

EL DERECHO A ELEGIR, EN EL ÁMBITO ESCOLAR, LA EDUCACIÓN RELIGIOSA Y MORAL QUE ESTÉ DE ACUERDO CON LAS PROPIAS CONVICCIONES, EN EL MARCO DE LA LOLR

Por

LOURDES RUANO ESPINA
Catedrática de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado
Facultad de Derecho, Universidad de Salamanca

lorues@usal.es

Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado 19 (2009)

SUMARIO: 1.- INTRODUCCIÓN; 2.- LOS TRES ELEMENTOS IMPLICADOS EN LA REGULACIÓN DEL DERECHO-DEBER A LA EDUCACIÓN: 2.1.- Es responsabilidad del Estado garantizar el derecho de todos a la educación; 2. 2.- El derecho y deber de los padres de educar a sus hijos menores y de procurarles una formación integral; 2.3.- El menor, como titular del derecho a la educación y a la libertad religiosa y de conciencia. 3.- EL DERECHO DE LOS PADRES A ELEGIR PARA SUS HIJOS LA EDUCACIÓN RELIGIOSA Y MORAL CONFORME A SUS CONVICCIONES, EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL: 3.1.- Formulación del derecho de los padres en el art. 27 de la Constitución; 3.2.- Su reconocimiento en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa; 3.3.- El derecho a elegir la educación religiosa y moral conforme a las propias convicciones en la legislación educativa española; 3.4.- Textos y Tratados internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico: 3.4.1.- La Declaración Universal de Derechos Humanos; 3.4.2.- El Convenio Europeo de 1950; 3.4.3.- Los Pactos de Nueva York de 1966; 3.4.4.- La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; 3.4.5.- Otros textos internacionales. 4.- SU RECONOCIMIENTO EN LA PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL: 4.1.- La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; 4.2.- Proyección de la libertad religiosa y de conciencia en el ámbito educativo, en la Jurisprudencia española: 4.2.1.- Negativa de los padres a escolarizar a sus hijos menores, invocando el derecho a elegir el tipo de educación de acuerdo con su conciencia: la escuela en casa o home school; 4.2.2.- El derecho a la elección de centro docente; 4.2.3.- La oposición de los padres a que sus hijos menores reciban unas enseñanzas obligatorias contrarias a sus convicciones religiosas y morales: 4.2.3.1.- la negativa a recibir educación sexual integrada en una asignatura obligatoria; 4.2.3.2.- La objeción de conciencia frente a la Educación para la Ciudadanía. 5.- CONCLUSIONES.

1.- INTRODUCCIÓN

Al desarrollar el contenido esencial del derecho fundamental de libertad religiosa que la Constitución Española consagra en su art. 16. 1, la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa establece, en su art. 2, 1 c), que *«la libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a: c) ...elegir para sí, y para los menores no emancipados e*

incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

Es éste un derecho que ya ha sido ya objeto de atención por no pocos trabajos doctrinales, tanto en el campo estrictamente jurídico, como también en el ámbito educativo. Realizaré, por tanto, una serie de reflexiones acerca de la configuración normativa de este derecho -que tan claramente han enunciado la Ley Orgánica de Libertad Religiosa y numerosas disposiciones, así como diversos textos y tratados internacionales-, y su desarrollo y concreción en la práctica jurisprudencial.

Nuestra reflexión se realizará, por consiguiente, a partir de las conclusiones que podamos extraer del análisis, tanto del desarrollo legislativo como jurisprudencial que se ha hecho de este derecho, en el marco de lo previsto por la citada Ley Orgánica de Libertad Religiosa, si bien limitaré mi estudio al ejercicio del derecho a elegir la formación religiosa y moral, cuando se pretende su garantía y efectividad dentro del ámbito educativo. Y es que la aparente nitidez de su formulación contrasta con el hecho cierto de que, cada vez con mayor frecuencia, padres e hijos se ven obligados a solicitar amparo judicial en defensa del derecho que les asiste a elegir dicha formación de acuerdo con sus personales convicciones o, al menos, del derecho a negarse a que los menores reciban una educación que sea abiertamente contraria a esas convicciones personales.

Quizá la razón podamos encontrarla en que se trata de un derecho, que bien podríamos llamar "*poliédrico*" o "*multifacético*" y que, con palabras de L. Martín-Retortillo Baquer, constituye «*una estructura jurídica algo compleja*»¹, que engloba a varios sujetos en esa relación jurídica. Por una parte, el derecho de los padres a elegir la educación religiosa y moral que ha de darse a sus hijos, forma parte del mismo derecho de libertad religiosa, pero además, deriva de los llamados derechos educativos, principalmente, del derecho fundamental a la educación y a la libertad de enseñanza. En el ejercicio y garantía de este derecho confluyen a su vez, de un lado, amplias competencias del Estado y las administraciones públicas, pero también los derechos y deberes que dimanar de las relaciones paterno-filiales y de la patria potestad, así como los derechos del menor, a la libertad religiosa, y a la educación. A su vez, el ejercicio de las citadas competencias y de los derechos implicados está sujeto a una serie de límites, pero sobre todo, debe tenerse en cuenta que todas estas variadas vertientes de este derecho -de compleja estructura-, tienen que tener, necesariamente, un eje común: el interés del menor.

