

# DERECHO A LA EDUCACION Y DERECHO EDUCATIVO PATERNO

(Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo  
de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1982)

ANTONIO EMBID IRUJO

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL SUPUESTO DE HECHO CONTROVERTIDO.—III. EL DERECHO DOMÉSTICO APLICABLE Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CUESTIONADOS.—IV. LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL: A) El derecho a no sufrir tortura ni pena o trato inhumano o degradante. B) El derecho educativo paterno. C) El derecho a la educación.—V. TRASCENDENCIA DE LA SENTENCIA Y DISCUSIÓN DE SUS CONTENIDOS, EN ESPECIAL LA EXTENSIÓN DE LA EXPRESIÓN CONVICCIONES FILOSÓFICAS DE LOS PADRES: A) El sistema disciplinario y su conexión con los derechos implicados. B) La expresión «convicciones filosóficas de los padres» y su interpretación.

## I. INTRODUCCIÓN

La reciente sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1982, en el caso *Campbell and Cosans* contra Gran Bretaña, es una ocasión excelente para volver sobre un tema que me ocupa en los últimos años y al que ya le he dedicado otros trabajos (1). Se trata de la disquisición acerca del contenido, sujetos y límites de los derechos y libertades que se mueven en torno al hecho de la enseñanza, de la trasmisión de conocimientos a las nuevas generaciones. La sentencia que me ocupa ahora trata, en concreto, del derecho a la educación y el derecho educativo de los padres al margen del razonamiento, más escaso pero no por ello menos importante, del derecho a no sufrir tortura, pena o trato inhumano o degradante. No son, por ello, todos los derechos relacionados con la enseñanza los que se ponen

---

(1) Cfr. «El contenido del derecho a la educación», *REDA* 31, 1981, pp. 653-683, y mi libro de reciente publicación, *Las libertades en la enseñanza*, Madrid, 1983.

a discusión. Falta, porque no hay lugar a ello, la libertad de creación de centros o la libertad de enseñanza del profesor (2), quizá y hasta ahora los dos problemas que con más intensidad se han planteado en nuestro país (3), pero ello no es óbice para rebajar ni un ápice la importancia objetiva del pronunciamiento judicial. Muchas veces la hondura y dificultad de los problemas jurídicos no va en consonancia con la trascendencia social, pública, que pueden alcanzar en un momento determinado (4). El derecho a la educación de todos (5) y el derecho educativo de los padres, algo más olvidados —sobre todo el primero— en los argumentos manejados en el debate sobre la enseñanza, plantean unas considerables dificultades al intérprete a la hora de su diseño y separación. Alcanzar una seguridad mínima a la hora de estudiar un derecho de proclamación tan general como el de la educación (6) parece una tarea difícil, sobre todo cuando está

(2) Sobre el concepto de libertad de enseñanza —comúnmente utilizado para designar sólo la libertad de creación de centros, utilización de la que discrepo—, me remito al capítulo V de mi libro *Las libertades*.

(3) Baste como prueba el recuerdo de la accidentada elaboración de la Constitución en este punto, causa, casi, de la ruptura completa del consenso. La sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981, en recurso contra ciertos artículos de la Ley Orgánica del Estatuto de Centros Escolares de 19 de junio de 1980, algunos de los cuales resultaron viciados de inconstitucionalidad, es muestra del enfrentamiento al más alto nivel judicial posible de las diversas alternativas.

(4) También puede suceder lo contrario: que problemas jurídicos trascendentales no hallen, por las causas que sea, el reflejo en los medios de comunicación que, a la postre, hacen la historia. Otras veces puede resultar la polémica ahistórica, en el sentido de traslación de problemas pasados sin base social actual real. Ese era el reproche, acertado o no, que Cassese dirigió a la constituyente italiana, atenta a la polémica escuela pública-escuela privada, con ideología típica del «Risorgimento», pero no al papel que, por ejemplo, podía realizar la escuela en la realización del principio de igualdad. Cfr. S. CASSESE: *La scuola: ideali costituenti e norme costituzionali*, Giurisprudenza Costituzionale, 1974, pp. 3846 y ss. Los hechos prueban que, en nuestro país, la polémica escuela pública-escuela privada no es, desde luego, ahistórica.

(5) «Todos tienen el derecho a la educación», es el dictado de la primera frase del artículo 27-1 de la Constitución. Los titulares no son, pues, solamente los españoles (cfr. arts. 19 ó 29) o, por supuesto, sólo los ciudadanos (cfr. art. 24), sino cualquier persona que habite el territorio nacional.

(6) Adviértase lo amplio de la expresión del artículo 27-1 de la Constitución y la falta de límites explícitos. Se trata, además, de un derecho no proclamado en todas las Constituciones. Es un buen ejemplo de falta de referencias al mismo la Constitución alemana, aun cuando la doctrina trata —con lógicas diferencias entre los autores— de rellenar el vacío. Véase últimamente a HANS JOACHIM FALLER: «Bestand und Bedeutung der Grundrechte im Bildungsbereich in der Bundesrepublik Deutschland», en *Europäische Grundrechte*, diciembre 1981, pp. 620 y ss. Entre las primeras referencias, la de HANS PETERS: «Elternrecht. Erziehung, Bildung und Schule», en *Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*, IV-1, ed. Duncker und Humblot, Berlín, 1960, pp. 389 y ss. Más referencias doctrinales en la nota 16 de mi trabajo *El contenido...*

planeando sobre él el fantasma, quizá angélico, de la financiación pública. De la misma forma, la incardinación dentro de la categoría de los «derechos sociales» (7) contribuye a enrarecer el proceso discursivo. Idénticas dificultades encuentra el estudio del derecho educativo paterno, huérfano de una expresa mención constitucional que debe ir construyéndose generalizando los principios que proporciona la legislación ordinaria.

En un trabajo de reciente publicación estudiaba, en concreto, el contenido de estos dos derechos llegando a conclusiones del siguiente tenor: el derecho a la educación se compondría del derecho a cursar la enseñanza que en cada momento se considerara básica por la legislación ordinaria; igualmente formaría parte el derecho a un control objetivo y racional del saber que posibilitara el acceso a cualquier titulación del sistema educativo en función de la capacidad del escolar, el de acceso a los centros de enseñanza sin más limitaciones que las establecidas por razones de interés público mediante el instrumento normativo adecuado, derecho también a una educación impartida sin discriminación, a un tratamiento disciplinario exento de arbitrariedades y a la existencia de garantías procedimentales en la imposición de sanciones; derecho, por fin, a la participación responsable en los órganos de gobierno de la escuela en relación a la edad del alumno (8). Como ejemplos del derecho educativo paterno citaba el de elección de centro, el de participación en el gobierno de los financiados con fondos públicos y el de determinar la formación religiosa y moral de sus hijos, el primero de ellos sin apoyo expreso constitucional (9). La financiación pública de la educación —o, en otro plano, de la libertad de creación de centros— quedaba negada en el trabajo como pretensión directamente deducible de los preceptos relativos al hecho

(7) Categoría y denominación discutida y discutible. Categoría que no es aquí estudiada detenidamente, pero la referencia de HÄBERLE es muy ilustrativa sobre su naturaleza última: «los llamados derechos fundamentales sociales son sólo una respuesta provisional a una realidad con deficiencias sociales; buscan solucionar la "cuestión social". De hecho la diferencia entre los clásicos y los llamados derechos fundamentales sociales no es más que gradual». Cfr. «Grundrechte im Leistungsstaat», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 30, ed. De Gruyter, Berlín, 1972, p. 90.

