

EDUCATIONIS MOMENTUM

Vol. 8, n.º 1, pp. 7-29, ISSN (impr.): 2414-1364; (online): 2517-9853
<https://doi.org/10.36901/em.v8i1.1465>

La educación al servicio del *interés superior del menor*

Education at the service of the *best interest of the minor*

José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ

Universidad de Valladolid

marlomu@uva.es

 <https://orcid.org/0000-0002-5162-5225>

Recibido: 2022.04.23

Aprobado: 2022.09.29

Resumen

La noción del *interés superior del niño o del menor* sintetiza, en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, la adecuada satisfacción de los derechos fundamentales de las personas menores de edad, no emancipadas, en su debida conjunción con los derechos de todos, que es el objetivo específico de este acuerdo internacional que forma parte del Derecho internacional universal en el que ha de integrarse hermenéuticamente. Es de destacar el papel preeminente que se reconoce al respecto a la familia y, en particular, a los padres. El derecho a la educación en libertad es uno de los derechos fundamentales a que se vincula el *interés superior del menor*. La Convención le dedica específicamente dos de sus artículos, y contiene otros de los que se desprenden consecuencias para él, pero no introduce exigencias que no estén ya establecidas expresa o implícitamente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, con cuyo significativo art. 13.3 debe complementarse, además, especialmente, lo dispuesto en la Convención. Esta no permite reducir indebidamente los derechos prioritarios de los padres en la educación de sus hijos, cuya efectividad es además garantía sustancial de una sociedad libre.

Palabras clave: interés superior del menor, patria potestad, derechos humanos, derecho a la educación

Abstract

With the notion of the *best interests of the child or minor*, Convention on the Rights of the Child of 1989 synthesizes an adequate satisfaction of the Human Rights of minors, not emancipated, in due conjunction with the Rights of everyone else. That is the specific target of this international agreement, as a part of the universal international Law into which it has to be integrated for its interpretation. The pre-eminent role that is recognized in this respect to the family and, in particular, to the parents is to be highlighted. One of the Human Rights, to which the *best interests of the minor* are linked, is the Right to Education with Freedom. The Convention specifically dedicates two of its articles to it, and contains others that have consequences for it, but does not introduce requirements that are not already expressly or implicitly established in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights of 1966. In addition, the provisions of the Convention must be particularly complemented with the significant article 13.3 of this Covenant. This treaty does not allow unduly reducing the priority of parents' rights in the education of their children, whose effectiveness is also substantial guarantee for a free society.

Keywords: best interests of the child, parental rights, human rights, right to education

Sumario

- I. El *interés superior del niño* en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989.-
- II. Concreciones de la Convención relativas a la educación.- III. Otras exigencias explícitas sobre el derecho a la educación en libertad en el Derecho internacional universal de derechos humanos.

I. El *interés superior del niño* en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1989¹

1. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y en vigor, entre los Estados que ya la hubieran ratificado para entonces, desde el 2 de septiembre de 1990,² denomina *niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad*. Se aplica, por tanto, a todo ser humano mientras se encuentre bajo la patria potestad o la tutela por la que, en su caso, se sustituya, y en razón precisamente de lo que legalmente se tenga por su minoría de edad. Se trata, pues, de lo que suele llamarse legalmente un *menor*, una persona humana que, en efecto, no ha alcanzado aún la mayoría

1 Limitamos este análisis al ámbito de los principales instrumentos internacionales universales, sin entrar en los regionales o continentales ni en los Derechos estatales. Sobre aspectos del Derecho internacional de derechos humanos europeo y americano, así como de diversos Estados: Sanz y Molina (2017). Sobre el ámbito regional americano, Aguilar (2008). Las perspectivas adoptadas en estas obras no incluyen, por lo común, una atención específica a la educación, salvo en el trabajo de Carmona (2017) en la primera de las obras mencionadas, aunque sin suficiente atención a cuanto se dirá aquí sobre el papel preferente de los padres. En la obra general de Rivero (2007, 222-228) hay algunas referencias jurisprudenciales específicas a la educación, relativas a España, USA, Italia y Reino Unido. Un estudio específico sobre el tema aquí abordado, en Dávila y Naya (2011, 109 y ss.), y, de modo más completo y amplio, en Asencio (2017).

2 Entre los 140 Estados signatarios la han ratificado Argentina (04/12/1990), Bolivia (26/06/1990), Brasil (24/09/1990), Chile (13/08/1990), Colombia (28/01/1991), Costa Rica (21/08/1990), Cuba (21/08/1991), República Dominicana (11/06/1991), Ecuador (23/03/1990), El Salvador (10/07/1990), Guatemala (06/06/1990), Honduras (10/08/1990), México (21/09/1990), Nicaragua (05/10/1990), Panamá (12/12/1990), Paraguay (25/09/1990), Perú (04/09/1990), Portugal (21/09/1990), España (06/12/1990), Uruguay (20/11/1990) y Venezuela (13/09/1990).

de edad según la ley o una situación equivalente mediante su previa emancipación. Comprende, en consecuencia, tanto a quien se encuentra aún en lo que comúnmente se entiende por infancia, como a quien recorre las distintas etapas de la adolescencia o, incluso, de la juventud, mientras no alcanza la dicha mayoría de edad legal.³

2. El art. 3 de esta Convención afirma, en su ap. 1, que:

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el **interés superior del niño**.

