

PARADOJAS DE LA DISCRIMACIÓN EN MATERIA EDUCATIVA.

A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán de 30 de enero de 2013 sobre el modelo de educación diferenciada

JOSÉ ESTEVE PARDO*

I. APROXIMACIÓN AL CASO

Algunos colegas de Universidades alemanas me han llamado la atención sobre una reciente sentencia allí dictada por el Tribunal Supremo Federal de lo Contencioso-Administrativo. Me destacan la solidez argumental, también en los matices, de esta resolución judicial; y lo hacen sin duda por ser conocedores, sobre todo por conversaciones informales que habíamos mantenido, de que la controversia que en ella se resuelve guarda similitud con otras planteadas recientemente en España tanto en el plano legislativo como en el jurisprudencial, con sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo español muy próximas en el tiempo a la sentencia del alto Tribunal alemán que constituye nuestro centro de atención.

La cuestión no es otra que la posición jurídica –sus derechos, obligaciones y expectativas– de las que, según la terminología alemana, se conocen como escuelas monoeducativas: las que escolarizan sólo a estudiantes de un mismo sexo, a diferencia de las escuelas que siguen el modelo de coeducación integrando a estudiantes de ambos sexos.

1. Los hechos

Prestaremos prioritaria atención aquí a la sentencia alemana, sus antecedentes, argumentación y doctrina por tratarse de una decisión judicial reciente, desconocida por ello en el debate que se plantea entre nosotros que puede así verse enriquecido con

esta aportación jurisprudencial, particularmente rica por las líneas argumentales que desarrolla y el entramado conceptual en que se funda. Sólo al final de estas páginas me permitiré alguna consideración comparatista con nuestros pronunciamientos legislativos y jurisprudenciales.

Los hechos que están en el origen de la controversia judicial son muy simples: el Ministerio de Educación, Deporte y Juventud del Land de Brandeburgo denegó la autorización al proyecto de escuela que presentaba una entidad privada, “Sociedad de promoción y fomento de las escuelas de libre titularidad” (*Fördergemeinschaft für Schulen in freier Trägerschaft*). La escuela proyectada se concebía como una escuela privada, tal como se contempla en la propia Constitución alemana que utiliza el término de escuela de sustitución (*Ersatzschule*) o alternativa a la red de escuelas públicas¹. La resolución del Ministerio denegando la autorización fue objeto de recurso por la entidad promotora de la escuela y ello dio lugar a la intervención sucesiva de las tres instancias judiciales: el Tribunal de Primera Instancia, el Tribunal Superior de Justicia del Land de Bran-

¹ Artículo 7.4 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania: “Se garantiza el derecho a crear escuelas privadas. Las escuelas privadas que sustituyan a escuelas públicas (*Ersatzschule*) necesitan la autorización del Estado y están sometidas a las leyes del respectivo Land. La autorización debe concederse cuando las escuelas privadas no se encuentren en un nivel inferior al de las escuelas públicas en lo que respecta a sus programas e instalaciones y a la formación científica de su personal docente y no fomenten una segregación de los alumnos en base a la situación económica de los padres. La autorización será denegada cuando no esté suficientemente asegurada la situación económica y jurídica del personal docente”.

Las citas de la Ley Fundamental están extraídas de su traducción al castellano editada por el Deutscher Bundestag, y revisada por los Profesores K.-P. SOMMERMANN y R. GARCÍA MACHO, Berlin, 2009.

* Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Barcelona.



demburgo, y el Tribunal Supremo Federal de lo Contencioso-Administrativo. Todas las resoluciones judiciales son favorables a la recurrente, la entidad promotora de la escuela. Se advierten eso sí algunas variaciones de matiz en el contenido de estas sentencias y, desde luego, es la sentencia del Tribunal Supremo la que tiene mayor hondura y recorrido en su argumentación con abundantes citas jurisprudenciales y doctrinales; entre éstas últimas no sólo de libros y artículos científicos de profesores de Derecho, sino también, y abundantes, de Pedagogía y Ciencias de la Educación.

2. La delimitación de la controversia. Queda fuera de discusión –ni lejanamente se plantea– que las escuelas monoeducativas o de educación diferenciada comporten discriminación alguna

Lo primero que debe destacarse de la controversia que se suscita y los múltiples argumentos que en ella confluyen es que la idea de discriminación resulta del todo ajena al modelo de escuela monoeducativa. Es algo que ni lejanamente se plantea. En momento alguno se invoca la noción de discriminación, en ninguna de las resoluciones judiciales recaídas, ni en las alegaciones de las partes, ni en la jurisprudencia y doctrina en la que fundamentan sus pretensiones, ni tampoco, como resulta evidente, en la legislación aplicable que alcanza de lleno, como tendremos ocasión de comprobar, hasta la propia Constitución. Se da por supuesto, sin el más mínimo asomo de discusión, que la existencia de escuelas cuyo alumnado está integrado por personas del mismo género, chicos o chicas, no constituye motivo de discriminación alguno. Y tampoco el Ministerio de Educación del Land de Brandemburgo pretendió fundar, ni siquiera

tangencial o secundariamente, la denegación de la autorización en el hecho de que la escuela respondiera a un modelo discriminatorio. Antes al contrario, las que en Alemania se conocen como escuelas monoeducativas –que escolarizan a estudiantes de un mismo género– son una realidad perfectamente asentada y normal en el panorama escolar como veremos se cuida también en destacar el Tribunal Supremo en la sentencia que suscita estas líneas.

