

Laura Hering* (Alemania)

El reconocimiento de un “derecho a la educación escolar” en Alemania en ocasión de la pandemia de covid-19

RESUMEN

El 19 de noviembre 2021, la Corte Constitucional Federal de Alemania (CCFA) emitió una sentencia respecto a los cierres de las escuelas realizados durante la pandemia de covid-19. La Corte declaró por unanimidad que los cierres de las escuelas y el paso a la enseñanza alterna y a distancia eran constitucionales. Además, y casi de paso, la CCFA desarrolló un nuevo derecho fundamental, el “derecho a la educación escolar” a nivel federal, que causó sorpresa en la academia y práctica jurídica alemanas. La decisión da la impresión de una innovación fundamental y un refuerzo decisivo de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes en la Ley Fundamental. Al mismo tiempo, críticos dudan de que las niñas, los niños y adolescentes tengan un beneficio suficientemente tangible y concreto de este nuevo derecho a la educación.

Palabras clave: Corte Constitucional Federal de Alemania; derecho a la educación escolar; pandemia covid-19.

The recognition of a “right to school education” in Germany on the occasion of the Covid 19 pandemic

ABSTRACT

On November 19, 2021, the Federal Constitutional Court of Germany (FCCG) issued a decision on school closures during the Covid-19 pandemic. The Court unanimously held that the school closures and the move to alternate and distance learning were constitutional. In addition, and almost in passing, the FCCG developed a new fundamental right, the “right to school education” at the federal level, which caused surprise in German academia and legal practice. The decision gives the impression

* Investigadora del Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional de Heidelberg (Alemania). hering@mpil.de / código orcid: [0000-0001-5847-7811](https://orcid.org/0000-0001-5847-7811).

of a fundamental innovation and a decisive reinforcement of the rights of children and adolescents under the Basic Law. At the same time, critics doubt that children and adolescents have a sufficiently tangible and concrete benefit from this new right to education.

Keywords: Federal Constitutional Court of Germany (FCCG); right to school education; Covid-19 pandemic.

Die Anerkennung eines "Rechts auf schulische Bildung" in Deutschland aus Anlass der Covid-19-Pandemie

ZUSAMMENFASSUNG

Am 19. November 2021 stellte das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) einstimmig fest, dass die im Frühjahr 2021 getroffenen Regelungen zur Schulschließung während der Covid-19-Pandemie mit dem Grundgesetz vereinbar sind. Über diesen Urteils-tenor hinaus entwickelte das BVerfG fast beiläufig ein neues Grundrecht: das „Recht auf schulische Bildung“ auf Bundesebene. Dies löste in der Rechtswissenschaft und -praxis in Deutschland Überraschung aus. Das Urteil erweckt einerseits den Eindruck einer grundlegenden Neuerung und Stärkung der Rechte von Kindern und Jugendlichen im Grundgesetz. Kritiker bezweifeln jedoch, dass das neue Recht auf schulische Bildung hinreichend spürbare und konkrete Auswirkungen für Kinder und Jugendlichen haben wird.

Schlagwörter: Bundesverfassungsgericht, BVerfG; Recht auf schulische Bildung; Covid-19-Pandemie.

Introducción

En los años 2020 y 2021, observamos que el fenómeno de una crisis sanitaria no es solo un reto sanitario, económico y de seguridad, sino que puede traer varios problemas del derecho constitucional. En Alemania, unos 37,9 millones de personas han contraído el covid-19 hasta la fecha. Aproximadamente 140.000 personas han muerto.¹ Para contener la propagación del virus, una de las muchas medidas adoptadas por el Gobierno alemán² fue el cierre temporal de las escuelas. En el periodo comprendido entre enero de 2020 y mayo de 2021, los colegios en el ámbito federal cerraron completamente por 74 días y en algunas regiones parcialmente por 109

¹ Datos del Instituto Robert Koch, 10 de febrero de 2023, <https://experience.arcgis.com/experience/478220a4c4544480e823b17327b2bfid4>.

