

**EDUCACIÓN SEXUAL Y DERECHOS
FUNDAMENTALES. CONTRIBUCIÓN
A UN DEBATE NECESARIO**

PABLO NUEVO LÓPEZ

SUMARIO

I. LA PROTECCIÓN MULTINIVEL DE LOS DERECHOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL INTERNACIONALMENTE INTEGRADO. II. EL DERECHO A LA SALUD EN LA CARTA SOCIAL EUROPEA Y SU PROYECCIÓN EN EL ÁMBITO DE LA EDUCACIÓN EN SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA. III. NEUTRALIDAD DE LA EDUCACIÓN Y DERECHO EDUCATIVO PATERNO EN EL SISTEMA DEL CONVENIO DE ROMA. IV. APLICACIÓN AL CASO ESPAÑOL. V. CONCLUSIONES.

Fecha recepción: 29.10.2010
Fecha aceptación: 13.12.2010

EDUCACIÓN SEXUAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES. CONTRIBUCIÓN A UN DEBATE NECESARIO

POR

PABLO NUEVO LÓPEZ

Universidad Abat Oliva CEU (Barcelona)

Una de las principales novedades de la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (BOE del 4 de marzo) estriba en la importancia concedida a la acción preventiva, con un especial énfasis en el ámbito educativo, con el propósito de hacer innecesario el recurso a la interrupción voluntaria del embarazo.

En este sentido, el Preámbulo (Epígrafe I) establece al respecto que

«La Ley parte de la convicción, avalada por el mejor conocimiento científico, de que una educación afectivo sexual y reproductiva adecuada, (...) y la disponibilidad de programas y servicios de salud sexual y reproductiva es el modo más efectivo de prevenir, especialmente en personas jóvenes, las infecciones de transmisión sexual, los embarazos no deseados y los abortos».

Consecuentemente, la Ley pretende —además de modificar la regulación del aborto— establecer las obligaciones de los poderes públicos para «garantizar los derechos fundamentales en el ámbito de la salud sexual y reproductiva» (art. 1), lo cual implica, entre otras cosas, incorporar «la información y la educación afectivo sexual y reproductiva en los contenidos formales del sistema educativo» y establecer una «educación sanitaria integral y con perspectiva de género sobre salud sexual y salud reproductiva» (art. 5.1, apartados a) y e), respectivamente)¹.

¹ Como ha puesto de manifiesto Martínez Sospedra, siendo el concepto de salud sexual y re-

Este mandato se proyecta en los artículos 9 y 10 de la Ley orgánica 2/2010, conforme a los cuales se procede a la «incorporación de la formación en salud sexual y reproductiva al sistema educativo» (art. 9) y a la promoción de «actividades formativas» en esta materia (art. 10). De esta distinción parecería deducirse un doble contenido: por un lado, el mantenimiento de actividades de información en materia afectivo-sexual, como ya vienen haciendo todas las Administraciones Públicas, actividades que tendrían un cierto carácter informal (campañas de sensibilización, de difusión y promoción de métodos anticonceptivos, etc.); y por otro lado, la introducción en el conjunto de la enseñanza reglada de contenidos específicos relativos a la salud sexual y reproductiva².

Tras la experiencia de los últimos años, y de la «guerra escolar» desatada en la sociedad española tras la introducción del conjunto de asignaturas que componen Educación para la Ciudadanía, no parece demasiado arriesgado sostener que según sean el contenido que se establezca para la Educación en salud sexual y reproductiva en los correspondientes Decretos de desarrollo de la Ley orgánica 2/2010 puede volver la polémica a las aulas españolas.

De ahí que sea procedente, con carácter previo a dicho desarrollo reglamentario, esbozar el marco en que puede moverse el Gobierno a la hora de establecer los concretos contenidos para la Educación en salud sexual y reproductiva, marco que será el resultado de la ponderación de principios y derechos constitucionales, como el derecho a la protección de la salud del art. 43 CE (de cuyo contenido, como señalaremos, puede deducirse un derecho a una educación sanitaria adecuada, incluyendo la educación sexual), el derecho reconocido a los padres en

productiva el eje de la norma, no deja de ser llamativo el hecho de que el Anteproyecto del que trae causa la Ley orgánica 2/2010 tenga su origen en el Ministerio de Igualdad y no en el de Sanidad, como parecería más lógico y establece el art. 22.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, o que se haya tramitado en el Congreso por la Subcomisión de Igualdad, y no por la de Sanidad (como parece exigido por el art. 109 del Reglamento de Congreso). Cfr. Martínez Sospedra, M. «Aborto y menesterosidad social», *Papeles de la Cátedra Gift & Task de Bioética y Derecho de la Universidad Abat Oliba CEU*, 2010, p. 2. Disponible en

<http://bioetica.uao.es/estudios-de-la-catedra/documentos-de-trabajo/aborto-y-menesterosidad-social.-un-analisis-de-datos/view> (fecha última de consulta, 29 de octubre de 2010).

²No precisa el art. 9 de la Ley orgánica 2/2010 la edad a la que deben recibir los alumnos formación en materia de salud sexual y reproductiva ni si esto implica la introducción de una asignatura nueva en los planes de estudio (para lo cual sería necesario modificar la Ley orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación), o bien se incorporarán estos contenidos a alguna de las asignaturas ya existentes. Si se optara por esta segunda opción, a la luz de las materias que establecen para la Educación Secundaria Obligatoria los artículos 24 y 25 de la LOE parece que lo adecuado sería incluir este contenido dentro de la materia Educación ético-cívica correspondiente al cuarto curso de la Educación Secundaria Obligatoria.

el art. 27.3 CE a que sus hijos reciban una formación moral y religiosa conforme a sus convicciones, y el principio establecido en el art. 27.2 CE conforme al cual la educación «tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana» (desarrollo que además, *ex art.* 10.1 CE, debe ser libre).

Por otro lado, y de conformidad con lo señalado en el art. 10.2 CE, con carácter previo a esta delimitación y ponderación es necesario hacer mención, a mi juicio y aun cuando sea brevemente, al fenómeno de la protección multinivel de los derechos en el Estado constitucional internacionalmente integrado, recordando el papel central que en la interpretación de los derechos humanos tiene el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como el papel que está llamado a desempeñar el Comité Europeo de Derechos Sociales (instituciones del Consejo de Europa, ambas con naturaleza jurisdiccional, que interpretan autoritativamente el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y libertades fundamentales y la Carta Social Europea).

I. LA PROTECCIÓN MULTINIVEL DE LOS DERECHOS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL INTERNACIONALMENTE INTEGRADO

Nuestra Constitución no concibe al Estado como un ente cerrado en sí mismo, celoso de su soberanía, sino de un modo abierto a la esfera internacional, tanto por la posibilidad de ceder a organismos supranacionales el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución (art. 93) como por la asunción del paradigma contemporáneo de protección de los derechos fundamentales, incorporando a nuestro ordenamiento el derecho internacional de los derechos humanos. Se trata por tanto, como acertadamente ha puesto de relieve la doctrina, de un Estado internacionalmente integrado³.

Esto se proyecta de modo especial en el ámbito de los derechos fundamentales, pues como es sabido, de acuerdo con el art. 10.2 CE «las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España».

³ Vid. Al respecto, Torres del Moral, A. «El Estado internacionalmente integrado», en *Estado de Derecho y democracia de partidos*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2ª edición, 2004, pp. 109 y ss.

Como ha puesto de manifiesto González Campos, en este precepto nos encontramos ante un «mandato» constitucional para una interpretación correcta de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución⁴, interpretación que sirve para la «identificación del significado de unos enunciados normativos caracterizados casi sin excepción por su naturaleza controvertida, por su vaguedad, apertura, indeterminación»⁵.

Por lo que respecta a los efectos de esta cláusula interpretativa del art. 10.2 CE, consideran la doctrina y el TC que no es posible por esta vía la incorporación de nuevos derechos fundamentales a nuestro ordenamiento (el cauce adecuado sería el art. 96 CE, conforme al cual los Tratados Internacionales —también los que reconocen nuevos derechos— forman parte de nuestro ordenamiento; eso sí, estos nuevos derechos incorporados al ordenamiento no tendrían carácter fundamental), pero sí es posible la incorporación a derechos ya reconocidos (es decir, ya presentes en el texto constitucional) «de aspectos no explicitados en la Constitución»⁶. En relación con este extremo, Díez-Picazo ha llegado a afirmar que «es razonable concebir los tratados internacionales sobre derechos humanos como normas que, de alguna manera, desarrollan materialmente el Título I de la Constitución»⁷.

En cuanto al alcance de esta cláusula hermenéutica, debemos partir de la constatación de que está fuera de toda duda la aplicación de la regla contenida en el art. 10.2 CE respecto de la interpretación de los derechos fundamentales susceptibles de amparo (que en buena medida coinciden con los derechos civiles y políticos), con la consecuencia de que en esta tarea interpretativa el respeto al art. 10.2 CE «autoriza y aun aconseja» acudir a la jurisprudencia del TEDH en la aplicación del CEDH de 1950, como señaló tempranamente el Tribunal Constitucional⁸. Ello conlleva que, en la tarea de

⁴ González Campos, J. «Las normas internacionales sobre derechos humanos y los derechos fundamentales y libertades reconocidos en la Constitución Española (art. 10.2 CE)», en *Tres lecciones sobre la Constitución*, Ed. Megablum, Sevilla, 1999, pp. 47 y 42.

