otras condiciones sospechosas son, entre otras, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, religión, pertenencia a una minoría nacional, discapacidad, edad, orientación sexual, etc. (art. 21.1 de la Carta DDFE de la UE), o la condición de nacionalidad (art. 21.2 CDFUE), que ha sustentado interesantes sentencias del TEDH sobre la conversión del trato diferenciado en discriminatorio³⁴ y cuál es la línea que fija los motivos sospechosos de causar discriminación y exigen un test de proporcionalidad más estricto.

³⁴ Como con la sentencia *Gaygusuz c. Austria*, 31-09-1996, 17371/90 con la que el TEDH se pronunciaba por primera vez acerca de la discriminación por nacionalidad a un ciudadano que cumpliendo todas las condiciones legales y de tributación que se solicitaban a los austríacos para recibir una prestación, se le deniega por ser turco. Destaca el TEDH que, aunque las razones para establecer tratamientos diferenciados tienen un margen de discrecionalidad interpretable por cada Estado, lo cierto es que ese margen se reduce drásticamente en relación con condiciones que, como la nacionalidad, “solo con consideraciones muy fuertes podrían” (pgf. 58) considerarse legítimamente un factor de diferenciación no discriminatoria. Pero no se dan esas razones y, por tanto, la decisión denegatoria de la prestación fue discriminatoria. Para un interesante análisis complementario en relación con la condición sospechosa de la nacionalidad en la jurisprudencia del TEDH, véase Díaz Grego, María. “El

Esas condiciones sospechosas de discriminación, destaca la STS de 28-04-2005 (Rec. 72/04), “implican una violación más cualificada de la igualdad por el carácter particularmente rechazable del criterio de diferenciación aplicado” pues, y siguiendo al TC, el trato diferente “toma en consideración condiciones que históricamente han estado ligadas a formas de opresión o de segregación de determinados grupos de personas”³⁵ (FJ 8).

Pues bien, en la educación, la segregación por sexo responde a un factor de diferenciación sospechoso que sin duda interesa analizar. Veamos. Las razones³⁶ que justifican separar a los niños de las niñas suelen organizarse en dos grupos³⁷; uno, más biologicista cerebral, y otro, diré, más cultural, socioconductual y tradicional; si bien ambos otorgan una especial relevancia a la diferencia de aptitudes, comportamientos, actitudes y expectativas entre niñas y niños para, a partir de ahí, sostener que no tener en cuenta esas diferencias (violencia, responsabilidad, interés, competición, colaboración) genera un perjuicio en la educación.

El primer grupo de razones refiere una diferente capacidad analítica de las mujeres, un proceso de madurez más ágil y rápido y diferencias en los canales formativos —visual para ellos y auditivo para ellas niñas³⁸—, y no actuar en consecuencia perjudicaría a los niños. Aquí es influyente Sax, para quien las diferencias orgánico-cognitivas indicarían que los niños responden al estrés del aula gracias al sistema nervioso simpático a diferencia de las niñas a las que asiste el parasimpático³⁹; por eso los niños agradecen la respuesta y el estímulo violento de sus profesores y compañeros y a las niñas respuestas dulcificadas

derecho a no ser discriminado por razón de nacionalidad: ¿un derecho de los extranjeros?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 89, 2010, pp. 136-139.

³⁵ Siguiendo su propia doctrina de 17-05 (RJ 2000, 5513), 17-10 (RJ 1990, 7929), 23-09 (RJ 1993, 7032).

³⁶ Sistemáticamente desarrolladas y por todos: *Educación Diferenciada en Igualdad de Condiciones*, COAS, 2008, <http://www.easse.org/docs/content/educacion-diferenciada>

³⁷ Sigo aquí el patrón de Subirats, Marina. “¿Coeducación o escuela segregada...”, pág. 147.

³⁸ Diferencia que “es simplemente falsa”, Strauss, Valerie, “The case against single sex schooling”, *Washington Post*, 04-06-2012, https://www.washingtonpost.com/blogs/answer-sheet/post/the-case-against-single-sex-schooling/2012/06/03/gJQA75DNCV_blog.html. Otros salvan la prueba científica con el intuicionismo costumbrista: los hombres sitematizan, las mujeres empatizan; en Baron-Cohen, Simon. *The Essential difference: Male and Female Brains and the Truth about Autism*. Basic Books, 2003, pp. 2-8.

³⁹ En Sax, Leonard. “Six Degrees of Separation: What Teachers Need to Know about the Emerging Science of Sex Differences”, *Educational Horizons*, vol. 84, n. 3, 2006, pp. 191-192. Ejemplo de razonamiento de Sax: “algunos niños de diez años gastarán sus últimos centavos en jugar a video juegos en los que los enemigos les disparan. Pocas niñas de diez años creen que vale la pena gastar su dinero en un combate simulado. Eso no quiere decir que las niñas nunca son violentas: solo que rara vez disfrutan de la violencia física como lo hacen los niños”, pág. 192.

ante el error, incompreensión o despiste⁴⁰, planteamiento que también genera discriminación en la selección de profesorado⁴¹.

El segundo paquete de argumentos es, lo señala Subirats, “menos sofisticado” y destaca que la coeducación priva a los chicos de su masculinidad estimulante feminizándolos, y a las chicas de las condiciones propiamente femeninas que les facilitan aprender⁴², p.ej., al no fomentar en ellas la competitividad y rebajar la tensión⁴³ aprenden mejor matemáticas y ciencia⁴⁴ y se reduce su propensión a estudios no científicos⁴⁵ (*vid. infra*).

En fin, y aunque tales ideas pueden complementarse con conjeturas conductuales varias, estamos en un buen punto para señalar que en torno a tal eje argumental gira un paquete que, cambiando de color su envoltorio, siempre

⁴⁰ P.ej., en Sax, Leonard. “Six Degrees...”, pp. 190-200 y *Why Gender Matters*, Harmony Books, Doubleday, Nueva York, 2005. Planteamientos que, igual que a sus varianzas psicologicistas, se contestan en términos científicos calificándolas de pseudociencias, *vid.*, p.ej., Eliot, Lise. “Single sex education and the brain”, *Sex Roles*, n. 69, 2013, <https://link.springer.com/article/10.1007/s11199-011-0037-y>; D. F. Halpern. *Sex Differences in Cognitive Abilities*, Psychology Press, Londres, 2012; Liberman, Mark. “Sexual pseudoscience from CNN”, <https://languageblog.ldc.upenn.edu/nll/?p=260>.

⁴¹ Por eso la Inspección de Trabajo impuso (2017-2018), p.ej. al centro Viaró, en Sant Cugat, multa de 50002 euros por discriminar a docentes por su sexo en la contratación (25001 euros) y en la promoción (otros 25001).

⁴² Vid. Gurian, M.; Stevens, K. “With girls and boys in mind. Educational Leadership”, vol. 62, n. 3, 2004, pág. 292.

⁴³ Los informes PISA ponen de manifiesto que las matemáticas generan más ansiedad en las niñas que en los niños y que la actitud de aquellas es mucho más insegura y preocupada ante las mismas.

⁴⁴ Porque, se dice, “disminuye el impacto de los estereotipos masculinos asociados a estas materias académicas” Feniger, Yariv, “The gender gap in advanced math and science course taking: does same-sex education make a difference?”, *Sex Roles*, n. 65, 2011, pág. 670, y fomentan una actitud más positiva de las niñas al percibir a estas materias como menos masculinas de lo que se aparentan en escuelas mixtas, *vid.*, Mael, Fred, Single-Sex and Coeducational Schooling: Relationships to Socioemotional and Academic Development, *Review of Educational Research*, n. 68, pp. 70-ss; Haag, P. “Single-sex education in grades K-12: What does the research tell us?” *Separated by sex: A critical look at single-sex education for girls*. Washington, DC, American Association of University Women, pp. 13-ss.; Smith, Emer, “Single-sex Education: What Does Research Tell Us?”, *Revue française de pédagogie Recherches en éducation*, n. 171, 2010, pp. 47-ss.

⁴⁵ Aborda el factor psicosocial de la brecha respecto de la formación científica e informática y la relación con las tecnologías digitales y las transformaciones e instrumentos de cambio para corregirla, Cooper, J. & Weaver, K.D. *Gender and Computers: understanding the digital divide*. Mahwah, 2003. E insiste en esta brecha digital en Israel, donde hay escuelas diferenciadas tanto públicas como privadas y, centrándose en el análisis de los datos de las escuelas segregadas y coeducacionales, concluye que la brecha en matemáticas es la misma, y que los resultados son los mismos en escuelas diferencias y coeducativas, alterándose los datos en parte respecto de la informática, las niñas en las escuelas diferenciadas tienen mejores resultados, y por lo que se refiere a la biología, que tradicionalmente sería en Israel una disciplina típicamente femenina, se populariza aún más su elección y resultados en los colegios segregados, Feniger, Yariv. “The gender gap...”, pág. 672-ss, 677.

guarda el mismo objeto, el cuerpo de la mujer, su maduración, razón y actividad como diferencia, como problema y como factor de exclusión⁴⁶.

Es verdad que, aun siendo más de lo mismo, se ve que los colores argumentativos cambian y se aparenta un propósito progresista y moderno en el argumentario, pues se pretendería tratar al diferente de forma diversa. Pero esto puede contribuir a ocultar una doble falencia: pues ni la diferencia es natural, biológica ni inmutable, sino en amplia medida cultural y condicionada, ni tampoco es valiosa, por lo que no se justifica que deba ser mantenida⁴⁷.

Así, y en síntesis, la educación que separa a niñas y los niños, sea por biología cerebral o atribución natural o tradicional de cualidades al cuerpo de la mujer puede contribuir a fortalecer “una sociedad en que hombres y mujeres tengan características, hábitos y emociones distintas, que les encaminen hacia papeles sociales diferentes⁴⁸... Esta es la verdadera distinción entre quienes están por la escuela segregada y quienes están por la coeducación”⁴⁹.

Así, ante las hipotéticas diferencias, quizá lo más adecuado sea fijar consecuencias, momentos, pruebas y límites que justifiquen la finalidad, adecuación y proporcionalidad de cada medida segregadora respecto del objetivo de la igualdad⁵⁰. Pero separar, sin más y desde el comienzo a las niñas

⁴⁶ Lo plantearía de este modo: después de imponerse la educación obligatoria y universal y comprobarse el gran rendimiento de la escuela mixta en la educación, revuelve otra vez el argumento de justificación de la escuela segregada conforme a la idea de que el rendimiento masculino es inferior al femenino, lo que permite transformar el sociobiologismo antiguo de los destinos sociales separados en “nuevos argumentos biologicistas referidos a una diferencia natural en la maduración del cerebro de niños y niñas, así como diferencias naturales de comportamientos y actitudes, que perjudican el desarrollo de ambos en la educación conjunta e igualmente se alude a las diferencias en el nivel de rendimiento académico..., a lo que se suman las ideologías religiosas que optan por la escuela segregada... (Y)... (t)odo ello, bajo la complicidad del argumento de las familias por la libertad educativa”, Venegas, Mar. “Segregar versus educar: un marco para educar las relaciones afectivo sexuales y prevenir la violencia de género en la adolescencia”. *Ehquidad*, n. 3. 2015, pág. 66; *vid. comp.* Subirats, Marina, “¿Coeducación o escuela segregada...”, pág. 144; *comp.* Rios, Raul. “Educación subvencionará centros sexistas pese al fallo del Supremo”, 2012, https://elpais.com/ccaa/2012/08/22/galicia/1345663383_493090.html, 2012.

⁴⁷ *Comp.* Subirats, Marina, “¿Coeducación o escuela segregada...”, pág. 151-ss.

⁴⁸ En España son segregacionistas más de cien colegios privados y casi cien concertados que reciben subvención pública; es explícita su vinculación religiosa y también su asunción de los presupuestos de Sax y de los dos paquetes de razones de segregación apuntados, justificando así la finalidad de orientar a niños y niñas a ser y hacer cosas diferentes —p.ej. <https://opusdei.org/es-cr/article/educacion-de-calidad/>, <https://asociacioncooperadoresopusdei.org/index.php/familia-y-educacion/120-educacion-diferenciada-disminuye-el-fracaso>, <https://www.elmundo.es/espana/2018/04/11/5ab10462468aebcd7b8b45d6.html>, —.

⁴⁹ *Vid.* Subirats, Marina. “¿Coeducación o escuela segregada? Un viejo y persistente debate”, *Revista de la Asociación de Sociología de la Educación*, vol. 3, n. 1, pág. 152.