² Además de los toques de queda, las prohibiciones de contacto, de asambleas y servicios religiosos, cierre de comercios, entre otros.

días. En una comparación a nivel europeo, Alemania se situó así casi a la cabeza de la lista de cierres de escuelas.³

El cierre de escuelas fue objeto de muchas decisiones de los tribunales administrativos. Trataron cuestiones relacionadas con la clausura de los colegios, como la obligación de asistir a las clases en el marco de la “educación en casa”, las reclamaciones por atención de urgencia, las reclamaciones de ayudas por dispositivos digitales necesarios en tiempos de educación en casa o los requisitos de control de infecciones para el funcionamiento de los colegios. Sin embargo, la sentencia más importante sobre el cierre de escuelas fue dictada por la CCFA, el 19 de noviembre 2021. El primer senado del CCFA declaró por unanimidad que el cierre de escuelas y el paso a la enseñanza alterna (es decir, algunos de los alumnos debían quedarse en casa, otros podían ir a la escuela) y a distancia eran constitucionales. Además, y casi de paso, la CCFA desarrolló un “derecho a la educación escolar” a nivel federal, que causó gran sorpresa en la academia y práctica jurídica alemana. La decisión da la impresión de una innovación fundamental y un refuerzo decisivo de los derechos de las niñas, los niños y adolescentes (en adelante, NNA) en la Ley Fundamental (LF). En la prensa se constató que la CCFA había escrito “historia del derecho” con esta sentencia.⁴

Este desarrollo sobresaliente de la jurisprudencia alemana podría ser de interés para la región latinoamericana, teniendo en cuenta que el derecho a la educación ya está firmemente anclado en la totalidad de las constituciones de América Latina y el Caribe desde hace años, aún con diferentes matices y particularidades. Por el contrario, el discurso latinoamericano sobre el derecho a la educación, así como la creativa jurisprudencia de muchos tribunales y cortes constitucionales latinoamericanos sobre este derecho, suscitará sin duda un mayor interés en Alemania, donde el derecho acaba de crearse.

Este artículo se dividirá en tres apartados. En primer lugar, se destacarán los antecedentes del caso decidido por el CCFA. En segundo lugar, se mostrará cómo fue desarrollado el “derecho a la educación escolar” en la decisión por parte de la CCFA. Por último, se concluirá con algunos comentarios y críticas a la decisión y a las consecuencias que esta conlleva.

1. Hechos del caso

El objeto del recurso de inconstitucionalidad fue el llamado “freno federal de emergencia”, fijado en el artículo 28b de la Ley de Protección contra las Infecciones (IfSG).

³ Verena Freundl, Clara Stiegler y Larissa Zierow, “Europas Schulen in der Corona-Pandemie – ein Ländervergleich”, ifo *Schnelldienst*, año 8, n.º 74 (2021): 41-50, <https://www.ifo.de/DocDL/sd-2021-12-freundl-stiegler-zierow-schulen-europa-corona.pdf>.

⁴ Wolfgang Janisch, “Verfassungsgericht zur Corona-Politik; Freifahrtschein aus Karlsruhe?”, *Süddeutsche Zeitung*, 30 de noviembre de 2021.

Esta ley se aplicó en todo el país desde el 24 de abril de 2021 para frenar la tercera oleada del covid-19. Uno de los componentes del freno federal de emergencia fue la prohibición y la restricción de la enseñanza presencial en las escuelas de educación general para el control de la infección en forma de un requisito de enseñanza alterna (enseñanza presencial en la escuela y enseñanza a distancia en casa) o una prohibición completa de la enseñanza presencial.

En el artículo 28b, apartado 3, IfSG, el "freno federal de emergencia" prohibía completamente la enseñanza presencial en las escuelas generales y de formación profesional, si la incidencia por siete días de nuevas infecciones con el coronavirus superaba el umbral de 165 por cada 100.000 habitantes en un distrito o una localidad por tres días consecutivos. Por encima de un umbral de 100, la enseñanza presencial solo se permitía durante un tiempo limitado en forma de alternancia. Si no se alcanzaban los umbrales correspondientes, se dejaban de aplicar las restricciones. Sin embargo, la normativa legal también permitía una serie de excepciones: por ejemplo, los estados federales podían eximir de la prohibición de la enseñanza presencial a las clases de último curso y a las escuelas especiales y establecer la atención de urgencia según los criterios que se definieran. El artículo 28b, apartado 10 IfSG, limitaba la validez de la disposición a la duración de la determinación de una situación epidémica de alcance nacional, según lo señalado por el artículo 5 IfSG,⁵ pero como máximo hasta la expiración del 30 de junio de 2021, el mismo periodo de validez del artículo 28b IfSG.