⁵ Saiz Arnáiz, A. «Art. 10.2 CE. La interpretación de los derechos fundamentales y los Tratados Internacionales sobre derechos humanos», en *Comentarios a la Constitución* (Casas Baamonde, M. E. y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., dir.), Madrid, Fundación Wolters Kluwer, 2008, p. 193.

⁶ Saiz Arnáiz, A. «Art. 10.2 CE. La interpretación de los derechos fundamentales y los Tratados Internacionales sobre derechos humanos», *Op. cit.*, p. 196.

⁷ Díez-Picazo, L. M^a. *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 153 y 154.

⁸ A modo de ejemplo puede citarse la STC 36/1984, en cuyo Fundamento jurídico 3 señala el Alto Tribunal que «La remisión que el art. 10.2 de la CE hace a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias suscritos por España para la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales

delimitación del contenido de los derechos operada por el TC en sus casi 30 años de actividad ha cobrado una especial relevancia la doctrina del Tribunal de Estrasburgo⁹, incorporada en gran medida por nuestro Tribunal Constitucional al sistema constitucional de derechos.

Considera Saiz Arnáiz que si bien es posible argumentar que esta regla se proyecta sobre todos los derechos del Título I de la Constitución, el TC se ha venido inclinando por limitarla a los derechos del Capítulo 2 del citado Título I, y dentro del mismo especialmente a los de la Sección 1ª, esto es, a los protegibles en amparo¹⁰. No obstante, en mi opinión sí es posible utilizar la regla del art. 10.2 para la interpretación de todos aquellos derechos reconocidos en el Título I de la Constitución que puedan encontrar un reflejo en un derecho reconocido en un Tratado internacional suscrito por España, al menos cuando el Tratado en cuestión incorpore algún mecanismo de naturaleza jurisdiccional (por tanto, con algún órgano con capacidad para interpretar de manera autorizada los citados derechos, e imponer dicha interpretación de modo vinculante a los Estados signatarios del mismo).

Estas características pueden apreciarse en los Tratados sobre derechos humanos en el marco del Consejo de Europa, pues tanto el Convenio de Roma de 1950 como la Carta social europea incorporan mecanismos que cumplen los requisitos apuntados.

Por lo que respecta a los derechos reconocidos en el Convenio de Roma, la doctrina es prácticamente unánime en el sentido de considerar que entran en el ámbito de aplicación de la cláusula interpretativa del art. 10.2, habiéndose llegado a decir que el CEDH impone un «orden público europeo»¹¹.

En la interpretación de los derechos reconocidos por el Convenio de Roma, «el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha adquirido un papel de órgano

y libertades públicas, autoriza y aún aconseja, referirse, (...) a la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH)». Ahora bien, esto no implica que el TC haya asumido siempre y en todo la doctrina del TEDH. En este sentido, en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, el Alto Tribunal señala expresamente (FJ 11) algunas diferencias de criterio entre ambos tribunales, resaltando el contraste entre las líneas jurisprudenciales respectivas en relación con la existencia o no de un «derecho a la vida familiar».

⁹ García de Enterría, E. «Valeur de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme en droit espagnol», en *Protecting Human Rights: The European Dimension/Protection des droits de l'homme: la dimensions européenne*. Mélanges en l'honneur de Gérard J. WIARDA, Köln, Berlin, Bonn, München, 1990, pp. 224 y ss.

¹⁰ Saiz Arnáiz, A. «Art. 10.2 CE. La interpretación de los derechos fundamentales y los Tratados Internacionales sobre derechos humanos», *Op. cit.*, p. 195.

¹¹ Fernández Sánchez, P. A. *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 56.

cuasiconstitucional en Europa en el campo de los derechos humanos»¹², debido a que, por un lado, las decisiones del Tribunal de Estrasburgo son vinculantes para los Estados, y por otro, por medio de sus Sentencias el Tribunal procede a perfilar el contenido y los límites de los derechos del CEDH. En este sentido, el propio Tribunal ha señalado expresamente que

«Sus sentencias sirven no sólo para resolver los asuntos que se le someten, sino con más amplitud para aclarar, amparar y desarrollar las normas del Convenio y contribuir de esta manera a que los Estados respeten los compromisos contraídos como partes contratantes» (Caso Irlanda v. Reino Unido, 18/01/1978, § 154).

Esta amplitud que otorga el TEDH a su labor hermenéutica la conecta con la finalidad del Convenio, afirmando lo siguiente

«Tratándose de un tratado normativo, se debe, por otra parte, buscar cuál es la interpretación más propia para alcanzar el fin y realizar el objeto de este tratado y no el que daría alcance más limitado a los compromisos de las partes» (STEDH Caso Wemhoff, 27/06/1967).

De ahí que se hable en la doctrina del «efecto de cosa interpretada de las sentencias¹³» del Tribunal de Estrasburgo, lo que implica que «en los países que pertenecen al CEDH, las normas constitucionales sobre derechos fundamentales sólo pueden operar autónomamente en aquellos sectores que no han sido tocados aún por la jurisprudencia de Estrasburgo»¹⁴. En consecuencia, la jurisprudencia del TEDH vincula a los operadores jurídicos nacionales (comenzando por el TC) en lo referente al contenido esencial o contenido mínimo de los derechos fundamentales que también han sido reconocidos en el Convenio de Roma¹⁵.

¹² Ripol Carulla, S. *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el derecho español*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 33.

¹³ Fernández Sánchez, P. A. *Las obligaciones de los Estados en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, *Op. cit.*, p. 138.

¹⁴ Díez-Picazo, L. M^a. «Límites constitucionales al poder constituyente», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 76, 2006, p. 18.

¹⁵ Fossas Espadaler, E. «Cosa interpretada en derechos fundamentales: jurisprudencia del TEDH y jurisprudencia constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 82, 2008, p. 174. En contra de esta opinión se muestra Aláez, para quien la interpretación del TEDH no puede alterar la dogmática de los derechos fundamentales de la Constitución. Cfr. Aláez Corral, B. «Ideario educativo constitucional y respeto a las convicciones morales de los padres: a propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo sobre Educación para la Ciudadanía», *El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, núm. 5, 2009.

Ahora bien, en nuestra opinión la cláusula hermenéutica del art. 10.2 CE opera también respecto de los derechos sociales reconocidos en los Tratados Internacionales suscritos por España, en la medida en que disponemos de un órgano cuasijurisdiccional como el Comité Europeo de Derechos Sociales que ofrece, aunque en un ámbito parcial, una interpretación autorizada de los derechos reconocidos en la Carta Social Europea.

A esta conclusión es posible llegar a partir de la revisión de la Carta Social Europea, que establece un mecanismo de Reclamaciones colectivas, de naturaleza jurisdiccional, en aplicación del cual el Comité Europeo de Derechos Sociales dicta resoluciones vinculantes para los Estados (las llamadas decisiones sobre el fondo). Es verdad que las Resoluciones del Comité no son directamente ejecutivas, pero eso no quita para tengan un carácter cuasijurisdiccional¹⁶, habiéndose podido decir, por tanto, que «el Comité Europeo de Derechos Sociales hace Derecho»¹⁷. Estas decisiones del Comité Europeo de Derechos Sociales afectan directamente y en primer lugar, como es obvio, al Estado que ha sido sujeto pasivo de la reclamación colectiva, pero sus efectos interpretativos sobre los derechos reconocidos por la Carta Social Europea se extienden a todos los Estados firmantes, por lo que —en este aspecto hermenéutico de los derechos constitucionales— es en cierto modo irrelevante que un Estado haya formulado reservas a la adopción del sistema de reclamaciones colectivas. Como señala Jimena Quesada en relación con nuestro ordenamiento, «por más que España no haya aceptado el mecanismo de las reclamaciones colectivas, ello lo único que significa es que nuestro país no podrá ser objeto de una condena directa por tal vía. Sin embargo, tal circunstancia no quiere decir que España vaya a permanecer ajena respecto a las decisiones adoptadas como resultado del examen de las reclamaciones colectivas»¹⁸.

En todo caso, debe mencionarse que el TC ha distinguido entre tratados y acuerdos que establecen auténticos compromisos jurídicos, con carácter vinculante (*hard law*), de aquellos acuerdos internacionales que únicamente tienen valor orientativo (*soft law*¹⁹). Esta distinción, en el ámbito material que abordamos

¹⁶ Belorgey, J-M. «La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales», *Revista de Derecho Político*, núm. 70, 2007, pp. 353 y ss.

¹⁷ Belorgey, J-M. «La Carta Social Europea del Consejo de Europa y su órgano de control: el Comité Europeo de Derechos Sociales», *Op. cit.*, p. 360.

¹⁸ Jimena Quesada, L. «Retos pendientes del Estado social español: en especial, la ratificación de la Carta social europea revisada de 1996», *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 2, 2006, p. 65.

¹⁹ De acuerdo con Tammes, el *soft law* es un fenómeno que «presenta las características del Derecho en cuanto a su pretendido efecto de influenciar en el deseo y restringir la libertad de aquellos a quien [sic] se dirige», pero con la impresión de que «algo falta en la naturaleza jurídica o vin-

en el presente trabajo, lleva a distinguir entre los Convenios del Consejo de Europa (principalmente, el CDEH y la Carta social europea)²⁰, auténticos ejemplos de *hard law* internacional en materia de derechos humanos, y las Resoluciones y Recomendaciones del Consejo de Europa.

II. EL DERECHO A LA SALUD EN LA CARTA SOCIAL EUROPEA Y SU PROYECCIÓN EN EL ÁMBITO DE LA EDUCACIÓN EN SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

El art. 11.2 de la Carta Social Europea revisada establece que

«Con el fin de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes se comprometen, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, a tomar las medidas apropiadas destinadas entre otras a:»

De este derecho, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha deducido la obligación de los Estados signatarios de asegurar el acceso universal a la educación sexual y de salud reproductiva.

En esta materia, el *leading case* es una Decisión de fondo de 30 de marzo de 2009 (Asunto International Centre for the Legal Protection of Human Rights INTERIGHTS contra Croacia).

Esta Decisión del Comité trae causa de una Reclamación colectiva presentada en fecha 10 de octubre de 2007 por la ONG INTERIGHTS, en la que ésta alegaba que el modo en que Croacia había organizado la educación en materia de salud sexual y reproductiva no respetaba los artículos 11.2 y 16 (ya fuera en sí mismos o leídos a la luz de la cláusula de no-discriminación del preámbulo) ni el artículo 17 de la Carta social europea.

culante del Derecho tal y como lo conocemos en la vida cotidiana». Cfr. Tammes, A.J.P., «Soft law», en *Essays on International and Comparative Law in Honour of Judge Erades*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1983, citado por Alonso García, R. «El soft law comunitario», *Revista de Administración Pública*, núm. 154, 2001, p. 64.

²⁰ Así, el Consejo de Estado ha llegado a poner de manifiesto que «los convenios y acuerdos del Consejo de Europa gozan de un valor supralegislativo en lo que se refiere a la interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas, ya que el Tribunal Constitucional, a tenor del artículo 10.2 de la Constitución, ha interpretado las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce de acuerdo con lo dispuesto en los numerosos convenios del Consejo de Europa». Cfr. Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español, de 14 de febrero de 2008, p. 289.

En síntesis, la argumentación de INTERIGHTS señalaba que la educación sexual y reproductiva impartida en Croacia era incoherente e insuficiente, ofreciendo contenidos obsoletos, aparte de que en la medida en que no era una materia obligatoria no llegaba a todos los estudiantes (§ 25 y 26). Esto era debido, según esta ONG, a que los contenidos de esta materia no incluían todo lo que aparece en las recomendaciones internacionales, por lo que no protegían de modo adecuado la salud, aparte de que se trataba de contenidos científicamente inexactos, plagados de clichés sexistas, y en los que se presentaban las relaciones heterosexuales como la forma normal de relación sexual, por lo que a su juicio se estaba señalando que cualquier otro comportamiento sexual debía ser considerado anormal. No sólo eso, sino que en dichos contenidos se señalaba que la homosexualidad es una de las principales causas de incremento de las enfermedades de transmisión sexual, describiéndose a los homosexuales como una categoría de individuos de moral disoluta (§ 27). Asimismo, criticaba INTERIGHTS que en las clases de religión católica y en el programa extraescolar «TeenStar», se abordaba el tema de la sexualidad únicamente en el contexto del matrimonio y la procreación, sin proporcionar informaciones exactas sobre los preservativos, la anticoncepción, el aborto, etc., calificando como inmoral el comportamiento homosexual (§ 28). En tercer lugar, la ONG citada criticaba que los cursos de educación sexual fueran impartidos por docentes sin formación específica en la materia, siendo normalmente profesores de otras asignaturas, como biología o ciencias naturales (§ 30). En cuarto lugar, INTERIGHTS declaraba que el control y evaluación de esta asignatura era insuficiente.

En virtud de los argumentos señalados, INTERIGHTS consideraba que la ausencia de una correcta educación en materia de salud sexual y reproductiva en Croacia dejaba a las jóvenes en una situación de vulnerabilidad mayor que la de los jóvenes de su misma edad. Como de esa vulnerabilidad en opinión de INTERIGHTS se desprendían determinados riesgos sanitarios, la situación constituía una discriminación ilegal por razón de sexo.

Para resolver la Reclamación planteada, el Comité comenzó señalando que del art. 11.2 de la Carta se deduce que los Estados debe prever una educación sobre cuestiones sanitarias, desarrollando la responsabilidad individual en diferentes cuestiones, entre las cuales se encuentran las relativas a la sexualidad y la procreación (§ 43).

En opinión del Comité, junto a la familia, «la estructura más apropiada para educar en la salud es la escuela, pues el objetivo general de la educación es comunicar conocimientos y aptitudes que permitan afrontar la vida en su globalidad» (§ 44). De ahí que pueda considerarse que forma parte del contenido

del derecho del art. 11.2, entre otros, la educación sexual y reproductiva (§ 45), que para el Comité es un «proceso tendente a desarrollar la capacidad de niños y adolescentes de comprender su sexualidad en su dimensión biológica, psicológica, sociocultural y reproductiva» (§ 46).

Reconociendo la diversidad que sobre este asunto hay en Europa por motivos culturales, religiosos, etc., el Comité llegó a la conclusión de que en cualquier caso los Estados deben asegurar (§ 47):

- la incorporación de programas de salud sexual y reproductiva en la escuela, en los curricula ordinarios;
- con una adecuada extensión y medios suficientes;
- teniendo que garantizarse la idoneidad de estos programas, así como de los métodos didácticos de los mismos; especialmente, debe asegurarse que «las informaciones transmitidas sean objetivas, reposen sobre pruebas científicas recientes y que no sean censuradas, disimuladas o deliberadamente tergiversadas, por ejemplo en lo que concierne a la contracepción y a los diferentes medios de preservar la salud sexual y reproductiva»;
- incluyendo un procedimiento de control y de evaluación de la enseñanza, para acreditar que se satisfacen los criterios señalados.

Por otro lado, teniendo en cuenta la cláusula de no discriminación del Preámbulo de la Carta, el Comité puso de manifiesto que la educación sexual y reproductiva debe impartirse a todos los escolares sin discriminación de ningún tipo. Esta prohibición de discriminación reviste dos dimensiones: en primer lugar, «los escolares no deben ser discriminados en el acceso a este tipo de educación, la cual no puede ser utilizada como medio para reforzar estereotipos envilecedores o perpetuar formas de ultraje que contribuyan a la exclusión social de grupos tradicionalmente marginados» (§ 48); en segundo lugar, los Estados pueden fomentar la introducción de este tipo de educación como complemento a la enseñanza reglada, en módulos opcionales; cuando esto suceda, y si estos programas están financiados con fondos públicos —aunque sea parcialmente— o son la forma que tiene el Estado de cumplir con sus obligaciones respecto de la Carta, la educación sexual debe ser objetiva y respetar el principio de no discriminación (§ 49).

El Comité subrayó que «la obligación deducida del art. 11.2 de la Carta tal y como ha sido definido anteriormente no afecta al derecho de los padres a aclarar y aconsejar a sus hijos, de ejercer hacia ellos sus funciones naturales de educadores, ni de orientarles en una dirección conforme a sus propias convicciones religiosas o filosóficas» (§ 50).

Dicho lo anterior, el Comité reconoció asimismo que los Estados disponen de

un amplio margen de apreciación en lo tocante a la organización de este tipo de enseñanzas.

En cuanto a la valoración cuantitativa de los programas de las escuelas croatas, para el Comité no era posible determinar, en abstracto y a priori, el número mínimo de horas por curso escolar que debe emplearse en la educación sexual, sino que debe analizarse caso por caso. En el caso concreto, en su opinión no quedó acreditado, de modo suficiente, que las horas establecidas en Croacia fueran insuficientes para conseguir el objetivo general de sensibilización en relación con la salud sexual y reproductiva (§ 54).

Asimismo, el Comité recordó que no le corresponde examinar en detalle los programas de cada Estado, y que las soluciones a los problemas concretos pueden variar de Estado a Estado, por lo que debe recordarse la existencia del margen de apreciación nacional (§ 58-59). No obstante, sí consideró el Comité que algunos de los materiales examinados estaban plagados de errores, y presentaban contenidos discriminatorios y envilecedores. A modo de ejemplo, en un libro de Biología examinado se señalaba que las relaciones homosexuales son las principales responsables del aumento de enfermedades de transmisión sexual, así como que el SIDA se propaga por personas de costumbres ligeras, que cambian frecuentemente de pareja sexual, mencionando de modo expreso a los homosexuales. Aquí el Comité apreció una «estigmatización de los homosexuales», considerando que era un «discurso contrario a la dignidad humana», por lo que «su inclusión en manuales escolares es una violación contraria al art. 11.2 de la Carta» (§ 60).

Aprobando oficialmente o permitiendo la utilización de estos manuales con contenidos «homóforos», Croacia «incumple su obligación de garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud». Los poderes públicos tienen un deber en relación con la enseñanza en el conjunto de las funciones asumidas por el Estado. Junto a un contenido negativo, implica para el Estado asimismo obligaciones de carácter positivo, como que «los medios educativos no refuercen los estereotipos envilecedores y no perpetúen formas de ultraje que contribuyan a la exclusión social» (§ 61).

Más allá de esto, el Comité desestimó los argumentos de la reclamación de INTERIGHTS. No consideró adecuadamente probado que existiera discriminación en el modo de tratar la educación para la salud sexual y reproductiva en los cursos opcionales de religión católica impartidos en las escuelas croatas (§ 62), ni que los manuales escolares croatas perpetuaran clichés sexistas (§ 64), ni mucho menos que una supuesta deficiencia cualitativa y cuantitativa de este tipo de educación en las escuelas croatas conllevara un riesgo mayor para las adolescentes que para los varones de la misma cohorte de edad (§ 65).

En conclusión, para el Comité Europeo de Derechos Sociales, del derecho a la protección de la salud deriva una obligación para el Estado de incorporar al sistema educativo formación en materia de salud sexual y reproductiva, y de modo parejo esta competencia estatal implica la sujeción de escolares y padres. Ahora bien, en el ejercicio de esta competencia, la actividad estatal está sometida a límites. En primer lugar, la información comunicada en este tipo de asignaturas debe ser científica, veraz, con contenidos actualizados y tiene que evitar estigmatizar a ningún grupo social. En segundo lugar, y para no vulnerar el derecho de los padres a elegir la formación moral que quieren para sus hijos, la educación sexual debe impartirse de modo objetivo, respetando los estándares fijados al respecto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

III. NEUTRALIDAD DE LA EDUCACIÓN Y DERECHO EDUCATIVO PATERNO EN EL SISTEMA DEL CONVENIO DE ROMA

El art. 2 del Protocolo I del Convenio Europeo para la protección de los derechos fundamentales dispone lo siguiente:

«A nadie se puede negar el derecho a la instrucción. 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».

Según la doctrina, en el sistema de protección de los derechos fundamentales del Convenio de Roma de 1950 los derechos de los padres prevalecen sobre los fines del Gobierno y los derechos del Estado. En virtud del art. 2 del Protocolo I del Convenio, «el derecho a la educación se concibe en interés del menor; por tanto, el respeto a los derechos y convicciones de los padres implica que el adoctrinamiento no está permitido en las escuelas públicas»²¹.

Para Castro-Rial Garrone, el art. 2 del Protocolo I del Convenio de Roma tiene como objetivo esencial evitar el adoctrinamiento por parte del Estado, por lo que «los Estados están obligados a actuar positivamente adoptando las medidas necesarias para garantizar el respeto de las convicciones filosóficas de los padres»²².

²¹ Barbas Homem, A. P. «Constitutional Aspects of the Legal Status of Pupils», *The legal Status of Pupils in Europe*, J. de Groog and H. Penneman (Eds.), Kluwer Law International, La Haya, 1998, p. 147.

²² Castro-Rial Garrone, F. «Sobre ciertos aspectos del derecho a la educación a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 3, 1985, pp. 555 y 565.

Para el TEDH, el art. 2 está dominado por la primera frase del mismo. Esto es así en virtud de la titularidad de cada uno de los derechos presentes en este artículo. Mientras que en la primera frase se contemplan los derechos de aquellos que han de recibir la educación —ordinariamente, niños—, en la segunda frase se protegen los derechos de los padres a asegurar la mejor educación para sus hijos²³.

Es decir, la protección de las convicciones religiosas o filosóficas de los padres sirve a su vez para proteger, de manera indirecta, el derecho a la educación de los hijos²⁴, si bien el Tribunal ha tenido ocasión de precisar que la expresión convicciones filosóficas se refiere a «las convicciones merecedoras de respeto en una sociedad democrática, que no son incompatibles con la dignidad humana y, además, no se oponen al derecho fundamental del niño a la instrucción»²⁵. A la luz de esta precisión del TEDH, Embid Irujo considera que el derecho educativo paterno queda subordinado al derecho a la instrucción del niño²⁶.

En todo caso, como señala Fernández Segado, «de los trabajos preparatorios parece deducirse que es la prohibición al Estado de fines de adoctrinamiento en la difusión y transmisión del conocimiento por medio de la educación y la enseñanza lo que, de modo sustancial, se pretendió con este inciso segundo del art. 2»²⁷, pues la garantía del pluralismo educativo —la ausencia de adoctrinamiento por parte del Estado— previene la deriva totalitaria de éste²⁸.

El Tribunal de Estrasburgo tuvo ocasión en 1976 de pronunciarse a propósito de los límites recíprocos entre el derecho de los padres a elegir la formación moral que quieren para sus hijos y la competencia estatal para incluir, en el sistema educativo, una materia sobre educación sexual. La doctrina jurisprudencial establecida en dicha Sentencia ha sido utilizada en ocasiones posteriores por el

²³ Ovey, C. y White, R., *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2002, p. 325.

²⁴ Gori, G. *Towards an EU Right to Education*, Kluwer Law International, La Haya, 2001, p. 376.

²⁵ Caso Cosans v. UK, Sentencia de 25 de febrero de 1982, § 36.

²⁶ Embid Irujo, A. «Derecho a la educación y derecho educativo paterno», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 7, 1983, p. 396.

²⁷ Fernández Segado, F. «La interpretación del derecho a la educación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el marco del Convenio de 4 de noviembre de 1950», *Revista de Derecho Público*, núm. 1, 1986, p. 11.

²⁸ Castro-Rial, F. «Sobre ciertos aspectos del derecho a la educación a la luz de la Jurisprudencia del TEDH», *Op. cit.*, p. 555. Cfr. también, Martín-Retortillo, L. «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)», *Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, núm. 37, 2007, especialmente pp. 280 a 298.

TEDH, de modo que puede considerarse «cosa interpretada» y criterio del Tribunal de Estrasburgo en relación con estos derechos.

En efecto, en su Sentencia Kjelsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, de 7 de diciembre de 1976, el Tribunal de Estrasburgo enjuició la licitud del programa danés de educación sexual, obligatorio en la escuela pública, por lo que lo señalado por el TEDH es extrapolable —al menos, con matices— al caso español²⁹.

Pues bien, en esta Sentencia el TEDH precisó que el art. 2 del protocolo 1 del Convenio alcanza tanto a las escuelas privadas como a las públicas, señalando al respecto en el § 50 de los fundamentos de derecho lo siguiente:

«La segunda frase del artículo 2 debe leerse en combinación con la primera, que consagra el derecho de todos a la instrucción. Es sobre este derecho fundamental sobre el que se asienta el derecho de los padres al respeto de sus convicciones filosóficas y religiosas, y la primera frase no distingue, como tampoco la segunda, entre enseñanza pública y enseñanza privada».

De modo que, como pone de manifiesto Martín-Retortillo comentando esta Sentencia del TEDH, «las exigencias del pluralismo —o la opción de los padres de rechazar determinadas modalidades de enseñanza— tienen que hacerse igualmente presentes, sin falta, en la escuela pública»³⁰.

Asimismo, el Tribunal recalcó que la protección que dispensa en este ámbito el convenio no se circunscribe a la enseñanza religiosa, pues como puso de manifiesto en el § 51 de los fundamentos jurídicos:

«El artículo 2, que se aplica a todas las funciones del Estado en el campo de la educación y de la enseñanza, no permite distinguir entre la instrucción religiosa y las otras asignaturas. Ordena al Estado respetar las convicciones, tanto religiosas como filosóficas, de los padres en el conjunto del programa de la enseñanza pública.»

²⁹ Decimos con matices porque, como el propio TEDH deja claro en la citada Sentencia, lo que debía decidir en el caso era «si la Ley de 27 de mayo de 1970 y la legislación subsidiaria de carácter general promulgada en virtud de sus cláusulas infringen o no el Convenio y el Protocolo núm. 1» (§ 48). Y es que lo establecido por la legislación danesa difiere de lo señalado por la Ley orgánica 2/2010: así, según se desprende de los antecedentes de hecho de la STEDH, en Dinamarca la educación estaba controlada por consejos escolares con una amplia presencia y participación de los padres de alumnos, estaba prevista una exención parcial (§ 22) e incluso se preveía que las escuelas privadas, que no estaban obligadas a impartir este tipo de enseñanza (§ 34). De hecho, este fue uno de los argumentos utilizados por el Tribunal para considerar que el régimen legal danés no vulneraba el CEDH

³⁰ Martín-Retortillo, L. «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)», *Op. cit.*, p. 309.

Y es que, en opinión del Tribunal, el art. 2 debe leerse como un todo. Además, el TEDH aprovechó para resaltar el deber de los padres respecto de sus hijos, ya que

«Al cumplir un deber natural hacia sus hijos, de quienes les incumbe prioritariamente «asegurar (la) educación y (la) enseñanza», los padres pueden exigir del Estado el respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas. Su derecho corresponde, pues, a una responsabilidad estrechamente ligada al goce y ejercicio del derecho a la instrucción.» (§ 52).

Una vez realizadas estas precisiones, el Tribunal de Estrasburgo afirmó en la citada Sentencia que corresponde al Estado establecer el contenido de los currículos educativos, cuestión de oportunidad sobre la que en principio el TEDH no debe pronunciarse. De modo que los Estados pueden establecer contenidos para la enseñanza obligatoria que incidan en aspectos religiosos o filosóficos, respecto de los cuales los padres no pueden oponerse. Lo contrario impediría cualquier sistema de educación institucionalizada. Eso sí, a la vista de lo delicado del tema, el Tribunal procedió a fijar un límite a la competencia estatal, estableciendo que

«El Estado, al cumplir las funciones por él asumidas en materia de educación y enseñanza, vela por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista. Se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada como no respetuosa de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Aquí se encuentra el límite que no debe ser sobrepasado» (§ 53).

De la doctrina del TEDH que acabamos de reproducir se desprende, en mi opinión, que en el ejercicio de su competencia para establecer el programa de estudios el Estado está obligado a establecer una prestación normativa *iusfundamentalmente adecuada*, esto es, compatible con el derecho fundamental de los padres.

En el § 54 el TEDH consideró conforme con el Convenio la legislación danesa examinada, pues presentaba un fin lícito (luchar contra las enfermedades de transmisión sexual, tratar de evitar los embarazos no deseados, etc.), y lo hacía con un contenido que (al menos en abstracto) presentaba suficientes garantías de objetividad. Y esto porque, como señalaba el Tribunal se trataba de una legislación que «no se consagra a exaltar el sexo ni a incitar a los alumnos a dedicarse precozmente a prácticas peligrosas para su equilibrio, su salud o su futuro, o reprobables para muchos padres» (§ 54).

Para Aláez Corral, «el TEDH exige ya desde el caso Kjeldsen para evitar que el Estado caiga en el adoctrinamiento contrario a las convicciones de los padres que la científicidad y pluralismo sean los criterios rectores de la im-

partición de la materia»³¹, si bien creo que estos criterios no sólo deben estar presentes a la hora de impartir la materia, sino también en el diseño curricular de la misma.

En este párrafo 54, el TEDH señaló que, en último término, quedaba abierta una vía adicional de protección para los padres a quienes no les bastaran las garantías de objetividad señaladas, y era la existencia en Dinamarca de un sistema de escuela privada fuertemente subvencionado sin educación sexual obligatoria e, incluso, la posibilidad de educar a los hijos en casa.

A una conclusión contraria llegó el Juez Verdross en su voto discrepante. Para este Juez, en el caso planteado se trataba de responder a la cuestión de si los padres pueden oponerse a que sus hijos reciban educación sexual obligatoria en una escuela pública aun cuando dicha instrucción no constituya un intento de adoctrinamiento. En su opinión, el punto de partida era el siguiente:

«Me parece necesario distinguir entre la información sobre los hechos de la sexualidad humana que constituyen el objeto de la ciencia natural, sobre todo de la biología, de una parte, y la que hace referencia a las actividades sexuales, incluida la anticoncepción, de otra parte. Esta distinción se impone, en mi opinión, por el hecho de que las primeras tienen un carácter neutro, desde el punto de vista de la moralidad, mientras que las segundas, incluso si son dadas a menores de una manera objetiva, afectan siempre a la formación de su conciencia. De ello resulta que incluso informaciones objetivas sobre la práctica sexual dadas demasiado pronto en una escuela pueden violar las convicciones cristianas de los padres».

Tras esta afirmación, consideró Verdross que los derechos protegidos por el Convenio son derechos individuales, que en lo que se refiere al caso enjuiciado «obliga[ba] a los Estados, de una manera absoluta, a respetar las convicciones religiosas y filosóficas de los padres; no distingue entre las diferentes intenciones con las que se da la instrucción».

Continúa este Juez diciendo que «Como los demandantes se consideran afectados en sus convicciones cristianas por la obligación impuesta a sus hijos de participar en una enseñanza detallada en materia sexual, el Tribunal hubiera debido limitarse a averiguar, en caso de duda, si este motivo encajaba o no con la doctrina profesada por los demandantes», tarea en la que el poder del Tribunal debe ser similar al de las Comisiones encargadas de controlar la veracidad de las personas que alegan objeción de conciencia al servicio militar.

³¹ Aláez Corral, B. «Ideario educativo constitucional y respeto a las convicciones morales de los padres: a propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo sobre Educación para la Ciudadanía», *Op. cit.*, p. 20.

En cualquier caso, en mi opinión, lo que traduce el voto particular de Verdross es precisamente la dificultad —imposibilidad— de separar enseñanza y educación. Como Verdross pone de manifiesto, la mera transmisión de determinados conocimientos, aun cuando se haga de una manera objetiva y científica, pueden violar las convicciones de los padres, sobre todo a determinadas edades³².

Posteriormente, el TEDH ha utilizado el criterio de la existencia de alternativas a la educación sexual como un elemento clave a la hora de apreciar si la afección a los derechos de los padres implica, o no, vulneración del Convenio de Roma. Así, en la Decisión de inadmisión del TEDH (Sección 4^a) de 25 de mayo de 2005, caso Jiménez Alonso y Pilar Jiménez Merino contra España³³, el Tribunal de Estrasburgo señaló que, precisamente porque en España hay «una amplia red de colegios privados que coexiste con el sistema de enseñanza pública regulado por el Estado» los padres disponen de alternativas «que ofrecen una educación más conforme a su fe o sus opiniones» (§ 1 de los Fundamentos de Derecho).

A mi entender, a partir de la STEDH de 1976 y la Decisión de inadmisión del TEDH de 25 de mayo de 2000 es posible inferir algunos elementos para que el contenido de la educación sexual obligatoria no tenga carácter adoctrinador³⁴.

En primer lugar, los contenidos deberían partir de «una información objetiva y científica sobre la vida sexual del ser humano, las enfermedades venéreas y el sida»³⁵. Esta información debe estar dirigida a fomentar la responsabilidad y delicadeza de los alumnos en estas cuestiones³⁶.

³² Por lo que respecta a la dificultad para enjuiciar la «objetividad», nótese que en la legislación danesa considerada objetiva por el TEDH (tal y como la resume el propio Tribunal en el § 28) destacaba el estudio de las desviaciones sexuales (incluyendo en este apartado la homosexualidad). Es decir, precisamente lo que consideró contrario a la Carta Social Europea el Comité Europeo de Derechos Sociales en el caso de la educación sexual en Croacia.

³³ En esta resolución el TEDH inadmitió el recurso presentado contra una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 23 de marzo de 1998, precisamente sobre educación sexual obligatoria en un colegio de titularidad estatal.

³⁴ No obstante, debe tenerse presente las limitaciones de este enfoque, pues se parte de regulaciones concretas que el TEDH ha considerado no adoctrinadoras, por lo que —al menos hipotéticamente— son posibles otras regulaciones que tampoco revistan este carácter adoctrinador. Pero en todo caso, a partir de la jurisprudencia mencionada en mi opinión el contenido inferido de estas resoluciones del TEDH creo que constituye el máximo despliegue de la competencia estatal, pues más allá de los contenidos comentados entraríamos en la preconización de comportamientos sexuales, orientación del comportamiento que corresponde a los padres *ex art.* 27.3 CE.

³⁵ Decisión de 25 de mayo de 2005, § 1 de los Fundamentos de Derecho.

³⁶ STEDH Kjelsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, § 24.

En segundo lugar, los contenidos pueden incluir información sobre «embarazos no deseados, el riesgo de embarazo en una edad precoz, los métodos anti-conceptivos y las enfermedades de transmisión sexual»³⁷. Ahora bien, el contenido de la asignatura no puede estar dirigido a «preconizar un comportamiento sexual determinado»³⁸ ni a «exaltar el sexo ni a incitar a los alumnos a dedicarse precozmente a prácticas peligrosas para su equilibrio, su salud o su futuro, o reprobables para muchos padres»³⁹. Precisamente por estas limitaciones, a mi entender se desprende un límite implícito en cuanto a la edad a la que se puede establecer, como obligatoria, una educación de este tipo: debe ser a partir de una edad en la que los alumnos puedan diferenciar entre información y formación; de lo contrario, la transmisión de información sin que los alumnos tengan capacidad para enjuiciarla de modo responsable puede llegar a ser, aun contra la intención del legislador, formación en una determinada visión de la sexualidad humana.

En tercer lugar, debe preverse la participación de los padres para controlar el contenido de la educación sexual que reciben sus hijos, pues a ellos les incumbe prioritariamente asegurar la educación y la enseñanza de éstos⁴⁰. En este sentido, los padres deben recibir información acerca de las modalidades y de la extensión de la educación sexual dada por la escuela⁴¹.

Por último, creo que está implícito en la doctrina del TEDH la necesidad de que se prevean alternativas para los padres, ya sea mediante exenciones parciales⁴² o por la existencia de centros docentes donde o bien no exista esta materia o se imparta de acuerdo con las convicciones de los padres⁴³.

En cualquier caso, parece que de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo se desprende que la obligación de objetividad debe ser tanto más intensa cuanto menores sean las alternativas —fácticas o jurídicas⁴⁴— para los padres que no deseen

³⁷ Decisión de 25 de mayo de 2005, § 1 de los Fundamentos de Derecho.

³⁸ Decisión de 25 de mayo de 2005, § 1 de los Fundamentos de Derecho.

³⁹ STEDH Kjelsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, § 54.

⁴⁰ STEDH Kjelsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, § 52.

⁴¹ STEDH Kjelsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, § 30.

⁴² Este era el caso de Dinamarca (STEDH Kjelsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, § 24).

⁴³ Kjelsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, § 54; Decisión de 25 de mayo de 2005, § 1 de los Fundamentos de Derecho.

⁴⁴ Alternativa jurídica sería la posibilidad de que centros docentes insertados en el sistema educativo reglado tuvieran la competencia para decidir si incorporan, o no, educación sexual al currículo escolar. Alternativa fáctica sería la posibilidad real de los padres de acceder a un centro docente de ese tipo, y vendría dada por la existencia de este tipo de centros en su lugar de residencia (o al menos en un lugar lo suficientemente cercano como para no tornar imposible la escolarización de sus hijos en el mismo), o un sistema de financiación de la enseñanza privada con esas caracte-

una educación sexual programada por el Gobierno. En el caso español, en la medida en que el art. 9 de la Ley orgánica 2/2010 prevé la «incorporación de la formación en salud sexual y reproductiva al sistema educativo», con carácter obligatorio y sin distinción entre el tipo de centros docentes (estatales o de iniciativa social, con o sin ideario), parece que no hay alternativa jurídica a la educación sexual obligatoria, por lo que el estándar de objetividad que debería respetar el Decreto de contenidos tendría que ser superior al previsto en la legislación danesa examinada, en 1976, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

IV. APLICACIÓN AL CASO ESPAÑOL

La educación sexual y en salud reproductiva, en mi opinión, puede conectarse tanto con el desarrollo pleno de la personalidad a que hace alusión el art. 27.2 CE como con el derecho a la protección de la salud. En efecto, si partimos del hecho de que la persona es un ser sexuado por naturaleza, es evidente que el desarrollo de la personalidad no puede ser pleno si no integra en el mismo una dimensión humana como es la sexualidad. Además, a esto se añade el alto índice de enfermedades de transmisión sexual que padecen los jóvenes españoles, por lo que no resulta aventurado conectar la educación sexual con la protección de la salud, protección reconocida como derecho en el art. 43 CE, sobre todo si se tiene en cuenta que para hacer efectivo ese derecho el núm. 3 del mencionado art. 43 CE impone, como mandato a los poderes públicos, fomentar «la educación sanitaria».

Esta conclusión es coherente con lo señalado por el Comité Europeo de Derechos Sociales en su Decisión sobre el fondo de 30 de marzo de 2009, anteriormente comentada, pudiendo formularse como un derecho a una prestación normativa, un «derecho a una acción positiva normativa» en la terminología de Alexy⁴⁵. Así, el derecho a la protección de la salud en su proyección en el ámbito de la educación sexual consistiría en el derecho a que los poderes públicos dicten normas que aseguren el acceso a una educación sexual adecuada, apta para conseguir, de manera no discriminatoria, los objetivos de un desarrollo armónico de la dimensión sexual de la persona y de minimización los riesgos de contagio de enfermedades de transmisión sexual.

Ahora bien, junto a estos preceptos, es necesario tener en cuenta asimismo el derecho de los padres a elegir la formación que quieren para sus hijos, reconocido en el art. 27.3 CE, conforme al cual

rísticas que determinara que el acceso a la misma fuera posible, en condiciones de igualdad, para el máximo número de padres.

⁴⁵ Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid, 2002, p. 195.

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

Es indudable que la introducción, en el sistema educativo y con carácter obligatorio de la educación sexual y en salud reproductiva incide en el derecho de los padres, incidencia que los padres están obligados a soportar⁴⁶. La cuestión, no obstante, no puede resolverse con un deber genérico de sujeción de los padres, pues implicaría dejar su derecho vacío de contenido, sino que será preciso señalar los límites recíprocos entre la competencia estatal (con la correspondiente sujeción de los padres) y el derecho de los padres (con la no competencia estatal y su correlato de la no sujeción paterna).

En este campo, concurren el mandato de neutralidad en el sistema educativo y la competencia de los poderes públicos de programar la enseñanza para hacer efectivo el derecho a la educación. Pudiera considerarse que asimismo concurre la libertad de cátedra de los profesores, pero a mi modo de ver la posible incidencia de la enseñanza concreta de un profesor determinado en las convicciones morales y religiosas de los padres es más una cuestión de extralimitación del profesor de la libertad de cátedra constitucionalmente garantizada, sustancialmente distinta a lo que estamos tratando en el presente trabajo⁴⁷.

Las competencias de los poderes públicos en materia educativa están al servicio de garantizar el derecho a la educación⁴⁸. Esto requiere la capacidad de programar la enseñanza. Dicha programación, como ha puesto de manifiesto el

⁴⁶ Como señala Prieto Sanchís, «los principios rectores (entre los que se encuentra el derecho a la protección de la salud) encarnan normas objetivas que ofrecen cobertura para una acción estatal que en otro caso pudiera reputarse lesiva desde la óptica de ciertos derechos y libertades». Cfr. Prieto Sanchís, L. «El constitucionalismo de los derechos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 71, 2004, p. 67.

⁴⁷ Esta cuestión excede del objeto del presente trabajo. No obstante, es una cuestión pacífica que uno de los límites de la libertad de cátedra consiste, precisamente, en la prohibición de adoctrinamiento y en el respeto a las convicciones de los padres (vid. FJ 9 STC 5/1981). Sobre esta cuestión considera Fernández-Miranda que «entre la neutralidad y la agresión, la ofensa, la manipulación o el adoctrinamiento, hay actitudes intermedias e inevitables que no deben estimarse una extralimitación en el ejercicio de la libertad de cátedra. Quien quiera un escrupuloso respeto a sus convicciones morales y religiosas deberá optar por la enseñanza en un centro cuyo ideario sea acorde con las mismas»; Fernández-Miranda, A. «Artículo 27. Educación», *Comentarios a las Leyes Políticas*, O. Alzaga (dir.), Edersa, Madrid, 1981, p. 176.

⁴⁸ Vid. al respecto, y con especial énfasis en las polémicas educativas de los últimos años, Embid Irujo, A. «La educación para la ciudadanía en el sistema jurídico español. Reflexiones jurídicas», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 83, 2008, pp. 11-56.

TEDH, necesariamente incide en las convicciones morales y religiosas de los padres, pero es una incidencia necesaria para que pueda haber un sistema educativo que haga posible la enseñanza institucionalizada. Según el modelo de derechos fundamentales propuesto por Alexy, a través de la acción de quien posee la competencia (en este caso, programa la enseñanza introduciendo en el currículo alguna materia que, *per se*, es susceptible de afectar a las convicciones de los padres, como es la educación sexual) se modifican las posiciones jurídicas de otros sujetos⁴⁹.

La competencia estatal de programación de la enseñanza tiene como relación conversa la sujeción de los padres (y de sus hijos)⁵⁰. Ahora bien, esta competencia no es ilimitada, pues no incluye el adoctrinamiento por medio de la programación de la enseñanza; en este caso, nos encontraríamos ante una no-competencia, y con su relación conversa, la no-sujeción⁵¹.

El caso de la educación sexual es especialmente delicado, pues se trata de una materia que, por su propia naturaleza, es realmente difícil que pueda ser enseñada de manera objetiva, pues hay informaciones que afectan siempre a la formación de la conciencia de los educandos. En algunas materias, es prácticamente irrelevante que la transmisión de la información se realice de manera objetiva, pues es el mismo contenido de la información que constituye el objeto de la disciplina el que carece de neutralidad. En este sentido, y como he señalado más arriba, es oportuno recordar el Voto particular formulado por el Juez Verdross.

No deja de ser llamativo, en todo caso, que el Consejo de Estado, en su Dictamen sobre el Anteproyecto de la ley de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo se limitara a decir al respecto que

«A la altura del tiempo actual no cabe duda que la educación sexual es un elemento imprescindible de una instrucción adecuada por exigencia de la propia protección del niño y adolescente de la que no puede privarle un derecho de veto absoluto por parte de sus padres, como estos no podrían privarle del derecho genérico a la educación»⁵².

Es cierto que a continuación el Consejo de Estado recuerda en su Dictamen los límites del no adoctrinamiento, pero debe tenerse en cuenta que como ha señalado Ollero «la ciencia no puede dar educación sexual. La ciencia puede dar

⁴⁹ Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, *Op. cit.*, p. 228.

⁵⁰ Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, *Op. cit.*, p. 235.

⁵¹ Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, *Op. cit.*, p. 239.

⁵² Dictamen 1384/2009, de 17 de septiembre, p. 36.

anatomía de la relación sexual, o fisiología, pero la educación no describe elementos físicos, sino que se dedica a exponer su sentido, y eso la ciencia no lo puede hacer»⁵³. Por tanto, quizá el Alto Cuerpo Consultivo debió haberse extendido más en los límites jurídicos de la competencia estatal.

Hasta la fecha, en España únicamente ha habido dos pronunciamientos judiciales sobre esta cuestión. Por un lado, el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, en su Sentencia de 23 marzo 1998 (Ar. 1998\1686), resolvió un recurso originado por una situación en cierto modo equiparable a la danesa que motivó la STEDH Kjelsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca⁵⁴. Por otro lado, la Audiencia Nacional en su Sentencia de 21 de febrero de 1993 (Sentencia núm. 61, Recurso RG 1208/1991) tuvo ocasión de pronunciarse sobre la objetividad y la veracidad científica de una campaña de educación sexual del Ministerio de Asuntos Sociales⁵⁵.

Por lo que respecta a la Sentencia del TSJ de Cantabria, trae causa de un recurso interpuesto por el padre de una alumna contra la resolución de la Dirección Provincial de Educación y Cultura, del Ministerio de Educación y Ciencia en Cantabria, por la que se desestimaba su reclamación presentada por el recurrente, ratificando la calificación del área de Ciencias Naturales de 8º de EGB, de su hija menor, que no asistió a clases y no superó los controles de evaluación. El recurrente fundamentaba su pretensión de declaración de aprobado con base en que la materia referente a la sexualidad no puede formar parte del contenido de la asignatura, por contraria a las convicciones religiosas de la menor y sus padres.

El TSJ de Cantabria desestimó el recurso, señalando en su FJ 12 que

«El derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones morales, religiosas o ideológicas no constituye un derecho ilimitado, sino que debe ser observado en relación con los derechos que la Constitución reconoce al resto de los agentes de la comunidad educativa, de forma tal que no resulta ajustado a derecho tratar de imponer una diferencia de trato o discrimina-

⁵³ Entrevista a Andrés Ollero, MagisNet, 27 de octubre de 2010.

⁵⁴ La situación no coincide, pues en el caso de Cantabria se trataba de educación sexual obligatoria en el concreto centro docente donde estaba escolarizada la hija de los recurrentes, mientras que en Dinamarca se había introducido la educación sexual obligatoria para todos los centros docentes de titularidad estatal.

⁵⁵ Es cierto que en este caso se trataba de una campaña de concienciación, consistente en la difusión de mensajes a través de los medios de comunicación, pero a mi juicio lo señalado por la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional guarda identidad de razón con lo que venimos exponiendo. Esta Sentencia fue revisada con posterioridad por el Tribunal Supremo, el cual estimó parcialmente, por cuestiones de índole procesal, el recurso interpuesto por el Abogado del Estado (STS de 8 de noviembre de 1993); no obstante, consistiendo el reproche del TS en haber incurrido parcialmente en incongruencia procesal, me parece que los razonamientos de la Sentencia de la Audiencia Nacional son de interés para el objeto de este trabajo.

ción positiva a partir de las propias ideas, ni elegir o predeterminar en función de un ideario particular el contenido del proyecto educativo de un centro público, sin perjuicio de que el derecho a un determinado tipo de educación resulte asegurado mediante el derecho a la libre creación de centros docentes, centros que pueden sustentar un determinado ideario, a diferencia de lo que debe ocurrir con la enseñanza pública en un estado plural, y que se completa con el derecho de los padres a elegir el tipo de enseñanza que quieren para sus hijos».

El argumento para rechazar la pretensión de los padres de la estudiante menor de edad consiste en que, dado que podían elegir un centro distinto de los creados por los poderes públicos, dotado de ideario conforme a sus convicciones, no había lesión a su derecho reconocido en el art. 27.3 CE⁵⁶. Este razonamiento del TSJ, en mi opinión, no es correcto, pues hace depender la tutela del derecho de los padres de que otros sujetos hayan, a su vez, ejercido otro derecho, como es el de creación de centros docentes ideológicamente caracterizados⁵⁷, por lo que la protección establecida en el art. 27.3 CE queda un tanto al azar.

En su Sentencia 5/1981, de 13 de febrero, el TC señaló, a propósito de la neutralidad de la escuela pública, que

«es una característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro, y no el hipotético resultado de la casual coincidencia en el mismo centro y frente a los mismos alumnos, de profesores de distinta orientación ideológica cuyas enseñanzas se neutralicen recíprocamente» (FJ 9).

A mi entender, si esto se predica de los centros docentes de titularidad esta-

⁵⁶ En la argumentación del Tribunal subyace, en el fondo, una concepción a mi juicio errónea de lo público y lo neutral. En lugar de considerar lo público como el espacio de todos (abierto entonces a la pluralidad social), equipara lo público al neutralismo ideológico o valorativo, al relativismo. Así, en el FJ 12 señala que «El derecho de los padres a que sus hijos reciban la educación de acuerdo con sus convicciones, está implicando en el seno de una sociedad plural, un derecho de elección, derecho que se conecta con la libertad de creación de centros docentes, de forma tal que se posibilite a los padres la elección del centro que se adecue a sus creencias e ideario, lo que no supone, ni puede suponer, el derecho a imponer a los demás las propias convicciones, ni la posibilidad de exigir un determinado trato diferencial en función de tales convicciones». Cuando se destierra de la enseñanza pública una determinada concepción moral, que es lo que en definitiva implica la argumentación del TSJ de Cantabria, se está optando por un concreto modelo ideológico, que también es susceptible de ser impuesto a los demás. Vid., sobre esta cuestión, Vidal Prado, C. *La libertad de cátedra: un estudio comparado*, CEPC, Madrid, 2001, pp. 232 a 234.

⁵⁷ Rodrigo Lara, M. B. «La objeción de conciencia a la educación sexual: comentario a una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 23 de marzo de 1998», *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el derecho comparado*, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 2001, p. 771.

tal, puede perfectamente extrapolarse a la reglamentación de los programas de estudios aprobados por el Estado, de modo que deben garantizar siempre la neutralidad, la objetividad y el pluralismo, sin que pueda considerarse lícito un programa que incida de modo desproporcionado en las convicciones de los padres cuando se imparte en la escuela pública con el argumento de que los padres disconformes con el contenido de la asignatura tienen a su disposición centros docentes de iniciativa social dotados de ideario.

En cualquier caso, y a pesar de la crítica a que se pueda someter la Sentencia del TSJ de Cantabria anteriormente citada, de los razonamientos de la misma, interpretados a contrario, parece deducirse que, en el caso de que no fuera posible una educación conforme a las propias convicciones mediante el recurso a la escolarización en un centro de iniciativa social dotado de ideario que o bien no impartiera educación sexual de modo obligatorio o lo hiciera adaptando sus contenidos a su carácter propio, sí que nos podríamos encontrar ante una vulneración del derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación conforme a sus convicciones.

En cuanto a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 21 de febrero de 1993, trae causa de un recurso interpuesto por CONAPA con motivo de la campaña de promoción del uso del preservativo, acordada por el ministerio de Asuntos Sociales para la prevención de los embarazos no deseados y las enfermedades de transmisión sexual.

En esta Sentencia, la Audiencia Nacional consideró que la campaña del Ministerio de Asuntos Sociales no respetaba la normativa sobre veracidad de la publicidad en materia de salud, la normativa sobre protección de los consumidores en materia de medicamentos y la normativa general de publicidad (FJ 4). Y esto porque, a juicio de la AN, la campaña enjuiciada (que explícitamente promovía el uso del preservativo señalando «literalmente y sin matización alguna que evita los embarazos no deseados y las enfermedades de transmisión sexual» por ser «la forma *más segura* de hacer el amor *sin riesgo*»⁵⁸) desconocía las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud conforme a las cuales se puede «*disminuir* el riesgo de infección por el VIH utilizando regular y correctamente condones de látex»⁵⁹.

De ahí que procediera a señalar en su FJ 7 que

«En casos como el que nos ocupa, el genuino derecho fundamental de los ciudadanos consiste en recibir datos completamente ciertos, que no les induzcan a

⁵⁸ Énfasis añadido en la propia Sentencia, FJ 5.

⁵⁹ Énfasis añadido en la propia Sentencia, FJ 5.

error, que, en definitiva, les permitan actuar en libertad, esto es, con decisión responsable y sin que el sesgo o la inveracidad de la información genere, como aquí sucede, riesgos para la salud pública».

El modelo de derechos fundamentales propuesto por Alexy nos ofrece herramientas intelectuales para proponer una respuesta conciliadora a lo comentado en las consideraciones precedentes⁶⁰.

El derecho de los padres puede formularse como un principio, esto es, una norma que contiene un mandato de optimización. Esto implica que si bien *prima facie* exige un respeto absoluto, la presencia de otros principios (el derecho a que los poderes públicos dicten normas que aseguren el acceso a una educación sexual adecuada, concreción de los artículos 27.2 y 43 de la Constitución) hace que pueda someterse a un juicio de ponderación⁶¹, si bien debe intentarse que el derecho educativo paterno sea garantizado «en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes»⁶².

Por tanto, la competencia de los poderes públicos para determinar los programas de estudio de la educación reglada, y la necesidad de integrar una adecuada educación sexual *ex art.* 11 de la Carta Social Europea, contribuyen a delimitar el espacio en el que puede proyectarse el derecho educativo paterno, ya que «el ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos»⁶³.

Para resolver la colisión entre principios, es preciso acudir a la técnica de la ponderación, estableciendo en cada caso una regla de precedencia condicionada, esto es, señalando «cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto»⁶⁴.

El supuesto de ponderación que venimos abordando en este trabajo es equivalente al siguiente ejemplo planteado por Alexy, en el que *F* o *P1* es el fin público de programación de la enseñanza y la protección de la salud por medio de la educación sexual, *M1* es la regulación que establece la obligatoriedad de la asignatura sin alternativas, *M2* la regulación que prevé alternativas para los padres garantizando exenciones parciales, y *P2* el derecho de los padres a elegir la formación moral que quieren para sus hijos.

⁶⁰ Para un análisis más completo acerca de la aplicación de la teoría de Alexy a los derechos educativos, vid., Nuevo López, P. *La Constitución educativa del pluralismo. Una aproximación desde la teoría de los derechos fundamentales*, NetBiblio-UNED, La Coruña, 2009.

⁶¹ García Vázquez, S. «El derecho a la educación y los desafíos del multiculturalismo», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 9, 2005, pp. 455 y ss.

⁶² Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, *Op. cit.*, p. 86.

⁶³ Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, *Op. cit.*, p. 86.

⁶⁴ Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, *Op. cit.*, p. 90.

Como señala Alexy,

«Existe, por lo menos, dos medios, *M1* y *M2*, que son igualmente adecuados para lograr o promover *F*. *M2* afecta menos intensamente que *M1*, o no afecta en absoluto, la realización de aquello que exige una norma iusfundamental con carácter de principio, *P2*. Bajo estos presupuestos, para *P1* es igual que se elija *M1* o *M2*. *P1* no exige que se elija *M1* en lugar de *M2* o *M2* en lugar de *M1*. Para *P2* no es igual el que se elija *M1* o *M2*. En tanto principio, *P2* impone una optimización tanto por lo que respecta a las posibilidades fácticas como jurídicas. Con respecto a las posibilidades fácticas, *P2* puede ser realizado en una medida mayor si se elige *M2* y no *M1*. Desde el punto de vista de la optimización con respecto a las posibilidades fácticas, *M2* está permitido y *M1* está prohibido. Lo dicho vale para cualesquiera principios, fines y medios»⁶⁵.

Si aplicamos lo señalado al caso español, a mi entender la conclusión es que a la hora de regular la educación sexual que prevé la Ley orgánica 2/2010 el Gobierno debe tener en cuenta los límites que dedujimos de la doctrina del TEDH, coincidente con los argumentos tanto del TSJ de Cantabria como de la Audiencia Nacional. De ahí que no sólo deben regularse de modo exquisitamente objetivos los contenidos de la misma, sino que debe preverse un mecanismo de información a los padres sobre las actividades en que consista esta materia, así como algún tipo de exención parcial. Esto es posible si se acude a una «interpretación flexible de las normas educativas que permita acoger la diversidad, no sólo la motivada por necesidades educativas especiales, sino la motivada por el pluralismo cultural, ideológico y religioso»⁶⁶.

La garantía de objetividad en el contenido impone, por su parte, una doble garantía. En primer lugar, no debe consistir sólo en un programa que no fomente comportamientos sexuales ni incite a comenzar relaciones sexuales, sino que los criterios de evaluación se deben limitar a comprobar la adquisición de contenidos, y no la adhesión a planteamientos morales o la aceptación de determinadas actitudes respecto el comportamiento sexual. En segundo lugar, la regulación del contenido debe ser lo suficientemente amplia para que puedan adaptarla a su ideario los centros de iniciativa social ideológica o pedagógicamente caracterizados. En definitiva, no puede abordarse con carácter obligatorio en la educación sexual aquellas cuestiones sobre las que no hay un

⁶⁵ Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales*, *Op. cit.*, pp. 113 y 114.

⁶⁶ Roca, M. J. «Deberes de los poderes públicos para garantizar el respeto al pluralismo cultural, ideológico y religioso en el ámbito escolar», *Los derechos fundamentales en la educación*, J. L. Requero y J. L. Martínez López-Muñiz (dir.), CGPJ, Madrid, 2007, p. 207.

consenso social, precisamente por ser objeto de debate por los distintos planteamientos morales y religiosos presentes en la sociedad⁶⁷.

La exención parcial, para que conlleve una adecuada satisfacción del interés público presente en una adecuada formación en materia de salud sexual puede ir acompañada, en mi opinión, de la obligación por parte de los padres que solicitan dicha excepción de garantizar que sus hijos reciben formación en esta materia mediante programas extraescolares ofertados por instituciones que compartan sus planteamientos morales⁶⁸.

V. CONCLUSIONES

De las consideraciones precedentes se derivan, en mi opinión, las siguientes conclusiones:

1.— El Estado tiene competencia para introducir, en el sistema educativo, la educación sexual, tal y como hace la Ley orgánica 2/2010.

2.— En el diseño de los contenidos de esta materia, los poderes públicos deben respetar el derecho preferente de los padres a elegir la formación moral que quieren para sus hijos.

3.— Para delimitar los principios que pueden entrar en colisión, en el Estado internacionalmente integrado es de aplicación tanto la doctrina del Comité Europeo de Derechos Sociales como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

4.— La aplicación de esta doctrina y jurisprudencia implica que el Gobierno, al regular la educación sexual, tiene que garantizar la veracidad científica y la objetividad de los contenidos de la misma y prever un mecanismo de información a los padres, así como algún tipo de exención parcial.

⁶⁷ Sería de aplicación a este tema, al menos en cierto modo, lo señalado por el Tribunal Supremo a propósito de la objeción de conciencia a Educación para la Ciudadanía (*vid.* STS de 11 de febrero de 2008, FJ 7). Decimos en cierto modo porque así como es posible deducir de la Constitución «valores que constituyen el sustrato moral del sistema constitucional», no sucede lo mismo en relación con los comportamientos sexuales y el mejor modo de prevenir las enfermedades de transmisión sexual.

⁶⁸ Es común en la resolución de conflictos de conciencia que quien pretende una exención (aunque sea parcial) de una obligación de carácter general debe estar dispuesto, como prueba de la seriedad de sus convicciones, a soportar algún inconveniente, como puede ser un incremento en la formación a recibir, o una duración mayor —no desproporcionada— de una prestación personal de carácter público (como sería el caso de la prestación social sustitutoria al servicio militar, por ejemplo).

Confiemos en que, en el desarrollo de la Ley orgánica 2/2010, el Gobierno plantee una alternativa respetuosa con los derechos de los padres, pues de lo contrario perderemos otra ocasión —la enésima en materia educativa— de acabar con las guerras escolares que tanto distraen del necesario esfuerzo, que para ser fructífero necesariamente debe ser compartido, de sacar la educación española de la postración en que se encuentra.

Title:

Sexual education and fundamental rights. Contribution to a necessary debate

Summary

I. The protection multilevel of the rights in the constitutional State internationally integrated. II. The right to the health in the European Social Charter and its projection in the scope of the education in sexual and reproductive health. III. Neutrality of the education and paternal educative right in the system of the Rome Convention. IV. Application to the Spanish case. V. Conclusions.

Resumen

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, además de modificar la regulación del aborto provocado en España, establece la incorporación al sistema educativo, con carácter obligatorio, de la educación en salud sexual y reproductiva. En el presente artículo, partiendo de la influencia del derecho internacional de los derechos humanos en el sistema constitucional de los Estados internacionalmente integrados, se analiza qué estándares se derivan de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Comité Europeo de Derechos Sociales para una adecuada ponderación del derecho a la protección de la salud y del derecho de los padres a decidir la formación moral de sus hijos. La asunción de estos estándares a la hora de regular el modo y contenido que debe adoptar la educación para la salud sexual y reproductiva permitirá que la inclusión de este tipo de educación en el sistema educativo no genere nuevos conflictos, ayudando a alcanzar consensos en una cuestión que ha sido objeto de enfrentamientos en nuestra historia constitucional.

Abstract

Organic law 2/2010, of March the 3rd, apart from changing the abortion regulation in Spain introduced in the educational system compulsory education on reproductive and sexual health. This Article,

starting from the influence of the international human rights law in the Constitutional State, analyzes the legal standards derived from the European Court of Human Rights and the European Committee of Social Rights case-law doctrine in order to achieve an adequate balance between the right to health protection and parent's right to decide their children's moral education. Assuming these standards when regulating the content of education for sexual and reproductive health and the way it should be introduced in Spanish schools will allow that these new educational reform do not create new conflicts, helping to reach consensus in an issue that has been a source of troubles in our constitutional history.

Palabras clave:

Derecho a la educación, derecho a la protección de la salud, educación sexual, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Comité Europeo de Derechos Sociales, derechos fundamentales, Estado internacionalmente integrado.

Key words:

Right to education, right to health protection, sexual education, European Court of Human Rights, European Committee of Social Rights, fundamental rights, internationally integrated State.

