

ALCANCE Y SIGNIFICADO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL AMBITO DE LA EDUCACION EN SUIZA

WALTER KÄMPFER

Traducción: CARMEN VILLAR SARDINA

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO DE LA INSTRUCCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE SU DESARROLLO Y DE LA SITUACIÓN SOCIO-LÓGICA: 1.1 Los derechos fundamentales como derechos constitucionales. 1.2 Tipos de derechos fundamentales. 1.3 Limitaciones de los derechos fundamentales. 1.4 Fundamento de validez de los derechos fundamentales. 1.5 Concepto de la instrucción. 1.6 Papel de los derechos fundamentales. 1.7 Panorámica del sistema educativo. 1.8 Composición de la población y estructura escolar.—2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: 2.1 Fuentes nacionales del Derecho. 2.2 Fuentes jurídicas supraestatales.—3. CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS DE DEFENSA (DERECHOS DE LIBERTAD: 3.1 Derechos de defensa en general. 3.2 El derecho de los padres. 3.3 Libertad confesional. 3.4 Libertad de enseñanza. 3.5 Libertad de cátedra. 3.6 Libertad de investigación. 3.7 Libertad de estudio o aprendizaje.—4. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN.—5. OTROS DERECHOS DE DEFENSA: 5.1 La libertad de prensa. 5.2 Libertad de asociación. 5.3 Libertad de reunión y manifestación. 5.4 Libertad de expresión. 5.5 Libertad de lenguas. 5.6 Libertad personal. 5.7 La dignidad humana. 5.8 El principio de igualdad.—6. INFLUENCIA DEL DERECHO A LA INSTRUCCIÓN Y DE OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONFIGURACIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICA ESPECIAL.—7. LA EPICACIA FRENTE A TERCEROS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO DE LA EDUCACIÓN.—8. ÚLTIMOS PROGRESOS.

Las notas bibliográficas se limitan a datos sobre la bibliografía reciente más importante. Sobre el Derecho escolar suizo orienta de una manera completa (excepto el Derecho de la escuela superior) HERBERT PLOTKE: *Schweizerisches Schulrecht*, Bern/Stuttgart, 1979. Sobre la Volksschule suiza, WERNER A. RECHSTEINER: *Die Volksschule im Bundesrat. Verfassungsgrundlagen und Verwaltungsorganisation der allgemeinbildenden Pflichtschulen in Österreich, in der Bundesrepublik Deutschland und in der Schweiz*, Tesis doctoral, Zürich, 1978. Generalidades sobre los Derechos Fundamentales en el ámbito de la instrucción: CYRIL HÄRING: *Grundrechte im Bereich der Bildung*, tesis doctoral, Basel, 1976.

INDICE DE ABREVIATURAS

- BBI = Boletín federal suizo (*Schweizerisches Bundesblatt*).
BGE = Colección oficial de las decisiones del Tribunal Federal suizo (*Amtliche Sammlung der Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichtes*).
BV = Constitución Federal suiza de 20 de mayo de 1874 (*Bundesverfassung*).

1 INTRODUCCIÓN A LA PROBLEMÁTICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO DE LA INSTRUCCIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DE SU DESARROLLO Y DE LA SITUACIÓN SOCIOLÓGICA

1.1 *Los derechos fundamentales como derechos constitucionales*

1.1.1 La Constitución Federal suiza de 29 de mayo de 1874 (BV; con numerosas modificaciones actuales), en base a la que debe comenzarse al menos la consideración de los derechos fundamentales en el Derecho suizo, no utiliza la expresión «Derechos Fundamentales». El artículo 5 BV habla de que la Federación garantiza los derechos del pueblo y los «derechos constitucionales de los ciudadanos», sin dar de estos últimos más definición. Cuáles sean estos derechos debe extraerse de las distintas disposiciones constitucionales (BGE 98Ia 69 E1). El artículo 113, párrafo 1, punto 3 BV, atribuye al Tribunal Federal suizo el conocimiento de los «derechos constitucionales de los ciudadanos». Esta disposición de naturaleza predominantemente procesal no es definitiva. En ciertos casos, llamados por la Constitución «litigios administrativos», el Consejo Federal (Bundesrat) debe también entender de los derechos constitucionales por vía de recurso administrativo y también precisamente en relación a algunos derechos fundamentales en el ámbito de la instrucción; contra la decisión del Consejo Federal puede recurrirse a la Asamblea Federal (Bundesversammlung) (artículo 85,12 BV). El Consejo y la Asamblea Federal desempeñan en estos «litigios» una jurisdicción constitucional.

La situación jurídica respecto a los derechos fundamentales continúa complicándose, pues la jurisprudencia del Tribunal Federal ha

EMRK	= Convención europea para la salvaguardia de los derechos humanos y libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950.
KV	= Constitución cantonal (<i>Kantonsverfassung</i>).
OG	= Ley federal de 18 de enero de 1943 sobre la Administración federal de Justicia (<i>Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege</i>).
SJZ	= Revista suiza de juristas (<i>Schweizerische Juristenzeitung, Zürich</i>).
SR	= Colección sistemática de Derecho Federal (<i>Systematische Sammlung des Bundesrechts</i>).
VEB	= Decisiones administrativas de las autoridades federales, citada por cuaderno y número, desde 1974 (<i>Verwaltungsentscheidungen des Bundesbehörden</i>).
VPB	= Práctica administrativa de las autoridades federales (<i>Verwaltungspraxis der Bundesbehörden</i>).
ZB1	= Boletín central suizo para la Administración del Estado y los municipios.
ZSR	= Revista de Derecho suizo, segunda época <i>Zeitschrift für schweizerisches Recht, neue Folge</i> .
VwVG	= Ley federal de 20 de diciembre de 1968 sobre el procedimiento administrativo (<i>Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren</i>).
ZGB	= Código civil suizo de 10 de diciembre de 1907 (<i>Schweizerisches Zivilgesetzbuch</i>).

reconocido también la vigencia de derechos constitucionales no escritos.

1.1.2 Se consideran «derechos constitucionales de los ciudadanos» las normas de la BV que describen claramente en su texto un derecho fundamental o que, sin estar revestidas de esta forma, garantizan uno de los llamados derechos fundamentales clásicos (1). El concepto de «derecho constitucional» presenta, sin embargo, mayor amplitud; comprende junto a los propios derechos políticos también aquellos que, sin ser un «derecho fundamental en el sentido clásico», conceden al ciudadano ciertos «derechos de defensa», así el derecho a no ser gravado con una doble imposición cantonal (art. 46,2 BV), o el poder hacer valer la preferencia del Derecho Federal frente al Derecho cantonal (consignado en el art. 2 de las disposiciones transitorias de la BV).

Ni los «derechos constitucionales», ni las libertades en sentido clásico, se recogen en un catálogo en la Constitución.

1.1.3 Bajo la BV se encuentran las constituciones cantonales (KV) como Constituciones de los Estados miembros de la Confederación. Contienen igualmente derechos fundamentales, en parte en forma de un verdadero catálogo (especialmente significativo el artículo 12 de la KV de Solothurn de 23 de octubre de 1887, SR 131.221, pero que tampoco es concluyente). Estos derechos se designan por lo general como «principios del Derecho Público», «derechos personales», «derechos y garantías personales».

Bajo la influencia de la doctrina, y también siguiendo el precedente de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania de 23 de mayo de 1949 (en lo sucesivo GG), las nuevas Constituciones cantonales tomaron la expresión «derechos fundamentales» (así, Unterwalden Alto, KV de 19 de mayo de 1968, SR 131.216; Unterwalden Bajo, KV de 10 de octubre de 1965, SR 131.216,2; Argovia, KV de 25 de junio de 1980); la Constitución del cantón Jura, de 20 de marzo de 1977 (SR 131.235), habla de *droits fondamentaux* (el cantón Jura fue creado de nuevo en 1979 por la separación de una parte antes perteneciente a Berna.) También el proyecto de 1977 de la Comisión de Expertos de la Federación utiliza la expresión «derechos fundamentales» (Grundrechte). En general es considerable la influencia de la doctrina alema-

(1) RETO VENANZONI: *Die Konkurrenz von Grundrechten*, ZSR 98 I/1979, p. 279.

na y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre la praxis jurídico-pública suiza (2).

1.2 Tipos de derechos fundamentales

1.2.1 Aunque hasta el momento ni en Suiza ni fuera de ella se haya desarrollado un concepto de derechos fundamentales reconocido en general, existe a efectos prácticos suficiente coincidencia en el hecho de que hay que entender por tales los derechos de ciudadano reconocidos en las Constituciones o en el Derecho Constitucional y dotados, por ende, de un mayor vigor, en el sentido de poder defenderse con éxito como persona (o como grupo de personas, por ejemplo, en el caso de la libertad de asociación, o en los llamados derechos fundamentales de la vida comunitaria) contra la injerencia del Estado.

Estos son los llamados derechos fundamentales «clásicos» que han cristalizado en el ámbito de la concepción liberal del Estado a lo largo de un desarrollo secular. Son derechos de defensa en su exacto sentido. Junto a estos derechos de defensa surgidos históricamente, nuevos derechos de defensa, motivados por el desarrollo, pueden aspirar también a su reconocimiento; son de la misma naturaleza en su estructura que los derechos fundamentales «clásicos». La BV reconoce por el momento como derechos de defensa:

- a) El derecho a un trato igual ante la Ley y no arbitrario (artículo 4.º BV).
- b) La garantía de la propiedad (art. 22 BV).
- c) El comercio y la libertad de empresa (art. 31 BV).
- d) El reconocimiento del secreto postal (art. 36).
- e) El derecho al libre establecimiento (art. 45).
- f) Libertad de credo, conciencia y culto (arts. 49 y ss. BV).
- g) El derecho a contraer matrimonio (art. 54 BV).
- h) La libertad de prensa (art. 55 BV).
- i) La libertad de asociación (art. 56 BV).
- j) El derecho de petición (art. 57 BV).

Como derechos fundamentales no escritos se han reconocido por la jurisprudencia del Tribunal Federal hasta el momento:

(2) ANDRÉ GRISEL: «La liberté personnelle et les limites du pouvoir judiciaire», en *Revue internationale de droit comparé*, 27/1975, p. 562.

- a) El derecho a la libertad personal.
- b) La libertad de expresión y de reunión.
- c) La libertad de lenguas (3).

Sin embargo, es grande el deseo de reconocimiento de ulteriores derechos fundamentales no escritos (*vid.*, por ejemplo, BGE 961 107, derecho fundamental a la libre forma de enterramiento).

El Tribunal Federal contempla como derechos constitucionales no escritos aquellos que configuran las condiciones para el ejercicio de otros derechos de libertad, o que aparecen como pieza indispensable del orden democrático y jurídico-público de la Federación. Para no transgredir los límites legales impuestos al juez constitucional, el Tribunal Federal ha examinado también siempre si la garantía en cuestión corresponde a una realidad constitucional ampliamente extendida en los cantones y que se apoye en un consenso general. El Tribunal Federal ha negado la existencia de un derecho constitucional no escrito cuando aquélla no se corresponde con la realidad (BGE 104 Ia 96).

El Tribunal Federal rechaza con su interpretación la tesis que afirma que la BV garantiza toda la libertad individual que al menos en algún momento pudiera ser jurídicamente relevante, a no ser que ésta se excluyera expresamente (o de forma implícita, como, por ejemplo, la libertad de enseñanza) por la Constitución.

Es posible interpretar asimismo al menos alguno de estos derechos fundamentales como derechos para la constitución del ordenamiento estatal, principios objetivos del ordenamiento, o garantías de instituto e institucionales.

Normalmente corresponde también a una garantía de instituto o institucional, como es el caso, por ejemplo, de la libertad de enseñanza o de la ciencia, un derecho individual constitucional, el cual puede quedar limitado, a su vez, por la garantía del instituto o de la institución. Siempre puede haber casos en los que una garantía institucional no otorgue ningún derecho individual, ver, por ejemplo, *infra* ep. 5.5.2. En tales casos, el Tribunal Federal afirmaría con seguridad que la norma no se ha establecido para proteger derechos individuales, y por ello no es viable un recurso de Derecho público (*vid.* art. 4.º BGE 99 Ia 662 E.3c).

(3) *Vid.*, sobre los derechos fundamentales en Suiza, OTTO K. KAUFMANN: *Informe nacional suizo para la IV Conferencia de Tribunales Constitucionales europeos*, ahora en EuGRZ, 1978, pp. 475-482, así como PETER SALADIN: *Grundrechte im Walden*, segunda edición, Berna, 1975.

Las normas constitucionales pueden también cumplir simultáneamente diversas funciones que se mezclan entre sí, de tal manera que la Teoría de la Constitución y la jurisprudencia han de diferenciarlas. Las garantías constitucionales desempeñan hasta el momento un insignificante papel en la jurisprudencia suiza. Sin embargo, cobrarán importancia en lo sucesivo.

En el ámbito de los derechos fundamentales «clásicos», es decir, los derechos de defensa, el punto clave debe no obstante radicar en los derechos individuales, incluso por motivos procesales. El recurso de Derecho público como medio de protección contra las trasgresiones de la Constitución puede interponerlo solamente quien personalmente sea, o pueda llegar a ser, víctima de la violación de un derecho (art. 80 OG).

No es este el lugar, por tanto, para proseguir con las posibles diferencias en la garantía de los derechos fundamentales.

1.2.2 Junto a los derechos fundamentales clásicos han adquirido últimamente importancia los derechos fundamentales sociales. Por ellos hay que entender las pretensiones del ciudadano a prestaciones estatales reconocidas constitucionalmente, sea cual sea la precisión con que la Constitución las defina. La mayoría de las veces requieren un desarrollo más preciso por vía de la legislación a fin de que puedan tener aplicación en la práctica sin dificultades. Por todas estas circunstancias se les niega a menudo el carácter de derechos fundamentales.

También los derechos de defensa presuponen a veces que deben ser concretados previamente por motivos de aplicación, para que así pueda desplegarse el derecho fundamental, o que antes debe ordenarse legislativamente una esfera jurídica en orden a que el Derecho Fundamental pueda ser plenamente eficaz (4).

El Tribunal Federal ha declarado, por ejemplo, que la libertad de credo y culto son libertades con una función negativa y otra positiva (BGE 971 230 E). Por otra parte, cabe pensar que los derechos fundamentales sociales podrían tener también una realización judicial inmediata sin conformación legislativa, a cuyo efecto el juez debería concretar en último término el tipo y alcance de la prestación. Sería ésta para él una labor a la que tendría aún, en general, que acostum-

(4) HANS HUBER: *Über die Konkretisierung der Grundrechte*, Gedenkschrift Max Imboden, Basel, 1972, pp. 191 y ss., así como ALFRED KÖLZ: *Zur Auslegung einfachen Rechts durch den schweizerischen Verfassungsrichter*, ZSR 95 I/1978, pp. 58 y ss.

brarse primero, y que ciertamente estaría vinculada a dificultades de todo tipo; sin embargo, en principio, la tarea no sería imposible. En el curso de la preparación del denominado «artículo de la educación» (*vid.* más abajo punto 17), el Bundesrat estaba dispuesto a reconocer un derecho a la educación de aplicación inmediata. Por otra parte existía ya desde el punto de vista del ciudadano un derecho constitucional a que el legislador no ignorara su deber de promulgar ciertas leyes sociales.