Esta primera constatación se destaca por cuanto, como es perfectamente conocido, en nuestra legislación, jurisprudencia y también en el debate político y mediático, la discriminación se ha situado –o se ha querido situar por algunos sectores– en el centro de esta temática. Se trata aquí de una noción muy primaria, y hasta grosera, de discriminación que no está presente en el Derecho alemán, como acabamos de constatar, ni en el Derecho Comunitario, ni en el de ninguno de sus Estados miembros, ni tampoco, como tendremos ocasión de comprobar, en las Declaraciones y Tratados Internacionales en materia de educación que tienen por cierto una gran relevancia por su valor interpretativo sobre los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, entre los que son muy significativos los relativos a la enseñanza.

3. Las sentencias judiciales de instancia sobre las que se acaba pronunciando el Tribunal Supremo

La resolución denegatoria de la autorización a la escuela monoeducativa por parte del Ministerio de Educación de Brandemburgo no se fundamenta ni motiva, pues, en una discriminación que nadie advierte, ni alega, ni tan siquiera insinúa. El

motivo que alega la Administración es que una escuela mono-educativa, con estudiantes del mismo sexo no sería apropiada para alcanzar el objetivo educativo de interiorización por el alumnado del principio de igualdad de género tal como se desarrolla por la legislación del *Land*. El alcance y características de esta supuesta limitación de la escuela monoeducativa es algo que el Ministerio de Educación irá desarrollando, matizando y concretando en las alegaciones y tomas de posición que adopta a lo largo del proceso.

El Tribunal de Primera Instancia anuló la resolución denegatoria del Ministerio de Educación que, contra esta sentencia, interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de lo Contencioso-Administrativo (*Oberverwaltungsgericht*, OVG) del *Land* de Brandemburgo que también falló a favor de la entidad promotora de la escuela. Finalmente el Ministerio de Educación, Juventud y Deporte planteó recurso de casación ante el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de la Federación que fue desestimado por la sentencia de 30 de enero de 2013 en la que centramos nuestra atención y que estima plenamente las pretensiones de la escuela, declarando nulo y contrario a Derecho el acto del Ministerio de Educación por el que se denegaba la autorización a la escuela.

La argumentación del Tribunal Supremo se fundamenta en un entramado conceptual que se va delimitando y precisando a lo largo de la Sentencia. Se trata de conceptos con una marcada proyección constitucional que es analizada y dimensionada por el Supremo alemán. Esta dimensión constitucional se abre desde enunciados muy similares a los nuestros y a los de todos los Estados europeos, pues se trata de concepciones muy arraigadas en la cultura occidental que por ello mismo se manifiestan también en los Tratados Internacionales que contemplan la realidad educativa y los derechos y obligaciones que en torno a ella se articulan. Si las determinaciones constitucionales son en esta materia similares en Alemania y en España, los Tratados Internacionales son exactamente los mismos, de plena aplicación por tanto en ambos Estados en los que han sido tomados en consideración por sus respectivos Tribunales. Ya sólo por ello se justifica plenamente justificado el interés por la sentencia alemana de la que aquí se da cuenta. Su riqueza argumental es un valor añadido.

El razonamiento de la Sentencia es ostensiblemente circular. Vuelve una y otra vez sobre los mismos conceptos y argumentos que se van así perfilando y enriqueciendo en matices. Seguir aquí la trayectoria completa de la Sentencia requeriría de una exposición muy extensa que sobrepasa los prudentes márgenes de esta Revista. Se ofrece así un desarrollo lineal y sistemático, sin reiteración ni duplicidad de los conceptos y argumentos.

II. EL CUADRO CONCEPTUAL Y LAS LÍNEAS ARGUMENTALES DE LA SENTENCIA

1. Los objetivos educativos para todas las escuelas. La distinción entre objetivos educativos de enseñanza (*Lehrziele*) y objetivos educativos de formación humana (*Erziehungziele*)

El Tribunal establece primero que tanto las escuelas públicas como las privadas han de cumplir unos determinados objetivos

educativos tal como se deriva de la propia Constitución donde se afirma el concepto mismo de objetivo educativo. La garantía del cumplimiento de esos objetivos educativos es lo que justifica las potestades de supervisión e inspección del Estado sobre el conjunto del sistema educativo que comprende tanto la red de escuelas públicas como las escuelas privadas, escuelas sustitutivas de la red pública.

En los objetivos educativos el Tribunal introduce una distinción que estaba establecida ya por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*)². Se diferencia así entre: a) los objetivos educativos de transmisión de conocimiento y cultura, a lo que convencionalmente se entiende como enseñanza (*Lehrung*, los objetivos de enseñanza son entonces los *Lehrziele*); b) los objetivos educativos orientados a la formación humana (*Erziehung*, los objetivos a ella orientados se presentan como *Erziehungziele*)³. La presencia y afirmación de estos últimos se justifica plenamente por ser la escuela –cualquier escuela, pública o privada– una institución concebida para la formación de la personalidad y transmisión de valores.