Estas regulaciones del freno federal de emergencia desencadenaron una ola de recursos de inconstitucionalidad ante el CCFA. Al respecto, cabe aclarar que no era necesario emprender previamente una acción judicial ante los tribunales administrativos, ya que el freno federal de emergencia estaba regulado por una ley federal (IfSG), por lo que la acción judicial podía emprenderse directamente ante la CCFA. La denuncia fue puesta, en parte, por padres (solteros) de alumnos, y, en parte, por los propios alumnos. Planteaban la acusación principal de que las regulaciones legales para combatir la pandemia del coronavirus que impugnaban eran inconstitucionales, ya que en particular las consideraban desproporcionadas. Dichos recursos de inconstitucionalidad contra las disposiciones legales sobre el cierre de escuelas no tuvieron éxito. La CCFA concluyó que el cierre de las escuelas y el cambio de la enseñanza al formato de enseñanza alterna y a distancia previsto por el freno federal de emergencia era constitucional en el resultado. Aunque la prohibición de la

⁵ Artículo 5, apartado 1, frase 1: "El Bundestag puede declarar una situación epidémica de importancia nacional si se cumplen los requisitos de la frase 6"; frase 6: "Existe una situación epidémica de importancia nacional si hay un grave peligro para la salud pública en toda la República Federal de Alemania porque 1. la Organización Mundial de la Salud ha declarado una emergencia de salud pública de importancia internacional y existe una amenaza de introducción de una enfermedad transmisible amenazante en la República Federal de Alemania, o 2. una propagación dinámica de una enfermedad transmisible amenazante en varios países de la República Federal de Alemania está amenazando o teniendo lugar".

enseñanza presencial era claramente una intromisión en el derecho a la educación escolar, sin embargo, estaba constitucionalmente justificada porque la normativa impugnada era formal y materialmente constitucional.

2. El nuevo “derecho a la educación escolar”

El punto de quiebre con el que la CCFA comienza su examen es el derecho de las NNA a la educación escolar. Y ahí ya está la primera sorpresa de la decisión: por primera vez, los magistrados y las magistradas de la CCFA reconocen este derecho fundamental a nivel federal. Al respecto, este derecho no es en absoluto una completa novedad, por cuanto se encuentra explícitamente mencionado en casi todas las constituciones de los estados federales alemanes.⁶ Tampoco han faltado defensores de un derecho fundamental a la educación en la literatura alemana desde los años setenta.⁷ El Tribunal Administrativo Federal también ha asumido desde hace tiempo un derecho a la educación enraizado en el artículo 2, párrafo 1 GG, en su jurisprudencia.⁸ Anteriormente, la CCFA se pronunció por primera vez sobre los derechos del niño en una decisión de 1968 y destacó que los propios NNA son titulares de derechos fundamentales y tienen derecho a la protección del Estado, pero sin mencionar un derecho a la educación.⁹

2.1. Derivación del derecho del artículo 2, apartado 1 LF, en relación con el artículo 7 LF

Para crear el derecho a la educación escolar, la CCFA se basó en una interpretación de la libertad de acción general del artículo 2, apartado 1 LF, junto con lo consagrado por el artículo 7, apartado 1, de esta misma ley, que hasta ahora no se ha entendido principalmente como un derecho fundamental individual sino solo como una disposición organizativa. El artículo 2, apartado 1 LF, establece: “Toda persona [...] tiene derecho al libre desarrollo de su personalidad, siempre que no vulnere

⁶ Véase, por ejemplo, el artículo 20, apartado 1, de la Constitución de Berlín; artículo 8, apartado 1, de la Constitución de Renania del Norte-Westfalia; artículo 11, apartado 1, de la Constitución de Baden-Württemberg; o el artículo 128, apartado 1, de la Constitución bávara.

⁷ Fundamental, por nombrar solo algunos, Ekkehart Stein, *Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule* (Berlín: Luchterhand, 1967), 41 y ss.; Klaus-Dieter Heymann y Ekkehart Stein, “Das Recht auf Bildung: Dargestellt am Beispiel der Schulbildung”, *Archiv des öffentlichen Rechts* 97, n.º 2 (1972), 185. Más reciente, Ellen Gast, *Das Grundrecht auf Bildung* (Berlín: Wissenschaftlicher Verlag Berlin, 2019).

⁸ Tribunal Administrativo Federal, asunto VII C 12.74 de 15.11.1974, BVerwGE 47, 201; asunto 5 C 4/96 de 05.06.1997, BVerwGE 105, 44.

⁹ CCFA, 1 BvL 20/63, 31/66, 5/67 de 29.07.1968, *Neue Juristische Wochenschrift* (1968), 2233 y 2235.

los derechos de los demás y no atente contra el ordenamiento constitucional o la moral". Según el apartado 1 del artículo 7 LF, "todo el sistema escolar [...] está bajo la supervisión del Estado".

La CCFA declaró en su decisión: "El mandato del Estado de garantizar la educación escolar según el art. 7 apartado 1 LF se corresponde con un derecho a la educación escolar frente al Estado que está consagrado en el derecho de los niños al libre desarrollo y al despliegue de su personalidad según el art. 2 apartado 1 LF".¹⁰ Al respecto, la CCFA continuó señalando: "El derecho de los niños y jóvenes protegido por el apartado 1 del art. 2 LF es, en consecuencia, la 'contrapartida' subjetiva-jurídica [...] del deber objetivo-jurídico del Estado, en virtud del apartado 1 del art. 7 LF, de abrir oportunidades educativas en la escuela que sirvan para su desarrollo personal".¹¹ El papel que el artículo 7, apartado 1 LF, asigna al Estado y el hecho de que esté especialmente obligado a respaldar el desarrollo de la personalidad de NNA (a diferencia de los adultos) se traduce en su derecho a recibir el apoyo en el desarrollo de su personalidad en forma de educación escolar.

2.2. Dimensiones de la garantía

La CCFA también despliega las "diversas dimensiones de garantía" del derecho a la educación escolar y va mucho más allá de lo necesario para responder a la pregunta concreta sobre el cierre de escuelas.¹²

Según la CCFA, es cierto que no existe un derecho original a un determinado diseño de escuelas estatales.¹³ Pero del derecho a la educación escolar, sin embargo, se desprende el derecho de los alumnos al cumplimiento de "un nivel mínimo indispensable de ofertas educativas en las escuelas públicas que, según la opinión general, es indispensable para su desarrollo en igualdad de oportunidades hacia una personalidad independiente".¹⁴ Como derecho derivado, también garantiza a la totalidad de NNA la "participación no discriminatoria en las escuelas".¹⁵ Por último, la dimensión de la defensa es de especial relevancia para el cierre de escuelas debido al control de infecciones. Esto permite a los alumnos oponerse a las medidas estatales que interfieren en su derecho "a desarrollar libremente su personalidad con el soporte de la educación escolar".¹⁶ El derecho de defensa de los alumnos no pretende extenderse tanto como para protegerlos de las medidas adoptadas por motivos

¹⁰ CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 44.

¹¹ CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 del 19.11.2021, párrafo 48.

¹² Para diversas dimensiones de garantía del derecho a la educación escolar, véase también Michael von Landenberg-Roberg, "Das Grundrecht auf schulische Bildung im Kontext", *Deutsches Verwaltungsblatt* (2022), 389, 393 y ss.

¹³ CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 52.

¹⁴ CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 57.

¹⁵ CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 44.

¹⁶ CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 62.

económicos para modificar las estructuras escolares.¹⁷ “Por lo tanto, los alumnos sólo pueden oponerse a aquellas medidas que, si bien restringen el ejercicio del derecho a la educación escolar, no afectan al propio sistema escolar previsto por el Estado para el ejercicio de este derecho”.¹⁸ En eso consiste precisamente la prohibición de impartir clases presenciales con el fin de controlar la infección.

Las dimensiones de la garantía enumeradas no son un catálogo exhaustivo. No se abordan explícitamente, por ejemplo, la protección de los derechos fundamentales a través de la organización ni el procedimiento ni la dimensión de protección.

3. ¿Tendencias jurisprudenciales?

3.1. El derecho a la escolarización se limita a los niños

Tomando en cuenta todos estos hechos, es interesante, en primer lugar, que la CCFA parece reconocer explícitamente el derecho a la educación escolar solo para NNA.¹⁹ La “especificidad infantil” del derecho emerge del razonamiento de los jueces. Por ejemplo, únicamente se hace referencia a los centros escolares a los que normalmente no asisten adultos, sino NNA. Además, los magistrados y las magistradas justifican explícitamente la relevancia del derecho a la educación con la importancia de la asistencia a la escuela para el desarrollo de la personalidad, el desarrollo intelectual y social, y el bienestar de NNA.²⁰ También, cuando magistrados y magistradas destacan que NNA de la escuela primaria se vieron particularmente afectados de manera negativa.²¹ En consecuencia, esto significa que el derecho a la escolarización no puede extenderse, por ejemplo, a los adultos con dificultades, a las personas analfabetas o a las oportunidades educativas para los refugiados.

