

EL CONCEPTO DE “EXPECTATIVA RAZONABLE” COMO ESTÁNDAR PARA MEDIR LA DILIGENCIA DEL PROFESIONAL DE LA EDUCACIÓN

Francisco Valiente Martínez

Profesor colaborador asistente de Derecho Constitucional

Universidad Pontificia Comillas

Resumen

Al analizar cómo se materializa el derecho a la educación, hay varios actores a tener en cuenta: los padres, los maestros, los centros docentes, el propio Estado como garante de la prestación de un servicio y, naturalmente, el menor. Si aceptamos que todos ellos velan por el interés de éste y pretenden conseguir su óptimo desarrollo, es necesario estudiar qué ocurre cuando entran en conflicto. Y, en la misma medida, hay que analizar si los padres tienen derecho a que se cumpla una expectativa legítima sobre el papel que desempeñan los demás actores que intervienen en la educación de sus hijos, de forma tal que dicha expectativa pueda devenir en un estándar de comportamiento.

Palabras clave: derecho a la educación, libertad de cátedra, doctrina de las expectativas razonables

Abstract

If we analyze the materialization of the right to education, there are several actors to take into account: parents, teachers, schools, the State itself as guarantor of the provision of a service and, of course, the child. If we accept that everyone looks after the interest of the students and intend to achieve their optimal development, it is necessary to study what happens when they clasher. And, in the same way, we have to analyze if parents have the right to see properly achieved a legitimate expectation related with the role played by the other actors involved in the education of their children. Finally, we have to discuss if this expectation can become a standard of behavior.

Keywords: Right to education, academic freedom, doctrine of reasonable expectations

1. Introducción

El Derecho, en su anhelo de regular los aspectos que puedan resultar controvertidos de la vida de una sociedad, acude en numerosas ocasiones a metáforas que ayudan a definir modos de conducta que pueden considerarse correctos. Es lógico que así sea, toda vez que un ordenamiento jurídico no sólo debe buscar su coherencia interna, sino también debe ofrecer “soluciones que sean aceptables por el medio, porque son conforme con lo que parece justo y razonable”. En este sentido, “como el Derecho tiene una función social que cumplir, no se le puede concebir, de manera realista, sin hacer referencia a la sociedad que debe regir” (PERELMAN, 2019, pp. 160 y ss.).

Es fácil aceptar que, al hacer estas referencias, el ordenamiento jurídico incluya algunos conceptos que se han hecho comunes para medir la buena fe de los individuos y las conductas que nos son mínimamente exigibles. No en vano, un amplio sector doctrinal considera que la buena fe es, además de una pauta de comportamiento, un principio general del Derecho que permite tanto delimitar la forma justa de hacer las cosas como medir si alguien tenía una intención buena aunque el resultado de sus acciones haya acabado siendo dañino (YZQUIERDO, 1988, pp. 641 y ss.) y, por lo tanto, si la Justicia debe actuar de una u otra forma según fuera tal intención. Así, en el ámbito civil, este modelo de buena conducta se compara con la “diligencia del buen padre de familia” (artículos 1094, 1104.2 y 1903 del CC), mientras que en el ámbito mercantil se alude a la “diligencia del ordenado empresario”.

La cuestión es: ¿podemos encontrar un estándar de conducta adecuado en el ámbito del derecho a la educación? Para dar respuesta a esta pregunta, necesitamos en primer lugar delimitar el núcleo esencial de este derecho, a continuación identificar quiénes son los responsables de cumplir con dicha diligencia y, finalmente, encontrar y definir un patrón conductual aceptable.

2. Los titulares del Derecho a la Educación

El artículo 27 de nuestra Constitución, al definir el derecho a la educación, identifica con claridad cuatro actores esenciales: por un lado, tenemos a la persona que va a recibir la formación, generalmente un menor; por otro lado, tenemos a sus padres o tutores, a quienes se atribuyen facultades decisorias en dicha formación; en tercer lugar, es imprescindible analizar la figura del docente y del centro educativo al que el alumno acude; y finalmente están los poderes públicos, a quienes, a través de un deber prestacional, se atribuye de facto la responsabilidad no sólo de erradicar el analfabetismo sino de mejorar el nivel académico de los ciudadanos y, del mismo modo, se le hace garante de que la educación impartida se corresponda con los principios y valores que deben regir en un estado democrático.

El Tribunal Constitucional ha hecho distintas aproximaciones en pos de la correcta configuración del núcleo esencial de este derecho. De modo no exhaustivo, ya ha reconocido, entre otros, el deber de asegurar unos mínimos de calidad y la prohibición de las expulsiones arbitrarias (STC 5/1981 de 13 de febrero), la necesidad de uniformar los ciclos educativos en función del desarrollo del alumno conforme a su edad y capacidad (STC 22/1981, de 22 de julio) y la coexistencia de la enseñanza en lengua castellana con la enseñanza en lenguas cooficiales conforme a la ley (STC 137/1986 y 19/1990 de 12 de febrero). Lo que nos lleva a concluir que este artículo es una amalgama de derechos subjetivos y deberes genéricos de distinta naturaleza jurídica cuyo nexo común es la preocupación sobre cómo atender la crucial necesidad de educar a los jóvenes (MAYOR, 1993, pp. 389 y 390).