¹ Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos. (Un estudio de Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos), El Justicia de Aragón, Zaragoza 2008, p. 55.

En definitiva, podríamos decir que en el tratamiento de este tema tenemos que contemplar, necesariamente, dos factores: por un lado, el hecho de que las competencias que corresponden al Estado en la regulación del sistema educativo, y la amplitud y diversidad de materias que forman parte de los contenidos curriculares, pueden llevar implícita la transmisión de conocimientos, informaciones y valores que tengan cierto carácter moral, filosófico, o incluso religioso. Por otro lado, en el marco de una sociedad pluralista como la nuestra, pueden darse pretensiones muy dispares de los ciudadanos, que en el ejercicio de su derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, se opongan a la transmisión de dichos conocimientos e informaciones, lo que podría llegar a hacer impracticable la enseñanza institucionalizada.

2.- LOS TRES ELEMENTOS IMPLICADOS EN LA REGULACIÓN DEL DERECHO-DEBER A LA EDUCACIÓN

Para el desarrollo de este tema creo que resulta decisivo tener en cuenta un aspecto, que se deduce ya de la formulación del derecho a la educación que hace la Declaración Universal de Derechos Humanos, y que ha tenido su lógico desarrollo posterior, en las Constituciones políticas y en la legislación interna de los Estados. El art. 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece:

«1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria...»

El mismo precepto se ocupa de aclarar, en el párrafo 2º, cuál es el objeto de este derecho-deber a la educación, en los siguientes términos: *«La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales: favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz»*. Y el párrafo 3º reconoce que *«los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos»*.

De la lectura de este precepto se deduce que en esta compleja relación jurídica participan tres elementos:

- El Estado y las administraciones públicas, como responsables de garantizar la efectividad del derecho que toda persona tiene a la educación, debiendo ser la instrucción elemental y fundamental, gratuita.

- Toda persona, como titular de este derecho. En el caso de los menores no emancipados o incapacitados, los padres -o en su caso los tutores- que, en el ejercicio de la patria potestad, tienen el derecho y el deber de educar a sus hijos menores y de procurarles una formación integral.

- Los menores no emancipados, en cuyo interés o beneficio radica el objeto y fin último de este derecho.

2.1.- Es responsabilidad del Estado garantizar el derecho de todos a la educación

La configuración de la educación como un derecho-deber de toda persona, que debe prestar el Estado de forma gratuita, implica, evidentemente, un importante avance en el reconocimiento y efectividad de los derechos humanos. Pero lo cierto es que, la configuración de la enseñanza como obligatoria y gratuita, por el ordenamiento jurídico, exige la asunción, por parte del Estado, de una carga de enorme entidad, a fin de que esa enseñanza pueda, efectivamente, llegar a todos. Ello requiere la adopción de medidas que podrán articularse mediante fórmulas muy diversas, bien desde las instituciones públicas, o recurriendo a la participación de instituciones privadas. Por otra parte, si la enseñanza es obligatoria y gratuita, es responsabilidad del Estado y las administraciones públicas garantizar la efectividad de este derecho de todos a recibirla, pero además, estará sometida al deber de supervisión de su cumplimiento.

Así, por ejemplo, la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local², al enumerar las competencias de los Municipios, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, establece en la letra n) del art. 25, la función de «... *participar en la vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria*», competencia que ha quedado reflejada en no pocas ordenanzas municipales³. La cooperación entre las Administraciones educativas, titulares de las funciones y servicios educativos, y las Corporaciones locales se ha traducido, en la práctica, en un considerable número de ámbitos y actuaciones. Dada la complejidad y heterogeneidad de tales ámbitos, las relaciones entre ambas categorías de Administraciones públicas se encuentran pormenorizadamente reguladas en las correspondientes normas aprobadas por las respectivas Comunidades Autónomas, para sus propios ámbitos territoriales.

² BOE de 3 abril 1985. Esta Ley ha sido objeto de numerosas reformas parciales, por Ley 11/1999, de 21 abril; Ley 57/2003, de 16 diciembre; Ley 30/2007, de 30 octubre; Ley 8/2007, de 28 mayo.

³ Por Real Decreto 2274/1993, de 22 de diciembre (BOE núm. 19, de 22 de enero), se reguló la cooperación de las Corporaciones locales con el Ministerio de Educación y Ciencia, estableciéndose, entre otros ámbitos de actuación, la «*vigilancia del cumplimiento de la escolaridad obligatoria y en la prestación del servicio educativo*» (art. 1).

En cualquier caso, para el cumplimiento de la carga que supone para el Estado la efectividad de la educación, como derecho de toda persona, de forma gratuita, y la asunción de tal responsabilidad, se atribuyen al Estado amplias competencias, en cuyo ejercicio queda investido de un considerable poder, que se va a proyectar sobre criaturas claramente vulnerables, como son los niños. Es incuestionable que la regulación del sistema educativo es una de las materias de interés prioritario de todo gobierno que albergue la mínima pretensión de perpetuarse en el poder, por lo que en el ejercicio de las potestad que la legislación atribuye al gobierno, éste podría adoptar fórmulas de adoctrinamiento más o menos sutil que, invadiendo el ámbito de la conciencia moral de los escolares, fuera considerada como no respetuosa de las convicciones personales de los menores y/o de sus padres. Aquí es donde encaja, precisamente, el derecho fundamental de elegir, para sí y para los menores que estén bajo su potestad, la educación moral y religiosa que esté de acuerdo con las propias convicciones, que garantiza un ámbito de autonomía, para que los padres puedan optar por que sus hijos no reciban ningún tipo de educación religiosa o moral, o bien para oponerse a que reciban la que sea contraria a sus propias convicciones. Podría decirse que, desde este punto de vista, este derecho se erige en límite de la potestad del Estado al regular el sistema educativo, que tiene que estar presidido por el principio de neutralidad.