Los objetivos orientados a la transmisión de conocimientos se establecen sobre todo en los planes de estudio que fija el Estado, mientras que los objetivos orientados a la formación humana (*Erziehungsziele*) derivan de la propia Constitución, se trata de los bienes y valores afirmados en la Ley Fundamental y que constituyen el mínimo común social. Cada escuela podrá fijar por su parte objetivos formativos adicionales si no se oponen a estos bienes y valores constitucionales mínimos y comunes a todas ellas.

² Particularmente en su Sentencia de 16 de mayo de 1995 sobre el caso de los crucifijos en las aulas. Sobre esa sentencia y su entorno *vid.* M. TARRÉS VIVES, "Un breve comentario en torno al momento actual de opinión sobre el Tribunal Constitucional Alemán (A propósito de la sentencia del crucifijo)", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 49, 1997, pp. 359 y ss. Aunque esa Sentencia se invoca con frecuencia, sin duda por el eco mediático que tuvo, en todo lo relativo a derechos y libertades en materia educativa, la jurisprudencia constitucional en la materia tiene un arranque muy anterior. Concretamente la distinción entre objetivos de enseñanza (*Lehrziele*) y objetivos de formación humana (*Erziehungsziele*) se encuentra ya en la jurisprudencia de los años sesenta del pasado siglo. De particular interés sobre el Tribunal Constitucional Federal Alemán, su historia y sus líneas jurisprudenciales (entre ellas la relativa a derechos fundamentales en la que aquí reparamos) el libro editado con motivo de sus sesenta años y escrito por cuatro destacados profesores alemanes, JESTAEDT/LEPSIUS/MOLLERS/SCHÖNBERGER, *Das entgrenzte Gericht (Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht)*, Surkamp Verlag, Berlin, 2011. Una recensión mía de esta obra puede encontrarse en la *Revista de Administración Pública*, n.º 189, 2012, pp. 503 y ss.

³ Esta jurisprudencia alemana, de marcada impronta constitucional, ha llegado a nosotros en algunos casos con otra terminología derivada de la traducción correspondiente. Así se distingue entre "enseñanza" y "educación", se dice así respecto a esta jurisprudencia que "mientras la enseñanza es un proceso de transmisión de conocimientos y capacidades del alumno, la educación es más bien un proceso de formación de la personalidad de éste conforme a unas determinadas directrices de comportamiento con base moral, filosófica o religiosa", B. ALÁEZ CORRAL, "Ideario educativo constitucional y respeto a las convicciones morales de los padres", *El Cronista*, n.º 5, mayo 2009. Se apunta aquí acertadamente a la vinculación del concepto de educación –diferenciado del de enseñanza– con el de formación que es, creo, el más apropiado para el término alemán *Erziehung* que alude a un proceso de formación o maduración personal ("crianza", como en algún caso se traduce) y por ello me refiero a él como "formación humana". Ahí tiene su sentido y encaje el objetivo de la "interiorización" (que no es pues mera transmisión de conocimientos, sino algo que se incorpora a la personalidad) del principio constitucional de igualdad de género que se sitúa como veremos en el centro de la controversia.



Entre los objetivos mínimos de formación humana que derivan directamente de la Constitución se encuentra el de la igualdad de género. Un objetivo que tiene un contenido concreto tal como se había enunciado por la propia jurisprudencia, constitucional y ordinaria: se trata de la “interiorización” (*Verinnerlichung*) por los alumnos del principio constitucional de igualdad de género que tiene además, como destaca la Sentencia del Supremo, otros poderosos anclajes en la Ley Fundamental por su directa conexión con la dignidad humana⁴, la igualdad ante la ley⁵ y por la propia afirmación del Estado de Derecho. Por todo ello, concluye el Tribunal, este objetivo de formación humana (*Erziehungsziele*) que es la interiorización por el alumnado del principio de la igualdad de género puede y debe valorarse en el procedimiento para la autorización de la escuela.

2. El carácter instrumental de los modelos pedagógicos para alcanzar los fines. Los modelos de coeducación o monoeducación no son fines sino medios

La organización, características y sistema pedagógico de la escuela tienen un carácter instrumental para la consecución de los objetivos educativos y se diferencian netamente de ellos. El carácter monoeducativo de la escuela es así un rasgo que inequívocamente se adscribe a los métodos e instrumentos pedagógicos.

Por parte de la entidad promotora de la escuela se alegó que el control administrativo sólo podía proyectarse sobre los fi-

nes educativos y no sobre los modelos pedagógicos que tienen un mero carácter instrumental respecto a aquellos, el carácter monoeducativo o coeducativo de la escuela sería entonces una cuestión al margen del control y valoración del Ministerio de Educación del Land. El Tribunal Supremo rechaza esta alegación argumentando que si bien es cierto que el centro de atención de la supervisión administrativa, por requerirlo así la propia Constitución, se sitúa en los objetivos educativos –en los fines– y no en los modelos pedagógicos –los medios–, no es menos cierto que estos últimos pueden ser objeto de atención en el procedimiento autorizatorio justamente para valorar su idoneidad para el logro de los objetivos educativos.

La valoración que puede realizarse es la que el Tribunal Supremo caracteriza como una valoración equivalencia por los resultados. Los modelos o sistemas pedagógicos han de valorarse así positivamente –sin que puedan ser por tanto motivo de denegación de la autorización– si con ellos se alcanzan los objetivos educativos. Las escuelas privadas no pueden ser desautorizadas por los instrumentos o modelos pedagógicos que implantan si con ellos se alcanzan unos objetivos educativos equivalentes a los de las escuelas públicas.