Pero, a mi modo de ver, la justa delimitación del núcleo esencial de este derecho la encontramos en el artículo 14.1 del Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo, por el que se establecen los derechos y deberes de los alumnos y las normas de convivencia en los centros: “Todos los alumnos tienen derecho a recibir orientación escolar y profesional para conseguir el máximo desarrollo personal, social y profesional, según sus capacidades, aspiraciones o intereses”.

A raíz de esta premisa, podemos identificar algunos elementos fundamentales del derecho a la educación: primero, su indiscutible trascendencia para que los jóvenes puedan desarrollar un digno y pleno proyecto vital; segundo, el reconocimiento de que no todos tenemos las mismas capacidades ni el mismo potencial, sin que ello pueda devenir en una menor respetabilidad de proyecto formativo alguno ni mucho menos en una distinta dignidad personal de quienes los cursan; tercero, que hay un esencial

elemento volitivo, en tanto en cuanto las aspiraciones e intereses de cada cual son libres, personalísimas y esenciales a la hora de tomar decisiones en este sentido.

Las consecuencias de este análisis nos ayudan a configurar un primer límite a la labor de los poderes públicos, de los docentes y de los propios progenitores: el carácter prevalente del interés del menor, que consiste en última instancia en velar por su desarrollo y en ofrecerle durante su crecimiento los medios que sean necesarios para que pueda aprovechar al máximo su potencial. ¿Ante quién se impone este límite? Parece obvio que debe imponerse precisamente ante todos los actores determinantes de dicho proceso formativo: es un límite a la influencia de los padres, los profesores y los centros, así como a la acción estatal.

3. Los responsables de la diligencia debida

Resulta coherente que lo que pueda entenderse como interés del menor deba ser decidido por el propio afectado a través del ejercicio autónomo de sus derechos según su grado de madurez. Pero si esto no es posible, bien por su edad o bien por su situación particular, esta función recae en los denominados “garantes del menor”, quienes, de conformidad con el artículo 158 del Código Civil, ejercen la patria potestad (ASENSIO, 2017, pp. 103 y 104).

Dicho de otro modo: son los padres los responsables de elegir el tipo de centro en el que estudiarán los hijos a su cargo, es en los padres en quienes recae el peso esencial de la educación de los menores en todo aquello que ocurre fuera del centro escolar y, además, no cabe duda de que su papel colaborador con la escuela es igualmente crucial.

Si continuamos nuestro análisis por la figura del profesor, inmediatamente hay que señalar que éste está protegido por otro derecho fundamental a la hora de ejercer su labor: la libertad de cátedra. Un derecho fundamental, sí, pero que cuenta con una característica muy particular, pues da una protección exclusiva a un estamento concreto y perfectamente delimitado, es decir, el personal docente, cualesquiera sea su ámbito de actividad (ALZAGA, 2016, p. 174). Esta libertad se conceptualiza como la facultad de la que disponen los académicos, independientemente de donde ejerzan su labor, de investigar, enseñar y publicar sobre cualquier tema de interés profesional sin riesgo ni amenaza alguna, más allá de la demostración inexcusable del incumplimiento de la ética profesional (MADRID, 2013, p. 357). Y, del mismo modo, tiene sentido su inclusión en

el artículo 20.1 c) CE porque así se dota a esta libertad de las protecciones específicas reconocidas a la libertad de expresión (TORRES, 2001, p. 12).

Ello no significa que el profesor pueda enseñar lo que le plazca, pues debe adecuarse al contenido natural de las materias curriculares y guiarse por un código ético que ponga en el centro el respeto al alumno y su formación. Este código debiera partir de los siguientes ejes: el respeto a los principios constitucionales, en particular a los artículos 27 y 20 CE, el fomento del libre criterio por parte del alumno, el debido seguimiento a los planes de estudio y al contenido propio de cada materia, la protección de la juventud y la infancia y, cuando proceda, el respeto a la ideología de los centros privados autorizados para desarrollar una función educativa (SIMÓN y SELVA, 1995, pp. 119 – 128).

Pero, como con frecuencia ocurre, el mejor Derecho no puede hacerse con las situaciones en que todo funciona debidamente, sino precisamente en la dificultad y la polémica. En el ámbito educativo, el problema radica en las denominadas “materias conflictivas”, es decir, aquéllas en las que las acciones positivas de los poderes públicos encuentran un difícil encaje con los planteamientos éticos y morales de los padres o incluso de los docentes. No haría falta extenderse mucho en identificar cuáles son las categorías en que se incardinan la mayor parte de estos casos: la educación sexual, la educación religiosa y los aspectos formativos que puedan influir en la futura libertad ideológica del alumno.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha dejado claro que el artículo 27 “no ampara el adoctrinamiento ideológico, por contrario a los valores superiores de la libertad y el pluralismo. Pero tampoco es neutral, en cuanto impulsa decididamente la difusión de los valores constitucionales” (STC 31/2018, de 10 de abril). Esta afirmación no hace sino reflejar lo evidente, y no entra una delimitación precisa de esta tenue frontera. Debemos remontarnos a una de las primeras sentencias de nuestro Tribunal Constitucional para encontrar una aproximación más ilustrativa: “la neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos [...] impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico, que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita” (STC 5/1981, de 13 de febrero).

Sin embargo, a mi modo de ver, esta afirmación lo que hace es reforzar el derecho preferente de los padres a educar a sus hijos conforme a sus principios y valores frente a los principios y valores que pudiera tener un profesor concreto. Pero no nos ayuda a

esclarecer qué debe prevalecer cuando los deseos de los padres colisionan activamente contra una política pública debidamente aprobada y vigente, de la cual los profesores no son sino el medio para su correcta ejecución.