2. 2.- El derecho y deber de los padres de educar a sus hijos menores y de procurarles una formación integral

Por el hecho de la paternidad, los padres tienen un deber natural -y un derecho- de velar por sus hijos, cuidar de ellos y procurarles todo lo necesario para el pleno desarrollo de su personalidad y para que puedan tener una vida digna. En nuestro ordenamiento jurídico, el deber de los padres de velar por los hijos menores y prestarles alimentos ha sido reconocido por el legislador desde muy antiguo. Ya las *Partidas* imponían a los padres el deber de «*criar a los hijos, dandoles e fazendoles lo que es menester segund. su poder*»⁴, y el *Fuero de los Españoles* proclamaba en su art. 23 que «*los padres están obligados a alimentar, educar e instruir a sus hijos*». Algunos civilistas, como Kipp y Wolff, definieron este deber de los padres de educar a sus hijos como «*la influencia psíquica con el fin de formar su carácter y espíritu*»⁵. Y en la doctrina española del siglo XIX se entendió que este deber de los padres relativo a la educación

⁴ Partida 4, 19, *Proemio*.

⁵ *Derecho de Familia*, en el *Tratado de Derecho Civil de Enneccerus*, II, ed. Española (Barcelona 1941).

de los hijos consiste en «*instruirlos en la religión y la moral y dedicarlos a una ciencia o arte en que puedan librar su futura subsistencia y ser miembros útiles a la sociedad*»⁶.

En la legislación vigente, el art. 110 del Código civil establece que el padre y la madre están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos. Estas obligaciones derivan de la relación misma de filiación y permanecen aún cuando alguno de los progenitores haya sido excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas, pues en estos casos, siempre quedarán a salvo las obligaciones de velar por los hijos y prestarles alimentos, de acuerdo con el art. 111 Cc. El deber de velar por los hijos se traduce en una potestad o función de amparo respecto de los hijos menores, aunque no se agota cuando éstos hayan alcanzado la mayoría de edad, pues el art. 39, 3º de la Constitución impone a los padres el deber de prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y también en los demás casos en que legalmente proceda. Con respecto al deber de alimentos, vincula a los padres respecto de los hijos menores habidos dentro o fuera del matrimonio, incluso de los hijos mayores, si los necesitan (art. 143 Cc) y esta obligación alimenticia se da con independencia y más allá de la patria potestad, de cuál sea la fortuna de los menores, o de cómo sea la conducta del hijo menor respecto de su padre o madre. Bajo el concepto de alimentos debe entenderse comprendido, según el art. 142 Cc, todo lo indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica, así como la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después, en aquellos casos en que no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable. Abarca, por tanto, todo lo necesario para dar satisfacción a las necesidades vitales del hijo, y los aspectos relativos a su integral formación.

Pero además, en el ejercicio de la patria potestad, los padres están obligados a educar a sus hijos menores no emancipados o incapacitados, y a procurarles una formación completa o integral (art. 154, 1 Cc). En el cumplimiento de este deber, los padres tienen que velar por hacer efectivo el derecho a la educación del menor, que en los niveles o etapas educativas de enseñanza elemental, es obligatoria, pero también podrán transmitirles un determinado código ético y moral, o unos concretos valores religiosos, en el ejercicio de su derecho fundamental de libertad religiosa. Aquí es, precisamente, donde se inserta el derecho de los padres a elegir para sus hijos menores no emancipados o incapacitados que estén bajo su dependencia, tanto dentro como fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 2, 1 c de la LOLR), derecho que deben garantizar los poderes públicos en virtud del mandato constitucional del art. 27, 3º de la Constitución Española y

⁶ Gómez de la Serna y Montalbán, *Elementos de Derecho Civil y Penal en España* (Madrid 1874) 267.

que deriva del deber –inherente a la misma relación de filiación- de procurarles una formación integral, y del contenido esencial del derecho fundamental de libertad religiosa de los padres y de los hijos.

Si los padres son católicos, quedan vinculados además por las disposiciones del Código de Derecho Canónico para la Iglesia Latina, o el Código de Cánones de las Iglesias Orientales, en su caso. Estos dos cuerpos normativos establecen una serie de derechos y obligaciones que atañen directamente a la educación cristiana de los hijos, que se considera inseparablemente unida de la procreación. En concreto, el Código de Derecho Canónico latino establece que por el mismo hecho de haber transmitido la vida a sus hijos, los padres tienen el deber gravísimo y el derecho primario de educar y de cuidar, en la medida de sus fuerzas, de la educación de sus hijos, tanto física, social y cultural como moral y religiosa, debiendo, los padres cristianos, procurar «*la educación cristiana de sus hijos según la doctrina enseñada por la Iglesia*» (can. 226, 2º y 1136 CIC). Este derecho-obligación ha sido objeto de una particular atención por parte de la Iglesia Católica, en numerosos textos y documentos pastorales y legislativos.