En todo caso, se establece una amplia analogía estructural con los derechos fundamentales clásicos cuando el individuo puede reclamar su derecho directamente sin intervención del legislador ante el juez constitucional, de manera que el derecho adquiriera solidez de la misma forma que los derechos subjetivos públicos, o como quiera que tales se denominen. Se renuncia al subsiguiente examen dogmático del ejemplo en el marco de este informe nacional, que tiene esencialmente carácter descriptivo, e incluso tanto más en cuanto que por diversos motivos la línea divisoria no sea definitiva merced, por ejemplo, al reconocimiento de los llamados «derechos de participación», derivados de los derechos fundamentales. Nótese simplemente que en el ámbito de la educación la situación del ciudadano hoy depende en gran medida de la concesión, y de la posibilidad de su accionabilidad, de centros y prestaciones estatales. Requieren, por tanto, un más fuerte aseguramiento por el derecho, que ofrezca la misma intensidad que el que se otorga a los derechos de defensa.

Se justifica el tratamiento de estos derechos como Derechos Fundamentales en el marco de este informe, en la medida en que sobrepasan una pura declaración programática y teleológica.

1.2.3 La BV reconoce hasta el momento tres derechos a prestaciones estatales en la Constitución.

a) El derecho consignado en el artículo 4 a un proceso gratuito para el caso de la parte necesitada.

b) El derecho a un entierro decoroso (art. 53 BV).

Y especialmente para el ámbito de la educación:

c) El derecho a una enseñanza primaria suficiente y gratuita (artículo 27,2 BV, la naturaleza jurídica queda pendiente en BGE 103 Ia 398 Ea).

Por lo demás, el legislador constitucional es moderado en la concesión de derechos fundamentales sociales (5). Se da preferencia a la vía de plasmación de mandatos legislativos en la Constitución, con lo cual se discute si el reparto de competencias a los legisladores sobre un cierto ámbito contiene o no un mandato legislativo.

En la doctrina de los últimos años parece iniciarse un giro hacia la posibilidad y oportunidad de los derechos fundamentales sociales (6).

1.3 Limitaciones de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales, según interpretación reconocida, no son ejercitables ilimitadamente. En la BV falta tanto un catálogo de derechos fundamentales como una regulación de los límites de estos derechos metódicamente sistematizada y graduada de acuerdo con la respectiva intensidad de intervención admitida.

Las normas individuales requieren de modo diverso y desigual posibilidades de limitación. Solamente la Constitución del cantón de Argovia acomete una formulación general (parágrafo 8). En el caso de los derechos constitucionales no escritos faltan también, naturalmente, limitaciones de tal índole (7). Un cometido importante de la praxis jurídica es, pues, concretar estas limitaciones. Sólo merced a la fijación de los límites de los derechos fundamentales cobran éstos sus contornos definitivos, de tal forma que puede decirse que la fijación de los límites representa la parte más importante de la jurisprudencia del Tribunal Federal en materias de derecho público (8).

(5) En 1894 (1) y 1947 se rechazaron iniciativas populares a favor del establecimiento de un derecho al trabajo, y una iniciativa para un «derecho a la vivienda» en el año 1970. La iniciativa rechazada en 1894 no pretendía introducir un derecho individual al trabajo sino en la medida de lo posible, un mandato legislativo.

(6) PETER SALADIN: *Das Recht auf Bildung*, ZSR 90 I/1971, pp. 113 y ss.; LUZIUS WILDHABER: «Soziale Grundrechte», en *Gedenkschrift Max Imboden*, Basel, 1972, páginas 371 y ss.; CHRISTIAN BENZ: *Die Kodifikation der Sozialrechte. Die Positivierung der Sozialen Grundrechte im Verfassungsrang*, Diss Zürich, 1973, y DANIEL TRACHSEL: *Über die Möglichkeiten justiziabler Leistungsforderungen aus Verfassungsmässigen Rechten der Bundesverfassung*. Diss, 1980.

Los «Derechos Fundamentales sociales» fueron objeto de discusión por la sociedad suiza de juristas en 1973. Sobre ello las ponencias de ETIENNE GRISEL: *Les droits sociaux*, ZSR 93 II/1973, pp. 5 y ss., y JÖRG P. MUELLER: *Soziale Grundrechte in der Verfassung*, *ibid.*, pp. 697 y ss.

(7) RETO VENANZONI (nota 2), pp. 278 y ss.

(8) JEAN FRANCOIS AUBERT: «Les droits fondamentaux dans la jurisprudence du Tribunal fédéral suisse», en *Menschrechte, Föderalismus, Demokratie*. Escrito homenaje por el setenta aniversario de WERNER KAEGI, Zürich, 1979, p. 14.

La reciente jurisprudencia del Tribunal Federal exige que las limitaciones de los derechos fundamentales se fundamenten en una base legal (ley también en sentido material, si se da una norma de delegación suficiente al efecto), que respondan a un interés público, que sean proporcionadas y —aquí está clara la referencia al artículo 19 GG— que no afecten al contenido fundamental o a la esencia del derecho fundamental.

1.4 *Fundamento de validez de los derechos fundamentales*

1.4.1 Los derechos fundamentales escritos encuentran su fundamento de validez —si se prescinde de los intentos de explicarlos por normas suprapositivas— a través de la Constitución o en las reformas constitucionales por parte del pueblo (más exactamente por la aceptación de la mayoría de los votantes, la llamada mayoría popular (Volksmehr) y la mayoría de los cantones, llamada mayoría cantonal (Ständemehr)).

Su fundamento está, pues, en los cantones y en la aceptación de la Constitución y de las reformas constitucionales por el pueblo (es decir, la mayoría de los votantes) a través de un referéndum constitucional obligatorio (art. 6 BV).

Es tarea de la práctica jurídica, sobre todo de la jurisdicción constitucional, elaborar con mayor exactitud el contenido y los límites de los derechos fundamentales, y conforme a ello medir las leyes y los actos jurídicos.

Respecto a los derechos constitucionales no escritos compete al Tribunal Constitucional el hallarlos y determinar con su autoridad su ámbito de validez.

1.4.2 Es de la mayor significación práctica en este contexto el hecho de que el Tribunal Federal no pueda examinar la compatibilidad con la BV de las leyes y acuerdos federales y de los tratados internacionales (arts. 113 y 114 bis BV). Ciertamente, el legislador federal debe atenerse básicamente, prescindiendo de las normativas de emergencia, a la Constitución, y se preocupa en general de seguir este mandato, por más que no exista la posibilidad de un examen por parte de un Tribunal Constitucional.

Por el contrario, el Tribunal Federal examina la constitucionalidad de las leyes cantonales y el derecho derivado de ellas por vía de recurso de Derecho público si lo que está en cuestión es la aplicación

de normas de Derecho administrativo federal. Mientras tanto, en cuanto la aplicación del Derecho administrativo federal, se excluye el ejercicio de acciones de este tipo. En su lugar está el recurso ante los tribunales administrativos (arts. 96 y ss. OG), mediante el cual también puede invocarse la violación de la Constitución (art. 104 OG).

1.5 *Concepto de instrucción*

Falta además no solamente un concepto de Derecho Fundamental generalmente reconocido, sino también un concepto de educación aceptado por todos. Habitualmente se distingue entre la educación como un proceso dinámico, es decir, como adquisición de instrucción, y la educación como situación ya obtenida.

Lo último apenas puede abordarse a través de normas jurídicas. Por el contrario, es posible la regulación jurídica en relación con la adquisición de la instrucción, al menos en la medida en que la formación puede adquirirse metódicamente, o incluso ser adquirida en la escuela. En primer lugar se encuentra la formación intelectual y la adquisición de habilidades técnicas y métodos, en tanto en cuanto representan condiciones para una subsiguiente actividad profesional o para la autoafirmación y desarrollo personal en la vida. Pero también la educación como formación del carácter constituye parte de ello a pesar de que el carácter se define en primer lugar en la «corriente del mundo» y de que su formación, especialmente en el ámbito de la escuela superior, va decreciendo. Junto a la instrucción intelectual se encuentra también la formación en el campo del arte y la educación física. La BV contiene un verdadero «artículo del deporte» (art. 27,5 BV). También disfrutan de protección constitucional la enseñanza de la danza (BGE 54 I 277) o la del esquí (BGE 100 Ia 176E.4).

Se dice que el proceso de educación dura toda la vida. En la medida en que tras el término de una educación primaria, o en general de una formación profesional, dicho proceso se continúa en la edad adulta, siguiendo una forma más o menos estricta de cursos o escuela, se habla de instrucción de adultos.

Los derechos fundamentales en el ámbito de la instrucción son de importancia para la configuración del programa de formación, pero también para los que toman parte en él (escolares, estudiantes, profesores, catedráticos). Estas implicaciones son objeto de la siguiente exposición.

1.6 *Papel de los derechos fundamentales*

De entre los derechos fundamentales «clásicos» han tenido sobre todo un papel destacado en el ámbito de la instrucción la libertad de culto y de conciencia, y han sido pronto motivo de numerosas decisiones del Bundesrat y del Tribunal Federal. El resto de los derechos fundamentales en el ámbito de la instrucción han ganado creciente importancia en los últimos decenios, debido a la intensificación de los deseos y aspiraciones de instrucción. Respecto de los derechos sociales, ha adquirido notable importancia el compromiso federal y de los cantones de procurar una enseñanza primaria suficiente y gratuita en las escuelas públicas; hoy esta obligación apenas supone ya motivo de conflictos. Por el contrario, se atribuye a los derechos fundamentales sociales una significación creciente en los niveles medio y superior de la educación, que han ocupado también al Tribunal Federal repetidas veces en los últimos años.

1.7 *Panorámica del sistema educativo*

1.7.1 Para una mejor comprensión de la problemática de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación será de utilidad una breve ojeada al sistema educativo suizo. La denominada soberanía escolar corresponde en Suiza a los cantones; ello ha sido establecido expresamente en los artículos 27 bis, párrafo 3, BV y 27 quater, párrafo 3, BV. Los cantones deben proporcionar, sin embargo, por mandato del Derecho federal, una educación primaria satisfactoria y gratuita (artículo 27,2 BV; sobre el concepto de escuela primaria, véase ep. 4.2). Para la gestión de esta enseñanza primaria la Federación concede subvenciones a los cantones (art. 27 bis BV, desarrollado últimamente por la Ley Federal de 19 de junio de 1953 referente a la subvención de las escuelas primarias públicas, SR 812.411.1). Estas subvenciones no tienen hoy ya gran importancia en el presupuesto de gastos para la educación, prescindiendo de los cantones de zonas montañosas o minorías lingüísticas. El control de la Federación sobre los cantones no se lleva a cabo sistemáticamente, sino más bien de forma puntual, y normalmente sobre la base de una reclamación de los interesados. Contra una resolución federal que pretendía establecer los requisitos para una concreción legal de las disposiciones constitucionales se acudió en su momento a un referéndum, y la resolución federal de 26 de noviembre de 1881 quedó rechazada por una importante mayoría.

Desde entonces se ha renunciado a un desarrollo legislativo del artículo 27 BV.

Fracasó igualmente un intento posterior por parte de la Federación en orden a asegurar un derecho de intervención también en la escuela primaria, a través del llamado «artículo de la educación» y otros. El Bundesrat propuso en el año 1972 a los Consejos Federados el siguiente apéndice para la Constitución (BB1 1972 I 442):

«Los artículos 27, 27 bis quater y 34 ter, párrafo 1, letra "g", de la Constitución Federal, así como también el artículo 4.º de las disposiciones transitorias serán sustituidos por las siguientes disposiciones:

art. 27

1. Todo habitante tiene derecho a una formación adecuada a su capacidad.
2. Los fieles de todas las religiones deberán poder asistir a las escuelas públicas sin menoscabo de su credo y conciencia.
3. La enseñanza dentro del período escolar obligatorio se encuentra bajo el control del Estado y es gratuita en los centros públicos.

art. 27 bis

1. La educación es una labor conjunta de la Federación y los cantones.
2. La formación antes y durante el período escolar obligatorio corresponde a la competencia de los cantones; el párrafo 4 y el artículo 27 quinquies, párrafo 1, se mantienen reservados.
Los cantones velan por la coordinación de su sistema educativo.
3. La Federación regula la formación profesional.
4. La Federación tiene competencia sobre lo que sigue:
 - a) Establecer la duración de la enseñanza obligatoria.
 - b) Formular los principios para la configuración y fomento de la enseñanza media, la superior y la instruc-

ción de adultos; así como para la concesión de ayudas para la formación.

c) Fundar centros de enseñanza y dirigirlos total o parcialmente, así como

d) Promover los esfuerzos de coordinación entre los cantones.

5. La Federación puede contribuir a los gastos de los cantones en materia de instrucción y de ayudas para la formación. Puede también conceder ella misma sus propias ayudas.

6. A los cantones corresponde la preparación y puesta en práctica de los decretos de aplicación. En el ámbito de la formación profesional se ha de dar audiencia a las organizaciones corporativas competentes de la economía antes de la promulgación de los citados decretos de aplicación. Anualmente podrán ser llamadas a colaborar en la puesta en práctica de las disposiciones de aplicación.»

El Parlamento siguió en lo esencial al Bundesrat.

El artículo 27,1 BV en la fórmula que se presentó al pueblo rezaba: «se garantiza el derecho a la educación».

Simultáneamente a esta modificación de la Constitución, se presentó un artículo sobre la investigación (ahora art. 27 sexies BV). Mientras el «artículo de la investigación» fue aprobado el 3 de mayo de 1973, el «artículo de la educación» obtuvo incluso la mayoría de los votos emitidos, pero no la mayoría de los votos de los Estados.

1.7.2 La escuela primaria suiza muestra grandes diferencias, a menudo experimentadas hoy como distorsionadoras, por ejemplo respecto al comienzo del año escolar. Se aspira a una cierta unificación por la vía de los acuerdos intercantonales (denominados concordatos), (concordato sobre coordinación escolar de 24 de octubre de 1970, SR 411.9, *vid* también núm. 8). Según las directrices de gobierno para 1979-1983, el Bundesrat pretende presentar un proyecto para un nuevo «artículo de la educación».

1.7.3 Por el contrario, corresponde a la Federación una amplia competencia legislativa, según el artículo 34 ter, letra «g», BV, sobre la formación profesional en la industria, oficios, comercio, agricultura

y economía doméstica. Sobre esta competencia se fundamenta la ley federal de 19 de abril de 1979 sobre formación profesional (SR 412.10).

La aplicación queda, sin embargo, en manos de los cantones (artículo 68) y también en parte en las de las corporaciones profesionales, que con ello desempeñan un cometido federal.

Sobre la base del artículo 34 quater la Federación puede promulgar normas sobre enseñanza especial de niños inválidos.

1.7.4 La enseñanza media queda casi en su totalidad en manos de los cantones. Por escuelas medias se entiende en Suiza aquellas que imparten una formación escolar y profesional superior, así como una formación complementaria (institutos, *Realschulen*, escuelas de comercio, centros de enseñanza técnicos, seminarios de profesores para la formación de maestros de primaria, etc.).