Para avanzar en esta cuestión hemos de acudir a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el conocido caso de la asignatura “Educación para la Ciudadanía”, cuando hubo de resolver el posible derecho de los padres a objetar en conciencia para que sus hijos no cursasen dicha materia. El debate de fondo era una versión actualizada de la vieja controversia entre Moral y Derecho, en la cual el Tribunal Supremo ratificó la obligación general de que todo Estado se identifique mediante el conjunto de criterios morales que defiende y a los cuales exige adhesión (SERRANO, 2009, p. 477).

Con rigurosa minuciosidad, en la sentencia se plantearon todas las cuestiones cruciales: “el significado del pluralismo como elemento necesario para una verdadera sociedad democrática; la suma relevancia que los derechos fundamentales tienen en nuestro modelo constitucional de convivencia; el papel que la Constitución asigna al Estado en materia de educación; el contenido que corresponde al derecho a la libertad ideológica y religiosa del artículo 16.1 dentro del sistema educativo establecido por el Estado; el alcance del derecho reconocido a los padres en el 27.3 y el límite que significan esos dos derechos de los artículos 16.1 y 27.3, todos de la Constitución, para la actividad educativa de los poderes públicos” (STS de 11 de febrero de 2009). Las conclusiones son también claras: primero, es imprescindible educar de forma plural, pues así se refleja la diversidad existente en toda sociedad democrática y se enseña a respetar a quien piensa diferente; segundo, los derechos fundamentales tienen una dimensión objetiva, en tanto en cuanto reflejan los valores que dicha sociedad democrática propugna; tercero, el Estado no sólo debe diseñar un modelo que permita acceder a todo ciudadano al sistema educativo, sino que debe también transmitir los valores constitucionales.

Así, queda establecida la preeminencia del artículo 27.2, que impone el deber de educar en valores constitucionales, sobre el derecho de los padres, establecido en el artículo 27.3, en aquellos casos en que éstos pudieran alegar objeciones para que sus hijos cursen materias válidamente aprobadas en los planes de estudio. Dos argumentos parecen ir en esta dirección: en primer lugar, no puede obviarse que no todas las familias son iguales y que en ellas pueden darse multitud de conflictos que, a la postre, se traduzcan en una difícil materialización del deber de cuidar y formar a los menores. En tales casos, ¿quién sino el Estado debería garantizar su protección y formación? En segundo lugar, una distinta conceptualización del derecho a la educación, conforme a la cual el auténtico

titular del mismo es el menor, mientras que los padres son la vía y los proveedores de las condiciones mediante las cuales éste ha de aprender a desarrollar su propio proyecto vital. Así pues, si los padres o tutores no actúan adecuadamente, deben ser suplidos en el cumplimiento de su función para que el menor pueda de una forma u otra conseguir el mencionado fin (LLANO, 2013, pp. 183 y 184).

Posiblemente la solución a esta colisión de derechos e intereses se encuentre entre ambos extremos, lo cual no significa que sea equidistante. Ni los padres pueden decidir todo lo relativo a su hijo sin límite alguno, ni desde luego el Estado tiene facultades absolutas sobre los menores. En este sentido, el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño es muy ilustrativo, al indicar que los Estados “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”. Artículo que puede leerse junto al 29.1 c), que señala que la educación debe encaminarse también a “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 el que vive”... Nótese la relevancia de estos artículos para dejar meridianamente claro que los menores no pertenecen al Estado sino que éste debe garantizar la prestación de servicios educativos y sólo en el caso de que el menor no pueda crecer en el seno familiar debe asumir todas las responsabilidades, así como que el menor ha de aprender también que sus padres son figuras merecedoras de su respeto, en tanto en cuanto velan por su bien.

Esta aclaración nos devuelve al papel que ejerce cada centro docente y cada profesor, pues si bien ha quedado clara su función a la hora de hacer cumplir los planes de estudio, no es menos cierto que no es sólo en el aula donde se produce la educación escolar ni tampoco existe un baremo objetivo para ponderar cómo ejercerán los profesores las funciones que les son atribuidas.

4. La “expectativa razonable” como estándar o modelo de comportamiento en el ámbito educativo

Para tratar de construir un modelo de comportamiento del docente es necesario analizar cuál es la intención y las expectativas de los padres cuando eligen que sus hijos vayan a un colegio público, en vez de a uno privado o concertado, cuáles son las

expectativas de quienes deciden cursar un bachillerato y cuáles son las de quien decide iniciar una carrera universitaria. Hay, qué duda cabe, unas expectativas legítimas: que se reciba una formación técnica suficiente para dominar una materia, que dicha formación sea impartida por profesionales cualificados, que tenga un objetivo finalista en consonancia con las demandas del mercado laboral... pero también que la formación contribuya a formar personas libres que vivan en sociedad, así como que se garantice la igualdad entre los estudiantes y, naturalmente, que se aseguren los derechos del propio alumno y de sus familiares.

A mi modo de ver, la doctrina de las expectativas razonables puede ser muy útil en el diseño de este estándar.