(8) El estudio detenido de estas rúbricas en las pp. 658-670 de mi trabajo *El contenido...*

(9) La elección del centro docente se recoge en norma de rango ordinario, como el artículo 5, LOECE, y en normas del ordenamiento internacional aplicables en España. Los otros contenidos en el artículo 27 de la Constitución, párrafos 3.º y 7.º De forma genérica construí el derecho educativo paterno con apoyo en el artículo 39-3 de la Constitución y en la patria potestad. Cfr. p. 674 de *El contenido...*

educativo contenidos en la Constitución. Era posible, sin embargo, que por aplicación del principio de igualdad y de la cláusula del Estado social pudiera llegar a afirmarse la vinculación de la ayuda pública y, por tanto, en caso de incumplimiento flagrante de esta obligación a plantearse los recursos judiciales correspondientes, incluso ante el Tribunal Constitucional (10). Para determinar la inclusión en uno u otro derecho de contenidos problemáticos acudía al criterio del interés: el derecho a elección de centro, por ejemplo, es parte del derecho educativo paterno porque se construye en interés de éstos, no es un reflejo del derecho a la educación que sería ejercitado por los padres en virtud de una representación implícita. El derecho a recibir educación en la propia lengua, por el contrario, sería parte del derecho a la educación porque la lengua es una cualidad personal del alumno, que caso de recibir enseñanza en lengua distinta no podría aprehenderla, no existiría el mero hecho educativo. El interés, en este caso, se situaría en la órbita del escolar aunque el derecho pudiera ejercitarse judicialmente por los padres, sus representantes legales.

El recordatorio previo me parece útil en el pórtico del comentario a una sentencia que reconoce sin reservas la duplicidad de derechos —de educación y de los padres—, que delimita contenidos propios de uno y otro y que, también, entra en contradicción aparente con alguno de los puntos reflejados en mi esquema. Una sentencia que es, sin duda, importante. Lo es por la categoría del órgano que la pronuncia. Lo es por su incidencia directa en nuestro derecho y práctica aplicativa, pues no se olvide la existencia de los artículos 10.2 y 96 de nuestra Constitución (11). Lo es también porque implícitamente desau-

---

(10) Permítaseme, en esta larga serie de autocitas, la reproducción del párrafo final de *El contenido...*, donde se explicita lo recogido en el texto: «Pero, como se afirmó el principio de igualdad y la lucha para hacer las libertades reales obligarán al Estado—aquí sí con una directa vinculación constitucional— a configurar un sistema de ayudas que deberá dirigirse a los niños pertenecientes a las familias de modesta condición económica. Quedaría implícito en nuestra Constitución un principio semejante al que contiene el artículo 34 de la Constitución italiana, que supone una obligación permanente del legislador de actuar por cuantos medios considere oportunos—política fiscal, política financiera— para alcanzar la igualdad formal de oportunidades que en el terreno educativo. Lo afirmado no se resolvería en principio en una pretensión individual de ayuda económica basada en la Constitución, sino en una directiva al legislador que éste debería concretar. No hay, sin embargo, inconvenientes en afirmar que los incumplimientos flagrantes de esta directiva serían violaciones constitucionales y, por tanto, teóricamente sometibles al juicio del Tribunal Constitucional» (p. 681).

(11) La interpretación de los derechos fundamentales conforme a las normas internacionales válidamente ratificadas por España lleva lógicamente, también, la consideración de la interpretación de esos mismos derechos fundamentales con base en un texto internacional por la instancia judicial apropiada cuando exista.

toriza una parte del sistema escolar inglés, el régimen disciplinario, que parecía consustancial a la educación en aquel país, tan amante de tradiciones centenarias. Es importante, por fin, por formar parte de una serie de pronunciamientos del Tribunal incidentes también sobre el hecho educativo (12) que permiten, en conjunto, dibujar un esquema cada vez más cerrado sobre la doctrina del Tribunal acerca de la enseñanza (13).

## II. EL SUPUESTO DE HECHO CONTROVERTIDO

Dos madres inglesas —Mrs. Grace Campbell y Mrs. Jane Cosans— acudieron en 1976 ante la Comisión Europea de Derechos Humanos (14) aduciendo la violación que de algunos derechos fundamentales contenidos en la Convención llevaba a cabo el Gobierno de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al mantener un sistema disciplinario en las escuelas basado en el castigo corporal. La Comisión, ante el supuesto de hecho común, decidió reunir las demandas en un solo procedimiento aun cuando había algunos puntos singularizables. En concreto, Mrs. Campbell no reprochaba un particular castigo llevado a cabo sobre su hijo. Simplemente había pedido a la autoridad regional competente una garantía de que su hijo no sería sometido en ninguna ocasión a medidas disciplinarias de este tipo, garantía que le había

---

En el caso de la Convención europea de 1950, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sobre el particular cfr. E. LINDE, *Eficacia de la Convención en el Derecho español*; en la obra dirigida por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, ed. Cívitas, Madrid, 1979, pp. 152 y ss., especialmente.

(12) El Tribunal se ha pronunciado anteriormente sobre la cuestión en dos ocasiones: Sentencia de 23 de julio de 1968 (régimen lingüístico en Bélgica) y 7 de diciembre de 1976 (educación sexual en Dinamarca). Ambas sentencias pueden consultarse en E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *El sistema...*, pp. 197 y 347 y ss., respectivamente.

(13) Entre la bibliografía especializada sobre la cuestión puede citarse a Frede CATSBERG: *The European Convention on Human Rights*, ed. Suthoff, Leiden, 1974, página 179; M. BOSSUET: *L'interdiction de la discrimination dans le Droit international. Les Droits de l'homme*, ed. Bruylant, Bruselas, 1976, pp. 113 y ss.; MARTÍ DE VESES: «Regulación internacional del derecho a la educación», en *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al profesor Miaja de la Muela*, ed. Tecnos, Madrid, 1979, pp. 578 y ss.; A. C. KISS: «La protection internationale du droit de l'enfant a l'éducation», *Revue de Droits de l'homme*, 8, 1973, pp. 473 y ss.

(14) Acuden ante la Comisión siguiendo el procedimiento que prevé el artículo 25 de la Convención. En nuestra lengua y sobre este procedimiento, ver el trabajo de L. I. ORTEGA, en las pp. 111 y ss., de *El sistema europeo...*, dirigido por E. GARCÍA DE ENTERRÍA.

sido negada. El niño abandonó la escuela, por cumplir la edad obligatoria, en 1979.

Por el contrario, el hijo de Mrs. Jane Cosans había cometido una determinada falta que fue juzgada digna de castigo corporal. Aconsejado por sus padres, Jeffrey Cosans no se presentó al castigo, por lo que fue inmediatamente suspendido de la asistencia a la escuela. Los padres llevaron a cabo diversas entrevistas con las autoridades competentes para evitar el castigo. El 14 de enero de 1977, tres meses después de la imposición de la medida disciplinaria, la autoridad comunicó el levantamiento del castigo puesto que creía que la mera inasistencia durante ese tiempo a las clases era ya suficiente pena. No obstante, la madre de Jeffrey volvió a exigir garantías de que su hijo no sería sometido en el futuro a castigo corporal, garantía que no se le concedió, por lo que, a la postre, no se levantó la suspensión y Jeffrey no volvió a la escuela. El 31 de mayo de 1977 cumplió dieciséis años y cesó de encontrarse en la edad de escolaridad obligatoria.