El hecho de que la CCFA reconozca por primera vez un derecho fundamental solo a NNA refuerza el significado de los derechos de la niñez. Esto resulta particularmente interesante a la luz del hecho de que los derechos de NNA se buscan en vano en la LF y durante años ha habido una disputa en Alemania sobre si los derechos de NNA deben incluirse expresamente en la LF.²² Quienes se oponen a esta modificación de la LF suelen argumentar que simplemente no es necesario consagrar derechos específicos de NNA, ya que todos los derechos fundamentales también se aplican

¹⁷ CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 64.

¹⁸ CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 63.

¹⁹ Isabel Lischewski, “Ein Recht nur für Kinder?: Das Recht auf Bildung im Schulschließungsbeschluss des BVerfG im Lichte der Kinderrechtsdebatte”, *VerfBlog*, 30 de noviembre de 2021, doi:10.17176/20211130-190640-0.

²⁰ CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafos 137-144.

²¹ CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 148.

²² Para un ejemplo de esta discusión, véase Gregor Kirchhof, “Die Kinderrechte des Grundgesetzes. Soll die Verfassung zugunsten von Kindern geändert werden?”, *Neue Juristische Wochenschrift* 71, n.º 37 (2018): 2690-2693.

a ellos. Por regla general, los derechos fundamentales no se dirigen a grupos específicos de personas (la única excepción es el artículo 6, apartado 4 LF, según el cual toda madre tiene derecho a la protección y los cuidados de la comunidad). Además, en contra, se argumentó que se abriría el camino a una considerable interferencia del Estado en los derechos de los padres.²³

3.2. Inserción en el discurso existente según la legislación europea e internacional

En segundo lugar, llama la atención la claridad con que la Corte Constitucional Federal enlaza con el derecho a la educación de la legislación europea e internacional en la exposición dogmática del derecho fundamental a la educación escolar.²⁴ La CCFA subraya en su decisión que el derecho a la educación en sus diferentes dimensiones de garantía es "coherente con la garantía de un 'derecho a la educación' en virtud del derecho internacional y del derecho de la Unión".²⁵ En el siguiente párrafo, los magistrados y las magistradas se refieren al artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 28 de la Convención de la ONU sobre los Derechos del Niño; artículo 2, frase 1, del primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Derechos Humanos; artículo 22, apartado 1, de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, y artículo 14, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.²⁶ Estas referencias de la CCFA son importantes debido a que, en contraste, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su jurisprudencia, ya ha desarrollado garantías esenciales con respecto al derecho a la educación.²⁷ La CCFA exige al menos una orientación hacia la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,²⁸ sin que la considere vinculante para la jurisprudencia constitucional. Aunque la CCFA pueda llegar a resultados diferentes en casos individuales, al lector parece como si las magistradas y los magistrados de la CCFA no quisieran ofrecer un nivel de protección inferior al europeo o al internacional.²⁹

²³ Friederike Wapler, *Kinderrechte und Kindeswohl* (Tübingen: Mohr Siebeck, 2015), 501.

²⁴ Para el derecho a la educación escolar en el contexto del derecho internacional, véase también Von Landenberg-Roberg, "Das Grundrecht auf schulische Bildung im Kontext", 389 y 392 y s.

²⁵ CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 66.

²⁶ CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafos 67 y ss.

²⁷ TEDH, asunto 59751/15, G.L./ Italia de 10.09.2020.

²⁸ CCFA, 2 BvR 2365/09, 740/10, 2333/08, 1152/10, 571/10 de 4.5.2011, *Neue Juristische Wochenschrift* (2011), 1931, párrafo 89.

²⁹ Michael Wrase, "Ein Beschluss mit weitreichenden Folgen: Das Recht auf schulische Bildung nach der Schulschließungs-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts", *VerfBlog*, 5 de diciembre de 2021.

4. Puntos de crítica al nuevo derecho a la educación escolar

Visto lo anterior, sin embargo, hay algunos puntos de crítica al recién creado derecho fundamental a la educación escolar.

4.1. ¿Beneficios tangibles del derecho creado?