2. 3.- El menor, como titular del derecho a la educación y a la libertad religiosa y de conciencia

Los menores son titulares plenos de los derechos fundamentales, y por tanto, también del derecho a la libertad ideológica y religiosa que garantiza el art. 16.1 de la Constitución española, así como el derecho a la dignidad de la persona humana y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) y al derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE), aunque corresponde a los padres velar por el ejercicio de éste y de otros derechos, hasta que hayan alcanzado la mayoría de edad.

En el ámbito internacional, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989⁷, establece que los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, sin perjuicio de «*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*» (art. 14.2). También ha sido ratificada recientemente por España la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes (entendiendo por tales los comprendidos entre 15 y 24 años), que reconoce a los mismos la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 17) y el derecho a formular objeción de

⁷ Instrumento de Ratificación de 30 noviembre 1990 (BOE núm. 313, de 31 diciembre)

conciencia, aunque sólo cita expresamente el supuesto del servicio militar obligatorio (art. 12)⁸.

En nuestro ordenamiento jurídico, la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor⁹ les reconoce expresamente el derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión¹⁰ en el art. 6.1, cuyo ejercicio «tiene únicamente las limitaciones prescritas por la ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás» (art. 6. 2), si bien añade que los padres o tutores «tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral» (art. 6.3). Los menores de edad pueden, incluso, hacer valer estos derechos ante la Administración, pues el art. 30 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹¹, les reconoce capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, «*para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo, sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela*».

En el marco de la legislación educativa, la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, incluye, entre los *derechos básicos* que se reconocen a los alumnos, el derecho «*a que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas y sus convicciones morales, de acuerdo con la Constitución*»¹². Ahora bien, cuando se trata de elegir la educación religiosa y moral del menor, tanto fuera como dentro del ámbito escolar, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, atribuye a los padres o tutores el derecho a elegir para los menores no emancipados o incapacitados bajo su dependencia, la que esté de acuerdo con sus propias convicciones. Por tanto, en principio, mientras los hijos sean menores de edad y no estén emancipados, el ejercicio de las competencias derivadas de su derecho de libertad religiosa en el ámbito educativo, será decisión de los padres, a quienes compete elegir el tipo de educación religiosa y moral que ha de darse a sus hijos. Ello no obstante, como hemos señalado, la doctrina y la jurisprudencia vienen admitiendo que, si el menor tiene

⁸ Este Tratado internacional fue firmado en Badajoz el 11 de octubre de 2005 y ha sido ratificado por España el 14 de junio de 2007.

⁹ BOE núm. 15, de 17 de enero.

¹⁰ Sobre este tema, vid. M.A. ASENSIO SÁNCHEZ, *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor. El interés del menor a la libre formación de su conciencia* (Madrid 2006); M. MORENO ANTÓN, *Multiculturalidad y libertad religiosa del menor* (Madrid 2997); V. PUENTE ALCUBILLA, *Minoría de edad, religión y Derecho* (Madrid 2001); M^a B. RODRIGO LARA, *Minoría de edad y libertad de conciencia* (Madrid 2005)

¹¹ BOE núm. 285, de 27 noviembre.

¹² Art. 6, 3 e), según la redacción dada por la Disposición final primera, 3 de la Ley Orgánica 2/2006, de Educación (BOE núm. 106, de 4 mayo, p. 17205).

suficiente madurez y capacidad de discernimiento, se le puede reconocer capacidad para decidir, libre y conscientemente, acerca de su educación y formación religiosa y moral¹³.

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido reconociendo capacidad de actuación al menor, en el ejercicio del derecho a la libertad ideológica y religiosa, de que es titular pleno, atendiendo a su grado de madurez. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000, afirma que «desde la perspectiva del art. 16 CE los menores de edad son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o, como en este caso, su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar»¹⁴.

Por tanto, en mi opinión, si bien el menor es titular del derecho de libertad religiosa y de conciencia, cuando este derecho se ejercita en el ámbito educativo, corresponde a los padres la decisión acerca de la educación religiosa y moral que hayan de recibir los menores no emancipados, ello sin perjuicio de que se pueda reconocer a los que tengan suficiente madurez, cierta capacidad para decidir por sí mismos, y optar bien por elegir una concreta educación moral o religiosa, o negarse a recibir la que fuera contraria a sus convicciones. Hay que tener en cuenta, a este respecto, que el propio art. 162.1 del Código Civil exceptúa de la patria potestad aquellos actos relativos a derechos de la personalidad y otros que el menor, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo.

3.- EL DERECHO DE LOS PADRES A ELEGIR PARA SUS HIJOS LA EDUCACIÓN RELIGIOSA Y MORAL CONFORME A SUS CONVICCIONES, EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

3.1.- Formulación del derecho de los padres en el art. 27 de la Constitución

La Constitución Española ha reconocido el derecho de los padres a elegir la educación moral y religiosa de sus hijos conforme a sus convicciones, en el marco de los derechos educativos, a los que ha dedicado en el largo y complejo art. 27. El primer

¹³ M. MORENO ANTÓN, *Multiculturalidad y libertad religiosa del menor*, cit., p. 70; I. MARTÍN SÁNCHEZ, 'Patria potestad y libertad religiosa del menor en la Jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos', *Derecho de familia y libertad de conciencia en los países de la Unión Europea y el Derecho Comparado* (Bilbao 2001) p. 599.