Reconocida de manera expresa en la Constitución, la libertad de creación de escuelas radica precisamente en la libertad de su titular para elegir sus métodos pedagógicos y fórmulas de organización. “Dicha libertad del titular debe permitir también la opción por modelos que han sido rechazados por los gestores de la escuela pública” (FJ. 28.3) No puede en modo alguno limitarse a los diseños organizativos y métodos pedagógicos implantados en la escuela pública. Si así fuera, esta libertad constitucional se vería vaciada de contenido y el titular de la escuela quedaría convertido en un mero gestor de la misma. “El titular de la escuela privada puede configurarla según las concepciones en materia pedagógica que le resulten convincentes. La Ley Fundamental sitúa la valoración de estas concepciones, no tanto en la supervisión estatal, sino más bien en los padres

⁴ Artículo 1.1 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”.

⁵ Artículo 3 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania: “1. Todas las personas son iguales ante la ley. 2. El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos. El Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes. 3. Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones”.

que, al ejercer su derecho a educar a sus hijos, deciden si desean escolarizar a su hijo en una escuela que se fundamenta en tales convicciones” (FJ. 28.3 *in fine*).

La denegación de la autorización sólo sería admisible si los métodos pedagógicos no resultasen idóneos o capaces para alcanzar de manera aceptable los objetivos educativos, dejando a los alumnos de esa escuela en una situación de inferioridad.

“El hecho de que en las escuelas privadas se imparta una educación bajo su propia responsabilidad y dirección, también por supuesto en lo relativo a los métodos pedagógicos, constituye justamente la seña de identidad de la escuela privada. *Se prohíbe de ese modo el trato desfavorable a las escuelas privadas por su distinto modo de organizar la formación. (Die Benachteiligung von Privatschulen allein wegen ihrer anderseitigen Erziehungsformen verbietet sich daher)*⁶. La Constitución repara así en la relación entre la libertad de la escuela privada y el derecho de los padres a formar a sus hijos (art. 6)⁷ y declara su resuelta convicción a favor de un pluralismo escolar que se manifiesta en la apertura hacia la diversidad de formas y contenidos por los que puede optar una escuela” (FJ. 27.2 *in fine*).

Destaca el Tribunal Supremo que incluso serían admisibles ciertos déficits parciales en la consecución de algunos objetivos si ello se ve compensado por logros más destacados respecto a otros objetivos educativos. Semejante asimetría sería también contenido y expresión de la libertad de creación de escuelas que conlleva la libertad de opción por métodos pedagógicos que podrían valorar y potenciar determinados objetivos en detrimento de otros, siempre que este déficit no fuera excesivo ni por debajo de unos mínimos exigibles.

⁶ El Tribunal Supremo apoya esta afirmación en una jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de la que cita sus decisiones de 14 de noviembre de 1969 y de 8 de junio de 2011.

⁷ Artículo 6.2 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania: “El cuidado y la educación de los hijos son el derecho natural de los padres y el deber que les incumbe prioritariamente a ellos. La comunidad estatal velará por su cumplimiento”.

III. EL NUCLEO DE LA CUESTIÓN. LA ESCUELA MONOEDUCATIVA ANTE EL OBJETIVO EDUCATIVO DE FORMACIÓN HUMANA (ERZIEHUNGZIEL) DE LA INTERIORIZACIÓN POR EL ALUMNADO DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE GÉNERO

1. La posición del Tribunal Supremo: la idoneidad de la escuela monoeducativa o de educación diferenciada para alcanzar ese objetivo

De la aplicación de estos conceptos y criterios al caso que se le plantea al Tribunal resulta que el modelo de escuela monoeducativa o diferenciada es una opción pedagógica por la que libremente puede optar el titular de la escuela. La Administración educativa puede ejercer su control sobre esta opción educativa en el momento en que se somete a la correspondiente autorización, pero ese control se circunscribe estrictamente a la valoración de la idoneidad de esta opción para alcanzar los objetivos educativos de enunciado constitucional y legal.

En este caso es un único objetivo el que se toma en consideración y en el que se centra la controversia: la interiorización por los alumnos del principio de igualdad de género. Por parte del Ministerio de Educación no se duda que la escuela monoeducativa puede perfectamente trasladar a los alumnos este principio por la vía de transmisión de conocimientos, de la enseñanza (*Lehrung*), pero que su efectiva interiorización como objetivo de formación humana (*Erziehung*) requiere de la relación cotidiana y la convivencia educativa entre alumnos de distinto género. El Tribunal Supremo afirma que no está absoluto probado, ni admitido por la comunidad científica de la pedagogía y educación, que la interiorización del principio de igualdad de género no pueda lograrse con el modelo de escuela monoeducativa o escuela diferenciada. La postura contraria del Ministerio de Educación del Land de Brandeburgo sólo puede entenderse —en modo alguno compartirse— si el Ministerio está contemplando una determinada imagen o estereotipo de las relaciones entre estudiantes de distinto género y eso es algo que no puede en absoluto imponerse con carácter general en una sociedad pluralista



en la que son admisibles diversas imágenes o manifestaciones de un mismo principio, bien o valor constitucional. “Si el Estado –afirma el Tribunal Supremo– adoptase exigencias que rebasaran este mínimo consenso constitucional tomaría posición entonces en cuestiones debatidas sobre la concepción del mundo (*weltanschaulichen Streitfragen*) y limitaría la libertad de configuración del titular de la escuela privada de una manera que el artículo 7.4 de la Ley Fundamental le impide” (FJ. 24.2 *in fine*).