Esta doctrina, procedente de la jurisprudencia estadounidense, fue desarrollada para analizar los contratos de adhesión, es decir, aquéllos redactados unilateralmente por una de las partes de manera que el aceptante tan solo puede aceptarlos o rechazarlos. Estos contratos quedan sujetos a normas especiales que buscan corregir ese desequilibrio inicial, lo que requiere unas exigencias interpretativas favorables al consumidor (BALLUGERA, 2014, pp. 1355 y ss.). Así lo estableció en sus orígenes la doctrina estadounidense -en particular, en los casos *Katz v. United States* (1967) y *Rakas v. Illinois* (1978)-, pues se interpretó que un firmante acepta los contratos de adhesión porque se le ha creado una expectativa que, si bien es subjetiva, también es realista y coherente. Es decir, si la expectativa creada es lo suficientemente razonable para que cualquier ciudadano promedio imagine que la interpretación del demandante es la interpretación correcta del contrato, cabe invocar su cumplimiento ante los tribunales.

Nuestro Tribunal Supremo, por su parte, ha ido adoptando progresivamente esta doctrina. De hecho, ya ha sentenciado que en los contratos de adhesión debe realizarse una *interpretatio contra preferentem*, es decir, que la interpretación de las condiciones oscuras siempre ha de ser beneficiosa para quien no pudo contribuir en su establecimiento (por todas, STS de 20 de diciembre de 2002 y STS 373/2019, de 27 de junio).

Considero que la legislación española sobre la escolarización presenta muchos elementos similares a este tipo de contratos: el Estado decide los planes de estudio, la normativa autonómica desarrolla la prestación de este servicio, la escolarización es obligatoria frente a otros modelos educativos (STC 133/2010, de 2 de diciembre, que rechaza que el modelo *homeschooling* sea compatible con la normativa española), los padres no pueden determinar el profesor que tendrán sus hijos e, incluso, en la mayor parte del territorio nacional, no existe una zona educativa única sino que el centro público

al que se adscriben los menores está determinado por su domicilio. Vemos, por tanto, que la administración se comporta de forma unilateral en buena parte de los aspectos esenciales de la prestación de este servicio. Todo ello no es en sí mismo negativo, de hecho, es lo más lógico y eficiente, pero esto no significa que el ciudadano no pueda beneficiarse de determinados preceptos legales a la hora de interpretar cómo se debe prestar este servicio.

La premisa clave de la expectativa razonable es la buena fe. El firmante consiente porque da por sentado que recibirá un beneficio acorde a unos fines preestablecidos, con una calidad determinada y que los resultados serán éstos y no otros. Dicho de otro modo: cuando unos padres matriculan a su hijo en un instituto o en la universidad entregan quizás lo más valioso que tienen no sólo porque les obligue la ley, sino porque confían en que, al entrar en dicho sistema, el menor podrá desarrollarse como persona y e irá adquiriendo los medios para valerse por sí mismo. Tienen, pues, una expectativa razonable. Así lo recoge el artículo 1 de la Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo, de Educación, y así se refleja en las distintas normativas autonómicas y las de los propios centros educativos, que configuran las premisas básicas para conseguir una educación de calidad. Y aunque ciertamente sabemos que, por razones de diversa índole, tal deseo podría no materializarse -al fin y al cabo, existen el fracaso escolar y otro sinfín de problemas que podrían sobrevenir en esta etapa-, también sabemos que hay una obligación por parte de los centros para hacer todo lo posible por lograr este empeño.

Pero si analizamos la adopción que en España ha ido adquiriendo la expectativa razonable, vemos que se le suele añadir un calificativo adicional para conseguir su contextualización. Así, se entiende que existe expectativa razonable *de intimidad* (STS 518/2012 de 24 de julio) para proteger la privacidad y el espacio personal de agresiones externas imprevistas; hay una legítima expectativa razonable *de confidencialidad* a la hora de emplear determinados dispositivos digitales y electrónicos (STC 241/2012 de 17 de diciembre); existe una expectativa razonable *de seguridad jurídica* (STC 121/2016, de 23 de junio) que permite a los ciudadanos deducir que cuando una norma ha sido declarada nula, sus efectos se corrigen; e incluso existe una expectativa razonable *de homogeneidad*, conforme a la cual la Administración debe comportarse de manera semejante con todos los ciudadanos (STC 25/1993, de 24 de febrero). ¿Es entonces razonable defender que exista una expectativa razonable de la acción docente?

Para defender que sí, es necesario avanzar un poco más en cómo y dónde se realiza esta acción. Es bien sabido que todo centro educativo funciona a través de dos tipos de

actividades: las clases y las actividades extraescolares, y que éstas, a su vez, se dividen en dos categorías, las realizadas fuera del centro (como por ejemplo una visita a un museo) y las realizadas dentro del centro, que a su vez pueden ser realizadas por un externo (por ejemplo, la presentación de un libro) o por uno de los profesores.

Respecto a la expectativa razonable de la primera categoría –las actividades curriculares- poca duda sobre su contenido puede quedar ya: deben realizarse conforme a los planes de estudio sin caer en ningún tipo de adoctrinamiento. Es un deber incuestionable.

Respecto a las actividades extraescolares, la doctrina y la jurisprudencia son mucho menos abundantes. Podemos afirmar, no obstante, que estas actividades son promovidas por el propio cuerpo docente o bien por entes externos (muchas veces, aunque no siempre, por las Asociaciones de Padres y Madres) y han de estar recogidas en la Programación General Anual del Centro (PGA). Tampoco hay dudas de que pueden generar responsabilidad administrativa, civil o penal (LLORCA, 2014, pp. 3 y ss.), de manera que la conducta del docente es vinculante a estos efectos.

Así lo expresa rotundamente el Tribunal Constitucional, cuando afirma que “las actividades o la conducta lícita de los profesores, al margen de su función docente en un centro dotado de ideario propio, pueden ser eventualmente consideradas por el titular de éste como una violación de su obligación de respetar tal ideario o, dicho de otro modo, como una actuación en exceso del ámbito de libertad de enseñanza” (STC 5/1981, de 13 de febrero).

A mi modo de ver, hay dos cuestiones a tratar: por un lado, hasta qué punto pueden los centros y los docentes personalizar –por no decir alterar- el ejercicio propedéutico y docente de las asignaturas curriculares; por otro, hasta qué punto es exigible a los docentes que se comporten de una manera acorde a los valores que deben transmitir a los jóvenes. Y, en consecuencia, debemos estudiar algunos casos concretos, tanto en España como más allá de nuestras fronteras, para tratar de delimitar esta cuestión.

5. El contenido particular de la expectativa razonable: análisis de casos de interés

Antes incluso de la aprobación de nuestra Carta Magna, ya se debatía sobre cuáles debían ser los límites entre la libertad de cátedra y el deber constitucional de garantizar

una educación homogénea. La premisa era “tanta libertad académica como sea posible, tanto orden como sea necesario” (LUCAS, 1976, p. 178). Y la más autorizada doctrina nos indica que el alcance de esta libertad varía en función del nivel o grado de enseñanza, de tal forma que cuanto mayor sea el grado, mayor es el margen de libertad (por todos, VIDAL, 1998, pp. 365 y 366). Dicho de otro modo: no es lo mismo enseñar en primaria que en secundaria, ni en secundaria que en bachillerato, ni en bachillerato que en una formación profesional o en la universidad, ni en primero de carrera que en un postgrado. Las características propias del alumno varían tanto, que el profesor debe adaptar su metodología en consecuencia y ello deviene en lógicas restricciones a su libertad de cátedra.

A efectos del análisis que aquí estamos realizando, esta reflexión es coherente con el hecho de que el Tribunal Supremo haya señalado en reiteradas ocasiones que son las circunstancias del caso concreto las únicas que permiten determinar la legitimidad de una expectativa razonable (por todas, STS 518/2012, de 24 de julio) lo cual, qué duda cabe, abre la puerta a un sinfín de situaciones distintas y a una casuística que acabará siendo de lo más variada. Pero es muy posible que la vieja premisa antes citada siga siendo válida y que entre ambos conceptos, la libertad académica y el orden indispensable para dotar de eficacia al sistema, radique el límite de la ética profesional y la buena fe del docente.

Porque todo análisis mínimamente sensato del trabajo con alumnos constata la imposibilidad de que esta labor se ejerza con absoluta y fría objetividad. Aun suponiendo que tal cosa fuese posible en la mera exposición de contenidos, siempre cabría la posibilidad de que los alumnos preguntasen a su profesor por su punto de vista personal sobre una u otra cuestión, o que la bibliografía recomendada sí tenga un sesgo, o que el punto de vista del profesor X sea diferente del que tenga el profesor Y sobre un mismo tema. Ello nos confirma el análisis que ya habíamos hecho previamente: para configurar la expectativa razonable habremos de analizar caso por caso y decidir si cada situación está o no incluida en el marco de la libertad de cátedra (VALIENTE, 2019. P. 139).

Si atendemos a la casuística para ilustrar este problema y su posible solución, es de crucial relevancia el *asunto Malcom Ross v. Canada*, resuelto por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en 1997. En este controvertido caso, un profesor de enseñanza primaria había publicado en diversas ocasiones, desde 1979, una serie de escritos de evidente carácter antisemita, actitud que había mantenido en varias entrevistas en radio y televisión. Aunque tales conductas nunca se habían expresado en sus clases, la Junta Escolar le reprendió por ello, sin mayores repercusiones. Sin embargo, en 1988, el

señor David Attis, padre de un alumno, denunció que esta conducta vulneraba la ley y que debía sancionarse al profesor Malcom. A resultas de la consecuente investigación, se estableció que la conducta extraescolar de un maestro puede influir en la correcta realización de sus deberes, toda vez que los maestros son ejemplos para los estudiantes y juegan un papel mucho más amplio que el de meros transmisores de conocimientos. Se concluyó que la influencia de los profesores va más allá de su horario laboral y, si bien existe una lógica renuencia a restringir la libertad y actividades de un trabajador en su tiempo libre, no puede obviarse la posible repercusión negativa que sus actos pueden acabar teniendo en el ejercicio de sus funciones.

No muy distinto a este criterio, y sin duda influido por el mismo, fue el que siguió el TEDH cuando hubo de tratar un asunto similar (STEDH Gollnisch v. Francia, de 7 de junio de 2011). Cuando un profesor universitario y eurodiputado del Frente Nacional criticó los informes sobre negacionismo y racismo que es estaban realizando en las universidades francesas, acusándolos de parciales y llenos de erratas e imprecisiones, fue apartado de la docencia. El TEDH entendió que sus manifestaciones no estaban amparadas por su libertad de expresión en cuanto a político, sino que las había vertido en el ámbito académico, donde debía tener y cumplir un estándar más elevado de responsabilidad, por lo que la sanción resultaba acorde al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La conclusión es clara: el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas no se limita a exigir un comportamiento ejemplar de los profesores en el aula, sino también lo exige incluso en su vida privada en tanto en cuanto sus acciones, cuando llegan a ser de dominio público, puedan influir en su labor. Por su parte, el Tribunal de Estrasburgo interpreta que la especial relevancia de la docencia universitaria exige unos baremos de conducta pública más exigentes para el cuerpo docente. De ambos casos, podemos colegir que hay, por tanto, una expectativa razonable de ejemplaridad que trasciende de lo que ocurre en el propio aula.