El precepto mira principalmente al papel de los Poderes públicos de los Estados miembros en, como dice su ap. 2, *asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios a su bienestar*.

3. Para identificar lo que deba entenderse por *interés superior del niño* o del menor,⁴ resalta enseguida que, como no podía ser de otra manera, la Convención de 1989 enmarca en su Preámbulo todo su contenido y, por tanto, también cuanto dispone sobre el *interés superior* del menor, en los principios proclamados en la Carta de las Naciones Unidas, basados en *el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos*

3 Algunos de los Estados firmantes (particularmente Argentina, pero en cierto modo también Ecuador o Guatemala) han querido precisar, en sus declaraciones vinculantes unidas a su ratificación, que consideran incluidos a los concebidos y no nacidos. Como el Preámbulo de la Convención recuerda expresamente, esta, en efecto, tiene presente que, como se indica en la Declaración de los Derechos del Niño – aprobada en 1959 –, «*el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*».

4 «*El “interés superior del niño” no es un concepto nuevo. Es anterior a la Convención y ya se consagraba en la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959 (párr. 2) y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer [arts. 5 b) y 16, párr. 1 d)], así como en instrumentos regionales y numerosas normas jurídicas nacionales e internacionales*» (Comité de los Derechos del Niño, *Observación General n.º 14* [2013], relativa a la Convención, *sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial [artículo 3, párrafo 1], ap. 2*). Es interesante el comentario anterior a este documento, de Dávila y Naya (2011, 76-79).

iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana, y en que las mismas Naciones Unidas han proclamado y acordado en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los pactos internacionales de derechos humanos, que toda persona tiene todos los derechos y libertades enunciados en ellos, sin distinción alguna, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Si bien, en efecto, esa misma Declaración Universal ya proclamó, en su art. 25.2, que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales, reafirmando el 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP).

Toda la Convención de los Derechos del Niño no hace otra cosa, en rigor — como ya permite suponer su propio título—, que proyectar en los menores el principio fundamental de la dignidad de toda persona humana y sus derechos fundamentales proclamados en la DUDH y en los Pactos Internacionales que la desarrollan,⁵ particularizando lo que, por su particular condición de encontrarse en camino de la madurez *física y mental*,⁶ requiere su adecuado cuidado y protección.

El *interés superior del menor* no podrá ser, en tal contexto, sino el efectivo reconocimiento de su dignidad personal y de sus derechos fundamentales, debidamente conjuntados con los de los demás (como requiere la misma DUDH en su art. 29), aun con los *cuidados y asistencia especiales* a que se refiere la misma DUDH en su art. 25, como requiere su situación de especial inferioridad o de relativa debilidad fáctica, según su edad y desarrollo.⁷

5 Así se afirma, por ejemplo, en la *Observación General n.º 8* (2006) sobre la Convención, relativa a los *castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes*.

6 La minoría de edad definitiva del «niño» implica, en efecto, como dijera la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y recoge el Preámbulo de la Convención, una constitutiva *falta de madurez física y mental*, aunque evidentemente se encuentre en camino hacia ella según su edad y pueda, incluso, haberla alcanzado en muchos casos antes de llegar a la mayoría de edad legal, en unos u otros aspectos. El límite legal uniforme — sin perjuicio de las posibilidades de emancipación previa que puedan contemplarse legalmente por adecuada justificación — se justifica en razones de seguridad. Diversas previsiones legales contemplan, con todo, diversas capacidades de los menores según su edad.

7 Lo confirma en términos similares la *Observación General n.º 14* (2013), cit. supra, apartados 4 y ss.

4. Es muy de notar que, tras señalar el Preámbulo de la Convención lo que queda indicado sobre su inserción en cuanto proclama la DUDH, se apresura a advertir ante todo, muy significativamente, para avanzar en la determinación de su obligado marco, que *la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad, porque el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.*⁸

De ahí que, apenas afirmado en el ya citado art. 3.1 el principio finalista del *interés superior del niño*, el ap. 2 del mismo artículo disponga de inmediato que, para *asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar*, a lo que quedan comprometidos los Estados Parte de la Convención, han de hacerlo *teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley*. Y el art. 18 afirmará con rotundidad, en su ap. 1, que:

Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

Es, pues, a través de esa «responsabilidad primordial» de los padres para con los menores (o quienes los sustituyan en caso necesario) como de ordinario los Poderes públicos cumplirán lo que les impone el art. 3.1. Por eso dirá el ap. 2 del mismo art. 18 que:

A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus

8 En coherencia con el art. 16 de la DUDH —y el 23 del PIDCP—, que, por cierto, vincula ostensiblemente la familia al *matrimonio, que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil —adquirida, pues, la capacidad de engendrar—, tienen derecho a contraer (ap. 1), mediante libre y pleno consentimiento (ap. 2)*. Y cuando el art. 24 del PIDCP proclama el derecho del menor a *las medidas de protección que su condición de menor requiere*, se refiere expresamente en primer término a las que requiere *por parte de la familia*, aunque también, ciertamente, a las que requiera *de la sociedad y del Estado*.

funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

Debe advertirse, pues, bien: para la Convención, en la garantía y promoción de todos los derechos de los menores que ella proclama y trata de asegurar, la tarea central corresponde a los padres o, si faltan, a sus representantes legales, que, por eso, deben ser asistidos para su mejor cumplimiento, en la forma apropiada, por los Poderes públicos. Así lo ha confirmado, para la adolescencia —desde los 10 a los 18 años—, la *Observación General n.º 20* (2016) del Comité de los Derechos del Niño, sobre la Convención, aps. 5 y 50, y, antes, en términos aún quizás más rotundos, para la primera infancia (estimada hasta los 8 años), la *Observación General n.º 7* (2005), aps. 10, 15 y 29.

