

Martín-Retortillo Baquer, Lorenzo:
***Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de
educación que habrá de darse a sus hijos***

El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, 164 pp.

En pocas ocasiones, como sucede con el libro que ahora se reseña, se combina en una publicación un estudio riguroso (fruto de una auténtica especialización y sabio magisterio en el ámbito de los derechos humanos y, entre ellos, en los vinculados con la educación) y un sentido de la oportunidad en razón de la inmediata utilidad de la obra, habida cuenta de la polémica surgida en España al hilo de la asignatura conocida “educación para la ciudadanía”. En efecto, con el libro objeto de este comentario se ofrece un análisis de una “serie” o conjunto de decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las que, además de otros asuntos conexos, se aborda la tensión existente entre los derechos de los padres a elegir la educación de sus hijos y los derechos de éstos a recibir una educación normalizada, lo que permite apreciar el criterio sostenido por el Tribunal europeo a lo largo del tiempo en una casuística variada de supuestos, teniendo esto la máxima importancia ante la constatación de que algunos de estos pronunciamientos están siendo glosados por los Tribunales españoles al enjuiciar las denegaciones de las solicitudes de objeción de conciencia para cursar la asignatura mentada o la propia legalidad de la asignatura.

Sentado lo anterior, interesa a continuación exponer la estructura de la publicación, debiendo manifestarse, de entrada, que cuenta con un prólogo del titular de la Institución editora del libro, Sr. García Vicente, Justicia de Aragón.

Tras el referido prólogo, es el propio autor de la obra, quien informa al lector, a través de una presentación, de las circunstancias que llevaron a estudiar el objeto del libro. Ciertamente, resulta de una honestidad intelectual innegable dar cuenta al lector de las ocasiones en que el redactor del volumen se ha enfrentado a esta problemática, siendo en todo caso significativo que el profesor Martín-Retortillo hubiera elegido este tema para dictar una de las ponen-

* Magistrado del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 5 de Zaragoza.

cias de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. El autor, por tanto, y como es notoriamente conocido, no llega a este libro de una manera precipitada, sino que es un fruto más de una labor constante y sostenida en el tiempo.

Efectuada la presentación (en la que se da noticia, como se ha dicho, de algunas vicisitudes profesionales y académicas del autor), sigue una introducción en la que, de entrada, se califica al derecho de los padres a escoger la educación de sus hijos como un derecho enigmático pero fundamental. Y, dentro de estas dudas que genera tan particular situación subjetiva, se localizan tres problemas ante otras tantas circunstancias, a saber: a) la negativa genérica a escolarizar a los niños; b) la negativa a que se reciba en los colegios educación sexual, y c) la existencia de objeciones desde una determinada religión o creencia a la enseñanza religiosa que se imparte en las escuelas o al ejercicio de determinadas actividades o prácticas.

Para abordar las anteriores cuestiones, se dedica una primera parte del trabajo al contexto normativo, en el que constituye una pieza esencial el artículo 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Y es que en dicho precepto se generaliza el derecho a la educación, estableciéndose el carácter obligatorio de la enseñanza elemental. Por tanto, se conforma una pesada carga y responsabilidad al Estado y a la vez se atribuye un enorme poder al mismo aparato estatal. De ahí que no sea extraño que sea la propia Declaración la que defina las finalidades del servicio educativo, imponiendo un cierto canon de neutralidad y garantizando el respeto al derecho de opción de los padres sobre el tipo de educación que habrá de prestarse a sus hijos. Importa, ahora, precisamente reflejar los apartados 2 y 3 del mentado artículo 26:

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

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

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 encontró un temprano desarrollo en el sistema del Convenio Europeo de Derechos Humanos que el Consejo de Europa hizo en 1950 y, en concreto, en el Protocolo Adicional número 1 de 1952, cuyo artículo 2 dice así:

“Derecho a la instrucción.

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

Ciertamente, este precepto ahora transcrito tiene una conexión indudable, como se ha dicho, con la Declaración de Derechos Humanos, pero también se advierten, como perspicazmente se dice en el libro reseñado, diferencias trascendentes. De entrada, se pasa de un derecho preferente a otro derecho que, en principio, no se encuentra condicionado Y, en segundo término, y de modo más relevante, se percibe con toda claridad que el derecho de opción de los padres debe vincularse con la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Acto seguido, se estudian los contenidos de interés de los llamados “Pactos de Nueva York” de 1968, así como la propia normativa comunitaria europea, hasta llegar al propio Tratado de Lisboa.