En Estados Unidos esta cuestión ha sido tratada de forma sumamente controvertida en los últimos años. La jurisprudencia clásica partía de la sentencia *Pickering v. Board of Education* (1968) y resultaba garantista con la libertad individual del personal docente. Este criterio se consagró cuando Marvin Pickering, un maestro de escuela, en una carta abierta en el periódico local, criticó con gran dureza la asignación de fondos que realizaban las autoridades educativas porque priorizaban los deportes sobre las materias académicas. Ello motivó su despido, dado que su carta había resultado

perjudicial para “la eficiente administración de las escuelas” pero, finalmente, el Tribunal Supremo ordenó su readmisión porque sus quejas estaban amparadas por su libertad de expresión.

Sin embargo, cuando la profesora Natalie Munroe publicó en sus redes sociales comentarios despectivos sobre el nivel de sus alumnos, a quienes llegó a tildar de “imbéciles perezosos” –entre otras lindezas-, las quejas de los padres y estudiantes fueron de tal volumen que el distrito escolar de Pensilvania decidió despedirla. La afectada recurrió a los tribunales y, aunque no hay resolución del Tribunal Supremo, hasta el momento la Justicia ha dado la razón a las autoridades académicas, bajo el argumento de que la Primera Enmienda no ampara ni permite que un maestro que públicamente desprecia e insulta a sus alumnos siga ejerciendo (*Munroe v. Central Bucks School District*, 2015).

Pero no sólo hablamos de un problema de delimitación de la libertad de expresión. El año pasado, el profesor Brett Belsky, que enseñaba Educación Física en un colegio de primaria de Nueva York, fue despedido por jugar al *Fortnite* con sus alumnos de primaria sin la expresa autorización de los padres. El docente ha alegado que les propuso mantener partidas online a dicho juego si mejoraban su rendimiento en clase, cosa que hicieron, pero al menos uno de los menores no notificó esto a sus padres, de manera que el docente fue despedido por vulnerar la ley que prohíbe a los maestros mantener contacto con sus alumnos fuera del ámbito escolar sin permiso específico. Belsky ha denunciado al centro porque entiende que se le ha aplicado una normativa cuyo propósito es proteger a los menores de posibles situaciones de acoso o abuso sexual, mientras que él únicamente pretendía estimular a sus alumnos de una forma que obviamente no tenía nada que ver con esta cuestión (SAUL, 2019).

Y aún más recientemente, el profesor Peter Vlaming, que enseñaba francés en la West Point High School de Virginia, ha sido despedido por negarse a utilizar pronombres masculinos para referirse a una estudiante transgénero que estaba en el proceso de cambio de sexo. Vlaming alegó que su religión no acepta que existan géneros distintos a los determinados en el momento del nacimiento y ha denunciado al centro argumentando que se está restringiendo su libertad de expresión, pues se le obliga injustamente a decir algo que no desea (BURKE, 2019).

De estos casos podemos colegir que la expectativa razonable de ejemplaridad se centra en varios elementos: por un lado, no sólo se exige al docente un adecuado ejercicio de la labor durante las clases, sino también una actitud vital que impida que sus decisiones

privadas y personales puedan alterar su trabajo; por otro, se exige un respeto a la dignidad y al honor de los alumnos incluso en ámbitos ajenos al colegio; tercero, se exige al profesor respetar la identidad y orientación sexual de sus alumnos, aun si esto atenta contra sus propias creencias; por último, pero no menos polémico, parece exigirse una clara distancia entre la relación profesional que se tenga con los alumnos y una posible relación personal, aunque ésta se haya establecido con fines docentes.

En España no estamos faltos de casos interesantes. Por un lado, la Justicia ha dado la razón a un centro que se había negado a aceptar como alumno a un menor cuya madre se negaba a vacunarlo (sentencia del juzgado de lo contencioso-administrativo nº 16 de Barcelona, de 14 de enero de 2019). Se alega para ello que la madre pretende imponer su opción vital sobre el derecho a la salud del resto de los menores del centro, incluso ignorando el riesgo indudable que la escolarización tendrá para su propio hijo. Por otro lado, el Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares ha declarado improcedente el despido disciplinario de un profesor de Educación Física que no sabía catalán y se había negado a aprenderlo, argumentando que formaba parte de la plantilla del centro desde antes de la aprobación de la norma que exige conocer dicha lengua y usarla de manera vehicular (Sentencia TSJBAL 301/2019 de 30 de septiembre).

Pero más interesantes aún me resultan tres casos muy particulares: por un lado, el de un profesor de la Universidad de Santiago de Compostela sancionado por haber vertido en sus clases manifestaciones abiertamente homófobas; por otro, el de una profesora de la Universidad de Extremadura que, en los apuntes que facilitaba a sus alumnos, definía la transexualidad como una “patología psíquica”; y, por supuesto, está el caso de un profesor de la Universidad de Zaragoza que reprendió a una alumna por vestir un *hijab*, asegurando que la admitía en sus clases únicamente por orden del rector.

