

LOS VALORES CONSTITUCIONALES COMO FINES EDUCATIVOS. LA IGUALDAD EN EL ÁMBITO EDUCATIVO

María Monzón Julve

*Doctora en Derecho Constitucional por la Universidad de Valencia
Titulada en el Consorcio de Compensación de Seguros, delegación de Valencia*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Francisco MONTERDE FERRER, don Fernando CALANCHA MARZANA, doña Silvia DÍEZ SASTRE, don Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA, don Luis MEDINA ALCOZ y don José Vicente MOROTE SARRIÓN.

EXTRACTO

El objetivo del presente trabajo radica en analizar el impacto del mandato establecido en el artículo 27.2 de la Constitución española y cómo este merece ser aprehendido en su desarrollo constitucional no solo a través de la legislación española y de la interpretación operada por los órganos jurisdiccionales nacionales, sino también por el hecho derivado de nuestra pertenencia a Europa y, más ampliamente, por la apertura internacional en materia de derechos humanos de nuestro ordenamiento constitucional en clave de «Constitucionalización del Derecho internacional» o de «Internacionalización del Derecho constitucional».

De la proclamación de los valores superiores que consagra la Constitución en su artículo 1.1 deriva, lógicamente, la importancia de su fiel observancia en la esfera de la vida ciudadana, como expresión normativa de la pretensión moral de la sociedad democrática y de la propia Constitución que tan altamente los proclama.

La igualdad como valor y su traslación al ámbito educativo, en sus diversas manifestaciones, se convierte en exigencia de primer orden en la tarea de hacer vivencial la propia Constitución.

Palabras clave: educación; ciudadanía; democracia; valores superiores; igualdad; no discriminación.

Fecha de entrada: 03-05-2017 / Fecha de aceptación: 04-07-2017

CONSTITUTIONAL VALUES AS EDUCATIONAL PURPOSES. EQUALITY IN THE EDUCATIONAL FIELD

María Monzón Julve

ABSTRACT

The objective of this paper is to analyze the impact of the mandate established in article 27.2 of the Spanish Constitution and how it deserves to be apprehended in its constitutional development not only through the Spanish legislation and the interpretation operated by the national jurisdictional bodies, but also by the fact derived from our belonging to Europe and, more broadly, for the international openness in the field of human rights of our constitutional order in the key of «Constitutionalization of international law» or «Internationalization of constitutional law».

From the proclamation of the superior values enshrined in the Constitution in its article 1.1 logically derives the importance of its faithful observance in the sphere of civic life, as a normative expression of the moral pretension of democratic society and of the very Constitution that proclaims them so highly.

Equality as value and its translation into the educational ambit, in its various manifestations, becomes a requirement of the first order in the task of making the Constitution itself.

Keywords: education; citizenship; democracy; superior values; equality; non-discrimination.

Sumario

- I. Delimitación del objeto de estudio
- II. Precisiones terminológicas sobre los valores superiores y nociones afines
- III. Precisiones del valor igualdad y la no discriminación en la comunidad educativa: planteamiento introductorio
- IV. El ámbito educativo y la lucha contra la discriminación: aspectos concretos
- V. Igualdad y no discriminación por razón de la orientación sexual en el ámbito educativo
 1. En el ordenamiento constitucional español
 2. Ilustraciones en el Derecho comparado
 - 2.1. Perú
 - 2.2. Chile
 - 2.3. México
- VI. La garantía supranacional europea del principio de igualdad en el ámbito educativo: atención especial a la no discriminación por razón de orientación sexual
 1. La contribución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
 2. La aportación del Comité Europeo de Derechos Sociales
- VII. Una apuesta por el reconocimiento de la igualdad y la diversidad sexual en el ámbito educativo

Bibliografía

I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

Tras la adopción de la Constitución española (CE) de 1978, la inicial Ley de 1979 sobre conocimiento del ordenamiento constitucional dictada en desarrollo del artículo 27.2 de la Carta Magna ha venido siendo una legislación, ora desconocida, ora polémica, cuando dicha legislación ha sido difundida y ha llegado a la ciudadanía.

La actualidad permanente del tema elegido deriva, naturalmente, del conocimiento del ordenamiento constitucional, que en términos de suscitar adhesión a los valores democráticos se ha erigido siempre en una preocupación primordial de cualquier régimen político. Por supuesto, en el contexto de nuestro ordenamiento constitucional de 1978, la tesis propuesta parte de la base de que esa educación constituye un elemento esencial para el germen de una ciudadanía democrática y responsable y, consecuentemente, para la emergencia y consolidación de un sentimiento constitucional y europeo.

Y ello tanto más cuanto que ciertos lamentables vaivenes y controversias ignoran que una educación para la ciudadanía y los derechos humanos constituye una materia propuesta y recomendada de modo consensuado por la comunidad internacional y europea.

Por otro lado, la originalidad del tema reside en su permanente actualidad, así como en su innegable, pese a algunos sectores empeñados en lo contrario, necesidad de una asignatura, o un enfoque transversal de la materia que impregne el conjunto de la actividad educativa, más allá de los concretos contenidos de cada ámbito espacial y temporal.

Se persigue analizar el alcance concreto del mandato establecido en el artículo 27.2 de la Constitución, esto es, cómo garantizar los valores constitucionales y europeos que denotarían un consenso con vocación de permanencia tendente a asegurar estabilidad al régimen democrático, pilares de construcción nacional y europea al tiempo.

Desde esta perspectiva, el citado propósito jurídico-constitucional garantista se ve acompañado de otro esencialmente pedagógico (estrechamente ligado a la idea de cultura de los derechos y de la democracia).

En multitud de ocasiones se ha hablado de «Constitución cultural», pero sin ofrecer hasta el momento elementos susceptibles de generar un consenso que supere visiones opuestas en torno a la denominación y la configuración de una disciplina (sobre educación y conocimiento del ordenamiento constitucional) que debería ser objeto de unanimidad, al menos casi tanta como la que dio lugar al consenso que permitió la adopción de nuestro Texto Constitucional de 1978 y nuestra «natural»

integración en las dos organizaciones europeas por excelencia, el Consejo de Europa y la Unión Europea, cuyos pilares básicos son el Estado de Derecho, la democracia y los derechos humanos.

Otro objetivo de primer orden perseguido en esta investigación es la optimización en la efectividad de los derechos a través de la educación en el ordenamiento constitucional, que resulta más imperiosa en los momentos actuales de crisis económica y, por qué no decirlo, de confianza, que se manifiesta en una especie de inasumible crisis de valores constitucionales. Si bien por la materia abordada el enfoque no se deslinda de lo sociológico, lo es en igual o mayor medida eminentemente jurídico-constitucional, tomando en consideración la interdependencia entre la norma jurídica y la realidad fáctica.

II. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS SOBRE LOS VALORES SUPERIORES Y NOCIONES AFINES

Conviene distinguir el término de «valores superiores» de otros que utiliza nuestro texto constitucional con frecuencia, y que pueden parecer sinónimos, no siéndolos. Se impone, pues, establecer un cierto grado de discernimiento para evitar la confusión.

El artículo 9.3 de la CE habla de los «principios» de legalidad, de jerarquía normativa, de publicidad de las normas, de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos individuales; el artículo 31.1 de la CE, con relación a los gastos públicos, se refiere a los «principios» de igualdad y progresividad; el Capítulo III del Título I se denomina «De los principios rectores de la política social y económica»; el artículo 103 de la CE se refiere a los «principios» de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación como aquellos que han de regir la actuación de la Administración, recordando el apartado tercero del mismo artículo que el acceso a la función pública se regirá por los «principios» de mérito y capacidad; el artículo 117.5 de la CE contempla el «principio» de unidad jurisdiccional, y en relación con los bienes de dominio público el artículo 132.1 de la CE habla de los «principios» de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, por no mencionar el Título VIII, cuyo Capítulo I se denomina «Principios generales», refiriéndose el artículo 138.1 de la CE al «principio» de solidaridad ya consagrado en el artículo 2 de la Constitución.

¿Cómo procede entonces identificar estos principios? ¿Qué tienen en común, si algo tienen, y en qué se diferencian de los valores del artículo 1.1 de la CE? ¿Significan lo mismo? ¿Acaso es indiferente la terminología empleada? Cada uno tiene su significado y sentido, y ocupa el lugar que, a conciencia, le ha querido otorgar el propio Constituyente. Nada más lejos de su intención, confundir ambos términos.

Tanto «valores superiores» como «principios» se sitúan en el ámbito de las normas, forman parte del contenido del Derecho positivo español, siguiendo en este sentido una concepción normativista. Ahora bien, es necesario precisar desde el inicio que los «valores superiores» tienen un contenido conceptual que no se agota en su dimensión normativa sino que excede de la misma,

ahondando en el campo de la moralidad, y adquieren también un sentido a la inversa: el significado jurídico de los valores superiores supone necesariamente su incorporación a normas, normas que se imbuyen de esos valores. Ello tiene una importancia trascendental para la producción normativa ulterior, y es que los operadores jurídicos, el legislador ordinario y el juez concretamente, desarrollarán en su quehacer las concreciones de esos valores superiores, teniendo presente su calidad de normas. De ahí que sea de la máxima importancia esta puntuación.

Este planteamiento está en consonancia con la idea de la Constitución material¹: los valores son el todo y los principios son parte de ese todo, los valores superiores engloban en sí, también, todos estos otros conceptos. Así pues, los principios del artículo 9.3 de la CE no tienen ese valor de totalidad, son principios parciales, que se refieren a parcelas del ordenamiento, y dan pautas para entender precisamente esas parcelas y no otras. El legislador constituyente ha identificado los rasgos más importantes del ordenamiento jurídico español para que los operadores jurídicos se sirvan de ellos, de esos que ha venido a denominar la doctrina como «principios generales del Derecho», en su labor de crear o aplicar las distintas normas. No son, por tanto, el origen sino la consecuencia del sistema, no son valores que marcan las líneas definitorias del sistema, como los valores superiores consagrados en el artículo 1.1 de la CE, sino criterios de interpretación para los operadores jurídicos, aunque sin duda también comparten el valor normativo de los primeros. El resto de principios señalados anteriormente suponen, en todo caso, concreción de alguno de los valores superiores (como en el caso de los «principios rectores de la política social y económica», del valor igualdad).