### III. EL DERECHO DOMÉSTICO APLICABLE Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES CUESTIONADOS

El uso del castigo corporal en las escuelas inglesas es una excepción al principio general del *common law* de prohibición de daños físicos. El «*law of assault*» da acción al particular para exigir una indemnización de daños cuando ha sufrido esta clase de ofensa. Sin embargo los profesores resultan investidos por el *common law*, en virtud de su *status* particular, de la potestad de aplicar estas medidas, no en virtud de un poder delegado del Estado, sino de su particular relación con los niños. Existe una reglamentación de la forma de aplicación de la disciplina (15).

Frente a esta regla de orden general recoge el derecho educativo inglés la previsión de que los niños sean educados conforme a los deseos de sus padres siempre que ello sea compatible con una adecuada instrucción y se eviten gastos públicos irracionales (16). Esta

(15) El castigo se impone con un instrumento llamado *twse*, y que podríamos traducir, no exactamente, como bastón. Según el tipo de falta, la disciplina se lleva a cabo públicamente o en el despacho del rector (Headmaster) o de quien delegue. En caso de excesos en la aplicación del castigo, el *law of assault* da derecho a reclamaciones.

(16) El principio en la Education Act de 1962 de Escocia, puesto que es en esta región donde tienen lugar los hechos controvertidos. La sección 29 de esta Ley indica que «in the exercise and performance of their powers and duties under

sumisión a los deseos paternos junto con su contrapeso, que no se produzcan gastos irracionales (*the avoidance of unreasonable public expenditure*), van a ser los elementos jurídicos que básicamente se manejen en el caso y que, en conjunto, servirán al Tribunal para dar la razón a los demandantes.

En concreto las madres van a considerar violado el artículo 2.º del Protocolo adicional número 1 a la Convención Europea de los Derechos del Hombre, que dice lo siguiente:

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

El razonamiento seguido por los demandantes hará hincapié en la falta de respeto del Gobierno inglés a las convicciones filosóficas de los padres. Las convicciones filosóficas, entonces, se extenderían también al mismo sistema disciplinario seguido en el proceso educativo.

Al margen de otro tipo de argumentos contrarios, el Gobierno inglés aducirá, como punto fundamental, la reserva que interpuso conforme al artículo 64 de la Convención (17) a la hora de ratificar el Protocolo. Como otros países preocupados por los posibles efectos financieros de un artículo 2.º muy polémico en su elaboración y, *a priori*, insospechado en sus consecuencias (18), el Gobierno inglés hizo constar que:

---

this Act, the Secretary of State and education authorities shall have regard to the general principle that, *so far as is compatible with the provision of suitable instruction and training and the avoidance of unreasonable public expenditure, pupils are to be educated in accordance with the wishes of their parents*.

(17) Merece la pena recordar el artículo 64 de la Convención: «Todo Estado podrá formular, en el momento de la firma del presente Convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, una reserva a propósito de una disposición particular del Convenio en la medida en que una ley en vigor en su territorio esté en desacuerdo con esta disposición. Este artículo no autoriza las reservas de carácter general. Toda reserva formulada de conformidad con el presente artículo irá acompañada de una breve exposición de la ley de que se trate.»

(18) Sobre las dificultades de inclusión del artículo en la Convención que llevan a imaginar un protocolo aparte, *vid.* por todos K. J. PARTSCH: «Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention», en *Die Grundrechte*, I-1, ed. Duncker und Humblot, Berlín, 1966, pp. 465 y ss. Alemania, concretamente, introducirá una reserva muy parecida a la inglesa que se cita posteriormente en el texto. Este protocolo no se encuentra todavía en vigor en nuestro país, aun cuando fue firmado el 23 de febrero de 1978 por España.

*... in view of certain provisions of the Education Acts in force in the United Kingdom, the principle affirmed in the second sentence of article 2 is accepted by the United Kingdom only so far as it is compatible with the provision of efficient instruction and training, and the avoidance of unredsonable public expenditure.*

Principios expuestos en la reserva, como se ve, idénticos al sentido de la legislación interna inglesa, doméstica en la terminología del Tribunal.

Igualmente la madre de Jeffrey Cosans, impedido de asistir al colegio por la decisión de la autoridad correspondiente (19), hará constar la violación del derecho a la educación de su hijo contenido en el párrafo 1.º del artículo 2.º del Protocolo adicional antes citado. Ambas madres, también, cuestionarán el desconocimiento por la legislación y práctica inglesa del artículo 3.º de la Convención europea, que tiene el siguiente tenor:

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

La madre de Jeffrey Cosans, por fin, solicitará una indemnización por los perjuicios causados por la falta de asistencia a la escuela de su hijo.

#### IV. LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL

El Tribunal va a dar respuesta satisfactoria a las peticiones de los demandantes aun cuando discrepe en alguna de sus fundamentaciones (20). El pronunciamiento del Tribunal será muy semejante al que en su día realizó la Comisión (21), que en concreto admitió la

---

(19) La Sentencia informa que el otro niño, aun a pesar de la falta de garantía de la autoridad sobre el no sometimiento a este castigo, siguió asistiendo a la escuela hasta 1879.

(20) El Tribunal se compone para el caso de los siguientes miembros: Mr. R. Ryssdal, como presidente; Mr. J. Cremona, Mr. Thor Vilhjalmsson, Mr. L. Liesch, Mr. L. E. Pettiti, sir Vincent Evans y Mr. R. Macdonald. Sir Vincent Evans es el juez de nacionalidad británica elegido de oficio conforme al artículo 43 de la Convención, quien formulará una opinión discrepante de sus compañeros de Tribunal.

(21) La Comisión emite su dictamen en el modo y forma previstos por el artículo 31 de la Convención al no haberse podido llegar a un arreglo entre las partes litigantes.

violación del artículo 2.º del Protocolo en sus dos párrafos, pero no la del artículo 3.º de la Convención (22). Examinemos separadamente los derechos fundamentales cuestionados.

A) *El derecho a no sufrir tortura ni pena o trato inhumano o degradante*

Escasas pero muy significativas líneas dedica el Tribunal a la posible violación de este derecho. Su respuesta, como la de la Comisión en su día, va a ser negativa pero es necesario seguir el curso de su razonamiento puesto que representa un interés indudable a la hora de interpretar el precepto y a la de sus posibles futuras aplicaciones.