¹⁴ SSTC 141/2000, de 29 mayo, FJ 5º y 154/2002, de 18 julio, FJ 9º.

párrafo de este precepto establece dos importantes principios: en primer lugar, «*todos tienen derecho a la educación*»; en segundo, «*se reconoce la libertad de enseñanza*». Para garantizar la efectividad de estos derechos, los párrafos 4, 5 y 6 disponen la obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza básica, la obligación de los poderes públicos de garantizar este derecho «*mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes*», y se reconoce también a las personas físicas y jurídicas la «*libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios profesionales*».

De especial importancia son las normas que contienen los apartados 2 y 3 del precepto constitucional. El primero de ellos establece, en términos muy similares a la formulación del art. 26, 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que la educación tendrá por objeto «*el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales*». Toda medida que se adopte, por tanto, en el ámbito educativo, tiene que tender como a su fin y tiene que ser escrupulosamente respetuosa con la consecución de este objetivo último que persigue la educación, que es el desarrollo pleno de la personalidad, en el respeto a los derechos y libertades fundamentales y a los principios democráticos.

En el párrafo 3º del art. 27, «*los poderes públicos garantizan el **derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones***». Como ha subrayado muy acertadamente J. Mantecón, la formulación concreta adoptada por este precepto tiene su interés, porque en la discusión parlamentaria que precedió a la aprobación definitiva del texto, se hizo constar que la redacción propuesta podía entenderse reduccionista, al limitar la garantía del derecho de elección de los padres a la educación de tipo religioso y moral. Pero la ponencia aclaró **que la libertad de los padres para elegir el tipo de educación de sus hijos quedaba ampliamente cubierta por el apartado 1º del art. 27**, al proclamar la libertad de enseñanza, «*mientras que **el número 3 aseguraba, en cualquier caso, el derecho a recibir la concreta formación religiosa y moral que los padres quisieran para sus hijos***»¹⁵.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, que al interpretar este precepto ha afirmado que este derecho de los padres deriva, por una parte, y directamente, del más general de libertad de enseñanza, pero además, forma parte del

¹⁵ J. MANTECÓN SANCHO, 'El derecho de los padres a la educación de sus hijos según sus convicciones', Ponencia en la *Jornada de Estudio sobre la Educación para la Ciudadanía* organizada por la Conferencia Episcopal Española, y celebrada en su sede, en Madrid, el 17 de noviembre de 2006, p. 6.

contenido del derecho de libertad religiosa reconocido en el art. 16. 1 del texto constitucional:

*«La libertad de enseñanza que explícitamente reconoce nuestra Constitución (artículo 27.1) puede ser entendida como una **proyección de la libertad ideológica y religiosa** y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales (especialmente los artículos 16.1 y 20.1. a)»*¹⁶.

La conexión entre ambos derechos había quedado ya explícitamente establecida en el art. 9 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y en el art. 2, 1 c) de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, como tendremos ocasión de ver.

Este derecho tiene una doble vertiente, positiva y negativa. Implica, en su dimensión positiva, que los padres tienen derecho a elegir para sus hijos, tanto dentro como fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. El Tribunal Supremo ha señalado que en el ordenamiento español, **este derecho queda garantizado mediante la protección de otros derechos constitucionales**, como el derecho a la libertad de enseñanza, a la creación de centros docentes y a la libertad de cátedra, pero también por medio del reconocimiento de la **neutralidad ideológica de los centros docentes públicos**¹⁷. Neutralidad que está concebida, directa y principalmente, como una medida que protege a los alumnos contra el posible adoctrinamiento ideológico¹⁸ y por tanto conlleva el reconocimiento del

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 5/1981, de 13 febrero, Fundamento Jurídico 7 (RTC 1981\5).

¹⁷ Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio y de 30 de junio de 1994. En el Fundamento Jurídico 7º de la Sentencia de 30 de junio de 1994, el Tribunal Supremo afirma que el derecho que garantiza el art. 27.3 de la Constitución *«no es un derecho de protección directa, porque, como se comprenderá, los poderes públicos no pueden garantizar que en todos y cada uno de los puntos del territorio nacional existan Colegios o Centros de enseñanza que respondan a las preferencias religiosas y morales de todos y cada uno de los padres españoles, pues eso sería tanto como exigir la existencia de cientos, miles o millones de colegios, tantos cuantos progenitores con ideas religiosas o morales distintas existan en una localidad determinada. Se trata, en consecuencia, de un derecho de protección indirecta, que se consigue a través del establecimiento y protección de otros derechos constitucionales, como el derecho a la libertad de enseñanza (artículo 27.1 de la Constitución), el derecho de creación de centros docentes (artículo 27.6 de la misma), el derecho a la libertad de cátedra [artículo 20.1.c)], y la neutralidad ideológica de los centros públicos»*: RJ 1994\5277.