Tras estas distinciones previas, se puede acotar someramente el sentido que la Constitución atribuye a los valores superiores:

1. Los valores superiores son norma jurídica, poseen carácter normativo y, en ese sentido, obligan.
2. Representan los ideales que una comunidad decide formular como sus máximos objetivos en su ordenamiento jurídico. Se constituyen como expresión de la moralidad mayoritariamente aceptada en un momento cultural e histórico determinado, por lo que su sentido actual adquiere una profundización.
3. Dado su contenido moral, no se agotan en su función normativa sino que realizan una función crítica y de presión social sobre los ya positivizados para ampliar y profundizar en el sentido ya marcado inicialmente por estos.
4. El fundamento de esos valores es un fundamento racional e histórico que representa el juicio del legislador, convirtiéndose en acuerdo social y consenso básico y suficiente, de modo que su interiorización constituye el cauce para la realización de estos, confiriéndoles un carácter histórico y sociológico inevitables.

¹ Por todos, *vid.* la clásica obra de MORTATI, C. *La Costituzione in senso materiale*, publicado originariamente en 1940, más tarde en Milán, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, 1998.

5. Suponen una función de identificación del sistema, en relación con los anteriores, que se regían por otro tipo de valores.
6. Los valores son guía para la interpretación y desarrollo del ordenamiento, así como límite para los mismos.
7. Si bien el legislador constituyente ha avanzado la interpretación de los valores constitucionales, son el resto de operadores jurídicos quienes disponen de margen de apreciación de los mismos, pues se trata de conceptos abiertos que evolucionan y se perfilan a lo largo de la historia.
8. Ocupan un lugar primordial en la Constitución, como signo de la importancia concedida a los mismos.
9. En consecuencia, constituyen punto central de los razonamientos del Tribunal Constitucional.
10. Los valores superiores son la razón de fondo, la expresión de la legitimidad del sistema político y de la justicia del conjunto del ordenamiento jurídico, de forma que de ellos se extraen las razones éticas que justifican la obediencia al Derecho, superando también así la visión del Derecho solo como elemento represor, como elemento necesario para regular el uso de la fuerza.

III. PRECISIONES DEL VALOR IGUALDAD Y LA NO DISCRIMINACIÓN EN LA COMUNIDAD EDUCATIVA: PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO

Si pensamos en cualquier actuación o comportamiento que nos parezca contrario a las exigencias de igualdad, nos provoca inmediatamente una desaprobación y rechazo al mismo, por considerarlo injusto. De ahí que la idea de igualdad aparezca íntimamente relacionada en la experiencia diaria con una reflexión teórica sobre la idea de justicia, que ya los pitagóricos concibieron, que Aristóteles desarrolló² y que, ciertamente, es perceptible en la cotidianidad del ámbito educativo. Tendría que pasar tiempo hasta que la idea de la igual dignidad de todos los seres humanos llevara a una evolución del concepto mismo de igualdad, en el sentido de pasar de una igualdad formal, la descrita, a una de contenido material.

La igualdad aparece como un valor y un principio ético al mismo tiempo, de manera que la igualdad se refiere no a una realidad fáctica sino a lo que debe ser. No se trata de que los seres humanos sean iguales desde el punto de vista empírico, pues es evidente que todos presentamos

² La doctrina de Aristóteles acerca de la igualdad tiene un valor puramente formal: tratar igual lo que es igual, y tratar desigualmente lo que es desigual. En esa época todavía no se había alcanzado la idea de la igual dignidad de todos los seres humanos.

características comunes, pero también múltiples diferencias; se trata, más bien, de que independientemente de los rasgos comunes o diferentes, deben ser tratados igual. Se trata de una exigencia ética que responde a su misma dignidad.

Por otro lado, conviene precisar que igualdad no significa identidad, pues en el caso de los seres humanos, cada uno ellos es único y absolutamente personal. La igualdad comporta un juicio de equiparación de una pluralidad de objetos, situaciones o personas respecto a un concreto supuesto que sirve de criterio de referencia. Las diferencias tienen que ver con la identidad de las personas, y la desigualdad con la diferencia de condiciones sociales de estas. De ahí que afirmar la igualdad de todos los seres humanos significa que lo son en cuanto a su dignidad, sin negar por ello sus diferencias en otros aspectos y la exigencia de respetar estas por la misma idea de dignidad humana.

La igualdad no se opone a las diferencias, sino a las desigualdades. La igualdad supone el derecho a ser diferentes en el sentido expresado, y al mismo tiempo a ser iguales en las condiciones materiales básicas de la vida. Aquí se encuentra el núcleo de muchos de los problemas a los que el Derecho tiene que dar respuesta, una respuesta que exige como mínimo un equilibrio entre el principio que prohíbe la discriminación y el principio de tutela de las diferencias. Ahora bien, semejantes planteamientos no deben impregnar solo el mundo jurídico sino, además y sobre todo, el sentido común que tiene que reinar en las relaciones sociales de la vida cotidiana y, por ende, en la comunidad educativa.

En efecto, esta diferenciación de aspectos de la igualdad nos lleva a identificar, de un lado, el término con la igualdad en el plano del Derecho y las exigencias jurídicas, lo que ha venido denominándose tradicionalmente en la doctrina «igualdad formal», que garantiza la paridad de trato en la legislación y en la aplicación de la misma; y, de otro lado, la otra igualdad, la «igualdad material», de carácter ideal y más difícil de conseguir, pues propone modelos de igualdad en el plano social, económico y cultural, y que se manifiesta en nuestra doctrina actual como la «igualdad de oportunidades» y la «igualdad de resultados».

Las relaciones entre las dos caras de la igualdad, formal y material, es estrecha, pues de otro modo no se realizaría, pero no siempre se produce una correcta sincronía de ambas. Así, por ejemplo, en el caso de la igualdad efectiva de hombres y mujeres, es cierto que la igualdad formal es absoluta en nuestro ordenamiento jurídico, los derechos de igualdad están reconocidos, pero falta que los mismos se correspondan con la realidad, la igualdad material.

En estas coordenadas, el artículo 1.1 de la CE incluye la igualdad entre los «valores superiores» del ordenamiento jurídico, lo cual la convierte en uno de los objetivos básicos a alcanzar, tanto en su variante formal como material³. A continuación los artículos 14 y 9.2 de la CE contemplan la doble formulación de la igualdad, jurídica o formal y sustancial, respectivamente. Según

³ Puede verse a este respecto la obra de PESES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Los valores superiores*, pp. 151-152, y PÉREZ LUÑO, A. E. «Sobre la igualdad en la Constitución española». *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1987, p. 142.

el artículo 14 de la CE⁴, «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra circunstancia personal o social». Y conforme al artículo 9.2 de la CE, «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Sin que el hecho de contemplar esa doble formulación de la igualdad en sus aspectos formal y material en distintos preceptos de nuestra Constitución nos lleve a pensar que hay dos igualdades, sino que sus dos vertientes son omnicomprensivas de la totalidad de la misma, de manera que se complementan. Por lo demás, no cabría obviar, especialmente en el marco de nuestro Estado autonómico, la idea de igualdad política o «supra-autonómica» que se desprende del juego del título competencial estatal del artículo 149.1.1.^a de la Constitución⁵, que tiende a desplegar sus efectos con la finalidad de proceder a una nivelación u homogeneización en un nivel básico para toda la ciudadanía.

Pero, sin duda, la faceta de la igualdad que mayores discusiones y problemas origina es la igualdad material, en cuanto que como valor y principio ético pretende la consecución de un orden social justo, con una equitativa distribución de los bienes sociales básicos (recursos materiales, poder, derechos y oportunidades), una concepción de la igualdad como justicia distributiva, harto difícil de conseguir más allá de la ley, pero a la que en ningún caso se puede renunciar. El principio de igualdad material requiere del Estado la obligación de actuar para conseguir la igualdad real de los ciudadanos, ya sea mediante la igualdad de oportunidades (en el punto de partida) o en la igualdad de resultados.

Las acciones positivas del Estado que tratan de concretar el principio de igualdad de oportunidades se encaminan principalmente al campo de la educación, la superación de cargas familiares en el caso de las mujeres, la concienciación de la sociedad, la redistribución de la renta, etc., si bien ello no se traduce en una igualdad automática de los resultados. La igualdad de resultados (o en el punto de llegada) comportaría que el Estado impusiera un reparto igualitario de los bienes sociales con independencia de las situaciones personales, lo que nos llevaría a un radicalismo igualitario que existe hoy por hoy solo en el plano de la filosofía política, pues ningún Estado lo ha llevado a cabo: bajo el principio de la igualdad material, el Derecho Constitucional moderno se refiere únicamente a la igualdad de oportunidades.

Pues bien, dentro del principio de igualdad ocupan un lugar destacado los aspectos de no discriminación por motivos específicos (raza, sexo, religión...), de manera que tales rasgos deben considerarse irrelevantes a los efectos de establecer un trato normativo diferenciado.

⁴ Tiene su fuente constitucional inspiradora en el artículo 6 de la Déclaration de 1789: «La loi [...] doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux, sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents».

⁵ Competencia exclusiva del Estado para «la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales».

El concepto de discriminación en sentido estricto se ha ido perfilando a lo largo de nuestra tradición jurídica en términos no siempre unívocos ni pacíficos, sobre todo a partir de la Segunda Guerra Mundial. Baste en este momento, pues lo contrario nos llevaría a una extensión inabarcable en este trabajo, una definición genérica del concepto de discriminación, que no se refiere, en sentido estricto, a toda diferencia de trato arbitraria, injusta o no razonable, sino a ciertas y concretas diferencias arbitrarias, injustas y no razonables, con los siguientes rasgos. En primer lugar, el motivo de distinción se refiere a aspectos del individuo no imputables al mismo, como la raza, el color, el sexo, la lengua, la religión o el origen social, que la persona difícilmente puede modificar y que en todo caso son opciones legítimas para todo ser humano. En segundo lugar, la discriminación tiene carácter sistemático, en el sentido de que coloca a los grupos y personas contra quien se ejerce en una situación de marginación y segregación socialmente arraigada. La tercera es la dimensión colectiva y cultural de la discriminación, por cuanto la discriminación de un individuo lo es por su pertenencia a determinado grupo, al que se considera desde un punto de vista de inferioridad⁶. La discriminación en sentido estricto supone una «violación cualificada de la igualdad» en sus dos vertientes formal y sustancial⁷.