Es muy claro que ninguno de los dos niños han sufrido la medida disciplinaria, por lo que no ha existido castigo corporal ni, por supuesto, tortura. Sin embargo, constata el Tribunal que en ocasiones la mera amenaza podría considerarse tratamiento inhumano (*to threaten an individual wich torture might in some circumstances constitute at least inhuman treatment*). La disquisición, por lo tanto, debe basarse en las circunstancias que rodean al caso. En ese sentido y en la línea de profundización se aclara que no toda amenaza constituye trato inhumano, sino que sería preciso un sentimiento de humillación o degradación a los ojos del amenazado o de otros. No desparecería este sentimiento por el hecho de lo usual del método de castigo en Escocia ni por la, parece, favorable opinión a su mantenimiento que existiría entre padres y alumnos. De la misma forma la calidad de la amenaza debería medirse en relación a la personalidad del amenazado, pues es posible que amenazas directas no tuvieran ningún efecto en personas insensibles mientras que amenazas que sólo podrían ser calificadas como degradantes impropriadamente (*only by a distortion of the ordinary and usual meaning of the word*) tuvieran efecto sobre personas excepcionalmente sensibles. Pues bien, con todos estos datos previos concluye el Tribunal que de los exámenes médicos practicados a los niños se deduce que la amenaza del castigo (del *tawse*) no tuvo en ellos el efecto psicológico preciso para

---

(22) El dictamen de la Comisión tuvo el siguiente sentido: Por nueve votos contra cinco se admitió para ambos demandantes la violación del segundo párrafo del artículo 2.º del Protocolo (derecho paterno); por ocho votos contra uno y cinco abstenciones, que no era necesario entonces considerar una violación separada del primer párrafo de dicho artículo, como deseaba Mrs. Cosans; por trece votos contra uno, que no había existido violación del artículo 3.º de la Convención. El dictamen lleva fecha de 16 de mayo de 1980.

que pudiera calificarse de degradante, por lo que no podría considerarse violado el artículo 3.º de la Convención (23).

B) *El derecho educativo paterno*

Es en el debate relativo a la posible violación de este derecho y del derecho a la educación donde se encuentra el núcleo esencial de esta sentencia, su mayor aportación a la depuración del contenido de estos derechos y también, obviamente, su trascendencia jurídica, social y política puesto que, a la postre, se va a considerar al derecho paterno capaz de excepcionar un sistema de disciplina que rige de forma general en un país.

El Gobierno inglés ha aducido en un informe toda una serie de razones que impedirían considerar violado el artículo 2.º del Protocolo en su párrafo 2.º En concreto indica que la administración interna de la escuela —dentro de la que encuadraría la disciplina—, es una materia subsidiaria y no encuadrable dentro de las funciones de educación o enseñanza, por lo que no tendría entrada la aplicación del precepto. De la misma forma se aduce que la disciplina es una atribución esencial del maestro, a título individual, y que no entra dentro de las funciones cumplidas por el gobierno central o local. Como tercer argumento expresa el Gobierno inglés que la obligación de respetar las convicciones filosóficas de los padres se refiere al mismo hecho de transmisión de información y conocimientos, y no a todos los aspectos de la administración escolar. Se indica, en cuarto lugar, la impropiedad de extender la expresión «convicciones filosóficas» a asuntos de la administración interna escolar. Por fin, y en quinto lugar, aun cuando se rechazara la validez de los argumentos anteriores, la reserva expresada por el Gobierno a la hora de ratificar el artículo 2.º del Protocolo impediría su aplicación porque llevaría a gastos públicos irrazonables. El Tribunal rebatirá uno por uno estos argumentos.

Así va a juzgarse «artificial» la separación de la disciplina del completo proceso educativo resaltando que el artículo 2.º vincula a los Estados contratantes en todas y cada una de las funciones que entren

---

(23) El Tribunal en este punto presta atención a la doctrina establecida anteriormente en su Sentencia de 18 de enero de 1978, Irlanda contra el Reino Unido, que puede consultarse en las páginas 352 y siguientes, de E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *El sistema europeo...* Véase también el comentario de L. I. ORTEGA en el mismo volumen al artículo 3.º de la Convención, pp. 70 y ss.

en la esfera de la educación sin importar la calificación, en la que no entra, de subsidiaria (24).

Con cita en algunos preceptos del derecho doméstico se rebate la calificación de la disciplina como poder propio del maestro. Se trata de un poder derivado del *Common law* y sobre el que existe una preocupación estatal evidente como lo demuestran diversas encuestas y proyectos de reforma del sistema disciplinario que el Tribunal cita (25).

De la misma forma el Tribunal niega el tercer argumento del Gobierno inglés. La vinculación del artículo 2.º del Protocolo es para cualquier materia relativa a la organización y financiamiento de la educación pública y, por tanto, deben ser tenidas en cuenta las convicciones filosóficas de los padres.

La discusión acerca de qué debe entenderse por convicciones filosóficas se perfila, entonces, como decisiva (26). Frente a la opinión del Gobierno inglés el Tribunal va a mantener una concepción amplia que hace a la expresión comprensiva de cualquier convicción digna de respeto en una sociedad democrática y no incompatible con la dignidad humana. Además añade una precisión que me parece fundamental y criterio decisivo a la hora de discernir el choque con otro derecho fundamental, el de la educación del niño. Complementa, así, el Tribunal su definición indicando que esas convicciones no deben entrar en contradicción con el derecho del niño a la educación puesto que el artículo 2.º está dominado por su primer párrafo (27). La conclusión, entonces,

(24) En este punto el Tribunal acude como apoyo a su Sentencia de 7 de diciembre de 1978—educación sexual en Dinamarca—, donde se afirmó esta amplia vinculación para los Estados.

(25) A lo largo de la sentencia aparecen citados varios intentos en este sentido. En particular resalta el título de un folleto de 1968: *Elimination of Corporal Punishment in Schools: Statement of Principles and Code of Practice*. La importancia del texto es evidente si se tiene en cuenta su elaboración por un cuerpo consultivo, entre cuyos miembros se cuentan las autoridades educativas, la Asociación de Directores de Educación y representantes de asociaciones de profesores. El Código no tiene fuerza estatutaria, como resalta el Tribunal, pero sí una evidente autoridad moral.

(26) Evidentemente la expresión es vaga y, en el momento de la elaboración del precepto, causa de problemas. El voto particular del juez Evans—el juez de oficio inglés—insiste en esta vaguedad y en el carácter original de la expresión como medio de impedir la adoctrinación ideológica en la escuela pública. En el texto reflexionó posteriormente sobre alguna de las implicaciones de un concepto amplio de convicciones filosóficas.

(27) Es necesario citar en idioma original la conclusión definitiva del Tribunal: *•Having regard to the Convention as a whole, including Article 17, the expression "philosophical convictions" in the present context denotes, in the Court's opinion, such convictions as are worthy of respect in a "democratic society" (...) and are not incompatible with human dignity; in addition, they must not conflict with the fundamental right of the child to education, the whole of Article 2 being dominated by its first sentence.•*

es clara para el Tribunal: la concepción expresada por los padres sobre el sistema disciplinario hace referencia a aspectos básicos de la vida humana y del comportamiento, como es la exclusión del castigo corporal en la educación. El Estado, por aplicación del artículo 2.º del Protocolo, debería respetar los deseos de los padres en este punto.

Rebatidos los principales argumentos de oposición del Gobierno inglés, queda sólo por considerar si la reserva expresada en su día impide la aplicación del párrafo 2.º del artículo 2.º del Protocolo. También aquí la opinión del Tribunal será negativa para los deseos del Gobierno inglés. Para ello se hace hincapié en la historia de la redacción del precepto que evolucionó terminológicamente en el sentido de la vinculatoriedad estatal. El primitivo «tener en cuenta» (*have regard to*) fue reemplazado por el compulsivo «respetará» (*shall respect*) las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Esta obligación no se cumple por el Gobierno inglés aun después del deseo expresado de ir sustituyendo paulatinamente el vigente sistema disciplinario (28).

Pero es que, además, la base material de la reserva —impedir gastos públicos irrazonables— no tiene aplicación al caso puesto que, según el Tribunal, no sería preciso la construcción de escuelas o de aulas distintas para los hijos de los padres que se negaran a este sistema disciplinario, sino solamente la exención individual del mismo de los alumnos correspondientes. La conclusión, por lo tanto, es la violación del párrafo 2.º del artículo 2.º del Protocolo adicional a la Convención.