2. La incorporación a la Sentencia de la opinión de la comunidad científica educativa y de la pedagogía

Es de destacar la atención que presta el Tribunal a la comunidad científica de la pedagogía y educación para fundamentar su postura. Las citas a tratados y publicaciones científicas son muy abundantes y con ellas se documenta sobradamente el estado de los conocimientos en la comunidad científica: en absoluto puede advertirse en ella el más mínimo consenso sobre la superior idoneidad del modelo pedagógico de coeducación para alcanzar el objetivo educativo de la interiorización del principio de igualdad de género. Desde el modelo de la monoeducación o educación diferenciada puede alcanzarse y se alcanza de hecho con toda normalidad este objetivo. Las escuelas monoeducativas, abunda el Tribunal, cuentan con una larga tradición en Alemania y en todos los países occidentales sin que se tenga constancia científica alguna de que ello suponga déficit de ningún tipo en relación con este objetivo educativo, ni con ningún otro.

En ese análisis y valoración de conceptos no jurídicos, asomándose el Tribunal a las posiciones de la comunidad científica de este ámbito, el Ministerio de Educación de Brandemburgo alega que por parte de las anteriores instancias judiciales, que fallaron en su contra, no se ha prestado la suficiente atención, ni se ha rebatido, el dictamen o informe científico aportado por el Profesor Dr. F a requerimiento del Ministerio de Educación del Land. El Tribunal Supremo Federal afirma que el informe sí fue tomado en consideración tanto por el Tribunal de Primera Instancia como por el Tribunal Superior de lo Contencioso (*Oberverwaltungsgericht*) del Land de Brandemburgo. Por si la atención prestada no hubiera resultado suficiente, el Tribunal Supremo se adentra en una consideración detenida y en detalle del informe. En lo sustancial se trata de una encuesta realizada a 1.700 estudiantes. De ella concluye el Profesor Dr. F que el objetivo educativo de la interiorización del principio de igualdad de género puede alcanzarse perfectamente con el modelo monoeducativo pero destaca que el modelo de coeducación presenta unas “condiciones estructurales más favorables”. El resultado de este estudio no es susceptible de alterar en modo alguno los razonamientos, fundamentos y referencias de las sentencias precedentes ni la del Tribunal Supremo resolviendo el recurso de apelación. Por lo demás el Tribunal advierte en el informe un error de planteamiento más allá de las consideraciones científicas en las que no se adentra. El error se localiza en un dato estrictamente constitucional y es que la concepción de igualdad de género que se adopta en el informe va más allá de la que con carácter general se afirma en la Ley Fundamental⁸,

⁸ “En algunos pasajes del informe –afirma el Tribunal– se hace patente que parte de una concepción de la igualdad de género que va más allá de lo requerido constitucionalmente para el presente caso. Así sucede, por ejemplo, cuando el estudio se refiere a indicios de que ‘la separación por sexos favorece

adoptándose una vez más una singular concepción de igualdad que no resulta en modo alguno exigible en una sociedad pluralista en la que más allá de los mínimos constitucionales son admisibles diversas concepciones.

3. La confirmación en los Tratados Internacionales en materia de educación

El tramo final de la Sentencia se centra en el análisis de los Tratados Internacionales que se alegan por las partes o que puedan resultar de aplicación al caso. Se repasa así en el “Convenio de 15 de diciembre de 1960 contra la discriminación en la enseñanza”, en el “Pacto internacional de derechos económicos, culturales y sociales del 19 de diciembre de 1966”, en la “Convención sobre los derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989” y en la “Convención para la eliminación de toda forma de discriminación de la mujer, de 18 de diciembre de 1979”.

Ninguno de estos instrumentos internacionales puede oponerse al normal reconocimiento de las escuelas monoeducativas que permiten alcanzar perfectamente los objetivos y fines que puedan advertirse en esos Tratados Internacionales.

Finalmente el Tribunal Supremo elimina ciertas condiciones menores o de detalle que se habían impuesto por las sentencias del Tribunal de instancia el Superior del Land relacionadas con el objetivo educativo de la interiorización del principio de igualdad de género como eran algún tipo de material escolar o la participación de conferenciantes del ámbito de la política de género. El Tribunal Supremo concluye al respecto, en su último Fundamento, del siguiente modo: “Estas condiciones que las instancias judiciales previas imponían a la educación monoeducativa estarían vaciando de contenido la facultad constitucionalmente protegida de optar libremente por la monoeducación puesto que no impide la realización del objetivo educativo de la interiorización de la igualdad de género por el alumnado. No hay indicios de que exista un mínimo consenso, científicamente validado, de que la interiorización de la igualdad de género sea únicamente posible en las escuelas monoeducativas con la condición de que se adopten medidas como las propuestas por el Tribunal de instancia y el de apelación” (FJ. 41 *in fine*).

La Sentencia es por unanimidad de los cinco Magistrados de la Sala: Prof. Dr. Hecker, Dr. Möller, Neumann, Büge y Hahn.

IV. UN BREVE EXCURSO SOBRE LA PARADÓJICA REGULACIÓN LEGISLATIVA DE LA EDUCACIÓN DIFERENCIADA EN ESPAÑA

Aunque el objetivo fundamental de este artículo es dar cuenta de la importante sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán, no puede evitarse alguna reflexión –muy breve en cual-

la tendencia a crear estereotipos’. Un fortalecimiento de perspectivas estereotipadas sobre géneros como consecuencia de enseñanza monoeducativa puede dar lugar a una crítica justificada desde el peculiar punto de vista de la pedagogía de género y por lo tanto constituir un postulado legítimo para una crítica científica a escuelas monoeducativas, pero no podría en absoluto demostrar que los alumnos de estas escuelas no interiorizan suficientemente la igualdad de géneros” (FJ. 32 *in fine*).

quier caso y al hilo de lo que esta sentencia suscita— sobre el tratamiento legal y jurisprudencial entre nosotros del modelo de escuela monoeducativa o diferenciada, con sentencias también de la Sala Tercera de nuestro Tribunal Supremo⁹. Como es sabido, la cuestión aquí es la del acceso de estas escuelas al régimen de concierto que tradicionalmente se ofrece a las escuelas privadas para la gestión del servicio público de educación.

1. El pleno reconocimiento, de nuevo reafirmado, de la educación diferenciada, “tan legítima —afirma el Tribunal Supremo— como el modelo de coeducación”

Es obvio que la sentencia alemana viene a reforzar aún más si cabe la plena adecuación de las escuelas monoeducativas o diferenciadas al entorno constitucional y al catálogo básico de derechos, libertades y obligaciones de la cultura occidental —tal como se refleja también en los Tratados Internacionales— en el ámbito de la educación. Se trata de un modelo pedagógico del todo normal y ordinario al que no se le ha planteado objeción constitucional alguna y cuya adecuación a los Tratados Internacionales es ratificada, una vez más, por esta sentencia del Tribunal Supremo alemán. Ni lejanamente se advierte allí, como acabamos de comprobar, discriminación de ningún tipo y la cuestión se circunscribió al reconocimiento de la idoneidad de este modelo pedagógico para alcanzar el objetivo educativo de la interiorización del principio de igualdad de género.

En esa misma línea, nuestro Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones ha reconocido, y sigue reconociendo en sentencias muy recientes, la plena legitimidad del modelo pedagógico de educación diferenciada o monoeducativo. Por el alto Tribunal se acoge plenamente una constante línea jurisprudencial que “no cuestiona la existencia de educación diferenciada, tan legítima como el modelo de coeducación que preconiza la Ley” (STS 23 de julio de 2012, FJ. 3).

2. El régimen de conciertos como régimen de excepción a la lógica constitucional

El salto brusco, que comporta una completa ruptura argumental, se produce cuando nos situamos ante el régimen de concierto, muy arraigado en nuestro sistema educativo, al que pueden optar las escuelas privadas. Aquí cualquier legitimidad que se invoque, cualquier desarrollo lógico y racional que se siga del régimen constitucional de derechos, libertades y deberes en materia educativa se desvanece para imponerse como criterio absoluto, sin necesidad de motivación alguna, la nuda voluntad del legislador para decidir el destino de fondos públicos excluyendo del acceso a ellos, y del régimen del concierto, a quien soberanamente quiera. Así es como se excluye del régimen de concierto a los centros de educación diferenciada o escuelas monoeducativas. Esta decisión del legislador no puede fundarse en modo alguno en que este modelo de escuela comporte una discriminación entre alumnos por razón de sexo. Si así fuere, tales escuelas no serían admisibles en nuestro orden

constitucional. Pero ya se ve, y la sentencia alemana —en la que en ningún momento se planteó siquiera el tema de la discriminación— lo confirma una vez más, que esto no es así. El único motivo de exclusión es la pura voluntad del legislador. Concretamente la Ley Orgánica 2/2006 de educación.

El hecho de que se utilice la palabra discriminación —con una marcada intencionalidad peyorativa— en ese texto legal para referirse a los centros que “discriminan” por sexos en la admisión de alumnos no comporta en absoluto la constatación de una discriminación en su genuino significado constitucional que rechazaría de plano la existencia misma de estos centros. También se podría hablar de discriminación entre ciudadanos de la UE y los restantes cuando son “segregados” en los controles de pasaporte en los aeropuertos europeos. Es un empleo banal del término “discriminación” que hace innecesario recurrir a otros muchos ejemplos, igualmente banales. Esa deriva en la banalización de la discriminación nos llevaría a constatar que no son propiamente las escuelas monoeducativas las que supuestamente discriminan, sino los padres que deciden llevar a ellas a sus hijos. Algún tipo de actuación para la protección de los niños o las niñas discriminados/as habrían de emprender entonces los poderes públicos contra estos padres que sin duda serían los primeros sorprendidos al saber de esa sorprendente y reprochable condición de “discriminadores” —de sus propios hijos, ahí es nada— que concurre en ellos. Resulta cómico —u ofensivo, según como se lo tomen— considerar a los padres sujetos discriminadores de sus propios hijos al enviarlos a una escuela de educación diferenciada.

Son sencillamente delirantes las consecuencias a las que nos puede llevar la tergiversada y peyorativa adscripción del simple término “discriminación” a una institución tan consolidada, aceptada y reconocida como es la escuela diferenciada, “tan legítima como la coeducación” según reiterada jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo. El mero empleo del término no aporta razón o fundamento jurídico alguno al legislador para excluir del régimen de concierto a una opción pedagógica “tan legítima como el modelo de coeducación”. Es la pura voluntad del legislador —que nos va mostrando su faz más arbitraria según nos acercamos a ella— la que decide la exclusión de este modelo de monoeducación de la posibilidad de acceder al régimen de concierto. Una decisión del legislador que es acatada por el Tribunal Supremo en unas sentencias en las que el único argumento que se ofrece es, exclusivamente, este: es voluntad del legislador, del legislador de 2006, excluir del régimen del concierto a un modelo de escuela cuya legitimidad en todos los órdenes es absolutamente incuestionable y reconocida como tal por el Supremo. Por supuesto que al Tribunal Supremo le corresponde la aplicación de la Ley a los casos que se le someten. Pero dos puntualizaciones han de realizarse al respecto: a) la propia Ley 2/2006 admite otra interpretación, tal como se postula en un voto particular a la sentencia reciente más relevante¹⁰, que permitiría la coherencia argumental (un modelo de escuela tan legítimo como el de la coeducación habría de estar en la misma situación ante el régimen de concierto que los otros modelos) ante la arbitrariedad del legislador, y b) mucho más relevante: la Ley 2/2006 no es la única norma aplicable; la Constitución ofrece en esta mate-

⁹ Entre las del último año destaca sin duda por su relevancia la Sentencia de 23 de julio de 2012 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección cuarta, Ponente: S. Martínez-Vares García. Sentencias posteriores de la misma Sala se limitan a reproducir su contenido.

¹⁰ Sentencia destacada ya aquí, de 23 de julio de 2012. El voto particular es del Magistrado Antonio Martí García.

ria referencias determinantes y es, justamente, el corto recorrido constitucional de esta jurisprudencia la principal crítica que se le puede formular. Tres cuestiones al respecto me permito apuntar solamente para cerrar esta breve aproximación a nuestro debate.

3. Tres breves consideraciones –entre otras muchas posibles– críticas

1. *Sobre el alcance de la opción legal por el modelo de la coeducación.* La coeducación no forma parte en modo alguno del que pudiera considerarse ideario educativo común¹¹ que tiene claras referencias constitucionales sobre todo en lo que son libertades, derechos y deberes fundamentales que recogen y sintetizan concepciones muy arraigadas en la sociedad, fundamentales para la convivencia, entre las que por supuesto se encuentra el respeto a la dignidad humana y el principio de igualdad ante la ley de los que fácilmente se deriva la igualdad de género que perfectamente podría enunciarse y aceptarse, en el sistema educativo y como uno de sus objetivos, como el de la interiorización por alumnos de ese principio¹². Pero la coeducación

¹¹ Deliberadamente rechazo el empleo del concepto “ideario educativo constitucional” por diversas razones. Primera, porque no está enunciado, ni tan siquiera insinuado, en una Constitución que da particular atención al derecho a la educación. Segunda, porque no ha tenido expresión significativa en la jurisprudencia constitucional en la que sólo aparece en el voto particular de un Magistrado a una Sentencia de 1985. Tercera y fundamental porque ese concepto nos podría llevar demasiado lejos en la aceptación indivisa de la Constitución, y la interpretación del Tribunal Constitucional, jurisprudencia constitucional, en materias y desarrollos en los que es perfectamente legítima la discrepancia. Con esta salvedad terminológica, estoy sustancialmente de acuerdo con Benito ALÁEZ en su artículo publicado en esta revista, citado *supra*, sobre la consideración de objetivos educativos (de formación humana, *Erziehungziele*, según una concepción reiterada por la sentencia del Supremo alemán) de ciertos principios y valores básicos de convivencia que, como tales, tienen expresión constitucional sobre todo en torno a los derechos, deberes y libertades fundamentales.

¹² Hago esta referencia al objetivo de “interiorización del principio de igualdad de género” para recordar la sentencia del Supremo alemán. Aunque tal objetivo no está así enunciado entre nosotros no creo que hubiera inconveniente alguno en asumirlo desde la similitud de las bases constitucionales.

no está en el ideario constitucional, ni puede estarlo porque no es un objetivo educativo, ni un valor o fin en sí mismo. Es un medio instrumental, un modelo educativo con el que se pretenden alcanzar objetivos de enseñanza y formación humana que conforman ese mínimo común de objetivos educativos¹³.

La opción prevalente del legislador –en modo alguno de la Constitución– por la coeducación debe entonces dimensionarse en el sentido de que sólo puede resultar vinculante para los centros de gestión directa por entes públicos; pero no tiene virtualidad alguna para centros gestionados por particulares en el ejercicio de la libertad de centros docentes expresamente reconocida en el texto constitucional (art. 27.6). La opción por un modelo educativo distinto, pero igual de legítimo como afirma el TS, al de la coeducación es una libertad constitucional básica que corresponde a los titulares de centros privados.

