

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

KARL SPIELBÜCHLER

Traducción: PALOMA NICOLAS MUNIZ

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. FUNDAMENTOS.—III. CONFIGURACIÓN: A) Los derechos fundamentales: 1. La Ley Fundamental del Estado de 1867. 2. Los Tratados de Estado de St. Germain y de Viena. 3. La Convención Europea de Derechos del Hombre. B) La significación del reconocimiento constitucional: 1. Configuración y efectos. 2. Protección jurisdiccional.—IV. INFLUENCIAS DE OTROS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES: A) Configuración externa del sistema educativo. B) La configuración del contenido.—V. NUEVOS DESARROLLOS.

I. INTRODUCCIÓN

La especial significación sociopolítica de la enseñanza (1) fue reconocida en Austria tempranamente. Desde María Teresa el Estado se ocupó eficazmente de la enseñanza general (2), aunque indudablemente la inspección escolar permaneció aún durante mucho tiempo en manos de la Iglesia (3). Bajo la presión de los conflictos revolucionarios de mediados del siglo XIX, la Ley Fundamental del Estado sobre los derechos generales del ciudadano, de 21 de diciembre de 1867, garantizó, entre otras libertades, la libertad de la enseñanza y la libertad de la formación profesional, reservando al Estado —apuntando contra la Iglesia— la dirección e inspección suprema del conjunto de la enseñanza y de la educación. Finalmente, a mediados del siglo XIX, la Ley sobre

(1) Comprende según la clasificación tradicional de los centros de enseñanza, la educación preescolar y paraescolar de la juventud, la formación profesional, la llamada enseñanza popular y la ciencia.

(2) Reglamento Escolar General de 1774.

(3) Constitución política de las escuelas elementales alemanas, 1805.

escuelas primarias, surgida sobre esta base, configuró la estructura de la enseñanza elemental.

A pesar de las medidas innovadoras llevadas a cabo en distintas esferas de la enseñanza, la República temió, durante más de cuarenta años, fijar de un modo definitivo las competencias entre la Federación y los *Länder* (4) en los sectores de la enseñanza y la educación, de tal manera que hasta 1962 un cambio de la situación jurídica en esferas fundamentales del sistema escolar sólo podría verificarse merced a leyes coincidentes («pactadas») del *Bund* y de los *Länder*. Todavía en la actualidad los aspectos esenciales del sistema educativo se encuentran salvaguardados de modo tal por la Constitución que las leyes correspondientes han de cumplir los requisitos de votación de una ley constitucional (en particular, la mayoría de los dos tercios en el Consejo Nacional) (5). Apenas puede una Constitución expresar más eficazmente la sensibilidad de una materia frente a los cambios sociales.

Los derechos fundamentales son —tal y como se entienden en Austria— derechos subjetivos garantizados constitucionalmente que el individuo puede exigir ante un Tribunal independiente. Efectivamente, se han concedido mediante leyes constitucionales formales sometidas a especiales reglas de adopción, pero no se encuentran, por lo general, en el propio texto del documento constitucional republicano, la Constitución Federal de 1920 (en su edición de 1929, con numerosas reformas adicionales), sino, en parte, en la Ley Fundamental del Estado, anteriormente citada, procedente de la época de la Monarquía y en leyes complementarias y, en parte, en los Tratados de Estado concluidos tras las Guerras Mundiales y la Convención Europea para la salvaguardia de los derechos y libertades fundamentales junto con su protocolo adicional elevada a rango constitucional en 1964.

Sólo una conciencia jurídica refinada y la creciente sensibilidad frente a las dependencias han planteado diversas cuestiones a las cuales las regulaciones legales recientes han de buscar una respuesta. Característico del interés recientemente despertado por la estructura jurídica del sector educativo ha sido la aparición de una propia revista dedicada especialmente al derecho escolar con la que se ha conseguido crear un foro para los correspondientes análisis (6).

Desde el punto de vista constitucional la atención se ha dirigido hasta ahora, preferentemente, hacia el principio del Estado de derecho

(4) Artículo 42 de la Ley de Transición de 1920.

(5) Artículo 14, II; artículo 14, a), VIII, Const. Fed.

(6) «Recht der Schule», Manz (Viena); desde 1979.

—no configurado como un derecho fundamental— con su exigencia de una regulación legal penetrante de todas las esferas de la actuación estatal, lo que de hecho se aproxima mucho a las garantías de los derechos fundamentales.

Los especiales derechos fundamentales en el sector educativo juegan un papel de relativa poca importancia. Dejando aparte a la libertad de ciencia, el punto de mira de las libertades garantizadas en la Ley Fundamental del Estado representaba una situación equilibrada entre la iglesia y el Estado en el sector educativo y la desvinculación de la elección de oficio de ataduras de índole gremial o estamental, pretensiones que ya habían sido atendidas y que pasaron, por ello, a un segundo plano. La recepción de la Convención Europea de Derechos del Hombre supuso la demostración de un alto grado de conciencia (7), pero, en ningún caso, la respuesta a cualesquiera cuestiones que pudieran haber adquirido significación sociopolítica. Incluso los mismos derechos de las minorías aparecieron como simples casos de aplicación del principio de la igualdad y han permanecido hasta ahora desprovistos de significación en la práctica judicial. De ahí que todavía sea muy escasa la jurisprudencia de los derechos fundamentales en el ámbito de la educación; muchas son las cuestiones que están aún pendientes de solución con carácter vinculante y tampoco la doctrina se ha expresado de manera general sobre este círculo de problemas (8).

No es, ciertamente, ningún rasero para prejuzgar el valor de un derecho fundamental el hecho de que hasta el momento nadie se haya acogido a él. También las normas que han estado mucho tiempo fuera de la discusión político-jurídica pueden asegurar, en circunstancias dadas, ámbitos de libertad, impedir desarrollos erróneos o reconducir la actuación política por determinadas vías.

La protección constitucional del sector educativo sería valorada de un modo totalmente incorrecto si no se considerase la ya aludida situación competencial y las especiales condiciones constitucionales de producción del derecho a ella unida. Cuestiones fundamentales de la enseñanza sólo pueden ser reguladas bajo la observancia de los requi-

(7) Así el proyecto del Gobierno: «Los derechos y libertades fundamentales protegidas en la convención y en el protocolo adicional están garantizados y hace mucho tiempo en lo fundamental por el sistema jurídico austriaco. Es más, los derechos y libertades fundamentales protegidos por el sistema del derecho constitucional austriaco llegan, en parte, más lejos que aquéllos.»

(8) Una elaboración más amplia de las cuestiones de derechos fundamentales la ofrece solamente Ermacora, *Handbuch der Grundfreiheiten und des Menschenrechte* (1983).

sitos de fondo de una reforma constitucional, con lo que se garantiza que toda modificación de cuestiones decisivas de la educación ha de reposar en un amplio consenso, el único que estará en condiciones de salvar todos los obstáculos constitucionales (9).

II. FUNDAMENTOS

1. Los dos catálogos de Derechos fundamentales que incluyen también los derechos fundamentales relativos al sector educativo no constituyen una creación autónoma de la República. Más bien se limitó ésta a la recepción de los derechos y libertades fundamentales de la Monarquía, prácticamente sin modificaciones (art. 149 Const. Fed.) y a completarlos más tarde por la aceptación de la Convención Europea de los Derechos del Hombre. Ambos catálogos están caracterizados expresamente con rango de leyes constitucionales y han sido aprobados según el procedimiento cualificado previsto para tales leyes (10). Lo mismo vale para los artículos 67 y 68 del Tratado de Estado de St. Germain y el artículo 7.º del Tratado de Estado de Viena. Todas estas disposiciones formulan mandatos y prohibiciones expresas al legislador. Preámbulos, fijaciones del fin social del Estado y cualesquiera otros programas son ajenos a la tradición jurídica austriaca, y, por lo tanto, tampoco se encuentran en el sector educativo. La posibilidad de un derecho constitucional consuetudinario sólo es admisible en la medida en que el derecho constitucional escrito lo prevea, circunstancia que aún no se ha considerado para el sector educativo.

2. Los derechos fundamentales se encuentran en el Derecho constitucional federal, ya que las constituciones de los nuevos *Länder* no contienen normas similares. Por otra parte, aunque la Constitución Federal no lo prohíbe expresamente, es dudoso que los *Länder* puedan dictar tales normas y si, en su caso, ello fuera factible, su salvaguardia correspondería al Tribunal Constitucional (los *Länder* no tienen tribunales propios). En cualquier caso, el Derecho constitucional federal no puede verse afectado por los derechos de los *Länder* (11).

(9) Significativamente, la única polémica importante de Derecho constitucional que se encendió en torno al sector educativo tuvo su origen en la organización universitaria, esto es, en una materia que pertenece a la exclusiva competencia del Estado y que desconoce límites especiales del procedimiento legislativo.

(10) En particular con una mayoría de las dos terceras partes del Consejo Nacional.

(11) Artículo 99 Const. Fed.

3. En el sector educativo tienen especial significación los artículos 17 y 18 de la Ley Fundamental del Estado de 1867 (12), los artículos 67 y 68 del Tratado de Estado de St. Germain y el artículo 7.º del Tratado de Estado de Viena (13), así como el artículo 9.º de la Convención Europea de Derechos del Hombre (14) y el artículo 2.º de su protocolo adicional (I) (15). Pero no sería correcto dirigir la atención únicamente hacia aquellos derechos que se refieren expresamente a la educación, pues como estos son, por lo general, expresiones particulares de ideas jurídicas de carácter general (libertad de fe y de conciencia, libertad de expresión, libertad individual de igualdad) están relacionados también con los derechos garantizados en términos generales. Incluso de principios constitucionales no configurados como derechos fundamentales subjetivos pueden derivarse oportunidades para el individuo que, de hecho, se aproximan, cuando menos en sus efectos, a las garantías de los derechos fundamentales.

Un sistema de tutela jurídica sin lagunas garantiza, por ello, a petición de los afectados, la revisión de los actos individuales de ejecución de las normas generales vigentes y la conformidad de estas normas con otras de rango superior hasta llegar a la Constitución, por lo que todo principio organizativo estructural de la Constitución está garantizado, de hecho, en términos similares a los de un derecho fundamental.

Así el Tribunal Constitucional conoce, entre otros asuntos, a solicitud de una persona que afirma haber sido lesionada directamente en sus derechos por una norma general, de la inconstitucionalidad de leyes, aun cuando la misma sólo resulte de una falta de conformidad con el Derecho constitucional objetivo, con la única condición de que la presunta inconstitucionalidad repercuta en la esfera jurídica del individuo. De esta manera el individuo puede hacer valer, por ejemplo, el principio del Estado de Derecho —no configurado como un derecho subjetivo—, el orden de competencias, la inspección estatal sobre la enseñanza y la educación, o la composición orgánica de los organismos escolares. Allí donde la inconstitucionalidad de una norma general se hace sentir sólo mediando una sentencia judicial o un acto administrativo no le está abierta al individuo la posibilidad de iniciar un

(12) Libertad de ciencia y enseñanza, libertad de la elección de la profesión y de la formación profesional.

(13) Protección de minorías en el sector escolar, de la educación y de la enseñanza.

(14) Libertad de la enseñanza con respecto a la religión y a la ideología.

(15) Derecho a la educación y derecho de los padres.

procedimiento de control de normas, aunque cae dentro de la competencia de los tribunales ordinarios o administrativos —en el caso de que compartan las objeciones sobre la constitucionalidad de la norma— la promoción de la cuestión ante el Tribunal Constitucional y en cuanto se trate de actos de los organismos de la Administración que, a su vez, puedan ser impugnados ante el Tribunal Constitucional, éste ha de considerar las objeciones alegadas, siempre y cuando las comparta, como ocasión para una revisión de oficio de la norma. El hecho de que en estos casos la promoción de un procedimiento formal de control de normas no se halle garantizado es marginal en la perspectiva que aquí nos interesa, porque, en cualquier caso, un tribunal independiente tiene que estudiar los reparos constitucionales alegados por el afectado y, en su caso, promover la anulación de la norma.

No existen otras normas internas que puedan ser contempladas como fuentes de derechos fundamentales. Las reglas del Derecho internacional (art. 9.º Const. Fed.) generalmente reconocidas, integrantes del Derecho federal, no repercuten ciertamente en el ámbito de la educación.

4. En lo que respecta a las fuentes de Derecho Internacional la Convención Europea de Derechos del Hombre ha sido transformada en Derecho constitucional interno, y en cuanto tal se la puede considerar con inmediata eficacia en el plan interno. Por encima de ello, el anclaje de la Convención en el Derecho internacional presta a este Derecho constitucional cierta firmeza y aplicabilidad en el plano supranacional. Por el contrario, los Pactos internacionales de las Naciones Unidas sobre derechos económicos sociales y culturales (16) y sobre derechos civiles y políticos (17) sólo obligan en el plano jurídico internacional, precisando en el plano interno la promulgación de leyes correspondientes (18); a los propios pactos no puede acogerse el individuo ni a nivel estatal interno ni ante un foro internacional (19). De

(16) BGBl 590/1978.

(17) BGBl 591/1978.

(18) Artículo 50, II, Const. Fed. Aquí, FLORETTA-ÖHLINGEN: *Die Menschenrechtspakte der Vereinigten Nationen. Ein Beitrag zum Stand der Grundrechte in Österreich, insbesondere zu den sozialen Grundrechten* (1978), y ERMACORA: *Die Un-Menschenrechtspakte Bestandteil der österreichischen Rechtsordnung?*, JBL 1979, pp. 191 y ss.

(19) No se ha producido una ratificación del protocolo facultativo sobre la competencia de la Comisión de los Derechos del Hombre para tratar recursos individuales.

aquí que la parte de estos Pactos (20) relativa a la educación tampoco pueda ser considerada en términos similares a los de un derecho fundamental.

III. CONFIGURACIÓN

A) *Los derechos fundamentales*

1. *La Ley Fundamental del Estado de 1867* (art. 149 Cons. Fed.)

Los correspondientes artículos establecen lo siguiente:

Artículo 17

«La ciencia y su enseñanza son libres. Todo ciudadano que haya demostrado aptitud en la manera legal prevista al respecto tiene derecho a la creación de centros de enseñanza y de educación.

La instrucción doméstica no está sujeta a tales limitaciones.

La Iglesia y las comunidades religiosas han de ocuparse de la enseñanza religiosa en las escuelas.

Al Estado le corresponde el derecho a la dirección e inspección supremas en lo que concierne al conjunto del sector de la educación y la enseñanza.»

Artículo 18

«Todos son libres para elegir su profesión y oficio y de prepararse para ellos cómo y donde quieran.»

a) La actuación *científica* por la vía de la investigación y la enseñanza, así como la instrucción *doméstica* son, así pues, libres. La significación de estas garantías aparentemente iguales es diferente. El Tribunal Constitucional ha interpretado el artículo 17 en el sentido de que tanto el legislador estatal como el legislador regional carecen, en definitiva, de toda competencia para imponer límites a la instrucción

(20) Se trata de los artículos 13 a 15 del Pacto sobre derechos económicos, sociales y culturales y del artículo 18 del Pacto sobre derechos civiles y políticos.

doméstica (21). En esta manera, pues, el espacio de libertad del individuo está protegido frente a toda injerencia estatal.

En todo caso, no toda instrucción la entiende el Tribunal Constitucional como enseñanza en el sentido del artículo 17 de la Constitución, sino que, por el contrario, ha precisado este concepto, así como también diferencia entre centros de enseñanza en sentido estricto (que incluyen, por ejemplo, las escuelas de música) de la instrucción de meras habilidades prácticas (escuelas de esquí, de danza o de conducción) (22).

Aun cuando este paralelismo entre concepto competencial y el alcance de los derechos fundamentales pueda ser de carácter aleatorio, la limitación a la rigurosa esfera de la transmisión planificada de conocimientos, formación y educación en sentido estricto se corresponde bien con los objetivos auténticos del Derecho fundamental.

La ciencia y su enseñanza se ejercen, por el contrario, preferentemente, en los centros propios del Estado, por lo que requieren en dicha medida un marco jurídico (23). En todo caso, el Tribunal Constitucional ha declarado aquí como inadmisibles de principio aquellos «impedimentos que se establecen expresamente respecto a la investigación y su enseñanza, esto es, que no deriven de regulaciones de carácter general» (24).

Los profesores universitarios sometidos en su estatuto jurídico a las normas generales del Derecho funcional están protegidos en lo que atañe a su competencia docente por el artículo 17.1 frente a leyes que se inmiscuyan en esta posición funcional con la idea de perjudicar la libertad de la ciencia y su enseñanza (25). Los actos de ejecución que impidan la actividad docente e investigadora deberán, por tanto, estar cubiertos por leyes libres de toda objeción constitucional (26). Toda medida ilegal de régimen interno que suponga un obstáculo al ejercicio de la actuación docente constituye una lesión del Derecho fundamental. Así, por ejemplo, la revocación de un nombramiento para la presidencia de una clínica universitaria, ya que privaba al interesado

(21) Slg. 2670/1954. (Determinación de la competencia respecto a la autorización para enseñar en las asignaturas de música.)

(22) Sig. 2670/1954, 4579/1963, 4990/1965, 5853/1968, 6407/1971.

(23) Respecto a la tensión entre los párrafos 1 y 5 del artículo 17 de la L. F. del E., StGG, Binder, *Die Verfassungsrechtliche Sicherung der Wissenschaftsfreiheit in Österreich*, WissR (Tübingen), 1973, pp. 1 y ss.

(24) Slg. 1777/1949.

(25) Slg. 3565/1959. Es lícita la constatación de una incapacidad para enseñar; Slg. 4732/1964; es lícita la persecución de un comportamiento anticorporativo.

(26) Slg. 2345/1952, 3565/1959, 4732/1964, 4881/1964.

de un ámbito de actuación científica (27), pero no, sin embargo, una restricción en la participación en la administración académica (28).

Tampoco está limitado el legislador por el artículo 17 con respecto a la regulación de la participación en la administración directa de la ciencia. En especial, el artículo 17.1 no impone la obligación de garantizar institucionalmente la libertad de ciencia y su enseñanza haciendo que se transfiera a los profesores universitarios la dirección autónoma de los asuntos de dicho ámbito administrativo (29). Medidas que no afecten de manera directa a la investigación y la enseñanza sólo rozan la libertad de ciencia en la medida en que tengan como finalidad la limitación de la actividad científica (30).

El Tribunal Constitucional ha manifestado reiteradamente que la libertad de investigación en cuanto tal no depende de ninguna posición académica. Quien haya pedido la autorización para la docencia universitaria no puede alegar lesión en su libertad de enseñar porque se le niegue la habilitación para las actividades docentes académicas (31). Tampoco la denegación de la *venia docendi* ocasionada por la negativa a conceder la aprobación necesaria al acuerdo de concesión del colegio de profesores se mide por el rasero del artículo 17 (32).

El Tribunal Constitucional ha dejado expresamente abierta la cuestión de hasta qué punto también los profesores de otros centros de

(27) Slg. 4881/1964.

(28) Slg. 2823/1955: Revocación de la dirección de un curso de maestros para la educación artística, que se había encomendado a la recurrente antes de que ésta hubiera obtenido su cargo de catedrática.

(29) Slg. 8138/1977. Así, el Tribunal Constitucional no ha seguido las opiniones más avanzadas de la doctrina; véase WENGER-WINKLER: *Die Freiheit der Wissenschaft und ihre Lehre* (1974); KOJA: *Wissenschaftsfreiheit und Universität* (1976); WALTER-MAYER: *Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts* (1976), 333. Especialmente no ha visto una relación constitucional entre la autonomía universitaria y la libertad de la ciencia. Más tarde, el Tribunal Constitucional ha deducido con carácter general la admisibilidad de la institución de órganos de una administración autónoma por el legislador competente del hecho de que el legislador constitucional del año 1920 presupuso y reconoció esta técnica de organización, con lo cual la sujeción a instrucciones sólo se refería a los órganos estatales; Slg. 8215/1977 (Administración autónoma de una asociación de cazadores).

(30) Slg. 6974/1973: Consecuencias sobre el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de un viaje de estudios.

(31) Slg. 1777/1949, 1969/1950, 3068/1956: La declaración de que sólo puede ser lesionado en el derecho a libertad de la enseñanza aquel a quien le corresponde ya un derecho al ejercicio de la actividad docente es, sin duda, bastante general y no venía exigida además por los casos que se habían decidido ya, puesto que aquí se trata únicamente de la posibilidad de la enseñanza académica.

(32) Slg. 2706/1954: El ejercicio de la discrecionalidad estaba materialmente justificado en atención a los dictámenes expedidos en virtud de la tesis de habilitación.

enseñanza pueden invocar la libertad de ciencia (33). Como quiera que ello se hace depender del contenido de régimen interno, la cuestión se ha de responder negativamente.

Del artículo 17 no puede deducirse una protección constitucional de la esfera de la libertad académica de aprendizaje. Por el contrario, el Tribunal Constitucional se ha manifestado en los siguientes términos:

«Si el recurrente entiende como derecho fundamental del artículo 17 el derecho a ocuparse de la ciencia médica sin limitación temporal, a estudiar dicha ciencia, también sin limitación temporal, y a hacer los exámenes sin sujeción a los plazos de tiempo fijados en el plan de estudios, desconoce cuál sea el objetivo de este derecho fundamental, asumido de la Constitución austriaca de-cembrina de 1867 y articulado frente a una presión intervencionista de los poderes públicos en la actuación científica, objetivo que en modo alguno se sitúa en la cuestión, sostenida por el recurrente, de la libertad de estudio de un saber científico en el sentido de libertad de aprendizaje en una Universidad nacional» (34).

El mismo derecho al acceso a los centros de enseñanza públicos asegura, por las mismas razones, el principio de la igualdad y la libertad de formación profesional.

b) Un alcance más limitado tienen las libertades en el resto del sector educativo. El artículo 17.2 garantiza la libertad de las escuelas privadas, esto es, la libertad de constituir centros de instrucción y de educación y a impartir en ellos docencia, bajo la única condición de la demostración de la capacitación. Tampoco este derecho va más allá de la garantía de un margen de libertad, esto es, no asegura ni la posibilidad financiera de la constitución y del funcionamiento de escuelas privadas, ni la misma valoración de su actividad docente. Sin embargo, del artículo 14.7 de la Constitución Federal, según el cual se ha de otorgar a los centros de enseñanza privados, en los términos y condiciones fijados en la ley ordinaria, un estatuto de carácter público, se puede derivar un derecho constitucionalmente garantizado a su equiparación con las escuelas públicas (35).

(33) Slg. 4323/1962.

(34) Slg. 3191/1957.

(35) Slg. 5034/1965.

Acertadamente, la legislación ha puesto la capacitación y la aptitud exigidas por el artículo 17.2 en relación con los requisitos personales y objetivos, y ha establecido conforme a ello la diferenciación de si un centro se puede denominar según uno de los tipos establecidos en la ley. Una concesión del derecho a un estatuto de carácter público sólo se puede considerar cuando los promotores del centro de enseñanza, la dirección y los profesores ofrezcan garantías de una enseñanza ordenada acorde con el sistema escolar austriaco y cuando la efectividad (real) de su actividad docente esté en consonancia con la efectividad de las escuelas públicas de su mismo tipo, o bien cuando la escuela privada ya ha dado muestras de su acierto en actividad docente en base a un plan de organización especial aprobado por el Ministerio de Educación (36). El derecho a un estatuto de carácter público posibilita expedir diplomas homologados sobre los resultados escolares, realizar los exámenes previstos y también que en dichos centros puedan realizar sus prácticas los aspirantes al ingreso en los cuerpos docentes, pero depara simultáneamente el sometimiento a los preceptos correspondientes del ordenamiento jurídico escolar (37). La escolaridad general puede ser cumplida tanto en los centros de enseñanza privada dotados de estatuto de carácter público como en los centros de enseñanza públicos (38).

Por el contrario, ni la libertad de la instrucción doméstica ni la libertad de los centros de enseñanza privados garantizan un derecho a la liberación de la escolaridad general. Cierto es que está en consonancia con la tradición jurídica austriaca el considerar la enseñanza privada y doméstica como suficientes, en cuanto su nivel corresponda al de la enseñanza estatal (39), pero ello no constituye una consecuencia de la libertad de la enseñanza (que en cuanto tal no puede verse sometida a limitación alguna en la enseñanza doméstica), sino en todo caso una cuestión de oportunidad y un tratamiento diferente en atención a los objetivos de la enseñanza obligatoria.

No están garantizados por la Constitución subsidios estatales a los centros de enseñanza privados. Sin embargo, un acuerdo con la Santa

(36) Artículo 14, Privatschul G (Ley sobre los centros de enseñanza privados), BGB1 244/1962.

(37) Artículo 13, Privatschul G.

(38) Artículo 4.º y siguientes, Schulpflicht G. BGB1 241/1962 (Ley de la enseñanza obligatoria).

(39) Artículo 21, Reichsvolksschul G, RGB1 62/1869 (Ley sobre las escuelas primarias), ahora artículo 11, Schulpflicht G; la equivalencia de la enseñanza ha de valorarse a priori y deberá ser comprobada mediante exámenes anuales.

Sede de 1962 (40) asegura a la iglesia católica subvenciones para los gastos de personal que han de tener lugar bajo la forma de la asignación de profesores estatales en número suficiente para el cumplimiento de la obligación de escolaridad en las escuelas confesionales con estatuto de carácter público en la medida en que la relación entre el número de alumnos y el número de profesores corresponda, en general, con la de los centros de enseñanza públicos similares. El mismo trato de favor pueden reclamarlo también otras iglesias reconocidas oficialmente o comunidades religiosas a la vista del principio del tratamiento de igualdad (41).

c) El artículo 18 de la Ley Fundamental del Estado garantiza la libertad de formación profesional en relación con la libertad de elección de profesión u oficio, como medio para un fin libremente elegido (42). Dado, sin embargo, que la misma libertad de ejercicio de la actividad profesional se halla garantizada en el artículo 6.º de dicha ley únicamente en los términos y condiciones previstos en las leyes ordinarias, la jurisprudencia ha considerado también lícitas aquellas regulaciones legales que establecen la preparación profesional como presupuesto del acceso a una profesión u oficio. Tales regulaciones han sido consideradas como condiciones del ejercicio profesional (43). Lo que está garantizado, pues, es sólo la libertad de elegir una profesión u oficio sin impedimentos o restricciones de prescripciones legales, así como la libertad para adquirir la formación necesaria al respecto (44). A estos efectos no es significativo (45) si esta formación es forzosamente necesaria para la profesión u oficio elegido o meramente deseada (46). De ahí que sean lícitas, por ejemplo, las regulaciones que exigen de la persona a cuyo cargo corre la formación profesional una calidad determinada y que le permiten asimismo formar simultáneamente a un determinado número de personas (47) o

(40) GBl 273/1962.

(41) En la Ley sobre centros de enseñanza privada (Privatschul G) (arts. 17 y siguientes) efectivamente están previstas prestaciones para todas las iglesias y comunidades religiosas.

(42) Pero no el derecho a instruir a un otro: Slg. 5044/1965.

(43) Slg. 2030/1950.

(44) Slg. 3168/1957, 3191/1957, 4011/1961, 4578/1963, 6305/1970, 6454/1971, 7058 y 7859/1976.

(45) La conclusión de un aprendizaje no es, generalmente, presupuesto (legal) para el ejercicio de la profesión correspondiente.

(46) La regulación de la relación de aprendizaje no puede considerarse únicamente desde el punto de vista de la formación profesional, sino que han de tomarse en cuenta también los aspectos del derecho laboral que le atañen.

(47) Slg. 4019/1961.

las que fijan la competencia local de las condiciones examinadoras según el domicilio del solicitante (48), mientras que, por el contrario, se prohíben toda clase de privilegios o ataduras de carácter estamental o gremial (49).

No es éste el lugar para estudiar con detalle las limitaciones que la Constitución impone al legislador en lo que respecta a los derechos fundamentales de la libertad de la actuación económica y de la libre elección de la profesión. En todo caso, desde la particular perspectiva de la libertad de la formación profesional se prohíbe vincularla a otras premisas que no sean la aptitud y la capacitación (50). Por principio los planes de estudio han de ser accesibles a todos, por lo que la admisión no puede hacerse depender de las necesidades existentes de personas preparadas o de la extracción social o de los bienes del solicitante o de sus perspectivas profesionales. Desde el momento en que se exige una preparación formal se deberá reconocer la asistencia a centros de enseñanza privados homologables.

La libertad de formación no obliga al Estado a ofrecer posibilidades de trabajo en número suficiente, ni tampoco, y esto mucho menos, a ocuparse de su existencia (51). Sin embargo, en la regulación de los planes formativos se deberán tomar en consideración las circunstancias reales de modo que no pueda hacerse imposible la formación a los candidatos capacitados. Cuanto más se supedita la posibilidad natural de adquirir los conocimientos necesarios y habilidades a la institución de planes formativos formales para el acceso al ejercicio profesional, tanto más eficazmente se han de procurar las oportunidades necesarias para la formación (52).

Las medidas constitucionalmente admisibles, que no tienen como finalidad la limitación de las posibilidades de formación, no rozan en absoluto la libertad de la formación profesional, así como, por ejemplo, la expulsión de estudiantes extranjeros (53), la prohibición de rui-

(48) Slg. 5279/1966.

(49) Slg. 5611/1967.

(50) Normas sobre la pérdida de la subvención para los estudios no afectan a la libertad de la formación profesional; B 343, 375/77, 20/78, de 11 de junio de 1980.

(51) Otra interpretación, haciendo alusión a las circunstancias modificadas, por ejemplo: Haider, *Sozialer Grundrechtsschutz und Jugendarbeitslosigkeit*, OJZ 1978, 225 y ss., 258 y ss.

(52) Hasta hoy no se ha presentado todavía el problema de un *numerus clausus*.

(53) Slg. 2850/1955.

dos molestos e innecesarios (54), la detención legal (55), el servicio militar (56) o la escolaridad obligatoria (57).

d) En el ámbito específico de la instrucción religiosa, el artículo 17.4 de la Ley Fundamental del Estado de 1867 garantiza a las iglesias y a las comunidades religiosas el impartir por cuenta propia la enseñanza de la religión en las escuelas. Sin embargo, la dirección e inspección suprema del conjunto del sistema escolar reservadas al Estado (art. 17.5 L. F. Est.) se extiende también a este tipo de enseñanza (58). Pero la enseñanza religiosa, realizada bajo la inspección estatal en centros de enseñanza públicos o privados, está, sin embargo, protegida en su contenido como asunto interno de la comunidad religiosa, correspondiendo a ésta la dirección, el control más inmediato y la confección de los programas de estudio (59). De acuerdo con este sistema de la Ley Fundamental del Estado este derecho corresponde únicamente a las llamadas iglesias y comunidades religiosas «legalmente reconocidas» (60). Por más que el Tratado de Estado de St. Germain (61) garantiza el ejercicio público de la religión a todas las personas, el reconocimiento legal sigue siendo la condición previa para impartir la enseñanza de la religión en las escuelas (62).

El artículo 17.4 de la Ley Fundamental del Estado garantiza la religión como objeto de enseñanza incluida en el plan de estudios, pero, sin embargo, el mencionado acuerdo con la Santa Sede (63) asegura a la iglesia católica el derecho a impartir enseñanza religiosa en todos los centros de enseñanza públicos u homologados y hace depender cualquier reducción de los horarios actualmente existentes del consentimiento entre la iglesia y el Estado; por consiguiente, se deberá

(54) Slg. 5611/1967 (tocar el cuerno de caza en una casa).

(55) Slg. 6464/1971, 8562/1979.

(56) Slg. 8372/1978.

(57) Slg. 8634/1979.

(58) Slg. 2507/1953: Sometimiento de los profesores de religión a las normas materiales de régimen interior, con independencia de la competencia y del procedimiento.

(59) Artículo 2.º de la Ley sobre la enseñanza religiosa (Rel UG), BGBI 190/1949.

(60) A los miembros de una confesión religiosa no reconocida legalmente sólo se les garantiza con ello el ejercicio doméstico de la religión; artículo 16 StGG.

(61) Artículo 63.

(62) La Ley sobre el reconocimiento de comunidades religiosas, RGBI 68/1874, ordena su reconocimiento, siempre que no haya nada ilegal o inmoral en lo que respecta a su doctrina, culto y denominación y garantiza también la creación y el mantenimiento, cuando menos, de una comunidad cultural con determinadas condiciones mínimas; a éstas le corresponde también una regulación sobre la forma de ejercicio, dirección y control directo de la enseñanza religiosa.

(63) BGBI 273/1962.

conceder también un trato igual a las demás comunidades religiosas reconocidas (64). La Constitución no obliga al Estado a asumir los costos de la enseñanza religiosa; sin embargo, por razón del citado Tratado de Estado éste tiene que asumir los gastos de personal derivados de dicha enseñanza y deberá tratar, por lo tanto, de igual manera a las demás iglesias y comunidades religiosas (65).

2. Los Tratados de Estado de St. Germain y de Viena

a) Según el artículo 8.º de la Constitución Federal el idioma alemán es, sin perjuicio de los derechos concedidos a las minorías lingüísticas, el idioma oficial de la República. No obstante, el Tratado de Estado de St. Germain de 10 de septiembre de 1919 (66) impone a Austria, en su condición de núcleo de un Estado multinacional desintegrado, la obligación de reconocer con carácter de ley fundamental los preceptos del capítulo V de su parte tercera (arts. 62-69), dedicados a la protección de las minorías (art. 62). Por consiguiente, el artículo 149 de la Constitución Federal eleva este precepto contractual, entre otros, a rango constitucional.

El artículo 8.º de la Constitución Federal y los derechos garantizados por el Tratado han derogado, según la opinión del Tribunal Constitucional, lo previsto en el artículo 19 de la Ley Fundamental del Estado de 1867. Este establecía lo siguiente:

«Todas las comunidades del Estado son iguales en derechos y todas ellas tienen un derecho inviolable a la protección de su carácter nacional y de su idioma. La equiparación de todos los idiomas hablados usualmente en el territorio del Estado goza de reconocimiento estatal tanto en las escuelas como en las administraciones y en la vida pública. En los *Länder* en los que habiten diversas comunidades nacionales se deberán instituir centros de enseñanza públicos en forma tal que cada una de estas comunidades goce de los medios suficientes para recibir la enseñanza en su propio idioma, sin ser forzada al aprendizaje de un segundo idioma regional.»

(64) Artículos 1.º y ss. Rel UG.

(65) Artículos 3.º y ss. Rel UG.

(66) StGBI. 303/1920.

El Tribunal Constitucional ha basado su tesis de la pérdida de eficacia de este artículo en la siguiente argumentación:

«El artículo 19 de la Ley Fundamental del Estado, procedente de los tiempos de la Monarquía dual, tiene como condición la existencia de diversas comunidades nacionales y de diferentes idiomas usuales dentro del Estado. Sin embargo, este presupuesto ya no existe después de la descomposición del antiguo estado plurinacional. En la Austria de hoy no existen comunidades nacionales ni idiomas usuales dentro del territorio del Estado en el sentido del artículo 19 de dicha ley, sino que ya solamente existen minorías, cuya situación jurídica está regulada exclusivamente por el artículo 67 del Tratado de St. Germain, de manera que no queda espacio para una aplicación del artículo 19 de la Ley Fundamental del Estado» (67).

Los artículos 67 y 68 del Tratado de St. Germain que se refieren al sector educativo se expresan como sigue:

«Artículo 67

Los ciudadanos austriacos que por razón de su raza, religión o idioma pertenezcan a una minoría disfrutarán del mismo tratamiento y de las mismas garantías, tanto de hecho como de derecho, que los demás ciudadanos austriacos, y especialmente tendrán el mismo derecho a instituir a su costa establecimientos de beneficencia, religiosos o sociales, escuelas y otros centros de instrucción, a administrarlos e inspeccionarlos disfrutando del derecho de utilizar en los mismos discrecionalmente su propio idioma y a practicar libremente su religión.»

«Artículo 68

En lo que se refiere a los centros públicos de enseñanza, el Gobierno austriaco, en las ciudades y distritos en los que habiten un número proporcionalmente considerable de ciudadanos cuyo idioma sea otro que el alemán,

(67) Slg. 2459/1962.

concederá las facilidades necesarias para garantizar que en las escuelas primarias a los hijos de estos ciudadanos se les imparta la enseñanza en su propio idioma. Esta disposición no impedirá al Gobierno austriaco, sin embargo, declarar en las citadas escuelas la obligatoriedad de la enseñanza del idioma alemán.

En las ciudades y distritos, en los que habiten un número proporcionalmente considerable de ciudadanos austriacos que pertenezcan a una minoría por razón de su raza, religión o idioma se habrá de asignar a dichas minorías una parte adecuada de todas las partidas que en los presupuestos públicos del Estado, de los municipios o de otros organismos públicos se prevean para fines como educación, religión o beneficencia.»

b) El artículo 7.º del Tratado de Estado de Viena, de 15 de mayo de 1955 (68), dotado igualmente de rango constitucional, describe más concretamente los derechos de las minorías eslovenas y croatas. Las partes firmantes se manifiestan en los siguientes términos:

«1. Los súbditos austriacos de las minorías eslovenas y croatas en Carintia, Burgerland y Estiria gozan de los mismos derechos y en las mismas condiciones que los demás súbditos austriacos, con inclusión del derecho a establecer sus propias organizaciones, a reunirse y a tener prensa escrita en su propio idioma.

2. Tienen derecho a la enseñanza primaria en el idioma esloveno o croata y a que se les dote de un cierto número proporcional de escuelas propias de grado medio; en relación con esto se examinarán los planes de estudios de las escuelas y se instituirá un departamento de inspección escolar para las escuelas eslovenas y croatas.»

Para el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el Tratado de Estado de Viena tiene vigencia la ley carintia relativa a las escuelas para minorías (69), cuyo artículo 7.º dispone con rango constitucional lo siguiente:

(68) BGBl. 152/1955.

(69) BGBl. 101/1959.

«El derecho a utilizar el idioma esloveno como idioma de enseñanza, o a aprenderlo como asignatura obligatoria, ha de concederse a todos los escolares en las escuelas que se establezcan en desarrollo de esta ley, en la medida en que ésta sea la voluntad de sus representantes legales. Un escolar sólo puede ser obligado a utilizar el idioma esloveno como idioma de enseñanza, o a aprenderlo como asignatura, cuando ésta sea la voluntad de sus representantes legales.»

La localización de las escuelas primarias y fundamentales que afectan en particular a las minorías eslovenas ha de hacerse conforme a los criterios que resultan de la constatación oficial de las minorías; hasta el momento en que se produzca dicha constatación oficial, las escuelas para los niños eslovenos han de establecerse en aquellos municipios en los que al comienzo del año escolar 1958-1959 la enseñanza en las escuelas primarias y fundamentales era bilingüe(70). En estas escuelas (71) pueden recibir instrucción todos los alumnos, tanto de las escuelas primarias como de las fundamentales, que hayan sido inscritos al respecto por su representante legal.

La significación práctica del artículo 67 del Tratado de Estado de St. Germain reside en la circunstancia de que el principio de igualdad se amplía aquí a la garantía de la posibilidad de instituciones privadas (especialmente centros de enseñanza privados) en las que también se utilizará el idioma de la minoría afectada. El artículo 68.1 está sobrepasado por el artículo 7.º del Tratado de Estado de Viena y no despliega ya eficacia alguna que vaya más allá de aquél, puesto que no están reconocidas más minorías que las enunciadas en el artículo 7.º de dicho Tratado. El artículo 68.2 obliga, más allá de la garantía del principio de igualdad, a la utilización de una parte adecuada de los medios presupuestarios dedicados a fines educativos de conformidad con los deseos de la minoría o de sus pertenecientes.

Ahora bien, en particular, no está claro cuáles son los derechos que corresponden a los pertenecientes a una minoría individualmente considerados y cuáles los que corresponden a la minoría en cuanto tal —cualquiera que sea su determinación u organización—. El trato igual

(70) Artículo 10, Ley escolar para las minorías.

(71) Se trata de escuelas primarias y fundamentales con clases en esloveno, escuelas primarias bilingües, clases de enseñanza primaria y departamentos eslovenos en escuelas fundamentales. Artículo 12, Ley escolar de minorías.

está garantizado a los ciudadanos (72) y también las facilidades en la enseñanza escolar primaria (73), así como el derecho a una instrucción elemental, a escuelas medias propias y a un departamento especial del órgano de inspección de enseñanza (74) parecen corresponder al individuo, en particular a los padres. Por otra parte, la puesta a disposición de una parte correspondiente de los medios presupuestarios (75) sólo está asegurada a la minoría en cuanto tal. Sin embargo, en cuanto la minoría no se halle organizada como tal, bien podrán las organizaciones parciales integradas por miembros de la minoría hacer valer su pretensión de disfrute. En todo caso, parece ser entonces competencia del Estado la decisión de si establece los medios para una organización semejante, o si bien los hace llegar a los miembros de la minoría individualmente considerados.

c) Finalmente, el artículo 63.2 del Tratado de Estado de St. Germain también influye en el sector de la educación, en la medida en que trata conjuntamente la práctica de la religión y la enseñanza religiosa:

«Todos los habitantes de Austria tienen derecho a practicar libremente, en público o en privado, todo tipo de fe, religión o creencia, en cuanto su práctica no sea incompatible con el orden público o con las buenas costumbres.»

3. *La Convención Europea de Derechos del Hombre*

a) Como forma de actuación religiosa, el artículo 9.º de la Convención garantiza también expresamente el derecho a la enseñanza, pública o privada, de una religión o ideología. Sin embargo, esta garantía apenas va más allá de la libertad de la práctica, privada o pública, de la religión (art. 62.2 del Tratado de Saint Germain) en combinación con la libertad de centros de enseñanza privados y la libertad de la instrucción doméstica. La libertad de religión e ideología, comprensiva de la enseñanza, sólo puede limitarse según la Convención por aquellas medidas legales que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad pública, del orden público, de la

(72) Artículo 67, Tratado de Saint Germain, artículo 7.º Z,1, Tratado de Viena.

(73) Artículo 68, I Tratado de St. Germain.

(74) Art. 7.º, II Tratado de Viena.

(75) Art. 67, II Tratado de St. Germain.

salud y de la moral pública o para la protección de los derechos y libertades fundamentales de las demás personas. Las limitaciones excedentes de este marco ya estaban consideradas como inadmisibles hasta ahora.

b) Según el artículo 2.º del protocolo adicional I, no se puede negar a nadie el derecho a la educación (párrafo 1.º). El Estado, en el ejercicio de las funciones por él asumidas en el ámbito de la educación y la enseñanza, ha de respetar el derecho de los padres a asegurar la enseñanza y educación de sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones religiosas e ideológicas (párrafo 2.º).

El derecho a la educación en esta disposición se encuentra, inequívocamente, presupuesto. Se trata, en primer lugar, de la libertad natural de formarse conforme a las oportunidades existentes; en esta libertad están prohibidas las injerencias estatales. Sin embargo, esta prescripción por sí misma no hace obligatorio el fomento de la educación. La Convención no reconoce ninguna clase de derecho a la educación que obligue a los Estados firmantes a establecer subvenciones a la instrucción de un determinado carácter o nivel a costa del Estado, sino que se limita a garantizar a los ciudadanos de los Estados firmantes el derecho a servirse de cualquier centro docente existente en un determinado momento (76). En esta medida se ha de partir de la premisa de que el contenido natural de las posibilidades de la educación garantizada es diferente en cada Estado firmante y, por el mismo motivo, pueden existir también diferencias regionales en los Estados federales.

Por ello el Estado no parece obligado a influir en los presupuestos fácticos de acceso a los centros de enseñanza —el alejamiento de los centros, las inversiones necesarias para su mantenimiento— en tal manera que sean realmente iguales para todas las personas. Únicamente está prohibida una discriminación por razón de sexo, raza, color de piel, idioma, religión, creencias políticas o de otro tipo, extracción nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, situación económica de los padres o cualquier otro *status* (art. 14 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre). Además el imperativo de la igualdad de trato representa un núcleo material esencial que, de hecho, obliga a una distribución adecuada de los centros de enseñanza y a

(76) TEDH, Caso belga de los idiomas, Slg. Golsong-Petzold-Furrer II 27. Desde el punto de vista austriaco Khol, Zur Diskriminierung im Erziehungswesen, ZAÖRV 1970, 263 y ss., y Zeizinger, Das Recht auf Bildung in der österreichischen Verfassungsordnung. FS Klecatsky (1980), II 1.079 y ss.

una cierta toma en consideración de las repercusiones fácticas de las medidas adoptadas; en la medida de lo posible se ha de evitar que la regulación por sí misma lleve a desigualdades impertinentes. Ahora bien, lo único que se encuentra garantizado es que nadie sea privado del disfrute al derecho ya existente, cualquiera que sea su extensión y las posibilidades fácticas.

Con ello, la garantía del derecho a la educación se agota ciertamente en una mera prohibición de discriminación, esto es, una simple especificación del principio de la igualdad, si bien actúa en el sistema educativo como fuerza impulsora para el establecimiento de igualdad de oportunidades para todos en materia educativa. Al no poder resultar nadie perjudicado en sus oportunidades de la educación por el ejercicio de las tareas asumidas por el Estado en el sector de la educación y la enseñanza, la Convención obliga a la adopción de medidas que abran el acceso citado, también de hecho, en la medida de lo posible, a los centros de educación ya instituidos.

El Tribunal Constitucional ha rechazado en repetidas ocasiones recursos de reclusos fundamentados en el artículo 2.º del protocolo adicional de la Convención Europea de los Derechos del Hombre, aludiendo al extremo de que los derechos y las libertades fundamentales no pueden ser considerados aisladamente, sino que forman un complejo y no excluyen la imposición legal de una pena de prisión, de manera que las medidas esencialmente vinculadas con la ejecución de una pena privativa de libertad no afectan a los derechos garantizados constitucionalmente (77).

Por la misma razón, no ha estimado constitutiva de lesión del derecho fundamental la negativa a pasar —en lugar de al 6.º curso del instituto privado en el que se cursó el año anterior— al 6.º curso de otro instituto privado en el que se hizo el 4.º curso y que el alumno tuvo que abandonar por bajo rendimiento, estando organizada la enseñanza diversamente en uno y otro centro (78). También consideró constitucional una disposición que excluyó la continuación de los estudios de medicina al no haber acabado el candidato, sin motivos justificados, el primer examen de licenciatura dos años después

(77) Slg. 6465/1971: Denegación de un aparato de radio propio; Slg. 6722/1972: Denegación del beneficio de prolongación del tiempo de la iluminación de la celda; Slg. 8562/1979: Denegación de la participación en un curso a distancia sobre la técnica de microprocesadores y la entrega de las piezas necesarias al efecto; con referencia a esta jurisprudencia Zeizinger. *Verfassungsgerichtshof und „besonderes Gewaltverhältnis“*, JBl 1973, 191 y ss.

(78) Slg. 5929/1969.

de realizar el examen parcial de anatomía (79), o la falta de influencia de los padres en la forma organizativa de las escuelas (80).

Simultáneamente, como contrapartida de la libertad de religión e ideología (art. 9.º de la Convención Europea de los Derechos del Hombre) de las personas maduras para estas cuestiones, el artículo 2.º del protocolo adicional de la Convención contiene en su párrafo segundo el derecho de los padres a asegurar la enseñanza de sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones religiosas e ideológicas. En todo caso los padres tienen el deber de cuidar de los intereses de sus hijos en esta esfera. En la medida en que el sistema estatal no depare por sí las posibilidades optativas correspondientes, deberá dejar a tal educación y enseñanza un espacio suficiente, así como tampoco podrá obstaculizarlo (81). Vistas así las cosas, esta disposición parece exigir el cumplimiento de la escolaridad obligatoria en los centros de enseñanza privados únicamente cuando el objeto y la configuración de la enseñanza estatal lo hagan necesario. Si la asistencia a centros de enseñanza privados es el único medio con el que los padres, en base al sistema estatal, pueden prácticamente garantizar la educación y enseñanza de sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones, deberá corresponderles a los padres en estos casos, según la Convención, un apoyo estatal.

B) *La significación del reconocimiento constitucional*

1. *Configuración y efectos*

a) Los derechos fundamentales del catálogo de 1867 (arts. 17 y 18 de la Ley Fundamental del Estado) están configurados como (clásicos) derechos de delimitación frente a injerencias estatales en el sector educativo. El Tribunal Constitucional, en su sentencia de la ley sobre la organización de las universidades, se ha manifestado en los siguientes términos:

•El catálogo de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental del Estado basado en las tradicionales ideas

(79) Slg. 6454/1971.

(80) Slg. 8406/1978 (el padre de un alumno de idioma alemán quería oponerse a que la enseñanza en la escuela primaria fuera también en idioma esloveno).

(81) No está claro que la asistencia a escuelas experimentales (escuelas y clases) para el ensayo de formas de enseñanza haya de ser voluntaria sólo desde el punto de vista del derecho de los padres; afirmativamente Zeizinger. *Schulversuche und Elternrecht*. JBl 1976, 473 y ss.

liberales —lo que se explica por el momento de su surgimiento— garantiza al ciudadano la protección frente a los actos estatales. Desde este punto de vista hay que considerar también el artículo 17 de dicha ley; éste garantiza a todo el que investiga y enseña científicamente que es libre en el marco de esta actuación, esto es, que el Estado no puede someterle a limitaciones específicas dirigidas intencionalmente al constreñimiento de esta libertad, de manera que el espacio de libertad así constituido está caracterizado por la protección frente a los actos del poder público, en la medida en que obliga al Estado a abstenerse de intervenir en dicho espacio. Ahora bien, ni de la evolución histórica ni del propio texto del artículo 17 se puede deducir que éste obligue, además, al Estado a regulaciones positivas, especialmente en lo que se refiere a la concesión a los catedráticos, en garantía de este derecho, de una participación decisiva en la administración directa de la ciencia» (82).

El Tribunal no se ha adherido a la tesis sostenida mayoritariamente en la doctrina de que se ha operado, juntamente con los cambios estatales, una modificación en la significación de los derechos fundamentales, aceptados sin variaciones en su formulación. La libertad de la ciencia, la libertad de la instrucción doméstica sirven —en cierto modo como vanguardia de determinados puntos amenazados— para la defensa frente a injerencias estatales; la libertad de los centros de enseñanza privados y la libertad de la formación profesional sirven para la protección frente a limitaciones excesivas. No existen, sin embargo, pretensiones de rango constitucional a prestaciones estatales, como tampoco se puede hablar de efectos frente a terceros de los derechos fundamentales. No obstante, hay que admitir repercusiones en la configuración del ordenamiento del Derecho civil, como, por ejemplo, en

(82) Slg. 8136/1977: La decisión ha sido objeto de fuerte crítica en la literatura, que, sin embargo, no ha tenido en cuenta que el Tribunal Constitucional se limitó a determinar que el artículo 17 I StGG «no tiene ninguna referencia institucional en el sentido atribuido a la palabra por el Tribunal administrativo ante el Tribunal Constitucional», sin negar, por otra parte, la influencia de la libertad de la ciencia en la organización de la actuación científica. Naturalmente, también esta organización puede significar una injerencia estatal en el derecho fundamental.

la relación entre padres e hijos (83) y en el reconocimiento de vínculos privados en cuestiones de la educación y de la formación.

En esta situación, la recepción de la Convención Europea de los Derechos del Hombre no ha supuesto ningún cambio fundamental. Se ha limitado a poner de relieve la posición de los padres como titulares del derecho a la libertad de religión e ideología en los sectores de la educación y la enseñanza. Incluso en lo que atañe a protección de las minorías lingüísticas, las disposiciones del Tratado de Estado sólo garantizan una equiparación efectiva de éstas con los demás ciudadanos austriacos.

b) El dato teórico necesita, sin embargo, con respecto a los efectos prácticos de la situación constitucional; un complemento esencial, en efecto, los derechos fundamentales reciben un refuerzo decisivo en dos órdenes:

Por una parte, en el sector de la enseñanza elemental y media (es decir, con excepción de las universidades y academias de arte), la situación jurídica actual «en cuestiones de administración escolar federal en el seno de los *Länder* y distritos políticos, escolaridad obligatoria, organización escolar, centros de enseñanza privados y relaciones entre la escuela y la iglesia (comunidades religiosas), e incluso de enseñanza religiosa en las escuelas» sólo puede ser modificada bajo las mismas condiciones materiales que el derecho constitucional (artículo 14.10 Const. Fed.). Con esto se ha instituido una protección completa del sector central de la enseñanza frente a evoluciones indeseadas, de manera que el sistema escolar existente se encuentra garantizado en tal forma que, de hecho, ostenta garantías similares a las de los derechos fundamentales, puesto que las transgresiones de estas disposiciones pueden ser invocadas por el interesado ante el Tribunal Constitucional, quien deberá anular la norma adoptada inconstitucionalmente (84).

Por otra parte, los derechos fundamentales del sector educativo en relación con el principio general de la igualdad o con prohibiciones

(83) El artículo 147 ABGB (Código Civil) concede al hijo mayor de edad que ha expresado ante sus padres sin éxito su opinión sobre su formación la posibilidad de recurrir ante el Tribunal. Este, tras considerar las razones alegadas tanto por los padres como por el hijo, acordará lo que estime procedente para el bien del hijo.

(84) Sin embargo, la delimitación del sector de la organización escolar respecto de la configuración de la enseñanza es altamente confusa; así, la inseguridad del legislador ha provocado, por ejemplo, que en la aprobación de la Ley sobre la enseñanza escolar, BGBl 139/1974, haya bastado con la constatación global de que la Ley se apruebe por una mayoría de dos tercios.

especiales de discriminación (de los dos Tratados de Estado o de la Convención Europea de los Derechos del Hombre) conduce necesariamente en cada situación histórica dada a pretensiones de las que pueden derivar prestaciones estatales. Así, por ejemplo, la deseada y constitucionalmente admitida exigencia de una preparación formal para el acceso a alguna profesión obliga al legislador a respetar la libertad de formación (art. 18 L. F. del Est.) que corresponde a todas las personas en manera tal que abra la posibilidad de esta formación efectivamente a todos los que estén capacitados para ello. La institución de determinados tipos de escuelas obliga, en caso de necesidad, al ofrecimiento de un número correspondiente de escuelas (art. 2.º del protocolo adicional) o de escuelas para minorías (art. 7.º del Tratado de Estado de Viena), así como la introducción de subsidios para estudios obliga a una determinación objetiva del círculo de los beneficiarios desde la perspectiva de la igualdad de oportunidades en la educación (art. 7.º Const. Fed. y art. 2.º L. F. del Est.). Teóricamente el legislador podría desvincularse de los mandamientos que resultan de estas consideraciones, renunciando posteriormente a las medidas de subvención previstas, a la institución de determinados tipos de escuelas o a las regulaciones sobre el acceso a una profesión, pero dado que normalmente tal renuncia está excluida por motivos práctico-políticos, los derechos fundamentales, no obstante su contenido de carácter defensivo, garantizan muchas veces un disfrute a las prestaciones estatales (que no puede obviamente determinarse de antemano).

2 *Protección jurisdiccional*

La forma de la virtualización de los derechos fundamentales constitucionalmente garantizados depende fundamentalmente del nivel en el que se realizó la lesión del derecho fundamental.

a) Si la lesión del derecho fundamental se basa en la ejecución en el caso concreto (a través de actos de la administración o de la jurisdicción), los tribunales correspondientes anularán el acto estatal ilegal, decidiendo por sí mismos en el asunto (85) u ordenando con carácter vinculante a los órganos correspondientes que decidan o procedan de acuerdo con su opinión en derecho (86). Contra actos de la

(85) Así en determinadas circunstancias el Tribunal Supremo, situado en la cumbre de la jurisprudencia ordinaria.

(86) Así los dos Tribunales del derecho público que conocen de los actos de la administración: el Tribunal administrativo y el Tribunal constitucional como Tri-

administración que lesionen derechos garantizados constitucionalmente se puede recurrir ante el Tribunal Constitucional. Pero, dado que la lesión de estos derechos mediante la ejecución en el caso concreto significa casi siempre en virtud de la necesidad de una base legal de todos los actos administrativos, simultáneamente, la lesión de leyes ordinarias o de normas con rango inferior a la ley, de hecho, dicha lesión se halla bajo la salvaguardia del Tribunal Administrativo. Por su parte, los actos de los Tribunales se encuentran sometidos única y exclusivamente al control del Tribunal Supremo, quien decide, a su vez, sobre las lesiones de derechos fundamentales en el ámbito de la justicia con exclusión de recurso al Tribunal Constitucional.

La delimitación de las competencias entre los dos Tribunales de Derecho público en el sector de la ejecución en concreto resulta enormemente difícil. Cierto es que ello depende del contenido de cada derecho fundamental; sin embargo, la concurrencia de recursos ha contribuido, por su parte, a la delimitación del alcance de los derechos garantizados constitucionalmente. Los derechos fundamentales de la Ley Fundamental del Estado de 1867 garantizados bajo reserva de ley—por ejemplo, el derecho a la libre circulación de personas y de bienes (87), la inviolabilidad de la propiedad (88), la libertad de la actuación económica (89) y, en parte también, la libertad personal (90)—han sido entendidos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en atención específicamente a las funciones del Tribunal Administrativo, en el sentido de que la garantía constitucional sólo protege contra aquellos actos de ejecución que han sido dictados en base a leyes inconstitucionales o carentes de fundamento legal, entendiendo aquí también una aplicación manifiestamente errónea de la ley—supuesto apenas pensable—equivalente a una falta de ley, mientras que las demás faltas de la administración como simples ilegalidades serán juzgadas exclusivamente por el Tribunal Administrativo (lo que, sin embargo, asegura su salvaguardia con la misma efectividad constitucional). Sólo una delimitación semejante parece ser adecuada, a juicio del Tribunal Constitucional, para evitar una competencia doble de los dos Tribunales en la materia del control de la ejecución. Si toda medida ilegal lesionase el derecho fundamental, que sólo es limitable por la ley, la

bunal administrativo de tipo extraordinario que está limitado en esta función al reconocimiento de los derechos constitucionales.

(87) Slg. 7379/1974.

(88) Slg. 8472/1978.

(89) Slg. 7440/1974.

(90) Slg. 8076/1977.

mayor parte de las ilegalidades deberían ser reclamadas ante el Tribunal Constitucional. Si, por otra parte, bastase la invocación formal a una ley sin tacha de inconstitucionalidad, aunque fuera totalmente improcedente para justificar la injerencia en el derecho fundamental, entonces la administración podría minar la protección de éste a través de simples declaraciones. De ahí, que el Tribunal se limite en el caso de los derechos con reserva de ley a la revisión antes mencionada.

El Tribunal Constitucional ha realizado también una delimitación correspondiente a esta fórmula entre lesión del derecho fundamental y mera ilegalidad, en la esfera educativa y, en concreto, con relación al derecho a la educación, en la medida en que éste se encontraba limitado por la ejecución de un arresto legal (91), y a la libertad de formación profesional (92). En estos casos, sin embargo, no parece posible sostener las fórmulas habituales, porque los derechos fundamentales en cuestión tienen su particular finalidad.

Cierto es que para el derecho a la educación, desde la perspectiva de su anclaje en la Convención como norma del Derecho internacional, no supone una cuestión de importancia cuál sea el órgano interno que se ocupa de la lesión de la Convención en el sentido del artículo 13 (derecho a un recurso eficaz ante una instancia nacional). Sin embargo, como los derechos de la Convención están garantizados constitucionalmente sin ninguna variación, la extensión de la garantía del derecho fundamental deberá corresponder con el contenido del Derecho internacional, así como el contenido de la competencia del Tribunal Constitucional ha de coincidir con la de los órganos de la Convención. Pero, en ningún caso, podrá hacerse depender el acuerdo de la Convención de la gravedad de la infracción en el derecho interno. Indudablemente, el ordenamiento jurídico estatal tiene importancia también para el contenido del derecho a la educación, puesto que determina el *standard* que facilita la denuncia de la discriminación y porque fija límites fácticos a la libertad de la educación (así, por ejemplo, también a través de medidas de régimen penitenciario). En cualquier caso, la lesión del derecho fundamental sólo puede producirse en virtud de las formas concretas de violación del derecho. Aun cuando se acepte que la Convención deja un cierto margen a los órganos estatales en la interpretación de los hechos y de las leyes (93), consecuentemente

(91) Ver nota 77.

(92) Slg. 5279/1966 y 6464/1971.

(93) El Tribunal Constitucional deberá dejar entonces este espacio a los órganos competentes.

se deberá examinar toda actuación estatal al objeto de determinar si se ha producido una discriminación del individuo en el sector de la educación o si se ha limitado la libertad de formación en contra de la finalidad del derecho fundamental. Es así posible, indudablemente, que un comportamiento manifiestamente ilegal—de acuerdo con el derecho interno—de un órgano estatal sea inobjetable desde la perspectiva del derecho a la educación y, por el contrario, que una infracción, por muy leve que sea, de una ley que respeta las exigencias de la Convención constituya una lesión del derecho fundamental. Pues, por una parte, no hay lugar, por lo menos desde el punto de vista del derecho a la educación, en la interpretación de los derechos fundamentales con reserva de ley, para la consideración de que la injerencia en las esferas protegidas requiere siempre una ley y, por otra parte, la propia Convención protege, ciertamente, contra actos individuales de ejecución en la misma manera que contra leyes y decretos.

Por todo esto, parece necesario para la cuestión de la discriminación en el sector de la ejecución un procedimiento similar al que ha observado el Tribunal Constitucional en cuanto al principio general de la igualdad: se ha de examinar si el órgano estatal ha imputado a la ley un contenido discriminatorio o ha procedido arbitrariamente en un caso concreto (esto es, si ha deducido subjetivamente consideraciones no concordantes con los hechos si ha decidido objetivamente de forma improcedente). El grado de alejamiento de la ley será aquí, en todo caso, un indicio. Sólo cuando desde estas consideraciones no se puedan hacer objeciones al acto administrativo, la falta permanecerá en el sector de una simple ilegalidad.

Puesto que la libertad de formación profesional se encuentra estrechamente vinculada con la libertad de elegir la profesión y con la libertad de la actividad económica—la última, a su vez, bajo reserva de ley (arts. 18 y 6 de la L. F. del Est.)— parece especialmente adecuado aquí el procedimiento ordinario para los derechos fundamentales con reserva de ley. La función, esencial para el derecho a la educación, de la garantía de la igualdad, la realiza, en el ámbito del artículo 18, el principio general de la igualdad como un derecho fundamental autónomo. No obstante, también la garantía del artículo 18 deberá en determinadas circunstancias ir más allá de la protección frente a leyes inconstitucionales, actos ilegales o una aplicación de leyes ilógicas, puesto que la libertad de la formación profesional por sí—por más que se agote en la libertad de realizar una preparación regulada—no está sometida a ninguna reserva. En caso de que la ejecución imputara a la

ley aplicable (y constitucional), por equivocación, un contenido contrario a la garantía de la libertad de formación —sea porque limite el acceso a la formación prescrita, aunque sea conforme a criterios objetivos pero evitables o prescindiendo de fomentarla, sea porque limite la libre posibilidad de la formación en manera tal que no tenga relación alguna con las condiciones del ejercicio profesional— o cuando las medidas de la ejecución persigan la imposición de trabas a la formación profesional, también se vulnerará el derecho fundamental.

El derecho fundamental de la libertad de la ciencia tampoco puede ser limitado por la ley. A diferencia de los derechos fundamentales con reservas de ley, cualquier acto administrativo que pueda influir en la esfera de este derecho fundamental deberá ser examinado en toda su extensión al objeto de comprobar que está en conformidad con el contenido y la finalidad del artículo 17 de la Ley Fundamental del Estado. Por lo tanto, no se negará una infracción de este derecho con la constatación de que la administración ha aplicado lógicamente una ley. En asuntos de este tipo hay que examinar más bien si el órgano administrativo ha adoptado la decisión correcta (94). Por eso supondría una lesión de la libertad académica de la enseñanza (art. 17.1 de la L. F. del Estado) toda medida ilegal de régimen interno que impida o simplemente dificulte el ejercicio de la actuación docente (95) o las medidas de otra índole cuando tengan por finalidad el impedimento de la actuación científica (96).