Como parte de esa asistencia, los Poderes públicos deben velar —hemos visto que dice el art. 18.2— porque se creen las instituciones, instalaciones y servicios que sirvan para «el cuidado» de esos menores. Podrá crearlas, desde luego, la iniciativa privada y la pública, para colaborar con los padres —o representantes legales—, sin perjuicio de que, en caso necesario, puedan venir también a suplir del modo que sea más adecuado, la ausencia o incapacidad acreditada de los padres o tutores.

Consecuencia lógica de todo ello es que la separación de los menores respecto de sus padres haya de estar bajo garantía judicial (art. 9), y solo se justifique excepcionalmente cuando, en efecto, lo requiera el *interés superior del niño*, en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando estos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. Y aun en tales casos dispone el art. 9.3 que deberá posibilitarse lo más posible la relación del menor con sus padres.

Además de los citados arts. 3.2 y 18, la Convención contiene otros múltiples preceptos que evidencian la primacía que reconoce a la familia, y en particular a los padres, en cuanto se refiere a la particular asistencia y protección debida a los menores para la plenitud del ejercicio de sus derechos y libertades y del respeto y coherencia con su dignidad personal. Es, pues, a ellos a quienes compete ante todo la apreciación del *interés superior del menor*, que resume y condensa esa plenitud y que, lógicamente, tendrá expresiones distintas

según la edad de los menores,⁹ aunque, en todo caso, deberá conformarse a lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño en el marco de cuanto ya proclamó, como decíamos, la DUDH y preceptúan los Pactos Internacionales y demás convenios de Naciones Unidas sobre derechos humanos.

Es de destacar el principio establecido por el art. 5 de que:

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Se confirma así que, para la Convención, son ante todo los padres —en el supuesto ordinario y normal— quienes han de ocuparse de cubrir las carencias o insuficiencias del menor para alcanzar su propio *interés* objetivo, que se califica, por ello, de ciertamente *superior* en cuanto obligada finalidad de cuantas medidas se adopten para cuidarle y asistirle cumplidamente, de modo que se haga efectivo el ejercicio de los derechos que como persona le corresponden mientras es menor, con el contenido que sea apropiado a su edad, mientras se prepara para ejercer responsablemente los que habrán de serle propios el resto de su vida. La patria potestad, la representación de los hijos menores por sus padres y las autorizaciones que aquellos necesitan legalmente de estos para diversas actuaciones, están al servicio de ese interés superior y forman parte de las *responsabilidades, derechos y deberes de los padres* mencionados en ese precepto básico.¹⁰

9 En similar sentido, en su plano de teoría general, sin especial referencia al ordenamiento internacional, Rivero (2007, 281, 291-293).

10 Aunque no deje de atenderse a la cuestión de los límites de la patria potestad, sobre la base de las previsiones legales o con ocasión de conflictos que llegan al ámbito judicial, los estudios sobre el *interés superior del menor* suelen centrarse más en los numerosos problemas que derivan de la ruptura de la normalidad familiar y del ejercicio de la patria potestad: así, en el ámbito civilista español, Rivero (2007), Guilarte (2014) o Pizarro (2020), y, en diversa medida, en la obra colectiva, también jurídica, pero multidisciplinar, dirigida por Sanz y Molina (2017).

No nos detendremos en examinar las múltiples referencias que, a propósito de derechos específicos, contiene la Convención y reflejan este principio básico de la necesaria mediación de los padres en el ejercicio de sus derechos por los menores y, consiguientemente, en la apreciación de lo que sea su *interés superior*. Bastará con destacar también en este momento lo dispuesto por el art.14, a propósito del trascendental *derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*, en cuya virtud:

Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

O lo dicho por el art. 27 en orden al *derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social*:

A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

5. No deja de detectarse a veces, sin embargo, un uso sesgado de la noción de *interés superior del menor*, usada por la Convención, con la pretensión, no tanto ni solo, de que vendría a significar, sobre todo, que «frente al deseo de los mayores prevalecerá el interés del menor»,¹¹ sino que, en cualquier caso, se antepondría la apreciación del menor de su propio interés a la que pudieran hacer esos *mayores* y destacadamente los padres —aunque también los que puedan hacer sus veces— con la consecuencia de erigir, a la postre, a las autoridades administrativas y judiciales en sus supuestos garantes. Como si, en suma, cualquier menor se encontrara ya en condiciones de ejercer por sí sus capacidades intelectuales, volitivas y afectivas, y, en definitiva, su libertad, y no resultara aún una persona coyunturalmente influenciable, con falta de autodominio suficiente sobre sus apetencias, instintos y pasiones, con falta del conocimiento y de la experiencia imprescindibles, y expuesta a las más diversas manipulaciones; es decir, ignorándose cuanto la civilización ha considerado por siglos

11 En la expresión de Chacón (2019, 13), aunque la ambigüedad de esa misma expresión admite diversas comprensiones.

para establecer fundadamente la institución de la minoría de edad y de la patria potestad y la tutela de menores.