2. *Sobre la neutralidad de los poderes públicos en las libres opciones por modelos legítimos.* Se deshace así la ecuación entre modelo de coeducación y régimen de concierto en el sentido de que únicamente pueden acceder a éste quienes optan –o se ven obligados a optar para resultar viables económicamente– por aquel modelo. La opción legal por la coeducación sólo resulta vinculante en los centros de gestión pública. Los de gestión privada son resultantes del ejercicio de la libertad de creación de centros docentes en cuyo núcleo está la libertad de opción por modelos educativos que respeten los principios constitucionales. No parece admisible otra actitud del Estado que no sea la neutralidad, sin optar por uno u otro modelo allí donde

¹³ Otra lamentable tergiversación de la educación diferenciada está –como se ha insinuado en algún comentario ligero– en trazar un inexistente paralelismo con las escuelas o madrasas coránicas. Desde el más elemental respeto por la diversidad cultural, la diferencia, clara y elemental, radica en los objetivos educativos pues en estas últimas no se encuentra entre ellos el principio de igualdad de género que es sin embargo característico e irrenunciable en nuestro orden social y constitucional, exigible por tanto a cualquier modelo pedagógico –monoeducativo, coeducativo o cualquier otro– que ha de mostrarse por ello idóneo para alcanzarlo.





la libertad de opción se deja a los particulares, “personas físicas y jurídicas” según la terminología constitucional. El Estado o los poderes públicos son igualmente competentes aquí para garantizar —controlando e interviniendo en su caso— fines educativos comunes que vinculan también a la enseñanza privada, pero no para imponer o favorecer lo que son meros medios, es decir modelos educativos determinados. Sin embargo la Ley 2/2006 opta resueltamente por el modelo de coeducación en este espacio de libre creación de centros por particulares dejando al modelo de educación diferenciada, “tan legítima como la coeducación”, en una situación de desventaja¹⁴.

3. *Sobre la paradoja discriminatoria.* A medida que avanzamos se nos va haciendo visible una discriminación en esta resuelta exclusión del régimen de conciertos a las escuelas monoeducativas o diferenciadas cuando, como afirma otra vez el Tribunal Supremo, “nadie puso en duda la legitimidad del sistema de educación diferenciada” (STS de 23 de julio de 2012). Realmente hace falta mirar para otro lado si no quiere advertirse la discriminación en el tratamiento legal de opciones igualmente legítimas. Y hacia otro lado mira el Tribunal cuando mantiene, recogiendo la argumentación del Tribunal de instancia que “el acceso al concierto requiere del cumplimiento de una serie de requisitos prevenidos legalmente y no todos los centros por el hecho de impartir enseñanza mixta tienen acceso a concier-

to educativo”¹⁵. Por supuesto que hay unas exigencias legales para acceder al concierto —como las hay para erigir un centro educativo, para su profesorado, sus instalaciones, etc.— y no sólo exigencias mínimas comunes, sino criterios de preferencia para acogerse al concierto como son los centros que atienden a poblaciones de condiciones económicas desfavorables, los que realicen experiencias de interés pedagógico, o los que funcionen en régimen de cooperativa. Pero es que la discriminación, y de bulto, está justamente ahí: en que un centro de educación diferenciada está excluido por ley del régimen de concierto por mucho que atienda a poblaciones desfavorecidas, sea de interés pedagógico, o funcione en régimen de cooperativa. Ahí está la discriminación: en que la escuela mixta entra en ese proceso de valoración de condiciones y méritos, con posibilidades de que se le conceda el concierto o que se le deniegue, mientras que la escuela diferenciada no puede entrar siquiera en ese proceso o expediente de valoración y para ella no hay opción alguna de acceder al concierto por muchas que puedan ser sus aportaciones en el plano educativo y social.

Las referencias constitucionales son aquí, una vez más, determinantes. La regulación por ley del régimen y condiciones de los conciertos se contempla en el artículo 27.9 de la Constitución al establecer que “los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca”. Pero ante esa ley han de ser iguales, por requerirlo así el artículo 14 de la Constitución, todas las opciones legítimas: la coeducación y la monoeducación. El mero empleo del término, con tono peyorativo, de “discriminación” —sin significación jurídica alguna como acabamos de comprobar— referido a este modelo educativo para excluirlo arbitrariamente del régimen de concierto se vuelve así, paradójicamente, en contra de un legislador que nos muestra su faz más arbitraria al establecer un régimen ostensiblemente discriminatorio. ♦

¹⁴ El Tribunal Supremo, para salvar el régimen de excepción que se establece en torno a los conciertos, afirma que “el sistema de educación diferenciada, en lo que se refiere a los centros concertados, no forma parte del contenido esencial del derecho a la dirección que corresponde a sus titulares como una manifestación del derecho a la libertad de enseñanza”, afirmación recogida en la STS de 23 de julio de 2012 y de la que se deduce que el régimen legal de concierto es una excepción al régimen constitucional y al derecho fundamental de enseñanza que no rigen entonces si hay dinero público por medio. Esta afirmación, tan grave como inadmisibile, tampoco se precisa en lo que son sus presupuestos. ¿Qué es un centro concertado o “sostenido con fondos públicos”? ¿Lo es aquel en el que los fondos públicos cubren un 10%, o un 23% o un 70% o un 100% de sus costes? Consecuencias tan graves como las que se derivan de tal condición (“concertado”, “sostenido con fondos públicos”) requerirían de una elemental precisión que en ningún momento se intenta siquiera.

¹⁵ Recoge aquí el Supremo, en la citada sentencia de julio de 2012, esta afirmación del Tribunal de instancia, el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Pero por parte del Supremo no hay argumentación alguna sobre la alegación de vulneración del principio de igualdad y discriminación por la ley que excluye radicalmente del régimen de concierto a la escuela diferenciada. Un silencio llamativo.