¹⁸ J. FERRER ORTIZ, 'Los derechos educativos de los padres en una sociedad plural', *RGDCDEE* nº 10, febrero 2006, p. 14; C. GARCIMARTÍN, 'Neutralidad y escuela pública: a propósito de la Educación para la Ciudadanía', *RGDCDEE* nº 14, mayo 2007, pp. 11-12. Como afirma la autora, en la enseñanza pública, el art. 27.3 estaría garantizado sólo en ese aspecto negativo o de no injerencia, ya que los poderes públicos no pueden asegurar la oferta pública de todos los posibles tipos de educación demandados por los padres, sino que en la escuela pública la educación ha de ser neutral desde la perspectiva moral y religiosa.

derecho de los padres en su vertiente negativa. Este derecho garantiza, efectivamente, un ámbito de autonomía para que los padres puedan libremente optar por que sus hijos no reciban un determinado tipo de educación religiosa o moral, o para oponerse a que reciban la que sea contraria a sus propias convicciones.

Ello implica que el Estado no puede incluir en el sistema educativo, con carácter obligatorio, una materia cuyos principios inspiradores, objetivos pedagógicos, contenidos y criterios de evaluación vayan dirigidos a la formación moral de los alumnos, que tenga carácter inductivo¹⁹, ni «*sub-introducir, a través de los presupuestos antropológicos explícitos e implícitos de dicha asignatura, una concepción del hombre, de la vida y del mundo, que equivalga a una doctrina o ideología obligatoria que venga de hecho a competir con la formación religiosa elegida libremente o a suplantarla subrepticamente. La conclusión es válida naturalmente tanto para la escuela pública como para la privada*»²⁰.

En consecuencia, por imperativo del art. 27. 3, los poderes públicos deben abstenerse de incluir, en los contenidos de los currículos educativos, materias que tengan una carga moral explícita, pues lo que exige la neutralidad, precisamente, es que aquellos temas sensibles, que tengan una dimensión ética o moral, no sean incorporados al currículo escolar con carácter obligatorio, para preservar a los alumnos, sobre todo en las escuelas públicas, del adoctrinamiento que excluyen sus padres²¹.

3. 2.- Su reconocimiento en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa

Como ya hemos señalado, el derecho a elegir la educación religiosa y moral que esté conforme con las propias convicciones constituye una manifestación concreta del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa consagrada en el art. 16, 1 del texto constitucional. Ley Orgánica 7/ 1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, al regular el contenido esencial de este derecho fundamental, establece que «*la libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a... **elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito***

¹⁹ L. RUANO ESPINA, 'Objeción de conciencia a la Educación para la Ciudadanía', *RGDCDEE* nº 17, mayo 2008, P. 35.

²⁰ Así lo ha señalado el Arzobispo de Madrid, Cardenal A.M. ROUCO VARELA en una conferencia pronunciada el 29 de mayo de 2007: La educación para la ciudadanía. Reflexiones para la valoración jurídica y ética de una nueva asignatura en el sistema escolar español, cuyo texto completo puede encontrarse en la página web del Arzobispado de Madrid: <http://www.archimadrid.es/princi/menu/vozcar/framecar/conferencias/29052007.htm>.

²¹ C. GARCIMARTÍN, 'Neutralidad y escuela pública...', P. 13.

escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones» [art. 2, 1 c)].

Ya la Ley de Libertad Religiosa de 28 de junio de 1967 reconocía la facultad de los padres para elegir la educación religiosa de sus hijos, pero este derecho correspondía en exclusiva a los padres, como únicos titulares. El art. 7, 1 establecía que *«el Estado reconoce a la familia el derecho de ordenar libremente su vida religiosa bajo la dirección de los padres, y a éstos, la facultad de determinar, según sus propias convicciones, la educación religiosa que se ha de dar a sus hijos»*. La Ley Orgánica de 1980, primera que emanaron las Cortes Generales al desarrollar los derechos fundamentales y libertades públicas recogidos por la Constitución, reconoce el derecho a elegir esa educación conforme a sus convicciones, tanto de los padres, respecto de los hijos son menores no emancipados o incapacitados que estén bajo su dependencia, como de los propios hijos –si tienen suficiente madurez-, derecho que queda garantizado en el ámbito escolar como fuera de él.

Evidentemente, este derecho, como todos los demás, no es un derecho absoluto. Si la educación del menor tiene por objeto el pleno desarrollo de su personalidad, y todas las facultades y deberes que integran el contenido de la patria potestad deben ejercerse siempre en su beneficio, podría plantearse, en algún caso, un eventual conflicto entre el ejercicio de este derecho de los padres, a elegir para sus hijos menores una formación religiosa y/o moral concreta, o bien a decidir que no reciban este tipo de formación, y el interés del propio menor. Creo que la solución a estos casos requiere una especial atención, por una parte, a la protección del derecho del menor a la libertad religiosa y de conciencia, lo que puede llevar a la necesidad de oírle, en aquellas decisiones que le afecten, de acuerdo con sus condiciones de madurez (vid. art. 154, 2 Cc); por otra, a los límites al ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa, que establece la propia Ley Orgánica reguladora de este derecho fundamental, en su art. 3, 1, es decir, los derechos de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales y los elementos integrantes del orden público protegido por la ley –la seguridad, la salud y la moralidad públicas-.