A la luz de estos hechos, podemos añadir que existe una expectativa razonable conforme a la cual la dirección del centro escolar debe velar por la salud y la integridad física de todos los miembros de la comunidad educativa y, en la misma medida, se limita la exigencia que las administraciones públicas -y quizás de algunos padres- pueden hacer a los profesores para que adquieran competencias que no son exigibles para impartir sus materias. Pero también podemos concluir que la expectativa razonable debe fundamentarse en el espíritu académico, de tal forma que, dentro de una clase, no son admisibles las actuaciones que no vayan en defensa del interés del alumno, ni mucho menos las que tengan un carácter discriminatorio.

Otro análisis resulta imposible de obviar con la polémica que ha surgido recientemente en torno al ya famoso “pin parental”. Este mecanismo no es sino la exigencia de una autorización paterna para que los menores realicen toda actividad distinta de las clases regladas, aunque sean en horario lectivo y bajo la autorización del centro. Sin ánimo de ahondar en esta cuestión, que se aleja de los fines de esta comunicación, creo muy posible que este debate esté siendo sobredimensionado. Explicaré por qué: por un lado, ya ha quedado claro que las actividades curriculares son de obligado curso y que no cabe objeción a las mismas; por otro lado, las actividades extraescolares siempre requieren autorización parental. El único espacio hábil para este nuevo control radicaría cuando, en horario lectivo, un profesor cede su papel a un tercero para que explique algún contenido o él mismo modifica el normal desarrollo de su asignatura, bien por iniciativa propia o bien por dictamen del centro, para tratar algún tema que devengue en una mejor custodia del interés superior del menor.

En estos casos, podría cuestionarse si hablamos de una temática que forme parte de la materia obligatoria a cursar o si es extraescolar. Sea como fuere, por lógica, estas situaciones serán excepcionales y muy minoritarias, pues todo profesor sabe que ha de cumplir su temario. Pero, ¿qué ocurre si se imparten contenidos –en su fondo o en su forma- que los padres consideran absolutamente fuera de lugar, inadecuados, cuestionables o aun groseros? A mi modo de ver, podemos de nuevo hacer una analogía con la prohibición de emplear la libertad de cátedra para adoctrinar. Aceptamos que no conculca esta prohibición el profesor que, buscando el desarrollo de los valores democráticos, explica por qué es mejor un régimen representativo que uno dictatorial, o por qué el racismo debe ser combatido (DÍEZ PICAZO, 2013, pp. 485 y 486). Y creo que la misma lógica debiera aplicarse cuando un profesor dedica su clase a debatir sobre la tolerancia religiosa el día después de un atentado terrorista o habla sin tapujos sobre diversidad sexual.

Pudiera ocurrir, claro está, que esta materia se impartiese de forma sesgada, inapropiada o aun obscena -la hemeroteca empieza a recoger un considerable abanico de este tipo de casos- y yo entendería como lógica una reacción por parte de los padres contra estos hechos. Pero ello no significa que, de forma genérica, haya que establecer un nuevo control. Dicha argumentación es falaz. Si lo que ha ocurrido es que en una actividad y en un día concretos un profesor no ha cumplido debidamente con la expectativa razonable que de él se tiene, bien por tratar temas que no le correspondían o bien por autorizar que, en su clase -y por ende, bajo su responsabilidad- se hayan impartido contenidos

intolerables, la respuesta debe ser proporcional. Castíguese entonces a los responsables de los hechos que sean improcedentes, pero aplicando un baremo adecuado para medir su conducta: el posible incumplimiento de la expectativa razonable que de ellos se tenía.

Ha de darse un último enfoque al alcance de las actividades privadas del docente, partiendo siempre de la premisa de que deben respetarse sus libertades individuales. Puedo entender la preocupación de algunos padres sobre la influencia que el modo de vivir –dicho sea genéricamente- de un profesor pueda traducirse en resultados negativos sobre su forma de enseñar. Pero me resulta inadmisibles establecer sanciones o restricciones preventivas. A mi modo de ver, serían los reclamantes –alumnos, padres, otros profesores o aun el propio centro- quienes tienen que probar el impacto negativo que las acciones privadas del docente han tenido en sus clases, y no a la inversa. Toda acción distinta sería sumamente peligrosa, una especie de inversión de la carga de la prueba que podría abarcar cualquier aspecto de la vida privada de un ciudadano por el mero hecho de ser profesor. Me atrevería incluso a afirmar que, de no ser así, se estaría creando un “pseudotribunal de honor” y un régimen censor cuyos límites no alcanza mi vista.

Encontramos, por tanto, una modificación del criterio de la expectativa razonable: si antes hemos dicho que las zonas grises debían ser interpretadas de la manera más favorable para quien no pudo elaborar el contrato de adhesión, aquí la lógica nos lleva en la dirección opuesta. Lo coherente es considerar que los profesores ejercen bien su trabajo y la carga de la prueba la tiene quien opine lo contrario. Esto no significa que los padres no puedan tener una expectativa razonable de ejemplaridad por parte de los profesores, sino que los posibles incumplimientos de la misma han de ser acreditados debidamente por los demandantes. Lo cual es coherente con las otras analogías nacidas al socaire de la doctrina de la expectativa razonable: es quien entendía que se hallaba protegido por una esfera de intimidad quien ha de probar su violación, es quien entendía que se hallaba protegido por una expectativa razonable de confidencialidad quien ha de probar la intromisión injustificada, es quien creía que había una expectativa razonable de seguridad jurídica quien ha de probar que ha quedado desprotegido... y es quien esperaba una expectativa razonable de ejemplaridad quien ha de probar una conducta perniciosa.

