

“LOS PADRES TENDRÁN DERECHO PREFERENTE A ESCOGER EL TIPO DE EDUCACIÓN QUE HABRÁ DE DARSE A SUS HIJOS”¹
(Un estudio de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)

Lorenzo Martín-Retortillo Baquer
*Universidad Complutense
Madrid*

SUMARIO: 1. Introducción: Un importante pero enigmático derecho fundamental.- 2. Primera parte: Las normas y su contexto.- 3. Segunda parte: La respuesta jurisprudencial.- 4. Consideraciones finales.- 5. Recapitulación.- 6. Anexo: Sentencias y decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos estudiadas.

Abreviaturas

CARTA Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE Constitución española
CEDH Convenio Europeo de Derechos Humanos
DUDH Declaración Universal de Derechos Humanos
FJ Fundamento jurídico
p Párrafo de una sentencia
PA nº 1 Protocolo Adicional número uno
STC Sentencia del Tribunal Constitucional
TC Tribunal constitucional
TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos

¹ Aunque se va a tratar de jurisprudencia dictada en aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, me permito la licencia de utilizar como título el apartado 3 del artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la 183ª Asamblea General de las Naciones Unidas, en París, el 10 de diciembre de 1948, que, como se sabe, está en el origen de aquella.

1. INTRODUCCIÓN: UN IMPORTANTE PERO ENIGMÁTICO DERECHO FUNDAMENTAL.

1. La teoría de los derechos fundamentales hoy imperante en nuestros sistemas jurídicos incluye una exigencia, que a simple vista parece del mayor interés, en lo que tiene que ver con las facultades y compromisos del Estado en relación con la educación y el equilibrio que proporciona el fuerte posicionamiento de los ciudadanos, sugestiva además porque ofrece la coincidencia del peso que puede llegar a tener la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión sobre el sistema educativo del Estado, pero que, más allá de su aparente sencillez y contundencia, resulta un tanto enigmática, sobre todo cuando descendemos a interrogarnos hasta dónde llegará su alcance real. La exigencia a que me refiero, que luego cada sistema matiza y asimila con savia propia e, incluso, incorpora nuevos elementos –como enseguida se expondrá–podría expresarse en los términos categóricos del apartado 3, del artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que he tomado como título de este artículo:

“Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”.

Precepto simple, aunque no cae del vacío –hay que decir, por de pronto, que hay otros dos apartados antes de él que lo sitúan y predeterminan, como luego se precisará–, que nos evoca, en efecto, de una parte, el importante papel que se atribuye al Estado para que asegure la generalización de la enseñanza, pero, también, el ostensible contrapeso ante el gran Leviatán que podría ser el Estado moderno. De hecho, la experiencia histórica anterior, había sido terrible. Porque inmediatamente nos suscita una inevitable serie de preguntas: ¿Qué educación pueden querer los padres para sus hijos? ¿Cuántas respuestas diversas tendrá que asimilar el sistema educativo? ¿Se está justificando, por hacer un razonamiento “ad absurdum”, que cada uno de los padres quiera una educación diferente para sus hijos, es decir, un sistema de educación “a la carta”, fórmula que adoptan a la perfección, en su especialidad, tantos restaurantes –siempre que puedan contar con las viandas necesarias–, pero que nos suscita más dudas si pensamos en la escuela? ¿Estaríamos así auspiciando una especie de nueva “Torre de Babel”, referida no a las lenguas, sino a las fórmulas y criterios educativos? Siempre presente la dura realidad de que por muchas aspiraciones que se tengan –aún dejando de lado otros aspectos bien relevantes–, los medios económicos de que se dispone, como muestra la experiencia, son bastante limitados, lo que anticipa ya que la capacidad de respuesta acaso pueda resentirse. Pero, incluso, la propia lógica. Muchas veces pienso que todo el edificio conceptual de las libertades públicas, debería estar

presidido por el lema, “Los derechos fundamentales y el sentido común”: difícil imaginar fórmulas y soluciones en dicho campo sin contar ante todo con el sentido común. ¿Cada padre, insisto, dentro de un sistema pluralista y de mezcla –y, por ende, bien diverso–, auspiciando diferentes contenidos o métodos para sus hijos?

2. La lectura de un reciente caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH, o, el Tribunal), algo peculiar de nuestra época, bien interesante, resuelto –en mi opinión– con gran altura, aprovechando el Tribunal Europeo, en gran medida, los razonamientos de los órganos jurisdiccionales del orden interno, me avivó el deseo de reflexionar sobre esta zona concreta de la teoría de los derechos humanos, con el afán, si posible fuere, de, a la vista de los posicionamientos del Tribunal sobre este tema, intentar desde la casuística, fijar nuestros conceptos y categorías, con la idea, además, de estar preparados para cuando en la vida cotidiana aparezcan otros supuestos similares o próximos, lo cual parece hartamente probable, con el convencimiento, por último, de lo importante que resulta tener las ideas claras, desde la seguridad de que las opciones, pretensiones y expectativas, podrán ir en muy diversas direcciones².

En cuanto tuve conocimiento del asunto “Konrad y otros c. Alemania”; de 11 de octubre de 2006, suscitó tempranamente mi interés, y en torno a él preparé este trabajo, desde la intención de situarlo en el contexto de los otros casos similares que había tenido oportunidad de abordar el Tribunal con antelación. Pero cuando estaba ya prácticamente concluido, el Tribunal, incesantemente solicitado, más sobre temas de tanta actualidad como los que refleja la jurisprudencia contemplada, tuvo ocasión de enfrentarse de nuevo con un problema parecido, en la reciente sentencia “Folgero y otros c. Noruega”, de 29 de junio de 2007, así como la aún más reciente “Zengin c. Turquía”, de 9 de octubre de 2007, que, aún forzando el esquema inicial, va así a poder ser incorporada a la versión que al final se publique. Confío poder ofrecer, por el momento, una visión de conjunto, si no exhaustiva³.

3. El asunto “Konrad” presenta, en principio, una problemática bastante sencilla que, con todo, puede extrañar a simple vista, en cuanto choca con los

² Para una visión de conjunto de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en materia de libertad religiosa, me remito a mi libro, *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas (Un estudio de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad religiosa)*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2007.

³ Prescindiré, en efecto, del material de la ya extinta Comisión Europea de Derechos Humanos, así como de alguna decisión de inadmisión del propio Tribunal.

hábitos que en general tenemos asumidos. Cuando somos sensibles a lo mucho que ha costado generalizar la educación y lo complejo que resulta que funcione el sistema educativo, puede sorprender, en efecto, en una primera impresión, que el problema consista en que los padres rechacen que hayan de incorporarse a la escuela sus hijos, una niña y un niño, de 11 y 10 años, respectivamente, cuando el asunto llegó a Estrasburgo, en realidad, cuando el problema de fondo se planteó, eran tres años menores, es decir, ocho y siete. Aunque, ciertamente, pasada la primera sorpresa, y cuando se cae en la cuenta de que hoy en nuestra sociedad conviven muy diversas gentes, con bien variadas sensibilidades, es cuando nos incita especialmente el deseo de tratar de indagar la solución jurídica que haya de darse a tal pretensión. Sabiendo también que hoy el mundo aproxima sus distancias, y que en Estados nada alejados se ofrecen muy variadas respuestas al problema.

El caso “Konrad y otros” –en realidad, la expresión engloba a cuatro personas: el padre, Fritz Konrad, la madre, Marianna, la hija, Rebecca, y el hijo, Josué–, supone el litigio entre quienes rechazan la escolarización obligatoria y la correspondiente autoridad educativa alemana (en concreto, como materia regionalizada, del “Land Baden-Wurtemberg”). Los recurrentes, que pertenecen a “una comunidad cristiana intensamente vinculada a la Biblia” –aunque no se dice de que organización se trate–, por razones religiosas rechazan la asistencia de los niños a cualquier escuela, pública o privada. Los padres alegan que en la escuela no se respetan sus creencias religiosas, debido a que se da educación sexual, a la presencia en cuentos de hadas a lo largo de la enseñanza de seres irreales o míticos, como brujas y enanitos, así como a la creciente violencia, tanto física como psicológica imperante –según ellos– entre los alumnos de las escuelas. A partir de ahí, se entabla un vivo debate con las autoridades educativas, que luego se trasladará al ámbito judicial interno, cuyo resultado insatisfactorio para los padres acabaría llevándose al TEDH.

4. Pero estas cosas, también suceden en España. Y es que, con frecuencia, la jurisprudencia sobre derechos humanos evidencia que las cuestiones que se suscitan pueden aparecer a la vez en varios puntos geográficos. Cuando estaba metido en el estudio del asunto, la prensa del 31 de diciembre de 2006, me sorprendió con un caso del todo parecido en cuanto a su planteamiento, si bien, al parecer, al Estado –es decir, a la Comunidad Autónoma competente–, según la noticia, no da la impresión de que le preocupe demasiado el problema. Destaco que así como luego, en otros casos, puedo apoyarme en la prosa firma que ofrece la jurisprudencia, del presente no tengo más que conocimiento periodístico, y ya se sabe que a veces las noticias hay que tomarlas con todas las reservas. Y la noticia habla –y transcribo casi literalmente, aunque

seleccionando— de la existencia en lo alto del Monte Ulía, de San Sebastián, en una granja, de una organización espiritual denominada “Las Doce Tribus”, cuyos miembros tratan de vivir al estilo de los primeros discípulos del Mesías. En lo que nos interesa más directamente, se dice que, “no llevan a sus hijos a la escuela. Son educados en casa. Sus miembros tienen una explicación al respecto: <Sacamos a los niños de la escuela para enseñarles en casa, porque nos dimos cuenta de que todo lo que estábamos haciendo iba a resultar en vano si dejábamos que nuestros niños fueran influenciados por la falta de respeto y la inmoralidad del mundo>. En sus comunidades <no entra nada extraño o sucio que pueda contaminarla, se mantiene pura>”. La noticia informa también de que, “El Departamento de Educación del Gobierno Vasco asegura que no es su cometido <controlar a esta gente>, puesto que se trata de un <número reducido de personas que hoy está aquí y mañana en otro punto de España o del mundo>. Las autoridades educativas consideran <imposible> introducir a este grupo en el sistema educativo por <su nula disposición a integrarse en la sociedad>. Un portavoz de la Consejería lo expresa así: <¿Se podrían tomar cartas en el asunto? Sí, pero...>”. Último fragmento de la información: “La Fiscalía de San Sebastián no ha recibido ninguna denuncia, ni hay actuación alguna contra sus miembros por negarse a escolarizar a los niños (...), informa el Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial”⁴.

5. En puridad, a poco que se ponga uno a hurgar aparecen supuestos similares. Así, del repertorio del Tribunal Constitucional (también denominado con la abreviatura, TC), si hay un par de referencias a la aplicación del artículo 27.3 CE con su previsión del derecho de los padres, destaca sobre todo, incluso por la similitud con el asunto “Konrad”, una sentencia de 1994, la 260/1994, de 3 de octubre, en el supuesto que podemos denominar de “los Niños de Dios”.

La Generalidad de Cataluña reacciona ante la no escolarización de diversos niños, en relación con los cuales observa un conjunto de deficiencias, estimando que se produce una *situación de desamparo*, por lo que acude al Juzgado en procedimiento de jurisdicción voluntaria instando que así se declare, de forma que, entre otras medidas, se le atribuya la patria potestad, y así poder escolarizarlos. Debo precisar que los padres de los niños pertenecían a la organización denominada “Niños de Dios”, que en la decisión del Juzgado es calificada de “secta”, así como se deja constancia de que contra ella se está siguiendo un proceso penal [que, me da la impresión terminó en condena]; por mi parte advertiré que nunca fue inscrita en el Registro de Entidades

⁴ Es el reportaje, *La sospechosa espiritualidad de las doce Tribus*, que firma Mikel ORMAZABAL, en “El País”, del domingo 31 de diciembre de 2006, página 49.

Religiosas, que se lleva en el Ministerio de Justicia. Como argumento de peso, se manejaba el de que el artículo 27.3 CE ha de confrontarse con los deberes que comporta la patria potestad. El Juzgado, estimó la solicitud de la Generalidad, dictando los correspondientes autos: de forma que, otorgamiento de la patria potestad a favor de la entidad regional, lo que se tradujo en la efectiva presencia de los niños en la escuela, si bien ante la favorable evolución de los menores a raíz de la escolarización, se otorgó a los padres la mera guarda de los menores. Pero los padres apelaron ante la Audiencia Provincial, que resolvería en sentido estimatorio sus pretensiones. Esta sería al argumentación de la Audiencia, que tomo de los antecedentes de la STC:

“A juicio de la Sala, a pesar de que la patria potestad debe ejercerse en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, determinar qué debe entenderse por una cláusula tan ambigua es algo que sólo puede precisarse caso a caso y respetando también el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE); en su opinión, no existía prueba suficiente de que la comunidad “Niños de Dios” fuera una secta, y estimó que las enseñanzas recibidas por los menores se impartían sin descuidar las consideradas como básicas y obligatorias, <escolaridad libre según el ordenamiento jurídico de alguno de los países de origen de los niños, y, en definitiva, no dista de la que se da en los colegios regidos por religiosos en nuestro país> [¡!]. Se señala, por último, que se ha impuesto el confinamiento a un grupo de niños extranjeros, <rompiendo la natural armonía paterno-filial dando intervención preponderante en la misma al Estado>, y que, en definitiva, debía <prevaler la libertad de culto de los padres y el derecho a elegir la educación de sus hijos>”.

Se llega a la citada STC 260/1994 porque la Generalidad recurre en amparo la decisión de la Audiencia. Por lo que se deduce de la lectura de la sentencia, el recurso estaba elaborado con todo cuidado, y muy sólido en argumentos, pero el TC lo rechazó, en los términos a que más adelante me referiré. Es de destacar, con todo, que a la opinión de la mayoría se añade un voto particular disidente del magistrado Vicente Gimeno Sendra, muy logrado.

6. El argumento del derecho de los padres a predeterminar la educación de los hijos, del art. 27.3 CE, aparece también en la STC 141/2000, de 29 de mayo, en un asunto complejo, con cierta tensión inherente. Una señora, Doña Carmen, formula demanda de separación matrimonial contra su esposo, Don Pedro, alegando que desde la incorporación de éste al “Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España”, ha hecho dejación de sus obligaciones fami-

liares. El matrimonio tenía dos hijos, ambos menores de edad, de 5 y 12 años. En alguno de los documentos que se han aportado a lo largo de los procesos, se califica al Movimiento de “secta destructiva”. Por mi parte, añadiré que no ha sido inscrito en el Registro de Entidades Religiosas, del Ministerio de Justicia. En el debate judicial, que pasó por el Juzgado y la Audiencia Provincial, Doña Carmen, alegando el art. 27.3 CE, insiste que en el régimen de visitas se impida al padre que haga proselitismo sobre los niños, así como que a la vista de ello se organice el criterio de distribución del tiempo de los hijos entre ambos cónyuges. En este sentido, la sentencia de la Audiencia es mucho más incisiva y rigurosa que la del Juzgado, por lo que Don Pedro acude en amparo ante el TC, y si la madre se había apoyado en el artículo 27.3, él va a argumentar basándose en el artículo 16 y la libertad de creencias⁵. La STC depara criterios de interés, como cuando se afirma:

“En resumen, frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el <interés superior> de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE)” (FJ 5).

No obstante, el fallo va a decantarse a favor de la libertad de creencias del padre –cuyas opciones, se dice, habrían sido objeto de restricciones injustificadas– y por eso se otorga el amparo, anulando la decisión de la Audiencia en lo que había modificado la sentencia del Juzgado restringiendo el régimen de visitas y de estancia con los hijos.

7. Pasemos ahora al sistema del Convenio para la Salvaguarda de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, del Consejo de Europa, hecho en Roma, el 4 de noviembre de 1950 (citado en adelante como “el Convenio Europeo”, “el Convenio de Derechos Humanos”, “el Convenio”, o, por la abreviatura, “CEDH”), pues la finalidad principal del presente trabajo consiste en estudiar el alcance de la jurisprudencia del Tribunal instaurado para su protección.

⁵ El Tribunal Constitucional razonará, en efecto, apoyándose fundamentalmente en “la libertad de creencias, sea cual sea su naturaleza, religiosa o secular” (así FJ 4).

Y lo primero que hay que decir es que no son abundantes las decisiones que han abordado el problema pero que las pocas con que se cuenta, por el momento, resultan bien interesantes y deparan valiosos argumentos. Aparte del caso “Konrad”, que nos sirve de punto de partida, se dispone, según mi cuenta, de unos siete casos, cinco sentencias y dos decisiones sobre la admisibilidad, que permiten sacar conclusiones de interés. Dejando de lado algún precedente de escaso significado, se abrió la serie con la sentencia “Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca”, de 7 de diciembre de 1976. Se trata de un asunto ciertamente apasionante en el que los demandantes se oponían a que se diera clase de educación sexual a sus hijos y que daría lugar a una sentencia muy elaborada, roturando ya prácticamente el terreno en cuanto a las argumentaciones, sobre la cual, volveremos luego con detenimiento.

Vino luego una sentencia, famosa sobre todo como detonante de otra problemática, pero que terminaría derivando en un problema del derecho de los padres –dos madres, en concreto, en el caso– a escoger la educación de los hijos: el asunto “Campbell y Cosans c. Reino Unido”, de 25 de febrero de 1982. Es conocida la sentencia por haber sido la espoleta para plantear a lo vivo el problema de los castigos corporales en las escuelas. Dos niños, son convocados, en efecto, en aplicación del sistema disciplinario de la correspondiente escuela –son supuestos diferentes que terminarían acumulándose– para recibir los previstos correazos en la palma de la mano, a consecuencia de sus travesuras. Pero no comparecieron. No recibieron, por ende, el castigo. Pero, al dejar de ir a la escuela, se plantea el asunto desde el punto de vista del derecho a la educación y desde el derecho de los padres a predeterminedar la enseñanza de los hijos.

Aparece a continuación la sentencia “Valsamis c. Grecia”, de 18 de diciembre de 1996: por razones pacifistas de fundamentación religiosa, los padres de una niña se oponen a que ésta acuda, con el resto del alumnado de la escuela, a la conmemoración de la Fiesta Nacional... que se celebra precisamente el día que se inicia el alzamiento de Grecia contra los ocupantes italianos.

La cuarta oportunidad se le ofreció al Tribunal con un asunto similar al caso “Kjeldsen”, que afectaba, por cierto, a España. Se trata de la Decisión de inadmisión “Alejandro Jiménez Alonso y P.J.M c. España”, de de 25 de mayo de 2000: padre e hija opuestos a que ésta –con 13-14 años entonces– recibiera educación sexual en el colegio, en un pueblo de Cantabria. De lo que he señalado, se habrá deducido que el Tribunal rechazó entrar en el fondo, lo que no fue obstáculo para que la decisión de inadmisión ofreciera argumentos a retener.

El quinto asunto representaba un cambio notable de perspectiva: la deci-

sión sobre admisibilidad “Hasan Zengin y Eylen Zengin c. Turquía”, de 6 de junio de 2006. También, padre e hija, miembros de la confesión de los alevitas –una de las ramas del Islam, pero con muchas características y especialidades–, que aspiraban a que se dispensara a la niña –de 13 años cuando se inició el litigio– del curso de cultura religiosa y conocimiento moral. Su queja consiste en que en las clases se negaba la existencia de sus creencias y que sólo se enseñaba el Islam desde la óptica suní: no se respetaría por ende el derecho a recibir educación de acuerdo con sus creencias religiosas. El Tribunal admitiría y decidiría tramitar. Precisamente, acaba de producirse la sentencia, lo que me da pie para poder referirme a ella más adelante.

Hay que aludir en sexto lugar, a un asunto del todo reciente, como antes decía, producido con posterioridad a la decisión Konrad, y que se sitúa en la misma longitud de onda del caso Zengin, si bien con sensibles diferencias, tanto en cuanto a la geografía como a los contenidos polémicos. Es cuestión ahora de la sentencia “Folgero y otros c. Noruega”, de 29 de junio de 2007, una larga sentencia, que se difirió a la Gran Sala, y que debió ser muy discutida, en cuanto la votación arrojó un saldo de nueve votos contra ocho, y hay votos particulares disidentes en los que participan nueve de los jueces (es decir, también uno que al final votó con la mayoría)⁶, con el resultado de condenar a Noruega. La cuestión radica en que en Noruega, según su Constitución, hay una religión de Estado y una Iglesia de Estado: la Religión Evangélica Luterana y la Iglesia de Noruega, respectivamente. Los recurrentes son un grupo de nueve personas, madres, padres e hijos, pertenecientes aquellos a la “Asociación Humanista Noruega” –de cuyas características no se da noticia–, que van a estimar que la enseñanza religiosa obligatoria resulta demasiado sesgada a favor de la religión oficial, con la que ellos no comulgan, y que las dispensas previstas no son suficientes.

De modo que, por resumir y cerrar ya este inciso sobre las jurisprudencias del TEDH, los siete casos referidos, y acerca de cuyo alcance y contenido luego se volverá, nos permiten clasificar en tres grupos los problemas que van apareciendo. Cierto que luego hay líneas comunes y puntos de coincidencia, no en balde impera el común denominador del derecho de los padres a prede-terminar la educación de los hijos, pero me parece de interés destacar que los trazos gruesos van en tres direcciones:

- a) Negativa genérica a escolarizar a los niños (aunque puedan influir las razones que lucen en los otros dos grupos). Aquí se situaría la decisión “Konrad c. Alemania”.

⁶ En un voto particular de dos jueces, en el que se sostenía que el asunto debió haber sido declarado inadmisibile.

b) Negativa a que en la escuela se reciba educación sexual. Es el punto central de la sentencia sobre Dinamarca, así como de la decisión sobre España.

Y, c) Objeciones desde una determinada religión o creencia a la enseñanza religiosa que se imparte en las escuelas, o al ejercicio de determinadas actividades o prácticas. Encajarían aquí la decisión “Zengin c. Turquía”, la sentencia “Folgero c. Noruega”, la sentencia “Campbell y Cosans c. Reino Unido”, así como el caso “Valsamis c. Grecia”.

2. PRIMERA PARTE: LAS NORMAS Y SU CONTEXTO.

8. De enseñanza, de educación estamos hablando. Pero, ¿de que clase? ¿Dentro de qué coordenadas? Cada época busca sus respuestas, y las de nuestro tiempo son, en efecto, bien diferentes de las de antaño. Por encuadrar el tema desde una perspectiva negativa, me permitiré ilustrarlo con tres citas literarias de bien acreditados autores, pero de diferentes épocas y sensibilidades. Todas ellas expresivas de una situación generalizada, que hoy ha sido superada radicalmente.

Comencemos la cita con una referencia al “Nuevo Mundo”: la *temprana* observación del Inca Garcilaso de la Vega cuando describe las ideas del rey inca Roca, que reinó cincuenta años e hizo muchas cosas:

“Que convenía que los hijos de la gente común no aprendiesen la ciencias, las cuales pertenecían solamente a los nobles, porque no se ensoberbeciesen y amenguasen la república. Que les enseñasen los oficios de sus padres, que les bastaban...

...fue el primero que puso escuelas en la ciudad real de Cuzco, para que los amantas [“A los maestros llamaban amantas, que es tanto como filósofos y sabios, los cuales eran tenidos en suma veneración”] enseñasen las ciencias que alcanzaban a los príncipes Incas y a los de su sangre real y a los nobles de su Imperio”⁷.

Vaya, en segundo lugar, una mención a una de las grandes novelas del siglo XX, una reflexión contenida en ese magno crisol de ideas, que es *La montaña mágica*. En las vivas discusiones entre los jóvenes enfermos, que tienen por testigo las montañas de Devos –la “montaña mágica”–, en las proximidades del Sanatorio internacional Berghof, en el debate entre el masón y librepensador Settembrini y el jesuita Naphta, Thomas Mann pone en boca de este último: “¿Recordaba Settembrini que el más grande poeta de la Edad Media, Wolfram von Eschenbach, había sido analfabeto? En aquella época, se

⁷ INCA GARCILASO DE LA VEGA, *Comentarios Reales*, Libro 4º, capítulo XIX, Clásicos Castalia, Edición de Mercedes Serna, Madrid 2000, 289.

hubiera considerado vergonzoso en Alemania enviar a la escuela a un muchacho que no quisiese ser sacerdote, y aquel desprecio aristocrático y popular hacia las artes literarias siempre había sido una manifestación de nobleza verdadera...”⁸. Y no muy lejos de esa apreciación se sitúa lo que nos narra William Shakespeare en “Coriolanus”, en términos más esquemáticos ya, una observación con la que el dramaturgo caracteriza a uno de sus personajes, cuando Valeria pregunta por el hijo de Virginia y Coriolano, responde la abuela Volumnia: “He had rather see the swords and hear a drum than look upon his schoolmaster”⁹ (es decir, antes el fragor bélico que las enseñanzas del maestro).

Tres referencias concretas, convencionales, a una situación sin duda generalizada, con la intención de marcar el contraste con la situación actual, que tanto ha cambiado desde hace ya años. Contando con precedentes muy valiosos, y tras muy enconados esfuerzos y sacrificios, hoy es una realidad la generalización de la enseñanza y, simultáneamente, la expansión de la carga asumida por el Estado al responsabilizarse de ella. El compromiso formal del Estado se reflejará desde la otra perspectiva, la de los ciudadanos, en la titularidad de un derecho fundamental, pero también en la correspondiente obligación, en cuanto se conviene que la enseñanza va a considerarse obligatoria. En una estructura jurídica algo compleja, pues, como hemos de ver, y ahí radica en parte el interés de esta indagación, van a ser varios los sujetos englobados en esta relación jurídica. Nada mejor para expresar la situación hoy generalizada, que hacer uso de nuevo del artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que, además, por su fuerza, ha servido de acicate para el constitucionalismo que aún no había asumido la idea. La consideración de la DUDH me dará pié, luego, para bucear y tratar de ver como se consagran todas estas ideas en los grupos normativos básicos que predeterminan el ordenamiento jurídico español.

Si antes se aludió al apartado tercero, la cita nos lleva ahora, ante todo, al apartado primero que sirve para contextualizar las previsiones:

“Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita al menos en lo concerniente a la instrucción elemental fundamental. La instrucción elemental será obligatoria...”

No habrá mejor testimonio para expresar esta idea, históricamente tan novedosa, auténticamente tan revolucionaria, cual es la de consagrar este “derecho a la educación”, del que va a ser titular “toda persona”. En un contex-

⁸ Thomas MANN, *La montaña mágica*, traducción Isabel García Adanez, Editorial Edhasa, Barcelona, 2005, 675.

⁹ William SHAKESPEARE, *Coriolanus*, en *The complete Works*, acto primero, escena tercera, 56, edición a cargo de Peter Alexander, Collins, Londres, 1964, 832.

to además en el que, como expresa el Preámbulo de la Declaración, “Los Estados Miembros se han comprometido a asegurar el respeto universal y efectivo de los derechos y libertades fundamentales del hombre”. Derecho para todos, por ende. Pero a su vez, y hacen así su aparición las otras vertientes del nuevo derecho, la instrucción elemental, que debe ser gratuita –lo que representa un importante compromiso para el Estado–, a su vez, “será obligatoria”.

Es oportuno recalcar igualmente que cuando la Declaración Universal consagra el derecho-deber a la educación, ante la disparidad de interpretaciones de que pudiera ser objeto el término empleado, se cuida de codificar concreciones importantes, en un alarde de precisión de gran alcance para el Derecho constitucional. Conviene por eso tener bien presente el alcance del apartado segundo del precepto:

“La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz”.

O sea que, puntualizando lo que llevamos visto, el derecho de los padres a predeterminar la educación de los hijos, se enmarca dentro del derecho de todos –entre ellos, obviamente, los hijos– a la educación, una educación que se considera obligatoria, pero una educación que se considera predeterminada por unos valores claros e incuestionables, como “el pleno desarrollo de la personalidad humana”, o, entre otras cosas, el favorecimiento de “la comprensión, la tolerancia y la amistad entre (...) todos los grupos étnicos y religiosos”. Lo que la Declaración Universal declaró desde su altura¹⁰, fue asumido después por otras declaraciones¹¹ o textos básicos que, a su vez, potenciaban o complementaban el contenido inicial. Será útil dejar constancia de los más significativos, que tengan incidencia en el ordenamiento jurídico español.

Con todo, antes de pasar adelante, debo insistir de nuevo en un aspecto que resulta decisivo para el desarrollo del presente trabajo. Se han acortado enormes distancias históricas para dar el paso trascendental de que la enseñanza alcance a todos los niños, de cualquier sexo y de cualquier circunstan-

¹⁰ Recuérdese mi trabajo, *La efectiva aplicabilidad de la Declaración Universal de Derechos Humanos en el sistema jurídico español*, “Revista de Administración Pública”, 153 (2000), 41 ss.

¹¹ Si lo que intento con el presente trabajo es estudiar la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debe tenerse muy presente que una de las pretensiones declaradas de quienes hicieron el Convenio Europeo de Derechos Humanos era la de afianzar en Europa, cuanto antes y de la manera más adecuada, las grandes aspiraciones que consagraba la Declaración Universal de Derechos Humanos.

cia y situación. Ello se hace atribuyendo al Estado una carga de enorme entidad para que la enseñanza pueda ser, en efecto, gratuita. Y forma parte del sistema también, precisamente para proteger a los niños de posibles abusos u omisiones –que, a veces, pudieran incluso suponer una auténtica explotación–, el que la enseñanza sea obligatoria. Luego, cada Estado buscará sus fórmulas, y la instrucción se llevará a cabo bien desde las escuelas públicas, bien con participación de sujetos o grupos privados, aunque manteniendo aquel una destacada situación de dirección y vigilancia, con el interrogante de si caben también otras fórmulas para abordar el problema. Las modernas regulaciones introducen sin falta exigencias en cuanto a lo que se enseña. Con todo, resulta indudable que el Estado asume un fuerte poder, que se proyecta directamente sobre criaturas indefensas, como son los niños. Es un timbre de gloria poder contemplar cuantos pasos gigantescos se han dado en el terreno de la educación y lo bien que funcionan numerosas experiencias (aunque siempre haya disfunciones que erradicar y mejoras que introducir). Pero lo que denominamos genéricamente el Estado puede englobar realidades muy diferentes, según el tiempo, el espacio o las circunstancias. Quienes controlan el Estado en una determinada situación, podrían querer abusar de esa palanca inmensa que es la educación, que tiene por destinatarios, como digo, a algo tan débil como es cada uno de los niños, y no es fabulación imaginar fórmulas de adoctrinamiento sectario. De ahí que se haya de imponer un canon de neutralidad o de no agresividad, manteniendo postura respetuosa en las materias especialmente sensibles o “calientes”. Ahí es donde va a entrar en juego este derecho de los padres para predeterminar la enseñanza de los hijos, cuyos perfiles se tratan de estudiar ahora. La solución tiene, en apariencia, una lógica incuestionable. Pero lo que sucede también es que la fórmula está erizada de dificultades que, en todo caso, habrá que tratar de superar. De una parte, porque la amplitud de materias que abarcan hoy la educación y la enseñanza, en no pocas ocasiones, tienen que estar rozando puntos críticos y problemáticos, con diferentes soluciones, a veces contradictorios e inencontrables. Pero, de otra parte, el dato que antes exponía también de la posible disparidad de posiciones y de aspiraciones de los padres, en una sociedad que quiere afianzar el pluralismo y la diversidad de respuestas.

Me parecía imprescindible puntualizar estas ideas que están en la base de todas las fórmulas legales. Hecho lo cual, será útil ir tomando nota de cómo se han ido codificando las respuestas¹².

9. Uno de los más tempranos desarrollos de la Declaración Universal de

¹² Véase, José ORTIZ DÍAZ, *La libertad de enseñanza*, Universidad de Málaga, 1980, 39 ss.

Derechos de 1948 lo llevó a cabo el Convenio de Derechos Humanos que el Consejo de Europa hizo en 1950. Este último texto fue completado, por su parte, sin dilaciones, en 1952, por el Protocolo Adicional (también llamado, Protocolo Adicional número 1, al que yo me referiré también con la abreviatura, PA. nº 1). Va a ser este texto el que incorpore, para su ámbito, el derecho universal a la educación, a la vez que deja constancia del correspondiente derecho de los padres a predeterminar aquella¹³. Interesa de forma especial este texto dado que la jurisprudencia que se va a estudiar trae causa directamente de él. El artículo segundo, de párrafo único, codifica lo referente a la educación en los términos siguientes:

“Derecho a la instrucción.

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

Se advertirá que se ha introducido ya una matización destacada. En la Declaración Universal el derecho de los padres era un “derecho preferente”, es decir, matizable y no total. Y, sobre todo, no se entraba en las razones o motivaciones en que pudieran apoyarse los padres para matizar la educación dada a sus hijos. En cambio, en el Convenio Europeo –a través del Protocolo– sí: se recalca expresamente la decisión de asegurar que la instrucción y la enseñanza sean “conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”. Se circunscribe, por tanto, la eficacia del derecho al ámbito de la conciencia, fraguándose así intencionadamente el puente entre el derecho a la educación y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, en los términos amplios en que estas últimas son concebidas tanto por el artículo 18 DUDH, como por el artículo 9.1 CEDH. Hablo de términos amplios para recalcar que lo que ambos preceptos están garantizando es, sin duda, la opción de profesar una religión,

¹³ Me parece por demás ilustrativa, para clarificar el origen y el sentido del derecho fundamental que estudiamos, la precisión con que aborda el tema el juez Terje Wold, en su voto particular a la sentencia sobre el “Caso relativo al régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica” II, de 23 de julio de 1968, a la que más adelante se aludirá: “Los trabajos preparatorios muestran también claramente que no estaba en el ánimo de nadie que el artículo 2 pudiese establecer el derecho a una prestación positiva del Estado. Por el contrario, la intención básica era proteger al individuo contra las interferencias del Estado. Es esto a mi juicio lo que hay que tomar en consideración cuando se interpreta el artículo 2. No debemos olvidar que Europa, en el momento en que se adoptó el Convenio acababa de pasar años de supresión de la libertad en aquellos pueblos donde los Gobiernos emplearon todo tipo de medios y presiones para nazificar a la juventud, especialmente a través de las escuelas y organizaciones juveniles. Era, por tanto, una finalidad importante del Convenio que esto no se repitiese y que el derecho de educación fuese protegido. En los trabajos preparatorios se pone frecuentemente el acento en este aspecto”.

o libertad religiosa, pero también, y con el mismo significado, y sin preferencias ni diferencias, la libertad de no profesar ninguna, y de tener, en cambio –o no tener– determinadas concepciones filosóficas, humanistas, o, simplemente, vitales. Variedad de opciones, propia del pluralismo social que se quiere reflejar –y que, como veremos, se proyectará a la jurisprudencia– que puede dar pie a que los padres objeten frente a la educación estatal, desde una determinada religión, por entender que se prime a otra religión distinta o, incluso, hipotéticamente, por entender aquella irreligiosa o contraria a verdades religiosas, o, en cambio, objeten desde su carencia de religión, o desde sus planteamientos humanistas o filosóficos, auspiciando que a los hijos no se les imbuyan ideas religiosas.

10. Al cabo de los años, la solemne Declaración Universal de Derechos Humanos se concretaría en dos importantes tratados internacionales, abiertos al compromiso expreso de los Estados. Es así como se llega a los llamados “Pactos de Nueva York”, de la misma fecha ambos, 19 de diciembre de 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, desde el afán de puntualizar y concretar, para así hacer más operativas las previsiones de la Declaración Universal. Es curioso constatar que ambos instrumentos –convenios internacionales que deben ser internacionalmente asumidos–, se van a ocupar de nuestro tema desde las dos vertientes que se han señalado y que, por tanto, confluyen. No deja de ser interesante este doble tratamiento, si bien es cierto que partiendo de diversos orígenes se llega a la misma formulación. El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aborda el tema, siguiendo a la DUDH, desde la óptica del derecho a la educación. En cambio, el de Derechos Civiles, lo incluye al tratar de la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Éste, lo consagra así, en el artículo 18.4:

“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

Por su parte, el artículo 13.3 del Pacto de Derechos Económico, Sociales y Culturales, se expresa en estos términos:

“Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté

de acuerdo con sus propias convicciones”.

De modo que, como se ve, confluencia desde la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, y desde el derecho a la educación, para significar que “los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

No es la variante genérica de la DUDH, referida sin concreción al “tipo de educación”, sino que la fórmula ahora analizada, distanciándose ostensiblemente, se circunscribiría al ámbito, mucho más reducido ya, de la “educación religiosa y moral”. Aunque, sin duda, esta última está contemplada con cierta amplitud, comprendiendo las diferentes opciones atinentes a la conciencia, tanto, por ende, desde planteamientos religiosos –propios de las religiones formalizadas como tales–, como desde planteamientos no religiosos, o desde planteamientos filosóficos. Pero, con todo, se trata de una sensible diferencia: una cosa es predeterminar genéricamente la enseñanza, en su conjunto y como un bloque, y otra, bien diferenciada, que la opción se refiera al ámbito ya más concreto de la educación religiosa y moral. Todo ello, sin abandonar la idea de que ambas alternativas pueden presentarse formalmente separadas y diferenciadas, pero también mezcladas, de manera que cuestiones decisivas concernientes a la educación moral y religiosa puedan estar presentes en el magma de temas de que se ocupa la educación en general.

Para concluir con los instrumentos de ámbito supranacional, pero volviendo ahora al espacio geográfico europeo –el de la Unión Europea, en concreto–, me fijaré, por último, y prescindiendo de otras alternativas, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 9 de diciembre de 2000, Carta cuya efectiva vigencia ha tenido que experimentar, como se recordará, bien diversos avatares, pero que parece está ya correctamente encaminada. La respuesta se contiene en el precepto que garantiza el derecho a la educación, artículo 14, cuyo apartado tercero dispone:

“Se respetan, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos, así como el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones, religiosas, filosóficas y pedagógicas”.

Dentro del carácter específico de este texto, lo que en él se garantiza no se circunscribe a la “educación religiosa o moral”, sino que con fórmula de mayor alcance, lo que se pretende es que la educación y la enseñanza, *en general*, sean conformes a las convicciones de los padres. Convicciones de los padres señaladamente amplias también, según el precepto: queda incluida sin duda la pretensión tan omnicomprendensiva marcada por las convicciones religiosas y filosóficas, pero a éstas se añade ahora una novedad bien destacable, en

cuanto se da cabida también a las convicciones “pedagógicas”. Estas podrían estar implícitas en las convicciones religiosas o filosóficas, pero cabría también que operen de manera separada. Ello conduce, de manera inequívoca, a la constatación de la gran cantidad de alternativas pedagógicas imaginables. De ahí derivará un doble sentimiento: ante todo, el de la sensibilidad del legislador por ser receptivo a la importante parcela de la pedagogía. Aunque, de otra parte, en línea con lo que expresaba al inicio, el sentimiento, igualmente, de que se abren nuevas puertas que no es fácil adivinar si serán abarcables: ¿estar atenta también la escuela, que acaso tiene una pedagogía propia y depurada, a cualquiera de las aspiraciones pedagógicas de los numerosos padres? Porque la idea del pluralismo que se refleja en lo filosófico y en lo religioso, podría alcanzar también a lo pedagógico. Y, en tal caso, está siempre presente la pregunta fundamental a que antes me refería: ¿se va a poder con todo?

11. Tras los grandes textos internacionales –aunque todos ellos con incidencia inequívoca en el ordenamiento jurídico español¹⁴– habrá que referirse a las normas genuinas de España, que se han hecho eco también de la exigencia. Me circunscribiré a dos textos, si bien de especial relevancia. Sea el primero, por supuesto, la Constitución de 1978. El largo precepto dedicado al derecho a la educación, el artículo 27 –una de las expresiones más cualificadas del consenso constitucional, como se recordará, donde todas las palabras estaban medidas y sopesadas al milímetro–, desde la filosofía de la universalización del derecho (apartado primero), y con la nota de la obligatoriedad (y gratuidad, apartado cuarto), ha incluido sin falta la referencia a la potestad predeterminadora de los padres, pero en la variante que se ciñe a la “formación religiosa y moral”. Concreta, en efecto, el apartado tercero, que,

“Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

Tan próximos y tan diversos, resulta evidente que en la Unión Europea conviven bien variadas sensibilidades: el constituyente español no se ha decantado por dirigir la opción de los padres a la enseñanza, globalmente o en su conjunto, sino que parece sólo preocupado porque tengan algo que decir, en concreto, sobre la formación religiosa o moral que puedan recibir los niños.

Esta misma línea es la que sigue el otro texto que tomaré en consideración, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, la 7/1980, de 5 de julio¹⁵. Al

¹⁴ Me remito a lo señalado en mi libro, *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2004.

¹⁵ Sobre la Ley, véase, por todos, M. J. CIÁURRIZ, *La libertad religiosa en el derecho español. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1967*, Tecnos, Madrid, 1984.

enumerar el artículo 2 de la misma los posibles contenidos del derecho de libertad religiosa y de culto¹⁶., se incluye el derecho de toda persona a,

“(...) elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

No entremos ahora en el arduo debate de si se considera *necesario* que en la escuela se imparta formación o educación religiosa o moral, lo que podrían cumplir a la perfección las propias organizaciones religiosas, filosóficas o laicas, cada una en su propio centro, y según la elección de padres y alumnos¹⁷. Lo que sí resulta indudable es que *si* se imparte tal formación o educación en la escuela, los padres podrán elegir y predeterminar.

He aquí el criterio del derecho español, pero sin olvidar que la fórmula española habrá de completarse con las de las Declaraciones de Derechos y demás compromisos internacionales que antes recogimos. Hay sensibles diferencias entre las respuestas, pero téngase en cuenta que el resultado final ha de ser por fuerza una adición. No será ocioso aportar una observación que nos brinda la experiencia como juristas: a la hora de la verdad, los que pongan en marcha acciones pretendiendo garantizar su derecho, harán uso de unas u otras fórmulas, desde la mayor o menor amplitud, según les convenga, todas operativas, válidas y aplicables, como se ha destacado, con la vocación además de expansión que tienen las normas sobre derechos fundamentales. Aunque habrá que ver como se interpretan y resuelven las posibles contradicciones. De donde se deduce, a la hora de reflexionar sobre nuestro tema, que, a pesar de las sensibles diferencias dentro de ese sustrato común, hay que considerar que todas las soluciones están operativas, y que hay que contar, por tanto, con todas ellas. Lo que implica que, por fuerza, los órganos administrativos responsables habrán de estar atentos a todas ellas.

12. La solución a la que se ha llegado conduce, como se dijo, a entronizar como necesaria la presencia del Estado, que asume así cualificados deberes para poder desempeñar su compromiso con los derechos fundamentales. Y

¹⁶ Véase, por todos, Miguel RODRÍGUEZ BLANCO, en el libro por él codirigido con A. ÁLVAREZ CORTINA, *La libertad religiosa en España. XXV años de vigencia de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio (Comentarios a su articulado)*, Comares, Granada, 2006, 73 ss.

¹⁷ Es clara la postura de M. RODRÍGUEZ BLANCO, op. cit., 77 y 78, aludiendo directamente a la Constitución: “De estas consideraciones se deduce que el artículo 27.3 CE no impone a los poderes públicos unas prestaciones concretas, como pueda ser la enseñanza de religión en la escuela”; “Insistimos, de ese conjunto de pronunciamientos no nos parece posible extraer la conclusión de que el artículo 27.3 CE impone a los poderes públicos la obligación de garantizar la existencia de asignaturas de contenido religioso en los centros docentes”.

hay que resaltar que, a simple vista, ello es una conquista incuestionable para alcanzar los objetivos que se relataron, de la generalización de la enseñanza, con carácter obligatorio y gratuito. A partir de ahí, las fórmulas posibles variarán dentro de una amplia gama, ya conserve el propio Estado la función de la enseñanza, de acuerdo con el esquema tradicional de los servicios públicos directamente asumidos, ya ponga las energías y los medios para que se desempeñe por las fuerzas sociales, aunque siempre bajo la regulación y supervisión de aquel, que en ningún caso puede desentenderse de la responsabilidad que ostenta, o, por supuesto, se adopten fórmulas mixtas. Lo que nos sitúa, como digo, ante una gama variada de soluciones válidas.

Dentro de esa diversidad de alternativas, aún hay otro distingo que hacer. He hablado, en efecto, de función y responsabilidad del Estado, y unas líneas más arriba me refería a los órganos administrativos competentes. Y es que luego cada Estado encargará las funciones pertinentes a los órganos que corresponda, según el propio sistema constitucional. Donde encajan las variantes de estados descentralizados, como es por ejemplo el caso de España, donde se ha optado por una descentralización de gran calado a favor de los territorios. Dejemos de lado el vivo debate acerca de cuales hayan de ser las competencias de las Comunidades Autónomas, qué es lo que deba reservarse a los Poderes Centrales (bien conscientes, por otro lado, de que en la práctica, y a la vista de la situación existente, no funciona con normalidad la importante figura de la “alta inspección”).

Quede constancia de esta fórmula abierta que da pie a muy diversas alternativas. En todo caso, como es obvio, y sucede en el ámbito del Derecho comunitario, pero también en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que es lo que ahora nos interesa, actúe quien actúe —o deje de actuar quien debiera hacerlo—, la responsabilidad será del Estado, por lo que lógicamente éste tendrá que tener resuelto su sistema para asegurar que los eslabones territoriales competentes respetan los compromisos asumidos. Muy presente la idea, sobre la que más adelante se insistirá, de que el Estado asume deberes y cargas que implican una responsabilidad, pero está convocado también como protector de que se garantice el derecho de todos a la educación.

No es cuestión ahora de insistir en ese aspecto de quién haya de actuar dentro de la compleja organización del Estado, cuestión que dejaré ahora de lado. Serán numerosos los problemas que haya que abordar: el de financiación y el presupuestario, el organizativo, con todas sus secuelas, etc. Pero entre ellos, ha de aparecer por fuerza una pregunta que si bien se mira ha de originar un cierto halo de recelo o, cuando menos, de desconfianza: ¿Qué y cómo habrá de enseñar el Estado o cuidar que se enseñe?

En el fondo, se trata del importantísimo debate acerca de la metodología

y los contenidos de la educación, que bien puede insinuarse con unos cuantos interrogantes: ¿búsqueda e indagación de la verdad, aunque se desmonten mitos y tradiciones? ¿Concertación de amplio espectro y participativa a la hora de determinar lo que se enseña? ¿Respeto al pluralismo? ¿Adoctrinamiento? ¿Culto a la personalidad del “jefe”? ¿Ideario de partido o ideología de la clase política en el poder? ¿Desprecio a los de fuera? ¿Enseñanza obligatoria de una única religión? ¿De ninguna? Entiendo que se trata de una serie de interrogantes de enorme trascendencia que incrementan la responsabilidad que asume el Estado al tener que abordar y ocuparse de la educación.

13. Dos palabras para resaltar también en esta vía previa una idea que luce con fuerza en algunos de los textos transcritos y que se deduce del planteamiento que se va realizando: con ser el derecho a la educación lo que está presente a simple vista, hay que colegir que nuestro tema entra de lleno también en otra importante libertad pública, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Se tratará, por consiguiente, de una zona de encuentro, en la que han de confluir preocupaciones diversas, y que podrá ser contemplada por ende desde un doble flanco, con todos los efectos inherentes. En la práctica ello puede suponer un gran alcance, pues a las aspiraciones o reivindicaciones conectadas con el derecho a la educación acaso se aúnen las auspiciadas desde el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Esta situación de “fusión” entre ambos derechos es testimonio además de la normal interconexión entre todo el sistema de derechos fundamentales. Tomadas las cosas desde el punto de vista de la libertad religiosa, haría dos breves observaciones:

A. Ante todo para destacar que no es infrecuente encontrar que el constitucionalismo contemporáneo –lo mismo que las grandes Declaraciones, como en parte se vio–, afiance la libertad religiosa construyendo el edificio con apoyo –sin perjuicio de alguna otra posible referencia– sirviéndose de tres soportes básicos: 1º) ante todo, la afirmación genérica de la libertad religiosa (así, por ejemplo, Ley Fundamental alemana, artículo 4; Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, artículo 10; Constitución española, artículo 16); 2º) al proclamarse en general la regla de la igualdad o no discriminación, se va a insistir de manera expresa para que lo religioso no constituya motivo de discriminación (así, Ley Fundamental alemana, artículo 3; Carta, artículo 21.1¹⁸; CE, 14); y 3º) también, esta especie de contrapeso, como se señaló, que tiene que ver directamente con la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que implica la opción de los padres para que predeterminen la enseñan-

¹⁸ Entre los motivos que enumera el precepto para asegurar la no discriminación, la fórmula es “por razón de religión o convicciones”.

za que los hijos hayan de recibir (así, Ley Fundamental de Bonn, artículo 7¹⁹; Carta Europea, artículo 14²⁰; y CE, artículo 27.3²¹).

B. Es conveniente señalar, a su vez, que aparte del planteamiento general, algunos Estados asumen compromisos especiales que inciden de lleno sobre lo religioso en la enseñanza, a través de la vía convencional de la concertación. Tal sería, en efecto, como se sabe, el caso de España.

Desde los concordatos históricos, España convino determinados compromisos con la Iglesia Católica, que a los pocos días de promulgarse la Constitución de 27 de diciembre de 1978, se plasmaron en el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, de 3 de enero de 1979. Por su parte, el nuevo clima que la Constitución introdujo en relación con las libertades públicas se reflejó también en los tres “Acuerdos de Cooperación” que el Estado concertó con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España, Leyes 24, 25 y 26, de 1992, respectivamente, todas ellas de 10 de noviembre. Acuerdos cuyo artículo décimo, en los tres casos, contiene destacadas previsiones en materia de enseñanza.

Me parecía imprescindible hacer referencia a tan destacados aspectos para poder abordar nuestro tema, si bien no sea esta la ocasión de insistir sobre ellos.

14. Digamos ahora algo de los sujetos²² que pueden intervenir en lo que se presta a ser contemplado como una relación jurídica. El esquema que los textos fijados señala nos conduce más o menos a la fórmula de que *el Estado*, o *los Poderes Públicos*, garantizan el *derecho de los padres* en relación con la formación de los *hijos*.

Conviene partir del dato elemental de lo que es la realidad actual: hoy los actuales instrumentos fundamentales –Declaraciones de Derechos y Constituciones– aseguran derechos a la *persona*. No se trata de derechos por

¹⁹ En la Ley Fundamental de Bonn, la regla se incluye en el artículo 7, sobre “Sistema escolar”, cuyo apartado dos dispone, “Las personas autorizadas para la educación de los hijos tienen el derecho de decidir si éstos han de participar o no en la enseñanza de la religión”.

²⁰ También en la Carta Europea, la regla se incluye, como se dijo, en el precepto que incluye el “Derecho a la educación”, desde la fórmula amplia que se recogió, de que la enseñanza y la educación sea “conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas”.

²¹ Ya se notó antes como, en el ámbito del derecho español, en el plano constitucional, la regla está incluida en el precepto referente a la educación, pero luego, descendiendo en la escala de la jerarquía normativa, ha tenido cabida en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa.

²² Véase, Antonio EMBID IRUJO, *Las libertades en la enseñanza*, Editorial Tecnos, Madrid, 1983, 206 ss.

ser de una raza, pertenecer a un clan, o ser de una familia, son derechos de la persona, y para la persona, en singular, cada una en concreto. Así, el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos comienza hablando de “Todos los seres humanos”, para aludir a cada uno en concreto. La propia DUDH repetirá hasta la saciedad, al ir enumerando cada uno de los derechos, la cantinela “toda persona”, “todo individuo”, en el intento de hallar expresiones válidas para todos, desde la idea de recalcar que los derechos y libertades lo son para cada miembro de la especie humana, cada hombre, en el sentido genérico de la expresión que, según la primera acepción del Diccionario de la Real Academia, se está refiriendo tanto a los varones como a las mujeres. Lo decisivo, convendrá insistir es la ruptura histórica que trata de expresarse con los términos empleados, en el sentido indicado de que los derechos no se tienen por ser miembro de una raza o de una familia –ni por ser vecino de una Comunidad Autónoma, podríamos añadir–, sino que es útil recuperar el prestigio de la vieja expresión de derechos “individuales”.

Lo que no impide que haya libertades o derechos que están pensados para ser ejercidos “en conjunto”, como sería el caso de la libertad de asociación –asociaciones, partidos políticos, sindicatos, etc.–, de la de reunión o de la libertad religiosa. En todos estos supuestos, y otros imaginables, se protege intencionadamente la actuación conjunta, la existencia de la colectividad resultante, revalorizándose por lo mismo el papel del grupo. Pero la protección del grupo no hace desaparecer el protagonismo del papel de la persona. En toda clase de entidades asociativas resulta decisiva la solicitud del individuo para ingresar, lo mismo que para pedir la baja. Del mismo modo que cuando la DUDH o el CEDH contemplan la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, cuidan de dejar constancia expresa de la opción de “cambiar de religión”. O, en los términos de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, la libertad religiosa comprende, sin falta, *el derecho de toda persona a cambiar de religión o a abandonar la que tenía* (artículo 2.1.a)²³.

En este sentido, hay que dar entrada también a la familia. Dadas las características de la vida humana, la familia desempeña un papel decisivo en la formación de los niños y suele ser por eso objeto de especial protección (12 CEDH; 9 CARTA; 39 CE). De ahí que las leyes encarguen y responsabilicen expresamente a los padres –o quienes hagan sus veces– de la formación y de la educación de los hijos. Indudable, en España, la respuesta del Código civil, cuando prescribe que “están obligados a velar por los hijos menores” (110), o, cuando entre los deberes y facultades que comprende la patria potestad, se incluye, en una primera serie, el de “educarlos y procurarles una formación

²³ Vid., Miguel RODRÍGUEZ BLANCO, *Manifestaciones del derecho fundamental de libertad religiosa*, en el volumen cit., *La libertad religiosa en España*, 56.

integral” (artículo 154), si bien es cierto que el precepto se ha iniciado puntualizando un mandato decisivo, el de que “La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos”. Importa destacar este criterio que puede resultar también del mayor interés para nuestra indagación.

15. Llegados a este punto será oportuno preciar quiénes van a ser los sujetos de la relación jurídica en que se traduce el problema que estamos estudiando,

a) Aparecen ante todo los padres, en cuanto el punto de partida es la referencia expresa al “derecho de los padres”, obviamente, o de quién ocupe su lugar.

b) La mención, desde un punto de vista obligacional, se refiere a los poderes públicos o al Estado. Por supuesto, habrá que entender el órgano u organismo a quién corresponda según el criterio competencial del sistema constitucional. En lo referente a España, en principio, como decía será la correspondiente Comunidad Autónoma, acaso la Administración General del Estado, o, eventualmente, el municipio. Pero conscientes de esta puntualización, y sin precisar más en este momento, creo que se puede seguir hablando genéricamente del Estado, en el sentido amplio del término²⁴.

En todo caso, sus funciones pueden contemplarse al menos desde una triple faz: 1) ante todo, como responsable general de asegurar la educación, según los compromisos adquiridos, ya “enseñe” directamente algún establecimiento público, ya se cuente con la presencia de personas o entidades privadas. 2) Más allá del aseguramiento general de la enseñanza, tiene que afrontar también, en concreto, las exigencias de ese derecho de los padres a poder escoger la educación de los hijos. 3) Aunque también, y muy importante, habrá de asegurar la protección y tutela del niño frente a las posibles negligencias de los padres.

c) Pero no va a ser sólo una relación bilateral sino triangular. Y es que hay que considerar sin falta la figura del niño que, de hecho –y por si acaso no se tuviese presente– va a resultar el personaje principal. Y es

²⁴ De hecho, si nos situamos en el estudio de la jurisprudencia surgida en torno al CEDH, éste, como instrumento propio del Derecho internacional, nos sitúa ante el compromiso que asumen los Estados en su concepción unitaria y omnicomprensiva. De modo que, por circunscribirnos al modelo de España, la responsabilidad del Estado español puede surgir a consecuencia de las actuaciones u omisiones de los diversos entes, órganos u organismos que se consideran integrados en aquel, ya sean los de la Administración General del Estado, ya los de la Administración de las Comunidades Autónomas, pero también los de las Corporaciones Locales. Sobre este aspecto me remito a un reciente trabajo titulado, *El concepto de víctima de la violación de un derecho fundamental*, a aparecer próximamente en la “Revista de Administración Pública”.

que, se vea como se vea, la enseñanza es fundamentalmente para el niño.

De manera que, según los casos, pueden surgir interesantes relaciones entre los tres sujetos. La teoría de los derechos fundamentales casa bien con el sistema de controles y contrapesos que, como la división de poderes, han de caracterizar a un Estado constitucional, según la certera formulación del artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789. En este sentido, los padres han de estar atentos para que el Estado no abuse o, aún sin eso, pueden hacer presentes las implicaciones de sus creencias. Pero también, según los casos, habrá que considerar que la pretensión de los padres no es autónoma, no se agota en sí misma, sino que deberá estar ordenada por el criterio del mayor beneficio del niño. Y, en tal supuesto, acaso haya que dar un giro y trocar las apariencias, para situar al Estado como responsable de supervisar que el padre no sacrifique a su hijo en aras de sus ideas. Insisto que la realidad puede ser muy diversa. Pero conviene siempre tener muy presente el criterio del Código civil que se recogió, en el sentido de que cualquier opción de “la patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos”. El universo de los derechos fundamentales es complejo: no hay opciones aisladas y la solución, en cada caso, demanda siempre una visión de conjunto. Porque muy frecuentemente hay que componer pretensiones contradictorias.

3. SEGUNDA PARTE: LA RESPUESTA JURISPRUDENCIAL.

16. Expuestas las coordenadas que enmarcan el problema y tras esta exposición del panorama global, la segunda parte se va a dedicar al estudio específico de la jurisprudencia para, a la vez que se ponderan los casos y se asume el repertorio de soluciones, tratar de hallar las claves que permitan enmarcar la figura estudiada. Antes de entrar en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimo oportuno dedicar cierta atención al derecho español, y reflexionar sobre el primero de los casos del Tribunal Constitucional que señalaba, la sentencia 260/1994.

Recuérdese que ante la falta de escolarización de unos niños y los problemas inherentes, sin desconocer el dato de que los padres aparecían vinculados a una organización religiosa que suscitaba cierta polémica, la Generalidad de Cataluña, para cumplir el deber legal de escolarizar a los niños, y en cumplimiento de la normativa vigente, declaró la situación de desamparo de los menores y asumió su tutela, lo que, ante la oposición de los padres, fue confirmado por el Juzgado de Primera Instancia. Se logró así la efectiva escolarización, si bien al ver que evolucionaban favorablemente, los padres pudieron mantener la custodia de los mismos. Pero cuando éstos apelaron ante la

Audiencia Provincial, la Generalidad quedó desautorizada y los padres recuperaron la patria potestad (y, cabe suponer, que los niños dejaron de ir a la escuela). Ante lo cual la Generalidad recurriría en amparo ante el TC.

Hay un primer debate en el proceso constitucional ciertamente interesante, en orden a si la Generalidad está legitimada para interponer el recurso de amparo. Alegaría que actúa en representación de los menores y que se estaría ventilando su derecho a recibir una formación integral, tal y como quiere propiciar el artículo 27 CE. Todo ello, insistiendo en el argumento de fondo de que el derecho a la libertad religiosa de los padres tiene como límite el derecho de los menores a recibir una educación integral, lo que no quedaría excepcionado por el hecho de que algunos niños fueran extranjeros. Lo cierto es que tras un vivo debate, en el que no es cuestión de detenerse ahora²⁵, el recurso de amparo sería admitido y se entraría en el fondo del asunto.

El Ministerio Fiscal se muestra partidario decidido de rechazar el recurso. En su opinión –que no deja de sorprender–, el artículo 27.4 CE –es decir, el precepto que prescribe la obligatoriedad de la enseñanza–, “no significa que la enseñanza tenga que realizarse de la manera establecida por el Estado, porque puede recibirse de otra forma”, en el sentido de que “las vías establecidas por el Estado, [no] sean exclusivas o excluyentes”, argumentos tan cuestionables, pero que sin duda dejaban malparada la exigencia de escolarización.

Por su parte, los padres argumentan “que la familia es un elemento básico de todo desarrollo educativo y que es un derecho inalienable de los padres el poder elegir el tipo de educación que quieran dar a sus hijos de acuerdo con los dictados de su conciencia”, recalcando “que es erróneo que la educación integral se dé solamente en los centros homologados a los que se refiere la Generalidad, en especial si se tiene en cuenta que son escuelas en lengua catalana y los menores solamente hablaban inglés cuando fueron escolarizados”²⁶.

El razonamiento del Constitucional va a ser bastante escueto y se va a centrar en lo correspondiente a la privación de la patria potestad o asunción de la tutela por parte del organismo administrativo que, abundando en la decisión de la Audiencia no se considera justificable, marginándose en cambio lo referente al derecho a la educación de los niños. Hay sí, una especie de “brindis al sol”, cuando en el último párrafo de los razonamientos afirme el TC:

²⁵ Lo que me recuerda el ya viejo debate acerca de la posibilidad por parte de los entes públicos de interponer recurso de amparo. Me remito al respecto, a mis trabajos, *Las Corporaciones Locales y el recurso constitucional de amparo*, y, *Organismos autónomos y derechos fundamentales*, recogidos ahora en mi libro, *La Europa de los derechos humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, 193 y ss., y 219 y ss., respectivamente. Últimamente he insistido sobre el mismo tema en mi reciente trabajo, citado, *El concepto de víctima de una violación de los derechos fundamentales*.

²⁶ Todas las referencias están tomadas del *antecedente* 8°.

“Con la privación de la tutela no ve cercenadas o anuladas la Generalidad sus facultades en orden al aseguramiento de la debida escolarización de los menores, ni éstos su derecho a ser escolarizados, pues los autos recurridos se limitan a dejar sin efecto la declaración de desamparo y la asunción de tutela, sin que en modo alguno se desprenda de sus partes dispositivas que la Generalidad no pueda servirse de los instrumentos de los que legalmente está dotada para hacer efectiva la escolarización a la que todo menor tiene derecho y a cuya verificación vienen obligados quienes de ellos son responsables. Sólo en el caso de que efectivamente se impidiera el ejercicio de aquel derecho habría que entender vulnerado el derecho invocado por la actora, lo que no se deduce de los supuestos de autos”.

Se trata, sin duda, de cuestión bien compleja pero no deja de sorprender lo poco que pesa en toda la argumentación del Constitucional el derecho-obligación de los niños a ser escolarizados. Ciertamente se anima a la Generalidad para que utilice otros medios a fin de forzar que se cumpla el señalado deber, pero la realidad es que su postura queda muy debilitada con la sentencia, aparte de que no debe ser fácil conseguir el objetivo señalado en circunstancias como las que ofrece la realidad del caso. Y no deja de causar perplejidad la última frase que viene a decir algo así como “si de hecho no funciona, inténtelo de nuevo”, si se considera que desde que los hechos originarios se produjeron hasta que se dictó la sentencia del TC, hubieron de transcurrir más de cuatro años. De modo que dentro de nada los niños serían ya unos mocetones como para estar discutiendo si debían ir o no a la escuela.

La sentencia se completa con un voto disidente muy razonado, escrito por el juez constitucional profesor Vicente Gimeno Sendra. Aparte de insistir en la vertiente del derecho a una justicia equitativa –sobre lo que yo ahora no me detendré–, pero que recalca que toda la prueba se efectuó ante el Juzgado y que, en cambio, la Audiencia Provincial alteró el sentido de la decisión sin haber efectuado prueba alguna, se va a centrar en el aspecto de la educación de los menores, sobre el que flaquea el razonamiento de la mayoría. Reflexiona, en efecto, acerca del “conflicto de intereses [que se ha producido] entre la voluntad de los padres (que subsumen el derecho a la educación en un supuesto derecho a la no escolarización y consiguiente impartición de enseñanza religiosa en el seno de una secta) y los intereses de los hijos que son ejercidos en sustitución procesal por la Generalitat Catalana, quién en nombre propio pero en el interés ajeno de los menores, exige esa escolarización obligatoria, previa declaración de abandono, y aún en contra de la voluntad de los padres”. Y va a concluir el voto con el siguiente razonamiento:

“Es cierto que la Constitución confiere a los padres el derecho, no sólo

a impartir en el seno de la familia (...) la religión que estimen conveniente, sino también el de poder enviar a sus hijos al colegio religioso que deseen e incluso el no menor derecho fundamental a exigir de los poderes públicos la formación religiosa que se adecue a sus convicciones (...); pero, en mi opinión, la libertad religiosa no ampara un supuesto derecho de los padres a la no escolarización de los hijos bajo el pretexto de que sólo ellos han de impartir la educación que estimen conveniente. Por esta razón nuestra sentencia debió haber concluido en que la Generalitat Catalana actuó constitucionalmente cuando instó la declaración de abandono en orden a poder obtener la escolarización efectiva de los niños y, al contrario, debió haber anulado por inconstitucional la resolución de la (...) Audiencia Provincial de Barcelona”.

Está claro que, al centrarse en el argumento de la corrección o no de la privación de la patria potestad, la mayoría no quiso entrar —y sorprende la insensibilidad—, en el debate sobre los alcances y límites tanto del derecho de los padres a la libertad religiosa, como del derecho a seleccionar la educación de los hijos. Lo que sí hizo, en cambio, el voto particular, que era lo que cabía esperar de un caso como éste, caso que, por cierto, encajaría en el grupo que antes denominaba de negativa genérica a escolarizar a los niños.

17. Tras esta estación en el derecho español, podemos pasar ya al estudio de la jurisprudencia del TEDH: pocos casos, decía, aunque significativos y por demás interesantes, cada uno aporta su lección. Aunque se puedan clasificar en las tres categorías que antes indicaba, aflora un cierto casuismo, cada uno con sus especialidades. Además, aunque predomine alguna de las líneas, hay tendencia a que vaya surgiendo una doctrina común: lo que se ha fundamentado en los casos iniciales se va utilizando en los supuestos siguientes, sin que falten nuevas aportaciones, con lo que el corpus doctrinal se alarga a la par que arraiga. Por ello, una vez que hemos convenido en que nos centramos en el derecho de los padres a predeterminar la educación de sus hijos (artículo 2, PA nº 1), que con frecuencia aparece vinculado a la libertad de pensamiento, de creencia y de religión, frente a la posible opción de exponer los casos ordenados en los tres grupos que indicaba, me parece más acertado dar una visión cronológica de la jurisprudencia —sin perjuicio de alguna excepción—, y ver así como la doctrina establecida se va proyectando a los nuevos casos.

18. Como suele suceder cuando se aborda el estudio de algún derecho fundamental o libertad concreta, es frecuente que aparezcan aproximaciones antes de que se presente el caso frontal y directamente comprometido. Algo de eso sucede, como no podía ser menos, con el artículo 2 PA. En efecto, dicho

artículo 2 está presente, muy tempranamente en la jurisprudencia del Tribunal, en un asunto ciertamente complejo y de gran tensión en su país de origen. Me refiero al denominado “Caso relativo a algunos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica”, sobre las dificultades de los francoparlantes para recibir enseñanza en francés en los territorios flamencos. Es el contemplado por la sentencia que hace el número tres de las dictadas por el Tribunal, con fecha de 9 de febrero de 1967: la Comisión Europea de Derechos Humanos –activa en aquella época, como se recordará– le pedía al Tribunal que se pronunciara pues entendía que, entre otras cosas, la solución que se practicaba en Bélgica era contraria a los mandatos del artículo 14 del Convenio tomado conjuntamente con el artículo 2 del Protocolo. En tal ocasión, la sentencia cumpliría las veces de lo que en la fórmula actual sería una decisión sobre la admisibilidad. El Tribunal, sin llegar a abordar el problema que nos interesa, se limita a decidir que procede pasar a analizar el fondo del asunto.

Lo que se haría, algo más adelante, en la sentencia de 23 de julio de 1968, que sería la sexta en el repertorio. Recalcaré que, como se habrá observado, el citado artículo 2 tiene dos frases: la segunda es la que consagra el derecho de los padres, la primera, en cambio, es la que, aún en su formulación negativa, proclama el derecho de todos a la educación. Pues bien, no dejan de aparecer, a lo largo de la sentencia o de los votos particulares, referencias a la segunda frase, como se señalará, pero la argumentación se centra sobre todo en la primera frase, siendo escaso y de poco fuste lo que se dice sobre la segunda. De hecho, el fallo concluye reconociendo –por ocho votos contra siete, ¡exigua mayoría!–, que la ley belga cuestionada no respeta las exigencias del artículo 14 CEDH tomado en relación con el artículo 2 del Protocolo. Razón por la cual, salvo dejar constancia de los apuntes que siguen, no voy a detenerme más en este caso de exiguo interés para nuestro problema. Vaya sólo esta afirmación que se incluye tras reconocer que “la segunda frase del artículo 2 del Protocolo no garantiza un derecho a la instrucción”:

“Esta disposición no impone a los Estados el respeto a las preferencias lingüísticas de los padres en el campo de la educación o de la enseñanza, sino únicamente el de sus convicciones filosóficas y religiosas. Interpretar los términos “religiosas” o “filosóficas” de modo que comprendan las preferencias lingüísticas equivaldría a desvirtuar su sentido ordinario y habitual, y a hacer decir al Convenio lo que no dice. Los trabajos preparatorios confirman, además, que en modo alguno era propósito de la segunda frase del artículo 2 el asegurar el respeto por el Estado de un derecho de los padres a que la enseñanza se diera en una lengua distinta a la del país en cuestión. En efecto, el Comité de

Expertos que tenía la misión de redactar el Proyecto de Protocolo, desechó, en junio de 1951, una proposición presentada en ese sentido: varios de sus miembros estimaron que se refería a un aspecto del problema de las minorías étnicas y excedía, por tanto, del marco del Convenio. La segunda frase del artículo 2 es, por tanto, extraña a los problemas planteados en este caso”.

Siempre ilustra lo que se dice y ayuda algo a interpretar. Hay algunas otras referencias de pasada a dicha frase segunda a lo largo de la sentencia o de los votos particulares, pero como no tienen tanta trascendencia para sentar doctrina, ni lo pretenden, cierro aquí la referencia a este caso.

19. Donde sí se aborda de manera frontal y directa la problemática, y desde un supuesto bien interesante, va a ser en el caso “Kjeldsen, Busk Madsed y Pedersen c. Dinamarca”, de 7 de diciembre de 1976, que podemos considerar, por consiguiente, la primera sentencia dedicada de lleno a nuestro tema. Es la decimoséptima en el repertorio, en una etapa muy brillante del Tribunal, con fallos minuciosamente elaborados y muy luminosos. Se hace presente, nada más y nada menos, el problema de la educación sexual en las escuelas, la viva cuestión, que hay que coger sin duda por los cuernos, de si se deben enseñar a los escolares los rudimentos de la sexualidad. Cuestión que, como se verá, aflora incesantemente a lo largo del tiempo y en la más variada geografía. La cuestión venía siendo discutida vivamente en Dinamarca desde hacía tiempo, e incluso se había comenzado a ensayar en alguna escuela. El caso es que, en un momento determinado, por una serie de razones, entre las que estaban el crecido número de adolescentes embarazadas así como la abundancia de abortos, se decide hacer frente al problema. Se comienza por erigir una comisión compuesta por médicos, pedagogos, juristas, teólogos y expertos gubernamentales, con el encargo de que estudie la situación y proponga alternativas, mediante la elaboración del correspondiente informe. El principal contenido de éste sería la recomendación de que se hiciera obligatoria la enseñanza en las escuelas públicas, pero no como materia separada y diferenciada, sino integrando la educación sexual en las asignaturas obligatorias, como el danés, el cristianismo, la biología (higiene), la historia y la instrucción familiar, intentando buscar una relación natural con los otros temas de estudio allí donde resultara oportuno.

En un proceso laborioso, en el que hubo que promulgar un espeso entramado normativo –ley, reglamentos, circulares y “guías” del Ministerio–, la fórmula arrancó. Resaltaré que, como se indica en la sentencia (p. 22), la correspondiente ley, de 1970, sería aprobada por el Parlamento por unanimidad²⁷. Y que todo el conjunto de la ordenación apuesta por la objetividad y la

delicadeza, el tacto para no chocar o asustar a los niños, así como el intento de no influenciar. Todo ello, desde la idea fundamental de que los niños tienen que aprender a cuidar de sí mismos, a mostrar consideración para con los demás y a no atraerse problemas por pura ignorancia, ya a sí mismos, ya a los demás. Así, en una de las normas complementarias, referente a la enseñanza primaria y al primer ciclo de la secundaria (un Decreto de 25 de junio de 1970), el artículo 1 está redactado en estos términos:

“1. La educación sexual tendrá por objeto impartir a los alumnos conocimientos que:

- a) les ayuden a evitar cualquier incertidumbre o temor que puedan crearles problemas;
- b) les ayuden a comprender mejor las relaciones que unen la vida sexual, la vida afectiva y la vida en sociedad;
- c) den a cada alumno la posibilidad de descubrir por sí mismo las actitudes que armonizan mejor con su propia personalidad;
- d) pongan en valor la importancia del sentido de la responsabilidad y de la delicadeza en el ámbito sexual” (p. 24).

Conviene precisar también que en Dinamarca el sistema escolar es muy elástico pues ofrece a los padres la opción de elegir entre tres fórmulas al abordar la educación de los niños: escuelas públicas, escuelas privadas (subvencionadas) o enseñanza del niño en la propia casa. Las dos últimas, por descontado, más complejas y más caras, y, en general, más incómodas.

El caso es que tres matrimonios se dirigieron a la Comisión Europea de

²⁷ Partiendo de la consideración de que se trata de un tema complejo, delicado y emocional, en donde a veces se enfrentan puntos de vista bien diversos, estimo de interés llamar la atención acerca del proceso seguido: intenso debate durante un buen número de años, participación de profesionales y expertos de bien variadas ramas y, luego, unanimidad en el Parlamento. Da la impresión de que es la única manera de abordar las cuestiones delicadas. Ello me hace pensar en la filosofía del “consenso” que caracterizó a los pasos más relevantes del proceso de “Transición política” que dio lugar a la España democrática: nadie pretendía imponer “su” solución, que hubiera quedado desbaratada al primer cambio de las fuerzas gobernantes, sino que para superar la inestabilidad de la historia española con el incesante trasiego de soluciones partidistas, se convino, cediendo cada uno en lo que hubiera que ceder, en soluciones aceptables para todos, y, por eso, con una fructífera pretensión de durabilidad y permanencia. Fue difícil y arduo, y hubo que ceder, pero los esfuerzos aseguraban la aceptación generalizada y la permanencia de las soluciones. La observación vale para cualquier problema de entidad. La concertación, trabajosa en un primer momento, da realce y legitimidad a las soluciones adoptadas y garantiza una aceptación duradera. Se aprecia a las claras que los jóvenes políticos españoles ignoran o desprecian la experiencia de sus predecesores, y no quieren ser sensibles a las motivaciones que la habían guiado. Pero si se adopta la postura del avestruz, o la de creer que las cosas se solucionan sin contar con los demás, que nadie se lamenta de la confrontación o litigiosidad, incluso de la inestabilidad, que pueda derivarse. Aparentes triunfos o victorias, serán sólo fugaces y superficiales, imposibilitados de lograr el arraigo que se desearía y se necesitaría.

Derechos Humanos –pieza imprescindible del sistema en aquel momento–, pues se oponían a la educación sexual integrada de sus hijos, introducida por la Ley de 1970, desde la alegación de que era contraria a sus convicciones de padres cristianos. Uno de los padres era galvanizador y los otros dos pastores, y de las madres, dos eran maestras sin que nada se diga de la tercera. Argumentan de forma directa sosteniendo que se violaba el artículo 2 del Protocolo, citando también en su apoyo los artículos 8, 9 y 14 del Convenio. La Comisión acumularía los asuntos y se dirige al Tribunal pidiéndole que aborde el asunto, una vez que deja constancia en su informe de que, a) en relación con el sistema danés de educación sexual entendía, por unanimidad, que no había violación ni del artículo 8 ni del artículo 9; b) por mayoría (de 7 votos contra 4, con 3 abstenciones), que no había violación del artículo 14; y c) que no constituye una violación del artículo 2 del Protocolo (en reñida votación de 7 contra 7, decidida por el voto de calidad del Presidente). El Tribunal, ya se dijo, entendería que el sistema danés de educación sexual no era contrario a los compromisos derivados del CEDH y sus Protocolos: por unanimidad, falló que no hubo violación de los artículos 8 y 9, combinados con el artículo 2 del Protocolo, y, por mayoría de 6 contra 1²⁸, que no hubo violación del artículo 2, ni considerado de forma aislada, ni en relación con el artículo 14. Merece la pena sintetizar los argumentos más destacados que incorpora el Tribunal. Pero antes de nada, creo de justicia hacerme eco de una constatación elemental que se ofrece que, por cierto, a pesar de los años transcurridos, me da la impresión de que no ha perdido actualidad: “El legislador danés –recalcará el Tribunal–, que no ha dejado de recoger previamente la opinión de expertos cualificados, manifiestamente partió de la constatación de que en Dinamarca los niños en nuestros días obtienen sin esfuerzo, desde distintas fuentes, la información que les interesa sobre la vida sexual. La instrucción dispensada en la materia por las escuelas públicas tiene menos por finalidad inculcarles conocimientos que no posean o no puedan procurarse por otros medios que el dárselos de manera más exacta, precisa, objetiva y científica. Tal como lo prevé y organiza la legislación impugnada, tiende, en primer lugar, a informar mejor a los alumnos” (p. 54).

De entre la argumentación que apoya la decisión “absolutoria” del Tribunal, podríamos destacar las siguientes ideas:

a) Frente al argumento de que en Dinamarca los padres no tienen que enviar necesariamente a sus hijos a las escuelas públicas, y de tal manera ya

²⁸ El voto en contra sería de A. Verdross, que presentó un voto particular. Sostiene que nada avala una interpretación restrictiva del derecho de los padres: “Por el contrario –dirá– obliga a los Estados, de una manera absoluta, a respetar las convicciones religiosas y filosóficas de los padres; no distingue entre las diferentes intenciones con las que se da la instrucción”.

se daría cumplimiento a la opción de los padres, el Tribunal recalcará con una cierta energía –y por unanimidad (p. 50)–, que las exigencias del pluralismo –o la opción de los padres de rechazar determinadas modalidades de enseñanza– tienen que hacerse igualmente presentes, sin falta, en la escuela pública²⁹.

b) Establecida la necesaria proyección del precepto al ámbito de las escuelas públicas –sin perjuicio de la libertad de crear centros privados–, aún se da otro paso notable para fortalecer el alcance del derecho contemplado. El Gobierno alegraría que la opción de los padres se circunscribiera únicamente “a hacer dispensar a sus hijos de los cursos en que se imparte una instrucción religiosa de carácter confesional”. Se va a rechazar categóricamente tal punto de vista:

“El Tribunal no comparte esta opinión. El artículo 2, que se aplica a todas las funciones del Estado en el campo de la educación y de la enseñanza, no permite distinguir entre la instrucción religiosa y las otras asignaturas. Ordena al Estado respetar las convicciones, tanto religiosas como filosóficas, de los padres en el conjunto del programa de la enseñanza pública” (p. 51).

Con este paso, el derecho de los padres adquiere enorme amplitud: no sólo allí donde aparezca el rótulo “formación religiosa” se aplicará. De hecho, ha dado un gran juego, como se irá viendo, a la vista de los diferentes sistemas organizativos de los Estados en relación con la enseñanza y dada también la variedad de facetas a tener en cuenta. Los casos que aparecerán son ilustrativos, pero se pueden adelantar algunos interrogantes: ¿Sólo el contenido de las materias explicadas, se llame o no se llame religión? ¿Y las actividades complementarias, como participar en un desfile cívico (caso Valsamis), o las modalidades disciplinarias, a la hora de regular los castigos de los niños (caso Campbell)? Se trata, por ende, de toma de postura destacada.

c) Se destaca asimismo la intrínseca unidad del artículo 2 que venimos considerando, lo que supone que haya que leer conjuntamente la frase segunda con la primera³⁰: ello viene a representar en concreto que la opción de los

²⁹ El Tribunal entiende, en efecto, que de los trabajos preparatorios de la Comisión que redactó el Protocolo, se deduce “la necesidad de asegurar en la enseñanza pública el respeto de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres”. Y se puntualiza a continuación: “La segunda frase del artículo 2 tiende, en suma, a proteger la posibilidad de un pluralismo educativo, esencial en la preservación de la <sociedad democrática>, tal como la concibe el Convenio. En razón del peso del Estado moderno, dicho objetivo debe ser realizado, sobre todo, mediante la enseñanza pública” (p. 50).

³⁰ El Tribunal se pronuncia de manera inequívoca: “Por su parte, <las disposiciones del Convenio y del Protocolo deben ser consideradas como un todo> (sentencia antes citada de 23 de julio de 1968 [es la segunda sentencia referente al conflicto lingüístico en Bélgica, que antes se recordó]). Por tanto, las dos frases del artículo 2 han de ser leídas a la luz , no solamente la una de la otra, sino también en particular de los artículos 8, 9 y 10 del Convenio, que proclaman el derecho de

padres para rechazar determinadas enseñanzas tiene que ver con el deber primordial de asegurar la instrucción de los hijos. Es decir, derecho de los padres una vez que se parte de que está asegurada la instrucción de los niños: “Su derecho [de los padres] corresponde, pues –se dirá–, a una responsabilidad estrechamente ligada al goce y ejercicio de derecho a la instrucción” (p. 52).

d) Una de las ideas centrales, sería la de que la frase segunda del precepto –la que consagra el derecho de los padres–, “no impide a los Estados difundir, mediante la enseñanza o la educación, informaciones o conocimientos que, directamente o no, tengan carácter religioso o filosófico” (p. 53). Y es que, se constata que resulta poco menos que imposible que cierto número de asignaturas no tengan incidencias o reflejos de carácter filosófico. Lo mismo se diga con el aspecto religioso, dada la amplitud de temas y registros que tienen ciertas religiones: habría religiones que tienen o puede tener respuesta a cualquier problema de orden filosófico, cosmológico o ético. Y es que, sin estos filtros o estas cautelas, como se dice, “cualquier enseñanza institucionalizada correría el riesgo de mostrarse impracticable”.

Aunque eso sí, se va a prohibir perseguir una finalidad de adoctrinamiento, pero no lo que sea transmitir informaciones o conocimientos “de manera objetiva, crítica y pluralista”.

En definitiva, y por ir concluyendo con este punto,

“El examen de la legislación impugnada prueba, en efecto, que no constituye un intento de adoctrinamiento tendente a preconizar un comportamiento sexual determinado. Esta legislación no se consagra a exaltar el sexo ni a incitar a los alumnos a dedicarse precozmente a prácticas peligrosas para su equilibrio, su salud o su futuro, o reprobables para dichos padres. Además, la legislación no afecta al derecho de los padres de aclarar y aconsejar a sus hijos, de ejercitar con ellos sus naturales funciones de educadores o de orientarles en una dirección conforme a sus propias convicciones religiosas o filosóficas” (p. 54).

Parece un fallo razonable³¹ y en el que, como reflexionaba al principio, luce el sentido común. Si ante cualquier enseñanza que afectare a la interpretación del mundo en cualquiera de sus variados aspectos, los padres tuvieran, por así decir, una especie de derecho de veto, sería imposible organizar la

toda persona, incluidos los padres y los hijos, <al respeto de su vida privada y familiar>, a <la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión> y a la <libertad de recibir o comunicar informaciones e ideas>” (p. 52).

³¹ Desde un punto de vista crítico con el fallo, véase Javier MARTÍNEZ-TORRÓN, *The European Court of Human Rights and religión*, “Law and Religión”, 4 (2001), 198, así como la separata de su ponencia, *Matrimonio, familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de derechos Humanos*, 37 ss.

enseñanza con esa vocación de generalidad, que es uno de los grandes logros de la moderna pedagogía. Y, en efecto, como indica el Tribunal, nada prohíbe a los padres que completen, o incluso rectifiquen, las enseñanzas que han recibido los niños. En este sentido, hay un detalle que puede parecer anecdótico pero que tiene gran peso interpretativo. El mismo día que la sentencia comentada, dictó el Tribunal la que zanjaba el asunto “Handyside c. Reino Unido”: se recordará, el caso del Editor que había publicado un libro de sexualidad para los menores. El Tribunal, garante habitual de la libertad de expresión en los más altos términos, consideró que, en este caso, Inglaterra, que prohibió y secuestró la publicación, no incumplió las exigencias del Convenio, precisamente porque se trataba de un libro muy contundente y explícito que se dirigía a niños indefensos.

En definitiva, la primera sentencia en que se aborda de lleno el problema planteado, sitúa el derecho de los padres dentro del contexto de lo que es la puesta en funcionamiento de la enseñanza pública generalizada y contando ante todo con que sólo ha de tener sentido en el marco del derecho a la educación de los niños. El resultado va a ser que no se considere legítima sin más cualquier posible pretensión. Pesa mucho la interpretación conjunta de las diferentes opciones que contiene el artículo 2 que estudiamos. En la forzosa integración de las exigencias del derecho de todos a la educación y las exigencias de los padres a que se respeten ciertas pretensiones, estas últimas se contemplan con cierta angostura³². No se considera que se trate de una opción absoluta. De ahí que haya que deducir un cierto margen de maniobra a las autoridades educativas de cada Estado.

20. El siguiente asunto en orden cronológico depara un sensible cambio de perspectiva. Se trata de un caso bien conocido dentro del repertorio de jurisprudencia del Tribunal por otras razones más aparatosas, pero que ofrece una clara e interesante toma de postura en relación con el derecho de los padres que venimos examinando. La sentencia “Campbell y Cosans c. Inglaterra”, de 25 de febrero de 1982³³, es conocida sobre todo porque plantea de lleno el problema de los castigos corporales en las escuelas. Los hechos transcurren en

³² En el voto particular del juez inglés, Sir Vincent Evans, al caso “Campbell y Cosans”, del que luego se hablará, tras aludir a los trabajos preparatorios del Protocolo Adicional para interpretar “un texto indiscutiblemente muy difícil”, se destacará como el Tribunal, en los dos primeros casos concernientes al derecho de los padres –el del asunto lingüístico belga y el Kjeldsen– “adoptó en los puntos de que se trata en el presente asunto una concepción restrictiva del objeto de la segunda frase del artículo 2”, línea restrictiva que él pretendía que se hubiera seguido también en el tercer asunto, cuya solución él cuestionaba y de la que paso a ocuparme seguidamente.

³³ Véase el temprano comentario de Antonio EMBID IRUJO, *Derecho a la educación y derecho educativo paterno. Comentario a la sentencia del TEDH de 25 de febrero de 1982*.

Escocia donde era normal que a los alumnos traviesos o que infringían la disciplina, se les castigara golpeándoles la palma de la mano con una correa de cuero (los “zorros” o “disciplinas” como suele traducirse la palabra original, “tawse”)³⁴. Se deja constancia en la sentencia de los intentos del Gobierno para tratar de erradicar la práctica, cuya utilización quedaba al buen criterio de los profesores, como una autorización que arranca directamente del “Common Law”, y al parecer, mayoritariamente aceptada por los padres, e incluso por los alumnos, es decir, de un enorme arraigo social. Dan nombre a la sentencia dos madres a cuyos hijos –de 7 y 15 años, respectivamente– se les había citado para recibir el castigo a causa de alguna de sus “fechorías”³⁵. Y, en concreto, las madres se oponen al castigo corporal.

La miga aparente del asunto se centra en la prohibición de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes que proclama el artículo 3 del Convenio³⁶. Aunque en puridad, dada la negativa, a los niños no se les tocó: nunca recibieron el castigo. Pero a consecuencia de ello, en el caso de Jeffrey Cosans, se produjo una expulsión temporal que, al no aceptar las reglas de disciplina en el centro, se traduciría en una prolongada ausencia del niño al colegio.

Ambas madres acudieron por separado a la Comisión Europea de Derechos Humanos alegando que el Reino Unido incumplía el Convenio, en lo referente a la prohibición de la tortura y penas y tratos irregulares, del artículo 3, pero también, en relación con el artículo 2 del Protocolo nº 1. En realidad, se trataba de supuestos diferentes, diferentes escuelas, diferentes localidades, pero la Comisión acumuló ambos recursos. La Comisión, tras el estudio del asunto, determinó en sus conclusiones: a) que no se había violado el artículo 3 (13 votos contra 1); b) que, en cambio, había habido violación de la segunda frase del artículo 2 del Protocolo (9 votos contra 5); y c) no haber lugar a investigar si hubo violación de la primera frase del artículo 2 PA. Es decir, se aceptaba la queja desde el punto de vista del derecho de los padres que nos viene interesando. En vista de la aceptación, se dirigiría al Tribunal para que analizara el asunto, cosa que también hizo el Gobierno del Reino Unido.

³⁴ En España se usaba la palmeta, con la que el maestro daba golpes en la mano al alumno díscolo, si bien era una tablilla, aunque originariamente era “azote para castigar, empleado en las escuelas”, como explica Joan COROMINAS, *Diccionario crítico etimológico de la lengua castellana*, III, Editorial Francke, Berna, 1954, 623.

³⁵ Del hijo de la señora Cosans, Jeffrey, el de 15 años, se dice que se le castiga, “por haber intentado volver a casa por un atajo prohibido a través de un cementerio” (p. 10).

³⁶ Una visión global de la jurisprudencia surgida en torno al artículo 3 CEDH –así como del artículo 2– si bien centrada en las actuaciones policiales, puede verse en el importante libro de Javier BARCELONA LLOP, *La garantía europea del derecho a la vida y a la integridad personal frente a las fuerzas del orden*, Civitas, 2007.

El Tribunal aceptaría el punto de vista de la Comisión en el aspecto que nos interesa, pero aún iría más lejos. En efecto, en el fallo encontramos estas tres decisiones: a) por unanimidad, no se ha demostrado ninguna violación del artículo 3; b) habría habido violación de la segunda frase del artículo 2 PA; y, c) en relación con Jeffrey Cosans –el muchacho que dejaría de acudir a la escuela–, se considera violada la primera frase del artículo 2 PA, es decir, la que asegura el derecho de todos a la educación. Las dos últimas decisiones fueron aprobadas por 6 votos contra 1, el del juez británico, Sir Vincent Evans, que presentó un voto particular disidente.

La referencia en orden al primer punto –el precepto referente a la tortura y malos tratos–, que sería el central en el supuesto, y, al menos, el más aparatoso, en el sentido de que “no se habría demostrado ninguna violación”, refleja claramente los razonamientos de la sentencia. Al no presentarse, los niños no recibieron el castigo. Aparentemente, no había justificación para considerar infringido el precepto. Lo que sucede es que se razona también que, en hipótesis, la mera existencia de un castigo que implique tratos inhumanos o degradantes podría ser causa de angustia (p. 26 y 27), con lo cual incidiría sobre el precepto³⁷.

Prescindiré ahora del derecho a la educación, de la primera frase del citado artículo 2, para centrarme en la segunda frase, es decir la que consagra el derecho de los padres. Se debaten en el caso aspectos interesantes y se aportan nuevas consideraciones, por lo que el corpus de interpretación jurisprudencial en torno al derecho se va afianzando y completando.

El Gobierno alegaría ante todo que las funciones referentes a la administración interna de una escuela, como por ejemplo, la disciplina, son algo accesorio y no encajan en los conceptos de educación y enseñanza en el sentido del artículo 2. Es decir, como si estos aspectos quedaran al margen del Protocolo del Convenio. En respuesta a este argumento, por de pronto se va ofrecer una interesante precisión de conceptos:

“El Tribunal puntualiza que la educación a los niños es el procedimiento total mediante el cual en cualquier sociedad los adultos inculcan a los más jóvenes sus creencias, hábitos y demás valores, mientras que la enseñanza o la instrucción se refiere especialmente a la transmisión de conocimientos y a la formación intelectual”.

Una vez precisados ambos conceptos, el Tribunal considera artificial el intento de separar las cuestiones de administración interna. Porque, aunque los castigos corporales encajen en la administración interna de la escuela, resulta

³⁷ Me remito a mi citado trabajo, *El concepto de víctima de una violación de los derechos*.

indudable que tienen que ver con “el desarrollo y la formación del carácter y del espíritu de sus alumnos” (p. 33). En suma, se está reafirmando la doctrina del caso Kjeldsen, ya subrayada, de que el compromiso del Estado abarca el conjunto de las funciones que ha de desempeñar en materia de educación y enseñanza.

El Gobierno trataría de defenderse también afirmando que en Escocia, los aspectos disciplinarios de la escuela no incumbirían a las autoridades, nacionales o locales, los profesores no estarían haciendo uso de una facultad delegada por el Estado, sino de una prerrogativa que les otorga directamente el “Common Law”, de acuerdo con los planteamientos tradicionales. El Tribunal tampoco acepta esta excusa: al Estado le incumbe la responsabilidad de definir las orientaciones generales de la enseñanza y la disciplina supone un elemento inseparable e incluso indispensable de cualquier sistema educativo. No se admite la justificación (p. 34), aparte de que se recuerde como argumento de peso el dato de que tanto las autoridades nacionales como las locales llevan tiempo abordando el problema, así mediante la preparación de un código de conducta que vaya sustituyendo la práctica, siendo de interés destacar así mismo el interés puesto por el Gobierno en seguir una política encaminada a suprimir los castigos corporales, como había quedado descrito con antelación, al explayar los “hechos”. Es decir, ¡claro que tiene responsabilidad el Estado en que el sistema disciplinario se conciba de una u otra manera!

Y hay un tercer argumento, que es el que, aparte de la advertencia general sobre los castigos corporales³⁸, más juego va a dar a la sentencia. Se trata del debate de hasta donde lleguen las “convicciones filosóficas”, una vez que el derecho que asegura el precepto es a que la educación y la enseñanza de los hijos sea “conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas”. Dado que la vertiente religiosa no está presente en el caso, la solución que se dé dependerá de la amplitud interpretativa que se convenga para esa noción de convicciones filosóficas. Aquí va a estar en efecto el quid de la cuestión: una interpretación angosta, cercenaría cualquier posible opción de los padres, mientras que una alternativa laxa daría demasiadas alas a sus aspiraciones, que podrían ser tan diversas y numerosas que hicieran prácticamente imposible cualquier enseñanza normalizada e institucionalizada. En este sentido, no deja de resultar interesante la “Reserva” que el Gobierno británico había establecido en

³⁸ La sentencia, que contaba con el precedente del caso Tyrer, de 25 de abril de 1978, en que el Reino Unido fue también condenado a consecuencia de alguna modalidad sancionatoria penal contraria al artículo 3 CEDH —en concreto, los azotes en el trasero con vara de abedul que se practicaban en la Isla de Man en relación con adolescentes gamberros, como fue el caso de Tyrer— resultó, en efecto, decisiva para avivar los debates en la sociedad británica, también en el seno de las asociaciones de maestros y profesores, y para que al final la ley suprimiera los castigos corporales.

relación con el artículo 2, al firmar el Protocolo Adicional, una reserva, testimonio de que hay Estados que saben a que se comprometen y que están decididos a cumplir sus compromisos. La reserva estaba concebida en el sentido de que,

“Sólo se acepta el principio expresado en la segunda frase del artículo 2 en la medida en que sea compatible con la impartición de una instrucción y de una formación eficaz y no implique gastos excesivos”.

¿Qué criterios utilizar para interpretar la expresión? El Gobierno alegaría, en efecto, que la obligación de respetar las convicciones religiosas se refiere a lo sustancial de los conocimientos y del saber y no a todos los aspectos de la administración interna de las escuelas, como por ejemplo la disciplina. Lo que el precepto pretende sería –y se cita doctrina del caso *Kjeldsen*–, que el Estado no adoctrine a los niños desconociendo el respeto a las convicciones religiosas y filosóficas de los padres.

Esta línea se refleja claramente en el voto particular que el juez inglés, Sir Vincent Evans, formularía contra la opinión de la mayoría. Vale la pena reproducir íntegro el contenido de su párrafo número cuatro:

“Durante los trabajos que la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa dedicó a la elaboración del artículo 2 se criticó la expresión <convicciones filosóficas> por ser demasiado ambigua para figurar en un texto jurídico destinado a amparar los derechos humanos. Sin embargo, esta crítica permitió que el señor Teitjen, ponente de la Comisión de cuestiones jurídicas y administrativas de la Asamblea Consultiva, al que se había sometido el proyecto de Protocolo para informe, diera una enérgica explicación a la vista de la cual se fijó el texto definitivo del artículo 2 y el Protocolo quedó aprobado y abierto para su firma. El señor Teitjen puso de manifiesto que se trataba de proteger el derecho de los padres frente al empleo por el Estado de las instituciones docentes para adoctrinar ideológicamente a los niños (...). Esta fue precisamente la interpretación del Tribunal en el caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen*. Estos datos me permiten entender que la segunda frase del artículo 2 se refiere al contenido de las informaciones y de los conocimientos transmitidos al niño por la educación y la enseñanza, así como a la manera de transmitirlos; y, por el contrario, las opiniones de los padres sobre extremos como el uso de los castigos corporales están fuera del ámbito de este precepto, como sucede con sus preferencias lingüísticas³⁹. Si se entendiera que se aplicaba a las

³⁹ Esta afirmación, como se recordará, está en línea con la doctrina contenida en la segunda sentencia sobre el caso lingüístico belga, que antes se transcribió, donde el Tribunal había dejado sentada con claridad la idea de que las convicciones religiosas y filosóficas no autorizan a los padres

medidas disciplinarias, y especialmente al empleo de los castigos corporales, no se comprendería que no se aludiera a estas consecuencias durante las extensas discusiones que precedieron a su aprobación”.

¡Cuestión delicada, sin duda, la de alcanzar una interpretación satisfactoria de la expresión “convicciones filosóficas”! En cuanto a la palabra “convicciones”, el Tribunal se decanta por exigir una cierta intensidad y profundidad: no sería sin más sinónima de “opinión” o “ideas”, sino que requeriría algo más, una “opinión que alcanza determinado nivel de fuerza, seriedad, coherencia e importancia” (p. 36), con lo que se circunscribe así su posible amplitud. Es decir, no es punto de vista o el capricho momentáneo, sino que la idea reclama una cierta organización, un cierto arraigo, lo que implica que no resulta extraño por ende que pueda exigirse su justificación, lo que no tiene por qué ser complejo y puede bastar con que se acredite la pertenencia a un grupo, asociación u organización que practique determinadas ideas.

Si el adjetivo “religiosas” puede ser hoy ya bastante complejo, una vez que se ha superado el panorama en el que campaban las religiones tradicionales y se ha abierto la puerta a posibilidades ilimitadas, no pocas de las cuales ofrecen serias dudas acerca de si algunos de sus contenidos o premisas tienen algo que ver con lo religioso, aunque ahora no sea el caso en el presente supuesto, mucho más delicado es lo referente al adjetivo “filosóficas”. ¿Cabría cualquier cosa en este continente? El Tribunal es consciente de las dificultades y va a apostar por una solución de compromiso, intentando buscar un equilibrio y resaltando algunas exigencias, aunque el problema quede lejos de resolverse de manera definitiva. Cada caso ha de ser diferente, aunque quizá lo que pese sea la idea de que hay que respetar ciertas exigencias.

Al constatar las dificultades interpretativas, sin que los trabajos preparatorios del Protocolo ayuden demasiado, el Tribunal asume los criterios de la Comisión, que ve dos posibles líneas interpretativas: “lo mismo sirve para designar un sistema totalmente organizado de pensamiento como, más bien ambiguamente, ideas referentes a cuestiones más o menos baladíes. El Tribunal entiende, de acuerdo con la Comisión, que no hay que aceptar ninguna de estas interpretaciones exageradas del artículo 2: la primera limitaría demasiado el contenido de un derecho que se garantiza a todos los padres, y la segunda podría ocasionar que se incluyeran cuestiones insignificantes”.

Creo que es esta última preocupación la que late de manera principal, dada la trascendencia para la organización de la enseñanza, allí donde pudieran plantearse determinadas aspiraciones triviales o inconsistentes. Se aspira, diríamos, a no dar alas al simplismo. No se intenta aportar solución definitiva,

para exigir que la enseñanza se de en una lengua determinada.

sino que se opta por resolver a la vista de las circunstancias del caso, de ahí que, ponderando el Convenio en su totalidad, y apoyándose en su anterior doctrina, el Tribunal entiende que la expresión convicciones filosóficas “se refiere en este caso a las convicciones merecedoras de respeto en una <sociedad democrática>, que no son incompatibles con la dignidad humana y además no se oponen al derecho fundamental del niño a la instrucción, prevaleciendo la primera frase del artículo 2 sobre todo el precepto” (p. 36)⁴⁰.

Aparte de resaltarse la primacía del derecho de los hijos a la instrucción, con apoyo expreso en la jurisprudencia Kjelden, se siembran, como se ve esa pequeña serie de exigencias: no cualquier ocurrencia —o, incluso, tradición arraigada— sino lo que sea compatible con la “sociedad democrática”, pero “convicciones merecedoras de respeto”, lo que no es tampoco cualquier cosa.

Hay un último argumento del que conviene tomar nota, pues también se va a incorporar al corpus interpretativo del precepto y no dejará de utilizarse en los supuestos ulteriores. El Gobierno británico se defendía también alegando que ya se habían ido tomando medidas para ir suprimiendo paulatinamente los castigos corporales de la escuela. Se recalca que es una cuestión muy polémica, que enfrenta de forma violenta a los partidarios de una u otra tendencia —mantener la tradición o suprimirla— ya sea entre los profesores y pedagogos ya sea en el seno de la sociedad, incluidos los propios padres, como se dijo, de manera que la situación evoluciona, con lo que habría un cierto equilibrio entre los partidarios de una y otra tendencia. Pero el Tribunal no compartirá el criterio. Aunque reconoce que las medidas que se van adoptando son testimonio de una evolución favorable a las tesis de las demandantes, con todo, lo cierto es que, en puridad, al menos en lo que a ellas afecta no supone una garantía efectiva del “respeto” que garantiza el precepto. Aquí el Tribunal hace una cata para ir al proceso de elaboración del precepto que estudiamos. Inicialmente se habla de “tener en cuenta”, pero se sustituyó intencionadamente por “respetar”. Y “respetará”, recalca el Tribunal, significa más que “reconocerá”, o, “tomará en consideración”. De hecho, se subraya, el “respetará”, “además de un compromiso más bien negativo, implica para el Estado una cierta obligación positiva. Por eso, no puede desaparecer el deber de

⁴⁰ Aún insiste la sentencia sobre la misma idea en otra ocasión, al dilucidarse en concreto si hubo también violación del derecho del niño expulsado a la educación (sería la primera frase del artículo 2 estudiado). Se dira, en concreto: “A mayor abundamiento, el artículo 2 constituye un todo dominado por su primera frase, y el derecho expresado en la segunda es accesorio del derecho fundamental a la instrucción. Las dos alegaciones se diferencian, por último, claramente por su fundamento jurídico: una se refiere al derecho del padre y la otra al derecho del niño” (p. 40). Me interesaba insistir en esta idea y resaltar como se va afianzando, pues resulta determinante para explicar el derecho que estudiamos y para situar en el debido lugar a los diversos sujetos presentes en la relación, como más arriba se indicaba.

respetar las convicciones de los padres en esta materia por la pretendida necesidad de mantener el equilibrio entre las doctrinas opuestas” (p. 37).

Si tal sería la interpretación del marco legal, ¿Qué sucede en este caso en concreto? Se ve una calificación y una respetabilidad en las pretensiones: “Las opiniones de los demandantes –razona el Tribunal– se relacionan con un aspecto serio e importante de la vida y de la conducta del ser humano”. No serían cualquier debate sobre métodos disciplinarios o sobre la disciplina en general, sino que los castigos corporales y la angustia que pueden producir dan al asunto una relevancia incuestionable.

Se rechazará también la alegación del Gobierno de que ya se ha iniciado gradualmente la transformación, así como la toma en consideración de la reserva formulada en su día por el Reino Unido, ya que, –se razona– la sustitución de los castigos corporales no tendría por qué implicar un gasto público desmedido. Por todo lo cual se llega a la conclusión ya indicada de que las madres tenían razón cuando pretendían que en la educación dada a sus hijos no se incluyeran los castigos corporales, y, por ende, de que el Reino Unido ha violado la segunda frase del artículo 2 del Protocolo Adicional.

21. El caso “*Valsamis c. Grecia*”, de 18 de diciembre de 1996, depara un asunto de menor entidad –aunque, ciertamente, para cada interesado lo suyo es lo más trascendente–, si bien como todos tiende a ir consolidando el repertorio de respuestas. Hay un radical cambio de panorama en relación con los supuestos anteriores, lo que contribuye también a dar testimonio de por cuan diversos caminos pueden andar las aspiraciones de los padres. Y de ahí, la importancia de tener claros los conceptos y repuestas. De nuevo aparecerá la vinculación del derecho de los padres con sus convicciones religiosas, por lo que junto al artículo 2 del Protocolo Adicional entra también en lid el artículo 9 del Convenio.

Los Valsamis son tres, un matrimonio y su hija Victoria, que tenía doce años cuando ocurrieron los hechos, alumna de una escuela pública, cursando educación secundaria. Son testigos de Jehová y señalan que el pacifismo es un contenido fundamental de su religión, que prohíbe cualquier conducta o práctica asociada, directa o indirectamente, con la guerra y la violencia. Los padres habían solicitado que se dispensara a Victoria en la escuela de las clases de educación religiosa, de la asistencia a la misa ortodoxa y de cualquier otro acontecimiento o festividad que resultara contradictoria con sus ideas religiosas, incluyendo la celebración de la Fiesta Nacional, así como las procesiones o cortejos por las calles.

En Grecia hay una circular del Ministerio de Educación y Asuntos Religiosos que prevé que a los alumnos que sean testigos de Jehová se les

eximirá de la asistencia a las clases de educación religiosa, de las oraciones escolares y de la misa. Pero la circular puntualiza que dichos alumnos no deberán ser dispensados de su participación en otras actividades escolares así como en los acontecimientos nacionales. Y, en efecto, se dispensó a Victoria de la asistencia a las clases de religión religiosa y a la misa ortodoxa. Con motivo de la Fiesta Nacional, el 28 de octubre, fue invitada, como los demás niños, a participar con su presencia en las celebraciones, en concreto, en el desfile o procesión escolar⁴¹ que se celebra por las calles de la ciudad. Hay que advertir que la fecha recuerda la ruptura de hostilidades entre Grecia y la Italia fascista, ese mismo día del año 1940. Con tal motivo, suele haber desfiles militares pero también desfiles o procesiones escolares; en alguna ocasión coinciden, pero como regla, se trata de actos separados. Parece que el acto que afectaba a Victoria tenía estricto carácter cívico sin connotaciones militares.

Victoria informó al director de la escuela de que sus creencias religiosas le prohibían sumarse a la conmemoración de una guerra, participando en una procesión escolar al lado de las autoridades civiles, militares y de la Iglesia, procesión que tendría lugar después de una misa oficial y que se celebraría el mismo día que tenía lugar el desfile militar. Su solicitud fue rechazada, pero aún con todo no participó en el cortejo escolar. A la vista de lo cual, al día siguiente, el director le castigó con un día de suspensión de asistencia a clase (castigo que, como prevé la regulación, se cumple sin dejar de asistir a la escuela). Conviene advertir también que las sanciones disciplinarias menores se consideran un asunto interno de la escuela y no cabe defensa ante los Tribunales.

Tales son los hechos que darían lugar a la reacción ante los órganos garantes del Convenio. Acudieron así ante la Comisión Europea de Derechos Humanos alegando violación del artículo 2 PA, del artículo 3 y 9 del Convenio, así como del 13 (recurso judicial efectivo), en relación con aquéllos. La Comisión rechazaría las pretensiones en lo atinente a lo que podemos llamar el derecho sustantivo, pero encontraría fallos en lo referente a la defensa jurisdiccional. Sus conclusiones serían: a) no violación del artículo 2 en relación con los padres (19 contra 10); b) no violación del artículo 9 en relación con la hija (17 c. 12); c) no violación del artículo 3 en relación con la hija (unanimidad); d), en cambio, si hubo violación del artículo 13 del Convenio

⁴¹ En la versión original inglesa que utilizo se habla indistintamente de “procesiones” o de “desfiles” (“processions”, “school parades”) y debo decir que entiendo –separándome de la primera impresión que evocan ambas palabras en español- que ni aquéllas tienen siempre carácter religioso ni éstas carácter militar. De hecho, en castellano, más allá de la primera impresión, está normalizada la pluralidad de significados de ambas palabras, como lo avala el Diccionario de la Real Academia y lo confirma el lenguaje usual. Hay, así, desfiles “de modelos”, y “procesiones académicas”, en los solemnes actos universitarios.

en relación con el 2 PA, en relación con los padres (24 c. 5); e) sí violación del 13 en relación con el 9 respecto a la niña (26 c. 3); y, f) no hubo violación del 13 conjuntamente con el 3 en lo que concierne a Victoria (24 c. 5). Es decir, en el aspecto principal que es el que nos interesa, se considera que Grecia actuó debidamente, ni era atendible la pretensión de los padres, ni se lesionó el derecho a la libertad religiosa de la niña, ni menos la garantía frente a la tortura o los tratos y castigos inhumanos o degradantes.

Planteado el asunto ante el Tribunal, éste iba a confirmar de lleno los criterios adelantados por la Comisión: no se ha infringido el artículo 2 del Protocolo (7 c. 2), no ha habido violación del artículo 9 (7 c. 2), ni menos del artículo 3 (unanimidad), pero sí ha habido infracción del artículo 13, tomado en consideración con los citados 2 y 9, pero no en relación con el artículo 3. Destacaré también que si el Estado tiene que pagar los gastos judiciales –aunque rebajándose considerablemente la cifra solicitada–, en cambio, en cuanto a los daños no pecuniarios, se determina, por unanimidad, que con el resultado de la sentencia ya es suficiente, lo cual es sintomático del poco fuste de la reclamación.

Los padres señalaban que su derecho a elegir la educación de su hija debía haber impedido que se requiriera a Victoria para que participara en un acontecimiento de ideales patrióticos que ellos no suscriben; y apostillaban que la educación de los alumnos se logra mejor con lecciones de historia que con desfiles escolares.

El Gobierno defendería el criterio de que el desfile escolar cuestionado no tenía significado militar alguno que pudiera ofender las convicciones pacifistas; antes bien, la Fiesta Nacional conmemoraría el compromiso de Grecia con los valores de la democracia, la libertad y los derechos humanos que fundamentan el orden legal de la posguerra; ni había expresión de sentimientos belicosos ni se glorificaba el conflicto militar, al contrario, la celebración cívica del acontecimiento marcaría hoy el tono idealista y pacifista, lo que quedaría subrayado por la presencia del desfile escolar (p. 23).

Con todo, el Gobierno negaba que las creencias de los Valsamis pudieran ser consideradas como “convicciones” a los efectos del artículo 2. La Comisión tomó partido al respecto, aseverando que las convicciones de los testigos de Jehová estaban protegidas por el artículo 2, lo que no le impidió afirmar que el desfile en cuestión no tenía carácter militar incompatible con las convicciones pacifistas.

Hay otra afirmación de la Comisión que merece ser destacada. Se describe así:

“En la audiencia, el delegado [de la Comisión] añadió que la pretensión del artículo 2 del Protocolo n° 1 era limitada: su significado alcanza a

habilitar a los padres para conseguir que se dispense de la clase de educación religiosa si la instrucción religiosa resulta contraria a sus convicciones, pero no tiene fuerza para requerir al Estado que garantice que se va a acceder a cualquiera de sus aspiraciones o deseos [wishes] en el ámbito de la educación y materias afines, por más que estén basadas en sus convicciones” (p. 24).

Se apuesta decididamente por una interpretación cauta y moderada del alcance del artículo 2. Y ésta sería la postura seguida por el Tribunal, que no obstante aprovecharía para dejar claras diversas ideas.

Se establecerá que, sin lugar a dudas –como ya había constatado el Tribunal anteriormente en el caso Kokkinakis–, los testigos de Jehová tienen el estatuto de “religión conocida”⁴², lo que implica que están perfectamente habilitados para pretender que se respeten sus convicciones religiosas en el marco del artículo 2 del Protocolo (p. 26).

Se recalca igualmente –con apoyo en la doctrina establecida en el caso Kjeldsen– que el respeto a las convicciones de los padres, sean de carácter religioso o filosófico, concierne al sistema educativo en su conjunto, abarcando no sólo el contenido de la educación sino la forma en que se lleva a cabo y la ejecución de todas las funciones asumidas por el Estado al respecto. Del mismo modo que se alude a anterior doctrina del Tribunal para recalcar que si es cierto que en ocasiones los intereses individuales deben subordinarse a los del grupo, la democracia no implica necesariamente que hayan de prevalecer siempre los puntos de vista de la mayoría, precisándose por eso intentar un cierto equilibrio que asegure un trato justo y correcto a las minorías, así como evitar cualquier abuso de posición dominante (p. 27).

Pero, a la hora de decidir, a la vista de los datos reales del caso, el Tribunal mostrará sus exigencias. Se recuerda así que la palabra *convicción* del artículo 2 [“belief”, “conviction”] no es la mera idea u ocurrencia, sino que implica –como se vio en el caso Campbell–, una opinión que alcance un determinado nivel de fuerza, seriedad, coherencia e importancia. Se destaca como la niña Victoria había obtenido dispensa para no asistir a las clases de formación religiosa o a la misa ortodoxa. Hay una afirmación del Tribunal que no deja de chocar y es cuando manifiesta su sorpresa (p. 31) porque se exija a los alumnos que asistan a un desfile fuera del ámbito escolar en un día de fiesta, arriesgándose, en caso de incumplimiento, al castigo de suspensión de clases, aunque sea por un día; si bien es cierto que la observación se matiza dejando claro que el Tribunal no tiene por qué interferir en las decisiones del Estado griego a la hora de planear y organizar el programa escolar.

⁴² Se está aludiendo implícitamente al artículo 13 de la Constitución griega que al consagrar la libertad religiosa asegura el libre ejercicio a toda “religión conocida”.

Con todo, se remacha que el Tribunal nada encuentra en el desfile, ni en su concepción ni en su realización efectiva, que pueda herir las concepciones pacifistas de los demandantes y que alcance un nivel que sea incompatible con la segunda frase del tantas veces citado artículo 2. Al contrario, se deja expresa constancia del convencimiento del Tribunal de que “tales celebraciones de fiestas nacionales cumplen tanto objetivos pacifistas como de interés público” (p. 31). Descartándose a continuación que la mera presencia de representaciones militares en alguno de los desfiles que tienen lugar en Grecia ese día, altere el juicio que de los desfiles se ha formado. Aparte de que, se dirá también, esa obligación escolar de los alumnos no impide que luego sus padres les orienten, informen y eduquen de acuerdo con sus propias convicciones religiosas o filosóficas.

En resumen, se alcanza la conclusión de que no ha habido infracción del artículo 2, lo que significa que no se da relevancia a la pretensión que los padres hacían derivar de su derecho a predeterminar la educación de su hija en el punto controvertido. De modo que, recapitulando, ¡no se admite cualquier cosa, no vale cualquier alegación! El Tribunal ha contrastado y asume que la pretensión no tenía consistencia, por lo que se considera que la Administración educativa actuó correctamente. Y, en cuanto al otro agravio alegado, tampoco habría habido violación del artículo 9, lo que representa que no se da consistencia a la alegación de la niña Valsamis de que habría habido una incorrecta interferencia en el ejercicio de su libertad religiosa. El Tribunal adoptó su decisión por mayoría de 7 votos contra 2, presentando dos de los jueves, el islandés Thór Viljálmsón y P. Jambrek un voto particular, que considero de tono bajo y carente de argumentos convincentes, en el que se apostaba a favor de haber apreciado la infracción tanto del artículo 2 como del 9⁴³.

Vale la pena decir un par de cosas sobre el argumento de la libertad religiosa. La niña Victoria alegraría que se había producido una lesión de su libertad religiosa, en el sentido negativo de no tener que apoyar convicciones u opiniones contrarias a las suyas. Cuestionaba tanto la necesidad como la oportunidad de la injerencia sufrida, destacando el efecto negativo que le había supuesto el castigo. La Comisión consideraría al respecto que la proclamación de la libertad religiosa no autoriza a excepcionar la aplicación de normas disciplinarias que son utilizadas de manera general y neutra, aparte de negar que hubiera habido en el caso injerencia sobre el derecho de la niña a manifestar su religión o creencia.

⁴³ Recuerdo que, como se dijo, la sentencia daría la razón a los recurrentes en cuanto no había en el sistema jurídico griego un *recurso judicial efectivo* para poder defenderse frente a la posible violación de sus derechos. Pero no me detengo en esta idea que resulta marginal a mi investigación.

Por su parte, el Tribunal rechazará, como se dijo, la alegación. Recalca, de una parte, que Victoria fue excusada de acudir a las clases de formación religiosa y a las misas. Recuerda también que el acto controvertido no llegó a tener fuerza para ofender los sentimientos religiosos de los padres. Y, en cuanto a ella, concluye, así mismo, con la apreciación de que la medida impugnada no supuso intromisión alguna en su libertad religiosa. Lo que me lleva, en línea de recapitulación también, a destacar que se ha hecho aplicación de la reiterada doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de que la libertad religiosa no es un ámbito absoluto de pretensiones, sino que tiene que soportar ciertas limitaciones⁴⁴.

Con la conclusión alcanzada, insisto, el Tribunal reafirma su conocida postura en el sentido de considerar el importante papel de la enseñanza pública, tal como se desarrolla en la realidad y de no dar alas al derecho de los padres, tratándose de aspectos accesorios, lo que me parece del todo razonable. El mensaje más claro del presente caso es que no vale la simple afirmación de unas convicciones, sino que se contrasta su realidad, su efectividad y su fuerza en relación con las circunstancias del caso. No es un mero alegar. Hay una operación de contraste. El posible roce debe ser de cierta entidad. En suma, el alcance del derecho de los padres se toma con cierta contención⁴⁵.

22. Cuando se presenta el caso siguiente, cuyo problema de fondo es del todo similar al de la sentencia Kjeldsen, el Tribunal cuenta ya con un consolidado cuerpo de doctrina que facilitará la resolución del asunto, con la novedad, que hace su aparición por primera vez en la serie, de que ahora se resuelva con una mera *decisión de inadmisión*. Se trata, con todo, de un fallo interesante, muy claro y muy didáctico, en el que el Tribunal, al hilo de las coordenadas que se le habían planteado, sintetiza una clara exposición de su doctrina, a modo de recordatorio, muy útil, pues han pasado ya prácticamente 25 años desde el asunto Kjeldsen. Es interesante constatar también cómo aparecen las nuevas preocupaciones que han calado en la sociedad, pero el aspecto fundamental del caso es el de que los siete jueces que integran la Sección Cuarta del Tribunal deciden, por unanimidad, declarar la demanda inadmisibles. Estamos ante el asunto “Jiménez Alonso y Jiménez Merino c. España”, de 25 de mayo de 2000.

Los recurrentes son padre e hija, y el asunto tiene que ver con la enseñanza que debía recibir la niña –de 13-14 años cuando se produjeron los hechos–,

⁴⁴ Sobre esta idea elemental, me remito así, a lo que señalo en mi libro, *La afirmación de la libertad religiosa en Europa*, cit., 180 ss.

⁴⁵ De manera especial, si se tiene en cuenta que a lo largo del caso está muy presente que no sólo no se alegó, sino que de hecho no resultó que la niña fuera afectada en su derecho a la educación.

en el octavo curso del ciclo de educación primaria obligatoria (EGB) en un pueblo de Santander, Trebeño. El caso es que el profesor de ciencias naturales, en el marco de la materia “funciones vitales”, dio un curso acerca de la sexualidad humana, distribuyendo a su vez, como soporte pedagógico, un folleto elaborado por el Departamento de Educación de Gobierno Autónomo⁴⁶, dónde se tratan los aspectos fundamentales.

Al enterarse del curso, el padre –que por cierto, era profesor en el mismo colegio–, apela a su derecho a la elección de la educación moral de su hija e informa al director del centro que entiende que dicha enseñanza, así como el folleto, excedían el terreno de las ciencias naturales, conteniendo orientaciones contrarias a sus convicciones morales y religiosas, por lo que la hija no asistiría a estas clases. No asistió, no pudo ser evaluada, hubo de hacer el examen final de la materia, se negó a responder a esas cuestiones, y... fue suspendida. Tuvo que repetir el curso escolar.

Se inicia a sí la batalla judicial, tras el previo recurso administrativo. La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, tras la celebración de vista, rechazó el recurso. Por su parte, el TC inadmitió el correspondiente amparo, franqueándose así el paso al Tribunal Europeo. Éste toma muy en cuenta y transcribe algunos de los pronunciamientos de la Sala de Santander, de los que me parece oportuno dejar constancia ahora. Se señala así:

“El derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación conforme a sus convicciones, supone, en una sociedad plural, el derecho a elegir, derecho vinculado a la libre creación de centros escolares, de manera que los padres puedan elegir el centro escolar adaptado a sus creencias e ideas. Sin embargo, esto no supone, ni puede suponer, el derecho a imponer a otros sus propias convicciones, ni la posibilidad de exigir un trato diferenciado de acuerdo con dichas convicciones”.

Y algo más adelante,

“En conclusión, el derecho de los padres a la educación de sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones morales, religiosas e ideológicas, no constituye un derecho absoluto, sino que debe ser determinado en relación con los derechos reconocidos por la Constitución a otros actores de la comunidad educativa, de manera que no sería justo tratar de imponer una diferencia de trato o discriminación positiva en base a sus propias ideas, ni elegir o predeterminar, en función de ideas concretas, el contenido de un proyecto educativo en un centro público, teniendo en cuenta que el derecho a un tipo determinado de educación está

⁴⁶ “de Canarias” dice el texto de la decisión que manejo: me queda la duda de si se trataría de un error, y debería decir Cantabria.

garantizado mediante el derecho de creación de centros de enseñanza [privados], estos últimos pueden sostener un proyecto educativo determinado, a diferencia de lo que ocurre con la enseñanza pública en un Estado pluralista, en el que se añade el derecho de los padres a elegir el tipo de enseñanza que desean que sus hijos reciban”.

Resaltaré la afirmación tajante de que el derecho de los padres que examinamos “no constituye un derecho absoluto”. También resulta interesante la argumentación principal del TC en el auto por el que rechazó el recurso de amparo, que igualmente se transcribe:

“El artículo 27 de la Constitución española reconoce derechos a todos los que participen en la actividad educativa, lo que supone que, en caso de conflicto, habría que analizar una ponderación entre los diferentes intereses que estén en juego. En el presente caso, el Tribunal “a quo” efectuó una ponderación adecuada de los diferentes intereses en conflicto señalando que se trataba de la enseñanza pública. En el contexto de este tipo de enseñanza, la neutralidad ideológica deberá ser respetada, como señaló el Tribunal (...). En este caso, esta neutralidad fue respetada de manera que la ponderación efectuada por el Tribunal “a quo” no fue ni arbitraria ni absurda, y, por tanto, no podía ser objeto de una revisión por la vía de amparo (...). No hubo tampoco vulneración al principio de la igualdad enunciada en el artículo 14 de manera que, en apoyo del recurso, no se presenta ningún término de comparación idóneo”.

Me parece de especial interés retener el argumento de que son varios los titulares de derechos en la relación educativa, lo que implica la necesidad de realizar una ponderación entre los diferentes intereses que están en juego.

Pues bien, en prosa concisa, concretará el TEDH la doctrina que ha ido acumulando, que queda así reforzada con el presente caso. Me parece de interés reflejar casi todo el contenido del Fundamento de Derecho número 1. No le será difícil al lector constatar cómo se reúne ahora lo que ha venido decantándose de los casos anteriores. Se afirma así, ante todo:

“El Tribunal recuerda que, según su jurisprudencia, la segunda frase del artículo 2 se impone a los Estados Contratantes en el ejercicio del conjunto de funciones de las que se encargan en materia de educación y enseñanza, incluida la que consiste en organizar y financiar la enseñanza pública. Además, la segunda frase del artículo 2 debe leerse en relación con la primera que consagra el derecho de cada uno a la instrucción. Es sobre este derecho fundamental que se basa el derecho de los padres al respeto de sus convicciones religiosas y filosóficas, y la primera frase no distingue de la segunda entre la enseñanza pública

y la privada. La segunda frase del artículo 2 trata de proteger la posibilidad de un pluralismo educativo, esencial para preservar la <sociedad democrática> tal como la concibe el Convenio. Debido al peso del Estado moderno, es sobre todo la enseñanza pública la que debe realizarse con este propósito”.

De manera que no es sólo el contenido de las asignaturas lo que importa sino que la opción electiva de los padres se proyecta a todo el sistema educativo. Al recalcarse la conexión de la frase segunda con la primera, del artículo 2 PA, se quiere poner el acento en la idea de que el derecho de los padres ha de tener siempre en cuenta el derecho de los hijos a la educación. De interés también la referencia al valor del pluralismo educativo como presupuesto y contenido de la “sociedad democrática”. Y una última mención ahora, con la que en cierto sentido se puntualiza alguna de las afirmaciones de la Sala de Cantabria, para destacar que las secuelas del pluralismo deben llegar sin falta a la enseñanza pública: es decir, no basta con que haya libertad de creación de centros docentes, que permitan elegir. Resulta básico, en principio, que el pluralismo anide en la escuela pública (lo que no quiere decir, como se verá enseguida, que eso de alas a cualquier pretensión).

Se dice también:

“El Tribunal recuerda igualmente que la definición y el ajuste del programa de estudios dependen en principio de la competencia de los Estados Contratantes. Se trata, en gran medida, de un problema de oportunidad sobre el que el Tribunal no debe pronunciarse y cuya solución puede legítimamente variar según el país y las épocas. Por otro lado, la segunda frase del artículo 2 de dicho Protocolo no impide que los Estados difundan a través de la enseñanza o la educación informaciones o conocimientos que tengan, directamente o no, un carácter religioso o filosófico. Sin embargo, satisfaciendo funciones asumidas por él en materia de educación y de enseñanza, el Estado debe velar por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa sean difundidos de manera que pueda ser considerado respetuoso con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Aquí se sitúa el límite que no debe ser rebasado”.

Ante todo, un amplio margen para los Estados a la hora de programar la enseñanza, que en esa diferencia debe radicar en gran parte el encanto de Europa. También la idea que va a reclamar una interpretación laxa del derecho de los padres de que inevitablemente –y sin que haya de tener consecuencias por ello– haya contenidos en la educación o en la enseñanza que de alguna manera tengan un significado religioso o filosófico. Aunque, eso sí, resulta imprescindible la objetividad y no agresividad de los conocimientos que se impartan.

Si lo anterior figura a modo de fijación de los principios, como síntesis de la doctrina que se ha ido acumulando, importa sobremanera lo que se diga para el supuesto concreto:

“En este caso, el Tribunal constata que el curso de educación sexual en litigio trataba de procurar a los alumnos una información objetiva y científica sobre la vida sexual del ser humano, las enfermedades venéreas y el sida. Este folleto trataba de alertarles sobre los embarazos no deseados, el riesgo de embarazo en una edad precoz, los métodos anti-conceptivos y las enfermedades de transmisión sexual. Se trata de información de carácter general que puede ser concebida como de interés general y que no constituye una tentativa de adoctrinamiento para preconizar un comportamiento sexual determinado. Por otro lado, esta información no afecta al derecho de los padres a aclarar y a aconsejar a sus hijos, a ejercer hacia ellos funciones naturales de educadores, a orientarles en una dirección conforme a sus propias convicciones religiosas o filosóficas”.

Como decía, la Decisión es fruto de su tiempo. Si entre las secuelas de que había que advertir a los adolescentes figuraban los embarazos no queridos, los abortos o las enfermedades venéreas, entre otras cosas, ahora aparece por primera vez una de las preocupaciones importantes que había hecho su brusca aparición en torno a las experiencias sexuales, el tema del “sida”.

También resulta de peso, y decisivo a la hora de pronunciarse a la vista de la realidad del caso, el dato del no adoctrinamiento en el supuesto de la enseñanza impartida.

Apareciendo también, en el párrafo glosado, la vieja idea de que al margen de lo que oigan los niños en la clase, nada impide a los padres ejercer sus “funciones naturales de educadores” y puedan orientarles conforme a sus propias convicciones.

A la vista de lo que antes se dijo –objetividad, no adoctrinamiento, etc.–, y una vez que se ha constatado la amplia libertad existente en España a la hora de crear colegios privados que puedan insistir en determinados sistemas de creencias o de ideas, se remataría la argumentación en este punto con la siguiente afirmación: “En la medida en que los padres han optado por la enseñanza pública, el derecho al respeto de sus creencias e ideas garantizado por el artículo 2 del Protocolo nº 1, no podría ser considerado como un derecho a exigir un trato diferenciado de la enseñanza impartida a su hija, de acuerdo con sus propias convicciones”. Es decir, se opta, y tal sería el juicio global sobre el supuesto, por la toma de postura que bien expresaba la Sala de Santander, cuando señalaba que el derecho de los padres, *no constituye un derecho absoluto*, es decir, no se trata de algo mecánico, automático, rígido. Tendría que

tratarse de algo importante y de peso. No cualquier alegación basada en las creencias resulta suficiente. De otra forma, como ya he señalado anteriormente, sería poco menos que imposible que el Estado pudiera abordar el compromiso de la enseñanza pública para todos. Eso sin contar con el otro aspecto, que algo más arriba se destacó, de que el derecho de los padres puede pesar en la medida en que se garantice a los hijos el derecho a la educación.

23. El asunto siguiente en aparecer lo hace igualmente bajo la forma de Decisión sobre la admisibilidad. Sólo que ahora, se entiende que hay motivos suficientes para abordar el fondo, por lo que se resuelve dar pié a la tramitación. De nuevo preocupan las enseñanzas que haya de recibir una niña, por lo que también en el presente caso aparecen como demandantes padre e hija. —es el asunto “Zengin c. Turquía”, de 6 de junio de 2006—, y se trata de un supuesto razonable, que apunta en el lugar preciso, que se sitúa en la zona polémica que pone a prueba la virtualidad del derecho que estudiamos, y por eso el mero planteamiento del conflicto abre ya expectativas interesantes. La familia Zengin forma parte de la confesión de los alevitas, bien arraigada ésta en la sociedad y en la historia de Turquía, que sería una rama del Islam, bien que presentando peculiaridades y características propias. Se recalca en la Decisión que la práctica religiosa de los alevitas difiere radicalmente de la de las escuelas de teología suní. Aquélla, si se considera una rama del Islam, es una creencia o una filosofía influenciada por diversas culturas, religiones y filosofías. Predica una aproximación a la naturaleza, a la tolerancia, a la modestia y al amor del prójimo. Rehúsa la “sharía” ortodoxa (el código de leyes del Islam ortodoxo), la “sunna” ortodoxa (las reglas de conducta del Islam ortodoxo), defiende la libertad de religión, los derechos del hombre, el respeto a la mujer, el humanismo, la democracia, la tolerancia y la laicidad. Y, en concreto, ni rezan según el rito suní ni acuden a las mezquitas.

En Turquía, República en la que la laicidad desempeña destacado protagonismo en la organización del Estado, la Constitución impone no obstante, en su artículo 24 que se curse con carácter obligatorio en las escuelas la asignatura de “Instrucción religiosa y ética”, enseñanza situada bajo la vigilancia y control del Estado. Al margen de ello, que sería una asignatura de visión general sobre el panorama de las diversas religiones expuesta desde un punto de vista neutral, si alguien desea instrucción religiosa específica, deberá solicitarse expresamente, ya por el alumno, ya por sus representantes legales.

Pues bien, los Zengin van a sostener que tal y como se enseña, no se cumple en absoluto el deber de neutralidad y de imparcialidad del Estado, dado que todo el programa gira en torno a la visión suní del Islam y se niega la existencia de su creencia. Ante lo cual, el padre solicitó que se dispensara a

la niña para no tener que cursar la asignatura. Apoyaba su solicitud en el derecho de los padres a escoger la enseñanza de sus hijos, consagrado en las Declaraciones internacionales, a la par que destacaba que la asignatura era incompatible con el principio constitucional de laicidad. No se accedió a la solicitud y la decisión administrativa sería confirmada por las jurisdicciones internas, Tribunal Administrativo de Estambul y, luego, Consejo de Estado. Ante el Tribunal Europeo, la demanda alegaba violación del artículo 9 CEDH, si bien en los escritos posteriores se incorporaría igualmente al razonamiento el artículo 2 del Protocolo n° 1, lo que hará que el Tribunal lo tome igualmente en cuenta.

El Gobierno niega las acusaciones y se defiende alegando que las explicaciones no se circunscriben a los ritos y creencias de una única religión sino que se dan informaciones generales sobre las diferentes religiones, aseverando que el Estado está precisamente para asegurar tales características absteniéndose de imponer a los alumnos una doctrina determinada. Se reclama igualmente un cierto ámbito de discrecionalidad para que el Estado pueda organizar la asignatura, que no debería quedar afectado por el alegado derecho de los padres, “pues, en caso contrario, sería imposible llevar a cabo una enseñanza institucionalizada”.

Centrado así el problema, encaja de lleno en nuestra indagación. A la vista de la exposición, el Tribunal explica que se plantean serias cuestiones de hecho y de derecho, por lo que se limita a declarar admitido el asunto, a la espera de que la aportación de nuevos elementos puedan facilitar el fallo. El que pensaba que era un caso abierto, acaba de ser resuelto: ha dado la casualidad de que, concluido el trabajo, ha aparecido en breve plazo la esperada sentencia, con un fallo muy destacado, además. Puedo así dejarlo reflejado en la versión escrita, si bien para proceder con un cierto orden lo dejaré para un poco más adelante.

24. Llegados a este punto, me voy a permitir alterar la exposición cronológica. El incentivo para realizar el presente trabajo me vino dado por el asunto “Konrad”, como expliqué. Al producirse con posterioridad la sentencia “Folgero”, así como la del caso “Zengin”, paso a referirme a ellas a continuación, dejando a aquella en cambio para el final, para así derivar de ella las reflexiones últimas.

En el bien reciente asunto “Folgero y otros c. Noruega” hay sí sentencia, y nada menos que de la Gran Sala, pues así se decidió a la vista de la importancia de la problemática implicada. Se trata, en efecto, de una cuestión compleja, no sólo por el contenido sino también por el planteamiento que se hizo. Además, frente a la claridad y contundencia del caso Kjeldsen, que sirve

de referencia y cuya doctrina es aprovechada intensamente, no se ve un pronunciamiento madurado del Tribunal, que además decidió en una votación muy reñida de 9 votos contra 8, lo que hace pensar que acaso hubiera sido necesario enfriar o madurar más la decisión. Incluso, el planteamiento procesal ofrece no sé si irregularidades pero al menos, sí, altibajos. Hasta el punto de que, dado como había quedado fijada la decisión de admisión, el Tribunal encontraría serias dificultades para pronunciarse con libertad, lo cual, en mi opinión nubla un tanto tan importante asunto. No es de extrañar que, incluso, hubiera un voto particular defendiendo decididamente que debió haberse declarado la inadmisión del asunto. Dos de los jueces –uno de los que luego, en cuanto al fondo, votaría con la mayoría–, entendían que se daba una situación de litispendencia internacional que, de acuerdo con el artículo 35.2.b CEDH, debería suponer la inadmisión del asunto. En efecto, de los varios padres que recurrieron en la vía interna, tres familias optaron luego por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y otras cuatro, en cambio, por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de Ginebra, instaurado en aplicación del Protocolo del Pacto Internacional de Derechos Civiles, de Nueva York, de 1966. Tales objeciones, pero también, muy especialmente, el modo en que fue planteado el asunto, que limitaron por ende la respuesta del Tribunal, son una lástima, dado que el litigio entra de lleno, y con fuerza, en la problemática que nos viene interesando. Lo habían puesto en marcha diversos padres de alumnos, y varios de éstos, además de la organización a que todos pertenecían, la “Asociación Humanista Noruega” (“Human-Etisk Forbund”). Aunque luego, varios de ellos se fueron quedando por el camino y al Tribunal Europeo sólo llegaron algunos de los padres, y con un planteamiento bastante limitado.

El quid de la cuestión consistiría en esto: padres que no comulgan con el ideario de la religión cristiana, pretenden que sus hijos sean dispensados de asistir en la escuela a las clases de cultura religiosa, en cuanto éstas estarían fuertemente imbuidas por el ideario de la religión evangélica luterana. Aunque, sin duda, el planteamiento resulte mucho más complejo.

Sin perjuicio de que se asegure la libertad religiosa, la Constitución de Noruega proclama la existencia de una religión de Estado y una Iglesia de Estado. Se calcula que una cualificada mayoría de noruegos, sobre el 86 % (p. 9), pertenecen a la religión evangélica luterana, afirmando también la Constitución que los que profesan aquélla deben educar a sus hijos en dicha fe. Aunque se interprete que tal disposición no sea un mandato legalmente obligatorio.

Se parte del arraigo histórico de la enseñanza de la religión en las escuelas, si bien desde hace más de un siglo, a los que fueran miembros de otras

organizaciones religiosas se les permitía la dispensa total o parcial de la enseñanza de religión (p. 10). En 1969 se habría producido una reforma significativa: la enseñanza del catecismo quedaría encomendada aparte a la Iglesia y, en cambio, la enseñanza de la religión cristiana consistiría en los pasajes esenciales de la Biblia y en los principales acontecimientos de la historia de la Iglesia. Todo ello presidido por la que se denomina la “cláusula de vocación cristiana” (p. 12), es decir, promover la libertad espiritual y la tolerancia, el desarrollo de sus capacidades tanto espirituales como físicas, todo ello desde el empeño de contribuir a dar a los alumnos una educación cristiana y moral. Con la idea, incluso, que se añadiría más tarde, de que los profesores deberían enseñar de acuerdo con la fe evangélica luterana (p. 13). Aunque todo ello contando con que los padres que no pertenecieran a la Iglesia de Noruega pudieran solicitar que se dispensara a sus hijos de la totalidad o de parte de los cursos de la enseñanza de la religión, con la opción de recibir en sustitución cursos de filosofía.

En los años noventa se prepararía con cierto cuidado una profunda reforma que pretendía introducir una solución moderna e integradora, alterando radicalmente la metodología. Se pensaba que la escuela debería ser un lugar abierto y de encuentro, intentando integrar a todo tipo de alumnos, cualquiera que fuera su entorno social, sus orígenes étnicos o su nacionalidad y, por supuesto, cualquiera que fuera la fe religiosa predominante en su entorno familiar. En cuanto a la enseñanza religiosa, una vez que la Iglesia se encargaba de enseñar el catecismo –a los que lo querían–, se pensaba que en la escuela se debían transmitir conocimientos sin convertirse en un instrumento de predicación religiosa. Es así como se introduciría como obligatoria en diversos cursos la enseñanza de una asignatura tratando sobre el cristianismo, la religión y la filosofía. Aunque desde la perspectiva integradora y con afán de integración, no se veía sentido ya a las dispensas totales, debiendo circunscribirse tan sólo la posibilidad de dispensa a algunas partes del curso, señaladamente a las que tuvieran un alcance confesional así como a la participación en los ritos (p. 15). Es decir, en aras de los nuevos criterios pedagógicos de integración, se suprimía la fórmula de la dispensa general que había estado vigente más de 150 años. En el curso de la elaboración de las reformas se discutiría expresamente si desde el punto de vista de las obligaciones internacionales adquiridas por Noruega –muy presente así la incidencia del CEDH– sería necesario implantar una fórmula de dispensa total o si sería suficiente con asegurar dispensas parciales, para tramos concretos de enseñanza, decantándose al final por esta fórmula de las dispensas parciales. La enseñanza estaría presidida por una idea similar a la de la “cláusula de vocación cristiana” a la que antes se aludió. Para la solicitud de dispensa, tratándose de las actividades

manifiestamente religiosas –como las oraciones, los salmos, la memorización de textos religiosos o la participación en las funciones religiosas–, no habría que aportar ningún tipo de justificación, pero, en cambio, del resto, en otros tramos o contenidos de la enseñanza, para que la dispensa se otorgara, los padres tendrían que razonar la contradicción con sus propias ideas.

A la vista de la reforma, las confesiones minoritarias opondrían serias objeciones a la fórmula, destacando por la fuerza de su protesta la “Asociación Humanista Noruega”. De hecho, la Asociación y algunos padres encuadrados en ella pusieron en marcha el correspondiente procedimiento judicial, una vez que la Administración escolar rechazó el otorgamiento de la dispensa total que habían solicitado para sus hijos. Es decir, rechazaban el nuevo sistema educativo en materia de formación religiosa a pesar de su apariencia integradora; no se conformaban con la opción de las dispensas parciales para los tramos señalados, sino que pretendían que se aplicara la vieja fórmula de la dispensa total: nada de clase de religión en los términos en que se ofrecía.

En las tres instancias judiciales nacionales sería rechazado el recurso: Tribunal de Primera Instancia, Tribunal de Apelación y, luego, Corte Suprema. Frente a lo que, unos se alzarían ante el Tribunal Europeo y otros, como se dijo, utilizarían el camino del Comité de Derechos Humanos de la ONU. En esta sede, se daría la razón a los reclamantes, a la vista de lo cual, Noruega puso en marcha una serie de medidas enérgicas para modificar y adaptar la situación legal existente.

Los recurrentes ante el Tribunal Europeo apoyarían su demanda en el artículo 9 del Convenio, referido a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, en el artículo 2 del Protocolo nº 1, sobre el derecho de los padres en relación con la educación de los hijos, y también en el artículo 14 de aquel, sobre la igualdad, en relación con los dos preceptos anteriores, así como con el artículo 8, referente a la protección de la intimidad. Las alegaciones iban en el sentido de que la enseñanza, tal y como estaba concebida, ni aseguraba el criterio de neutralidad y objetividad, ni era impartida de manera neutral o pluralista, considerando que la orientación principal consistía en fortalecer el basamento cristiano de los alumnos. Achacaban también importantes defectos a la fórmula de la dispensa parcial, en el sentido de que los niños quedaban dispensados sin duda de de recitar los pasajes de la Biblia, de cantar los cánticos y de rezar las oraciones, pero no de conocer los textos. Se objetaban también dos aspectos destacados en relación con las dispensas parciales: para solicitarlas debían conocer de antemano cuál era el programa y qué era en concreto lo que tocaba enseñar a los niños. Lo que aparte de ser una carga compleja, no siempre era factible, pues no resultaba fácil conocer con antelación los programas. De otra parte, al tener que razonar por qué pedían la

dispensa los padres para determinadas actividades, señalando que las consideraban incompatibles con sus creencias o con su filosofía de la vida, se les situaba en la tesitura de tener que explicitar sus creencias, lo que chocaría con el necesario respeto a la intimidad, tan significado en el campo de las ideas y creencias, en el sentido de no tener que verse forzado a hacerlas públicas si uno no lo desea. En suma, constatando la prevalencia de los elementos cristianos en la nueva asignatura, el criterio de la “Asociación Humanista” es que hubiera sido preferible conservar el antiguo sistema, con una materia para la mayoría de alumnos provenientes de familias cristianas e introducir para los demás unas enseñanzas generales no confesionales, apoyadas en lo que fuera patrimonio común, la filosofía y la historia de las religiones y la moral.

El Gobierno defiende con energía la nueva fórmula recalcando que ha sido concebida para promover la comprensión mutua, la tolerancia y el respeto entre los alumnos de diversos orígenes, tratando de aunar el respeto de la historia nacional y de los valores de Noruega con el de otras religiones y filosofías sobre la vida. De hecho –se señala– el programa correspondería en un cincuenta por ciento a transmisión de conocimientos sobre la Biblia y el cristianismo en tanto que patrimonio cultural, y la otra mitad estaría dedicada a las otras religiones y filosofías. Por lo que una dispensa total privaría también del conocimiento de las otras religiones y filosofías sobre la vida, pero también de los aspectos éticos. Se recalca que la enseñanza, tal y como se practica en las escuelas noruegas, no autoriza ninguna forma de predicación o adoctrinamiento. Se niega, igualmente, que el tener que razonar el por qué de la solicitud de dispensa en algunos tramos implique atentado alguno al respeto de la intimidad.

En definitiva, que se defiende la fórmula pedagógica de la integración, que sería el fruto de un compromiso equilibrado entre dos líneas de intereses, dado que un derecho a la dispensa total supondría hacer impracticable cualquier enseñanza institucionalizada y obligatoria. Por otro lado, frente a posibles disfunciones –se alega– habría fórmulas para obtener un control de la Administración escolar o, incluso, de los tribunales. Y un último argumento: los reclamantes no estaban obligados a escolarizar a sus hijos en la enseñanza pública, dado que tanto particulares como organizaciones, asociaciones y congregaciones, pueden crear sus propias escuelas para asegurar ciertos matices en la enseñanza, o, incluso, en el caso de Noruega, pueden asegurar la enseñanza par parte de los padres en el propio domicilio; la enseñanza privada quedaría financiada por el Estado en más de un 85% de todos los gastos, evidenciando la realidad que numerosas organizaciones o comunidades, o incluso comunidades cristianas que no estaban satisfechas con el grado de enseñanza de la religión en las escuelas públicas, han creado sus propios centros privados.

El Tribunal va a incorporar a la sentencia un minucioso razonamiento acogiendo las enseñanzas de las sentencias anteriores —señaladamente, la “Kjeldsen”, la “Campbell y Cosans” y la “Valsamis”— al mismo tiempo que añade aportaciones novedosas, ordenándose la estructura, como es habitual, codificando primero los principios generales, para abordar después su aplicación al caso. A la hora de valorar la situación fáctica, el Tribunal va a poner sus objeciones. Se objetará así que según los criterios establecidos haya que contribuir a dar a los alumnos una educación cristiana (p.90), lo que de hecho representa una marcada preponderancia del cristianismo en los programas (p. 91), constatándose el profundo desequilibrio entre lo que se dedica a unas y otras religiones o concepciones. No se acepta tampoco la excusa de la posible existencia de escuelas privadas, desde la tan arraigada idea de que de que hay que garantizar sin falta el pluralismo en las escuelas públicas. Todo ello va a llevar a la conclusión de, que sin perjuicio de las buenas intenciones que inspiraron la reforma legislativa cuestionada —y que, a simple vista, pensando sobre todo en la idea de la “integración” parece muy interesante—, el dato cierto es el de que Noruega no ha llegado a garantizar que las informaciones y conocimientos incluidos en los programas pudieran ser impartidos de manera objetiva, crítica y pluralista (p. 102). Por lo que la ausencia de la fórmula de la dispensa total representaría una violación del derecho que asegura a los padres el artículo 2 del Protocolo. Tal y como estaba planteado procesalmente el asunto, no cabía entrar a discutir la aplicación práctica de las dispensas parciales en supuestos concretos, sino que se trataba de una especie de órdago centrado en la alternativa de la dispensa global, lo que conducía no al casuismo aplicativo sino directamente a un contraste con la legalidad. Entiendo que era una situación demasiado brusca y una apuesta muy rígida porque, de adoptarse otra perspectiva hubiera cabido enderezar posibles disfunciones en la aplicación concreta, pero salvando el sistema con tanto esfuerzo conseguido. El conflicto ha sido conducido al angosto margen del todo o nada: o vale el intento de integración, con todas las rectificaciones necesarias, con la finalidad de evitar “ghetos” que separen a los niños según las opciones filosóficas o religiosas de los padres, o hay que optar por la fórmula anterior de que cada uno vaya por su lado. Llevadas las cosas a ese terreno, diré que, en puridad, no satisface que tan importante disyuntiva se resuelva con un resultado de votación tan ajustado de nueve contra ocho, con un incisivo voto particular disidente de los ocho jueces de la minoría. Pero así transcurrieron las cosas, con el resultado indicado de estimar que se ha producido una violación del artículo 2 del Protocolo, es decir, que Noruega no es respetuosa con el derecho de los padres a poder determinar la educación de los hijos. Una vez decidido lo cual, se renuncia a examinar la queja concerniente a la violación del

artículo 14 en relación con los artículos 8 y 9, y 2 del Protocolo, del mismo modo que se considera, por unanimidad, que el reconocimiento de la violación representa ya compensación suficiente por el daño moral. Uno hubiera deseado que tan importante decisión hubiera podido expresarse de una forma más perfilada y con mayor apoyatura.

En todo caso habría que subrayar el resultado que implica un reconocimiento neto de las opciones de los padres en defensa de su sistema de ideas y convicciones filosóficas. Con una importante llamada de atención: no cualquier cosa da alas a los padres para poner en marcha las opciones del artículo 2; habrá incidencias puntuales en la educación que afecten a los credos religiosos, y no se les da mayor relevancia, no dan pié tampoco a la utilización del artículo 2. Pero allí donde haya, a pesar de las apariencias, o, incluso, a pesar de lo que se haya pretendido, un adoctrinamiento cierto y efectivo en una línea religiosa que sea distinta del ideario religioso o filosófico que los padres profesan, cobra plena virtualidad la opción de los padres a oponerse a que se de dicha enseñanza a sus hijos.

25. La consecuencia es que el derecho de los padres que venimos analizando, en lo que tienen también de conexión con el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, cobra un significado relevante con la línea que afianza la anterior doctrina, que vuelve a aparecer en el caso que se examinará a continuación. Y si las últimas libertades mencionadas se van afirmando pacíficamente en la sociedad europea, también es cierto que exigen adaptaciones y respuestas eficaces. Es tarea apasionante, pero muy compleja, la de lograr en el tan vivo campo de la educación y de la enseñanza la respuesta adecuada para asegurar la objetividad o el pluralismo, así como la ausencia de adoctrinamiento, de que se vienen hablando. Lo que resulta especialmente complejo en los Estados en que, por decirlo de alguna manera, una determinada religión ha pesado históricamente en la conformación del Estado y de muchas de sus características, con indudables reflejos en la sociedad. No son pocos los ejemplos, en los que están presentes bien diversas religiones. Si no se procede con tacto y decisión, puede resultar problemático el proceso de abrirse al pluralismo y a lo diferente. Con posibles roces entre las obvias –y deseadas– exigencias de una “sociedad democrática” y el significado de lo tradicional en la vida de cualquier organización y, por supuesto, de los Estados. Pero no queda más remedio que proceder y la presente sentencia, así como la siguiente, ofrecen lecciones que no deberían ser echadas en caso roto.

Acaba de dictarse la sentencia que resuelve el citado caso “Zengin”, el 9 de octubre de 2007, una decisión muy destacada además, tanto por su elaboración, como por la doctrina que aporta. Además, frente al tono forzado de la

anterior decisión, da la impresión de que el Tribunal actúa con toda serenidad, ofreciéndose el dato destacable de que el fallo se adopta por unanimidad. Celebro por eso la oportunidad de poder dar cuenta de él a última hora. Aunque sea el más reciente de los asuntos contemplados, altero también ahora, por las razones que explicaba antes, el orden cronológico.

Recuérdese que el problema había surgido al tener que recibir obligatoriamente clase de “Cultura religiosa y ética” en la escuela la niña Eylem Zengin. Es curioso observar la paradoja en cuanto al planteamiento: siendo Turquía un Estado en cuya configuración juega un destacado papel la idea de laicidad –que, decididamente, quiere desplazar ciertas respuestas de contenido religioso al ámbito de la sociedad, pretendiéndose sacarlas del ámbito del Estado–, en la práctica de la realidad cotidiana, como evidencia el caso –y más allá de los correctos planteamientos teóricos y de las buenas intenciones– va a implicar un decidido adoctrinamiento desde la visión suní del Islam.

La familia de Eylem pertenece al grupo de los alevitas, una rama del Islam de amplia implantación en Turquía, aunque minoritaria, con numerosas peculiaridades y diferencias en relación con la rama mayoritaria de los suníes. Está previsto que puedan ser dispensados de la señalada enseñanza obligatoria los niños de familias de origen cristiano o judío. Pero los Zengin no consiguen que se dispense a su hija. Y, sin embargo, están disconformes con la enseñanza que se imparte pues, al margen de que se omita cualquier referencia a la rama alevita en los primeros cursos, estiman sobre todo, que dicha enseñanza no se imparte de manera objetiva, crítica y plural, sino que al contrario, se adoctrina a los niños en el Islam, pero de acuerdo con los criterios y valores de la rama mayoritaria, la de los suníes. Por eso, el padre alegaba su derecho a escoger la educación de la niña, intentando evitar que recibiera tales enseñanzas incompatibles con sus propias creencias.

El Tribunal va a tener oportunidad de manejar los correspondientes libros de texto. En la sentencia se recogerán junto a la normativa de Turquía aplicable al caso algunos textos internacionales relevantes, como una interesante Recomendación del Consejo de Europa sobre religión y democracia (de 1999) –donde se insta a evitar conflictos entre la enseñanza religiosa que imparte el Estado y las creencias religiosas de la familia de los niños (p. 26)–, así como diferentes documentos, entre ellos una recomendación de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia. Uno de ellos (de 2005), recoge la crítica de que en Turquía, la enseñanza de la religión más que un curso expositivo sobre las diversas religiones es más bien una educación sobre los principios de la fe musulmana (p. 29).

El Gobierno alega en su defensa que tratándose de un Estado laico la enseñanza religiosa se imparte de manera objetiva, pluralista y neutral, y que

incluso para respetar las exigencias del tratado de Lausana, se permite a los alumnos judíos y cristianos que no cursen la signatura religiosa. Argumento este último, que el Tribunal usará en contra del propio Gobierno: si se trata de una enseñanza neutral y objetiva ¿por qué se permite excepcionar a los niños judíos y cristianos? ¿No será otra cosa? (p. 74).

La sentencia ofrece una muy importante recopilación sistemática de la doctrina que ha ido depurando la jurisprudencia anterior. Con orden y método se exponen los “Principios Generales” (párrafos 47 a 55), decantados de las anteriores sentencias. Así, la profunda unidad entre las dos frases del artículo 2, y de éste con los artículos 8, 9 y 10 del Convenio; que las exigencias de la “sociedad democrática” se proyectan a la totalidad de funciones desempeñadas por el Estado en relación con la educación, y que se proyectan tanto sobre la enseñanza privada como sobre la pública, y no sólo en lo que concierne a la que específicamente se denomina educación religiosa, sino también en relación con las demás enseñanzas y funciones que desempeñen las escuelas; que la expresión “convicciones” no incluya cualquier cosa, cualquier opción o idea, sino que reclama un nivel de seriedad y coherencia; que el derecho de los padres para defender sus creencias hay que aunarlo con el derecho de los hijos a recibir educación; por supuesto, que hay un amplio poder de disposición de los Estados a la hora de organizar la enseñanza y varía según tiempos y lugares; que el derecho de los padres no alcanza a pretender prohibir que a lo largo de las asignaturas haya algunos aspectos que de manera directa o indirecta rocen o impliquen a las concepciones religiosos y filosóficas, caso contrario resultaría imposible organizar una educación general e institucionalizada; se insiste en el tono objetivo, crítico y pluralista de la enseñanza de la religión, lo que prohibiría cualquier pretensión de adoctrinamiento por parte del Estado, y este método de objetividad y distanciamiento implica que el Estado debe de abstenerse de impartir legitimidades a unas u otras religiones; en suma, y a modo de resumen, se trataría de proponer y mantener los ideales y valores de una sociedad democrática, dentro del espíritu general del Convenio.

Expuestos los principios que presiden todo el panorama, se pasa a realizar el contraste a la vista de los datos reales que depara el caso. Se comienza alabando la pretensión del Estado de mantener el pluralismo y la objetividad y se valora la intención de combatir, de tal manera, el fanatismo. Sin embargo, más allá de los enunciados o de las buenas intenciones, se constata sobradamente que las cosas no son así.

Por de pronto, se reconoce que el concepto de “convicciones religiosas” que da pie a las pretensiones de los padres, es perfectamente utilizable por los miembros de la rama alevita: no hay duda de que encaja también para esa fe religiosa (p. 66), que, por cierto, está ampliamente representada en Turquía.

Pues bien, se constata la carencia de referencias a los elementos integrantes de la creencia alevita, del mismo modo que se aprecia que la enseñanza está volcada consistentemente a la enseñanza del Islam, desde el punto de vista de los suníes. No se respetaría la objetividad, la neutralidad ni se buscaría el pluralismo. Se considera así que es legítimo que el señor Zengin aprecie que no son respetadas sus creencias religiosas y que pretenda por ende que se autorice a su hija para no seguir dichas enseñanzas. Se hace incluso una puntualización en relación con la posibilidad de algunos padres (los judíos y cristianos), en cuanto dejen constancia de sus creencias, de que se dispense a sus hijos de la educación religiosa: no se respetaría con tal declaración implícita la deseable reserva que debe imperar sobre las ideas religiosas. Argumento sobre el que incluso se trae a colación el mandato del artículo 24.3 de la propia Constitución turca, en cuanto que prescribe que nadie será obligado a declarar sus convicciones religiosas: es como si se le hiciera al Estado turco una especie de advertencia de inconstitucionalidad.

En definitiva, se otorga plena virtualidad al derecho de los padres para escoger la educación de los hijos, oponiéndose, en concreto, a determinadas enseñanzas. Por lo que, por unanimidad, insisto –lo que significa que también votó a favor el juez turco–, se aprecia que Turquía ha incumplido sus obligaciones derivadas del Convenio y los Protocolos.

Los Zengin no habían solicitado compensación alguna por daños morales, por lo que se incluye la cláusula tan frecuente de que el reconocimiento que implica la sentencia constituye ya suficiente compensación. Lo que no es tan habitual es que al debatir lo referente a la justa compensación se siente la afirmación de que la mejor manera de superar la violación apreciada consistiría en transformar la legislación y el sistema educativo para que sean compatibles con las exigencias del Convenio (p. 84). ¡Ahí es nada la exigencia!

26. Llegamos por fin a la última estación de nuestro recorrido, el asunto que me sirvió de incitación y me abrió el deseo de abordar la problemática, el caso “Konrad y otros c. Alemania”, de 11 de noviembre de 2006. Por razones religiosas, recuérdese, los padres Konrad se niegan a la escolarización de sus hijos, un niño y una niña. Ya se dijo que consideraban contrario a sus creencias religiosas que se diera educación sexual a los niños, preocupados también por la –según ellos– “creciente violencia física y psíquica entre los alumnos”, así como por que en los cuentos de hadas que se les enseñan aparecieran seres fantásticos como brujas o enanitos. Pero en el caso, no se trata de obviar una asignatura o determinadas enseñanzas, como en los supuestos anteriores, sino que la pretensión es evitar que vayan los niños a la escuela, que en Alemania es obligatoria. Surge así la gran pregunta, que somete a prueba el derecho de

los padres: ¿Puede estos por sus ideas religiosas o filosóficas oponerse a la escolarización de sus hijos?

Es así como va a ponerse en marcha un largo pleito, a los efectos de agotar las vías internas, que concluiría con la presente decisión del TEDH. Ante todo, los padres solicitaron ante la Administración escolar –de Offenburg– que, por las razones religiosas señaladas, dispensaran a los niños de la escolarización obligatoria, no para ir a una escuela privada, que hubiera sido correcto, sino para educarlos ellos mismos en su propia casa, de acuerdo con un determinado método que no está reconocido en Alemania como escuela privada homologada. Ante la negativa,alzada administrativa ante la Oficina de Friburgo, igualmente denegatoria. Y es entonces cuando se inicia el camino judicial, que conocería cuatro etapas, todas ellas del mismo sentido denegatorio: ante el Tribunal Administrativo de Friburgo, ante el Tribunal Administrativo de Apelación de Baden-Wurtemberg, ante el Tribunal Administrativo Federal y, por último, ante el Tribunal Constitucional Federal.

Las jurisdicciones internas, dejaron muy claro el camino, con una línea argumental que asumiría plenamente el TEDH. Ya en la primera instancia fue precisa y convincente la argumentación del Tribunal Administrativo de Friburgo. Cierto –se razonará, y a continuación trato de extractar los argumentos que se ofrecen– que la Ley Fundamental alemana garantiza la libertad religiosa, así como que los padres decidan que se eduque a los niños de acuerdo con sus convicciones religiosas o filosóficas. Pero ambas libertades han de tener en cuenta los compromisos del Estado en relación con la educación y, al respecto, “la escolarización obligatoria no es un aspecto dejado a la discrecionalidad de los padres”. En este sentido, el deseo de los padres de que sus hijos crezcan en “un área protegida” en su propia casa, no puede prevalecer sobre el compromiso de seguir los cursos en la escuela obligatoria. Porque –y aquí viene un argumento decisivo– aunque los niños recibieran todo tipo de conocimientos en su propia casa, la obligación del Estado de vigilar la educación no quedaría cumplida al privárseles del contacto con otros niños. Porque el contacto de los niños en la escuela primaria, donde concurren niños de bien diversas procedencias, resulta decisivo para ir afianzando las primeras experiencias en sociedad, para que aprendan a moverse en sociedad. De ahí que la obligación del Estado de educar resulte más favorable para los intereses de los niños y sirve así a la protección de sus derechos personales. Partiendo de la base además de que, si ambos niños han firmado la reclamación, dada su edad, no están en condiciones de valorar las consecuencias de la pretensión de los padres. Los cuales, por otra parte, tienen todas las posibilidades de educar a los niños en sus creencias y convicciones, todos los días después del horario de clase y, por supuesto, los fines de semana en que no hay colegio. Al margen

de que, incluso, sean libres de mandarles a una escuela “confesional” que sea más afín a sus ideas religiosas.

El Tribunal de Apelación remacharía los argumentos, puntualizando algunos aspectos, como que la obligación de neutralidad religiosa de la escuela puede garantizar que no se adoctrine a los niños contra la voluntad de los padres. Remacha también, ante el argumento de que la enseñanza de la escuela era demasiado científica y negaba la influencia divina en la creación y en la historia del mundo, que la libertad religiosa de los padres no impide que en ocasiones haya que tener que enfrentarse con algún posible conflicto entre ciencia y religión (o como dice la versión original que manejo, “the court found that freedom of religion did not grant the freedom not to deal with any possible conflicts between science and religion”).

En lo que concierne al argumento de las figuras míticas, como brujas y enanitos, señala que los cuentos de hadas son conocidos por todos los niños, y que además en el colegio se les enseñan como personajes de ficción. Por lo que se rechaza el argumento de que el Estado promueva las supersticiones en las escuelas. Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal, introduciría también alguna matización, en la línea de apoyar las argumentaciones precedentes. Cuando afirma, así, que los deberes del Estado en relación con la educación no se agotan en la adquisición de conocimientos sino que implican también la formación de ciudadanos responsables para participar en una sociedad democrática y pluralista. En este sentido, “el aprender a tratar con personas que tienen puntos de vista diferentes o que sostienen opiniones que difieren de las de la mayoría sólo puede adquirirse en el contacto regular con la sociedad. De ahí que la experiencia diaria con otros niños a través de la asistencia regular al colegio sea la forma más efectiva de lograr tales objetivos”. Son interesantes también los argumentos del Tribunal Constitucional Federal Alemán en relación con las minorías. Se va a considerar “proporcionada la injerencia en los derechos fundamentales de los recurrentes, dado el interés general de la sociedad en favorecer la presencia de sociedades paralelas con convicciones filosóficas diferentes. Con todo –se recalca– la sociedad tiene también interés en integrar a las minorías. Dicha integración requiere que no se excluya a las minorías que profesan puntos de vista religiosos o filosóficos diferentes, pero también que éstas no se excluyan a sí mismas. De ahí que el ejercicio y práctica de la tolerancia en la escuela primaria constituya una finalidad decisiva”

Al llevar el asunto ante el Tribunal Europeo, los reclamantes alegan violación de los artículos 8 y 9 CEDH, así como del artículo 2 PA n° 1, bien tomados separadamente, bien en conjunción con el artículo 14 de aquel. Insisten en que deducen de la Biblia que la obligación de educar a los niños es

una obligación personal, con la que están realizando un mandato divino, y que no es fácilmente transferible a terceras personas. Recalcan que la obligación del Estado de neutralidad religiosa hace imposible que los niños sean educados según sus creencias religiosas. Dado además que pertenecen a una minoría religiosa no hay escuelas privadas afines a su credo. Pero recalcan que en no pocos países se permite la educación de los niños en casa –sin necesidad de ir a la escuela–, como en Estados Unidos, Canadá, Suiza, Austria y Noruega y que, incluso tal posibilidad está especialmente prevista en Estados como Dinamarca, Finlandia e Irlanda.

Voy a centrarme sobre todo en la argumentación del Tribunal en torno al artículo 2 del Protocolo. En él, la frase segunda, reconoce conjuntamente el papel del Estado en la educación así como el derecho de los padres a que se respeten sus convicciones religiosas y filosóficas en la educación y enseñanza de sus hijos. Se busca así la defensa del pluralismo en la enseñanza que resulta esencial para la protección de la sociedad democrática, tal como la contempla el Convenio. A la vista del poder del Estado moderno importa sobre todo que dicho objetivo se proyecte sobre la educación pública. Aunque, dicho lo cual, se insistirá en la idea de que la frase segunda del precepto hay que tomarla en consideración conjunta con la primera. Lo cual lleva a una constatación central, decisiva para enfocar el asunto: “Con todo, el respeto a las convicciones de los padres sólo se sostiene en la medida en que no entra en conflicto con el derecho de los niños a la educación, pues en el conjunto del precepto, lo que prevalece es la primera frase. Lo que significa que los padres no pueden negar el derecho de los hijos a la educación apoyándose en sus propias creencias”⁴⁷.

El Tribunal hace aquí una apostilla interesante desde el punto de vista del ejercicio de la acción: a la vista de que recurrentes son los padres pero también el niño y la niña, se va a apoyar en la apreciación del Tribunal Administrativo de Friburgo para destacar que los niños, por su corta edad, no son capaces de prever las consecuencias y efectos de la educación en el domicilio, como no son capaces de tomar una decisión autónoma por sí mismos dada su edad. Es decir, que hay que defender los derechos de los niños si están en contra del derecho de los padres.

A la vista de la responsabilidad y obligaciones del Estado en relación con la educación y la enseñanza, el Tribunal recuerda que los Estados gozan de una amplia disponibilidad a la hora de ordenarla, de acuerdo con los medios, aspiraciones o necesidades. Constata así mismo que en los diversos Estados del Convenio conviven variadas fórmulas sin que haya una solución única, de

⁴⁷ El Tribunal cita en su apoyo las decisiones de la Comisión Europea de Derechos Humanos, “B.N. y S.N. contra Suecia”, de 30 de junio de 1993, y “Leuffen c. Alemania”, de 9 de julio de 1992, que yo no he consultado.

forma que, en algunos casos, junto a la enseñanza obligatoria en escuelas públicas, o incluso en escuelas privadas que ofrezcan ciertos requisitos, se admite también la educación en la casa propia. Pero, lo que queda claro es que la solución de la escolarización obligatoria, ya sea en escuelas públicas o en escuelas privadas que respetan ciertas exigencias, es una fórmula plenamente legítima y válida.

Y, yendo ya al contraste con el caso, se aprecia que tanto las autoridades administrativas como los Tribunales alemanes han razonado cuidadosamente sus decisiones, poniendo énfasis en el dato de que junto a la adquisición de conocimientos importa muy mucho el elemento de la integración y las primeras experiencias con la sociedad como fin decisivo de la enseñanza primaria, lo que obviamente no puede alcanzarse en un educación sin salir de casa.

Se asume también el criterio de las jurisdicciones alemanas de que la enseñanza obligatoria en la escuela para nada impide que los padres puedan ejercer sus funciones como educadores de sus hijos después del horario escolar o todos los fines de semana. Se deja constancia, por último, de que excepcionalmente, por razones cualificadas –como puedan ser determinadas enfermedades o minusvalías– se pueda excusar a algunos niños de la enseñanza obligatoria, como de hecho lo prevé la Ley de Educación de Baden Wurtemberg o de otros “Ländern”. Lo que no es el caso en la presente situación.

Por todo lo cual, y por unanimidad, se declara inadmisibile la reclamación. Lo que significa, vistas las cosas desde la otra perspectiva, que Alemania hizo bien al rechazar la petición de los padres. Es decir, que el derecho de los padres a predeterminar, por razones religiosas o filosóficas, la educación de sus hijos, no alcanza a negarse a llevarles al colegio. Prima, sobremanera, el derecho de los niños a la educación.

El Estado podría convertirse en un Leviatán maligno, frente al que hay que tener armas previstas, pero también, un Estado democrático, que funcione con normalidad y que tenga bien dispuestos sus resortes, puede ser una importante garantía para extender y generalizar ciertos valores y prestaciones, y también para proteger a los más débiles en caso de conflicto. Me parece que la Decisión Konrad es un buen remate al largo periplo que habíamos emprendido. Se dejan las cosas puntualizadas. No han sido demasiados los casos, pero sí han variado los supuestos contemplados. La doctrina afianzada va sirviendo, de unos casos a otros y, a su vez, ofrece buen apoyo e inmejorable punto de partida para los nuevos conflictos que, seguro, han de ir apareciendo. Cerraré mi trabajo con la enumeración de las ideas más importantes que han ido apareciendo, a modo de recapitulación.

5. RECAPITULACIÓN.

Contado número de asuntos, señalaba, pero supuestos ciertamente expresivos: enseñanzas que se estiman adoctrinamiento, incompatibles con las creencias religiosas o filosóficas de los padres, introducción de la educación sexual en los programas, participación de los niños en ceremonias que se consideran incompatibles con los ideales pacifistas de los padres, o modalidades disciplinarias —como los castigos corporales—, cubren sin duda un amplio espectro. En torno a ellos se ha ido decantando un importante poso doctrinal. Destacaría los aspectos siguientes:

I. Hay que constatar, ante todo la importancia de este derecho atribuido a los padres, garantía frente a posibles desmanes del Estado, o de quienes quieran, en un determinado momento, mediatizar el Estado en su provecho. No se olvide que se consagra de forma expresa en el terrible momento espiritual de la posguerra, tan recientes las totalitarias prácticas que, en concreto, en el ámbito de la educación de niños y jóvenes habían practicado cualificados Estados. En concreto, y de forma directa, los padres pueden oponerse a que se de a sus hijos instrucción religiosa o moral contraria a sus propias creencias.

II. Se trata, sin falta, de un instrumento decisivo en defensa del pluralismo, que quiere ser marca indeleble de la sociedad democrática que, como reacción, se quiere afianzar.

III Conviene advertir que de este derecho de los padres pueden derivar opciones y pretensiones en muy diferentes sentidos.

IV. Junto a la importancia del instrumento, tan eficaz para las grandes cuestiones, hay que advertir que no se puede trivializar, dando acogida a cualquier pretensión, pues en tal caso se imposibilitaría prácticamente la importante función que hoy se encomienda al Estado desde el punto de vista de asegurar la enseñanza para todos, que además debe ser gratuita.

V. El texto que nos sirve de apoyo usa la fórmula “creencias religiosas o filosóficas”. La opción del derecho de los padres aparece íntimamente vinculada al derecho a la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión. Lo que quiere decir que importan tanto las creencias religiosas como las convicciones de quienes no practican religión alguna.

VI. Pero la palabra “creencias” utilizada, implica algo arraigado y consistente, es decir, no es una palanca al servicio de cualquier ocurrencia o idea.

VII. Como es muy frecuente en el campo del derecho, se confirma que en la teoría de los derechos humanos no suele haber valores absolutos: es normal la existencia de roces y confrontaciones con otros derechos, por lo que sería preciso componerlos.

VIII. En concreto, el derecho concedido a los padres para predeterminar la

enseñanza impartida a sus hijos, por razón de sus creencias religiosas o filosóficas, no es un derecho absoluto, no puede ser interpretado de forma rígida o rigurosa sino que conocerá significativas excepciones o, en la fórmula, consagrada, “injerencias” destacadas, siempre que estén debidamente justificadas.

IX. De forma específica, el derecho de los padres tiene que conjuntarse con la responsabilidad del Estado de asegurar la enseñanza para todos, así como con el derecho de los niños a la educación.

X. El Estado, para asegurar el derecho de todos a la educación, y abordar las responsabilidades inherentes, puede optar por diversas fórmulas, una de ellas, del todo legítima, es la de la escolarización obligatoria, ya sea en escuelas públicas o en escuelas privadas que ofrezcan determinadas garantías.

XI. Los sistemas religiosos o filosóficos pueden abarcar una gran amplitud de contenidos. Por fuerza, las explicaciones en la escuela referentes a determinadas asignaturas podrán tener implicaciones religiosas o filosóficas, o rozar en algunos puntos aquellos sistemas. Ello no significa de por sí que los padres puedan exigir que se dispense de tales enseñanzas a sus hijos.

XII. La enseñanza que asegure el Estado no debe adoctrinar en las materias delicadas, cuidando la búsqueda de la objetividad, tratando de lograr apoyos científicos y de respeto al pluralismo.

XIII. En concreto, es legítimo que se imparta educación sexual en las escuelas siempre que se trate la materia con neutralidad y delicadeza, sin afán de adoctrinar o de incitar a prácticas chocantes con el mundo de creencias de los padres. Vistas las cosas con objetividad y distanciamiento, no deja de sorprender el *miedo* que algunas organizaciones religiosas tienen a algo tan vinculado a la vida, como es el sexo.

XIV. En aplicación de lo antes dicho, el derecho de los padres, aún por razones filosóficas o religiosas, no autoriza a excepcionar la escolaridad de los niños.

XV. Si hay tensión entre los puntos de vista de los padres y los intereses del niño, deben primar estos últimos sin falta.

XVI. Al Estado, junto a los deberes derivados de lo que se ha ido señalando, corresponde también, de forma especial, garantizar en caso de conflicto, el derecho del niño a la educación. De modo que aparece de forma paladina esta doble faz del Estado: de un lado, sujeto de obligaciones, que tiene que asegurar una serie importante de compromisos y respetar formas de proceder derivadas de la objetividad y del pluralismo. Pero también debe ser él mismo garante de los derechos de los más débiles que, en el caso concreto, suelen ser los niños⁴⁸.

⁴⁸ El presente trabajo se concluyó en Madrid, el 11 de noviembre de 2007, y se enmarca en el proyecto de investigación del Ministerio de Educación y Ciencia SEJ 2005-08538, sobre “El reto

6. ANEXO: SENTENCIAS Y DECISIONES DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS ESTUDIADAS.

- “Caso relativo a algunos aspectos del régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica” II, 23.VI.1968.
- “Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca”, 7.XII.1976.
- “Campbell y Cosans c. Reino Unido”, 25.II.1982.
- “Valsamis c. Grecia”, 18.XII.1996.
- D. “Alejandro Jiménez Alonso y Pilar Jiménez Merino c. España”, 25.V.2000.
- D. “Hasan y Eylen Zengin c. Turquía”, 6.VI. 2006.
- D. “Konrad y otros c. Alemania”, 11.X.2006.
- “Folgero y otros c. Noruega”, 25.VI.2007.
- “Hasan y Eylen Zengin c. Turquía”, 9.X.2007.

de los derechos fundamentales en el seno de una sociedad pluralista”, del que yo mismo soy director.