Cualquier insuficiencia en la prevención y corrección de abusos no deslegitima los «usos»; solo debe llevar a poner los medios para tratar, en efecto, de evitar y corregir los abusos.¹² Pero no debiera olvidarse en ningún caso que los padres, en cuanto que responsables y educadores de sus hijos, deben tener con ellos unas relaciones no equiparables a las que median entre adultos independientes entre sí. Sin perjuicio de la garantía última judicial en cuanto a su conformidad a Derecho, las relaciones familiares de los padres con sus hijos menores deben normalmente regirse por el principio de la razonable autoridad inherente a la patria potestad, correspondiendo a los padres ordenarlas y resolver los conflictos, también como medio de inculcar criterios y hábitos razonables dentro de un arco de posibilidades amplio, sin que sea aceptable que, desde fuera del ámbito familiar, se trate de dificultar y perturbar su normal funcionamiento, cuestionando el reconocimiento que debe serles garantizado a los padres.

Es evidente, por lo demás, que el menor no se encuentra en las mismas condiciones a los 3, a los 7, a los 12 o a los 17 años, y ello debe tenerse en cuenta por quien le asista y proteja. Pero la Convención de los Derechos del Niño, y el Derecho, en su comprensión más sustantiva y esencial, no dejan de tener en cuenta la realidad obvia de que el mejor modo de procurar y garantizar el *interés superior del menor* es poniendo a este bajo la atención y cuidado de quien, de suyo, más puede quererle e interesarse por él: sus padres. Ellos son, además, quienes ponen en juego sus medios y posibilidades materiales, su intimidad, su honor y sus sentimientos y valores, su personalidad misma. Todas las demás alternativas son sucedáneas, remedios que tratarán de dar solución a la carencia de los padres o del cumplimiento por ellos de sus funciones, de esos sus deberes familiares que a la vez son sus derechos.

12 Lo que, por cierto, aunque no sea objeto de estas páginas, evidencia toda la gran importancia que, en cuanto a la prevención, tiene una adecuada regulación del matrimonio, precisamente por lo que legitima que intervenga la ley en él, que no es sino su relevancia para la generación y educación de nuevas vidas humanas (ver Martínez 2000, 2016), así como la difusión social de una ética sexual, matrimonial y familiar verdaderamente radicada en la dignidad de toda persona humana, y de cuanto la favorece.

El *interés superior del menor* habrá, pues, de ser apreciado ordinariamente por sus padres, aunque tal apreciación deba ir dando cabida progresiva a la estimación del propio menor, en la medida de su crecimiento. Los padres cumplen además o deben cumplir con ello un papel determinante en la formación del menor en la apreciación de su propio interés: en eso reside lo nuclear de la educación que, a ellos, ante todo, incumbe impartirle, por sí o por los maestros o la escuela de su confianza.

6. Que las cosas sean efectivamente así y no se margine a los padres ni se les desautorice, además de formar parte del propio *interés superior del menor*, constituye una de las más sólidas e irrenunciables garantías de una efectiva libertad y pluralismo en la sociedad. Si se desapodera sistemáticamente a los padres —y no solo a los pocos que se desentenden o incumplen manifiestamente sus deberes— o se pretende someterlos a pautas determinadas de los políticos gobernantes o de una burocracia de psicólogos y educadores, unos y otros con sus propios sesgos ideológicos, lo que se defendería como apreciación del menor de su propio interés traduciría tantas veces la preferencia ideológica de quien no se encuentra ligado con el menor por los vínculos afectivos de la paternidad, los más inclinados precisamente a cuidar por el *interés superior del menor* en su comprensión más integral y permanente. Y es claro que, con ello, el Poder político y administrativo dispondría de una poderosa arma para uniformar a su modo los sentimientos, gustos, pensamientos y conductas de la sociedad, a modo de Gran Hermano.

II. Concreciones de la Convención relativas a la educación

1. Además de los artículos ya citados 3, 9 y 18 de la Convención, otros de sus preceptos [arts. 21, 37 c) y 40.2 b) iii)] reiteran de manera explícita, a distintos efectos, la noción del *interés superior del menor* como criterio directivo, pero ninguno lo hace en conexión explícita específica con respecto en concreto a su educación, a la que, sin embargo, hay en ella relevantes referencias explícitas e implícitas.
2. La Convención dedica, en efecto, un par de preceptos, no poco extensos, al derecho del menor a la educación, aunque, a la verdad, es poco lo que añade, precisa o particulariza respecto a lo dispuesto de manera más general sobre el derecho a la educación, destacadamente, en el

art. 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 (PIDESC), que desarrolla el art. 26 de la DUDH.¹³

Ciertamente se confirma que el derecho fundamental a la educación garantizado por estos instrumentos internacionales es un derecho a la educación *en libertad*¹⁴ y que, con respecto a los menores, las decisiones al respecto corresponden a sus padres o tutores, por más que, sin ninguna duda, hayan de adoptarse en el *interés superior del menor*, apreciado o interpretado, como hemos dicho, preferentemente y de ordinario por esos mismos padres o tutores; naturalmente, siempre dentro de los límites y condicionamientos marcados legítimamente por la ley, bajo la garantía en último término, siempre que sea necesario, de los órganos del Poder Judicial.