Los críticos dudan de que NNA tengan un beneficio suficientemente tangible y concreto de este derecho a la educación. Primero, porque el nuevo derecho formulado por la CCFA es muy impreciso.³⁰ Segundo, porque el derecho es mínimo, en tanto la CCFA exige solamente que se mantenga “un nivel mínimo indispensable” de educación escolar.³¹ Además, esta Corte recorta inmediatamente el derecho.³² Por ejemplo, asume que el derecho a la educación escolar no se extiende a las decisiones organizativas y financieras, como la estructura del sistema escolar. Asimismo, el derecho a la educación escolar no otorga a los alumnos un derecho originario a un diseño específico de escuelas estatales.³³ Según la CCFA, solo se trata de un derecho derivado.³⁴ Finalmente, hay quien opina que el planteamiento de este tribunal perjudica en realidad a los alumnos. Esto se debe a que se le ha concedido el derecho a la educación a distancia, pero no era eso lo que les preocupaba. Es cierto que la CCFA exige que se impartan los contenidos pedagógicos mínimos exigidos en la enseñanza a distancia. Sin embargo, no tiene en cuenta la grave afectación del desarrollo personal que caracteriza el cierre de la escuela.³⁵

4.2. Paradoja: los alumnos no pueden ejercer el derecho de forma autónoma

En segundo lugar, se señaló críticamente que los alumnos a menudo no podrán percibir todavía el nuevo “derecho a la educación escolar” autónomamente.³⁶ En el futuro, no serán las/los NNA quienes decidan cuál es la escuela correcta y buena, sino que lo harán el legislador, la administración y los padres, que seguirán decidiendo

³⁰ Martin Nettesheim, “Schule als Markt staatlicher Bildungsangebote: Anmerkungen zum Beschluss des BVerfG vom 19. November 2021 (‘Bundesnotbremse II – Schulschließungen’)”, *VerfBlog*, 30 de noviembre de 2021.

³¹ CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafos 57 y 64.

³² Nettesheim, “Schule als Markt staatlicher Bildungsangebote: Anmerkungen zum Beschluss des BVerfG vom 19. November 2021 (‘Bundesnotbremse II – Schulschließungen’)”, cit.

³³ CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 52.

³⁴ CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafos 58 y ss.

³⁵ Christoph Degenhart, “Entscheidung unter Unsicherheit – die Pandemiebeschlüsse des BVerfG”, *Neue Juristische Wochenschrift* (2022), 123, párrafo 28.

³⁶ Nettesheim, “Schule als Markt staatlicher Bildungsangebote: Anmerkungen zum Beschluss des BVerfG vom 19. November 2021 (‘Bundesnotbremse II – Schulschließungen’)”, cit.

por encima de ellas/ellos. Esto sugiere que la decisión de la CCFA tuvo que haber estado preocupada principalmente por encontrar una manera de supervisar la política escolar correcta, pero menos por la protección de las/los NNA.³⁷

5. Las consecuencias de la decisión

La primera consecuencia de esta decisión se refiere a la reivindicación de “un nivel mínimo indispensable” de educación escolar.³⁸ Es cierto que no hay “un derecho original a un diseño particular de escuelas estatales”.³⁹ Es decir, los alumnos no pueden exigir nuevas estructuras ni cambiar las existentes. La CCFA deja así claro que no quiere convertirse en el escenario de las disputas sobre la política escolar y educativa. Sin embargo, la CCFA sí reclama “un nivel mínimo indispensable” de educación escolar que lo sitúa bajo “una reserva de lo posible”.⁴⁰

Pero, ¿qué se puede exigir ahora como “norma mínima indispensable”? ¿Y qué significa la decisión para futuros cierres de escuelas? Es cierto que los jueces de la CCFA han declarado el cierre de escuelas conforme a la Constitución. Sin embargo, no han dado, en absoluto, una plena libertad a los órganos políticos para promulgar las medidas contra el covid-19. Según los magistrados y las magistradas de esta Corte, se había alcanzado un “equilibrio razonable en su momento entre los intereses de bienestar público perseguidos por la medida y el daño a los derechos fundamentales de los alumnos”.⁴¹ La expresión “en su momento” es interesante, ya que lleva a deducir que la situación fáctica y epistemológica relevante es la del momento respectivo. Aunque la CCFA considera constitucionales los cierres de escuelas anteriores, no es necesariamente el caso de los futuros. En la decisión se subraya lo gravoso que es el cierre de las escuelas para las/los NNA (sobre todo quienes están en edad de ir a la escuela primaria).⁴² También afirma que cuanto más se avance en la vacunación, más difícil será justificar el cierre de escuelas.⁴³ La pérdida acumulada de la enseñanza presencial también dificulta que se vuelva a ordenar la enseñanza a distancia de manera constitucional.⁴⁴ En cualquier caso, los magistrados y las magistradas de este tribunal reconocen un “derecho de los alumnos individuales a la educación a distancia” como un mínimo exigible e indispensable de la educación escolar.⁴⁵ Para futuros

³⁷ Nettesheim, “Schule als Markt staatlicher Bildungsangebote: Anmerkungen zum Beschluss des BVerfG vom 19. November 2021 (‘Bundesnotbremse II – Schulschließungen’)”, cit.

³⁸ CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafos 57 y 64.

³⁹ CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 52.

⁴⁰ CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 56.

⁴¹ CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 133.

⁴² CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 148.

⁴³ CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 195.

⁴⁴ CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafos 136 y ss.

⁴⁵ CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 173.

cierres de escuelas en tiempos de pandemia, los jueces exigen un esfuerzo mucho mayor, especialmente en el ámbito de la digitalización.⁴⁶ Probablemente se deberá asumir que el equipamiento digital necesario es un mínimo exigible del derecho a la educación escolar, al menos para los alumnos y las alumnas que lo necesitan.⁴⁷

Para concluir, la decisión deja abierta la posibilidad, en la práctica, de prohibir las clases escolares presenciales si hay peligro de infección, pero ello requiere un examen extremadamente cuidadoso de las condiciones previas y las compensaciones y mitigaciones de los efectos en la medida de lo posible.

Como segunda consecuencia derivada de la decisión, podemos ver cómo el derecho a la educación escolar también incluye el derecho a la igualdad de acceso a la educación escolar. Según la CCFA, este derecho se viola si los requisitos de acceso existentes están “diseñados o aplicados de forma arbitraria o discriminatoria”.⁴⁸ Este derecho a la no discriminación podría resultar relevante en varios ámbitos de la legislación educativa. La CCFA hace referencia en su decisión a la Convención de la ONU contra el Racismo y a la Convención de la ONU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En la práctica, el derecho a un acceso no discriminatorio al sistema escolar adquiere relevancia, por ejemplo, para las/los NNA solicitantes de asilo que son alojados en centros de primera acogida, donde a menudo solo reciben oportunidades educativas que no llegan a ser una educación escolar adecuada o para las/los NNA con discapacidad, prohibiendo la discriminación de las personas con esta condición en el acceso a la escuela. Además, se deben realizar “ajustes razonables para que las personas discapacitadas puedan acceder a la escuela”.⁴⁹

Conclusiones

En Alemania, al principio de la pandemia, se daba por sentado que las/los NNA irían a la escuela y que se cumpliría una parte sustancial de su derecho a la educación, de modo que a casi nadie le molestaba que el derecho a la educación no estuviera anclado en la LF. Sin embargo, desde el comienzo de la pandemia y las restricciones masivas asociadas a ella en las escuelas, el derecho a la educación ha adquirido un significado totalmente nuevo. Más que nunca, el covid-19 ha demostrado que la formulación clara e inequívoca de los derechos de las/los NNA y, especialmente, del derecho a la educación, no es en absoluto superflua. La falta de claridad en el contenido se debe, a su vez, a que no se menciona en la LF. Incluir el derecho a la

⁴⁶ CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafos 189-191.

⁴⁷ Wrase, “Ein Beschluss mit weitreichenden Folgen: Das Recht auf schulische Bildung nach der Schulschließungs-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts”, cit.

⁴⁸ CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 60.

⁴⁹ CCFA, 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 de 19.11.2021, párrafo 69.

educación en la LF puede contribuir de forma decisiva a dar más peso a los derechos de las/los NNA en los difíciles procesos de ponderación de la pandemia.