De una manera constitucionalmente discutida, la Federación interviene indirectamente en la enseñanza media, admitiendo solamente como candidatos para los exámenes federales de medicina y para el estudio de ésta, a aquellos que han superado una prueba de madurez (*Reifeprüfung*) reconocida por la Federación (decreto de reconocimiento de la madurez de 23 de marzo de 1968, SR 412.11). La configuración del plan docente en los institutos ha sido influida por ello de forma decisiva. Pero también, quien haya obtenido tal certificado de madurez no detenta con ello aún, según la jurisprudencia del Tribunal Federal, ningún derecho incondicional a ser admitido en una universidad cantonal para estudiar medicina (BGE 103 Ia 393).

1.7.5 La fundación y gestión de escuelas superiores (universidades) se ha cedido igualmente en gran medida a los cantones, a cuyo efecto interviene la Federación ayudando con subvenciones (art. 27 sexies BV junto con la ley federal de 18 de junio de 1968 sobre fomento de escuelas superiores, SR 414.20).

La Federación tiene, por otra parte, según el artículo 27,1 BV, la posibilidad de crear o subvencionar una universidad propia y otras escuelas superiores. Ha prescindido la Federación de la creación de una universidad propia; la denominada Escuela Politécnica en la Constitución se ha ido desarrollando en la Escuela Superior Técnica Federal (ETH) y en la Escuela Politécnica Federal de Lausanne (EPFL). Entre otros centros superiores de enseñanza, la Federación ha creado una denominada Escuela de gimnasia y deportes, una Escuela suiza de tráfico aéreo y un Instituto federal para profesiones pedagógicas, que,

por ejemplo, ofrece cursos dirigidos a profesores de formación profesional.

Los cantones conceden becas, por lo general, para la asistencia de los que carecen de medios a la escuela media y superior; la Federación presta su aportación a ello en virtud del artículo 27 quater de la Constitución (desarrollado por la ley federal sobre concesión de ayudas para gastos de los cantones en becas, de 10 de marzo de 1965, SR.416.0). Todavía subvenciona la Federación, en virtud de la normativa del artículo 45 bis BV, las escuelas suizas en el extranjero (ley federal sobre las escuelas suizas en el extranjero de 4 de octubre de 1974, SR 418.0).

1.7.6 Siguiendo el artículo 27 quinquies BV, compete a la Federación el derecho de promulgar normas sobre la gimnasia y el deporte de los jóvenes; sin embargo, corresponde su ejecución a los cantones (*vid.* ley federal sobre el fomento de la gimnasia y el deporte de 17 de marzo de 1972, SR 415.0).

1.7.7 La instrucción en la edad preescolar o de jardín de infancia, denominada estadísticamente como «preescolar», corresponde ahora en los cantones tras el fracaso del artículo de la educación, al igual que la instrucción de adultos. El artículo 27,1 no ofrece en especial ninguna base constitucional para la promoción de la instrucción de adultos (VEB 28/1958, núm. 7).

1.8 *Composición de la población y estructura escolar*

Suiza cuenta, según el resultado de la cifra de población de 1980, con 6,3 millones de habitantes aproximadamente; de ellos unos 900.000 son extranjeros, entre los que hay alrededor de 600.000 «establecidos», que se encuentran en situación de igualdad con los suizos, salvo en materia de Derechos políticos.

Desde el punto de vista de la lengua, es decir, de la lengua materna, resulta la siguiente distribución (cifra de población de 1970, población de habitantes 6.269.783):

De habla alemana	4.071.289
De habla francesa	1.134.010
De habla italiana	443.780
De habla retorromana	50.939
Otros	270.385

La división según las confesiones religiosas más importantes arroja la siguiente distribución (cifra de población de 1970):

Protestantes	2.991.694
Católicos-romanos	3.096.654
Católicos o cristianos viejos	20.288
Israelitas	20.774
Otros	140.423

En el curso académico 1978/1979 se encontraban en período de formación 1.369.091 personas, de las cuales 632.387 eran de sexo femenino. Se repartían en los distintos niveles de enseñanza como sigue:

NIVEL ESCOLAR	TOTAL
<i>Preescolar</i>	124.807
<i>Primaria</i>	
Plan docente normal	485.902
<i>Niveles primario y secundario I</i>	
Con plan docente especial	38.871
<i>Nivel secundario I</i>	366.181
Básico	145.473
De ampliación	220.708
<i>Nivel secundario II</i>	275.009
Escuelas de madurez	44.214
Otras escuelas generales de ins- trucción	13.884
Profesión docente	11.199
Formación profesional	205.712
<i>Nivel terciario</i>	
Extrauniversitario	20.711
Universitario	57.610
En conjunto (a)	1.369.901
Cifra aproximada de población total finales de 1978 (b)	6.297.600
cuota escolar $\frac{(a)}{(b)} \cdot 100$	21,7 por 100

Los gastos públicos para la educación en la Federación, cantones y municipios alcanzaban en 1976, en conjunto, los 8,1922 miles de millones de francos de los 41,5307 del gasto total. La proporción de gastos de educación en los gastos totales llega así al 19,7 por 100.

Suiza cuenta en la actualidad con 57.000 alumnos universitarios, aproximadamente; hasta 1987 se experimentará un incremento de hasta 71.000, con un cierto retroceso posteriormente. El número de estudiantes por 1.000 habitantes es del 8,8 por 100; de ellos, aproximadamente, el 30 por 100 son mujeres. Alrededor del 18,5 por 100 de los que estudiaban durante el semestre de invierno 1978/79 (en 1960/61 hasta el 33 por 100) eran extranjeros con residencia en Suiza. En el semestre de invierno de 1978/79 impartían enseñanza en las escuelas superiores suizas cerca de 5.600 profesores, de los cuales alrededor de 1.900 eran catedráticos; el porcentaje de extranjeros era del 20 por 100, aproximadamente.

La Federación también concede hasta cierto límite becas para estudiantes extranjeros. Por el momento se conceden anualmente 100 becas para extranjeros, de las cuales casi la mitad son para los que proceden de países en vías de desarrollo o de industrialización (*vid.* BB1. 1980 II, pp. 1, 448 y ss., y la resolución federal sobre las becas a estudiantes extranjeros en Suiza de 19 de diciembre de 1980, AS 1981 I 262).

2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1 Fuentes nacionales del Derecho

2.1.1 Como ya se ha mencionado, los derechos fundamentales en el ámbito de la instrucción se ubican en la Constitución, en la medida en que se trata de Derechos federales, y a nivel cantonal en las 26 constituciones cantonales, que en su mayor parte proceden del último tercio del siglo pasado pero que han sido entretanto revisadas con frecuencia.

Actualmente están en trámite trabajos preparatorios para una total revisión de diversas Constituciones.

2.1.2 Las Constituciones cantonales contienen numerosas prescripciones que tratan de la educación y que ostentan, en parte, cierto carácter de derechos fundamentales.

Las Constituciones cantonales no pueden contener nada contradictorio con el Derecho Federal. Para asegurar este principio, los cambios constitucionales no pueden entrar en vigor hasta que las Constituciones hayan recibido la garantía jurídico-federal. Esta garantía se otorga en virtud de la aplicación de un procedimiento especial en la Asamblea Federal (art. 85, núm. 7 BV); ocasionalmente se la concede sólo bajo ciertas condiciones, de tal forma que en la aplicación de la disposición constitucional no se decida nada contradictorio con el Derecho Federal. Puesto que las disposiciones de las Constituciones cantonales se examinan respecto a su validez por la Asamblea Federal, el Tribunal Federal ha rechazado en una creciente y, sin duda, a menudo desafiante jurisprudencia examinar las Constituciones cantonales en cuanto a su coherencia con el Derecho Federal (BGE 104 Ia 219). Esto es válido también para el caso de que se suscite la cuestión de si la disposición de la Constitución cantonal es compatible con la Convención Europea de Derechos Humanos (BGE 104 Ia 221E.1c).

2.1.3 Los derechos fundamentales de las Constituciones de los cantones coinciden en gran medida con los derechos ya garantizados por la BV. En tanto que ésto es cierto, no corresponde ya a la protección cantonal de los derechos fundamentales ningún significado, puesto que el Derecho Federal prevalece sobre el cantonal. Las garantías cantonales quedan entonces «vacías». Sin embargo, es posible que las Constituciones cantonales contengan garantías distintas o más amplias que las de la BV. Así, las Constituciones cantonales reconocen, expresa o implícitamente, el derecho a la libertad de la enseñanza privada, sobre todo la libertad de enseñanza, mientras que, según la opinión dominante, en la BV no se contiene garantía de tal índole, al menos para la enseñanza primaria, aunque sin duda no se prohíben tampoco las escuelas privadas. Cuando las Constituciones de los cantones contienen tales derechos fundamentales, de contenido más amplio que los de la BV, tienen validez como derechos constitucionales de los ciudadanos, y pueden hacerse valer por medio de recursos de Derecho público. Ahora bien, en la medida en que el cantón haya desarrollado mediante ley las prescripciones constitucionales, el recurso puede dirigirse sólo contra la aplicación de la ley.

Se comprobará, por tanto, en caso necesario por el Tribunal Federal, si un derecho fundamental se encuentra garantizado en la Constitución Federal, y en caso de que no ocurra así, si en todo caso la Constitución del cantón garantiza un derecho fundamental correspondiente

(como caso paradigmático puede servir BGE 103 Ia 398 E.2a, donde se trata si el Derecho Constitucional de un cantón garantiza un derecho individual ejercitable a la instrucción de grado medio).

2.1.4 Cabe también pensar en derechos fundamentales no escritos en el Derecho Constitucional de los cantones; sin embargo, éstos se encontrarán más bien con escasa frecuencia. Después de que el cantón de Zurich no volviera a mencionar, tras una reforma constitucional, la libertad de cátedra que antes garantizaba expresamente, la jurisprudencia de allí supuso que existía ya como derecho fundamental no escrito (ZB1.75/1874, p. 317).

2.1.5 Según la opinión dominante, ni el preámbulo de la BV, ni el artículo programático general (art. 2 BV), ni otros artículos sobre objetivos de bienestar y fines (por ejemplo, arts. 31 bis; 34 quinquies, párrafo 2; 34 quater, quinquies y sexies BV) contienen derechos fundamentales, sino que poseen solamente un sentido programático.

2.1.6 No resultan derechos fundamentales en el sentido técnico de otras fuentes del Derecho interno. Numerosas leyes transcriben con mayor aproximación los derechos y pretensiones de los ciudadanos; teniendo sólo en cuenta la Constitución suiza, tales derechos establecidos simplemente por la ley no son derechos fundamentales, porque carecen del carácter de rigidez típico del Derecho Constitucional; sobre todo en el caso de los cantones que conocen el denominado referéndum legislativo obligatorio, las diferencias entre la legislación constitucional y la ordinaria son, en efecto, proporcionalmente reducidas las revisiones parciales (por ejemplo, exigencia de doble lectura en el Parlamento para las modificaciones de la Constitución, etc.) (9).

2.2 Fuentes jurídicas supraestatales

2.2.1 Como Derecho supraestatal entra en consideración en primer lugar la Convención Europea (EMRK), a la que Suiza se adhirió en el año 1974.

Las garantías de los derechos fundamentales de la Convención tienen en Suiza validez de Derecho interno, en virtud de la sin duda no

(9) ZACCARIA GIACOMETTI: *Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, Zürich, 1941, pp. 463 y ss.

siempre unívoca jurisprudencia del Tribunal Federal, como reglas de rango constitucional (10), y son la mayor parte de las veces de aplicación inmediata («self executing»). De las prescripciones de la Convención en sentido propio, solamente el artículo 9 hace expresa referencia al ámbito de la educación, pues garantiza que todos podrán expresar sus convicciones filosóficas y religiosas mediante la enseñanza. Pero también pueden adquirir importancia en el ámbito de la educación los artículos 8, 10 y 14. Por el contrario, se encuentra una prescripción importante en el ámbito educativo en el artículo 2 del primer protocolo adicional a la Convención de marzo de 1952. Suiza ha suscrito también este protocolo adicional, pero no lo ha ratificado aún, así que por el momento queda fuera de consideración en cuanto a la garantía de Derechos Fundamentales. Sin embargo, la copiosa jurisprudencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos en torno al artículo 2 es objeto de atención también en Suiza.

Los derechos de la Convención pueden hacerse valer en Suiza bien a través de un recurso de Derecho público, o en la medida en que se trata de Derecho Federal, a través de un recurso ante los tribunales administrativos. Es importante en la práctica, el hecho de que debe agotarse, por regla general, la instancia cantonal antes de que se pueda acudir a la vía del Tribunal Federal (BGE 102 Ia 203 E.2).

Se supone, en general, que la ratificación del protocolo adicional no traerá grandes cambios para Suiza en el ámbito de la educación (con excepción quizá del «derecho a la instrucción», en la medida en que el artículo 2 contiene un derecho fundamental social, lo que no debería ser el caso, según la opinión dominante).

2.2.2 Suiza tampoco se ha adherido a la Carta social europea hasta el momento. Ni es miembro de las Naciones Unidas.

2.2.3 De los tratados bilaterales internacionales no surgen para Suiza derechos fundamentales en el ámbito de la instrucción; básicamente tales tratados no crean Derecho Constitucional, a pesar de que según la interpretación suiza prevalecen sobre el Derecho del país (BGE Ia 619 E.3a 626 E) y su violación puede denunciarse mediante un recurso de Derecho público.

(10) STEFAN TRECHSEL: *Erste Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention*, *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, 115/1979, p. 474. LUZIUS WILDHABER: *Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskommission*, Informe para las discusiones de la sociedad suiza de juristas, 1979, ZSR 98 II/1979, pp. 329 y ss.

3. CONFIGURACIÓN DE LOS DERECHOS DE DEFENSA (DERECHOS DE LIBERTAD)

3.1 *Derechos de defensa en general*

Entre los derechos fundamentales «clásicos» es indicado hacer una distinción entre derechos fundamentales que se refieren expresamente al ámbito de la instrucción y aquellos que son de naturaleza general, pero que también se extienden al ámbito de la instrucción e influyen en su configuración. Se tratará, en primer lugar, por tanto, de los derechos fundamentales que expresamente hacen referencia al ámbito de la educación (núm. 3), luego de los derechos fundamentales sociales (núm. 4) y, finalmente, de los derechos fundamentales generales que repercuten también en el ámbito de la instrucción (núm. 5).

3.2 *El derecho de los padres*

3.2.1 Hay que aclarar de antemano que la BV desconoce cualquier derecho general de los padres en el sentido del artículo 6 GG (en relación con el art. 7) o en el sentido del artículo 2 del protocolo a la Convención Europea (EMRK) de 1952. Esto se critica de vez en cuando, y se postula la existencia del correspondiente derecho constitucional no escrito (especialmente respecto del artículo de la protección a la familia en el artículo 34 quinquies, párrafo 1 BV). El derecho de los padres a la educación está, sin embargo, consagrado para toda Suiza por las prescripciones del código civil (arts. 276, 302 y 303 ZGB). Solamente se atribuye a los padres o al titular de la patria potestad un derecho constitucional en relación con la educación religiosa de sus hijos, respecto a lo cual hay que precisar que, sin duda, solamente se extiende hasta que el niño alcance la edad de dieciséis años (art. 49,3 BV). Después es al propio hijo a quien corresponde decidir sobre su confesión religiosa. A partir de este momento debe afirmarse también su plena capacidad y mayoría de edad respecto a los derechos fundamentales. El derecho es de especial importancia en relación con el artículo 49,2 BV, en virtud del cual nadie puede ser obligado a la partici-

pación en la enseñanza religiosa o a la celebración de una ceremonia religiosa, ni debe ser castigado en modo alguno por causa de sus creencias. Frente a esto no se reconoce constitucionalmente a los padres un derecho de intervención en la enseñanza.