6. Conclusiones

Son muchos los análisis que caben hacer en relación con el derecho a la educación y la libertad de cátedra. Históricamente, esta cuestión ha sido sumamente controvertida y, aunque ya parece felizmente disuelta la censura previa en las aulas, debemos estar, como decía el juez Oliver Wendell Holmes, “eternamente vigilantes”.

En el ámbito que nos ocupa, y a modo de conclusiones, podemos realizar algunas afirmaciones claras:

- 1) Las materias curriculares debidamente aprobadas en los planes de estudio vigentes son de obligado cumplimiento para todos los actores del proceso educativo.
- 2) En su impartición rige la libertad de cátedra, si bien ésta no es simétrica en todos los niveles o grados docentes, sino que se restringe cuanto menor sea el grado de desarrollo y madurez del alumno.
- 3) Los padres tienen derecho a forjarse una expectativa razonable relativa al modo en el cual se impartirá la docencia que reciban sus hijos, expectativa que ha de partir de los siguientes ejes: el fomento de los valores constitucionales, el indiferentismo ideológico de los poderes públicos y la coherencia con el ideario propio que tengan los centros privados y concertados.
- 4) El posible incumplimiento de esta expectativa razonable se ha de analizar caso por caso, dada la múltiple variedad de acciones que pueden en la cotidianeidad de la actividad docente. Sin embargo, no puede obviarse que cualquier actividad escolar o extraescolar mantiene el deber ineludible de estar dirigida cumplir con el interés superior del menor.
- 5) Son los padres que entiendan vulnerada su expectativa razonable relacionada con la ejemplaridad del trabajo del docente quienes deben acreditar los posibles abusos de la libertad de cátedra cometidos, y no a la inversa.

La consecuencia de todo ello pudiera devenir en el cumplimiento de este estándar de actuación que se fundamente en si la expectativa que tenía un padre ante una situación es la expectativa que cualquier ciudadano promedio hubiera tenido también. Lo cual no es, ni más ni menos, que aplicar no sólo el Derecho, sino también el sentido común a la hora de resolver posibles conflictos.

Bibliografía

ALZAGA VILLAAMIL, Ó. (2016). *Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*. Madrid: Marcial Pons, 174.

ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. (2017). *Interés del menor y derecho a la educación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 103-104.

BALLUGUERA GÓMEZ, C. (2014). Diferencias entre el contrato por adhesión y el contrato por negociación. *Boletín del Colegio de Registradores de España*, Nº. 9, 1344 -1361.

BURKE, M. (2019). Virginia teacher sues school after being fired for not using transgender student's pronouns. *NBC News*. Oct. 1,

DÍEZ PICAZO, L. M. (2013) *Sistema de derechos fundamentales*. Cizur Menor: Thomson Reuters, pp. 485 y 486.

LLANO TORRES, A. (2013). *Derecho y conciencia en la relación jurídica educativa: de la educación para la ciudadanía y la educación afectivo sexual al homeschooling*. En: POLO SABAU, J.R. (dir.) y COUTO GALVÁN, C. (coord.). *Anuario de Derecho a la Educación*. (2014). Madrid: Dykinson S.L. 139-198.

LLORCA RAMIS, J. B. (2014). Las actividades extraescolares y/o complementarias en los centros docentes. responsabilidad administrativa, civil y penal. *Actualidad administrativa*, 1, 1-19.

LUCAS VERDÚ, P. (1976). *Curso de derecho político, vol. III*. Madrid: Tecnos, p. 178.

MADRID RAMÍREZ, R. El derecho a la libertad de cátedra y el concepto de universidad. *Revista chilena de Derecho*, 40, 355-371.

MAYOR MENÉNDEZ, P. et al. (1993). *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Centro de estudios Ramón Areces, 389 – 407.

PERELMAN, CH. (2019). *La lógica jurídica y la nueva retórica*. Buenos Aires: Olejnik, 160 y ss.

SERRANO PÉREZ, M. M. (2009). La objeción de conciencia a Educación para la Ciudadanía. *Teoría y Realidad Constitucional*, 23, pp. 457–479.

SAUL, E. (2019) Teacher fired for playing ‘Fortnite’ with students sues to get job back. *New York Post*, 26 Feb.

SIMÓN LÓPEZ, M. y SELVA TOBARRA, J. (1995). Los límites del derecho a la libertad de cátedra. *Ensayos: Revista de la Facultad de Educación de Albacete*, 10. 119-128.

TORRES DEL MORAL, A. (2001). En: VIDAL PRADO, C. *La libertad de cátedra: un estudio comparado*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 9-14.

VALIENTE MARTÍNEZ, F. (2019). *La democracia y el discurso del odio: límites constitucionales a la libertad de expresión*. Madrid: Dykinson, p. 139.

VIDAL PRADO, C. (1998). La libertad de cátedra en los centros de iniciativa social. *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Ardulararitzako Euskal Aldizkaria*, 50, 347-368.

YZQUIERDO TOLSADA, M. (1988). De nuevo sobre la buena fe. *Anuario de la Facultad de Derecho*, nº 6, 633-681.