### C) *El derecho a la educación*

La Comisión había rehusado entrar en la consideración de este derecho creyendo que para la resolución del caso bastaba con haber afirmado la violación del derecho paterno. La opinión del Tribunal es, sin embargo, contraria, para lo cual analiza el artículo 2.º del Protocolo número 1 encontrando en el mismo dos derechos: uno del que sería titular el niño (párrafo 1.º) y otro de titularidad de los padres (párrafo 2.º). Derecho de educación y derecho educativo paterno que,

---

(28) En el texto de la sentencia se hace referencia a un grupo de trabajo establecido en 1979 por la Convención de autoridades locales escocesas, que recomienda la introducción de sanciones alternativas. Asimismo al nombramiento en 1974 por el secretario de Estado para Escocia de un comité independiente (*Pack Committee*), que en su informe acaba recomendando «that corporal punishment should, as was envisaged in 1968, disappear by a process of gradual elimination rather than by legislation», es significativo del propio descontento con el sistema disciplinario, que no acaba, no obstante, abordándose de forma definitiva.

además, para el Tribunal se encuentran situados en una relación de subordinación. El derecho a la educación prima en el completo artículo 2.º y el derecho paterno es sólo una adición a ese derecho fundamental. Establecido esto se va a concluir en la violación del derecho a la educación de Jeffrey Cosans, puesto que la condición de acceso al establecimiento educativo —someterse al sistema disciplinario juzgado contrario a las convicciones filosóficas paternas— no puede considerarse razonable.

La fijación de indemnización solicitada (conforme al art. 50 de la Convención) es deferida por el Tribunal a la posibilidad de acuerdo entre las partes.

V. TRASCENDENCIA DE LA SENTENCIA Y DISCUSIÓN DE SUS CONTENIDOS,  
EN ESPECIAL LA EXTENSIÓN DE LA EXPRESIÓN CONVICCIONES FILOSÓFICAS  
DE LOS PADRES

La sentencia cuyos contenidos se acaban de narrar es la tercera que dedica el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a interpretar y aplicar el artículo 2.º del Protocolo adicional número 1. Derecho a la educación y derecho educativo de los padres, problemáticos en su separación, difíciles en el contorno de sus límites, proclives a entrar en conflicto con otros derechos fundamentales —libertad de expresión o de cátedra de los profesores, particularmente— o con las potestades educativas del Estado van resultando, así, poco a poco aclarados en una línea que, en su conjunto, puede ser juzgada como positiva. Prescindiendo casi de las mismas conclusiones formales, ya el mero trabajo de desbrozar el bosque de argumentos y réplicas que se manejan en relación a estos derechos merece el asentimiento favorable. Así hoy sabemos que, según el Tribunal, el derecho a la educación no posibilita a pedir al Estado la creación de un determinado sistema de enseñanza, sino que significa sólo el derecho de acceso a los puestos escolares existentes, que tampoco los derechos educativos de los padres obligan al Estado a respetar sus preferencias lingüísticas en la educación de sus hijos y que, en relación a este hecho, existiría discriminación si una diferencia de trato no tuviera una justificación objetiva y razonable. De la misma forma, la sentencia de 23 de julio de 1968 relativa al régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica, donde se contiene la anterior doctrina, indica que el Estado no tiene una obligación directa de subvencionar a la enseñanza privada para hacer efectivo el derecho

a la educación. Por su parte, la sentencia de 7 de diciembre de 1976, relativa a la introducción de la educación sexual en la escuela en Dinamarca, indica la vinculación completa del Estado en toda su actividad de enseñanza a los contenidos del artículo 2.º-2 del Protocolo adicional número 1 de la Convención, pero su potestad, también, de incluir contenidos en la enseñanza que tengan una base ideológica o religiosa con tal que estos contenidos sean impartidos de una forma objetiva, crítica y pluralista. El valor de las aportaciones de la sentencia de 25 de febrero de 1982 ha quedado ya suficientemente resaltado: delimitación del derecho a la educación y derecho educativo paterno con primacía del primero en caso de conflicto, respeto a las convicciones filosóficas de los padres en la enseñanza incluyendo al sistema disciplinario como parte del mismo hecho educativo y no algo subsidiario, marginal, sin que estos mismos calificativos tengan importancia ante el hecho unitario de la educación; proceso interpretativo, por fin, de las condiciones que llevarían a afirmar la existencia de un trato inhumano o degradante. Pues bien, una vez resumida la doctrina del Tribunal me gustaría incidir puntualmente en alguno de los puntos sugeridos por esta sentencia, singularmente en el que parece caracterizarse como básico, la extensión y posibles efectos del respeto a las convicciones filosóficas de los padres.

A) *El sistema disciplinario y su conexión con los derechos implicados*

La sentencia comentada es absolutamente rotunda al afirmar que dentro de las concepciones filosóficas de los padres puede encontrarse el rechazo a un sistema disciplinario y, por tanto, la necesidad del Estado de respetar el deseo paterno. La unión de la disciplina con el derecho educativo paterno parece, pues, clara, como también la necesidad de un ejercicio paterno de su propio derecho para que el escolar se vea eximido de un sistema disciplinario determinado. En otro lugar, sin embargo, he defendido la incardinación del tema disciplinario dentro de los contenidos del derecho a la educación del escolar afirmando, en concreto, el «derecho a un tratamiento disciplinario exento de arbitrariedades y a la existencia de garantías procedimentales en la imposición de sanciones» (29). La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no desmiente, contra lo que podría parecer, mi concepción. Por el contrario, da ocasión a profundizar en la relación dialéctica de

(29) Cfr. mi trabajo *El contenido...*, pp. 666 y ss.

los derechos objeto de controversia, en su intrínseca peculiaridad y, en última instancia, a plantear la pregunta de la opinión del Tribunal —que éste no explicita— sobre el sistema disciplinario inglés.

Si es contenido del derecho educativo paterno la decisión sobre el sistema disciplinario que va a soportar su hijo, ello puede traducirse en una voluntad de exclusión de un sistema existente —como es el caso— o en una declaración positiva de sometimiento a un sistema disciplinario que no se practica en el país, fue derogado hace tiempo, lo recogen como posibilidad los tratadistas de pedagogía o existe en otras naciones. Esa opción positiva podría suponer el deseo de los padres, en un país distinto a Inglaterra pero sometido a la Convención, de que sus hijos fueran educados en un sistema disciplinario basado en la aplicación del castigo corporal. De la sentencia de 25 de febrero de 1982 no se deduce nada en contrario a lo aquí imaginado, puesto que las convicciones filosóficas de los padres tienen una vis expansiva difícilmente delimitable *a priori* y, tampoco, existe una condena expresa del régimen disciplinario inglés. Simplemente y, para el caso concreto, se realiza el derecho que *hubieran tenido* (30) los padres de los niños implicados de exigir un sistema disciplinario distinto. Pero queda abierta la posibilidad contraria: la exigencia de un sistema disciplinario como el inglés. ¿Hubiera sido la respuesta del Tribunal la misma de haber recibido una petición de este tipo? ¿La hubiera considerado emanación lógica de las convicciones filosóficas protegidas en el artículo 2.º, párrafo 2, del Protocolo adicional número 1? Parece claro que no y me inclino por esta respuesta no por el deseo de ver reflejada en la doctrina del Tribunal mi propia opinión, sino por los mismos elementos que proporciona directa o indirectamente la sentencia.