3. 3.- El derecho a elegir la educación religiosa y moral conforme a las propias convicciones en la legislación educativa española

Como he tenido ocasión de señalar en otro momento, de los textos normativos que han regulado la enseñanza en España en las últimas décadas, tan sólo la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación (LODE)²², reconoce

²² BOE de 4 de julio de 1985.

expresamente este derecho de los padres. Pese a tratarse de una ley de 1985, creo que constituye un texto valioso, digno de ser tenido en consideración, pues algunos de sus preceptos continúan aún vigentes, aunque otros han sido objeto de nueva redacción.

Ya en el Preámbulo de la Ley el legislador explica que *«el desarrollo de la educación, fundamento del progreso de la ciencia y de la técnica, es condición de bienestar social y prosperidad material, y soporte de las libertades individuales en las sociedades democráticas»*, razón por la cual el derecho a la educación se ha ido configurando progresivamente como un derecho básico, que ha llevado a los Estados a asumir *«su provisión como un servicio público prioritario»*. Tras subrayar la complejidad de los elementos que configuran el marco educativo –*«de compromiso y concordia»*- establecido por la Constitución española, señala que corresponde al legislador el desarrollo de los principios reconocidos fundamentalmente por el art. 27. Precisamente *«en estos principios debe inspirarse la libertad de enseñanza, que ha de entenderse en un sentido amplio y no restrictivo, como el concepto que abarca todo el conjunto de libertades y derechos en el terreno de la educación. Incluye, sin duda, la libertad de crear centros docentes y de dotarlos de un carácter o proyecto educativo propio... Incluye, asimismo, la capacidad de los padres de poder elegir para sus hijos centros docentes distintos de los creados por los poderes públicos, así como la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones, tal como se recoge en el art. 4. Pero la libertad de enseñanza se extiende también a los propios profesores, cuya libertad de cátedra está amparada por la Constitución por cuanto constituye principio básico de toda sociedad democrática en el campo de la educación. Y abarca, muy fundamentalmente, a los propios alumnos, respecto de los cuales la protección de la libertad de conciencia constituye un principio irrenunciable que no puede supeditarse a ningún otro»*.

El art. 4 de la LODE, en la nueva redacción introducida por la Disposición final primera de la Ley Orgánica de Educación, reconoce expresamente que los padres o tutores, en relación con la educación de sus hijos o pupilos, tienen derecho a que éstos *«reciban una educación, con la máxima garantía de calidad, conforme con los fines establecidos en la Constitución, en el correspondiente Estatuto de Autonomía y en las leyes educativas»*, así como *«a escoger centro docente tanto público como distinto de los creados por los poderes públicos»*; recuerda también el derecho de los padres o tutores a que sus hijos o pupilos *«reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones»*, y reconoce el derecho *«a ser oídos en aquellas decisiones que afecten a la orientación académica y profesional de sus hijos»*. En el párrafo segundo de este mismo artículo, se establecen una serie de funciones,

competencias y obligaciones, que corresponden a los padres, y que derivan de su reconocimiento como «*primeros responsables de la educación de sus hijos o pupilos*»²³.

Junto a este derecho de los padres, el art. 6. de la Ley enumera los derechos y deberes básicos de los alumnos. Entre los derechos que se reconocen a los alumnos en el apartado 3 del citado precepto, se cita expresamente el derecho «*a que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas y sus convicciones morales, de acuerdo con la Constitución*»²⁴. Del mismo modo, entre los deberes básicos que tienen los alumnos, se incluye el respeto a «*la libertad de conciencia, las convicciones religiosas y morales, y la dignidad, integridad e intimidad de todos los miembros de la comunidad educativa*» (art. 6. 4 f). Como garantía del cumplimiento de estos derechos, el art. 18.1 establece que «*todos los centros públicos desarrollarán sus actividades con sujeción a los principios constitucionales, garantía de neutralidad ideológica y respeto de las opciones religiosas y morales a que hace referencia el art. 27.3 de la Constitución*».

3. 4.- Textos y Tratados internacionales que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico

Puesto que el derecho a elegir la educación religiosa y moral conforme a las propias convicciones que garantiza el art. 27. 3 de la Constitución es un derecho fundamental, su interpretación debe hacerse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España, como dispone el art. 10.2 CE que, una vez publicados oficialmente, forman parte de nuestro ordenamiento interno (art. 96.1).

Veamos el reconocimiento que, de este derecho, hacen los más significativos Textos y Convenciones internacionales que han sido ratificados por España.

3. 4. 1.- La Declaración Universal de Derechos Humanos

La DUDH ha dedicado a los derechos educativos el ya citado art. 26. En él se reconoce que «*toda persona tiene derecho a la educación*». Al menos la instrucción elemental y fundamental debe ser gratuita. «*La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales...*», y en el párrafo 3 establece en términos generales que «***los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de***

²³ Como ya hemos señalado, entre los deberes y facultades que integran el contenido de la patria potestad, que *se ejercerá siempre en beneficio de los hijos*, el art. 154.1º del Código civil reconoce el deber de *educarlos y procurarles una formación integral*.