Por lo que se refiere a otros preceptos que, aunque no expresamente, resultan también de aplicación a la educación, por razón de su significado, ya hemos dado cuenta antes de las importantes afirmaciones contenidas en particular en el art. 14 sobre el derecho y deber de los padres de *guiar* al menor en el ejercicio de sus *libertades de pensamiento, de conciencia y de religión*,¹⁵ y en el art. 27, sobre su *responsabilidad primordial* en orden a proporcionar a los menores *las condiciones de vida que sean necesarias para su desarrollo físico, pero también mental, espiritual, moral y social*, todo lo cual está indudablemente implicado y de manera muy relevante en la educación. Tales preceptos son, por tanto, implícitamente importantes también para la educación y su ordenación al *interés superior* del menor, y no hacen sino reafirmar lo que venimos diciendo sobre el papel de los padres, verdaderamente primordial y no sustituible sin muy graves razones, en cuanto se refiere a la satisfacción del derecho a la educación de sus hijos y cuantos en él están implicados, correspondiéndoles a ellos asegurar ese *interés superior* de los menores a su cargo.

13 Ese art. 13 ha sido glosado por el Comité correspondiente en la *Observación General n.º 13*, de 1999. No tendremos espacio aquí para referirnos a ella.

14 El derecho fundamental a la educación como *derecho a la educación en libertad* es expresión empleada por De los Mozos (1995), y cuyo acierto fue alabado por Borrajo (2002, 661, 662).

15 El Tribunal Constitucional español aplicó este precepto en su sentencia 141/2000, del 29 de mayo del 2000, FJ 5.

3. Con respecto a los fines de la educación —que habrán de acotar, sin duda, la comprensión del *interés superior* del menor en ella, aunque con la vinculación, sin embargo, solo externa y negativa que es propia de la incidencia del ordenamiento jurídico sobre los derechos de libertad (Martínez 2019, 22)—, el art. 29 de la Convención particulariza lo ya proclamado por el art. 26.2 de la DUDH y, después, establecido de manera general similar, pero ya con valor normativo y, ciertamente sustantivo y básico, por el 13.1 del PIDESC, con las siguientes concreciones:
4. Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a:
 - a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades;
 - b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas;
 - c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya;
 - d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena;
 - e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural.

Objetivo central de la educación es, sin duda, y así se destaca tanto en la DUDH y el PIDESC como en este precepto de la Convención de los Derechos del Niño, el *desarrollo de la personalidad* del educando, lo que para lograrse del modo *pleno* que requieren aquellos textos, no deberá dejar de incluir —hablando de los menores, pero lo mismo podría predicarse de cualquier persona— eso que ahora especifica la Convención: un desarrollo de *las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades*.

La Convención lo omite, pero es importante —y debe entenderse implícito— lo que explicita el PIDESC: que ese pleno desarrollo de la personalidad, al que ha de orientarse la educación, ha de ir unido al del *sentido de su dignidad* por parte de toda persona humana receptora del proceso educativo. Es una idea fundamental, vinculada a lo que ya dijimos se recoge en el Preámbulo de la Convención, y es también el arranque mismo del de la DUDH y, por tanto, de cuantos pactos y convenciones de ella derivan: «la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana». El art. 1 de la DUDH afirma, además, sin ambages, el núcleo del fundamento de esa dignidad que no es otro, en efecto, que el que *los seres humanos están dotados de razón y conciencia*, por lo que, por cierto, como añade ese mismo precepto sabiamente, *deben comportarse fraternalmente los unos con los otros*.

Que con la educación se deban *inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas*, es consecuencia inmediata de lo anterior y ya está también afirmado en la DUDH y en el PIDESC, así como lo determinado en la letra d) del transcrito art. 29.1 de la Convención no es sino explicitación de algunas de las implicaciones de esa asunción y respeto de los derechos y libertades fundamentales, y de las actitudes que se hacen imprescindibles para ello, que también se proclaman y establecen en la DUDH y en el PIDESC,¹⁶ aunque en sus textos la relevancia del espíritu de igualdad y, sobre todo, la necesidad de su respeto no estén expresamente mencionadas al enunciar los fines de la educación sino que se desprenden implícitamente de la relevancia y necesidad que otorgan a ese principio en otros de sus preceptos, en todo cuanto se refiere a los derechos humanos y las libertades fundamentales.

16 No deja de ser por ello sorprendente que, a la altura del 2001, en la *Observación General n.º 1* sobre la Convención, relativa a *El párrafo 1 del art. 29: Propósitos de la educación*, ap. 18, el Comité de los Derechos del Niño dé la impresión de que se estuviera iniciando en el ámbito internacional la aplicación de tales criterios, ya vigentes desde hacía más de treinta años y por los que ya venían también velando otros Comités de Naciones Unidas. Como si la Convención de 1989 contuviese un cambio de algún modo radical en la materia que, a la verdad, no es fácil detectar. Sería deseable una mejor coordinación entre los diversos organismos que se van creando en la ONU, con objetivos coincidentes, que evite una impertinente reiteración de intervenciones sobre lo mismo.