Es evidente que por motivos no fácilmente aprehensibles por el intérprete el Tribunal ha evitado cualquier frase condenatoria explícita del sistema disciplinario inglés. Así, cuando se estudia la violación, o no, del artículo 3.º de la Convención, el punto de partida básico es que los niños afectados no han sufrido, de hecho, el castigo y el razonamiento posterior —muy útil a los efectos de saber la implicación de la amenaza sobre el mismo hecho del trato inhumano

---

(30) La cursiva obedece a la razón de que, a la postre, ninguno de los niños van a verse favorecidos por la tardía sentencia del Tribunal, ya que ambos han abandonado la escuela. Sólo la indemnización para Jeffrey Cosans servirá para paliar en algo su alejamiento forzado de la escuela.

o degradante— tampoco contiene juicio valorativo alguno (31). El Tribunal, entonces, al encontrar cerrada —o creer encontrar cerrada— la puerta que serviría por el camino del artículo 3.º para condenar el sistema disciplinario, acude a las convicciones filosóficas de los padres, con las que no tiene obstáculos formales de este tipo. Pero no por ello configura de manera absolutamente ilimitada la extensión de estas convicciones, sino que expresamente las hace compatibles con la dignidad humana y con el derecho del niño a la educación, pues *the whole of article 2 being dominated by its first sentence*.

Dejemos para más adelante la trascendencia general de la frase para incidir en el problema particular que ahora nos ocupa. Si una opción por un determinado sistema disciplinario puede ser limitada por el derecho a la educación del escolar es porque *es también contenido del derecho a la educación la pretensión —por lo menos negativa— de no sufrir un sistema disciplinario que incumpla condiciones básicas del libre desarrollo de la personalidad del alumno*. Con lo cual el hecho disciplinario aparece como contenido posible tanto del derecho educativo de los padres como del derecho a la educación del menor, pero en una abierta relación de jerarquía —si se dan los adecuados presupuestos— a favor de este último. Entre estos presupuestos ocupa un lugar predominante el que acabo de señalar —libre desarrollo de la personalidad del alumno— que, además, tiene un rango constitucional genérico en el artículo 10 de nuestra Constitución, pórtico y cabeza del título primero, dedicado a los derechos y deberes fundamentales (32).

No debe extrañar esta pluralidad de atribuciones de un mismo hecho dada la peculiaridad de los derechos de que tratamos, en los que, además y en momentos dados, puede darse una permeabilidad completa de contenidos. En concreto, cuando el escolar es mayor de

(31) Aun cuando el lector puede pensar que el mismo planteamiento del valor de la amenaza para llegar a calificar el tratamiento de inhumano o degradante hubiera llevado al Tribunal, caso de haber tenido lugar el castigo, a utilizar esa categoría sin más.

(32) Transcribo el párrafo primero de este artículo 10, realmente básico, para la posterior interpretación de los derechos fundamentales: «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.» En el derecho alemán el libre desarrollo de la personalidad juega también un papel preponderante a estos efectos, tras su proclamación en el artículo 1.º Sobre el mismo me remito a H. C. NIPPERDEY: «Die freie Entfaltung der Persönlichkeit», en *Die Grundrechte*, 1954, ed. Duncker und Humblot, Berlín.

edad (33) hablar de derechos educativos de los padres no tiene ningún sentido, ni lógico ni jurídico. La opción por el tipo de enseñanza, por el centro, por la posible educación o formación religiosa y moral, pasan a la esfera de su derecho a la educación. Incluso sin esperar a esta mayoría de edad, decisiones tales como la de la formación religiosa deberían entrar en la esfera del derecho a la educación escolar, responsable así de su propia evolución en cuanto hubiera alcanzado un estado suficiente de madurez y cuya determinación temporal no me corresponde ahora fijar (34).

Lo reflejado en el texto puede apoyarse analógicamente con un argumento como es el de la participación paterna en los centros escolares. Que el artículo 27, párrafo 7, de la Constitución disponga de forma general la participación de los padres—y profesores y alumnos— «en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos» no quiere decir que ello imponga la participación de los padres en los centros universitarios. El ejemplo desgraciado de los antiguos—y todavía vigentes sobre el papel— Patronatos universitarios surgidos a la luz de la Ley General de Educación de 1970, en los que se daba entrada a las asociaciones de padres de alumnos, no parece que vaya a ser seguido ni por la Ley Orgánica de Autonomía Universitaria ni por los futuros Estatutos de las Universidades. Y con muy buen sentido. La entrada de las asociaciones de padres en los órganos universitarios fue una plasmación corporativa más de un Estado ajeno al principio democrático, que rellena sus órganos de representación de personas e instituciones creadas con la única finalidad de canalizar y limitar los deseos de participación y,

(33) Conviene recordar en este punto que el sujeto del derecho a la educación es cualquiera. «Todos», dice el artículo 27, párrafo primero, de la Constitución.

(34) A título de ejemplo puede citarse la situación en Alemania, donde desde la *Gesetz über die religiöse Kindererziehung* de 15 de julio de 1921 el niño decide, a partir de los catorce años, la confesión religiosa a la que desea pertenecer, lo que planteó el problema de si a partir de esa edad puede decidir también sobre la asignatura de religión a recibir. El problema lo trato ampliamente en el capítulo 2.º, sección 2.ª, D), de mi libro *Las libertades...*, pudiendo resumirse en la tendencia creciente a ampliar la voluntad de determinación del escolar. Como botón de muestra baste la cita de la Sentencia del Tribunal Administrativo de Renania Palatinado de 18 de junio de 1980 (*Die öffentliche Verwaltung*, 15, 1981, páginas 588 y 587), donde se afirma el derecho del escolar mayor de catorce años a decidir sobre la participación en la clase de religión a pesar de la oposición de sus padres. Igual, aun con supuesto de hecho ligeramente distinto, la Sentencia de 18 de junio de 1980 del correspondiente Tribunal bávaro (*Deutsches Verwaltungsblatt* 1, 1981, p. 45), que defiende el derecho del escolar a tomar parte en una clase de religión a la que no pertenece. Ello por la amplia configuración de la libertad de creencia en la *Grundgesetz*, que no impone, por otra parte, la homogeneidad confesional de los escolares en la clase de religión.

por otro lado, sin la más mínima legitimación electiva democrática. Aun cuando el pluralismo y la misma publicidad del nuevo sistema político permitan quitar las sombras de duda sobre estas asociaciones y legitimarlas para participar en órganos de gobierno de centros educativos de niveles primarios o medios (35), su entrada en los órganos universitarios sería incompatible con el nivel de madurez alcanzado por el alumno universitario y, además, inútil, puesto que la labor de traer a la Universidad las inquietudes de la sociedad—única que podría legitimar su presencia—es cumplida ya por los representantes de otras Administraciones, Sindicatos, etc.

Sirva este excursus, pues, como justificante de la permeabilidad de contenidos defendida que, en última instancia, no tenía otro objeto que contribuir a precisar las líneas que dibujan derecho a la educación y derecho educativo de los padres y, por tanto, a solucionar también sus posibles roces.

#### B) *La expresión «convicciones filosóficas de los padres» y su interpretación*

Las convicciones filosóficas de los padres son el elemento determinante de la solución de la sentencia comentada. Una sentencia que, es conveniente manifestarlo, admite varias lecturas. Puede una de ellas consistir en resaltar, simplemente, el aspecto de crítica indirecta que lleva a cabo el Tribunal de un sistema disciplinario cuestionable en su mismo rudimento de admitir el castigo corporal como método normal de disciplina. Se olvidaría en esta lectura la argumentación jurídica del Tribunal para fijarse únicamente en los resultados de su decisión: posibilidad de exención de un sistema de este tipo.

Una segunda lectura dejaría primariamente de lado la conclusión para fijarse en el proemio: en la amplia configuración, *a priori*, de las convicciones filosóficas, en la pretendida *vis expansiva* que podría ir aneja a esta noción que—ahora sí con referencia al resultado—sirve para cuestionar y eximirse de un sistema disciplinario. Las dos lecturas son válidas, pero ésta última corre el peligro de fundar pretensiones excesivas si no se delimita, si no se comprende debidamente.

Pues, si las convicciones filosóficas sirven para la exención de un

---

(35) La Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981 defiende la participación de las asociaciones en el Gobierno de los centros, desautorizando el criterio de la LOECE de que fuera una única asociación la legitimada para participar. El criterio del pluralismo constitucional hace tal mención legal inconstitucional.

sistema disciplinario, de la misma forma, con el ejemplo que antes utilizaba, podrían ser la base para la solicitud de uno determinado. Y la fila de los ejemplos podría perderse en el infinito. Las convicciones filosóficas podrían rechazar un sistema de coeducación o —por el contrario donde éste no existiese— reclamarlo. Las convicciones filosóficas podrían exigir la aplicación de sistemas pedagógicos determinados o viceversa. Manifestarse contrarias a una organización de la escuela o pedir otra. Considerar incompatible con ellas el estilo de vida de un profesor o creer que su aspecto externo —la educación, realmente, es algo muy complejo— es contrario al esquema de valores que los padres pretenden inculcar. Todo ello por no descender a lo que sí claramente y en primer lugar parece emanación lógica de estas convicciones filosóficas: el sistema de conceptos, contenidos, valores, que se manifiesta en el hecho educativo, tanto en la planificación y programación de la enseñanza como en el momento de su transmisión. La posibilidad de choque entre este derecho y los derechos de profesores o las potestades educativas del Estado, de ninguna forma ente subsidiario en la enseñanza (36), son evidentes.

Plantear, además, alternativas como las expuestas en el párrafo anterior no es exigir a la imaginación un esfuerzo extraordinario y, a la vez, inútil. La jurisprudencia comparada da abundantes ejemplos de este tipo de conflictos. Las tres sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos son ejemplo de la tensión permanente en que se desenvuelven las competencias educativas del Estado —en algunos países casi único proporcionador de oferta educativa— y los derechos paternos. El ejemplo alemán es también sugerente de esta línea de evolución, de este pulso que ha solido resolverse con primacía de la potestad educativa estatal si se cumplía el presupuesto básico de la legalidad en el procedimiento de actuación del Estado (37). Pero, sin embargo, de cuando en cuando afloran resoluciones sorprendentes o, por lo menos, no fácilmente reconducibles a esquemas generales. Uno de estos casos lo constituye una recentísima sentencia del *Staatsgerichtshof*, de Hessen (38), que anula un plan de estudios por considerar-

(36) La competencia educativa del Estado aparece claramente realizada en el artículo 27-5 de la Constitución. Sobre su trascendencia me remito al capítulo IV de mi libro *Las libertades...*

(37) Me remito a la narración jurisprudencial del capítulo II, sección 2.ª, B), de mi libro *Las libertades...*

(38) La sentencia lleva fecha 30 de diciembre de 1981 y puede consultarse en DöVG, 1982, pp. 244 y ss. con nota de Hans Joachim MENGEL. Vid. también amplia información en el semanario *Der Spiegel*, en sus dos números de 11 y 18 de enero de 1982.

lo contrario al derecho educativo paterno. Son 21 padres y 35 alumnos los que consiguen que la reforma del *Oberstufe* (39) se considere contraria al derecho educativo paterno tal y como se recoge en la Constitución del *Land* de Hessen. Un plan, además, que rige unitariamente en toda la República Federal y que fue introducido tras el acuerdo correspondiente de los ministros de Cultura de los *Ländern* en 1972 (40). En concreto se reprocha a este plan la introducción de un sistema de asignaturas optativas con la consiguiente disolución de una clase unitaria y permanente en tantas y a las horas correspondientes de las asignaturas elegidas; igualmente la sustitución del sistema tradicional de notas por uno nuevo y la supresión de la asignatura de historia. El Tribunal considerará así violentada la pretensión que tienen los padres a una educación general de sus hijos (41) y el desconocimiento de la Constitución del *Land* en su referencia concreta a una clase de historia que debería impartirse de un modo veraz, resaltando «los grandes bienhechores de la Humanidad, el desarrollo del Estado, la economía, la civilización y cultura», pero no «los generales, guerras y batallas» (42). Se interpreta así la referencia a la historia en la Constitución como una garantía de su permanente existencia como asignatura (43), olvidando la necesidad de acomodación a los tiempos

(39) Equivale a la última etapa del bachillerato cumplido en los gimnasios.

(40) Un país federal como Alemania ha imaginado diversos métodos para unificar la política en cuestiones básicas. En este caso, la política educativa cuenta con el elemento unificador de la Conferencia permanente de ministros de Cultura. Sobre la misma y la peculiaridad de la naturaleza de sus acuerdos, *vid.* E. W. Fuss, «Verwaltung und Schule», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 23, 1966, pp. 230 y ss.

(41) El Tribunal se apoya de forma general en la cita del artículo 55 de la Constitución de Hessen, que lleva fecha de 11 de diciembre de 1946: «Die Erziehung der Jugend zu Gemeinsinn und zu leiblicher, geistiger und seelischer Tüchtigkeit ist Recht und Pflicht der Eltern. Dieses Recht kann nur durch Richterspruch nach Maßgabe der Gesetze entzogen werden.» El texto de la Constitución y un amplio *ist Recht und Pflicht der Eltern. Dieses Recht kann nur durch Richterspruch nach republik Deutschland*, 29.ª edición, ed. Max Gehlen, Berlín, 1975.

(42) La referencia a la clase de historia en el artículo 56, párrafo 5.º, que transcribo: «Der Geschichtsunterricht muss auf getreue, unverfälschte Darstellung der Vergangenheit gerichtet sein. Dabei sind in den Vordergrund zu stellen die grossen Wohltäter der Menschheit, die Entwicklung von Staat, Wirtschaft, Zivilisation und Kultur, nicht aber Feldherren, Krieger und Schlachten. Nicht zu dulden sind Auffassungen, welche die Grundlagen des demokratischen Staates gefährden.»

(43) El grado de vinculatoriedad futura al legislador que presentan menciones como ésta plantea un problema constitucional interesante. No puede aplicarse a estas menciones, mecánicamente, la clásica teoría de las garantías institucionales que debe reservarse a aspectos básicos, determinantes, de la configuración del Estado y de su idea política. No es lo mismo deducir de la mención «autonomía municipal», la garantía de la existencia permanente del municipio—elemento

del sistema educativo, que no podría quedar anclado en textos absolutamente dependientes de determinadas coordenadas políticas, como, en este caso, la proximidad del nazismo (44). La asignatura de historia ha sido, además, sustituida por otra (*Gemeinschaftskunde*, instrucción cívica) en la que parecen resumirse, con otra orientación pedagógica, muchos de sus contenidos.