²⁴ Redacción conforme a la Disposición final primera, 3 de la LOE.

educación que habrá de darse a sus hijos». Se trata, por tanto, de un derecho cuya titularidad ostentan los padres, que tiene carácter preferente, y cuyo objeto es escoger el **tipo de educación**, es decir, que «*no se está refiriendo únicamente a la posibilidad de optar por sistemas pedagógicos –que también-, sino a concepciones holísticas de la educación, es decir a sistemas educativos completos fundamentados en una determinada concepción filosófica, ideológica o religiosa de la realidad*»²⁵, si bien es cierto que el texto no hace referencia expresa a la educación moral o religiosa.

3. 4. 2.- El Convenio Europeo de 1950

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales hecho en Roma en 1950, por el que el Consejo de Europa desarrolló la Declaración Universal de Derechos Humanos, no hizo referencia inicialmente a este derecho, que fue regulado dos años más tarde por el **Protocolo Adicional I**, hecho en París el 20 de marzo de 1952. El art. 2 de este texto, de importancia decisiva para el tema que nos ocupa, establece lo siguiente:

«A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. **El Estado**, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, **respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas**».

La finalidad perseguida por este precepto quedó ya clara en los trabajos preparatorios que precedieron a su definitiva redacción, y que muestran que «*no estaba en el ánimo de nadie que el artículo 2 pudiese establecer el derecho a una prestación positiva del Estado. Por el contrario, la intención básica era proteger al individuo contra las interferencias del Estado*»²⁶, que en el cumplimiento de las funciones que le competen, al regular el sistema de enseñanza, debe asegurar que ésta sea conforme a las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Se establece, así en el precepto, una vinculación entre el derecho a la educación, que tiene que quedar garantizado por el Estado, y el derecho a la libertad pensamiento, conciencia y religión y se impone al Estado el respeto al derecho de los padres de asegurar que la educación de sus hijos se llevará a cabo de conformidad con sus convicciones religiosas y filosóficas. «*Se circunscribe, por tanto, la eficacia del derecho al ámbito de la conciencia, fraguándose*

²⁵ J. MANTECÓN SANCHO, 'El derecho de los padres a la educación de sus hijos según sus convicciones', Ponencia en la *Jornada de Estudio sobre la Educación para la Ciudadanía* organizada por la Conferencia Episcopal Española, el 17 noviembre 2006, cit., p. 3.

²⁶ Así lo explica el Juez Terje Wold, en su voto particular a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 23 de julio de 1968, sobre el régimen lingüístico de la enseñanza en Bélgica.

así intencionadamente el puente entre el derecho a la educación y la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, en los términos amplios en que estas últimas son concebidas tanto por el art. 18 DUDH como por el art. 9, 1 CEDH»²⁷

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es la instancia competente para la interpretación y aplicación del Convenio y los Protocolos sucesivos (art. 32.1 del Convenio), ha venido afirmando, como principios generales de interpretación de este precepto, que las dos frases o cláusulas que contiene deben interpretarse una a la luz de la otra, y que ambas deben hacerlo a la luz de lo dispuesto en los arts. 8, 9 y 10 del Convenio (que reconocen el derecho al respeto a la vida privada y familiar, la libertad de pensamiento, conciencia y religión y la libertad de expresión)²⁸, sin que haya que distinguirse, a efectos de protección de estos derechos, entre la enseñanza pública y la privada.

La expresión utilizada por la segunda parte del art. 2 del Protocolo I, ha sido interpretada reiteradamente por el Tribunal de Estrasburgo, como generadora de una obligación para el Estado que no se limita solamente a reconocer, o a tomar en consideración, sino que el verbo utilizado por el texto **–respetará– genera para el Estado una obligación de carácter positivo**²⁹, que «*ordena al Estado a respetar las convicciones de los padres, tanto religiosas como filosóficas, en el conjunto del programa de la enseñanza pública*», es decir, *al regular «el contenido de la enseñanza y la manera de dispensarla, pero también en el ejercicio del conjunto de funciones que asume el Estado»*³⁰. El término *convicciones*, sin embargo, debe entenderse de manera restrictiva, y no como sinónimo de *opiniones* o *ideas*, sino que únicamente se aplica a aquellas opiniones que alcanzan cierto grado de fuerza, seriedad, coherencia e importancia³¹.

²⁷ L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Los padres tendrán derecho preferente...*, cit., p. 60.

²⁸ Sentencias *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca* de 7 diciembre 1976 (TEDH 1976\5, serie A núm. 23), § 52; *Valsamis c. Grecia*, de 18 diciembre 1996 (TEDH 1996\70, Repertorio de sentencias y resoluciones 1996-VI) § 25; *Folgerø y otros c. Noruega*, de 29 junio 2007 (TEDH 2007\53) § 84 a); y *Hasan y Eylem Zengin c. Turquía*, de 9 octubre 2007 (TEDH 2007\63), § 47.

²⁹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Campbell y Cosans c. Reino Unido*, de 25 febrero 1982: «Respetar, como lo confirma la sustitución de esta palabra por tener en cuenta durante la gestación del artículo 2 (...) significa más que reconocerá o tomará en consideración; este verbo, además de un compromiso más bien negativo, implica para el Estado una cierta obligación positiva» (TEDH 1982\1, Serie A núm. 48), § 37 a).

En el mismo sentido se han pronunciado las sentencias *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca* de 7 diciembre 1976; *Campbell y Cosans c. Reino Unido*; *Valsamis c. Grecia*, de 18 diciembre 1996 (TEDH 1996\70, