

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las convicciones particulares en la escuela: entre el “interés del menor” y el “margen de apreciación” de los Estados*

PABLO MEIX CERECEDA**

RESUMEN

Este trabajo presenta algunas notas sobre los litigios particulares que se han suscitado en distintos países europeos y que, a lo largo de casi cinco décadas ya, han ido siendo dirimidos por el Tribunal de Estrasburgo. El trabajo comprende tres partes: en primer lugar, se señalan algunos aspectos generales del sistema europeo de derechos humanos, tomando en consideración particularmente las diferencias con el sistema interamericano; en segundo término, me referiré a la formulación normativa de los derechos relativos a la educación en el Protocolo primero al Convenio Europeo de Derechos Humanos y, de manera muy sumaria, a los tipos de asuntos que a lo largo de su historia han sido sometidos a la consideración del Tribunal de Estrasburgo; en una tercera parte, me detendré en tres problemas concretos que he considerado de especial interés: la educación sexual, la enseñanza de religión y otros valores y la cuestión de los símbolos religiosos.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la educación - Tribunal Europeo de Derechos Humanos - Margen de apreciación de los Estados.

* Ponencia para la Facultad de Derecho de Buenos Aires, 28 de octubre de 2015.

** Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Castilla-La Mancha (España).

The European Court of Human Rights and particular convictions in school: between the “best interest of the child” and the “margin of appreciation” of the States

ABSTRACT

This paper presents some notes on the particular litigations that have arisen in different European countries and which, over almost five decades already, have been settled by The European Court of Human Rights. The work consists of three parts: first, some general principles of the European human rights system are identified, taking into account in particular the differences with the inter-American system. Secondly, I shall refer to the normative formulation of the rights relating to education in the First Protocol to the European Convention on Human Rights and, in a very summary way, to the types of matters which throughout history have been decided by the Strasbourg Court. In a third part, I will work on three specific problems that I have considered of special interest: sex education, teaching of religion and other values and the question of religious symbols.

KEYWORDS

Right to education - European Court of Human Rights - Margin of appreciation doctrine.

I. INTRODUCCIÓN

Con motivo del segundo centenario de la enseñanza del Derecho en Buenos Aires, resulta muy pertinente reflexionar sobre la educación como derecho humano y cómo se ha protegido, solo a partir de la segunda mitad del siglo XX, por los sistemas internacionales de derechos humanos. No es objeto de esta ponencia examinar todos los textos internacionales que se refieren a los derechos vinculados a la educación y a la enseñanza, o siquiera hacerlo de manera exhaustiva sobre el alcance que a estos derechos ha otorgado un determinado sistema regional como es

el europeo, pues cualquiera de estos propósitos excedería de los límites de tiempo y espacio que se proponen para este Taller sobre Alcances e Implicancias del Derecho a la Educación, en el cual, dicho sea desde el primer momento, me siento muy honrado de participar como ponente y con ese motivo quiero expresar mi agradecimiento a los organizadores, y en particular a los profesores Guillermo Ruiz y Sebastián Scioscioli.

El objeto de mi ponencia consiste, así pues, en facilitar al público de la Facultad de Derecho de Buenos Aires unas pinceladas sobre algunos litigios particulares que se han suscitado en distintos países europeos y que, a lo largo de casi cinco décadas ya, han ido siendo dirimidos por el Tribunal de Estrasburgo. Son diversos los aspectos que el Tribunal ha abordado desde su primera sentencia sobre la educación, dictada en 1968, y lo cierto es que, a partir de la fórmula más bien exigua con que el Protocolo primero al Convenio se refiere a esta materia, puede decirse que el órgano jurisdiccional ha consolidado una doctrina depurada y ha dado respuesta a muchos debates que, a pesar de originarse siempre en situaciones muy concretas de cada país demandado, a menudo podían considerarse como problemas esencialmente comunes a varios Estados. No obstante, los pronunciamientos del Tribunal no han quedado siempre exentos de polémica, como tendré ocasión de ilustrar más adelante a propósito del asunto del crucifijo en la escuela pública.

Para que la exposición resulte más útil y comprensible al público argentino, organizaré el discurso en tres partes diferenciadas: en primer lugar, aludiré brevemente a algunos aspectos generales del sistema europeo de derechos humanos, tomando en consideración particularmente las diferencias con el sistema interamericano; en segundo término, me referiré a la formulación normativa de los derechos relativos a la educación en el Protocolo primero y, de manera muy sumaria, a los tipos de asuntos que a lo largo de su historia han sido sometidos a la consideración del Tribunal de Estrasburgo; en una tercera parte, por fin, me detendré en tres problemas concretos que, tras consultar con los organizadores, hemos considerado de especial interés: la educación sexual, la enseñanza de religión y otros valores y la cuestión de los símbolos religiosos. No obstante, adelanto ya que al final de mi exposición trataré de responder a cuantas cuestiones tengan a bien formular y, asimismo, para el caso de que quisieran profundizar en el contenido de esta

ponencia, me permito mencionar una monografía publicada en España en el año 2014 bajo el título *El derecho a la educación en el sistema internacional y europeo*.