La mención expresa de la Convención a la dimensión de la igualdad entre los sexos no puede tener más explicación que la puramente circunstancial e histórica, al haber sido aprobada la Convención de 1989 en un tiempo en el que, por diversas causas, se ha agudizado la sensibilidad para tal específica dimensión de la igualdad entre los seres humanos y menudean los grupos de presión a todos los niveles que quieren garantizarla. Pero no reduce la relevancia de las demás dimensiones de la igualdad, obviamente.¹⁷

La preparación *para asumir una vida responsable en una sociedad libre* es, en fin, otro componente implicado en el desarrollo pleno de la personalidad,¹⁸ y también está ya mencionado en el art. 13.2 del PIDESC y, por lo que se refiere al objetivo de *inculcar el respeto al medio ambiente natural*, es una nueva particularización ciertamente consecuencia del progreso experimentado en los últimos cincuenta años en la importancia del sentido ecológico en la cultura humana, lo que no había aún llegado a percibirse cuando se adoptaron en los años cuarenta y sesenta del pasado siglo la DUDH y el PIDESC, aunque ya en este se contenga alguna mención al medio ambiente en relación con el derecho a la salud (art. 12).

5. En todo este contexto, cobra especial relieve —también por su carácter más original o novedoso, en su formulación explícita, con respecto a la DUDH y el PIDESC— lo que se afirma en la letra c) del art. 29.1 de la Convención, en cuanto ha incluido expresamente entre los fines de la educación:

Inculcar al niño **el respeto de sus padres**, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya.

17 Así lo evidencia la *Observación General n.º 1* (2001) de la Convención, apartados 10 y 11.

18 Los comentarios al respecto de la *Observación General n.º 1* (2001), ap. 12, no dejan de incluir aspectos que requerirán ser adecuadamente leídos e interpretados, para que un instrumento internacional de esta naturaleza no se erija en canal de concepciones pedagógicas parciales y discutibles, que no tendrían por qué ser impuestas a todos como las únicas posibles.

Nada podrá rebajar la trascendencia de este mandato que particulariza de este modo lo que no puede dejar de formar parte de la educación¹⁹ y que, sin duda, se aúna en lo que, en la ética clásica, se ha vinculado a la virtud de la *pietas*, de la que el Diccionario de la Lengua Española nos dice, en la segunda de sus acepciones, que es «amor entrañable que se consagra a los padres y a objetos venerandos», *pero que ya Cicerón en su De inventione* (retórica) definió, en cuanto parte de la justicia, como «virtud por la que uno cumple sus obligaciones con sus consanguíneos y con cuantos aman a su patria, y procura honrarlos lo mejor que puede»,²⁰ y de la que Tomás de Aquino, tomando en cuenta esta afirmación del insigne romano precristiano y precisando que la *pietas* es, en efecto, una de las partes potenciales de la justicia (1268-1272, c. 80), diría a su vez que «nuestros padres, de quien nacimos, y la patria, en que nos criamos, son principio de nuestro ser y gobierno. Y, por tanto, después de Dios —del que poco antes escribe que es «el primer principio de nuestra existencia y gobierno»— a los padres y a la patria es a quienes más debemos. De ahí que, como pertenece a la religión dar culto a Dios, así, en un grado inferior, pertenece a la *pietas* darlo a los padres y a la patria» (1268-1272, c. 101, art. 1, *respondo*).

Enseguida justificará el Aquinate que esa *pietas* filial habrá de traducirse en «respeto y atenciones», y «toda clase de cuidados», aclarando que el término «culto» en este contexto significa «honor o reverencia». Todo lo cual —precisará, citando así mismo a Cicerón— se debe también a los *consanguíneos* y a *cuantos aman a nuestra patria* «pero no a todos por igual, sino que se deben principalmente a los padres, y a los demás según las propias posibilidades y la dignidad de las personas» (1268-1272, c. 101, art. 2, a la objeción 3.^a), refiriéndose, sin duda, a la accidental que en estas se añade a la dignidad básica común a todas.

Estas convicciones y deberes acerca de las personas y comunidades o grupos a los que más debemos han de evitar, sin embargo, todo desproporcionado e injusto exclusivismo, cerrado a las solidaridades más amplias que también

19 Subraya su importancia la *Observación General* n.º 1 (2001), ap.7.

20 Así lo recoge Santo Tomás como dicho por Tulio en su *Rhetorica*, probable referencia a lo dicho en la temprana obra de Cicerón, *De Inventione*, II (86 a. C.), 66: *pietatem quae erga patriam aut parentes aut alios sanguine coinunctos officium conservare moneat*. Al texto se refiere Emilie (1944, 536).

deben apreciarse y vivirse, como acertadamente concluye diciendo el art. 29. 1.c) de la Convención,²¹ en el que, en cualquier caso, debe destacarse principalmente el particular vínculo de los menores con sus padres a todos los efectos, y particularmente en cuanto tiene que ver con la educación precisamente.