⁵⁰ Lo destaca la STC 177/1993, 31-05; la igualdad no prohíbe al legislador el trato desigual, solo las “desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios

de los niños, ni se justifica ni es proporcional a objetivo valioso alguno. Pues, por más persuasivos que los argumentos cerebrales, de maduración y de conducta puedan resultar a algunos, las diferencias que se han encontrado por el sexo son pequeñas y estáticas –y sin efecto de alcance– y hay un extendido acuerdo en que “hay muchas más coincidencias que diferencias entre los cerebros y los comportamientos de los niños y las niñas y en que, de hecho, los niños se diferencian más entre ellos mismos, en sus aptitudes y resultados de lo que se diferencian de las niñas, y viceversa. Separar a los chicos en las aulas por su género –y asumir presunciones sobre su psicología, cerebros, intereses y habilidad de aprendizaje– virtualmente garantizará que las expectativas de los profesores estén sesgadas y sus prácticas basadas en el género equivocadas respecto de la mayoría de sus estudiantes”⁵¹. A lo que se añade que ningún estudio consigue demostrar el efecto académicamente deseable de la educación segregada y que los datos constatan los mejores resultados de los centros mixtos⁵². Y que cuando puntualmente se presenten algunos datos favorables a las escuelas segregadas, la apariencia se desvanece en cuanto se desagrega el cúmulo de otras condiciones particulares que actúan como ventajas, nivel económico, formación, capacidad para involucrarse de los padres, recursos económicos del centro privado que posibilita un amplio desarrollo tecnológico, criterio previo de selección, etc.⁵³. A estos efectos, no se pierda de vista que

objetivos suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados” (FJ 2).

En relación con la escuela voluntariamente segregada por género, en Hogan, 458 US, se destacaron las cuatro condiciones de la segregación no discriminatoria: que el grupo beneficiario sufriera una efectiva desventaja; que las políticas de separación por género fueran adoptadas para superar esa desventaja; que el criterio de segregación no se sustentara en estereotipos ni los perpetuara; y que la segregación se dirigiera sustancial y directamente a un objetivo compensatorio (Hogan, 458 US, pp. 725-726). Pues bien, ninguna de estas condiciones se cumplen con la segregación por género en la educación. Corroboración y desarrollo de esta condiciones en relación con la educación diferenciada y los derechos fundamentales en la Constitución estadounidense Sharon Mollman en “The Gender Gap: Separating the Sexes in Public Education”. *Indiana Law Journal*, vol. 68, n. 1, 1992, pp. 164-ss.

⁵¹ Strauss, Valerie. “The case against single sex schooling”, *Washington Post*, 04-06-2012.

⁵² En este sentido hay distintos informes; ilustrativo es, p.ej., el de rendimiento escolar en la prueba externa de nivel de sexto de primaria de la Comunidad de Madrid, que es la comunidad española donde más colegios segregadores se concentran. Conforme al mismo, que diferencia colegios por zonas, por separación y por carácter privado, concertado o público, la mayor eficiencia académica corresponde a los centros mixtos, en ocasiones públicos en ocasiones concertados <https://fe.ccoo.es/753fac9ea9936b81d2a79cd479cf38da000063.pdf>. Igualmente, la FEDEA sostiene en otro estudio realizado también a partir de las pruebas de 6º de Primaria de la Comunidad de Madrid que “los «niños tienden a obtener mejores resultados académicos cuando la proporción de niñas en su cohorte de edad es mayor, incluso en Matemáticas, donde en promedio las niñas tienen peor rendimiento que niños», mientras que «el rendimiento académico de las niñas no varía de manera estadísticamente significativa con la proporción de niñas en su cohorte de edad»”, <https://www.elmundo.es/espana/2018/04/11/5ab10462468aebcd7b8b45d6.html>.

⁵³ Comp. Halpern, Diane F.; Eliot, Lise; Bigler, Rebecca S.; Fabes, Richard A.; Hanish, Laura D.; Hyde, Janet; Liben, Lynn S.; Martin, Carol Lynn. “The Pseudoscience of Single-Sex Schooling Education”, *SCIENCE*, vol. 333, 2011, pág. 1706. Conforme a Smithers, Alan G.; Robinson,

Finlandia que prohíbe la educación diferenciada tanto en el marco público como en privado, tiene un alto nivel educativo reconocido y las chicas no obtienen menor puntuación, tampoco en matemáticas, que los chicos.

4.2. Las falacias formales e informales de la segregación

A partir de aquí, como señalaba, apuntaré una sucesión de falacias de contenidos o informales, pues se sirven de argumentos impertinentes y/o conclusiones no fundamentadas, y algunas falacias formales generadas por la incorrecta relación de los argumentos⁵⁴.

Entre estas últimas destaco dos frecuentes; una, la “falacia de afirmación del consecuente”, al presuponer que afirmado el antecedente podemos afirmar el consecuente; los niños en un sistema segregado sacan mejores notas; consecuente, la segregación en la escuela genera mayor rendimiento. No es cierto, pues muchos son los factores y condicionantes de esas notas. La otra es la falacia de la negación del antecedente, conforme a la que al negar una premisa la conclusión se vuelve necesariamente falsa. Así, las niñas sacan las mejores notas en un sistema de segregación, las niñas no sacan las mejores notas, luego las niñas que sacan peores notas van a un sistema mixto. Obviamente, no es cierto.

Y ya entre las falacias materiales de la educación segregada, destacaría las siguientes:

El error de confundir contigüidad con causalidad generándose la falacia *post hoc*, pues se proyecta que todo lo que pasa antes de un suceso es su causa o razón. Así, p.ej., si quienes estudian en escuelas segregadas obtienen mejores resultados académicos, la causa es la segregación por sexos en la escuela. No es cierto. Las causas son varias y, en amplia medida, relacionadas con la más alta capacidad económica, formación e implicación de los padres, la mayor dotación de recursos frente a la coeducación pública, etc. Falacia material, por cierto, que, a su vez, también incurre en la formal de la afirmación del consecuente.

Cercana a esta falacia *post hoc* está la falacia de la generalización apresurada, que consiste en construir un fenómeno más complejo a partir de la generalización de una serie de vivencias y emociones personales aisladas. El problema es que al simplificarse cognitivamente un hecho complejo y dúctil con el afán de convertirlo en una evidencia plena, plana, absoluta y sencilla se construyen estereotipos incorrectos e injustos para quien debe cargar con ellos;

Pamela. *The Paradox of Single-Sex and Co-Educational Schooling*, Univ. of Buckingham, 2006, Thomson, T., Ungerleider, C. “Single Sex Schooling: Final Report Canadian Centre for Knowledge Mobilisation”, CCKM, Waterloo, Ontario, 2004.

⁵⁴ La literatura y las formas de conceptualización y clasificación de las falacias es muy amplia, aquí me sirvo de un catálogo general y tópico adecuado instrumentalmente al objetivo de análisis que se persigue.

p.ej., una vez tomé un zumo y me dolió el estómago, el zumo es malo; fui a un colegio segregado y me fue bien en la vida y soy buena persona, luego, nada mejor que ir a un colegio segregado.