La sentencia es, pues, importante jurídica y políticamente. El realce de un derecho fundamental lleva a la crisis de una política educativa nacional. La sentencia parece, además, incompatible con la tradicional doctrina del *Bundesverfassungsgericht* sobre las relaciones entre derecho paterno y potestades estatales (45), pero, sin embargo, parece que no va a ser recurrida ante este tribunal por imperativos, se dice, de más alto interés político (46).

Baste, pues, con este ejemplo reciente para dar idea de las posibles consecuencias de una configuración ilimitada de las convicciones filosóficas paternas. La realidad es, sin embargo, que quien pretendiera deducir de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de febrero de 1982 conclusiones sin medida estaría desconociendo

---

básico en la configuración del Estado—, que de la referencia a la Historia, extraer su permanencia en cualquier plan de estudios. Creo que ello plantea una problemática muy semejante a la mención que el artículo 20-3 de nuestra Constitución hace a los «medios de comunicación social del Estado», que no reciben, por supuesto, de ese artículo una garantía permanente de existencia. No son, desde luego, parte esencial de la idea de Estado que dibuja la Constitución ni, por supuesto, necesita la libertad de expresión, en puro sentido estricto, de su existencia. Lo que el artículo 20-3 quiere decir es, simplemente, que mientras existan medios de comunicación social estatales, o cuando se creen, deberán cumplir los requisitos que plantea este precepto: regulación por ley, control parlamentario, garantía de acceso a los mismos con respecto al pluralismo y a los diversas lenguas del Estado.

(44) Nótese que la Constitución de Hessen es de 1946 y que los contenidos positivos y negativos que se atribuyen a la asignatura de Historia tienen una clara finalidad de repulsa del autoritarismo y militarismo que habían sido las características básicas del sistema anterior.

(45) En la Constitución alemana el párrafo primero del artículo 7.º es determinante de la amplia potestad del Estado: «El completo sistema escolar está bajo la inspección del Estado (*Das gesamte Schulwesen steht unter der Aufsicht des Staates*)».

(46) El semanario *Der Spiegel* insinúa como razones de esta negativa a recurrir que el mismo Tribunal tiene pendiente de resolución la demanda de un grupo de ciudadanos contra la ampliación del aeropuerto de Frankfurt, cuestión mucho más importante para el gobierno regional que no quería «molestar» al Tribunal. Véase *Der Spiegel* de 11 de enero. Al margen de las relaciones causa-efecto que no corresponde establecer, la posterior sentencia del Tribunal de Hessen sobre el aeropuerto significó la vía libre a la ampliación y el rechazo de las tesis de un grupo de ciudadanos opuesto a ella. Crítico de la sentencia, resaltando su choque con la línea anterior del BVerfG es MENGEL en su comentario citado en la nota 38.

do la configuración jurídica determinada en la que las convicciones paternas se enmarcan.

No hay que perder así de vista la incardinación de la sentencia comentada en una determinada línea jurisprudencial que ha rechazado en dos ocasiones ya las pretensiones paternas de subvención a escuelas privadas —caso belga— y de rechazo a contenidos educativos —educación sexual en Dinamarca—. Frente a la fuerza expansiva del derecho paterno se alzan unas competencias educativas estatales ancladas en normas del mismo rango, la Constitución, que ese derecho paterno, cuando no en superior (47).

Pero es que, además, las convicciones filosóficas se sujetan a un principio de control muy claro en la misma sentencia comentada: no deben ser incompatibles con la dignidad humana ni entrar en conflicto con el derecho a la educación del escolar. Dentro del plano de los derechos fundamentales hay ya, por tanto, una jerarquización que relega a segundo plano el derecho paterno. Las virtualidades de esta jerarquización son, *a priori*, insospechadas, pero de efectividad inmediata dado el amplio concepto de educación y el mundo de posibles relaciones implicado. El goce de algunos derechos fundamentales por parte del menor frente a una limitación paterna podría verse iluminado, por ejemplo, por esa jerarquía (48).

Los derechos educativos paternos pueden tener también un límite ante los derechos fundamentales de otros ciudadanos. Erigir pretensiones ante el Estado que llevaran consigo un incremento de gasto público podría considerarse contrario al derecho de propiedad de otros ciudadanos que deberían sufragar vía impositiva el mayor esfuerzo estatal. Si el incremento de gasto del Estado no debe ser, como regla general, el valladar que impida la efectividad del derecho paterno si

(47) En Alemania derecho paterno (art. 6.º, 2) y potestades estatales (art. 7.º, 1) se encuentran en el mismo cuerpo normativo, la *Grundgesetz*. En nuestro país falta rango constitucional expreso al derecho paterno que alcanza relevancia en el artículo 5.º LOECE y sólo para la formación religiosa se recoge en la Constitución, artículo 27, 3. Las potestades estatales, sin embargo, se hallan claramente recogidas, artículo 27, 5.

(48) La problemática que aquí se abre es muy amplia y complicada y sólo quiero apuntarla a título de camino de investigación. Frente al posible derecho educativo paterno para limitar derechos fundamentales del menor —asociación, secreto postal, por ejemplo— se alzaría el derecho a la educación de éste. El tema es resbaladizo, presupone un concepto amplio de educación y también una determinada capacidad de discernimiento en el menor sólo probable por la vía de hecho. Se mezclan, también, los puros planteamientos de derecho de familia que, a la postre, deben siempre entenderse subordinados a las prescripciones constitucionales y su interpretación.

que, sin embargo, en casos concretos de pretensiones excesivas puede ser el razonamiento que lleve a su desestimación.

En última instancia se trata de resaltar el elemento de «razonabilidad» que debe servir de base al ejercicio de este derecho paterno. Una cualidad biológica individual no puede servir de sustentación a toda pretensión que debe hacerse efectiva en un marco social. El derecho paterno puede llevar en sí un elemento de particularismo —psicológicamente muy comprensible— que se muestre incompatible con una sociedad de medios económicos no ilimitados (49). La profundización en el necesario carácter social, socializador, del hecho educativo ayudaría a reconducir el ejercicio de las convicciones filosóficas paternas a su finalidad fundamental: el potenciamiento de un sistema educativo pluralista, la lucha contra cualquier tipo de adoctrinamiento contrario a la convivencia democrática que garantiza nuestra Constitución.

---

(49) El elemento particularista fue especialmente destacado en la elaboración de los artículos educativos de la Constitución, con presiones muy fuertes sobre los constituyentes de determinadas asociaciones de padres y centros religiosos. El testimonio de un protagonista puede iluminar la situación: «Ninguna alusión, como digo, al viejo tema del profesor a quien la voz de su conciencia y de sus indagaciones le exige enseñar algo distinto o contradictorio con las ideas, con las concepciones del mundo, con las respuestas a problemas admitidos y considerados normales en aquel momento. No sólo eso, sino todo lo contrario, la negación más rotunda de tal posibilidad, el cepo y el grillete para cualquier mente esclarecida y buscadora. Ya aparece entonces, bajo esa misma bandera de la libertad de enseñanza lo que no es sino su negación más paladina.» Cfr. Lorenzo MARTÍN-REVERTILLO: «¡Descubramos y potenciemos la hasta ahora inexistente libertad de enseñanza!», en *Materiales para una Constitución (Los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado)*, libro de próxima publicación.