6. Aunque no podremos detenernos en ello, guarda estrecha conexión con cuanto el art. 29 de la Convención establece sobre los fines de la educación —y en particular con cuanto se refiere a la dignidad y derechos fundamentales del menor como persona humana—, lo que dispone el art. 28.2:

Los Estados Partes adoptarán cuantas medidas sean adecuadas para velar por que la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención.²²

7. En cuanto a los contenidos del derecho a la educación, el art. 28.1, por su parte, reitera lo ya afirmado por el art. 13.2 del PIDESC, que particularizó y desarrolló un tanto. Al respecto, el art. 26.1 de la DUDH:

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño a la educación y, a fin de que se pueda ejercer progresivamente y en condiciones de igualdad de oportunidades ese derecho, deberán en particular:

- a) Implantar la enseñanza primaria obligatoria y gratuita para todos;
- b) Fomentar el desarrollo, en sus distintas formas, de la enseñanza secundaria, incluida la enseñanza general y profesional, hacer que todos los niños dispongan de ella y tengan acceso a ella y adoptar medidas apropiadas tales como la implantación de la enseñanza gratuita y la concesión de asistencia financiera en caso de necesidad;
- c) Hacer la enseñanza superior accesible a todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados;
- d) Hacer que todos los niños dispongan de información y orientación en cuestiones educacionales y profesionales y tengan acceso a ellas;

21 Destaca su relevancia el ap. 4 de la *Observación General n.º 1* (2001).

22 Puede verse en particular la *Observación General n.º 8* (2006), ya citada.

e) Adoptar medidas para fomentar la asistencia regular a las escuelas y reducir las tasas de deserción escolar.

Son pocas las diferencias sustantivas entre este precepto y el art. 13.2 del PIDESC: la letra b) del texto de la Convención menciona explícitamente a la enseñanza secundaria general, mientras que en la correspondiente letra b) del PIDESC se entiende implícita; en la letra c) de este se menciona expresamente algo no explicitado en la misma letra c) del texto de la Convención, como un medio particular entre los apropiados para hacer *accesible a todos, sobre la base de la capacidad, la enseñanza superior: la implantación progresiva de la enseñanza gratuita*; la Convención no se refiere a lo que la letra d) del art.13.2 del PIDESC denomina *la educación fundamental*, pero seguramente porque lo allí establecido está pensando en adultos —personas que ya no entran en el objeto de la Convención— *que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria*, para determinar que *debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible*, precisamente para esas personas; en cambio lo dispuesto en las letras d) y e) del 28 de la Convención no aparece en el PIDESC y constituyen positivas concreciones de lo que, con todo, cabría considerar también implícito en él; y, en fin, el deber de *proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente*, específicamente por lo que se refiere a estos dos últimos aspectos, figura en la letra e) del precepto comentado del PIDESC, pero no en la Convención.²³

8. Desde otra perspectiva, y como ha puesto de relieve el Comité de los Derechos del Niño en 2013 (*Observación General n.º 17*), para algunos contenidos y métodos educativos, no dejará de tener relevancia, aunque nominalmente no aluda a la educación, lo dispuesto en el art. 31 de la Convención en cuanto al descanso y la vida cultural y artística.
9. El ap. 3 del art. 28 de la Convención complementa todo lo anterior con un deber —instrumental— de *cooperación internacional en cuestiones*

23 La *Observación General n.º 20* (2016) sobre la Convención, ap. 68, en su aplicación a la adolescencia, alienta a los Estados a generalizar la educación secundaria como cuestión de urgencia y a hacer la enseñanza superior accesible para todos, sobre la base de la capacidad, por cuantos medios sean apropiados.

de educación, y de tenerse especialmente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

9. Y hay aún en la Convención, en estos preceptos dedicados específicamente a la educación, como derecho de los menores, un pronunciamiento muy importante, bien revelador y significativo, aunque lo que dice no haga sino reiterar lo afirmado en el PIDESC (art. 13.4) y, más básicamente, en la DUDH, o precisamente porque, a pesar de ello, así se ha querido repetir. Dice así su art. 29.2:

Nada de lo dispuesto en el presente artículo o en el artículo 28 se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y de las Entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 del presente artículo y de que la educación impartida en tales instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.

Si, como afirma la DUDH, en su art. 26.3, *los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos*, parece evidente que han de poder crear los centros o establecimientos educativos que estimen convenientes o bien elegir entre los que otros libremente a su vez implanten y ofrezcan, excluyéndose cualquier monopolio impuesto en la oferta. Una libertad de establecimiento y oferta de centros educativos que también está implícita en el art.18 de la misma DUDH, que garantiza a *toda persona una libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que incluye [...] la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza.*

III. Otras exigencias explícitas sobre el derecho a la educación en libertad en el Derecho internacional universal de derechos humanos

1. Como hemos visto, las previsiones de la Convención sobre los Derechos del Niño que, en materia de educación, vienen a tratar de determinar lo que pueda requerir en ella, con toda su importancia, el *interés superior del menor*, si bien ocupan destacadamente dos artículos, no vienen a añadir nada especialmente importante a lo ya establecido en otros acuerdos internacionales anteriores, más generales y básicos, sobre derechos humanos a nivel internacional universal, gestados en la ONU,

destacadamente la DUDH y el PIDESC, sin perjuicio de que contengan algunas particularizaciones de interés.

2. Pero hay en esos mismos instrumentos internacionales universales algunas otras exigencias bien explícitas que, aunque no se encuentren reproducidas en la Convención de 1989 sobre los Derechos del Niño, no deben considerarse menos relevantes ni menos plenamente aplicables precisamente a la determinación del *interés superior del niño* en cuanto a su derecho de la educación.²⁴

Por comenzar enlazando con lo que acaba de decirse poco más arriba sobre el art. 18 de la DUDH, cabe recordar en primer término que el PIDCP, aprobado, como se sabe, por la Asamblea General de la ONU en diciembre de 1966, a la vez que el PIDESC, dedica a las libertades del mencionado precepto de la DUDH un artículo que está también numerado como 18 en dicho Pacto, y es importante observar cómo, evidenciando su estrecha relación con esas libertades, su ap. 4 comprometió expresamente a los Estados Parte a:

[...] respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Pero, al mismo tiempo, el art. 13.3 del PIDESC reiteraría y, sobre todo, completaría *más y mejor esta previsión, disponiendo que:*

Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

24 Apenas las consideran Dávila y Naya (2011). Las trata sustantivamente con detenimiento, pero más en perspectiva del Derecho español —y con alguna interpretación poco aceptable (derivada quizás de una cierta confusión entre derechos de la personalidad y derechos fundamentales)—, Asencio (2017, especialmente 113 y ss.).