La sentencia de la CCFA no debe subestimarse como un paso hacia el fortalecimiento de los derechos de las/los NNA, aunque solo podría atribuírsele un efecto simbólico. En Alemania, en todo caso, ha dado un impulso al debate sobre si los derechos de las/los NNA deben ser incluidos expresamente en la LF. Sin embargo, aún queda mucho camino por recorrer en tanto el artículo 6 LF se ampliará para incluir un apartado con la siguiente redacción, según un proyecto de ley del Gobierno Federal de enero de 2021: "Se respetarán y protegerán los derechos constitucionales de los niños, incluido su derecho a desarrollarse como personalidades independientes. Se tendrá debidamente en cuenta el interés superior del niño. Se respetará el derecho constitucional de los niños a una audiencia legal".⁵⁰ Es lamentable que el derecho a la educación no se consagre explícitamente en la LF, ni siquiera en el actual proyecto de ley. Sin embargo, al menos el derecho de desarrollo del niño previsto en el proyecto de ley podría entenderse como la base de un derecho a la educación.

Bibliografía

- DEGENHART, Christoph. "Entscheidung unter Unsicherheit – die Pandemiebeschlüsse des BVerfG". *Neue Juristische Wochenschrift* (2022).
- FREUNDL, Verena, Clara STIEGLER y Larissa ZIEROW. "Europas Schulen in der Corona-Pandemie – ein Ländervergleich". Ifo *Schnelldienst*, año 8, n.º 74 (2021): 41-50. <https://www.ifo.de/DocDL/sd-2021-12-freundl-stiegler-zierow-schulen-europa-corona.pdf>.
- GAST, Ellen. *Das Grundrecht auf Bildung*. Berlín: Wissenschaftlicher Verlag Berlin, 2019.
- HEYMANN, Klaus-Dieter y Ekkehart STEIN. "Das Recht auf Bildung: Dargestellt am Beispiel der Schulbildung". *Archiv des öffentlichen Rechts* 97, n.º 2 (1972).
- JANISCH, Wolfgang. "Verfassungsgericht zur Corona-Politik; Freifahrtschein aus Karlsruhe?". *Süddeutsche Zeitung*, 30 de noviembre de 2021.

⁵⁰ Proyecto de ley para enmendar la Ley Básica para consagrar explícitamente los derechos del niño, https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Kinderrechte.pdf;jsessionid=D67EE154DE90049B41BA81D652752C58.1_cid324?__blob=publicationFile&v=3. Véase también el comunicado de prensa del 20 de enero de 2021, <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelles/presse/pressemitteilungen/bundesregierung-beschliesst-verankerung-von-kinderrechten-im-grundgesetz-165118>; Friederike Wapler, "Kinderrechte ins Grundgesetz: Ein neuer Entwurf bringt nichts Neues", *VerfBlog*, 6 de diciembre de 2019; Friederike Wapler, "Und ewig grüßt das Kindeswohl: 'Kinderrechte ins Grundgesetz': der Groundhog Day des Verfassungsrechts", *VerfBlog*, 14 de enero de 2021.

- KIRCHHOF, Gregor. "Die Kinderrechte des Grundgesetzes. Soll die Verfassung zugunsten von Kindern geändert werden?". *Neue Juristische Wochenschrift* (2018).
- LANDENBERG-ROBERG, Michael von. "Das Grundrecht auf schulische Bildung im Kontext". *Deutsches Verwaltungsblatt* (2022).
- LISCHEWSKI, Isabel. "Ein Recht nur für Kinder?: Das Recht auf Bildung im Schulschließungsbeschluss des BVerfG im Lichte der Kinderrechtsdebatte". *VerfBlog*, 30 de noviembre de 2021. doi: [10.17176/20211130-190640-0](https://doi.org/10.17176/20211130-190640-0).
- NETTESHEIM, Martin. "Schule als Markt staatlicher Bildungsangebote: Anmerkungen zum Beschluss des BVerfG vom 19. November 2021 ('Bundesnotbremse II – Schulschließungen')". *VerfBlog*, 30 de noviembre de 2021.
- STEIN, Ekkehart. *Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule*. Berlín: Luchterhand, 1967.
- WAPLER, Friederike. *Kinderrechte und Kindeswohl*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.
- WAPLER, Friederike. "Kinderrechte ins Grundgesetz: Ein neuer Entwurf bringt nichts Neues". *VerfBlog*, 6 de diciembre de 2019.
- WAPLER, Friederike. "Und ewig grüßt das Kindeswohl: 'Kinderrechte ins Grundgesetz': der Groundhog Day des Verfassungsrechts". *VerfBlog*, 14 de enero de 2021.
- WRASE, Michael. "Ein Beschluss mit weitreichenden Folgen: Das Recht auf schulische Bildung nach der Schulschließungs-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts". *VerfBlog*, 5 de diciembre de 2021.