Por lo demás, en materia de igualdad se hace necesario aludir a otros conceptos importantes en la técnica jurídica para hacer frente a la corrección de las desigualdades. Nos referimos a las acciones positivas de un lado y a la discriminación inversa de otro.

Las acciones positivas hacen referencia, en sentido amplio, al conjunto de medidas destinadas a combatir la discriminación de determinados grupos y favorecer la igualdad real, sin implicar un trato desigual. En la esfera de la educación existen múltiples ejemplos, como las medidas que promueven la eliminación de estereotipos sexistas en la educación o la inclusión de la igualdad como tema transversal en las distintas asignaturas del programa educativo, y tratan de concientiar sobre la situación de diversos grupos discriminados, para evitar una imagen devaluada de los mismos, en este caso, la igualdad de hombres y mujeres. Este tipo de medidas⁸ no plantean especiales problemas de justificación.

⁶ La devaluación de la persona puede alcanzar distintos niveles de intensidad, desde la minusvaloración, el desprecio, hasta la estigmatización e incluso la violencia: en opinión de BALLESTEROS, J. *Sobre el sentido del Derecho. Postmodernidad: decadencia o resistencia*. Madrid: Tecnos, 2000, pp. 43 y ss.

⁷ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. *Igualdad y discriminación*. Madrid: Tecnos, 1986, p. 95.

⁸ En concreto, las medidas positivas tendentes a promover la igualdad de oportunidades para las mujeres se encuentran plenamente admitidas tanto en el Derecho Internacional como en la jurisprudencia constitucional. Son ejemplo, en el marco de la ONU, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979; en el marco comunitario europeo, ya la Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesional y a las condiciones de trabajo (esta directiva fue derogada, para adaptarla a las evoluciones del Derecho antidiscriminatorio, mediante la posterior Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006), así como la novedad introducida mediante el artículo 141, apartado 4 del Tratado de la Comunidad Europea con la vigencia del Tratado de Ámsterdam, que expresaba: «Con objeto de garantizar en la práctica la plena igualdad entre hombres y mujeres en la vida laboral el principio de igualdad de trato

Por el contrario, las medidas de discriminación inversa significan un paso más de las acciones positivas, presentan mayor intensidad, hasta el punto de ocasionar conflictos con el principio de paridad de trato, y se caracterizan por utilizar como criterio de distinción factores como la raza, el sexo o similares, y ser aplicadas en contextos de especial escasez, como el empleo, los cargos públicos, las plazas universitarias, las vivienda, etc., de manera que, a diferencia de otras medidas, los costes de la discriminación inversa no se diluyen socialmente, sino que perjudican a personas individualmente determinables⁹. El concepto de discriminación inversa¹⁰ se asocia al procedimiento de cuotas. Ello nos lleva a un tema altamente interesante pero que también está lejos del objeto que nos ocupa ahora.

En suma, si convenimos en que el punto de partida de la igualdad no es la identidad, como hemos visto, pues no deja de atender en su formulación a las diferencias que existen en las personas, será desde la perspectiva de la diversidad¹¹, es decir, de una situación que contiene elementos o factores iguales y otros diferentes, desde donde procede abordarla.

IV. EL ÁMBITO EDUCATIVO Y LA LUCHA CONTRA LA DISCRIMINACIÓN: ASPECTOS CONCRETOS

La norma internacional que proscribe la discriminación en materia educativa vino de la mano de la Convención de la UNESCO de 1960 relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza, entendiendo por discriminación «toda distinción, exclusión, limitación

no impedirá a ningún Estado miembro mantener o adoptar medidas que ofrezcan ventajas concretas destinadas a facilitar al sexo menos representado en el ejercicio de actividades profesionales o a evitar o compensar desventajas en sus carreras profesionales» (actual art. 157, apartado 4 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), y los sucesivos Programas de Acción de la Comunidad para la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, que vienen aprobándose desde 1982 hasta nuestros días.

⁹ RUIZ MIGUEL, A. «Discriminación inversa e igualdad». En A. Valcárcel (comp.), *El concepto de igualdad*. Madrid: Fundación Pablo Iglesias, 1994, pp. 78-81.

¹⁰ La jurisprudencia del Tribunal Constitucional mantiene una postura claramente favorable a las acciones positivas en beneficio de las mujeres desde la primera sentencia en este ámbito, STC 128/1987, de 16 de julio, sobre el régimen de prestación de guarderías que aplicaba el INSALUD en relación con un complemento retributivo que se establecía para las trabajadoras, independientemente de su estado civil, mientras que solo estaba previsto para los varones si eran viudos, y el TC negó que en este caso hubiera vulneración del principio de igualdad. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en lo relativo al sistema de cuotas a favor de las mujeres en el acceso y promoción a la función pública, tuvo una postura comedida en su Sentencia de 17 de octubre de 1995, caso *Kalanke*, pues en aquel momento no contaba ese tipo de medidas con la base habilitante del luego artículo 141.4 del Tratado de la Comunidad Europea introducido mediante el Tratado de Ámsterdam de 1997 (actual art. 157.4 del Tratado de Funcionamiento de la UE). Véase MARTÍN VIDA, M. A. «Modelos de medidas de acción positiva en los países miembros de la Unión Europea». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 12-13, segundo semestre 2003-primer semestre 2004, pp. 321-349.

¹¹ DE LUCAS, J. «La igualdad ante la ley», en E. Garzón y F. Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*. Madrid: Trotta, 1996, pp. 493-500.

o preferencia, fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza y, en especial: a) Excluir a una persona o a un grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza; b) Limitar a un nivel inferior la educación de una persona o de un grupo; c) A reserva de lo previsto en el artículo 2 de la presente Convención, instituir o mantener sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos; o d) Colocar a una persona o a un grupo en una situación incompatible con la dignidad humana» (art. 1).

Si bien los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos son muy claros sobre el principio de no discriminación, y aunque la mayoría estén ratificados a día de hoy por una abrumadora mayoría de Estados, se observan prácticas discriminatorias en todo el mundo y de distintos grados. Así, la discriminación en la esfera de la educación puede ser étnica, religiosa o lingüística, pero también basada en el género (sobre todo contra mujeres y niñas)¹², o en la clase social (personas desfavorecidas e inmigrantes).

En el ámbito europeo, la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA, con sede en Viena) se creó en 2007 como sucesora del Observatorio Europeo del Racismo y la Xenofobia. Su tarea principal, como antes del Observatorio, consiste en proporcionar a las instituciones europeas y a sus Estados miembros datos e información objetiva sobre distintas cuestiones que preocupan sobremanera a la Unión Europea en el ámbito de la igualdad de derechos, como son el racismo, la xenofobia, el antisemitismo, la islamofobia y otras formas de discriminación.

Para ello recopila datos a través de su extensa red de información y de proyectos de investigación elaborados al efecto. Los puntos de observación¹³, 28, uno por cada Estado miembro, recaban información sobre la legislación en materia de discriminación y sobre la puesta en práctica de esta, siendo el ámbito educativo uno de los más importantes. Los datos recogidos en este apartado se refieren, por un lado, a la situación legal y real de los grupos vulnerables en el acceso a la educación y, por otro, recopila datos sobre incidentes racistas, xenófobos, antisemitas o islamofóbicos en el entorno de los centros educativos. Ejemplos de ello serían las conductas relativas a las normas o proceder de los centros educativos en el proceso de admisión, la utilización de materiales o textos con contenido discriminatorio, o códigos de vestimenta también discriminatorios. En último término, la Agencia recopila información acerca de iniciativas preventivas y buenas prácticas contra la discriminación y la exclusión para mostrar a los Estados miembros que la educación constituye un campo que sustenta oportunidades como pocos otros para hacer real la igualdad.

No obstante, la Agencia se enfrenta en su trabajo a la falta, aún, de un registro sistemático de los incidentes racistas y las prácticas discriminatorias en el ámbito educativo al que nos referimos,

¹² Actualmente, de unos 77 millones de niños que no están escolarizados, el 55% son niñas y dos terceras partes de los 781 millones de adultos analfabetos son mujeres (UNESCO).

¹³ En España, el observatorio actual es el Movimiento por la Paz, el Desarme y la Libertad-MPDL.

por lo que aún hay mucho que avanzar en este terreno. Así, por ejemplo, Francia dispone de un sistema nacional para observar los incidentes racistas en el ámbito educativo; en el Reino Unido todas las escuelas tienen la obligación de recoger y mantener registros de los incidentes racistas producidos en sus centros, y en los Países Bajos existe un Inspector de Educación que recaba los datos de los incidentes racistas en toda la red de centros educativos del país. Sin embargo, no se dispone de un sistema de control sistematizado de los incidentes racistas en el ámbito educativo en el resto de Estados miembros, por lo que son los estudios de investigación, en la mayoría de los casos, los que aportan información relevante sobre el tema, si bien no es suficiente. La falta de información dificulta la capacidad de los Estados miembros para combatir la discriminación de forma eficaz.

Tomando como ejemplo la discriminación en el acceso a la educación, existen barreras que en unos y otros casos surgen en los distintos Estados según la Agencia. A pesar de que legalmente la mayoría de Estados proporcionan acceso libre a los respectivos sistemas educativos, la realidad es que existen grupos vulnerables que se enfrentan a muchas dificultades: así, en el caso de niños pertenecientes a la etnia gitana o de inmigrantes sin papeles que temen revelar su situación por miedo a sanciones. Es el caso de Alemania en los estados de Hesse, Baden-Wurtemberg y Sarre, donde los niños con antecedentes de refugiado no están cubiertos por el sistema educativo general; o en Finlandia, donde los permisos de residencia expedidos a personas con estancias limitadas no conceden ciertos derechos básicos, incluida la educación; en Rumanía, se han detectado dificultades de la población gitana en el acceso a la educación, dificultades estructurales, requisitos legales y administrativos, segregación residencial y aislamiento geográfico entre otros; en Irlanda, como resultado de la falta de espacio en los centros locales, se dio prioridad a los niños en función de su religión. Correlativamente, en positivo, cabe mencionar el caso de Bélgica, donde afortunadamente se ha eliminado ya la norma que permitía a los centros dar prioridad a los alumnos según sus resultados académicos, el origen y su entorno familiar o el centro educativo anterior, así como el caso de la República Checa, que aprobó en 2007 una enmienda a la Ley de Educación, que permite a las personas con permisos de residencia de más de 90 días la asistencia a los centros educativos checos, incluso, en el caso de la educación primaria, a los hijos de los extranjeros que residan de forma ilegal.

A pesar de los escasos datos estadísticos a día de hoy, la Agencia va recopilando casos individuales de incidentes racistas que poco a poco sirven para avanzar en su cometido de hacerlos públicos y contribuir con ello a la sensibilización y erradicación de dichas prácticas en los Estados donde sucede. Por ejemplo, en Austria, el padre de un niño se quejó de que el profesor de su hijo enseñaba a los alumnos que «negro» era un término normal para denominar a las personas de piel oscura, lo que supuso que el claustro de profesores reprobara la actuación de este profesor y advirtiera sobre el cuidado a tener en el uso del lenguaje. En Hungría, un libro escolar para niños pequeños ilustraba a un personaje gitano como ladrón, por lo que el Ministerio de Educación lo prohibió hasta que se eliminó la parte racista. En los Países Bajos, una escuela pública cristiana de educación secundaria fue sancionada por discriminación religiosa, por la Comisión de Tratamiento Igualitario, por rechazar la solicitud de un hombre para un puesto temporal de profesor de matemáticas debido a su origen islámico. En Dinamarca, dos libros de texto citaban el islam solo en un capítulo contra el terrorismo, en la asignatura de «Conocimiento religioso», hasta que la editorial retiró los libros tras el debate público surgido por tal hecho.

La segregación puede también verse como una barrera de acceso a una educación de calidad, afectando a niños que se colocan en una situación de desventaja respecto a otros, dando lugar a una presencia elevada de extranjeros y alumnos de etnia gitana en las escuelas públicas (en comparación con las elevadas proporciones de población que acude a colegios privados). Si bien la educación integrada es uno de los objetivos que indicaba la Ley Orgánica de Educación 2/2006 (LOE) en su preámbulo, lo cierto es que aún no es una práctica común ni una tarea corriente en muchos Estados de la Unión Europea.

No obstante todo lo relatado en cuanto a conductas discriminatorias de los Estados miembros en el ámbito educativo, es justo reconocer que la idea de la educación multicultural se va convirtiendo en elemento central de los planes educativos de los últimos años en los diversos países europeos, como no podría ser de otro modo, y es significativo el aumento de buenas prácticas por parte de los mismos. Sirvan de ejemplo las siguientes:

- La utilización de profesores de apoyo y auxiliares a la enseñanza a fin de proporcionar mayores oportunidades a los grupos más vulnerables.
- Programas de financiación de becas a los alumnos socialmente en desventaja.
- Programas para involucrar a las comunidades minoritarias en la toma de decisiones.
- Programas de concienciación para toda la comunidad educativa, profesores y alumnos.

Según las conclusiones de un reciente estudio de investigación en el contexto de rendimiento PISA, los cambios en todo sistema educativo, en dirección a hacerlo más integrador, junto con las medidas de apoyo selectivas, tienen el potencial para reducir las barreras y promover el éxito educativo. El desafío sigue ahí.

Recapitulando: observando distintas circunstancias del sistema educativo es fácil plantear la existencia de otras manifestaciones de desigualdad. Algunos autores la plantean en la propia configuración del sistema educativo público dual que existe en nuestra sociedad actual. La escuela pública fue concebida para hacer realidad el principio de igualdad: una misma escuela para todos tenía que contribuir a igualar a todas las personas. Pero la realidad es que el mantenimiento de una escuela pública para todos se manifestó tremadamente cara e insostenible para la mayoría de países, por lo que, pretendiendo dar cumplimiento también a las exigencias del Estado de bienestar, se optó en muchos por un sistema educativo dual, de modo que existe una escuela pública que gestiona y de la que es propietaria la Administración del Estado, y una escuela concertada, en manos de la empresa privada, que a cambio de recibir una subvención pública, está obligada a no seleccionar los alumnos y a garantizar el acceso a todos.

Si bien este sistema facilita la sostenibilidad del mismo, lo hace a costa de disminuir la equidad en no pocas ocasiones, pues de hecho existe una percepción según la cual la escuela concertada recibe a los alumnos de las clases sociales más favorecidas, mientras que la pública acoge,

efectivamente, a todos. Este problema se ha agravado en los últimos años debido a la población inmigrante, que ha acabado concentrada en muchos casos en una serie de escuelas cercanas a los barrios que acogen a dicha población (ante la inexistencia también de políticas destinadas a hacer frente a estas avalanchas de personas), y ello ha provocado una huida totalmente insolida-ria de los alumnos anteriores a otras escuelas no afectadas por este fenómeno, corriendo el riesgo de convertirse en el gueto de los hijos de los inmigrantes y de la población menos favorecida.

No es que un sistema dual como el que tenemos no pueda ser equitativo, lo puede ser si la Administración no se inhibe de sus obligación de velar por la calidad de la educación en los dos tipos de escuela, para que haya más mezcla entre el alumnado con más recursos y con el que no, persiguiendo, por ejemplo, la práctica seguida en ocasiones por la escuela concertada al hinchar los precios a través de procedimientos no autorizados por la ley, lo que ahuyenta a las clases más desfavorecidas, que no pueden pagarlos.

La teoría de la educación igualitaria es intencionadamente buena, no cabe duda, pero a menudo insuficiente para lograr el fin pretendido. Nuevas corrientes doctrinales en los ámbitos de la educación y la sociología plantean la «atención a la diversidad» como mejor método para lograr la igualdad de oportunidades para todos.

Es necesario rearticular las ideas de justicia e igualdad insertando la idea de diversidad, explica BALLARÍN DOMINGO¹⁴: «En la educación las diferencias se han abordado principalmente para eliminarlas en vez de para incorporarlas como parte de un proyecto pedagógico cada vez más democrático». Se plantea el enfoque de la diversidad como único capaz de articular las diferencias con los principios de igualdad, justicia y libertad. La intervención activa de los docentes en la consecución de todo ello pasa por proporcionar a los alumnos conocimiento, capacidad y oportunidad para que puedan establecer relaciones entre el yo y los otros que son diferentes en clave de tolerancia, respeto y aceptación, lejos de otros lenguajes y actitudes, ya caducos, de violencia, agresión o subyugación ante esas diferencias.

V. IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE LA ORIENTACIÓN SEXUAL EN EL ÁMBITO EDUCATIVO

1. EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 14 de la CE consagra el principio de igualdad y no discriminación al establecer, como ya se dijo, la igualdad de todos ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna «por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

¹⁴ BALLARÍN DOMINGO, P. «Oportunidades educativas e igualdad». En A. Valcárcel (comp.), *El concepto de igualdad*. Madrid: Fundación Pablo Iglesias, 1994, p. 190.

Ni en la legislación nacional ni en la internacional¹⁵ referida a derechos humanos se hacía referencia expresa a la discriminación por razón de orientación sexual¹⁶ ni de identidad de género¹⁷. Ello no obstante, hay una alusión expresa al sexo y a cualquier condición o circunstancia personal o social, entre las cuales, no cabe duda, pueden encontrarse aquellas, exigiéndose dos motivos de diferenciación para ser causa de discriminación: en primer lugar, que exista una condición inherente o innata al individuo que sea la causante de un trato desigualitario; y, en segundo lugar, que dicho trato perjudique a un colectivo de la sociedad al negarle derechos que se les atribuya a otros sujetos, colocando a dicho colectivo en una situación de inferioridad¹⁸.

En este sentido, se ha considerado que el colectivo de homosexuales y transexuales (LGTB) ha sido objeto de discriminación al excluirlos de determinados derechos en los respectivos ordenamientos y al ser objeto de rechazo social. Las continuas reivindicaciones han dado lugar a la inclusión paulatina de estos colectivos en la mención expresa de la discriminación por razón de sexo de disposiciones tanto de carácter nacional como internacional¹⁹, lo que ha supuesto un profundo cambio de criterio en nuestra legislación y en nuestra jurisprudencia con relación a la igualdad, la discriminación y el reconocimiento de los derechos de las personas LGTB.

A pesar de la posible subsunción de la discriminación por motivos de orientación sexual en la genérica mención al sexo del artículo 14 de la CE, no parece al menos doctrinalmente posible dicha interpretación, en cuanto que una y otra afectan a sujetos diferentes y presentan problemáticas también diferentes. La discriminación por razón de sexo hace referencia habitualmente a la discriminación existente entre el hombre y la mujer, debido a la desigualdad de trato que se produce en las situaciones de uno y otro. En cambio, la discriminación por razón de identidad se re-

¹⁵ Artículos 2, 1 y 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, artículo 1 de la Declaración de Teherán de 1968.

¹⁶ Por orientación sexual se entiende la atracción duradera hacia otra persona en el plano de lo emotivo, romántico, sexual o afectivo. El término hace referencia a los sentimientos de una persona y al objeto hacia el que están dirigidos sus deseos. Interesante a este respecto es el informe de GENERELO LANASPA, J. y PICHARDO GALÁN, J. I. (coords.). *Homofobia en el sistema educativo*. Madrid: COGAM, 2005, disponible en <<http://www.felgb.org/rs/466/d112d6ad-54ec-438b-9358-4483f9e9886/807/filename/homofobia-en-el-sistema-educativo.pdf>> (visitado el 8 de julio de 2015). El informe cita explícitamente como su base inspiradora, precisamente, el artículo 27.2, tras la cita del cual se formula la siguiente pregunta como eje del estudio: «Señoras y señores de la comunidad educativa: los alumnos gays, lesbianas, transexuales o bisexuales existen. También existen los hijos de familias homoparentales. ¿Podrían afirmar que con ellos se está cumpliendo el mandato constitucional del derecho a la educación en igualdad de condiciones?».

¹⁷ La identidad de género supone el sentimiento psicológico de ser hombre o mujer y con ello la adhesión a ciertas normas culturales relacionadas con el comportamiento femenino o masculino. Véase VILLAAMIL PÉREZ, F. *La transformación de la identidad gay en España*. Madrid: Los libros de la catarata, 2004.

¹⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F., *op. cit.*, pp. 170-171.

¹⁹ Tras identificar discriminación por identidad de género como un tipo de discriminación por motivos de sexo, por ejemplo en la Directiva 2002/73 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 7/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales y a las condiciones de trabajo.

fiere a la propia determinación del género de la persona, provocando situaciones de desigualdad tanto respecto a los demás hombres como a las demás mujeres. Las mujeres no se enfrentan a las mismas problemáticas que se enfrentan las personas transexuales²⁰. Por ello, resulta deseable que las decisiones de los órganos, nacionales e internacionales, hagan referencia expresamente a ambos tipos de discriminación de forma diferenciada²¹.

La valoración de la orientación sexual y de la identidad de género ha sido muy distinta a lo largo de la historia de la humanidad, predominando en la cultura occidental contemporánea la heterosexual, apoyada por las concepciones religiosas y políticas del momento. Ello ha determinado que existiera un rechazo frente a las demás opciones sexuales²², produciéndose actitudes discriminatorias en los ámbitos jurídico y social. Hasta el punto de estar sancionadas estas conductas en el ámbito penal en la mayoría de los países europeos hasta fechas recientes. La propia jurisprudencia del TEDH hasta principios de los años ochenta vino a confirmar la legitimidad de dicha legislación penal, aunque después ha rectificado su postura²³. Durante esa época se consideraba la homosexualidad como una situación de peligrosidad social, produciéndose discriminaciones a nivel legislativo en otros ámbitos, como el militar y el de la enseñanza, que señalaba que la intersexualidad y el homosexualismo eran un defecto o enfermedad que impedían el ingreso de los mismos en las instituciones de uno u otro signo, por lo que es evidente que con anterioridad a este momento, donde España se muestra como uno de los países más respetuosos con los derechos de las personas homosexuales y transexuales, habiendo establecido legislaciones que se encuentran entre las más avanzadas de la Unión Europea, hasta este momento, decimos, el reconocimiento de los derechos a las personas LGTB era muy limitado²⁴.

Por lo que respecta al ámbito educativo, las sucesivas reformas desde la Ley Orgánica 1/1990, de ordenación general del sistema educativo (LOGSE), hasta la LOE de 2006, se fundamentaban

²⁰ Sirva de ejemplo la situación ante el matrimonio. Hasta hace muy poco en nuestro país se le negaba la posibilidad de contraer matrimonio a la persona transexual, no a la mujer.

²¹ ALVENTOSA DEL RÍO, J. *Discriminación por orientación sexual e identidad de género*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008, p. 27.

²² La homofobia supone la aversión, rechazo o temor patológico a las personas gays y lesbianas, a la homosexualidad en sí o a sus manifestaciones. La lesbofobia, respecto de las lesbianas, el lesbianismo o sus manifestaciones. Lo mismo ocurre respecto a la bifobia, referido a las personas bisexuales, la bisexualidad o sus manifestaciones, y la transfobia, referido a las personas transexuales, la transexualidad o sus manifestaciones. En este terreno, tanto bajo la óptica de la realidad como bajo el ángulo conceptual, puede leerse BORRILLO, D. *Homofobia*, Barcelona: Bellaterra, 2001, así como RUBIO ARRIBAS, J. «Aspectos sociológicos de la transexualidad». *Nómadas: Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, núm. 21, 2009, disponible en <<http://www.ucm.es/info/nomadas/21/fjarrubias.pdf>> (visitado el 7 de julio de 2015).

²³ Véase dicha evolución jurisprudencial en el trabajo de GILBAJA CABRERO, E. «La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Revista de Derecho Político*, núm. 91, 2014, pp. 303-340.

²⁴ Curiosamente, fue en el ámbito militar (el más tradicional e impregnado de rechazo en el ámbito de la igualdad sexual y de género) en donde se produjo la primera legislación española antidiscriminatoria por razón de orientación sexual: véase en tal sentido la monografía de COTINO HUESO, L. *La singularidad militar y el principio de igualdad: Las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas del siglo XXI*. Madrid: CEPC, 2000.

en los valores constitucionales, declarándose en el artículo 1 de esta última que, entre otros, una de las finalidades del sistema educativo es «la transmisión y puesta en práctica de valores que favorezcan la libertad personal, la responsabilidad, la ciudadanía democrática, la solidaridad, la tolerancia, la igualdad, el respeto, y la justicia, así como que ayuden a superar cualquier tipo de discriminación». Por lo que hay que entender erradicado, al menos en teoría, cualquier tipo de discriminación, incluidas las relativas a la orientación sexual e identidad de género. Lamentablemente, en la práctica no siempre sucede así, como tendremos ocasión de analizar a continuación.

Si bien sabemos que en España se ha conseguido la igualdad legislativa, no es menos cierto que todavía estamos muy lejos de la igualdad social, en concreto y por el tema que abordamos, en la mentalidad que pervive en gran parte del arco ciudadano y que sigue mostrando su rechazo. La escuela solo admite la existencia de dos tipos de identidad de género (masculino y femenino), y quienes transgredan este bipolarismo se convierten rápidamente en objeto de brotes de violencia, primero verbal, y luego física. Ese binarismo sexual refleja prácticas culturales desconocedoras de la realidad, pues la realidad está constituida por la diversidad, es plural y no homogénea.

En el panorama educativo, decimos, la realidad cotidiana no coincide con la situación formal de igualdad garantizada por ley, y obviamente no podemos pensar que la igualdad está conseguida solo en su garantía formal. Lo cierto es que perdura una gran distancia entre las intenciones legislativas y la práctica cotidiana en los centros escolares, que se ven muy mediatisadas por las prácticas tradicionales muy asentadas en determinados ámbitos culturales y sociales, por lo que las actividades en pro de la igualdad se realizan de forma excepcional y no se llegan a integrar en la vida diaria de los centros, de tal suerte que el tratamiento de estos temas que se realiza en los materiales y recursos didácticos empleados es insuficiente. De ahí, una vez más, la necesaria e imperiosa necesidad de introducir la educación en valores (en este caso en la igualdad efectiva de hombres y mujeres y en el reconocimiento de la diversidad afectivo-sexual) en todo proceso educativo, como reiteradamente se pone de manifiesto a lo largo del trabajo.

2. ILUSTRACIONES EN EL DERECHO COMPARADO

La denuncia de casos de discriminación por la orientación sexual en las aulas se produce también en el ámbito internacional desde una perspectiva comparada. Sirvan de ejemplo los casos siguientes.

2.1. Perú

En algunos distritos de Lima Metropolitana, como San Juan de Miraflores, y Villa El Salvador, se han presentado sucesivos actos de discriminación y violencia hacia la población LGTB, en el sector educativo. Estas agresiones se expresan en maltrato y expulsión de los colegios privados y estatales de alumnos por el hecho de ser reconocidos como personas pertenecientes a la comunidad LGTB. Se han recibido en las instancias educativas administrativas denuncias por

parte de adolescentes y jóvenes que se han visto obligados a no matricularse en los colegios por el temor a ser constantemente agredidos por parte de sus compañeros, de los profesores, y de los auxiliares de educación, responsables de vigilar el comportamiento en el interior de los colegios; pero como la orientación sexual diversa todavía no es aceptada en este país, muchos adolescentes y jóvenes son reprimidos con violencia, por querer expresar libremente su orientación sexual. Al no poder hacerlo, terminan abandonando el colegio²⁵.

2.2. Chile

Cada día se registran casos de discriminación en los centros educativos de Chile. Se han incrementado en un 11% las denuncias por casos de discriminación basados en la orientación sexual o en la identidad de género, pasando de 124 casos en el 2009 a 138 al año siguiente. El incremento en la cifra ha supuesto también un incremento en las variantes en que se manifiesta dicha discriminación, desde la verbal hasta las agresiones físicas con resultados irreversibles en la vida de las personas víctimas de estos ataques.

Un estudio realizado por UNICEF en 2011 en este país acerca de los prejuicios más frecuentes en niños y niñas de distintos estratos socioeconómicos, en el que se les consultaba sobre sus opiniones en diversos temas, siendo uno de ellos «la orientación sexual», arrojó datos muy reveladores. Cuando se les pidió manifestar su acuerdo o desacuerdo con la afirmación «Los gays y las lesbianas son gente sin moral» un 42,7% de los niños menores de 14 años manifestaron estar «totalmente de acuerdo» o «de acuerdo» con esta, y los jóvenes de 14 años o más respondieron a la misma en un 25,3%. A pesar de lo revelador de estas cifras y de los niveles de prejuicio y discriminación que arrojaban las respuestas de los niños, es aún más notoria la relación de la enseñanza recibida por unos y otros, de modo que el 43,7% son alumnos de colegios públicos, mientras que en colegios privados la cifra es solo de un 22,1%.

Ante esto, más que indignarse por los resultados tan notoriamente prejuiciosos, los encargados de llevar a cabo el estudio se preguntaban de dónde derivaba esta situación, reflexionando acerca de la educación durante la vida infantil en los ámbitos familiar y del colegio, cuestionados acerca de si contribuían a la construcción de un «ambiente educativo sano». Actitudes como discriminar a un niño en el colegio por tener rasgos femeninos, por no disfrutar del fútbol, por

²⁵ En el distrito de Villa El Salvador, ubicado al sur del Lima Metropolitana se presentó el siguiente caso en el mes de marzo del 2006: un adolescente de 14 años llamado Enrique Baldeón Martell adujo que no se le permitió la matrícula en el cuarto año de secundaria, en el Centro educativo IE N.º 6048, Jorge Basadre, ubicado en el Sector II, Grupo N.º 22, Avenida Micaela bastidas s/n. A causa de su orientación sexual, además se le pidió que se cortara el cabello, se comprara zapatos, que tenía que cambiar físicamente, y además tenía que cambiar de comportamiento. Interrogado el director acerca de las razones que impedían la matrícula, este adujo otras que no tenían que ver con su condición sexual; antes bien, se derivaban del incumplimiento previo del abono de tasas y por no cumplir otra serie de exigencias administrativas, en un intento de enmascarar las verdaderas razones.

ser amanerado, etc., devenían en ejemplos de actitudes que llevaban a las afirmaciones tan extremas anteriormente señaladas.

Es sorprendente, revela el estudio, el hecho de que sean niños de estratos sociales más desprotegidos los que discriminan más o tienen más prejuicios, en contra de lo que sería más fácil pensar, que los niños que han crecido rodeados de comodidades tenderían a ser más egocéntricos o a menospreciar al resto; pero al desvelarse todo lo contrario se respalda la postura de los que opinan que una educación de mejor calidad sin duda contribuye en una mayor aceptación acerca de la orientación sexual de las personas, aun en niños muy pequeños, capaces ya de pronunciarse sobre la identificación de determinados estereotipos con el carácter moral de esas personas, en definitiva sobre la equiparación de sus valores con los mismos. De ahí la gravedad aún mayor del tema, y qué duda cabe que los diferentes espacios donde la persona se desenvuelve en su niñez, adolescencia y juventud sirven como fuente para la interiorización de estereotipos de género, el refuerzo a normas de conducta y la formación de actitudes hacia otros géneros que van a contribuir a la construcción psicológica de la identidad, la cual toma gran parte de su constitución de la identidad de género.

2.3. México

Es el segundo país con mayor índice de discriminación hacia personas homosexuales. Ante ello, se requieren más estrategias para educar a la sociedad con respecto al tema de la homosexualidad, ya que todo parte de la falta de educación sexual que se vive en el país, lo que propicia el rechazo para aquellos que no siguen los patrones inculcados desde pequeños, los cuales son los roles de género establecidos, es decir, hombre y mujer. Es necesario crear mentes más abiertas, con criterio más amplio para que puedan entender la diversidad sexual, la cual existe y forma parte de la sociedad, para evitar la discriminación hacia personas con una orientación sexual distinta. Desde una perspectiva psicológica, podemos afirmar que la identidad sexual constituye la *psiquis* del sujeto en sus aspectos autoperceptivos y del llamado amor propio, por lo que su valoración depende en gran medida de dicha identidad sexual.

No debe olvidarse que la escuela es un espacio de socialización muy influyente en la formación de actitudes y en el desarrollo de la personalidad de los niños; de ahí que resulte imprescindible la elaboración en todo sistema educativo de un buen sistema de transmisión de valores.

Ahondando en la idea de que ni en las legislaciones nacionales ni en el contexto internacional sobre derechos humanos existía una unidad normativa protectora de las minorías sexuales, se promulgaron en el año 2006 en la ciudad indonesia de Yogyakarta, por primera vez en la historia del Derecho internacional, unos principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, más conocidos como *Principios de Yogyakarta*.

Estos principios, pese a carecer de fuerza vinculante, ni haber sido ratificados por ningún Estado hasta el momento, se convierten en fuente de interpretación en materia de derechos hu-

manos en torno a la orientación sexual y la identidad de género. Por ende, pueden ser vistos como *soft law*, concepto doctrinal del Derecho internacional importante para entender la naturaleza de estos instrumentos jurídicos. Los Principios de Yogyakarta, como fruto del trabajo de investigadores, expertos, académicos, activistas y representantes de la sociedad civil de muchos lugares del mundo, abren nuevos campos de reflexión para pensar los desafíos que debe superar la legislación de educación en nuestros países. Más concretamente, el Principio 16 presenta el siguiente tenor literal:

«El derecho a la educación: Toda persona tiene derecho a la educación, sin discriminación alguna basada en su orientación sexual e identidad de género, y con el debido respeto hacia estas. Los Estados:

A. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar el acceso a la educación en igualdad de condiciones y el trato igualitario de estudiantes, personal y docentes dentro del sistema educativo, sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género.

B. Garantizarán que la educación esté encaminada al desarrollo de la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física de cada estudiante hasta el máximo de sus posibilidades y que responda a las necesidades de estudiantes de todas las orientaciones sexuales e identidades de género.

C. Velarán porque la educación esté encaminada a inculcar respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, así como el respeto a la madre, el padre y familiares de cada niña y niño, a su propia identidad cultural, su idioma y sus valores, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia e igualdad entre los sexos, teniendo en cuenta y respetando las diversas orientaciones sexuales e identidades de género.

D. Asegurarán que los métodos, currículos y recursos educativos sirvan para aumentar la comprensión y el respeto de, entre otras, la diversidad de orientaciones sexuales e identidades de género, incluyendo las necesidades particulares de las y los estudiantes y de sus madres, padres y familiares relacionadas con ellas.

E. Velarán por que las leyes y políticas brinden a estudiantes, al personal y a docentes de las diferentes orientaciones sexuales e identidades de género una adecuada protección contra todas las formas de exclusión social y violencia, incluyendo el acoso y el hostigamiento, dentro del ambiente escolar.

F. Garantizarán que a estudiantes que sufran dicha exclusión o violencia no se les margine o segregue por razones de protección y que sus intereses superiores sean identificados y respetados en una manera participativa.

G. Adoptarán todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana, sin discriminación ni castigos basados en la orientación sexual, la identidad de género de las y los estudiantes, o su expresión.

H. Velarán por que todas las personas tengan acceso a oportunidades y recursos para un aprendizaje perdurable sin discriminación por motivos de orientación sexual o identidad de género, incluyendo a personas adultas que ya han sufrido dichas formas de discriminación en el sistema educativo».

Como se ve, especialmente en los literales D, E, F y G, se conmina a los Estados a garantizar planes de formación para maestros, familiares y estudiantes sobre temáticas de diversidad sexual. A pesar de lo novedoso de este tópico para la legislación educativa y el saber pedagógico, es importante empezar a pensar cómo conciliar normatividad y prácticas educativas con estas nuevas realidades que desde el ámbito internacional hallan asidero jurídico; realidades que, por supuesto, aquejan a miles de estudiantes en las aulas de todo el mundo.

VI. LA GARANTÍA SUPRANACIONAL EUROPEA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL ÁMBITO EDUCATIVO: ATENCIÓN ESPECIAL A LA NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ORIENTACIÓN SEXUAL

1. LA CONTRIBUCIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Desde principios de los años ochenta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), como instancia de garantía de la apuesta del Consejo de Europa por la democracia política, a través del Convenio de Derechos Humanos de 1950, y con posterioridad el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDH), como garantía en este caso de la democracia social, también perseguida por la misma organización paneuropea, a través en este caso de la Carta Social Europea, de 1961, revisada en 1996, se han venido pronunciando sobre los derechos de las minorías sexuales. Los temas sobre los que han decidido han sido muy variados, comprendiendo desde la criminalización de las relaciones homosexuales hasta el derecho al matrimonio o la adopción coparental de las parejas formadas por personas del mismo sexo, existiendo una jurisprudencia muy heterogénea²⁶.

La identidad de género de las personas constituye uno de los aspectos más íntimos de la vida privada, y el TEDH se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre el artículo 8 del Convenio, siendo jurisprudencia hoy consolidada la obligación de los Estados de reconocer la nueva identidad de género de las personas transexuales, al menos de aquellas que se han sometido a un proceso de reasignación de género a través de la cirugía.

En el caso *Vejdeland y otros c. Suecia*, de 9 de febrero de 2012, el TEDH se pronunció condenando el discurso homófobo a la luz del artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos

²⁶ De nuevo, véase GILBAJA CABRERO, E. «La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», ya cit.

Humanos (CEDH). En este supuesto, los demandantes eran cuatro jóvenes adultos que habían entrado a un centro educativo al que no pertenecían y habían distribuido en las taquillas de los estudiantes folletos que contenían afirmaciones como que la homosexualidad era una «desviación sexual», una «tendencia sexual desviada» con «efectos morales destructivos de la esencia misma de la sociedad», que «el VIH y el SIDA habían aparecido primeramente en los homosexuales y que su estilo de vida promiscuo era una de las razones de que esta plaga moderna siguiera existiendo», entre otras. Por estos hechos los demandantes fueron acusados del delito de agitación contra un grupo nacional o étnico, argumentando estos en su defensa que no tenían intención de expresar desprecio hacia los homosexuales como colectivo, sino iniciar un debate sobre la falta de objetividad en la educación de las escuelas suecas.

El tribunal enjuicia, a la luz del artículo 10.2 del Convenio, si la injerencia en la libertad de expresión de los demandantes era necesaria para proteger la reputación y los derechos de terceros. En un esfuerzo por lograr el debido equilibrio entre la libertad de expresión y el interés legítimo de una sociedad democrática para defender a las personas y grupos que la integran, frente a discursos atentatorios de sus derechos, por propagar el odio y la discriminación hacia ellos, condena finalmente a los demandantes. El TEDH considera que si bien la finalidad perseguida por estos podía considerarse en principio legítima, se habían utilizado expresiones injustificadamente ofensivas (*statements unwarrantably offensive*) hacia otras personas, vulnerando de este modo sus derechos, sin contribuir a un discurso público que pudiera mejorar el entendimiento mutuo.

Si bien la libertad de expresión era aplicable no solo a las informaciones o ideas bien recibidas o consideradas inofensivas, sino también a aquellas que podían «ofender, molestar o desagradar», y que la finalidad de iniciar ese debate sobre la falta de objetividad en la educación era aceptable, el tribunal consideró no obstante que el contenido de los folletos constituían «alegaciones serias y perjudiciales» (*serious and prejudicial allegations*) y recordó el caso *Feret c. Bélgica*, de 16 de junio de 2009, reiterando que la incitación al odio no requería necesariamente una invitación a realizar un acto de violencia u otros actos criminales, sino que los ataques a personas cometidos mediante insultos o actos de humillación o difamación de grupos específicos podían ser suficientes para que las autoridades privilegiaran la lucha contra los discursos racistas frente a la libertad de expresión cuando se ejercían de manera irresponsable²⁷. Así extendió dicha jurisprudencia al discurso homófobo señalando que «la discriminación basada en la orientación sexual [era] igualmente grave que la discriminación basada en la raza, el origen o el color».

²⁷ El Tribunal expuso a continuación el conjunto de elementos que consideraba relevantes para la solución del caso: a) los folletos habían sido distribuidos en un centro educativo, en las taquillas de gente joven en una edad delicada en la que eran fácilmente impresionables y a los que no se les había dado la oportunidad de aceptarlos o rechazarlos; b) la distribución de los mismos se había producido en una escuela de la que los demandantes no eran alumnos y a la que no tenían libertad de acceso; y c) las sanciones impuestas no habían sido graves. A la vista de todas estas circunstancias, el Tribunal consideró que el Estado sueco no había vulnerado el derecho de los demandantes a la libertad de expresión.

La sentencia recibió tres votos concurrentes²⁸. Uno de ellos, el del juez Spielmann, citaba la Resolución el Comité de Ministros CM/ResChS (2009) relativa a la queja colectiva n.º 45/2007²⁹, que analizaremos a continuación, en la que el CEDH³⁰ había considerado discriminatorios algunos contenidos del material educativo facilitado por Croacia en la medida que estigmatizaba al colectivo homosexual.

²⁸ Los autores de dos de ellos, el juez Spielmann (al que se adhirieron la jueza Nussberger) y el juez Zupančič, comenzaban expresando sus dudas a la hora de votar a favor de la desestimación de la demanda y coincidían en expresar su acuerdo con el fallo de la sentencia siempre y cuando este se considerara fundamentado en las circunstancias concretas en que se había producido la distribución de los folletos. Para el juez Spielmann, en concreto, el hecho de que los folletos se hubieran distribuido en un centro educativo al que los demandantes no tenían libertad de acceso y que hubieran sido depositados en las taquillas de estudiantes jóvenes que no habían tenido la posibilidad de aceptarlos o rechazarlos era relevante a efectos de conceder un margen de apreciación al Estado. En este sentido, el juez advertía que los miembros de la comunidad LGBT se enfrentaban a prejuicios profundamente enraizados, hostilidad y discriminación generalizada en toda Europa, incluida Suecia, y se refirió a diversas resoluciones e informes de los organismos del Consejo de Europa que ponían en evidencia algunos problemas de homofobia detectados en los currículos educativos y en los mismos centros escolares, en los que los estudiantes LGBT eran objeto de acoso por parte de sus compañeros y profesores. A diferencia de estos dos votos concurrentes, la jueza Yudkivska, a la que se unió el juez Villiger, no encontraba dificultad alguna en considerar que el artículo 10 del Convenio no había sido vulnerado. De hecho, hubiera excluido de toda protección del artículo 10 a las expresiones utilizadas por los demandantes, como el Tribunal había hecho en el caso *Norwook c. el Reino Unido*, de 16 de noviembre de 2004, las expresiones contenidas en un póster en el que se identificaba a todos los musulmanes con los actos terroristas del 11 de septiembre de 2001: «Vincular a todo el colectivo en este caso con la "plaga del siglo veintiuno" no debería recibir la protección del artículo 10». Para la jueza, era difícil ver en las expresiones contenidas en los folletos el inicio de un debate sobre un asunto de interés público. El caso no debía ser visto meramente como un ejercicio de ponderación entre los derechos a la libertad de expresión de los demandantes y el derecho a la protección de la reputación de los homosexuales. El discurso del odio era destructivo para la sociedad democrática en su conjunto. Por eso, según ella, no era necesario esperar a que este discurso produjera un peligro inminente y real para que la sociedad pudiera actuar. «Nuestra trágica experiencia [europea] en el pasado siglo demuestra que las opiniones racistas o extremistas pueden provocar mucho más daño que las restricciones a la libertad de expresión. Las estadísticas sobre crímenes de odio muestran que la propaganda de odio siempre produce daño, sea de manera inmediata o potencial».

²⁹ La Resolución del Comité de Ministros puede consultarse en la página web <http://lib.ohchr.org/HRBodies/UPR/Documents/session9/HR/CE_CouncilofEurope_Resolution.pdf>.

³⁰ Sobre la creciente consideración judicial del CEDS, puede verse la explicación del profesor JIMENA QUESADA, L. «La ejecución de las decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales: enfoque comparado con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en M. Terol Becerra y L. Jimena Quesada (dirs.), *Tratado sobre Protección de Derechos Sociales*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 249-267. Así, expresa el citado autor: «Obviamente, se trata de una insoslayable noción moderna de jurisprudencia, pues de "juris-dictio" o de "decir el Derecho" con alcance final y vinculante, ya sea en el caso del Convenio Europeo por el TEDH o de la Carta Social por el CEDS, es de lo que se trata, para asegurar el carácter obligatorio de ambos tratados internacionales y hacer realidad así en ambos casos el principio *pacta sunt servanda*. En esta misma línea, al aludir a "resoluciones" del TEDH y del CEDS en el título del trabajo, se cubren particularmente las "sentencias" (arrêts/judgments) del primero y las "decisiones de fondo" (décisions sur le bien-fondé/decisions on the merits) del segundo». Sobre la obligatoriedad de sus resoluciones, «por supuesto, las conclusiones son vinculantes para dichos Estados, que deben adaptar su legislación y su práctica a las apreciaciones jurídicas del CEDS, las cuales no son sino la concreción de las obligaciones jurídicas asumidas al comprometerse con la Carta: en la web de la Carta Social puede accederse a unas interesantes fichas referentes a cada Estado (country factsheets/fiches d'État) elaboradas por la Secretaría de la Carta, en las que se recogen las reformas normativas y progresos acometidos por los Estados para ejecutar las resoluciones adoptadas por el CEDS».

2. LA APORTACIÓN DEL COMITÉ EUROPEO DE DERECHOS SOCIALES

La organización demandante Interights planteó al Comité la violación de los artículos 11.2 (derecho a la protección de la salud)³¹ y 16 (protección jurídica, social y económica de la familia) de la Carta Social Europea, por sí mismos y a la luz del principio de no discriminación del Preámbulo, así como el artículo 17 (protección jurídica, social y económica de los menores), alegando que las escuelas en Croacia no proporcionan una adecuada y comprensiva educación sobre salud sexual y reproductiva a los niños y a los jóvenes. Tras recabar la legislación aplicable a partir del artículo 14³² de la propia Constitución croata, que reconoce que todos en la República croata disfrutarán de los derechos y las libertades más allá de la raza, el color, el género, la lengua, la religión, las creencias políticas o de otra índole, el origen nacional o social, la propiedad, el nacimiento, la educación, el estatus social u otras características, y la relativa al sistema educativo en estas materias³³, entra a analizar el contenido de los diversos materiales y libros de texto, entre los que se contienen afirmaciones que a juicio del Comité, veremos, suponen una estigmatización y una visión negativa, distorsionada, reprensible y degradante de estereotipos acerca del comportamiento sexual de los homosexuales.

Efectivamente, aunque el Gobierno disponga de un amplio margen de discreción para definir el contenido de los manuales educativos, siempre y cuando respeten el derecho doméstico y los estándares internacionales, no puede obviarse el exceso cometido en las afirmaciones contenidas³⁴ en este supuesto analizado, que a juicio del Comité implican un ataque a la dignidad

³¹ El artículo 11 de la Carta Social Europea (*derecho a la protección de la salud*) dispone: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para, entre otros fines: 1. eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente; 2. establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma; 3. prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras, así como los accidentes».

³² Artículo 14.1 de la Constitución de la República de Croacia (versión inglesa): «Everyone in the Republic of Croatia shall enjoy rights and freedoms, regardless of race, color, gender, language, religion, political or other belief, national or social origin, property, birth, education, social status or other characteristics».

³³ Section 6 of the Act on Primary and Secondary Education Textbooks: «Textbooks with contents which violate the Constitution of the Republic of Croatia and which is inappropriate with regards to human and minority rights, fundamental freedoms, gender equality, and citizenship through education will not be authorized for use». Section 14 of the Act on Primary and Secondary Education Textbooks: (3) «The education contents referred to in Paragraph 2 of this Article shall promote non-discriminatory knowledge about women and men, the abolishment of gender inequality and gender stereotypes at all levels of education, as well as the recognition of gender aspects in all educational areas».

³⁴ En concreto, el extracto del curso de Biología usado en el nivel de educación secundaria (Biología 3; Procesos de vida), en los que se afirma lo siguiente (versión inglesa): «Many individuals are prone to sexual relations with persons of the same sex (homosexuals -men, and lesbians -women). It is believed that parents are to blame because they impede their children's correct sexual development with their irregularities in family relations. Nowadays it has become evident that homosexual relations are the main culprit for increased spreading of sexually transmitted diseases (e.g. AIDS)»; o también se afirma: «The disease [AIDS] has spread amongst promiscuous groups of people who often

humana y no pueden tener cabida en la educación sexual y reproductiva de los niños y jóvenes, por lo que su inclusión en los materiales educativos constituye una vulneración del artículo 11.2 de la Carta en relación con la cláusula de no discriminación contenida a su vez en el Preámbulo. En efecto, continúa explicando el Comité, aprobando o permitiendo el uso de estos libros de texto que contienen estas afirmaciones en contra de las personas homosexuales, las autoridades croatas han errado en su obligación de asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud reproductiva, que en modo alguno puede suponer la exclusión o el rechazo de la dignidad humana³⁵.

Por todo ello el Comité centra su atención en recordar a las autoridades su obligación positiva de asegurar que la educación sobre salud sexual y reproductiva sea objetiva y no discriminatoria, y concluye unánimemente que los contenidos del currículo cuestionados constituyen una violación del artículo 11.2 de la Carta a la luz de la cláusula de no discriminación.

Tras analizar también los cuestionados artículos 16 y 17 de la Carta, el Comité decide, por 13 votos a 1, que no supone un punto adicional contradictorio por sí solo el artículo 16, que recoge el derecho de la familia a la protección social, legal y económica, a la vista de la cláusula de no discriminación, y que la cuestión principal debatida y enjuiciada lo es en referencia a la violación del artículo 11.2 , el derecho a la protección de la salud; así, como respecto al artículo 17 de la Carta, sobre el derecho de las madres y los niños a la protección social y económica, adopta por unanimidad la no procedencia de dicha violación en ese punto.

El mecanismo de reclamaciones colectivas y la inexistencia en el marco de la Carta Social Europea de un sistema individual de reclamaciones, a diferencia de los casos que analiza el TEDH en el marco del CEDH, ha originado un número más exiguo de resoluciones, concre-

change their sexual partners. Such people are homosexuals because of sexual contacts with numerous partners, drug addicts because of shared use of infected drug injection equipment and prostitutes».

³⁵ Recuerda en este apartado los pronunciamientos del TEDH en el campo de la educación, recordando la obligación de las autoridades de observar unos contenidos acordes a las exigencias del CEDH en los manuales educativos así como de desarrollar en tal sentido las funciones asumidas por el Estado, lo que implica una obligación positiva por parte de este (en alusión al caso *Folguero y otros c. Noruega*, de 29 de junio de 2007). En el contexto del derecho a la protección de la educación sexual y reproductiva en la forma prevista en el artículo 11.2 de la Carta, esa obligación positiva se extiende a la supervisión y comprobación de que los materiales educativos no reproducen estereotipos y perpetúan formas que perjudiquen o contribuyan a la exclusión social, la discriminación o la denigración de la dignidad humana, a menudo experimentadas por grupos marginados históricamente por ser personas de orientación distinta a la heterosexual. El Comité estima que la sociedad croata presenta una visión distorsionada de la sexualidad humana en la presentación que de ella hace a los niños con este material. De modo que, permitiendo su uso en la educación sexual y reproductiva de los niños, el Gobierno croata ha instrumentalizado estos materiales para reforzar estereotipos degradantes, desatendiendo la obligación de procurar una correcta educación en este ámbito concreto, sin llevar a cabo los pasos que aseguren y garanticen una educación sobre la salud objetiva y no excluyente. Para el encuadre de esta importante decisión del CEDH en la Reclamación n.º 45/2007, léase JIMENA QUESADA, L. «Educación sexual y no discriminación en la jurisprudencia del Comité europeo de derechos sociales». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 17, 2011, pp. 197-219.

tamente 118 a fecha septiembre de 2015. A pesar de ello, el instrumento de las reclamaciones colectivas está llamado a desarrollar la jurisprudencia del CEDS, dotando a este de mayor visibilidad, a la vez que impregna y se impregna de otras jurisprudencias sociales de alcance continental o universal. Por lo que respecta a la ejecución de las decisiones de fondo del CEDS, baste recordar que comportan normalmente la adopción de medidas legislativas, ejecutivas o judiciales en el ámbito doméstico. En el caso de la Reclamación colectiva 45/2007 y las medidas de reparación establecidas por la resolución del CEDS, dicha ejecución adquirió un alcance aún más preciso, como fue la retirada por el Gobierno de libros de texto del sistema educativo que incluían manifestaciones homófobas contrarias a la educación sexual y reproductiva no discriminatoria impuesta por el artículo 11 de la Carta Social. Aún más, el proceso de supervisión ulterior por parte del Comité de Ministros de la ejecución de las decisiones del CEDS denotó una significativa voluntad del Estado condenado para aceptar las reparaciones impuestas. En el citado caso de la Reclamación núm. 45/2007, la Resolución correspondiente del Comité de Ministros se hizo eco de ello en un documento anexo al de la retirada por las autoridades croatas de los libros de texto controvertidos.

Por otro lado, en cuanto a su impacto, los tribunales nacionales deben incorporar en sus resoluciones la jurisprudencia del CEDH, al igual que incorporan la de otros tribunales internacionales. Actualmente, son muy pocas las sentencias que tienen en cuenta este aspecto, pero al menos ya hay algunas, con lo que se puede comprobar que esa actuación es posible y legítima (y, más aún, impuesta por el juego de los arts. 10.2 y 96.1 CE), pudiendo citarse, por ejemplo, las SSTSJ de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de marzo de 2011, rec. núm. 2256/2008 y de 12 de noviembre de 2012, rec. 494/2009. La primera de ellas señala expresamente en el fundamento jurídico cuarto que «[...] resulta pertinente traer a colación la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales [que] [...] en la importante decisión de fondo de 30 de marzo de 2009, de resolución de la Reclamación núm. 45/2007 (*Interights contra Croacia*) declaró por unanimidad que había habido violación del artículo 11 de la Carta Social (derecho a la educación en materia de salud sexual y reproductiva), tanto de manera autónoma como en combinación con la cláusula de no discriminación, especialmente por cuanto algunos elementos incluidos en los libros de texto escolares recogían manifestaciones homófobas [...].».

VII. UNA APUESTA POR EL RECONOCIMIENTO DE LA IGUALDAD Y LA DIVERSIDAD SEXUAL EN EL ÁMBITO EDUCATIVO

Los vacíos en la legislación necesitan desarrollos que den un tratamiento especial a los grupos desfavorecidos de minorías sexuales atendiendo a sus particularidades de acuerdo a la edad, contexto cultural y etnia según sea el caso. Es necesario empezar a cruzar las variables analíticas del género con otras categorías forjadoras de la identidad personal a la hora de pensar en el diseño normativo de estas cuestiones en los centros educativos, a la vez que se plantea de forma transversal la perspectiva de género en toda la legislación educativa, sensibilizando a alumnos y docentes en la diversidad sexual, en las aulas como en la generalidad de los espacios públicos.

Se debe buscar coherencia entre los avances logrados, como los Principios de Yogyakarta y los pronunciamientos jurisprudenciales en los distintos niveles que van definiendo los márgenes cada vez con mayor definición.

No cabe duda de que el trabajo educativo es imprescindible, como piedra angular sobre la que asentar una política de igualdad y no discriminación por cualquier motivo en las aulas donde se forman los futuros ciudadanos. Para dejar atrás el fundamentalismo que en ocasiones se presenta en estas cuestiones, resulta ineludible abordar una educación sentimental que familiarice suficientemente a las personas de índole diversa como para que estén menos tentados de mirar a los que son diferentes a ellos como si solo fueran *cuasihumanos* y no estuvieran revestidos de la misma dignidad y tuvieran los mismos derechos. Una educación sentimental que más allá de la tríada tradicional de sentimientos, resentimiento, indignación y culpa, se fijara en el contagio cotidiano de los afectos como conductas que comporten alabanza o censura, pues es así como se van fortaleciendo los vínculos éticos entre las comunidades. Es así, en el transcurso de la vida cotidiana, donde el niño puede ver que aquel que le parece tan distinto a él es antropológicamente muy cercano e igual de digno que él mismo para pertenecer a una misma sociedad.

Por ello, resulta de extrema gravedad cuando ya los jóvenes no sienten indignación ante acciones oprobiosas como los discursos de prejuicio, o cuando del mismo no emerge ya la culpa, en sentido ético, que les capacite para responsabilizarse de los ataques contra sus semejantes. ¿Qué pasa cuando ningún adolescente se indigna frente a los ataques de odio verbal que el grupo propina a su compañero no heterosexual?

¿Qué pasa si los jóvenes se constituyen apabullando a los no heterosexuales, en vez de permitirse a sí mismos y a los demás desplegar todos sus potenciales? Finalmente, se plantea que uno de los componentes de la educación para la diversidad sexual ha de ser la capacidad de los individuos para integrar a los otros, apelando y valorando las potencias morales e intelectuales individuales. Porque la educación sentimental, como propuesta de teorías morales incluyentes, requiere sujetos que se tomen en serio la tarea de tratar al otro antes de juzgarlo a partir de preconcepciones sobre el mundo, la moral y la sexualidad; pero también el agredido debe poder expresar su indignación y reclamar sus derechos frente a las agresiones verbales y físicas del que se muestra dominante.

Después de todo, esa es la tarea de muchos pensadores del Derecho, crear lenguajes capaces de modificar prácticas en aras de hacer más habitable el mundo.

Bibliografía

ALEGRE MARTÍNEZ, M. A. *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*. León: Universidad de León, 1996.

ALVENTOSA DEL RÍO, J. *Discriminación por orientación sexual e identidad de género*. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008.

BALLARÍN DOMINGO, P. «Oportunidades educativas e igualdad». En A. Valcárcel (comp.), *El concepto de igualdad*, Madrid: Fundación Pablo Iglesias, 1994.

BARRIO MAESTRE, J. M. «Libertad trascendental y educación. Sobre el modelo en educación». *Anuario Filosófico*, núm. 27, 1994, p. 527.

BEN JELLOUN, T. *El racisme explicat a la meva filla*. Barcelona: Empúries, 2001.

CAMPS, V. *Los valores de la educación*, Madrid: Centro de apoyo para el desarrollo de la reforma educativa, 1993.

COTINO HUESO, L. (coord.). *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza (un análisis jurídico-práctico a la luz de los dictados constitucionales)*. Valencia: Generalitat Valenciana, Consellería de Cultura, Educación y Ciencia, 2000.

DÍAZ-AGUADO, M. J. y MARTÍNEZ ARIAS, R. *Las familias de Madrid ante la adolescencia y su educación. Cómo mejorar la convivencia y prevenir el acoso y otras formas de violencia. Avance de resultados del estudio*. Madrid: Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, 2008.

DÍAZ-AGUADO JALÓN, M. J.; MARTÍNEZ ARIAS, R. y MARTÍN BARBARRO, J. *Estudio estatal sobre la convivencia escolar en la educación secundaria obligatoria*. Madrid: Ministerio de Educación, 2010.

ESCUDERO, J. M. «Valores institucionales de la escuela pública: ideales que hay que precisar y políticas a realizar». En Escudero, J. M., y otros, *Sistema educativo y democracia: alternativas para un sistema escolar democrático*. Barcelona: Octaedro, 2005.

FERRER ORTIZ, J. «Responsabilidad ética de la educación». En M. A. Sancho Gargallo (dir.), *Libertad, igualdad y pluralismo en educación*. Madrid: OIDEL Europa/BOCM, 2003.

GENERELO LANASPA, J. y PICHARDO GALÁN, J. I. (coords.). *Homofobia en el sistema educativo*. Madrid: COGAM, 2005.

GILBAJA CABRERO, E. «La orientación sexual ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos». *Revista de Derecho Político*, núm. 91, 2014.

GIMÉNEZ GLÜCK, D. *Una manifestación polémica del principio de igualdad: acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversa*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

GUTMANN, A. *La educación democrática: Una teoría política de la educación*. Barcelona: Paidós, 2001.

JIMENA QUESADA, L. «Educación sexual y no discriminación en la jurisprudencia del Comité europeo de derechos sociales». *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 17, 2011.

PARRA ORTIZ, J. M. *La Educación en valores y su práctica en el aula*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2003.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. *Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos*. Madrid: Espasa, 2007.

PÉREZ LUÑO, A. E. «Sobre la igualdad en la Constitución española». *Anuario de Filosofía del Derecho*, 1987.

RIDAURA MARTÍNEZ, M. J. «La discriminación por razón de sexo en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional español». En M. J. Ridaura Martínez y M. Aznar Gómez (coords.), *Discriminación versus diferenciación: especial referencia a la problemática de la mujer*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J. M. «Escuela e inmigración. Cuestiones jurídicas suscitadas por la integración de menores de origen inmigrante en el sistema educativo español». *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, VI, Zaragoza, 2003.

RUBIO LLORENTE, F. «Constitución y Educación», en el colectivo *Constitución y Economía*. Madrid: Centro de Estudios y Comunicación Económica, 1977.

RUIZ MIGUEL, A. «Discriminación inversa e igualdad». En A. Valcárcel (comp.), *El concepto de igualdad*. Madrid: Fundación Pablo Iglesias, 1994.

SÁNCHEZ FERRIZ, R.; JIMENA QUESADA, L. y COTINO HUESO, L. «Los jóvenes ante los derechos humanos y la democracia (A propósito de una encuesta realizada en la Comunidad Valenciana)». *Revista de Derecho Político*, núm. 46, 1999.