Relacionadas con las anteriores, actúan también las falacias de la autoridad, del experto, *magister dixit*, *ad verecundiam* o *ad baculum*. Todas apelan a la autoridad de un experto en algo/a, pero no en lo adecuado, y convierten sus apreciaciones personales en conocimiento; fallo demostrativo que tiene mucho que ver también con las falacias de la generalización y *ex post hoc* apuntadas. En la educación segregada no es raro escuchar el argumento de que un profesor X o una escuela Y comprobaron que... (*magister dixit*, lo dice el maestro, dirían los pitagóricos), y si lo dicen ellos como docentes, pues será verdad. O bien se emplea una demostración científica como propia pero sin desarrollo ni prueba desde el ámbito en que se realiza, p.ej., el jurídico: "(l)a neurociencia nos muestra cómo hombres y mujeres..."⁵⁵. La falacia está en sustentar la fortaleza del argumento en la autoridad de quien lo enuncia, que se da en otros ámbitos, pero que no en la investigación y demostración de lo que se sostiene.

Más. El modelo argumentativo biologicista, funcional y cultural también incurre en la falacia de la petición de principio al aceptar y poner en juego una serie de premisas y presupuestos no comprobados ni demostrados en la realidad, p.ej., el biologicismo cerebral, concluyéndose como correcto lo que no se ha demostrado. Así, si afirmo, yo siempre digo la verdad, ayer estuve en el museo, la conclusión falsa es que ayer estuve realmente en el museo. En nuestro caso, daría cuerpo a la falacia afirmar que separar a los niños de las niñas favorece un desarrollo más adecuado de sus aptitudes, al separar a los niños en el colegio por sexos, los resultados son mejores al ser más adecuados a sus aptitudes.

Empareja bien esta última con la falacia *ad nauseam*, que reitera algo insistentemente hasta hacerlo cierto; en la misma convicción del fiel nazi Góbbels de la efectividad de la insistencia discursiva en toda suerte de medios y canales.

Sustenta también el favor de la escuela segregada la falacia *ad populum*, que apela al argumento de la opinión de la mayoría o de un amplio grupo de gente para impulsar un discurso de base y efecto populista que, frecuentemente, se reviste de aparente científicidad gracias a estadísticas y encuestas. Ahora el error no radica solo en la orientación y limitación de la forma y los factores analizados en las encuestas, sino también en el criterio valorativo de afirmar que el resultado mayor de un sondeo o estadística es el correcto; no lo es. Así, p.ej., todo el mundo sabe que las niñas son más avisgadas que los niños y que éstos son más valientes y ambiciosos, así

⁵⁵ En Calvo Charro, María. *Guía para una educación diferenciada*, Toromítico, 2009, pág. 29.

cualquier persona normal sabe que deben recibir formación y estímulos distintos.

Relacionada con la anterior se encuentra otra atractiva falacia, la falacia *ad antiquitatem*, que asume que si algo se ha consolidado en la tradición es porque es correcto, lo que además nos ofrece un importante grado de seguridad frente a lo relativo e indeterminado. Y si tradicionalmente hombres y mujeres se han formado y desarrollado en ámbitos y actividades distintas es porque es lo correcto y así se debe transmitir de generación en generación.

El recurso a argumentos relacionados con la naturaleza física, cerebral, conductual, etc., a su vez, conduce a la falacia naturalista, es decir, a la doble e injustificada confusión, primero, entre lo que es natural con lo que se da en el plano fáctico y, segunda confusión, entre ese “natural” fáctico con lo bueno y que, por tanto, debe ser. Una falacia naturalista que tiene mucho que ver con las falacias tradicionalistas y de autoridad, pues no es otro campo el fáctico que el del ejercicio del poder establecido. Así, si la mujer nunca ha jugado al fútbol, lo natural es que no juegue al fútbol, lo bueno es que no juegue y lo que no debe ser es que juegue al fútbol.

El elenco de falacias que arriesgan las pretensiones segregacionales también aumenta con otra línea frecuente en el campo de la justificación de la escuela segregada y que comienza con la falacia del falso argumento *ex silentio*; algo no es cierto porque no se tienen datos que lo demuestren (silencio) —si las mujeres tuvieran las mismas capacidades de aprendizaje que los hombres constaría en pruebas y demostraciones; no consta, luego no las tienen; o bien, no hay datos concretos que demuestren que las escuelas segregadas violen la igualdad y los derechos, luego las respetan—. El problema es asumir que todo se puede demostrar con datos sencillos, lineales, concretos y causalmente relacionados —p.ej., si no hay datos que demuestren que una mujer cobra menos en su profesión de limpiadora porque ha acudido a una escuela segregada, es falso que la escuela segregada sea causa de la brecha salarial del colectivo de las mujeres—.

Además, no es raro que los falsos argumentos *ex silentio* den un salto hasta la falacia *ad ignorantiam* que traslada la carga de la prueba al interlocutor que acusa la falacia reclamando que se pruebe que es falso lo que se afirma; pruebe que es falso que la brecha salarial no tiene nada que ver con la educación segregada.

Las falacias *ex silentio* y *ad ignorantiam* son, a su vez, otra forma de expresar las dos dimensiones de la falacia de que la ausencia de prueba de que algo es falso es la prueba de que es verdadero. Falacia que en el campo jurídico adopta la forma de la prueba diabólica, y que se produce cuando a alguien se le exige que demuestre algo que no se puede acreditar para poder ejercer un derecho. Como no lo puede hacer se entiende probado lo contrario, por eso la falacia consiste en imponer la carga de la prueba a quien no tiene posibilidades

objetivas de poder demostrarlo. Veremos enseguida que la STC 31/2018 se arriesga con convicción a caer en ella cuando insiste en que no le consta demostración de que la segregación sea desigualitaria⁵⁶.

Finalmente, también se encuentra entre las falacias destacadas la del falso dilema, y que trata de reducir todas las opciones y variables a dos, o coeducación o segregación radical. Si algún problema genera la coeducación, segregación. O bien, o libertarismo o derecho de los padres a educar en sus propias creencias. La falacia consiste en obviar los instrumentos y vías complementarias que corrijan los fallos de una alternativa y amplíen su desarrollo y razones.

4.3. El “particular” fallo del “separados por sexo pero iguales” y del TC

La propuesta de segregación en la educación hace un uso reiterado del aforismo separados pero iguales a fin de explicar y justificar que se separa en función de las diferencias y en favor de igualar en unos mejores resultados, dadas unas supuestas cualidades y categorías de desarrollo biológico e intelectual.

Un problema importante de este planteamiento es que el objetivo de la educación no es solo maximizar el aprendizaje, algo que, por cierto, la educación segregada *per se* no logra, sino también, y fundamental, favorecer la formación integral en la dignidad de los niños y niñas y su “pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales” (art. 27.2 CE). Sin embargo, la técnica pedagógica de separar a las niñas de los niños impide “que los alumnos de ambos sexos se vean confrontados con la convivencia y conflictos sexuales cotidianos y aprendan ‘en vivo’ a solucionarlos de forma democrática y adecuada al principio de no discriminación”⁵⁷.

Pues bien, es precisamente ese planteamiento “separados pero iguales”, conforme al que la segregación no implica un trato discriminatorio siempre que se cumpla la condición de la equivalencia de prestaciones, y que asumía la LOMCE, el que ahora usa “en particular” el TC en su controvertida STC 31/2018, 10-04 y a mí aquí me interesa retomar.

⁵⁶ En este sentido: “(l)a no convivencia, en el ambiente escolar, de niños y de niñas no implica la no asunción, por parte de alguno de los sexos, de estereotipar los géneros, arrojando roles a cada uno de ellos por pertenecer a uno u otro de ellos. Desde la propia doctrina no se puede argumentar, sin ningún género de duda, que la educación mixta palie los posibles estereotipos de género”, Báez Serranos, Rafael. “Hacia la consolidación de la constitucionalidad de la educación diferenciada. A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional 31/2008, UNED. *Revista de Derecho Público*, n. 105, pág. 276.

⁵⁷ Aláez, Benito. “El ideario educativo constitucional...”, pág. 59.

El principio “separados pero iguales” lo empleó el Tribunal Supremo de los Estados Unidos para avalar las políticas racistas y discriminatorias cuando fueron escrutadas a la luz de la exigencia constitucional estadounidense de igualdad. Lo hizo la Sentencia Plessy c. Ferguson (1896) 163 US 53, que es actualmente aleccionadora, al afirmar que no era racialmente discriminatoria la normativa de Louisiana sobre vagones segregados por el color de la piel, pues que la finalidad del poder público era garantizar un tratamiento más igualitario ante la ley al mejorar la prestación del servicio ferroviario. Sin embargo, el juez Harlan en su voto particular contrario a los argumentos de la Sentencia Plessy defendió algo que se impuso después en la jurisprudencia del TS americano y quizá nosotros no deberíamos volver a olvidar: “cuando están en juego los derechos civiles de los ciudadanos, niego categóricamente a los legisladores o a los jueces la posibilidad de fijarse en su raza”. De hecho este argumento se impuso unánimemente en la Sentencia Brown c. Board of Education of Topeka (1954) 347 US 483, conforme a la que se proscribe el principio “separados pero iguales” prohibiendo la educación segregada por razas de los niños en los colegios pues, destaca el TS americano, la educación es fundamento de una auténtica ciudadanía e instrumento principal para despertar los valores culturales, siendo un “sistema con escuelas separadas intrínsecamente desigualitario”.

Pero, algo que desde hace tanto es tan claro y evidente para unos, avanzado el s. XXI sigue siendo oscuro para otros, en relación con el género, y también para siete de los doce que firman la STC 31/2018.

Así, Xiol Ríos en su voto particular destaca frente al TC que el “separados pero iguales” es doblemente atentatorio contra la igualdad, porque separa en función de “condiciones sospechosas” (*vid. supra*) y porque declara inexistentes tanto a las personas intersexuales o, añadido yo, con diversa identidad u orientación sexual, y a sus narraciones⁵⁸, a la par que fortalece la normatividad de las características tradicionalmente masculinas y femeninas que alimenta una dinámica discriminatoria⁵⁹. Igualmente, el voto particular de Valdés Dal-Re contra la STC 31/2018 destaca su decepción por la resurrección de la segregación por género, práctica intrínsecamente sospechosa de discriminación y tan reprobable y atentatoria del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE) como la racista pretensión de separar hoy en las escuelas a

⁵⁸ Así, y en función de todo lo señalado sobre características y finalidades propiamente masculinas y femeninas, “¿(p)or qué no permitir que una escuela rechace la admisión a un niño gay si ya puede rechazar a las niñas?” y, a la inversa, “si no se debe permitir que una escuela de niñas rechace a un estudiante no conforme a su género o una estudiante lesbiana, ¿por qué entonces es aceptable que rechacen a los niños?”, Maddock, Pamela. “Separate and unequal: While we're at it, let's re-examine gender segregation in secondary schools”, ABC, <https://www.abc.net.au/religion/end-gender-segregation-in-secondary-schools/10444188>

⁵⁹ *Vid. comp.* Ruíz, Santiago Agustín. “Diversidad sexual en las aulas”, *Cuadernos Plural*, n. 2, pág. 94.

las/os niñas/os por su color⁶⁰; “(e)n nuestro sistema constitucional, la desigualdad (la segregación) se encuentra vedada en las escuelas, tanto públicas como privadas, por imperativo de los arts. 1, 9.2, 14 y 27.2 CE”, porque agrade a la ética constitucional de la igualdad, priva al alumnado y profesorado del escenario necesario para educar con una percepción democrática de los acusados conflictos de género que en nuestra sociedad perviven, y anula el concepto de escuela como espacio por excelencia de socialización y convivencia en igualdad desde la infancia.

En su afán por sustentar la segregación, el TC busca amparo formal en el enunciado literal del art. 2 de la Convención para la eliminación de la discriminación en la educación de 1960. Un art. 2 que, a su vez, tratando de reducir las diferencias y mentalidades de hace ochenta años, ofrecía una excepción al principio de igualdad del art.1 de la misma Convención. Esto es, el TC acude al formalismo de la excepción, lo permite su art. 2 que permite separar a los niños de las niñas y, a renglón, acorta el alcance de las posibles repercusiones de lo afirmado señalando que “si alguna diferencia de trato existiera solo sería atribuible al centro escolar en la que se produjera, y no sería imputable al modelo en sí”. A partir de ahí, ya dicho que la segregación no es discriminatoria, no hay razón para no financiar tal modelo educativo.

Llegados a este punto, el TC cubre con sus bolillos de encaje formal una afirmación muy material: “(n)o existe dato alguno que permita llegar a la conclusión de que dicho sistema... no sirve a los fines exigidos constitucionalmente”, por eso de haber algún problema sería del caso o centro particular y ese no es asunto suyo. Un razonamiento que tienta un coqueteo del sector victorioso del TC con varias de las falacias ya apuntadas; *ad ignorantiam*, *ad populum*, *ad antiquitatem*, *ad novitatem*, de la prueba diabólica, *ex silentio*, negación del antecedente, afirmación del consecuente, naturalista, *post hoc*, etc.