De manera similar está controlada la aplicación de normas sobre la enseñanza religiosa en las escuelas. También la libertad de la instrucción doméstica está garantizada sin limitaciones, por lo que no podrán ser adoptados ni preceptos que supongan una restricción a esta instrucción, ni medidas con la finalidad de tal limitación.

b) En caso de que leyes y otras normas generales (disposiciones de las autoridades administrativas) violen los derechos fundamentales, corresponderá únicamente al Tribunal Constitucional —y no a los otros Tribunales— anular las normas inconstitucionales. Lo que no podrá hacer el Tribunal Constitucional será ponerse en el lugar del legislador y obligar a éste a la elaboración de leyes. En este punto el Tribunal se encuentra limitado a la simple anulación.

(94) Por ejemplo, respecto a Slg. 3565/1959, el Tribunal Constitucional, al examinar la jubilación de un catedrático, ha pedido un dictamen pericial sobre su estado mental.

(95) Slg. 2345/1952, 4323/1962 y 4881/1964.

(96) Perjuicio fiscal; Slg. 6974/1973.

Una actuación del legislador sólo se puede forzar (indirectamente) por la circunstancia de que éste sólo puede adoptar una regulación deseada por el mismo eficazmente (y con perspectivas de soportar la prueba del Tribunal Constitucional) si dicha regulación es constitucionalmente admisible. Precisamente es esto lo que prácticamente la mayor parte de las veces fuerza a adoptar una regulación conforme con los derechos fundamentales.

El procedimiento del Tribunal, a falta de casos prácticos en el sector educativo, se puede ilustrar con dos ejemplos de la pasividad del legislador en el ámbito del Derecho penal administrativo y del Derecho de previsión:

Mientras que en el proceso penal estaba previsto el cómputo del tiempo de detención ya cumplido previamente (prisión preventiva judicial o administrativa y prisión provisional), el Derecho penal administrativo desconocía tal cómputo. El Tribunal Constitucional consideró el tratamiento dispar del arresto preventivo como una violación del principio de la igualdad (97). Dado que tenía que juzgar sobre una pena administrativa, el Tribunal apreció la inconstitucionalidad en la norma de la Ley Penal Administrativa más próxima a la determinación de la pena (parágrafo 19 de dicha ley), que no contenía regulación alguna sobre el cómputo del arresto preventivo. Infirió de la disposición (negativa) que dicho cómputo no tenía lugar y la derogó. Sin embargo, la necesidad absoluta de la norma derogada obligó al legislador a una reforma de la ley en la que está ya previsto el cómputo.

Del seguro obligatorio de pensiones de los trabajadores autónomos estaban excluidos los beneficiarios de las pensiones de jubilación por edad o los de incapacidad laboral, cuando estas pensiones sobrepasasen un determinado importe mínimo. Esta excepción estaba justificada porque y en la medida en que con esta pensión se garantizaba una cobertura. En vista de que el legislador dejó de adaptar el importe mínimo al aumento del coste de la vida, el Tribunal Constitucional anuló primeramente la disposición que establecía la excepción (98). Por la misma razón invalidó más tarde la excepción de los beneficiarios de pensiones de jubilación o de aspirantes a pensiones de jubilación en los servicios públicos (99); aunque con ello se volvía a establecer una desigualdad entre el servicio público y la economía privada, el legislador permaneció inactivo. A través de un recurso de un funcio-

(97) Slg. 8017/1977.

(98) Slg. 7330/1974 y 7394/1974.

(99) Slg. 7844/1978.

nario asegurado en dicha forma (como trabajador autónomo), el Tribunal Constitucional declaró definitivamente inconstitucional la disposición básica sobre el seguro obligatorio porque dicha disposición resultaba improcedente por la parcialidad de la exclusión del seguro obligatorio de los trabajadores autónomos (100). La liquidación así verificada del conjunto del sistema de pensiones de los trabajadores autónomos obligó a la entrada en acción del legislador y a actuar en la línea de resolver el problema con objetividad.

IV. INFLUENCIAS DE OTROS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

A) *Configuración externa del sistema educativo*

El Tribunal Constitucional ha tenido reiteradamente ocasión para indicar que los derechos fundamentales particulares no pueden considerarse aisladamente, sino que se encuentran ligados al conjunto de las normas constitucionales (101). Sin duda no se desprende de la Constitución un determinado orden de valores (la alusión a la interdependencia ha tenido siempre la única finalidad de señalar el efecto limitado del derecho fundamental), aunque contiene una serie de principios, sólo cuya interacción acierta a proporcionar una imagen correcta de los preceptos constitucionales en que se reconocen los derechos fundamentales. Los más importantes son los enumerados a continuación:

1. En primer lugar hay que mencionar el principio del Estado de derecho, estrechamente vinculado con el principio democrático, según el cual todos los actos de administración estatal—y no únicamente las injerencias en las libertades de los ciudadanos—sólo pueden ser adoptados en base a las leyes (art. 18 B-VG): por tanto, toda actividad administrativa exige un fundamento legal, que la predetermina en sus líneas fundamentales. Así, el Tribunal Constitucional ha entendido la institución de una comisión con facultades decisivas de un colegio de profesores de una universidad como una transferencia de competencias sin base legal (102) e invalidado una disposición del ministro

(100) Slg. 8533/1979 y 8657/1979.

(101) Slg. 6464/1971; según Slg. 6465/1971 forman un complejo. De los últimos tiempos, por ejemplo: Slg. 8562/1979.

(102) Slg. 5177/1965.

de educación, en la cual se regulaban los recursos contra los resultados de los dictámenes de los alumnos en escuelas medias sin consideración de las consecuencias jurídicas vinculadas con el resultado de esos dictámenes (respecto a la organización escolar), porque un procedimiento jurídico no solamente exigiría la determinación legal de la administración competente y de sus competencias, sino también, aun a grandes rasgos, la regulación de este procedimiento (103).

Principios del Estado de derecho imponen también la publicación de las normas generales (104), sin perjuicio de que por ley se regule el detalle de dicha publicación.

Resulta difícil el juicio sobre la configuración de los planes de estudios desde el punto de vista del Estado de derecho. Tanto en el sector de la enseñanza básica y media como en el sector de las universidades, el legislador se limita a la descripción de las misiones de los tipos de escuelas previstas y a un catálogo de las asignaturas que deberán ser incluidas en el plan de la enseñanza. El ministro de educación determina en los planes de la enseñanza los fines generales de la educación, las funciones educativas e instructivas de las enseñanzas en particular, la estructuración concreta del plan de estudios y los principios didácticos, el horario total y la extensión horaria de las diferentes asignaturas; para los estudios universitarios, el Ministerio de la Ciencia determina en las ordenanzas de los diversos estudios el marco dentro del cual deben encontrarse los planes de enseñanza a aprobar por las autoridades académicas. Este sistema abre a la Administración un margen muy grande para la ponderación de las diversas asignaturas y la determinación concreta de su contenido. Es fácil comprender que, de esta manera, las cuestiones sociopolíticas más arduas quedarían fuera no solamente de la discusión parlamentaria en general, sino también de la específica garantía del consenso amplio al que obligarían los requisitos de votación reforzados. Sin embargo, hasta hoy el Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión de examinar más a fondo la cuestión del nivel de detalle a que ha de llegar la ley en la regulación de esta materia.

En todo caso, en lo que hace a la Universidad, vale la pena señalar que el Tribunal no ha reconocido la autonomía como justificación de un debilitamiento del principio del Estado de derecho (105).

(103) Slg. 5924/1969.

(104) Slg. 8193/1977: Anulación del reglamento provisional de organización de la escuela media de trabajadores.

(105) Slg. 4035/1981, 5438/1986, 5872/1988, 7837/1976 y 7903/1976.

2. El principio federal garantiza en diferentes sectores del sistema educativo una separación de poderes eficaz, ya que las competencias del estado federal y de los *Länder* muchas veces son concurrentes, correspondiendo, por ejemplo, al Estado (*Bund*) la legislación (o solamente la legislación sobre los principios) y a los *Länder* la ejecución (o la legislación de desarrollo), o que los *Länder*, dentro del marco de sus competencias, deberán recurrir a la cooperación de las autoridades federales en ciertos casos y estar sometidos a la supervisión del Estado Federal en la ejecución (art. 14.14 a B-VG) (106).

Las leyes y los actos administrativos generales que contradigan esta disposición competencial pueden ser impugnados por los interesados mediante los recursos ante el Tribunal Constitucional contra los actos individuales de ejecución basados en dichas leyes.

Así, el Tribunal Constitucional, en virtud de un recurso de un municipio interesado contra una disposición que establecía la obligación de aportaciones para el mantenimiento de escuelas, ha invalidado, como contrarias a los principios de la ley federal aplicable, las disposiciones de una ley regional sobre la formación de más distritos escolares para el caso de que el idioma de la enseñanza en una escuela atribuida al distrito fuese el idioma de una minoría o que la escuela fuese de enseñanza bilingüe (107).

Por otra parte, el principio general de la igualdad sufre en el federalismo una limitación fundamental, en la medida en que los nueve *Länder* austriacos, de acuerdo con la distribución de competencias, pueden adoptar sus propias regulaciones y, por tanto, no pueden ser comparados entre sí los ordenamientos jurídicos parciales ni tampoco respecto a una regulación federal (108). Más allá aún, el Tribunal Constitucional ha considerado lícitas las regulaciones federales que hacen distinciones según los *Länder* (enseñanza obligatoria para las chicas en las escuelas de formación profesional para la economía doméstica únicamente en Vorarlberg), dentro de un espacio de tiempo adecuado porque el anterior sistema jurídico del *Land* había creado circunstancias diferentes a las de los otros *Länder* (109). Puesto que la garantía internacional del derecho a la educación (artículo 2, Protocolo adicio-

(106) Una descripción más concreta de la situación competencial y de los principios constitucionales de la organización en: Hengstschläger. *Das Bildungswesen*, en *Das österreichische Bundes-Verfassungsgesetz und seine Entwicklung* (ed. por Schambeck, Berlín, 1980), 597 y ss.

(107) Slg. 7176/1973.

(108) Por ejemplo, Slg. 1440/1932.

(109) Slg. 7461/1974.

nal de la Convención Europea de Derechos del Hombre) no puede prescindir, de acuerdo con su configuración técnico-jurídica, de la estructuración federal de un Estado miembro, no se excluye un *standard* diferente en los respectivos Estados del Estado federal.

3. Por lo demás, el principio general de la igualdad (art. 7, Constitución Federal, y art. 2 de la L. F. del Estado) representa una limitación eficaz al legislador en el sector educativo. Le prohíbe, según reiterada jurisprudencia, hacer diferenciaciones subjetivas. Por otra parte, el Tribunal Constitucional no ha tenido hasta el momento ocasión para determinar estas diferenciaciones.

Así, un estudiante demostró que los méritos necesarios para una beca eran mucho más difíciles de obtener en los estudios de química que en las disciplinas de letras: por tanto, la determinación de la autoridad competente para la concesión trató, desde el punto de vista de la finalidad de la subvención, lo igual de forma desigual. Sin embargo, el Tribunal Constitucional admitió que era posible establecer una diferenciación más justa entre los estudios de letras y los de ciencias naturales; no obstante, en base a la estadística presentada la ley no provocaba ninguna discriminación inadmisibles (110).

Un alumno diplomado de otra Universidad solicitó la concesión del doctorado bajo los auspicios del presidente federal y demostró, en el recurso contra la decisión negativa del senado académico, que el número de los exámenes parciales, con inclusión de los exámenes de licenciatura y de la tesis doctoral, para obtener el grado académico, es mucho mayor en los estudios en las ciencias sociales y económicas que, por ejemplo, el número de los exámenes y tesis doctorales en la Facultad de Filosofía, de manera que la probabilidad de aprobar todos los exámenes con sobresaliente era, en este último caso, evidentemente mayor. El Tribunal objetó a esta argumentación que el legislador podía establecer en manera diferente los presupuestos de los estudios y exámenes para obtener el doctorado en base a las diferencias de los diversos estudios y que podía fundarse en esta regulación para la admisión a la promoción *sub auspiciis* (111).

El Tribunal Constitucional no vió tampoco una lesión del principio de la igualdad en el hecho de que la enseñanza obligatoria en una escuela de formación profesional para el sector de la economía doméstica sólo afectase a chicas (112).

(110) Slg. 6893/1972.

(111) Slg. 7832/1976.

(112) Slg. 7461/1974.

Realmente, no parece que la aplicación del principio de la igualdad en el sector de la educación plantee problemas especiales. En la medida en que la libertad de la formación profesional y el derecho a la educación concluyen en todo caso en una garantía a la igualdad material de oportunidades, faltan todavía plasmaciones en la jurisprudencia.

4. El derecho de asociación (art. 12 de la L. F. del Estado y art. 11 de la Convención Europea de Derechos del Hombre) tiene importancia en el sector de la educación en la medida en que el derecho a la institución y al mantenimiento de centros de enseñanza privados (art. 17.2 de la L. F. del Estado) sólo puede realizarse ampliamente a través de asociaciones de los interesados. También disfrutan de la protección jurídica de los derechos fundamentales las personas jurídicas—en cuanto ello sea posible de acuerdo con su naturaleza—. Por tanto, la significación práctica de la libertad de centros de enseñanza privados está estrechamente vinculada con el derecho de asociación. Por lo demás, las iglesias y las comunidades religiosas no pueden invocar el derecho de asociación, sino el derecho constitucional al reconocimiento de la posesión y disfrute de fondos de instituciones y fundaciones dentro del marco de las leyes estatales generales (art. 15 de la L. F. del Estado), destinados, entre otros fines, a la educación.

Los derechos de asociación y reunión pueden ser exigidos también por los propios menores de edad emancipados (113).

5. La libertad de culto y de conciencia (art. 14 de la L. F. del Estado y art. 9 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre)—un puro derecho fundamental individual (114)—están garantizados también en algunas esferas del sector educativo, para lo cual no han experimentado una adaptación especial. La disposición correspondiente de la Ley Fundamental del Estado de 1867 establecía lo siguiente:

«Artículo XIV

Se garantiza a todos la libertad absoluta de fe y de conciencia.

El disfrute de los derechos civiles y políticos es independiente de la confesión religiosa; del mismo modo, los deberes cívicos no pueden resultar perjudicados por la confesión religiosa.

(113) Slg. 7526/1975, se trataba de la disolución de una asociación de escolares del nivel medio.

(114) Slg. 1408/1931.

Nadie puede ser obligado a realizar un acto religioso o a participar en una festividad religiosa, salvo que se encuentre a tal efecto bajo la tutela de otra persona de acuerdo con la ley.»

Con esta disposición eran incompatibles las normas según las cuales únicamente se podía encomendar la dirección responsable de las escuelas a aquellos profesores que hubiesen justificado su capacitación para la enseñanza de la religión de la confesión a la que pertenecían la mayor parte de los alumnos de la escuela respectiva (115). Por otra parte, el Tribunal Constitucional ha tolerado la obligación impuesta a los profesores, conforme a la ley sobre escuelas primarias, de vigilancia de determinadas prácticas religiosas (asistencia a misa) de los alumnos, basándose en la consideración de que esta obligación, siempre y cuando no se confunda la obligación de vigilancia con la obligación de participar en el acto, no se distingue en absoluto de otras que limitan la libertad del profesor y que se encuentran vinculadas con la libre aceptación de la profesión docente (116). Igualmente, es constitucionalmente admisible (117) el deber de los padres de obligar a sus hijos, pertenecientes a alguna confesión, a la participación en la enseñanza religiosa (118).

El Tribunal Constitucional ha delimitado la emancipación de los niños en cuanto a la religión de la siguiente manera:

«La fe en la doctrina de una religión exige la capacidad para comprender intelectualmente dicha doctrina. Esta comprensión sólo podrá realizarse de manera gradual con el desarrollo del entendimiento y de la razón y puesto que, además, la conciencia como norma de la conducta humana sólo hace acto de presencia en el hombre que piensa razonablemente, el niño podrá ejercitar su libertad de fe y de conciencia cuando haya llegado a una edad que, con un desarrollo normal de sus capacidades, le haya proporcionado la facultad de discernir. Hasta este momento no será posible el ejercicio autónomo

(115) Sig. 440/1925, donde se constatan derogaciones en virtud de los artículos 66 y 67, Tratado de St. Germain.

(116) Sig. 617/1926.

(117) Ahora es posible darse de baja para la enseñanza religiosa a pesar de continuar perteneciendo a una comunidad religiosa: artículo 1 II Rel UG.

(118) Sig. 646/1926.

del derecho a la libertad de fe y de conciencia. Las disposiciones legales sobre las relaciones confesionales de los niños sólo serán lícitas en la medida en que la propia ley disponga estas normas o conceda a ciertas personas (padres y educadores) el derecho correspondiente» (119).

Las disposiciones según las cuales los certificados escolares han de contener la confesión del alumno se encuentran fuera de toda relación con la libertad de fe y de conciencia (120).

6. El derecho a la libre expresión de la opinión (art. 13 de la Ley Federal del Estado) puede ser importante en el sector educativo más allá de la libertad de instrucción doméstica (art. 17.3 L. F. del Estado) y de la libertad de los centros de enseñanza privados (art. 17.2 L. F. del Estado), en la medida en que los profesores de los centros de enseñanza públicos pueden invocarlo, dentro de ciertos límites, para la configuración de la enseñanza ante la no constitucionalización de la libertad de la ciencia (121). Ahora bien, este derecho corresponde únicamente a toda persona individualmente considerada y no en su calidad de titular de un cargo público (122). Además, la libertad de la expresión de la opinión de cada profesor individualmente considerado retrocede claramente a un segundo plano ante la libertad de información del alumno. En todo caso, puede ser el medio necesario para lograr los objetivos de la enseñanza. De ahí que solamente del mandato objetivo del principio de la igualdad —el cual, a su vez, no puede ser considerado sin relación alguna con la afin libertad de la ciencia— se pueda deducir un límite —máximo— contra injerencias del Estado en las particularidades de la configuración de la enseñanza: un Estado que protege la libertad de la ciencia, difícilmente podrá reducir a los profesores de los centros de enseñanza primarios y secundarios a meros autómatas. Cabe resaltar, sin embargo, que en la práctica judicial estas cuestiones todavía no han desempeñado ningún papel.

Tampoco desde el punto de vista de los alumnos el derecho fundamental de la libre expresión en el sentido de la libertad de recepción y comunicación de ideas o noticias (art. 10.1 de la Convención Europea

(119) Slg. 800/1927.

(120) Slg. 5555/1987.

(121) Véase nota 33.

(122) El problema de las repercusiones de la esfera oficial en la privada no presenta ninguna especialidad en el sector de la educación.

de los Derechos del Hombre) ha de tener influencia directa en la configuración de la enseñanza. Ahora bien, tarde o temprano se presentará la cuestión de cuáles son las limitaciones a la libertad de expresión, con inclusión de la libertad de prensa, que admite la limitada reserva de la ley del artículo 10.2 de la Convención en virtud de razones educativas o del régimen escolar. En relación con éste es digno de mención el hecho de que el Tribunal Constitucional no ha tolerado tampoco la censura previa en interés de la juventud (123).

B) *La configuración del contenido*

La Constitución austriaca no contiene ninguna norma sobre la configuración interna de la enseñanza (estatal). Tampoco el Tribunal Constitucional se ha visto en la necesidad de pronunciarse sobre este tipo de cuestiones. Ahora bien, aunque no se puede desprender de los derechos fundamentales un orden objetivo de valores, éstos deberán influir conjuntamente, dentro de sus características particulares, en el contenido de la educación. Ello no significa, sin embargo, que de los derechos fundamentales resulte la obligación de una enseñanza acorde con el espíritu de tales derechos. El Estado únicamente está obligado a no enseñar y educar en contra de los principios y bases de la Constitución, esto es, no podrá propagar la opresión personal, predicar la intolerancia religiosa o ideológica o postular una discriminación de las demás personas por razón de su raza, color de piel, idioma, ideología o procedencia.

Cierto es que no está prohibido utilizar la escuela contra conductas que el Estado ha de tolerar en los adultos. En particular, podrá educar a los ciudadanos en un escepticismo de cualquier signo. La Constitución austriaca desconoce normas inalterables y no podrá oponerse a esfuerzos que aspiren a un cambio del ordenamiento jurídico. Igual que el ciudadano individual no puede limitarse sin más a respetar los derechos fundamentales en relación con sus conciudadanos, el Estado como tal no ha de tender en el sector educativo a un comportamiento que él no pudiera fijarse para sí mismo. Las limitaciones de los derechos fundamentales establecen un marco extremo para la actuación educativa y docente.

(123) Slg. 8461/1978.

V. NUEVOS DESARROLLOS

Actualmente no existen propuestas de reformas para el sector educativo. Aunque se estudia desde hace varios años la reforma del catálogo de los derechos fundamentales, las decisiones de la Comisión, creada en 1986, no se han publicado, quizá porque no han alcanzado resultados aptos para su publicación. En estas circunstancias sólo se pueden hacer especulaciones. No obstante, hay que esperar que los Pactos de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas (124) encuentren su reflejo en la Constitución.

(124) Véase nota 20.