Se proyecta así directamente, sobre todo, el principio fundamental proclamado en el art. 26.3 de la DUDH, poco antes recordado: que *los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos*. Lo cual debe poder ejercerse, ante todo, en efecto, mediante la *libertad de escoger para sus hijos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas —ciertamente siempre que satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, en cuanto puedan justificarse razonable y proporcionadamente—*, y, en todo caso, cuando eso no sea posible en general o en concreto, mediante el derecho de *hacer que sus hijos reciban, al menos, la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*. Es lo que dice ese importante precepto del PIDESC, evidenciando la especial relevancia de ese derecho a la educación en libertad —conforme a las convicciones de los padres o, a falta de estos, de los tutores legales— en lo religioso y moral, pero sin reducir a estos importantes aspectos el derecho fundamental a elegir las escuelas, el tipo de educación en cualquier aspecto que hayan de recibir los menores. El Tribunal Constitucional de España acertó a verlo y esclarecerlo así muy tempranamente, hace ya 40 años, en una muy importante sentencia 5/1981, del 13 de febrero de 1981 (FD 8).

3. El art. 29.2 de la Convención, como el 13.4 del PIDESC, no dejan de tener, en realidad, su última razón de ser en este derecho a elegir la educación que se garantiza en el art. 13.3 del PIDESC, que permite hablar con propiedad, ciertamente, de un derecho fundamental a la educación en libertad, en el sentido de que, sin esta, realmente no hay tal derecho fundamental. La justificación, el sentido, de quien dispone algo para educar a otros y ejerce derechos y libertades para ello, se encuentra en el educando, en el destinatario de la educación, que es el centro, sin duda, de cuanto a la educación se refiere. Es la libertad del educando lo que requiere sobre todo libertad para la oferta educativa, de modo que pueda atender a la demanda efectiva de quienes han de ser educados, que, en tanto son menores, será determinada de ordinario por sus padres o quienes, cuando sea necesario, hagan sus veces, aunque del distinto modo que justifique la edad y maduración del menor.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Cavallo, Gonzalo. «El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos». *Estudios Constitucionales* (Chile), año 6, n.º 1 (2008): 223-247.
- Asencio Sánchez, Miguel Ángel. *Interés del menor y derecho a la educación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- Borrajo Iniesta, Ignacio. «El derecho a la educación en libertad: esquema de interpretación». En *La democracia constitucional (Estudios en homenaje al Profesor Rubio Llorente)*, 661-662. Madrid: Congreso de los Diputados, Tribunal Constitucional, Universidad Complutense de Madrid, Fundación Ortega y Gasset y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- Carmona Luque, María del Rosario. «Discapacidad y derecho a la educación: el interés superior del niño como justificación de la educación inclusiva». En *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*, editado por Sanz Caballero y Molina Navarro. Cizur Menor: Aranzadi (Thomson-Reuters), 2017.
- Chacón Martínez, Ana. *El interés superior del menor: Historia de un reconocimiento jurídico en los derechos humanos para la infancia (siglos XVIII-XXI)*. Murcia: Editum, 2019.
- Dávila, Pauli, y Luis. M. Naya, compiladores. *Derecho de la infancia y educación inclusiva en América Latina*. Buenos Aires, México, Santiago, Montevideo: Granica, 2011.
- De Aquino, Santo Tomás. *Suma de Teología*. 1268-1272. Madrid: BAC, 1994.
- De los Mozos Touya, Isabel. *Educación en libertad y concierto escolar*. Madrid: Montecorvo, 1995.
- Emilie, Gertrude. «Cicero and the Roman Pietas». *The Classical Journal*, vol. 39, n.º 9 (junio, 1944): 536-542.

- Guilarte Martín-Calero, Cristina. *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- Martínez López-Muñiz, J. L. «La familia en la Constitución española». *Revista Española de Derecho Constitucional*, 58 (2000): 11-43.
- . «Una crítica a la STC 198/2012 sobre el matrimonio en la Constitución Española». En *Acoso a la familia (Del individualismo a la ideología de género)*, editado por Tomás Prieto Álvarez, 45-90. Granada: Comares, 2016.
- . «Para evitar la degradación del Estado de Derecho». *Revista Española de Derecho Administrativo*, 198 (2019): 9-44.
- Pizarro Moreno, Eugenio. *El interés superior del menor: claves jurisprudenciales*. Prólogo de Francisco Rivero Hernández. Madrid: Reus, 2020.
- Rivero Hernández, Francisco. *El interés del menor*. 2.^a ed. Madrid: Dykinson, 2007.
- Sanz Caballero, Susana, y M. del Mar Molina Navarro, dirs. *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*. Cizur Menor: Aranzadi (Thomson-Reuters), 2017.