Frente a este activismo formalista, aunque muy sustantivo, aquí reclamo un activismo garantista de los derechos humanos y fundamentales⁶¹ de las niñas y los niños a una educación integral e igualitaria en todos los ámbitos formativos de su personalidad.

Y es que la igualdad en la dignidad y en la diferencia no es algo a lo que pueda renunciar un tercero en nombre de su titular, ni tampoco soporta ser considerada una opción ideológica renunciabile dependiendo del ideario del centro en cuestión o del carácter más o menos conservador del legislador de

⁶⁰ Nadie dudará de que separar o alinear a las niñas y niños por su raza o color es discriminatorio y atenta contra sus derechos fundamentales, sin embargo se sigue sin objetar hoy la segregación del alumnado por el género, Hilliard, Lacey J., Liben, Lynn S. “Differing levels of gender salience in preschool classrooms”, *Child Development*, n. 81, 2010, pág. 1787.

⁶¹ *Vid. comp.* Salazar Benítez, Octavio. “Educación diferenciada por razón de sexo y derecho a la educación. Sobre la inconstitucionalidad de la reforma del artículo 84.3 de la LOE”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 106, pp. 475-476.

turno, pues son los niños y las niñas quienes tienen mayor riesgo de vulnerabilidad en los derechos de los que son titulares.

Comprensible es, por tanto, que la magistrada María Luisa Balaguer Callejón destaque en su voto particular que la “educación diferenciada por sexos no tiene cabida” y que se sirve de “un planteamiento ideológico categórico, que predetermina la selección de datos... inconsistentes... fruto de una identificación inapropiada o de una inadecuada interpretación...”.

5. La segregación y las brechas de género, realidad y sueños

Los modelos sociales, económicos, jurídicos y políticos de discriminación se consolidan en un proceso hermenéutico de aprendizaje y aceptación de estándares axiológicos tradicionales establecidos, muchos de forma explícita, como las narraciones literarias, normatividades jurídicas, interpretaciones económicas, médicas, psicológicas, etc. Pero, además, la investigación conductual hace tiempo que nos advierte de la influencia de factores implícitos, pues si nuestra educación se guía por neutralizantes colores pastel suave, juguetes pequeños que requieren espacial cuidado para que no se estropeen, los juegos se desarrollan en espacios pequeños y con formatos estáticos, la disciplina se rebaja asumiendo una debilidad defensiva frente a la corrección, los cuentos y los cuerpos son de princesas a las que los príncipes salvan, por los deportes, a lo sumo, se pasa de puntillas, rosas, y convencidas de que ganar no es un objetivo, el resultado es la mujer sumisa, que no compite, que no corre y que elude el amplio espacio de lo público⁶². En tanto la educación segregada impulsa, como sistematizase Rousseau⁶³, “(l)a naturalización de los roles sexuales y de género patriarcales”⁶⁴, explícitos e implícitos que son propios a una ideología alejada de la libertad, la igualdad, la horizontalidad en las relaciones y el pluralismo, resulta profundamente discriminatoria, incapacitante y fomenta la vulnerabilidad de uno de los sexos, al que convierte en un género vulnerable. Algo que el proceso formativo proyectará en forma directa en la distinción entre los ámbitos público y privado, la adscripción de roles respectivos en los mismos, la discriminación laboral, económica, deportiva, artística, etc.⁶⁵

⁶² Analizaba ya en profundidad esta condición en relación con la crítica cultural de la teoría de género en Suárez Llanos, Leonor. *Teoría Feminista, Política y Derecho*, Dykinson, 2002, pp. 88-ss.

⁶³ Con su Emilio intelectual, racional e independiente y su Sofía esposada abnegadamente y ocupada en el cuidado del hogar y la descendencia.

⁶⁴ Venegas, Mar. “Segregar versus educar: un marco para educar las relaciones afectivo sexuales y prevenir la violencia de género en la adolescencia”. *Ehquidad International Welfare Policies and Social Works Journal*, n. 3. 2015, pág. 61.

⁶⁵ Expresa descriptivamente alguna consecuencia del planteamiento, Mbangi; “(a)l ir a una escuela solo para niños, los niños residen en un entorno predominantemente masculino donde la mayoría de los líderes son hombres y es más probable que participen en la cultura de los chicos. Las mujeres solo se ven en contextos sociales. No son competidores en los grados o el deporte o en las artes, se las ve en las fiestas convirtiéndose en objetos de deseo sexual. Esto

Frente a tal modelo, la coeducación no consiste solo, ni mucho menos, en juntar a niñas y niños; la presencia y actuación mixta es el punto de partida, no de llegada⁶⁶; se trata de fomentar un cambio radical del modelo formativo a todos los niveles, en todas las instancias, contextos y contenidos a fin de romper el sistema binario de las cualidades, los valores, las actitudes, las tendencias, las identidades, las opciones masculinas valiosas y las femeninas disvaliosas y los cánones enclaustrantes de masculinidad y feminidad tradicional. Y esto exige cambiar los libros, la mentalidad de los formadores⁶⁷, de las familias y de la sociedad en general, para, a partir de ahí, reconstruir un concepto pleno de dignidad que empape con líquida fluidez y diversidad, lo genuino y la autenticidad de la dignidad individual todas las opciones y realidades de todas y cada una de las personas desde su infancia⁶⁸.

Por el contrario, la educación segregada puede evidenciar “efectos reales” problemáticos amplios y profundos. Uno de ellos, acabamos de verlo, la cristalización de una identidad social de género discriminatorio, igual que la segregación étnica. A lo que se agrega que allí donde no hay una formación conjunta en valores compartidos en la resolución de disputas y no se reprueba el tradicionalismo del género y de la adscripción de roles, la violencia de género se multiplica, por eso “la lucha por la igualdad desde el modelo coeducativo tiene como correlato la lucha contra la violencia de género”⁶⁹. Además, otro efecto importante de la segregación es el fortalecimiento de la brecha laboral y económica de género y que afecta de forma compleja e invasiva, en modo alternativo de causa y efecto, a los ámbitos de ser y estar de la mujer. Pues

refuerza la estructura patriarcal existente y son estas ideas las que continúan hasta la universidad y el mundo laboral. Es difícil desaprender el comportamiento y, así, los hombres y mujeres de este tipo de escuelas siempre están en desventaja social”, Mbangui, Luisa, “Are co-ed schools the key to gender equality?”, Shout Out UK, 05-06-2014, <https://www.shoutoutuk.org/2014/06/11/are-co-ed-schools-the-key-to-gender-equality-by-luisa-mbangui>

⁶⁶ Comp. Heredero de Pedro, Carmen. “Una educación diferenciada para la diferencia entre los sexos”, 2012, <https://fe.ccoo.es/753fac9ea9936b81d2a79cd479cf38da000063.pdf>. Porque la escuela mixta no implica que haya coeducación. Se puede juntar a niños y niñas en el aula y tener la falsa idea de que se está coeducando ‘en igualdad’ a todo el alumnado. Pero esta igualdad es un espejismo si no se tiene en cuenta el currículo oculto”, Mirabilia, Pandora. *La coeducación en la Escuela del siglo XXI*, Catarata, 2011, pág. 109.

⁶⁷ “Descristalizar los comportamientos inconscientemente introyectados por parte del profesorado”, Flecha García, Consuelo; Núñez Gil, Marina. *La educación de las mujeres*. Universidad Sevilla., 2001, pág. 268.

⁶⁸ En este contexto se insiste en que “(l)a investigación sobre desarrollo mental destaca que se dan mejores resultados de salud mental entre los chicos que desarrollan una mezcla de aptitudes e intereses tradicionalmente masculinos y femeninos como desarrollar deportes competitivos y discutir emociones comparados con compañeros más formados en una dimensión única”, Strauss, Valerie. “The case against single sex schooling”, *Washington Post*, 04-06-2012, https://www.washingtonpost.com/blogs/answer-sheet/post/the-case-against-single-sex-schooling/2012/06/03/gJQA75DNCV_blog.html

⁶⁹ Vid. Venegas, Mar. “Segregar versus educar...”, pág. 60; vid. tmb. pág. 64.64.

cualquier actividad que realicen generalmente las mujeres es peor valorada, peor remunerada y cuenta con peores condiciones que cualquier otra actividad propiamente masculina, aunque esta sea más sencilla o produzca menos valor; las mujeres son lanzadas a empleos, formación y carreras sociales, otra vez, peor remuneradas, que participan de una regulación menos favorable; y la forma en la que socialmente las mujeres asumen las tareas de cuidado familiar en sentido extenso impone interrupciones y condicionamientos que obstaculizan las carreras profesionales y, sobre todo y como causa, la confianza en ese desarrollo profesional. Así, las mujeres, por “la `brecha de ambición`, la `brecha de confianza`, la `brecha de sueños`... lastran... desde que proyectan su trayectoria formativa y futuro profesional unas “expectativas de promoción y progresión. Lo cual origina un verdadero círculo vicioso que determina que las decisiones, ya en momentos muy tempranos de su proceso educativo, se adopten... en función de ese balance de dificultades, trabas y obstáculos laborales futuros, convirtiéndose en factor desencadenante y perpetuador de la segregación ocupacional por sexo”⁷⁰.

Y, ante ello, el dispositivo normativo e institucional es incapaz de garantizar la igualdad, incluso cuando se lo propone como objetivo, porque la desigualdad se mantiene por causas culturales y tradicionales que exigen un nuevo modelo de educación, en la base y desarrollo de la sociedad, que alcance todas las dimensiones sobre las que la norma, aun pretendiéndolo, no tiene capacidad de incidencia. Algo que, p.ej., imponía normativamente la Resolución del Parlamento Europeo de 18-11-2008 sobre la aplicación del principio de la igualdad de retribución entre hombres y mujeres (2008/2012(INI). Y la Resolución del Parlamento Europeo de 12-03-2013 sobre la eliminación de los estereotipos de género en la UE (2012/2116(INI) que persisten en la educación y en la formación⁷¹, repercuten en el mercado de trabajo, en el reparto de tareas en el ámbito privado y doméstico, en la interrupción de la carrera profesional de la mujer y que sustentan la segregación ocupacional y la diferenciación retributiva y de opciones de decisión⁷² y que, sin duda, se ven alentadas desde la infancia de las niñas y de los niños si se impone su separación física en los ámbitos formativos y de desarrollo.

En síntesis, si la razón por la que lo que hace la mujer se valora peor, esté menos remunerado y además, se refuerza, al orientarse a ello a las mujeres, es la educación, y si la educación segregada pone en riesgo una concepción igualitaria de las posibilidades, recursos y funciones de cada persona en todos

⁷⁰ Sigo aquí el muy interesante análisis de Martínez Moreno, Carolina. *Brecha Salarial de Género y Discriminación Retributiva: Causas y Vías para Combatirlas*, Bomarzo, 2019.

⁷¹ No solo a modo estructural o conformados a prácticas establecidas en las que se alimentan su continuidad, sino también modificando radicalmente los estereotipos de género de las y los gestores, directores y profesores que alimentan el desaliento y el temor femenino a las matemáticas, Feniger, Yariv. “The gender gap in advanced math and science course taking: does same-sex education make a difference?”, *Sex Roles*, n. 65, 2011, pág. 678.

⁷² Comp. Martínez Moreno, Carolina. *Brecha Salarial de Género...*

los ámbitos, entonces, la libertad ideológica y religiosa de los padres para segregar puede actuar como un nuevo viejo instrumento más en favor de la desigualdad en los derechos y de la marginación y la pobreza de la mujer.

6. A modo de conclusiones

Primera. Es labor de una teoría crítica iusfilosófica⁷³ desmontar cada una de las trabas materiales y visiones dogmáticas que se han quedado esclerotizadas, y responder ante los embates reaccionarios que actúan sobre la persona sometiéndola a narrativas tradicionales, muchas veces cuentos, y a condiciones respecto de las que carece de capacidad de control.

Segunda. Es objetable la idea de que el derecho de los padres a formar a sus hijos e hijas en sus convicciones es un beneficio parental que se otorga para limitar y condicionar el desarrollo de los niños y las niñas, pues son éstos los verdaderos titulares del derecho a la educación, a la igualdad en la diversidad y a una libre formación de la personalidad y las ideas⁷⁴.

Tercera. La segregación puede dificultar una comprensión fuerte de la dignidad y la igualdad en los derechos en el contexto de la normatividad y normalidad constitucional interna e internacional, entre otras cosas, porque la libertad de palabra y creencias y el respeto a la diversidad son la base y el comienzo de su historia personal y de sus derechos más humanos.

Cuarta. Seguramente es un error que en la España del 2020 se emplee el art. 2 de la Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza de 1960 para justificar la segregación, porque se trata de una excepción al art. 1 de esa misma Convención⁷⁵, cuyo juego se justificaba a tenor de las mentalidades y necesidades de comienzos de los 60ss, pero hoy evocar el pasado y la excepción y la consiguiente segregación puede entorpecer el respeto integral a la persona a su dignidad y sus derechos. De serlo, hay que afrontar la no segregación en todo ámbito educativo como un imperativo constitucional explícito.

Quinta. Si la subvención del modelo de educación diferenciada es criticable, no es por la subvención en sí, por la escasez de recursos, etc., sino por lo que la educación diferenciada representa, por eso la discusión sobre la subvención o no de la educación que separa a unos de otros encubre la disputa

⁷³ Desarrollo ampliamente la propuesta de una teoría jurídica crítica para “el tiempo de nuestros derechos” en Suárez Llanos, Leonor. *El Posmodernismo Jurídico y la Filosofía del Derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

⁷⁴ Vid. comp. Aláez, Benito. “El derecho a la educación del menor como marco delimitador de los criterios de admisión a los centros escolares sostenidos con fondos públicos”. *Escolarización el alumnado en el sistema educativo español: Cuestiones Jurídicas*. Fundación Europea Sociedad y Educación, 2006, pág. 95.

⁷⁵ Vid. comp. Aláez, Benito. “El ideario educativo constitucional...”, 2009, pág. 59.

acerca de la admisibilidad de la separación de los niños y las niñas en todos los centros de educación.

Hay que insistir en el tránsito ya emprendido por el viejo concepto positivo de validez jurídica para incorporar en nuestro equipaje el aprendizaje de que ya no son suficientes los criterios internos de autoridad y procedimiento para hablar de validez, pues la condición sustantiva de justicia, que impone a la norma ajustarse a los derechos en acción de la persona real y de su dignidad, es ya una clave de coherencia material que condiciona la validez.

Sexta. Es importante, entonces, insistir en el deber del juez de ser fiel a la seguridad jurídica de los derechos frente a interpretaciones literalistas, ávidas de tinta y de un formalismo que ofrezca cobertura normativa a ideologías contrarias al “ideario constitucional” dinámico de la educación en la diversidad y conforme al orden público de la dignidad. Porque aunque esas ideologías son legítimas en el contexto de la libertad ideológica del adulto, limitan y condicionan la libertad ideológica, de elección y de educación de las que es titular cada niña y cada niño⁷⁶. Así, debe reforzarse la seguridad jurídica del “activismo judicial protector de los derechos fundamentales y las libertades”, en especial, de los niños y niñas, que son quienes tienen mayor riesgo de vulnerabilidad en los derechos de los que son titulares. Al fin y al cabo, la historia del constitucionalismo “es” la historia de la ampliación de la esfera pública de los derechos.

Es verdad que es el legislador, y no el juez, quien inicia la concreción de los contenidos de los derechos dentro de la generosa amplitud con que los delimita nuestra Constitución; pero también que el juez y no el legislador es la garantía última de los derechos de los particulares⁷⁷ tal como se definen en la realidad de los hechos brutos y, también, quien, incorporo aquí al TC, ajusticia de forma ordinaria los excesos o contradicciones cometidas por el legislador o sus intérpretes respecto de los derechos y la dignidad de los particulares —como

⁷⁶ Desarrollo en profundidad tanto la objeción como la propuesta en “La coherencia jurídica pospositivista del posmodernismo jurídico”. *Positività giuridica. Studi ed attualizzazioni di un concetto complesso*, Pádova University Press, 2018, pp. 227-250 y en “El aguijón pospositivista del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el concepto de validez”, *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica*, Thomson Reuters-Cívitas, 2017, pp. 69-96.

⁷⁷ Y que la labor esencial del juez es “proteger los derechos de los individuos frente a las actuaciones de la mayoría” (Ely, John. *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Harvard, 1980, pág. 148); derivando su legitimación garantista de las prescripciones normativas de acceso a la función, de proceso contradictorio y de imperativo de motivación de hechos y Derecho; *vid.* Andrés Ibáñez, Perfecto. “Democracia con jueces”. *Claves de Razón Práctica*, n. 128, 2002, pág. 9. Se erige así el poder judicial, junto con el TC, en una institución de control del pluralismo y en la que no se sigue el principio de la mayoría como forma de garantía del respeto de los derechos; *vid.* Balaguer Callejón, María Luisa. *Interpretación de la Constitución y Ordenamiento Jurídico*, Tecnos, 1997, pág. 51. Abunda con perspectiva judicial en la evolución, caracterización y reivindicación de la “función de los jueces de contención y defensa de los derechos fundamentales, Ordóñez Solís, David. *Jueces, Derecho y Política. Los Poderes del Juez en una Sociedad Democrática*, Thomson-Aranzadi, 2004, pp. 67-ss.

cinceló Marshall en 1803, en *Marbury c. Madison*, en el frontispicio del control constitucional—.

Nuestro compromiso para con los derechos de los adultos y las adultas que ahora son aún niños y niñas lleva a cuestionar seriamente la segregación, porque separados no terminamos siendo iguales, y porque no debemos emplear para segregar “circunstancias sospechosas” de generar discriminación, como el sexo, la raza, la lengua, etc.

Séptima, y final. El derecho a la educación exige reforzar el concepto contemporáneo de sociedad abierta y de ciudadanos y ciudadanas libres, dignos e iguales frente al dogma, los populismos y todas las formas de unidad, cierre y homogenización identitaria por raza, sexo u otra “condición sospechosa”, lo que reclama, entre otras cosas, incorporar la mirada de un género más fluido, y asumir otras narrativas y criterios axiológicos, otros cuentos y recuentos de la realidad, de su distribución del poder, de la violencia y la riqueza.

Para conseguirlo, hay que mixturar la vida misma, atender a su realidad sintética, no a naturalismos orgullosos de “reificar” el *status quo* establecido; cambiar muchos aspectos de la educación dentro y fuera de las aulas, del lenguaje, de las convicciones y conceptos del ámbito laboral y del trabajo, de la representación de la mujer en el ámbito social y cultural, y de la que de sí misma tiene; cuestionar profundamente los valores tradicionales; imponer una nueva formación de las niñas sin brecha de sueños, ni de confianza y que aboque elecciones no sesgadas; y erradicar valores y estereotipos que, sea por género, por nacionalidad, por el color de la piel... proyectan prejuicios, juicios y concepciones diferenciadores de las capacidades y funciones de las personas. Para, luego, a partir de ahí, reconstruir un concepto pleno de dignidad que empape con su “liquidez” todas las opciones y realidades de cada cual desde la infancia en favor de la efectiva igualdad en oportunidades, derechos y dignidad y en contra de la censura y la segregación, también educacional, por sexo.