3.2.2 De las Constituciones cantonales, sólo la del cantón Jura reconoce constitucionalmente un derecho fundamental de los padres. El artículo 8, letra «d», de esta Constitución afirma como derecho fundamental *le droit d'élever et d'éduquer ses enfants*. La nueva Constitución de Argovia no recoge el derecho de los padres en un catálogo, pero ordena entre las tareas del Estado, en su artículo 35,1: «la enseñanza en las escuelas públicas debe respetar el derecho de los padres a la educación e instrucción de sus hijos, así como la personalidad de los alumnos».

3.3 *Libertad confesional*

3.3.1 Como correlato del artículo 49,2 BV, el artículo 27,3 BV prescribe que los fieles de todas las religiones deberán poder asistir a las escuelas públicas sin menoscabo de su libertad de credo y de conciencia. Esto es de especial importancia, puesto que el párrafo anterior obliga a los cantones a procurar una enseñanza primaria adecuada que deberá ser gratuita en las escuelas públicas. El artículo 49,2 BV se refiere en primer lugar a esta enseñanza primaria, sobre su concepto 421 (final). No obstante, la disposición tiene validez más allá para todas las escuelas públicas gestionadas propiamente por un cantón, incluyendo a las escuelas municipales. Se discute también si va más allá, teniendo validez para las universidades. En general se rechaza; las autoridades federales mantienen, no obstante, la opinión de que también rige para las universidades (VEB 19-20/1948-1950, núm. 67). Ello tendría importancia, puesto que la Universidad de Friburgo es una universidad católica.

3.3.2 La disposición del artículo 27 BV ofrece un especial motivo de discusión, ya que la población suiza no pertenece a una sola confesión (núm. 18). Así, hay cantones que son absolutamente cerrados en materia de confesión; otros en los que se constata una fuerte mezcla de credos. En otros simplemente ciertas confesiones tiene predominancia en regiones determinadas. Naturalmente no es posible evitar del

todo en lugares pequeños, donde hay una escasa minoría confesional, que en las escuelas públicas dominan ocasionalmente las influencias de la confesión mayoritaria. El Bundesrat en su praxis de recursos ha procedido con cautela en estos casos.

Sería tolerable, por ejemplo, que personas pertenecientes a una orden religiosa o de estado eclesiástico (las llamadas «hermanas de la doctrina») impartieran enseñanza bajo supervisión estatal en escuelas públicas en la medida en que la Constitución del cantón no lo excluya, y con la reserva del actualmente derogado artículo 51 BV, que prohibió a los jesuitas y órdenes afiliadas todo tipo de actividad docente en Suiza.

3.3.3 En algunos cantones se establecen escuelas públicas divididas por religiones, así en los cantones St. Gallen, Graubünden, Freiburg y Wallis.

La Constitución del cantón de St. Gallen de 16 de noviembre de 1890 (SR 131.225), dispone en su artículo 5 que las comunidades escolares divididas confesionalmente hasta ahora, deben refundirse conforme a la legislación; este principio no se ha llevado plenamente a la aplicación por hoy.

Las autoridades federales defendieron el punto de vista de que sería contrario a la Constitución el funcionamiento de escuelas públicas divididas confesionalmente (por último, así en 1960, VEB 29/1959-60, número 51). Sin embargo, no se extrajeron las consecuencias necesarias, sobre todo porque la Constitución del cantón del St. Gallen había sido garantizada sin reserva por la Asamblea Federal. La cuestión de la admisibilidad es hoy todavía discutida. Ocasionalmente se mantiene también la opinión de que el Estado está obligado, en virtud de la libertad de religión que garantiza, a dirigir escuelas públicas confesionales si surge una necesidad de ello; se hace valer así una especie de derecho social.

Se reconoce que puede enseñarse también en las escuelas públicas la religión como disciplina, pero los no creyentes no están obligados a asistir a su enseñanza.

3.3.4 Por el contrario, se discute la cuestión de si estaría constitucionalmente permitido disponer que la educación escolar debiera guiarse por un espíritu cristiano. Algunos cantones han adoptado en sus Constituciones una disposición semejante, otros las establecen en su legislación escolar (en parte se exige también que los colegios se diri-

jan con espíritu patriótico). Las autoridades federales consideran las disposiciones incompatibles con el artículo 27 BV (VEB 14/1940, número 12), aunque no han extraído ninguna consecuencia de ello.

Con motivo de la elaboración de una Constitución para un cantón del Basel, de nuevo reunificado, se discutió con profundidad en la Comisión que elaboraba el proyecto de Constitución, la cuestión de la admisibilidad. Las opiniones estaban divididas. Finalmente, se estuvo de acuerdo en que el principio debería recogerse no en la Constitución, sino en la subsiguiente legislación escolar. Puesto que la reunificación fracasó, quedó todo sin consecuencias (11).

La libertad de no tener que asistir a ninguna clase que de alguna manera menoscabe la libertad de credo y de conciencia encuentra su límite en el artículo 49,3 BV, en virtud del cual las creencias individuales no liberan del cumplimiento de las obligaciones ciudadanas. Por tanto, según la jurisprudencia, también los creyentes israelitas o adventistas deben acudir a la escuela pública el sábado mientras se encuentren en período de obligatoriedad escolar, si el cantón no dispone de otra cosa (BGE 66 I 1957). Esto se considera hoy parcialmente superado. Las dificultades se diluyen con la creciente introducción por las propias escuelas de la semana de cinco días.

3.3.5 Las discusiones sobre la escuela neutral, debatidas con especial apasionamiento el siglo pasado, y que aún subsisten en parte, han perdido hoy ya aquella fuerza. Son todavía puntos polémicos la admisibilidad de las oraciones en la escuela, los cánticos religiosos, sobre todo en Navidades, en las escuelas públicas, la colocación de la cruz en las aulas de estas mismas escuelas, etc. Pueden también surgir problemas de tipo filosófico con la disciplina «ética» (a veces presentada como información sobre la vida), y la educación sexual. No será posible en estos casos que el profesor reserve del todo su opinión ideológica. Sin embargo, debe evitarse cualquier adoctrinamiento en una determinada concepción filosófica en las escuelas públicas. Además corresponde al espíritu de la escuela suiza prohibir también adoctrinamientos de todo tipo, por ejemplo, el político, sobre todo en la disciplina «educación cívica». Ante los abusos por parte del profesorado, la opinión pública reacciona acaloradamente. En un sentido amplio, no puede negarse una función de educación política a la escuela de un Estado democrático.

(11) Con todo detalle sobre el tema GERALD PETITJEAN: *Die christliche Grundlegung der Schule*, Diss. Basel, 1972, pp. 142 y ss.

3.4 *Libertad de enseñanza*

3.4.1 Por libertad de enseñanza se entiende en Suiza general y tradicionalmente el derecho a dirigir escuelas privadas, a asistir a ellas, o a recibir enseñanza en casa por parte de los padres o de un preceptor.

Hay que añadir a veces el uso de la lengua y comprender también la libertad de enseñanza o incluso la libertad de aprender. La libertad de enseñanza tiene una faceta institucional, pero también otra de derecho individual.

Se reconoce, casi en general, de conformidad con la génesis del artículo 27 BV, que la Federación no garantiza una libertad de enseñanza en sentido estricto, sino que quiso ceder la regulación de esta cuestión a los cantones. La introducción de un monopolio escolar estatal estaría por consiguiente admitida. De ello sólo ha hecho uso hasta 1969 el cantón de Solothurn, y ha monopolizado la escuela (sin duda tampoco con todas sus consecuencias); en el año 1969 abolió el monopolio por modificación constitucional.

3.4.2 Actualmente todos los cantones garantizan constitucionalmente, sea expresamente o de modo implícito, al mencionar las escuelas públicas, la libertad de enseñanza (literalmente discutible en el caso del artículo 18,3 de la Constitución de Glarus). Puede, por tanto, quedar sin decidir, si llegado el caso, ésta se la pudiera derivar de la libertad de cátedra, y si el artículo 9 ó 10 de la EMRK otorga el derecho a fundar centros privados, por ejemplo, para la formación de religiosos. Si como en el caso del artículo 3 KV de St. Gallen se garantiza la libertad de enseñanza privada sólo salvo reserva de disposiciones legales, no significará ello que las escuelas privadas puedan ser abolidas por ley, con lo cual no existiría ya ninguna garantía constitucional; con ello sólo quiere decirse que la libertad se somete a restricciones legales, sin que por ello pueda, sin embargo, afectarse el contenido esencial de la libertad de enseñanza privada.

3.4.3 Por escuelas privadas se interpreta en Suiza aquéllas cuyos titulares son personas privadas (físicas y jurídicas, con lo que cobran importancia sobre todo las fundaciones), que como característica fundamental, cubren sus necesidades financieras. Relativamente importantes son las escuelas privadas confesionales. Las escuelas privadas subvencionadas por el Estado, no modifican su carácter (VEB 10/1936, número 50).

Hay cantones que prohíben constitucionalmente la subvención, otros que la permiten. Especialmente en el último caso, el Estado pretenderá también asegurarse un cierto derecho de intervención. Un derecho constitucional a las subvenciones solamente existe, sin embargo, en el cantón Jura (art. 38 KV). Por lo general, las constituciones contienen simplemente «prescripciones permisivas» (*vid.*, por ejemplo, art. 31 de la Constitución cantonal de Argovia). En la medida en que se prevea una subvención, deberá realizarse sin discriminación.

La libertad de enseñanza se extiende a todos los niveles, lo mismo a las escuelas superiores. Sin embargo, los cantones pueden exigir que las escuelas privadas superiores muestren claramente en su denominación su carácter no estatal (BGE 97 I 120 E.3-5, con ejemplos de más escuelas superiores privadas), y, si persiguen fines lucrativos, que se ciñan a las disposiciones del Derecho de denominación (BGE 101 Ib 31; ver también VEB 7/1933, núm. 34, Escuela Superior de Comercio italiana de St. Moritz).

3.4.4 Son importantes las limitaciones a la libertad de enseñanza. Evidentemente, las escuelas privadas no están vinculadas a las limitaciones de neutralidad confesional, o en ningún caso filosófica. Una limitación esencial existió sin embargo hasta 1973, de tal manera que los jesuitas y personas pertenecientes a sociedades a ellos afiliadas tenían prohibida cualquier tipo de actividad docente en Suiza (artículo 51 BV).

Este artículo de los jesuitas fue derogado junto con el llamado «artículo de los monasterios» por la reforma constitucional de 20 de mayo de 1973. Persisten aún límites jurídico-constitucionales en el cantón de la ciudad de Basel; el artículo 13,2 KV prohíbe a las personas que pertenezcan a órdenes religiosas o congregaciones la dirección de escuelas o establecimientos educativos, así como el ejercicio de la enseñanza en los mismos. Una norma de exclusión algo menos amplia contiene el artículo 88 del cantón de Berna. Parece discutible que estas limitaciones puedan aún sostenerse después de la derogación del «artículo de los jesuitas».

De mayor significación son las restricciones de otros artículos.

Huelga decir que las escuelas privadas quedan sometidas a las prescripciones generales de policía.

Además se permite a los cantones que establezcan un sistema de licencias para las escuelas privadas, o al menos que exijan que se

provean de una autorización administrativa (EGB 100 Ia 175). No puede, en cambio, exigirse un certificado de necesidad (lo mismo 176 E, más adelante).

A partir de aquí el Estado puede y debe ejercer una inspección sobre las escuelas privadas también en el tiempo que dure la enseñanza primaria obligatoria. En el artículo 27,3 se habla de que todas las escuelas deben estar bajo la dirección del Estado; interpretado literalmente no habría lugar a la exclusión de las escuelas privadas, cosa que puede parecer carente de sentido. Existe unanimidad sobre el hecho de que, por lo que se refiere a las escuelas privadas, sólo es admisible la inspección. Esta puede configurarse más estricta o relajadamente; debe ser estricta en los años que comprende la obligatoriedad escolar. La escuela privada debe aquí ofrecer la misma garantía que la escuela pública de alcanzar las metas educativas esenciales establecidas por el plan de enseñanza (BGE 91 I 490), lo que el cantón debe también extender a otros niveles escolares. Las escuelas privadas que imparten enseñanza primaria han de procurar asimismo que ésta sea «suficiente» en el sentido de la BV. Del mismo modo puede exigirse de las escuelas que presenten un programa escolar; eventualmente puede prescribirse la utilización de manuales. Las metas docentes se recogen, sin embargo, en parte de una forma tan general que a las escuelas primarias les resulta en gran medida posible ocuparse de un acervo cultural importante para ellas con un alcance más amplio que las escuelas públicas. Además deben establecerse los requisitos de formación para los profesores, especialmente para los que imparten enseñanza en el nivel primario, pero también para el resto (BGE 100 Ia 176 E.4a). Todavía puede el cantón prescribir también a las escuelas privadas la lengua de enseñanza (BGE 91 I 491, ver también más abajo, núm. 55, final).

Del mismo modo deben fijarse ciertos requisitos en las escuelas para adultos (BGE 78 Ia).

En el ámbito de la formación profesional se incluye, por causa de la ley de formación profesional, las escuelas dirigidas por corporaciones del comercio, como, por ejemplo, las de las asociaciones del comercio local. Aunque no son ya escuelas privadas propiamente dichas, sin embargo organizan a menudo cursos de perfeccionamiento en los que se aparece con fuerza su carácter privado.

3.4.5 Lo que vale para la escuela privada vale básicamente también para el caso en que un niño no acuda en absoluto a la escuela, sino

que reciba enseñanza en su casa. Algunas leyes escolares contienen reglas concretas a este respecto.

3.4.6 Las escuelas privadas han ganado creciente importancia en el ámbito de la enseñanza media, pero también en el de la primaria y la preescolar. Actualmente se ocupan de una parte importante de la enseñanza suiza. Tienen a su disposición para la defensa de sus derechos el recurso de Derecho público contra las violaciones de la Constitución. Puede ser interpuesto por la entidad financiadora, así como por los alumnos, sus padres o por los profesores de una escuela cuando se consideren afectados en su situación jurídica por una medida estatal. La entidad financiadora puede apelar también a la libertad de comercio y empresa, si persigue finalidades lucrativas, en la medida en que la soberanía escolar cantonal lo posibilite.

3.5 *Libertad de cátedra*

3.5.1. Bajo este concepto se entiende el derecho a transmitir determinadas opiniones e interpretaciones con contenido material. La BV no garantiza este derecho expresamente. Algunas constituciones cantonales señalan entre los derechos fundamentales la libertad del ejercicio profesional en el arte y la ciencia. La Constitución del cantón de Argovia garantiza en el artículo 14 la libertad de cátedra e investigación. Queda por resolver en qué medida alcanzan estas garantías cantonales a la libertad de cátedra. La libertad de cátedra se contiene en la libertad de opinión y de expresión reconocidas como derecho fundamental no escrito. Según la jurisprudencia del Tribunal Federal, la opinión que puede ser libremente expresada abarca los frutos de la reflexión racional, así como las convicciones racionalmente asumibles del tipo de actividades, valoraciones, puntos de vista, interpretaciones y otras similares (BGE 101 Ia 150, 255). Comprende también la libertad de creación artística y sus manifestaciones. Siguiendo esta interpretación, la libertad de cátedra es un tipo de libertad de expresión. Las garantías cantonales apenas pueden ir más allá del Derecho federal.

Además debe tenerse en cuenta que la libertad de cátedra, como forma de la libertad de expresión, se encuentra también garantizada por el artículo 10 de la EMRK. La libertad de cátedra tiene particularmente importancia como libertad académica; aquí se destaca, junto

a la garantía jurídica individual, también la garantía institucional; puede tener relevancia tanto en el ámbito de la escuela media como de la primaria, y lo mismo en las escuelas públicas que en las privadas.

Resulta aquí asimismo problemática no sólo la libertad de cátedra como tal, sino sus límites, puesto que la libertad de expresión no es en ningún caso absoluta (BGE 101 Ia 255). El artículo 10,2 de la EMRK traza tales límites de manera explícita (BGE 104 Ia 91 E.4). Las limitaciones pueden extraerse del orden y la moral públicos. Las intervenciones precisan un fundamento legal (en sentido material) y no pueden transgredir el mandato de proporcionalidad. En el enjuiciamiento de los límites hay que considerar además el principio de que a los derechos de libertad ideales corresponde un lugar privilegiado (*preferred freedom*; BGE Ia 94 E.3), puesto que de ellos pueden derivarse una apelación a la opinión pública, efecto de inequívoca legitimidad. Hasta hoy se ha plasmado este lugar de privilegio principalmente en la utilización de cosas en uso público para manifestaciones, asambleas y otras actividades.

3.5.2 Al profesor universitario se le concede la mayor amplitud; en su enseñanza debe quedar solamente obligado a la verdad y a la ciencia, aun cuando éstas sean difíciles de aceptar; por su importancia para la cultura humana, debería ser libertad preferente (*preferred freedom*) por excelencia. Tiene que abstenerse en todo caso de medios ilegales en su docencia y no debe incitar a su uso (BGE 101 Ia 181). Desde otro punto de vista se le imponen límites (siempre estrechos) por razón de su función docente investigadora, por mor de la cual ha sido llamado a la Universidad, aunque también los límites le vengan impuestos por las exigencias de una metodología científicamente justificable. En la medida en que es funcionario debe mantenerse en el ejercicio de sus funciones dentro de la obligación de fidelidad impuesta a los servidores públicos (BGE 101 Ia 180), lo que no excluye tomas de postura políticas. Pero hay que decir, por ejemplo, que el profesor de Derecho público no ha de colaborar con su enseñanza a destruir el orden fundamental al que él debe su libertad de cátedra (12).

Por otra parte, la libertad de cátedra no representa ningún derecho a ser llamado a ocupar una cátedra o a ser contratado como

(12) WALTER HALLER: *Die akademische Lehrfreiheit als Verfassungsmässiges Recht*, ZSR 95 I/1976, pp. 145 y ss.

profesor (*vid.* BGE 98 Ib 63). Una libertad de poder enseñar en la Universidad puede como mucho alcanzar el sentido de un derecho a ingresar en las universidades, igualitario y no discriminatorio.

Por el contrario, la libertad de expresión despliega, según la jurisprudencia del Tribunal Federal, una cierta eficacia frente a terceros. Así, la libertad de expresión no puede justificar la exención de sanción a los manifestantes que impiden con el ruido una lección en la Universidad, y de esta forma obstaculizan la libertad de cátedra. La libertad de expresión tiene que respetar a los demás (BGE 104 IV 127 E.5).

3.5.3 También al profesor en la escuela media se le reconoce aún una mayor dosis de la libertad de cátedra, especialmente en la expresión de opiniones e interpretaciones personales, pues aquí el alumno cuenta ya con una capacidad de juicio propia, desarrollada. Lo mismo cabe decir respecto a los profesores de religión o a los religiosos que imparten clases de religión, aunque aquí quizá el trazado de límites sea más estricto.

La línea divisoria se hace particularmente difícil cuando la afirmada transgresión de los límites por el docente conduce a su revocación o a su no reelección, lo que procede en ciertas circunstancias, y no va en contra del artículo 10 EMRK. Aún más estrecho es el margen en la escuela primaria.

Cuanto menos desarrollada sea la capacidad de discernimiento del que va a ser enseñado, tanto más debe exigirse reserva a la hora de transmitir opiniones controvertidas por parte de los profesores. A ello se suman también las limitaciones impuestas en el programa de enseñanza, la obligatoriedad de ciertos medios de enseñanza, instrucciones respecto a los métodos a seguir, etc. Al igual que en las limitaciones de la libertad académica por programas de ese tipo, puede hablarse de verdaderas intromisiones en la libertad de cátedra, al menos en la medida en que la elección no se realice precisamente bajo el punto de vista de la censura de la transmisión de contenidos educativos considerados inoportunos.

3.5.4 También pueden darse limitaciones admisibles de la libertad de cátedra en las escuelas privadas de orientación filosófica, en la medida en que aquí se deberá observar la orientación en cuestión, de lo que puede derivarse también un cierto efecto frente a terceros frente a la dirección del centro.

3.5.5 La jurisprudencia del Tribunal Federal no ha tenido hasta el momento que ocuparse en detalle de la libertad de cátedra. Un asunto relativo a la libertad de cátedra subyace en las circunstancias del BGE 98 Ib 63. En una sentencia de 25 de febrero de 1959 *in re* Rittmeyer, el Tribunal Federal ha apoyado la destitución de un religioso protestante cuyas enseñanzas se alejaban de los criterios de la «iglesia nacional» de Waadtland, sin tomar postura detalladamente en la libertad de cátedra.

Hace aproximadamente un decenio levantó polémica el caso del dominico Stephan Pfürtner, profesor de Teología ética en la Universidad de Friburgo, quien defendía igualmente tesis que se alejaban de la interpretación católica reconocida. El conflicto no llegó a los tribunales laicos porque el profesor Pfürtner abandonó su cátedra (13).

De la misma forma, el caso de un religioso católico en Münchenstein, al que le fue retirada la *missio canonica*, y que fue destituido de su cargo a pesar de su reelección por su comunidad eclesíástica, no llevó a una sentencia judicial, ya que la decisión del Consejo regional de la región de Basel en este asunto no fue recurrida al Tribunal Federal.

3.5.6 Son más frecuentes los conflictos por causa del contenido de la enseñanza en los niveles inferiores, sobre todo en el ámbito de la escuela primaria. Es bastante notoria en estos casos la sensibilidad de la población, especialmente la de los padres.

3.5.7 Las materias de enseñanza pueden ofrecerse también por medio de cintas cinematográficas (películas educativas y películas culturales). También estos contenidos se encuentran bajo la protección de la libertad de cátedra y de expresión (BGE 101 Ia 225b). La Federación ha configurado el denominado «artículo cinematográfico» (artículo 27 ter BV). Prevé el fomento de películas de producción nacional y persigue además metas de policía y política cultural, sin estatuir ningún derecho fundamental.

Asimismo la radio y la televisión pueden proporcionar material educativo. La explotación de los servicios de radio y televisión está en Suiza monopolizada. Hasta qué punto deben extenderse la libertad

(13) Sobre el caso Pfürtner, LUZIUS WILDHABER: *Professor Pfürtner und die Lehrfreiheit*, ZSR 91 I/1972, pp. 395 y ss.; JOHANNES GEORG FUCHS: «Unfehlbarkeit des Staatsrecht», en *Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts*, Homenaje de las facultades de Derecho suizas por el centenario del Tribunal Federal, Basel, 1975, pp. 117 y ss., y HALLER (nota 12), página 145.

de cátedra y de expresión de los que las trabajan en los medios de masas es una cuestión política y controvertida. El pueblo rechazó en 1957 y 1976 la incorporación de un artículo sobre la radio y televisión en la BV. Actualmente se trabaja en un nuevo proyecto.

3.6 *Libertad de investigación*

3.6.1 Junto a la libertad de cátedra, y sobre todo de aprendizaje, se encuentra la libertad de investigación. La enseñanza es a menudo fruto de la investigación o su punto de partida. A través de la investigación se configuran nuevas materias de enseñanza. También la investigación y la enseñanza van parejas en el ámbito personal.

La BV no garantiza la libertad de investigación. Contiene, ciertamente, como ya se ha mencionado, un «artículo de la investigación» (art. 27sexies), pero se trata simplemente de un artículo de fomento, implicando el mandato al legislador de promover y coordinar la investigación.

La libertad de investigación, sin embargo, se da también por su puesta por la Federación («circular» del Bundesrat sobre el «artículo de la investigación», BB1 1972 I 434), lo que no debe significar que la Federación deba financiar cualquier proyecto de investigación, por caro que sea, aun cuando haya sido acreditada su extraordinaria calidad científica.

La libertad de investigación es tanto una garantía institucional como un derecho individual; el carácter de garantía institucional se manifiesta aquí quizá de forma más rotunda. Al mismo tiempo se muestra claramente que un simple derecho de defensa es de poco provecho, puesto que la investigación requiere una amplia disposición de medios estatales. Ciertamente Suiza cuenta también con una considerable investigación industrial privada (*vid.* BBT 1972 I 408 y ss.); pero ésta no se encuentra preferentemente al servicio de la pura ciencia.

Como derecho individual la libertad de investigación puede derivarse de la libertad personal.

3.6.2 De las Constituciones cantonales, la del cantón Jura (art. 8, letra e) y la del de Argovia garantizan la libertad de investigación; el cantón de Argovia, con la añadidura de que en la investigación debe salvaguardarse la dignidad del ser humano. Hay que señalar que ninguno de los cantones con Universidad garantiza la libertad de investigación en sus constituciones.

3.7 Libertad de estudio o aprendizaje

3.7.1 Si la libertad de cátedra puede considerarse un componente de la libertad de expresión, lo mismo ocurre con la libertad de estudio, esto es, el derecho propio a decidir cómo y dónde se va a aprender algo. Se deduce directamente del derecho de libertad personal. También corresponde, sobre la base del derecho de personalidad, a los presos y detenidos en prisión preventiva un derecho—limitado—a poder instruirse (BGE 102 Ia 293 E.8c). Por su conexión con la libertad de enseñanza y de cátedra debe ser tratado aquí.

3.7.2 La BV desconoce una garantía expresa de la libertad de estudio, que no es precisamente evidente. De las constituciones cantonales, sólo la del cantón Jura garantiza también de forma inequívoca la libertad de estudio. El artículo 8 menciona entre los derechos fundamentales (*droits fondamentaux*), la libertad de estudio y de enseñanza (*la liberté d'étude et de l'enseignement*). La Constitución del cantón de Argovia declara en el artículo 25 que el Estado tomará las medidas necesarias, en consideración a la responsabilidad del individuo, para que todos puedan adquirir una información y un perfeccionamiento de acuerdo con sus capacidades y preferencias.

3.7.3 Además, el artículo 27,3 BV limita la libertad de estudio, prescribiendo que todos deben recibir una enseñanza primaria. Lo mismo ocurre con diversas constituciones cantonales cuando prescriben una obligación escolar no exigida por el Derecho Federal, como, por ejemplo, las escuelas de perfeccionamiento, que comprenden a los que ya han terminado la escuela.

Una restricción de la libertad de estudio admitida la contienen los programas escolares. La introducción de clases obligatorias, etc. Se justifican por regla general en razón de los objetivos perseguidos con la educación.

3.7.4 La libertad de estudio no concede por otra parte ningún derecho a prestaciones positivas por parte del Estado. No puede impedir que un cantón prevea en su Universidad un *numerus clausus* para ciertos estudios, cuando de otro modo se sobrepasaría la capacidad de formación de la escuela (BGE 103 Ia 373 y ss.). También puede un cantón dar un trato preferente a sus propios habitantes (los

cantones tratan de remediar esta criticable situación por la vía de acuerdos intercantonales).

Además, tampoco se impide a un cantón establecer restricciones de ingreso en sus centros de formación de profesorado, que deben ser también calibradas entre otras cosas en virtud de la necesidad de personal docente que tenga el cantón (BGE 103 a 387, 104 Ia 208E.2). Lo único que se dice es que se precisen legalmente en todo caso los criterios de admisión en sus rasgos esenciales (ley en sentido material, cuando descansa en delegación adecuada). La Administración federal ha afirmado rotundamente la admisibilidad del *numerus clausus* en la preparación de profesores de formación profesional (VPB 35/1970-1971, núm. 57).

Si un estudiante se ve excluido de una escuela superior, el Tribunal Federal examina de modo particular si con ello se viola un derecho de la personalidad. Así, no se apreció en la no admisión durante un año por parte de una Universidad (no de todas) una violación de la libertad personal (BGE 102 Ia 324: el Tribunal Federal anuló la inadmisión, sin embargo, por falta de proporcionalidad).

Sin prescripción constitucional, no existe ningún derecho a que el Estado ponga a disposición cualquier tipo de posibilidades de formación consideradas deseables por cualquiera.

No se atentaría tampoco contra el derecho fundamental si el Estado creara incentivos especiales para la formación en profesiones de las que el Estado depende. No obstante, sería inadmisibles una verdadera «explotación del potencial de instrucción» desde el punto de vista de la libertad de estudio. En este sentido existe un derecho a poder elegir libremente un lugar de profesión y estudio, a pesar de que la BV no contiene ninguna garantía que se corresponda con el artículo 12 GG. Parece discutible que la libertad de estudio conceda también derechos a la intervención en la configuración de la enseñanza.

Parte de la libertad de estudio es también el derecho a la información, es decir, a procurar y obtener información. El Tribunal Federal interpreta la libertad de información como parte constitutiva de la libertad de expresión y de prensa, y la supone también garantizada por el artículo 10 EMRK (BGE 105 I 182 E.2a; 104 Ia 93 E.4b; 92 E.4.a; 378 E.2). Tampoco ella proporciona ningún derecho a prestaciones estatales (BGE 104 Ia 95 E.4b). Sin embargo, en la medida en que el Estado informa ciertamente a terceros, puede exigirse un igual acceso a las informaciones (BGE 104 Ia 378 E.1).

4. EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

4.1 La BV desconoce un derecho general a la educación que pueda ejercerse como derecho social. El Bundesrat se propuso crear al menos un derecho de tal índole, ciertamente no a la educación o instrucción, sino a la formación, que se pudiera hacer valer directamente por el ciudadano. Así lo designó en su circular (BB1 1972I 377,424) expresamente como derecho fundamental, y declaró además (página 422) que este derecho fundamental obliga, como cualquier otro, en primer lugar, al legislador; junto a ello otorga también, sin duda, un fundamento jurídico de demandas individuales ejercitables por la vía de recursos de Derecho público. Sujeto de la pretensión lo sería cualquier habitante. Como se ha señalado, la revisión constitucional, sin embargo, ha fracasado.

El derecho a la instrucción tampoco existe como derecho constitucional no escrito de la Federación. El Tribunal Federal se ha negado a aceptar un derecho de tal índole, y otros por causa del rechazo del «artículo de la educación» (BGE 103 Ia 398 E.2a).

Sin embargo, debe aceptarse sin problemas que el artículo 27,3 BV contiene, junto a la obligación impuesta a los cantones de procurar una enseñanza satisfactoria, un verdadero derecho social (admitido abiertamente por el Tribunal Federal en BGE 103 Ia 398), e incluso el derecho de todo niño a recibir gratuitamente una enseñanza primaria suficiente en las escuelas públicas. Este derecho puede hacerse valer ante el Bundesrat mediante un recurso administrativo (no mediante un simple recurso de inspección), que por su naturaleza será en este caso un recurso constitucional.

4.2 La BV no delimita el concepto de enseñanza primaria, y puesto que también se carece de una legislación de desarrollo, falta una definición legal. Tampoco la proporciona la Ley Federal sobre prestaciones de ayuda a las escuelas primarias (más arriba, núm. 171), de la que cabría esperar que contuviera sin más tal definición en orden a la determinación de los beneficiarios de la prestación. El cálculo de la subvención se concreta en la cifra de niños en la edad de siete a quince años.

Surge por ello una cierta inseguridad en torno a qué considerar enseñanza primaria. Se denomina enseñanza primaria a aquella que

proporciona al niño un mínimo de conocimientos elementales, que posibilita un modo de vida digno del ser humano y una integración plena de sentido en el mundo de los adultos, y permite la asistencia a una escuela complementaria, o comenzar a aprender un oficio, en su caso, al abandonarla. La enseñanza primaria obligatoria dura entre siete y nueve años, dependiendo de cada cantón. La Federación se ha abstenido de prescribir nada a este respecto. Las descripciones cantonales de lo que es la escuela primaria varían. Puede suponerse que la escuela primaria coincide con la *Volksschule*, cuyo concepto tiene, sin embargo, mayor amplitud (y carece en las lenguas románicas de expresión equivalente). Sin embargo, no se trata del nombre. El Bundesrat ha insistido en su praxis de recursos en que la creación de las denominadas escuelas secundarias, escuelas cantonales, etc., no debería desembocar en que los cantones pudieran escatimar la obligación de la prestación de una enseñanza primaria suficiente. En el caso de la escuela secundaria, debe tratarse, por ejemplo, de una escuela de mayores pretensiones. En la práctica, sin embargo, se ha llegado a un cierto consenso respecto a su contenido.

4.3 La enseñanza primaria debe ser gratuita en las escuelas públicas. Esto prohíbe que se cobre matrícula escolar alguna por la asistencia a la escuela. Por el contrario, se permite cobrar un impuesto escolar específico siempre que se trate de un impuesto general (VEB 13/1929, núm. 5). No se incluye en la gratuidad el material escolar, aunque todos los cantones han establecido, en parte, en la Constitución la gratuidad de la entrega de este material escolar en la enseñanza primaria, y a veces no sólo en ella.

El derecho a la gratuidad de la asistencia a la escuela no puede hacerse valer en todas partes—lo que ha sido criticado—, sino sólo en el lugar de residencia del alumno, que en la mayoría de los casos coincide con el de los padres.

4.4 El concepto de enseñanza primaria suficiente ofrece mayores dificultades. También aquí falta una definición legal. Se trata de un concepto jurídico altamente indeterminado. La Federación vela por que la enseñanza sea suficiente en general solamente a lo largo de su praxis de recursos. También esta praxis es muy reservada, pues la mayor parte de las veces el Bundesrat sólo reclama para sí un limitado derecho de examen. Fue algo más allá cuando recomendó hace mucho tiempo al cantón de Tessin que se abstuviera de su pla-

nada reducción de los sueldos del profesorado, pues ello podría hacer peligrar el ejercicio de una enseñanza primaria satisfactoria.

Sobre todo evita la Federación prescribir a los cantones cualquier tipo de programa escolar o ejercer influencia sobre el material docente a utilizar, o sobre la formación del profesorado. Únicamente hace una excepción en el «artículo del deporte» de la BV (*vid.* más arriba, número 174) y ordena una cifra concreta de horas de gimnasia semanales, la obligación de pasar una prueba de rendimiento y los medios docentes utilizables.

4.5 La mayoría de los recursos en este ámbito se refieren a la extensión del camino a recorrer para llegar a la escuela. En la medida en que el camino al lugar habitual de la escuela sea demasiado largo y pueda por ello perjudicar la capacidad de rendimiento de los alumnos, los municipios con una escuela más cercana pueden ser obligados a recibir gratuitamente a un niño de otro municipio. Quizá tenga el municipio de origen —según la legislación cantonal— que satisfacer una matrícula, que no podrá, sin embargo, cargar sobre los padres del alumno (VPB 44/1980, núm. 19). También aquí hay una reserva en favor del Bundesrat. Así exige, en efecto, que para los trayectos escolares largos han de emplearse autobuses gratuitamente, pero no que el coste de la comida externa del mediodía sea asumida por los municipios o el Estado (VEB 25/1955, núm. 10).

En todo caso debe afirmarse rotundamente que hoy todos los cantones imparten una educación primaria en principio suficiente. Las escuelas primarias suelen ser administradas en general por los municipios con la ayuda financiera del cantón, de este modo se crea un considerable acercamiento ciudadano que procura que se mantenga un cierto nivel, ante todo porque las escuelas primarias son también el escalón previo de una formación ulterior.

4.6 De las constituciones cantonales sólo la del cantón Jura reconoce inequívocamente en el artículo 40 el derecho a la educación (¿o a la formación?): *le droit à la formation est reconnu*. A la vista de la posición de la garantía en el texto constitucional —la garantía no se encuentra en el catálogo de Derechos Fundamentales—, surgen dudas de que exista un Derecho Fundamental social en el sentido aquí mencionado. Todavía falta experiencia.

El artículo 28 de la nueva Constitución de Argovia declara: «Todo niño tiene derecho a una instrucción de acuerdo con sus capacidades».

Tampoco se encuentra esta disposición en el catálogo de Derechos Fundamentales, así que aquí es igualmente discutible si se trata de un derecho social, o sólo de una declaración de programa con un mandato para el legislador (*vid.* art. 25.2 KV).

El Tribunal Federal no ha reconocido ningún carácter de Derecho Fundamental al artículo 12 de la Constitución del cantón de la ciudad de Basel (BGE 103 Ia 378 E.4b), ni al artículo 35.3 de la Constitución del cantón de la región de Basel (BGE 103 Ia 398).

5. OTROS DERECHOS DE DEFENSA

Hay derechos fundamentales de carácter general que no se refieren especialmente al ámbito de la instrucción, pero que, sin embargo, tienen en ella un papel relevante.

Entre estos derechos fundamentales la garantía de la propiedad privada, el secreto postal y la libertad de comercio y empresa, así como la libertad de petición son de escaso significado en el ámbito de la instrucción, siendo de destacar la libertad de comercio y empresa respecto a la escuela privada en tanto que la supremacía del Estado en la educación no le imponga límites ya desde un principio.

La relación entre la supremacía escolar cantonal y la libertad de comercio y empresa no está sin embargo lo suficientemente delimitada.

Ya se ha resaltado en otros contextos lo esencial respecto a la libertad de creencias y de conciencia, así como respecto a la libertad de la práctica religiosa. Son importantes, sin embargo, los restantes «derechos de libertad».

5.1 *La libertad de prensa*

5.1.1 El artículo 55 BV garantiza la libertad de prensa. Este derecho fundamental no contiene ya limitaciones desde que el código penal regula los delitos de prensa. Desde hace decenios se ha trabajado inútilmente en la nueva redacción del artículo sobre prensa de la Constitución.

En relación con el ámbito de la instrucción, se plantea si la relación escolar conduce a una restricción de la libertad de prensa para escolares y estudiantes, o si debe ser protegida en igual medida para

todos los ciudadanos. Sobre todo las revistas estudiantiles, pero también algunas revistas escolares en escuelas medias, han vuelto a poner de actualidad esta cuestión con sus artículos con frecuencia bastante agresivos (por lo general referentes al sistema educativo). También las octavillas pueden tenerse aquí en cuenta (13a).

5.1.2 Según la jurisprudencia del Tribunal Federal, la libertad de prensa atañe también a productos informativos de tal índole, sobre todo si se dirigen a un número proporcionalmente reducido de destinatarios. Pero entre un centro docente estatal y sus alumnos, entre la Universidad y sus estudiantes, existe una estrecha relación jurídica que fundamenta especiales derechos y obligaciones, y que antes se la denominaba como «especial relación de sujeción». Las bases legales sobre las que se apoya esta especial relación jurídica de los «usuarios del centro» es por lo general la orden por la que ha sido creado el respectivo centro, y los derechos y obligaciones de quienes lo utilizan se circunscriben más detalladamente por la dirección del centro o las autoridades competentes, e incluso se enmarcan dentro de la finalidad del centro, siempre que la ley no disponga otra cosa (BGE 98 Ib 305).

Quien ingresa en una escuela superior asume con ello ciertas obligaciones que no alcanzan a los demás ciudadanos. Puede justificarse un expediente disciplinario por su violación. En este sentido también se limita la libertad de prensa de los que cursan estudios, pero solamente si lo exige la naturaleza de esta especial relación jurídica. Concretamente sólo podrán imponerse sanciones contra los «usuarios del centro» a través de procedimientos jurídico-públicos y bajo observancia de los principios del estado de derecho. En estos casos debe respetarse especialmente el principio de la proporcionalidad (BGE 98 Ib 305 y ss.).

El alumno de una escuela media no puede tomarse el mismo grado de libertad que el de una escuela superior, para el que la finalidad formativa pasa a un segundo plano después de la formación científica.

También entre las escuelas medias hay que diferenciar según los diversos tipos. En una escuela de magisterio puede estar indicado, por la especial finalidad del centro en diversos sentidos, un orden

(13 a) DANIEL ZÜST: *Pressefreiheit in Schule und Hochschule unter besonderer Berücksichtigung der Verhältnisse im Kanton Bern*, Diss Zürich, 1980.

más estricto que el de otras escuelas medias del mismo nivel (sentencia del Tribunal Federal de 24 de mayo de 1978, en ZB1 79/1978, p. 510).

Una medida disciplinaria es adecuada sobre todo si el alumno, en su producto de prensa, viola más que levemente normas penales.

5.1.3 En éste como en otros contextos se plantea también la cuestión de quién es el titular del derecho fundamental en caso de que el alumno sea menor. Al alumno menor de edad no se le puede retirar la calidad de titular del derecho fundamental. La cuestión de la madurez para la titularidad de los derechos fundamentales, que en cierto aspecto ha sido afirmada por la bibliografía, no ha ocupado hasta el momento al Tribunal Federal (BGE 103 Ia 373 E.1). Cobra actualidad cuando el alumno quiere apelar a un derecho fundamental en contra de la voluntad del educador.

5.2 *Libertad de asociación*

5.2.1 El artículo 56 BV garantiza la libertad de asociación y precisa a la vez sus límites. Las asociaciones no pueden ser contrarias a Derecho o peligrosas para el Estado ni en sus fines ni en sus medios. La legislación cantonal tiene que promulgar las disposiciones pertinentes sobre el abuso de este derecho.

Como consecuencia de esta garantía, tanto los que imparten enseñanza como los que la reciben podrán fundar asociaciones, siempre que éstas se mantengan dentro de los límites jurídico-constitucionales. La creación de sociedades no puede hacerse depender de un permiso policial (BGE 90 I 229).

La pertenencia de funcionarios, sin embargo, a ciertas asociaciones puede ser prohibida por el cantón y, por consiguiente, también la de profesores y catedráticos (BGE 65 I 240).

Esta libertad puede estar limitada por la finalidad del establecimiento en la medida en que lo exija la finalidad de la relación especial.

5.2.2 No sólo está garantizada la libertad de asociación positiva, sino también la negativa, es decir, la libertad de no tener que pertenecer a ninguna asociación. Con ello se plantea la cuestión de la admisibilidad de las llamadas corporaciones obligatorias en las escuelas superiores. En diversas escuelas superiores suizas se preveía que el

estudiante se convirtiera con la matrícula, también en miembro de la *Studentenschaft* o de la *Allgemeinen Studentenschaft* (14). Esta participación obligatoria fue aceptada sin discusión, hasta que en los últimos años las *Studentenschaften* se pronunciaron claramente sobre cuestiones políticas, y también sobre otras que salían con mucho del ámbito de la escuela.

La consecuencia de ello fueron numerosas protestas que se dirigieron contra la asociación obligatoria, así como contra la aportación económica obligatoria que suponía. En las Universidades de Basel y Zurich se suprimieron estas asociaciones obligatorias, debido en parte a las protestas. En otras escuelas superiores el tema está todavía pendiente.

El Tribunal Federal ha dejado hasta el momento sin respuesta la cuestión de si una asociación obligatoria es compatible con la libertad de asociación (BGE 104 448 E.5), aunque parece afirmarla. La decisión no ha podido obviarse hasta el momento porque en diversas demandas inadmitió *a limine* al demandante por falta de legitimación.

Por el contrario, ha reconocido que las asociaciones estudiantiles pueden organizarse como corporaciones jurídico-públicas (BGE 104 Ia 444 E.3). Sin embargo, se precisa para ello de una ley en sentido formal. Ha admitido, además, que también puede imponerse contribuciones obligatorias por las corporaciones, incluso cuando el ingreso no es obligatorio.

También esto se ha sometido a crítica. Sin embargo, debería estar permitido. Se justifica incluso cuando la asociación estudiantil está organizada como privada, y la entrada en ella es voluntaria, y, en todo caso, en la medida en que en las cuotas sirven para financiar las tareas públicas de la escuela superior, que el estudiante tiene que pagar como usuario de un centro de instrucción estatal (BGE 103 Ib 319 E.4e).

5.2.3 Los cantones garantizan generalmente la libertad de asociación, sin que por ello se desprenda de los textos constitucionales que pretendan garantizarla en mayor medida que la Federación. Sola-

(14) HANS HUBER: *Die Zwangsmitgliedschaft der immatrikulierten Studierenden der Universität Bern in der Gesamtstudentenschaft und das „politische Mandat“*, *Zeitschrift des bernischen Juristenvereins*, 109/1973, pp. 297 y ss., y HEINZ PFLEGHARD: *Die Rechtsprechung von Verwaltungsbehörden und Gerichten zur Zwangsmitgliedschaft und Zwangsbeitrag an den deutschschweizerischen Hochschulen*, ZSR 98 I/1978, páginas 139 y ss.

mente la Constitución del cantón de Argovia refuerza la libertad de asociación negativa, en el sentido de que nadie puede ser obligado a integrarse en una asociación de Derecho Privado (art. 18,2). La disposición tiene, evidentemente, la finalidad de reconocer también la libertad de asociación frente a terceros. Con ello no se toca la cuestión de la obligatoriedad de asociación respecto a las asociaciones de Derecho público.

5.3 *Libertad de reunión y manifestación*

5.3.1 La libertad de reunión es también un derecho fundamental no escrito, según la jurisprudencia del Tribunal Federal. Además se garantiza en numerosas Constituciones cantonales como derecho fundamental. Estas garantías no van más allá de lo que lo hacen las federales. Asimismo tampoco va más allá el artículo 10 de la EMRK. Corresponde también la libertad de reunión a los alumnos de las escuelas primarias, media y superiores. En la medida en que se la reclame fuera de los centros escolares y de los horarios de clase, esta libertad de reunión no se somete a limitaciones esenciales, si prescindimos de la aplicabilidad de las cláusulas de policía generales para reuniones (BGE 103 Ia 311).

5.3.2 El derecho sufre, sin embargo, limitaciones desde el momento en que se ejercita durante horas de clase o cuando se emplean los locales escolares para asambleas. Estas son de importancia, al menos en las escuelas superiores. Las reuniones de agitación política que allí tienen lugar no se encuentran bajo la protección de la libertad de reunión. Tampoco otras que suponen obstáculos para la enseñanza (BGE 98 Ia 366 E.4 y 5). El derecho al empleo de locales de las escuelas superiores no surge entonces de los «derechos de libertad», sino de la finalidad del establecimiento público.

5.3.3 Se vincula estrechamente a la libertad de reunión la libertad de manifestación.

Las manifestaciones comienzan o terminan a menudo con una asamblea. El Tribunal Federal, basándose en una detallada motivación, no la ha reconocido como derecho fundamental, en contra de otras autorizadas interpretaciones de la doctrina (BGE 100 Ia 399 E.4b y c), puesto que no es condición para el ejercicio de otros derechos fundamentales, en especial tampoco para el de los derechos políticos.

Sin embargo, reconoce el Tribunal Federal que las manifestaciones públicas son también, por regla general, actuaciones de la libertad de expresión y de reunión, y que no deben ser privadas del ámbito de protección de estos derechos fundamentales (*ibid.*, E.5); participan también de su carácter de libertades preferentes (*preferred freedoms*).

Es de suponer por ello que las manifestaciones de escolares y estudiantes (o las de profesores) estarán sometidas a las mismas limitaciones que su libertad de expresión. En la medida en que las manifestaciones se lleven a cabo fuera del área del establecimiento, solamente harán al caso limitaciones de poca importancia. De las Constituciones cantonales, sólo la del cantón Jura garantiza también el derecho de manifestación (art. 8, letra g)).

5.4 Libertad de expresión

5.4.1 A los números 3.5 y 5.1 de este informe se remite la apreciación de la medida en que puede apelarse a la libertad de expresión bajo la forma de la libertad de enseñanza y libertad de prensa.

La libertad de expresión puede, sin embargo, realizarse en otras formas, por ejemplo, la de la expresión oral aislada. De manera amplia se reconoce como derecho fundamental no escrito de la Federación, así como de la mayoría de las Constituciones cantonales que no despliegan eficacia más allá de lo que garantiza la Federación (14 a).

Los estudiantes y escolares pueden apelar asimismo a este derecho fundamental para criticar, por ejemplo, la dirección de la escuela y los centros docentes, pero también para hacer una crítica general del Estado y la sociedad. Prescindiendo de los límites generales que privan del derecho fundamental por consideración, por ejemplo, a la moral, los estudiantes y escolares deben asumir ciertas restricciones que surgen del carácter de la especial relación jurídica existente entre ellos y la escuela, siempre que se apoyen en un fundamento legal (BGE 101 Ia 150 E.2 y 3, 255 E.3 b y c). Interviene ante todo como límite el principio de proporcionalidad. Por lo demás, no se menoscaba el *status* de los estudiantes.

Puede de ello deducirse que estas limitaciones no precisan ir tan lejos en el caso de los estudiantes universitarios como en el de los alumnos de las escuelas medias y las Volksschule. Ahora bien, puesto

(14 a) JEAN FRANCOIS AUBERT: *La liberté d'opinion*, ZSR 92 I/1973, pp. 429 y ss.

que las escuelas superiores deben ser un lugar de estudio e investigación, ha de reinar una atmósfera de mutuo respeto entre estudiantes y profesores. La violación del respeto a los profesores por parte de los alumnos no puede ya cubrirse, en ninguna circunstancia, bajo la libertad de expresión (BGE 98 Ia 307 E.4).

5.4.3 El Tribunal Federal deja abierta la posibilidad de que la libertad de opinión comprenda la llamada libertad de formación de la opinión, en el sentido de un derecho que proteja a los ciudadanos de tener que ser informados obligatoriamente sobre determinadas opiniones (BGE 98 Ia 413).

5.5 *Libertad de lenguas*

551. Por libertad de lenguas se entiende el derecho a expresarse en la lengua que se prefiera (15), especialmente en la propia lengua materna. Se trata, según la jurisprudencia del Tribunal Federal, de un derecho fundamental (BGE 91 I 485). La libertad de lenguas tiene en Suiza especial relevancia, pues en su territorio habitan cuatro grupos étnicos con lenguas diversas (véase arriba núm. 18).

Es claro que este derecho fundamental posee especial significación en el ámbito de la instrucción, sobre todo para la enseñanza escolar. Sin la libertad de lengua materna es impensable una verdadera libertad de espíritu (BB1 1937 II 13). Puesto que una parte considerable del aprendizaje de la lengua es asumido por la escuela, adquiere gran importancia para la configuración del derecho fundamental la cuestión de la lengua en la enseñanza.

El artículo 116 BV tiene en cuenta las diferencias lingüísticas, declarando así lenguas nacionales en su párrafo 1: el alemán, el francés, el italiano y el retorromano. En virtud del párrafo 2 son lenguas oficiales el alemán, francés e italiano. La pluralidad lingüística se ve aún incrementada por el hecho de que, sobre todo en la Suiza alemana e italiana, no se utiliza el lenguaje culto, sino el dialecto, tanto en el trato cotidiano como en las relaciones oficiales habladas.

(15) ARTHUR HAEFLIGER: «Die Sprachenfreiheit in der Bundesgerichtlichen Rechtsprechung», en *Mélanges Henri Zwaalen*, Lausanne, 1977, p. 77; CHRISTINE MARTI-ROLLI: *La liberté de la langue en droit suisse*, Diss, Zürich, 1978, y RUDOLF VILETTA: *Abhandlung zum Sprachenrecht mit besonderer Berücksichtigung des Rechts der Gemeinden des Kantons Graubünden*, tomo I, Grundlagen des Sprachenrechts, Diss. Zürich, 1978.

5.5.2 Según la jurisprudencia del Tribunal Federal, el artículo 16 BV garantiza la tradicional estructura lingüística del país. Los cantones deben, por tanto, adoptar medidas para preservarla; estas medidas precisan en cualquier caso base legal, y deben ser proporcionadas (BGE 91 I 486 E.2). No deben tampoco dirigirse conscientemente a ampliar las tradicionales fronteras e islotes lingüísticos (BGE 100 Ia 486 E.2b). Tiene validez, por consiguiente, el denominado principio de territorialidad. Debe calificarse éste de garantía institucional; parece discutible que de ahí emane un derecho individual.

5.5.3 De estas reglas fundamentales se derivan las limitaciones del derecho fundamental en el ámbito de la educación. El cantón puede prescribir la lengua en la enseñanza (BGE 100 Ia 465), también para facilitar una mejor asimilación. De esta forma el Tribunal Federal ha protegido una prohibición de enseñanza ilimitada en lengua francesa en una escuela privada de Zurich (BGE 91 I 486). El cantón puede prescribir en los territorios con una lengua predominante la enseñanza en esa lengua. Por otra parte, allí donde exista una importante minoría lingüística la tomará en consideración, procurándola su propia escuela (queda abierta la cuestión de si existe una obligación a ello en BGE 100 Ia 466 2B; ver también VBB 40/1976, núm. 37). En cualquier caso hay que considerar aquí, según el Tribunal Federal, las posibilidades prácticas. En un municipio pequeño en que la mayor parte de la población hable alemán, no puede hacerse que el municipio organice para una pequeña minoría romano-parlante una clase propia en la que se imparta enseñanza en lenguas románicas (*ibid.*).

Eventualmente se plantearía la cuestión del pago de gastos para que los niños pudieran asistir a la escuela de otro municipio en que se enseñara en su lengua materna.

En cualquier caso, el Tribunal Federal deja abierta la cuestión de si podría exigirse sobre la base de un derecho fundamental una prestación municipal positiva de tal índole (BGE 100 Ia 469 E.4); el Bundesrat ha reconocido en VPB 40/1976, número 37, que se refiere al mismo caso, que en el caso concreto del artículo 27,3 BV no se exige semejante prestación.

5.5.4 Para evitar ciertos inconvenientes que resultarían de la aplicación del principio de territorialidad por los cantones, la Federación

subvenciona una escuela privada en la ciudad de Berna, en la que reciben enseñanza los hijos de los funcionarios francófonos de la Administración Federal. Se pretende integrar esta escuela en el sistema escolar del cantón de Berna, con la ayuda financiera de la Federación (BB1 1981 I 1).

5.5.5 La jurisprudencia de las autoridades federales sobre la libertad de lenguas no ha dejado de ser objetada. Se plantea también la cuestión de si es compatible con la EMRK. Según la interpretación que la Corte europea de Derechos Humanos da al artículo 8 EMRK y al artículo 2 del protocolo adicional en el denominado conflicto belga de lenguas, por sentencia de 25 de junio de 1968, debería ser ese el caso (*vid.* la decisión del Consejo de la región de Zurich, 2B 1 77/1978, páginas 505 y ss.). Sin embargo, esta interpretación ha sido también puesta en duda por la doctrina.

5.5.6 Entre los cantones, el de Berna, Friburgo y Wallis presentan desde siempre una población bilingüe (alemán y francés), y el de los Grisones, trilingüe (alemán, italiano y retorromano). Se han referido al hecho en sus Constituciones, pero sin que se hayan concedido al respecto garantías individuales de derechos fundamentales. El cantón de Berna es el que más lejos llega (tras su segregación del cantón Jura). El artículo 2 KV prevé que hay que tomar en consideración las necesidades específicas del Jura bernés (francés), y, por lo que hace a la lengua y cultura de la población francófona del distrito bilingüe de Biels y de Laufental (alemán). También concede ciertos derechos de participación, concretamente los derechos de audiencia y petición. Puede verse en ello una garantía institucional, junto a la cual se posibilita también la existencia de derechos individuales.

5.6 *Libertad personal*

El Tribunal Federal reconoce la libertad personal desde BGE 89 I 97 E.3 como un derecho fundamental no escrito, después de que la mayoría de las Constituciones cantonales hayan reconocido un derecho de tal índole. Es un derecho complementario que interviene cuando el individuo ya no puede apelar a otros derechos fundamentales.

Según la interpretación actual (16), el derecho individual protege todas las manifestaciones humanas de la personalidad que no se garantizan a través de otros derechos de libertad de la Constitución Federal, especialmente la libertad de movimientos (BGE 106 Ia 34 E.2). No protege, sin embargo, cualquier posibilidad de elección o actividad imaginable, tampoco protege contra cualquier acto del Estado que repercuta sobre la forma de vida personal (BGE 103 Ia 325 E.3a). El concepto de libertad personal tiene su ámbito de aplicación principal en relación con los derechos del detenido y del preso. Tiene, sin embargo, una importancia nada desdeñable en el ámbito de la escuela. La asistencia a la escuela ocasiona numerosas limitaciones a la posibilidad de movimiento y desarrollo (en beneficio de otras posibilidades de desarrollo). A este respecto, el artículo 27,3 prevé una limitación de amplio alcance, cuando obliga a los cantones a establecer una enseñanza primaria obligatoria suficiente. En virtud de su competencia escolar los cantones pueden establecer en la Constitución, o mediante la legislación escolar, una enseñanza obligatoria después de la terminación de la escuela primaria (escuelas de perfeccionamiento, de ecología, etc.).

Pero aparte de ello la relación escolar supone para los alumnos de las escuelas superiores y medias importantes limitaciones de la libertad personal. Se han mencionado ya en la medida en que concierne a la libertad de cátedra y a la de estudio (*vid.* núms. 35 y 37). Pero más allá de ello, la relación escolar y de estudio conlleva numerosas limitaciones de la libertad de movimiento, que varían más o menos en su naturaleza, y que no pueden ofrecerse aquí en detalle.

5.7 La dignidad humana

5.7.1 La dignidad humana no se menciona en la BV (17). El Tribunal Federal no se ha manifestado por ahora en el sentido de que esté

(16) HANS HUBER: *Die persönliche Freiheit. Eine kritik der neue Auffassung des Bundesgericht. Schweizerische Juristenzeitung*, 69/1973, pp. 113 y ss.; ANDRE GRISEL (nota 2), pp. 549 y ss.; GUSTAV KARL HUGBEELI: *Persönliche Freiheit und besonderes Gewaltverhältnis*, Diss., Zürich, 1976, y HANS DRESSLER: *Der Schutz der persönlichen Freiheit in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts*, ZB1 81/1980, páginas 377 y ss.

(17) PETER SALADIN: «Grundrechtsreform in rechtsvergleichender Sicht», en *Auf dem Weg zur Menschenwürde und Gerechtigkeit*. Escrito homenaje a Hans R. Klecatsky, tomo 2, Viena, 1980, pp. 849 y ss., y PHILIPPE ANDREA MASTRONARDI: *Der Verfassungsgrundsatz der Menschenwürde in der Schweiz. Ein Beitrag zu Praxis und Theorie der Grundrechte*, Diss. Bern/Berlin, 1978.

garantizada como derecho fundamental no escrito, aunque reconoce la dignidad humana como valor que debe ser respetado por el Estado (BGE 97 I 45,49, 100 Ia 189, 102 Ia 283).

El artículo 65,2 BV prohíbe los castigos corporales. Aunque este precepto se refiere al Derecho Penal y no a los castigos en casa o en la escuela (*vid.* también art. 2 EMRK).

Bajo el punto de vista de la protección de la dignidad humana, cabría, sin embargo, preguntarse si no se prohíben también los correctivos corporales en la escuela. Según la opinión más extendida, con los castigos corporales se produce una degradación de la persona humana. Su admisibilidad, sin embargo, ha sido afirmada por autores importantes y reglamentos escolares actuales.

La jurisprudencia no ha decidido por el momento en este sentido. Por el contrario, la Comisión de Derechos Humanos mantiene la opinión de que el Estado tiene que poner a disposición, en el marco de la instrucción pública, escuelas adecuadas para los niños cuyos padres no desean que se les impongan castigos corporales. Esta interpretación se apoya en el artículo 2 del protocolo adicional.

5.7.2 Entre las Constituciones cantonales, el artículo 10 de la Constitución del cantón de Obwalden declara inviolables la personalidad, dignidad y libertad del ser humano, del mismo modo que el artículo 1,1 de la Constitución de Nidwalden, el artículo 7,1 de la Constitución del cantón Jura declara: *La dignité humaine est intangible.* en virtud del artículo 9 de la Constitución de Argovia, el pueblo y las autoridades deben respetar y proteger la libertad del hombre.

No se conoce todavía ninguna práctica sobre la aplicación de estos principios en el Derecho cantonal.

5.8 *El principio de igualdad* (art. 4 BV)

5.8.1 El artículo 4 BV es un derecho de defensa amplio, cuyo alcance se ha extendido más allá de su literalidad por la práctica del Tribunal Federal.

Contiene esencialmente tres componentes:

a) La prohibición de un trato desigual ante la Ley (en sentido estricto).

b) La prohibición de arbitrariedad del Estado (subjetiva, pero también la puramente objetiva).

c) La prohibición de la denegación de justicia.

La desigualdad de trato ante la Ley y la prohibición de denegación de justicia se designan también, por ejemplo, como denegación de justicia en sentido formal, y la arbitrariedad del Estado como denegación de justicia material. Las terminologías son variables.

Con el referéndum de 14 de junio de 1981 el artículo 4 BV fue completado con un segundo párrafo que estatúa la equiparación del hombre y la mujer en todos los ámbitos.

5.8.2 Cabe destacar que el artículo 4 BV se dirige tanto a las autoridades legislativas como a las que han de aplicar la Ley, en este sentido es totalizador. Así, el Tribunal Federal ha considerado inadmisibles que los preceptos cantonales sobre personal docente masculino y femenino establezcan retribuciones diferentes para trabajos iguales (BGE 103 Ia 518 y ss.; 105 Ia 121 y ss.).

Ciertamente, el Tribunal Federal atribuye por lo general al legislador un mayor ámbito de actuación para su libertad de conformación. Sin embargo, el Tribunal Federal no puede —como ya se ha señalado— examinar las leyes federales respecto de su constitucionalidad.

Tampoco se viola la igualdad ante la ley cuando la misma situación se contempla de manera diversa por las autoridades de distintos cantones (BGE 99 Ia, 244, 381; 104 Ia 158).

5.8.3 El artículo 4 BV encierra en cierta medida un amplio campo de aplicación, puesto que posibilita fundamentalmente un recurso de Derecho público ante el Tribunal Federal contra la violación de la norma, sobre todo como recurso por causa de arbitrariedad; en estos casos tiene un carácter naturalmente limitado la cognición del examen de la ilegalidad de una injerencia. Por otra parte, esta cognición permite al Tribunal Federal un cierto control sobre la legislación cantonal, tanto en la forma de un control de normas abstracto como concreto y una influencia sobre ellas que algunos federalistas critican.

5.8.4 El mandato de igualdad de trato ante la ley: sobre la base de este mandato ha de tratarse igualmente lo que es igual, y desigualmente lo que es desigual. Esto repercute en el ámbito de la instrucción

en la medida en que en iguales circunstancias debe garantizarse a todos los ciudadanos un acceso igualitario a los centros de instrucción. De todas formas, este derecho no alcanza hasta tal punto que excluya un *numerus clausus* en las escuelas superiores o medias cuando existen motivos apremiantes para ello, como, por ejemplo, una escasa capacidad de admisión. En el caso examinado en BGE 103 Ia 373 y ss., el demandante sostenía, entre otras cosas, que el principio de igualdad exigía que debiera ser la aptitud el único criterio de admisión en las escuelas superiores. El Tribunal Federal lo consideró infundado, e incluso para el propio caso en que se supusiera que los aspirantes detentaran un derecho a la admisión en las escuelas superiores.

Desde el punto de vista de la capacidad de admisión limitada deberían tenerse en cuenta otros criterios, a cuyo efecto el principio de igualdad habría de salvaguardarse en lo posible (103 Ia 399 E 2b; 104 Ia 308; *vid.* también BGE 100 Ia 51 *numerus clausus* en las actividades económicas que deben mantenerse a partir de la media noche).

Con respecto a ello se permite a los ciudadanos suizos con residencia en un determinado cantón ostentar una situación preferente frente a los que, procedentes de otros cantones, aspiran a una plaza de estudio.

Apelando al mandato de igualdad, un escolar o estudiante puede también denunciar que el examinador se ha apartado de manera desigual del principio que ha seguido en otros casos en la apreciación de la calificación de su examen (BGE 106 Ia 3). Si la autoridad recurrida no examina por propia iniciativa la reclamación, comete ella misma una denegación formal de justicia (*ibid.*).

El artículo 4 no concede —prescindiendo del derecho a una dirección procesal gratuita en casos de declaración de pobreza— ningún derecho a prestaciones estatales, por ejemplo, a que el Estado facilite posibilidades de escolarización suficientes.

El mandato de igualdad encierra una limitación en la medida en que el Tribunal Federal, en consideración a la estructura federal de Suiza, sólo puede efectuar la apelación a la igualdad ante la ley dentro del marco de cada cantón. No se exige la igualdad de trato por parte del legislador en los diversos cantones (BGE 104 Ib 394 E.6c).

5.8.5 La denegación formal de justicia: la prohibición de denegación formal de justicia debe ofrecer en primer lugar garantías para el mantenimiento de una administración y de unos procedimientos procesales jurídico-públicos ordenados. Así, el alumno que deba ser

expulsado disciplinariamente tiene derecho a ser oído por las autoridades cantonales (BGE 98 Ia 131, 87 I 338).

Por lo demás se ha ido desarrollando en diversas ocasiones la protección jurídica contra tales medidas en el ámbito cantonal (18).

5.8.6 La prohibición del trato arbitrario. Puede hacerse valer así en el expediente disciplinario aplicado a escolares o estudiantes, sobre todo, por ejemplo, en el cierre de escuelas. Existe arbitrariedad, según la jurisprudencia del Tribunal Federal, cuando se interpretan y aplican las disposiciones cantonales de forma inadmisiblemente, de tal manera que la decisión no puede defenderse sobre la base de ningún motivo real (BGE 105 Ia 191), o cuando viola principios jurídicos claros e indiscutibles (BGE 106 Ia 9).

La prohibición de arbitrariedad otorga también al profesor una cierta protección contra medidas disciplinarias, como el despido y la no renovación del contrato (los profesores, como la mayoría de los demás funcionarios en Suiza, son contratados a término).

Los despidos o no renovación de contratos pueden tener fundamento, por ejemplo, en el caso de negativa al cumplimiento del servicio militar, en el de actividades extremistas o por pertenencia a partidos y sociedades extremistas, y sobre todo por falta de lealtad al Estado (19) (*vid.* más arriba núms. 352 y 353, sobre su relación con la libertad de enseñanza).

En una decisión detalladamente motivada de 30 de noviembre de 1979 (ZB1 81/1980, 3 96 y ss.), el Tribunal Federal ha declarado que no es admisible la inhabilitación del ejercicio docente por cualquier tipo de duda sobre la fidelidad de un profesor, sino solamente cuando desarrolla una actividad que se dirija contra el Estado mismo, o tenga como meta socavar por cualquier medio contrario a Derecho los principios democráticos.

El merecimiento de confianza no decae cuando el profesor se niega al servicio militar por motivos éticos y como consecuencia de graves escrúpulos de conciencia.

Para el personal docente al servicio de la Federación, la protección jurídica está mejor configurada en la medida en que pueden interpo-

(18) Exposición detallada de la protección jurídica en Plotke (nota 1), páginas 475 y ss.

(19) LUDWIG HENNEMANN: «Mangelnde Staattreue und ihre rechtlichen Folgen im öffentlichen Dienst der Schweiz», en *Verfassungstreue im öffentlichen Dienst europäischen Staaten*, tomo 379 de la *Schriften zum öffentlichen Dienst*, Berlín, 1980, pp. 351 y ss.

nerse recursos por despido o no renovación ante los Tribunales administrativos. Sin embargo, el Tribunal Federal reconoce en estos casos a la Administración escolar un cierto margen de apreciación y medida.

Además, la prohibición de arbitrariedad desempeña un papel tanto más importante y creciente en la práctica cuanto más relevante se vuelve la aspiración a obtener derechos para el futuro del individuo, es decir, cuando hay que valorar la promoción o no de un alumno o la denegación de diplomas, etc., el rendimiento en la escuela o en los exámenes.

También puede interponerse un recurso de Derecho Público ante el Tribunal Federal contra la apreciación del rendimiento en la escuela o en los exámenes en caso de que sea aplicable el Derecho cantonal. El Tribunal Federal muestra una gran reserva en el uso de la valoración de las calificaciones en los exámenes, mucho más notoria que en la mayoría del resto de los recursos por arbitrariedad (BGE 105 Ia 191). Autoriza también a las autoridades cantonales competentes en la valoración de las calificaciones de exámenes a limitarse en la práctica a un examen de arbitrariedad, a no ser que las disposiciones pertinentes dispongan otra cosa (20).

En tales casos el Tribunal Federal examina en primer lugar si ello se ha llevado a cabo adecuadamente, según las prescripciones legales o directamente por el procedimiento de examen garantizado por el artículo 4 BV, y si las instancias cantonales recurridas han cumplido de forma satisfactoria con su obligación de control. Respecto a la valoración de las calificaciones de exámenes, únicamente se examina si las autoridades que han tomado semejante decisión se han dejado llevar por consideraciones ajenas al tema, de tal manera que el resultado del examen no parezca ya jurídicamente defendible (BGE 106 Ia 4, 105 Ia 190 E.2a, con extensa motivación; *vid.* también BGE 99 Ia 591, examen para abogacía).

Respecto a los resultados de los exámenes en las escuelas de la Federación, o cuando hay que aplicar el Derecho administrativo federal, hay que señalar que las disposiciones sobre los resultados de exámenes profesionales, artesanales u otros tipos de pruebas de capacidad no pueden ser recurridas a través de recursos administrativos ante el Tribunal Federal, artículo 99, letra *f*) (OG, BGE 99 Ia 592 E.1). Tampoco se admite el recurso ante el Bundesrat (art. 68, letra *d*), de

(20) Casuística sobre las decisiones de exámenes de las autoridades cantonales en HERBERT PLOTKE: *Probleme des Schulrechts, Prüfungen und Proportionen*, Bern/Frankfurt A. M., 1974.

la Ley de Formación Profesional, en la medida en que ésta sea aplicable, y VPB 39/1975, núm. 851.

6. INFLUENCIA DEL DERECHO A LA INSTRUCCIÓN Y DE OTROS DERECHOS
FUNDAMENTALES EN LA CONFIGURACIÓN DE LA RELACIÓN JURÍDICA
ESPECIAL

6.1. La «relación jurídica especial» (relación fundamental o relación de oficialidad) ha sido acogida por la jurisprudencia del Tribunal Federal primeramente para el ámbito de la instrucción (BGE 98 Ia 362). Ya en el BGE 971 31 E.4a, el Tribunal Federal partía de una relación de poder especial. La relación jurídica especial es heredera de la «relación de sujeción especial» (véase BGE 99 Ia 268 E.2, donde se indica que la denominación se trata de una cuestión terminológica).

La reciente configuración de la relación jurídica especial se da, sin embargo, sobre todo en el ámbito del Derecho de los detenidos y presos.

6.2. Puesto que en el Derecho suizo el derecho a la instrucción tiene escaso alcance, y ello sólo en la escuela primaria, no puede hablarse de la influencia de este derecho en la configuración de los centros de instrucción. Por el contrario, la aspiración de reforzar las garantías de los individuos a través de los derechos fundamentales ha llevado al perfeccionamiento de la estructura jurídica de las relaciones entre alumnos y estudiantes, de una parte, y directores de escuela y profesores, de otra, especialmente en el ámbito de la escuela superior, y a la limitación del poder discrecional de las autoridades escolares. No es, sin embargo, del todo seguro que el Tribunal Federal exija en principio una base jurídica (en sentido amplio) para aquellas limitaciones que emanan de la especial relación jurídica, o que la exija simplemente para la justificación de la relación (*vid.*, por ejemplo, BGE 101 Ia 150 E.3 y 99 Ia 268 E.4).

7. LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES
EN EL ÁMBITO DE LA EDUCACIÓN

La práctica jurídica suiza es limitada en cuanto al reconocimiento de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales. En la jurisprudencia del Tribunal Federal sobre derechos fundamentales

apenas existen indicios de ello. En BGE 101 II 172 se dice que la perturbación por parte de terceros de los establecimientos de enseñanza es contraria a Derecho. También se señala una vez más en el artículo 8 de la Constitución del cantón de Argovia con su extensión a terceros de la libertad de asociación en sentido negativo. En virtud de las circunstancias dadas en Suiza tampoco puede suponerse que exista para las escuelas privadas una obligación de admisión. Una eficacia frente a terceros de tal índole sólo podría tener lugar si una escuela privada detentara una situación de monopolio, lo que no es el caso en Suiza.

8. ÚLTIMOS PROGRESOS

8.1 La instrucción está sometida en los últimos años a un proceso importante de evolución y cambio. Esto parece continuar.

La ordenación jurídica de los nuevos cometidos y aspiraciones se efectúa en gran medida a nivel de leyes y no a nivel constitucional. En los cantones existe, por lo general, el derecho a la iniciativa legislativa, de tal modo que no hay que desviarse, como en la Federación, hacia la iniciativa constitucional. Así, recientemente, una iniciativa popular del cantón de Berna requería la devolución de las matrículas escolares y el coste de material de enseñanza a los alumnos que hubieran asistido a escuelas privadas.

8.2 A nivel federal está pendiente por el momento una iniciativa popular que exige de la Federación el establecimiento uniforme de la edad de ingreso en la escuela. La iniciativa no pretende estipular un derecho individual, sino un mandato legislativo.

8.2.1 A través de una subsiguiente iniciativa popular se exige un «derecho a una formación o readaptación profesional» (como el artículo 34, 8.º, BV) que comience con la frase: «La Federación establece un derecho a una formación profesional plenamente satisfactoria». etc. La legislación de desarrollo debería promulgarse en el período de tres años después de la aprobación de la disposición constitucional (BB1 1981, I 284).

Como se ha mencionado, el Bundesrat prevé la presentación de un nuevo «artículo de la educación» en el período legislativo 1979-83.

8.3 Finalmente están en marcha desde hace muchos tiempos los preparativos para una revisión total de la Constitución Federal. Un borrador presentado por los expertos en 1977, que entre tanto ha sido sometido a un procedimiento consultivo en los cantones y en numerosas asociaciones, no prevé la garantía de un derecho a la educación como derecho social. Por el contrario, el artículo 14 garantiza la libertad de ciencia y de arte como Derecho Fundamental. En un capítulo especial sobre «Derecho social, orden social, política de propiedad y política económica», se dice en el artículo 26,1:

«El Estado adoptará medidas:

- a) Para que todos puedan instruirse y perfeccionarse de acuerdo con sus capacidades e inclinaciones.
- b) ...»

En el capítulo «política cultural», en una variante del artículo 36 bis, se exige:

«Política educativa:

El Estado, a través de su política educativa, deberá, ante todo:

- a) Garantizar a todos la formación que corresponda con sus inclinaciones y facultades.
- b) Fomentar la capacidad y preparación de todos para la responsabilidad y la solidaridad.
- c) Ayudar al desarrollo de las potencias creadoras de cada uno.
- d) Facilitar el paso entre los diversos sistemas y niveles de instrucción.»