II. EL SISTEMA EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: LOS RIESGOS DEL ÉXITO

A modo de aproximación al modelo europeo de protección, cabe mencionar que existen dos organizaciones internacionales diferentes que se han ocupado de los derechos humanos. La organización que mayor desarrollo ha obtenido en este ámbito es, sin duda, el Consejo de Europa, cuya finalidad principal consiste en la promoción de la democracia y los derechos humanos. En el seno de esta organización se han aprobado varios tratados internacionales sobre la materia, pero en particular destacan el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) y la Carta Social Europea (de 1961 aunque revisada en 1996). A pesar de que, a mi juicio, no pueda defenderse una división nítida entre “generaciones” de derechos humanos, a efectos descriptivos puede mencionarse que el Convenio engloba sobre todo los tradicionalmente denominados “derechos civiles y políticos” mientras que la Carta se refiere más bien a los llamados “derechos sociales y económicos”. El Convenio instituye, a su vez, un órgano con jurisdicción plena y al que acceden directamente los individuos que consideren vulnerados sus derechos (el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo) mientras que la Carta cuenta con un Comité Europeo de Derechos Sociales que funciona a partir de demandas colectivas (sindicatos de trabajadores, organizaciones patronales...) y mediante un sistema de informes que periódicamente presentan los Estados partes.

Por otra parte, la Unión Europea ha ido asumiendo progresivamente la protección de los derechos humanos como elemento funcional o, mejor, una ineludible necesidad para el desarrollo económico y comercial, pero también como parte de un proceso de afirmación de su legitimidad política ante los ciudadanos europeos. En este sentido, se ha dotado de una Carta de Derechos Fundamentales (también conocida como “Carta de Niza”, del año 2001), cuyo contenido debe inspirar la aplicación del Derecho de la Unión tanto cuando sea aplicado por las instituciones de

la organización como por los Estados miembros.¹ Por otra parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (con sede en Luxemburgo) desempeña una tutela de los derechos humanos que, a partir de las libertades fundamentales de la Unión (en particular, la libre circulación de trabajadores, pero no solo ella), de la llamada “ciudadanía de la Unión” y del principio de no discriminación, resulta cada vez más significativa dentro de la labor argumentativa de esta institución.

No obstante, de los tres órganos mencionados, el desarrollo más importante corresponde al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a su interpretación del Convenio de 1950 y sus protocolos adicionales. Esto es así especialmente en el caso de los derechos relativos a la educación, y por todo ello dedicaré atención, en el resto de la ponencia, a la delicada labor de este tribunal.

Así pues, antes de entrar en el análisis de las sentencias, merece la pena detenerse brevemente en algunos datos relativos al funcionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o, más coloquialmente, Tribunal de Estrasburgo. Se trata de una institución con una estructura estable y relativamente potente en comparación con lo que es habitual en órganos internacionales de tutela de los derechos humanos. En este sentido, el Tribunal cuenta con 47 jueces (uno por cada Estado parte en el Convenio) que deciden sobre los casos en distintas formaciones: de manera individual (solo para declarar la inadmisibilidad), en Comités de tres o en Salas de siete. Excepcionalmente, pueden reunirse en una Gran Sala compuesta de diecisiete jueces. Asimismo, en el Tribunal prestan sus servicios 270 abogados y otros 370 empleados dedicados a tareas de apoyo. En cuanto al presupuesto anual, para el año 2015 superaba los 69 millones de euros (más de 78 millones de dólares estadounidenses).

Por lo que respecta a su trabajo y resultados, los asuntos sometidos a su consideración no alcanzaban, en los últimos años del siglo XX, los diez mil anuales, mientras que a partir del año 2010 han superado ampliamente los sesenta mil anuales (a excepción del año 2014). Por otra

¹ Un importante estudio del contenido de la Carta de Niza en lo tocante a la educación ha sido realizado por CÁMARA VILLAR, Gregorio, “Artículo 14. Derecho a la educación”, en MONEREO ATIENZA, C. y J. L. MONEREO PÉREZ (dir. y coord.), *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pp. 295-329.

parte, en el año 2014, el Tribunal respondió a más de ochenta y seis mil solicitudes, de las cuales casi 2.400 fueron resueltas en algo menos de novecientas sentencias, y el resto en decisiones o en resoluciones de inadmisión. En cuanto a las cifras de estimación, aproximadamente un 85% de las sentencias dictadas en 2014 declararon alguna vulneración del Convenio o de los protocolos adicionales, lo que ciertamente parece justificar la existencia de una jurisdicción internacional de derechos humanos. Aunque no hay cifras exactas sobre la duración de los procesos, el Tribunal trata de examinar los asuntos en un plazo de tres años desde el momento de sometimiento, aunque en función de distintos factores esta duración puede reducirse o también ampliarse de manera importante.

Estos datos contrastan sin duda con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde solo existen siete jueces, menos de treinta abogados y un presupuesto anual de unos dos millones seiscientos mil dólares. El número de sentencias dictadas al año por la Corte Interamericana suele variar entre quince y veinte, y la duración media de los procesos es de aproximadamente 18,8 meses desde el sometimiento hasta la emisión de la sentencia.

El éxito del Tribunal Europeo como referente en la protección de los derechos humanos ha determinado la adopción de varias medidas para evitar el colapso y tratar de que todos los asuntos obtengan respuesta en un plazo que pueda considerarse aceptable. Así, se ha permitido que los jueces puedan individualmente declarar la inadmisibilidad de los asuntos en caso de no albergar dudas y se ha introducido el llamado procedimiento de “sentencias piloto” para conjuntos de casos similares que afectan a un mismo Estado.

Por otra parte, y aunque no cabe afirmar que obedezca solo a la presión cuantitativa de los asuntos, conviene cuando menos apuntar la posibilidad de que exista una relación entre este hecho y el empleo de una determinada doctrina por el Tribunal Europeo, como es la doctrina denominada del “margen de apreciación”. Con esta expresión, el Tribunal alude a la necesidad de que los Estados puedan decidir del modo más acorde con su situación interna (cultural, jurídica o incluso económica en algunos casos) cómo proceder en determinados asuntos en los que, a juicio del Tribunal, no puede identificarse un amplio acuerdo, dentro

de los Estados miembros del Consejo de Europa, sobre cómo deben ser resueltos. Así, por lo general, cuando el Tribunal recurre a la doctrina del “margen de apreciación” suele declarar la ausencia de vulneración de derechos en el caso analizado, como se ilustrará en el apartado IV del texto. Esta doctrina ha cobrado tal importancia que el Protocolo número 15 (hecho en 2013) incorporará, a su entrada en vigor, una mención expresa del margen de apreciación de los Estados en el Preámbulo del Convenio, vinculándolo al principio de subsidiariedad que rige la protección internacional de los derechos humanos.

Esta manera de argumentar puede contraponerse a un cierto “activismo judicial” que acaso resulte más frecuente en instituciones que comienzan su andadura y buscan afirmarse en la escena jurídica, como quizá puede predicarse de la Corte Interamericana en determinadas épocas (aunque también se encuentran cada vez más ejemplos de autocontención en los últimos años: la absolución de Argentina en varias de las peticiones del caso “Mémoli” [2013]; la apreciación de la falta de agotamiento de los recursos internos en el caso “Brewer-Carías vs. Venezuela” [2014] o la admisión de la excepción de falta de competencia *ratione temporis* en las reivindicaciones de tierras por las comunidades indígenas “Kuna de Madungandí y Emberá del Bayano vs. Panamá” [2014], por citar algunos ejemplos).

III. LOS DERECHOS RELATIVOS A LA EDUCACIÓN EN EL PROTOCOLO ADICIONAL PRIMERO Y SU DESARROLLO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO

Aunque la educación ha sido caracterizada por la doctrina como “derecho-llave” en razón de su capacidad para dotar de una actitud crítica a la persona titular de cualquier otro derecho, lo cierto es que el Convenio Europeo no se refiere a ella en ninguno de sus artículos, y es necesario esperar a la aprobación del primer Protocolo adicional (1952) para que sea reconocida por el sistema internacional europeo. Aun así, la formulación resulta escueta en sí misma y ha sido necesaria una ambiciosa labor interpretativa por parte del Tribunal para proteger algunos intereses dignos de consideración. En efecto, el artículo 2º del

Protocolo, en la versión publicada por el Boletín Oficial del Estado en España, afirma lo siguiente:

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

Como se aprecia, en una primera lectura no parece que el artículo implique ninguna obligación positiva para los Estados partes ni tampoco resulta evidente cuál es el alcance que el Protocolo atribuye a uno y otro derecho. No obstante, el Tribunal de Estrasburgo se ha ocupado de interpretar y clarificar el significado de estos preceptos a lo largo de una jurisprudencia cuidadosamente argumentada y por lo general ponderada que, de manera muy sintética, resumo a continuación.

Durante una primera –y larga– etapa, que va desde la sentencia del caso lingüístico belga, de 1968, hasta, podría decirse, los años 2005-2007, los asuntos examinados por el Tribunal se desenvolvían casi sin excepción en el marco de las convicciones paternas, pues eran sobre todo padres descontentos con distintos aspectos concretos del respectivo sistema educativo quienes recurrían al Tribunal de Estrasburgo: el conflicto sobre la lengua vehicular de la enseñanza (sobre todo el primer asunto relativo a la educación, conocido como “caso lingüístico belga”); la admisibilidad de la educación sexual en la escuela; la posibilidad de que los padres rechacen el castigo físico a sus hijos; la oposición a que los hijos participen en celebraciones nacionales que implican asistir a un desfile militar y, ya en el siglo XXI, el rechazo a la escolaridad obligatoria; el asunto de la enseñanza de determinados valores o contenidos religiosos en la escuela o, en fin, la oposición a la presencia del crucifijo en las dependencias escolares de titularidad pública.

Un segundo tipo de asuntos, a menudo vinculado con las convicciones paternas pero que, por distintos motivos, puede ser tomado en consideración de manera autónoma, tiene que ver con el porte de símbolos religiosos por las personas y, en especial, por los propios sujetos del derecho a la educación. Aunque en algunos casos se trata de solicitudes de padres con una determinada confesión religiosa, en otras ocasiones este tipo de

asuntos han sido sometidos al Tribunal por la vía de la libertad religiosa de los propios alumnos o estudiantes, a menudo en conexión con el derecho a no sufrir discriminación. El primero de estos casos fue enjuiciado en 2001, aunque la mayor parte de las sentencias de esta serie se dictaron entre los años 2008 y 2009. Así mismo, merece la pena destacar que, con la excepción de unos pocos asuntos (“Dahlab v. Suiza”, de 2001, y “Leyla Şahin v. Turquía”, GS, 2005), casi todos estos litigios se originan en el sistema educativo francés, país cuyo Derecho constitucional recoge con un vigor singular el principio de laicidad del Estado: “Francia es una República indivisible, laica, democrática y social”, reza el artículo 1º de la Constitución de 1958.

En fin, un tercer grupo de asuntos puede identificarse a partir de la primera década del presente siglo, en que el Tribunal se ha encontrado con relativa frecuencia ante casos vinculados a la primera frase del art. 2º, esto es, al derecho a la educación entendido en sentido estricto. Así, asuntos como “Timishev v. Rusia” (2005) o “Ponomaryovy v. Bulgaria” (2011) han permitido al Tribunal pronunciarse de manera directa sobre el derecho de toda persona a acceder al sistema de enseñanza básica en condiciones de igualdad con los nacionales, y ello con independencia del estatus migratorio u origen nacional. En esta línea de casos resultan especialmente interesantes los pronunciamientos relativos a la segregación de estudiantes romaníes o *roma* que, a partir del importantísimo asunto “D. H. y otros v. La República Checa” (GS, 2007), han supuesto un destacado avance en la configuración jurisprudencial del derecho a no sufrir discriminaciones hasta el punto de trascender el ámbito de la enseñanza para integrarse en la doctrina del Tribunal sobre igualdad y no discriminación.

En conclusión, puede decirse que el Tribunal de Estrasburgo ha decantado varios principios que, en mayor o menor medida, se encuentran presentes en todos sus razonamientos sobre la materia. A mi juicio, pueden destacarse los siguientes aspectos:

En primer lugar, el tribunal ha afirmado sin titubeos que *el derecho reconocido a los padres no puede servir para limitar el derecho de los hijos a la educación* (así, por ejemplo, en casos en que se pretendía no escolarizar a los hijos porque la enseñanza institucionalizada implicaba elementos contrarios a las convicciones de los padres; o bien cuando los padres se

oponían a la enseñanza de determinados contenidos que el Tribunal considera legítimos, como la educación sexual).

En segundo término, el Tribunal ha declarado que el concepto “respeto” que recogen el art. 1º del Convenio (“obligación de respetar los derechos humanos”) y el art. 2º del Protocolo requiere que los Estados lleven a cabo una *actividad de regulación* que permita, al menos, que los individuos obtengan algún *reconocimiento oficial* por los estudios realizados (*caso lingüístico belga*). Es decir, implica obligaciones positivas para los poderes públicos nacionales.

Como tercera cuestión, conviene destacar que el *acceso al sistema educativo* ha sido asumido como interés prevalente en la mayoría de los casos, si se exceptúan, claro está, los relativamente numerosos asuntos concernientes al pañuelo islámico o al turbante *sikh* en el sistema educativo francés y en otras sentencias ya citadas.

En cuarto lugar, el Tribunal ha tomado en consideración, aunque con ciertos altibajos, el criterio del *superior interés del menor*, que ha servido para decidir el sentido del fallo en no pocas sentencias. No obstante, subsisten problemas desde este punto de vista, como ponen de manifiesto los mencionados asuntos de los símbolos religiosos de estudiantes y profesores, u otros como la obligación de participar en celebraciones nacionales (casos “Valsamis” y “Efstratiou v. Grecia”, ambos de 1996).

Por último, el Tribunal generalmente ha eludido pronunciarse sobre cuestiones relativas al *gasto público*, y solo en casos muy particulares en que se había desmantelado un sistema educativo preexistente y además con el trasfondo de una invasión (o bien una amenaza) armada ha declarado que los Estados tienen una obligación de mantener una determinada prestación en el sistema educativo (“Chipre v. Turquía”, de 2001, o “Catan v. Moldavia y Rusia”, de 2012).

IV. TRES MANIFESTACIONES DEL PLURALISMO IDEOLÓGICO Y RELIGIOSO EN LA ESCUELA: LA EDUCACIÓN SEXUAL, LA ENSEÑANZA DE RELIGIÓN Y OTROS VALORES, LOS SÍMBOLOS RELIGIOSOS

Teniendo en cuenta la limitación temporal para abordar en este foro todos los asuntos sobre el sistema educativo que han sido sometidos al Tribunal, los organizadores me sugirieron profundizar solo en algunos

aspectos, que han sido elegidos en función de su importancia dentro de la jurisprudencia de Estrasburgo, o bien de su actualidad, o, en fin, del interés que pueden presentar para el auditorio.

1. LA EDUCACIÓN SEXUAL

Como primera cuestión me referiré, así pues, a los dos casos relativos a la educación sexual proporcionada a alumnos menores de edad en la escuela. El primer y más importante pronunciamiento se produjo en el año 1976 (asunto “Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen v. Dinamarca”), cuando las familias de varios alumnos adolescentes llevaron al Tribunal su oposición a que en la escuela se informara y concienciara a los jóvenes sobre hábitos y medidas para evitar embarazos indeseados y prevenir frente al contagio de enfermedades de transmisión sexual. Los recurrentes argumentaban que se trataba de cuestiones propias del ámbito privado y que tal enseñanza resultaba contraria a sus convicciones cristianas y adoctrinadora, porque podía verse como una incitación a mantener relaciones sexuales. Algo similar sucedía en el asunto “Jiménez Alonso y Jiménez Merino v. España” (2000), aunque la naturaleza de las convicciones paternas no se especifica en esta resolución.

En esencia, el Tribunal declaró que la educación sexual no tiene por qué considerarse adoctrinadora si se realiza de una manera “objetiva, crítica y plural” y que la afectación a las convicciones paternas podía estar plenamente justificada ante un interés público digno de protección como es la prevención frente a embarazos indeseados y enfermedades venéreas².

Con ello, Estrasburgo apoyaba decididamente el criterio de los Estados a la hora de definir el currículo educativo (siempre que la enseñanza de cuestiones polémicas se realice sin caer en el adoctrinamiento), al tiempo que brindaba protección al interés del menor incluso contra la opinión de los padres, interés que, en estos concretos casos, consistiría

² Una enriquecedora crítica sobre la reducción que, desde el punto de vista del desarrollo de la personalidad, entraña concebir la educación sexual como derecho vinculado a la salud y a la prevención de la violencia, se puede encontrar en MALÓN MARCO, A., “¿El derecho a la educación sexual? Entre los discursos de salvación y la ausencia del conocimiento”, en *Educatio Siglo XXI*, vol. 30, nro. 2, 2012, pp. 207-228, disponible [en línea] <<http://revistas.um.es/educatio>>.

en recibir información sobre determinados riesgos para su salud y, con ello, para su pleno desarrollo como persona.

2. LA ENSEÑANZA DE RELIGIÓN Y ÉTICA

Un segundo aspecto que considero digno de mención aquí se refiere a la enseñanza de valores en el sistema educativo, materia cuyo tratamiento jurisprudencial no resulta muy alejado del recién explicado. En el año 2007, el Tribunal dictó dos sentencias que guardan similitudes a pesar de referirse a contextos tan distintos como el de Noruega, que entonces contaba con una religión oficial –después abandonada–, y el de Turquía, donde una sociedad sensiblemente religiosa (una mayoría de la población profesa la variante sunní del Islam) vive, sin embargo, bajo una Constitución que instaura un Estado marcadamente laico. En el caso noruego (“Folgero y otros”), varios padres solicitaban que sus hijos fueran totalmente eximidos de cursar una asignatura que, junto al estudio de principios éticos, incluía la práctica de ciertos ritos religiosos propios de la religión nacional (una variante del cristianismo reformado). El Estado se negaba a ello con el argumento de que algunas partes de la asignatura resultaban perfectamente neutrales desde el punto de vista religioso y que, por tanto, era suficiente con un sistema de exenciones parciales limitado a los actos de culto. En el caso turco (“Hasan y Eylem Zengin”), los recurrentes solicitaban que se eximiera a la joven Eylem de cursar una asignatura sobre historia y cultura religiosa, en la que apenas se dedicaba atención a la variante aleví del Islam (que los propios recurrentes profesaban), frente a una preponderancia de la variante sunní, asignatura que resultaba obligatoria para los alumnos musulmanes pero no para los judíos ni los cristianos. El Estado argumentaba que se trataba de un currículo pluralista, y que el carácter obligatorio de la asignatura se debía, por otra parte, a la necesidad de proteger a los niños de mitos e informaciones erróneas que abonan el terreno al fanatismo.

En ambos casos, el Tribunal valoró positivamente la decisión de las autoridades de que se estudiaran los valores y las tradiciones con grupos heterogéneos de alumnos, pero consideró que la práctica de ritos, en el caso noruego, y la exigua atención que se concedía al alevismo junto a la exención de los alumnos no musulmanes, en el caso turco, permitían

identificar una actividad adoctrinadora en la enseñanza. De acuerdo con ello, declaró que los alumnos noruegos debían ser eximidos totalmente de la citada asignatura para evitar que pudieran quedar estigmatizados dentro del grupo y, en el caso turco, consideró además que el hecho de que los padres tuvieran que manifestar ante la escuela cuál era la religión que profesaban suponía un grave menoscabo de la libertad religiosa. Recientemente, el Tribunal ha tenido ocasión de reiterar su postura en relación con el modelo turco en una sentencia muy similar del año 2014 (asunto “Mansur Yalçın y otros”).

Así pues, como se aprecia, en estos casos, la calificación de determinada enseñanza como adoctrinadora ha servido para anteponer el interés de los menores al interés público que los Estados pretendían proteger, esto es, el estudio de la ética en un contexto intercultural donde, sin embargo, acababan imponiéndose a las minorías determinadas convicciones mayoritarias.

3. LOS SÍMBOLOS RELIGIOSOS “MÓVILES” Y “FIJOS”

El tercero de los asuntos a que aludiré tiene que ver con la doctrina del Tribunal sobre los símbolos religiosos en la escuela. Como ya he mencionado, existe una larga serie de sentencias que impiden a distintos sujetos acceder a los centros de enseñanza portando objetos confesionales visibles: en “Dahlab v. Suiza” se trata de una profesora; en “Şahin v. Turquía”, de una estudiante universitaria; en “Kervanci”, “Ranjit Singh” y los demás casos franceses, de alumnos de enseñanza básica y secundaria.³ Por otra parte, la conocida sentencia de la Gran Sala en el asunto “Lautsi v. Italia” revocaba un pronunciamiento previo de una sala y venía a afirmar que el crucifijo expuesto en las aulas de un centro público no puede ser considerado como un elemento adoctrinador en la medida en que no vaya acompañado de un discurso proselitista, sino que se proporcione una enseñanza plural y respetuosa con las creencias particulares.

³ Un punto de vista feminista sobre el uso del pañuelo islámico en general (no solo en la escuela) puede encontrarse en PÉREZ BERNAL, Marian, “Envueltas en el *Niqab* y mirando hacia el futuro. Género, tolerancia y multiculturalismo”, en *Cuadernos Kóre. Revista de historia y pensamiento de género* (Otoño/Invierno 2011), vol. 1, nro. 5, pp. 80-100, disponible [en línea] <hosting01.uc3m.es>.

La consideración conjunta de ambas líneas jurisprudenciales ha llevado a algunas voces a tildar al Tribunal Europeo de “etnocentrista” y a afirmar que con ello se proscriben en las escuelas europeas todas las manifestaciones religiosas siempre que no procedan del cristianismo. En mi opinión, sin embargo, esta disparidad de criterios requiere de un análisis más complejo, y en buena medida se explica por la doctrina del “margen de apreciación”. En efecto, el Tribunal no ha afirmado en ninguna sentencia que los símbolos religiosos en la escuela estén prosritos excepto en el caso de los de procedencia cristiana. En realidad ha aplicado, en ambos casos, el principio de que, ante la imposibilidad de identificar un punto de vista común en Europa, debe permitirse a cada Estado que establezca la solución que considere más adecuada de acuerdo con los valores predominantes en su propia sociedad.

No obstante, si –en un ejercicio de imaginación jurídica– se indujera del resultado de estas dos líneas jurisprudenciales una conclusión general (es decir, “los símbolos no cristianos quedan prohibidos, los símbolos cristianos quedan permitidos”), tal situación resultaría problemática desde el punto de vista del concepto de “discriminación indirecta” que el propio Tribunal ha utilizado en tantos casos (y en particular en “D. H. v. La República Checa”), pues se produciría un *resultado discriminatorio* en contra de los europeos no cristianos. Sin embargo, lo cierto es que ni la decisión de impedir el pañuelo islámico o el turbante *sikh* ni la de exhibir en las aulas un crucifijo cristiano resultan impuestas a los demás Estados en virtud de las respectivas sentencias de Estrasburgo, por lo que la conclusión esconde en realidad una trampa lógica y no puede ser acogida con ese grado de generalización y contundencia. Con todo, a mi juicio, no debe tampoco menospreciarse el riesgo de una lectura sesgada por quienes buscan impulsar el fanatismo o simplemente conseguir un titular de prensa llamativo.

Lo anterior, por otra parte, no significa que no pueda criticarse desde múltiples puntos de vista tanto la jurisprudencia de los símbolos no cristianos como la sentencia “Lautsi”. Así, tomando en consideración la propia jurisprudencia de Estrasburgo, se debe recordar que el derecho a la educación es el más importante de los reconocidos en el art. 2º del Protocolo y que, por tanto, los Estados deberían garantizarlo al margen de las creencias religiosas que tengan los padres, permitiendo a los menores

acceder al centro educativo con independencia de las convicciones particulares que en su familia les inculquen. Por otra parte, es cierto que, como afirmaba el Estado italiano en su defensa del caso "Lautsi", la figura de Jesucristo refleja valores como la solidaridad, la generosidad, la defensa de la paz o la honradez, pero lo hace a partir de una simbología de un grupo religioso bien concreto como es el cristianismo. Si, aplicando el razonamiento del Tribunal en los casos "Zengin" y "Yalçın", una asignatura obligatoria solo para los musulmanes no puede ser tan neutra como pretende el Gobierno turco, ¿por qué un crucifijo debe ser aceptado por musulmanes, budistas o miembros de cualquier otra confesión como un símbolo universal, cuando en realidad alude a la vida y muerte del fundador de una concreta religión? Los centros educativos, por otra parte, se presentan en la sociedad como instituciones del Estado al mostrar en sus fachadas las banderas oficiales. Por ello, no puede admitirse el planteamiento de que el centro debe reflejar las convicciones de quienes en cada momento pasan por él (alumnos, profesores, etc.), que, por otra parte, en la escuela pública serán en todo momento muy diversas.

Así pues, por lo que respecta a la cuestión de los símbolos religiosos, las respuestas del Tribunal, a mi juicio, se explican en todos los casos por la doctrina del margen de apreciación, lo que cierra el paso a la interpretación de que el Tribunal Europeo busque desterrar de la escuela todo símbolo religioso distinto de los cristianos. Pero en el fondo, y por lo que más importa, el asunto no está adecuadamente resuelto desde el punto de vista del interés del menor y el pleno desarrollo de su personalidad, perspectiva que, al tratar de educación, debería ser siempre la prioritaria. Pañuelo islámico y turbante *sikh* son manifestaciones particulares de una libertad fundamental como es la religiosa, mientras que el crucifijo en el aula de un centro público constituye una toma de partido por el Estado, que debería respetar el derecho individual a venerar otros símbolos o a no reverenciar ninguno en absoluto.⁴

⁴ En un interesante editorial publicado en *European Journal of International Law*, Joseph H. H. Weiler se refería en términos muy críticos a la primera sentencia del caso "Lautsi", en que el TEDH condenaba a Italia a retirar el crucifijo en el aula. La crítica no se refería tanto al sentido del fallo (pues acepta el derecho de la recurrente a ser indemnizada) como al reduccionismo con que, a juicio del autor, tanto el Tribunal

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Recapitulando, puede afirmarse que la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos oscila entre, por una parte, la protección del interés del menor y de su pleno desarrollo como persona y, por otro lado, el reconocimiento de un margen de apreciación a los Estados, particularmente ante casos relativos a convicciones religiosas particulares. Aunque el empleo de la doctrina del margen de apreciación ha permitido algunos avances significativos (como el de la educación sexual ante riesgos de salud pública o, más recientemente, la importancia de la escolarización obligatoria para el desarrollo individual), lo cierto es que también ha producido determinados efectos a mi juicio problemáticos, como la reiterada absolución de Francia en numerosos casos relativos a la prohibición de símbolos musulmanes o *sikh*, así como la absolución de Italia por, precisamente, mantener crucifijos en ciertas aulas de la escuela pública. En parte, es posible que, con el margen de apreciación, Estrasburgo busque simplemente optar por una solución fácil para evitar una avalancha de solicitudes relativas a los símbolos religiosos si en un solo caso se estimaran las pretensiones de recurrentes musulmanes o *sikh* en Francia y laicos o no cristianos en Italia (y muy probablemente en España también). Aunque considero exagerada y sesgada la interpretación de estos pronunciamientos como un plan deliberado del Tribunal por expulsar de las escuelas europeas todo símbolo religioso distinto de los cristianos, existe, sin embargo, el riesgo de que algunos grupos particulares realicen una lectura de este tipo, con el correspondiente menoscabo a la autoridad de Estrasburgo.

BIBLIOGRAFÍA

CÁMARA VILLAR, Gregorio, “Artículo 14. Derecho a la educación”, en MONEREO ATIENZA, C. y J. L. MONEREO PÉREZ (dir. y coord.), *La Europa*

como el Gobierno italiano trataban la relación entre símbolos religiosos y neutralidad del Estado (a pesar de que, en esta resolución, el Tribunal se pronunció en contra de la República Italiana). *Vid.* WEILER, J. H. H., “Lautsi: Crucifix in the classroom redux”, en *EJIL*, vol. Editorial 21, nro. 1, 2010, pp. 1-6, disponible [en línea] <<http://ejil.oxfordjournals.org>>.

de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Granada, Comares, 2012, pp. 295-329.

Corte Interamericana de Derechos Humanos: "Informe anual 2014", San José, Costa Rica, 2015, disponible [en línea] <http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_2014.pdf>.

MALÓN MARCO, Agustín, "¿El derecho a una educación sexual? Entre los discursos de salvación y la ausencia del conocimiento", en *Educatio Siglo XXI*, vol. 30, nro. 2, 2012, pp. 207-228, disponible [en línea] <<http://revistas.um.es/educatio>>.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, "La presencia de los padres en el derecho a la educación", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nro. 161, 2014, pp. 131-165. También publicado en el *Libro Homenaje al profesor Rafael Barranco Vela*, vol. I, Madrid, Civitas, 2014.

– "Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos" (*Un estudio de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*), Zaragoza, Justicia de Aragón, 2008. También publicado en *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, nro. 37, 2007, y en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, nro. 24, 2008.

MEIX CERECEDA, Pablo, *El derecho a la educación en el sistema internacional y europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

NUEVO LÓPEZ, Pablo, "Educación sexual y derechos fundamentales. Contribución a un debate necesario", en *Revista de Derecho Político*, nro. 80, 2011, pp. 117-148, disponible [en línea] <<http://e-spacio.uned.es>>.

PÉREZ BERNAL, Marian, "Envueltas en el *Niqab* y mirando hacia el futuro. Género, tolerancia y multiculturalismo", en *Cuadernos Kóre. Revista de historia y pensamiento de género* (Otoño/Invierno 2011), vol. 1, nro. 5, pp. 80-100, disponible [en línea] <<http://hosting01.uc3m.es>>.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *El TEDH en 50 preguntas*, publicado en la página del TEDH [en línea] <[http://www.echr.coe.int/Documents/50 Questions_SPA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/50_Questions_SPA.pdf)>.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos: *The ECHR in facts and figures*, 2014, publicado en la página del TEDH <http://www.echr.coe.int/Documents/Facts_Figures_2014_ENG.pdf>.

WEILER, Joseph H. H., "Lautsi: Crucifix in the classroom redux", en *EJIL*, vol. Editorial 21, nro. 1, 2010, pp. 1-6, disponible [en línea] <<http://ejil.oxfordjournals.org>>.

SENTENCIAS Y DECISIONES DEL TEDH CITADAS (EN ORDEN CRO- NOLÓGICO)

Caso relativo a ciertos aspectos de las leyes sobre el uso de las lenguas en la educación en “*Bélgica c/Bélgica*”, 23 de julio de 1968, sentencia sobre el fondo (Pleno).

“*Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen v. Dinamarca*”, 7 de diciembre de 1976.

“*Valsamis v. Grecia*”, 27 de noviembre de 1996.

“*Efstratiou v. Grecia*”, 27 de noviembre de 1996.

“*Jiménez Alonso y Jiménez Merino v. España*”, 25 de mayo de 2000 (Decisión).

“*Dahlab v. Suiza*”, 15 de febrero de 2001 (Decisión).

“*Chipre v. Turquía*”, 10 de mayo de 2001 (Gran Sala).

“*Leyla Şahin v. Turquía*”, 10 noviembre de 2005 (Gran Sala).

“*Timishev v. Rusia*”, 13 de diciembre de 2005.

“*Folgero y otros v. Noruega*”, 29 de junio de 2007 (Gran Sala).

“*Hasan y Eylem Zengin v. Turquía*”, 9 de octubre de 2007.

“*D. H. y otros v. La República Checa*”, 13 de noviembre de 2007 (Gran Sala).

“*Kervanci v. Francia*”, 4 de diciembre de 2008.

“*Ranjit Singh v. Francia*”, 30 de junio de 2009 (Decisión).

“*Lautsi y otros v. Italia*”, 3 de noviembre de 2009.

“*Lautsi y otros v. Italia*”, 18 de marzo de 2011 (Gran Sala).

“*Ponomaryovi v. Bulgaria*”, 21 de junio de 2011.

“*Catan y otros v. Moldavia y Rusia*”, 19 de octubre de 2012 (Gran Sala).

“*Mansur Yalçın y otros v. Turquía*”, 16 de septiembre de 2014.

Fecha de recepción: 29-8-2016.

Fecha de aceptación: 22-2-2017.

La estructura y contenido del derecho a la educación como derecho fundamental de defensa y prestación

SEBASTIÁN SCIOSCIOLI¹

RESUMEN

La concepción y estructura del derecho a la educación como derecho fundamental implica el reconocimiento de posiciones jurídicas exigibles, que se traducen en prestaciones positivas y negativas. En el presente trabajo indagaremos sobre el alcance y vigencia del derecho a la educación en las bases constitucionales y normativas de la Argentina y a través de la reconstrucción de los contenidos presentes en las obligaciones del Estado de respetar, proteger, hacer cumplir y garantizar el derecho.

PALABRAS CLAVE

Educación - Derechos humanos - Estado.

The structure and content of the right to education as a positive and negative fundamental right

ABSTRACT

The concept and structure of the right to education as a fundamental right implies the recognition of enforceable legal positions, which can be studied as positive and negative rights. In this paper we investigate

¹ Doctor en Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho (UBA).