Expuestos los referentes supranacionales, se atiende, lógicamente, a la normativa española en sentido estricto, realizándose una glosa del artículo 27 del texto constitucional, precepto al que califica el autor (que, como es sabido, fue un activo y decisivo Senador constituyente) como “una de las expresiones más cualificadas del consenso constitucional” (p. 66). Y, entre tales consensos, se plasmó uno en el apartado tercero de dicho precepto; según el cual, “los poderes públicos garantizarán el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”. Pues bien, el profesor Martín-Retortillo, al abordar el artículo 27.3 de la Constitución, concluye que, si bien la impartición de una materia religiosa o moral podría ser dispensada por las propias organizaciones religiosas o laicas, lo que “resulta indudable es que si se imparte (por el Estado) tal formación o educación en la escuela, los padres podrán elegir y predeterminar, o, eventualmente, vetar” dicha docencia.

Seguidamente, se examinan varios ejes de la normativa educativa, como son la educación como función pública estatal, las consecuencias del derecho a la educación y de las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión y el estatus de los destinatarios de la educación y de sus familias. Asimismo, se pasa revista al papel de los tres sujetos concernidos por los problemas objeto de estudio, esto es, los padres, el Estado y los propios hijos, lo que resulta coherente con la existencia de una concurrencia de derechos en el problema objeto de estudio. Finalmente, y para acabar con esta primera parte, se analiza la cuestión de la enseñanza obligatoria y las respuestas ante la falta de dicha escolarización a causa de la actitud o pasividad de los padres o de quienes les sustituyen.

En la segunda parte, se ofrece ya lo que se denomina como la respuesta jurisprudencial a los problemas anteriores, abordando de modo cronológico la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, si bien tampoco se renuncia a comentar otras resoluciones de Tribunales diferentes y, en concreto, una decisión del Tribunal Constitucional español (la STC 260/1994) que sirve de pórtico del estudio jurisprudencial de la doctrina europea.

En el estudio de la Jurisprudencia europea, se parte de una primera Sentencia en la que se desvincula el derecho de aprendizaje en la lengua propia de las

convicciones filosóficas que justifican la facultad de los padres a escoger el tipo de educación de sus hijos.

En una segunda Sentencia se aborda el tema de la negativa a recibir educación sexual, de acuerdo con la legislación danesa (caso “Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca”, de 7 de diciembre de 1976). En este caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos asienta, de entrada, varias conclusiones generales sobre los límites de opción de los progenitores, que “no impide a los Estados difundir, mediante la enseñanza o la educación, informaciones o conocimientos que, directamente o no, tengan carácter religioso o filosófico. No autoriza, ni siquiera a los padres, a oponerse a la integración de tal enseñanza o educación en el programa escolar, sin lo cual cualquier enseñanza institucionalizada correría el riesgo de mostrarse impracticable. Parece, en efecto, muy difícil que cierto número de asignaturas enseñadas en el colegio no tengan, de cerca o de lejos, un tinte o incidencia de carácter filosófico, si se tiene en cuenta la existencia de religiones que forman un conjunto dogmático y moral muy vasto, que tiene o puede tener respuestas a toda cuestión de orden filosófico, cosmológico o ético”. Ahora bien, reconocido este derecho-deber del Estado, lo que se prohíbe es “perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada como no respetuosa de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres”.

Descendiendo al caso concreto, el Alto Tribunal europeo concluye que no se produjo una violación del Convenio (y de su protocolo), al no practicarse una suerte de adoctrinamiento.

En cambio, en una Sentencia ulterior (caso “Campbell y Cosans c. Inglaterra”, de 25 de febrero de 1982), el Tribunal sí que admitirá que la previsión de castigos físicos para los alumnos podría suponer una violación del derecho de los padres a escoger la educación de sus hijos en función de sus convicciones filosóficas.

El siguiente exponente judicial tuvo como objeto el rechazo de unos padres griegos y testigos de Jehová a que sus hijos participaran en un desfile o procesión escolar realizado con motivo de una festividad nacional en la que se conmemoraba la ruptura de hostilidades entre la Italia fascista y Grecia durante la segunda guerra mundial. En el caso citado, conocido como “Valsamis c. Grecia”, de 18 de diciembre de 1996, el Tribunal consideró que el desfile o marcha no afectaba seriamente a las convicciones pacifistas de los padres.

Continúa la serie jurisprudencial, con una nueva controversia relacionada con el rechazo de unos padres a la educación sexual impartida esta vez en un centro educativo de Cantabria (asunto “Jiménez Alonso y Jiménez Merino c. España”, de 25 de mayo de 2000). En este punto, el profesor Lorenzo Martín-Retortillo se detiene en comentar, en tono favorable, la decisión del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los padres, cuyos fundamentos serán tenidos en cuenta por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, los jueces europeos inadmitirán la demanda, al considerar que la educación sexual consistía en una “información de carácter general que puede ser concebida como

de interés general y que no constituye una tentativa de adoctrinamiento para preconizar un comportamiento sexual determinado”.

Por seguir con el orden cronológico, en el libro reseñado también se comenta la Sentencia de 11 de noviembre de 2006 (caso “Konrad y otros c. Alemania”), en la que se examina la posibilidad de que los padres rechacen, con carácter general, la educación normalizada dispensada por el Estado, algo que no aceptará el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al entender que el derecho de los padres “sólo se sostiene en la medida en que no entra en conflicto con el derecho de los niños a la educación”.

Finalmente, deben ser objeto de glosa dos recientes Sentencias del Alto Tribunal europeo en las que se aborda el problema de la educación religiosa. Para comprender la primera de ellas, de 29 de junio de 2007, asunto “Folguero y otros c. Noruega”, ha de partirse de la evolución de la enseñanza de la religión en Noruega (país con religión oficial luterana profesada por la mayoría de la población), que se impartía en las escuelas hasta 1969, con la posibilidad hasta entonces de dispensa total o parcial. A partir de este momento, la enseñanza del catecismo se encomienda a la Iglesia, mientras que la enseñanza de la religión cristina quedaba bajo la órbita de la escuela, pero manteniéndose la posibilidad de dispensa total o parcial y su sustitución por una asignatura de filosofía. Sin embargo, en los años noventa se reformó la normativa educativa, estableciéndose como obligatoria una asignatura que versaba sobre el cristianismo, la religión y la filosofía, en la que sólo cabría una dispensa parcial pero no total. Los padres opositores a esta materia alegaron que la enseñanza citada, tal y como estaba concebida, ni aseguraba el criterio de neutralidad y objetividad, ni era impartida de manera pluralista, por lo que rechazaban su impartición a sus hijos. Esta tesis finalmente será la que triunfe, si bien por una reducida mayoría en el Colegio de Magistrados, ya que, según deriva de la Sentencia comentada, el Estado demandado no ha llegado a garantizar que las informaciones y conocimientos incluidos en los programas pudieran ser impartidos de manera objetiva, crítica y pluralista.

La segunda Sentencia, de 9 de octubre de 2007, caso “Zenguin c. Turquía”, también abordó la negativa de unos padres a que sus hijos recibieran clase de una determinada materia con contenidos religiosos, llamada “Cultura Religiosa y Ética”, ya que tal asignatura estaba imbuida de la visión suní del Islam, que no era la que profesaban los actores (musulmanes alevitas). Este planteamiento será asumido también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en función de que la enseñanza de la asignatura se daba esencialmente desde la perspectiva suní del Islam.

El libro acaba con unas consideraciones finales en donde se sintetiza, críticamente, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Entre estas conclusiones, es trascendente retener que el derecho de opción de los padres constituye una garantía frente a eventuales abusos estatales que, en materia educativa, y fruto de la experiencia de determinados regímenes totalitarios, estaban en la mente de todos en la postguerra del segundo conflicto mundial cuando se hizo el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En todo caso, el

derecho paterno constituye un instrumento de garantía del pluralismo, teniendo su fundamento en el respeto que merecen las “creencias filosóficas y religiosas”; creencias que no deben ser necesariamente de naturaleza religiosa, pero sí ser algo arraigado en la conciencia de las personas afectadas. Naturalmente, y ello se subraya por el autor, el derecho de los padres no es un derecho absoluto y debe compaginarse esencialmente con el derecho y responsabilidad del Estado en orden a asegurar el servicio público de la enseñanza. De ahí que no cabe que los padres puedan rechazar *in genere* la enseñanza normalizada para sus hijos, si así está prevista en la legislación interna correspondiente. Tampoco, puede objetarse que determinados contenidos educativos pueden tener implicaciones morales o filosóficas, aunque las enseñanzas –y esto es lo relevante– nunca podrán decantarse por una determinada creencia sin que los padres tengan derecho a acogerse a una dispensa para sus hijos.

Presentado a grandes rasgos el contenido del libro, quien suscribe estas líneas no puede sino mostrar su satisfacción por dar noticia de un volumen que merece ser leído y estudiado y, en general, objeto de una mayor difusión de la que, en principio, puede derivar de una publicación de ámbito esencialmente autonómico. Por lo demás, esta satisfacción es doble, puesto que el acercamiento a esta nueva publicación del Catedrático altoaragonés ha permitido comprobar a quien redacta estas líneas (que se formó en el Seminario de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de Zaragoza) que D. Lorenzo Martín-Retortillo sigue siendo un valioso ejemplo, en cuanto depositario de una auténtica moral ciudadana y profesional y de entrega y servicio al Estado, cuya influencia no se reduce al ámbito estrictamente universitario, sino que ejerce su benéfico influjo también a personas que desarrollan su actividad profesional fuera del mundo académico.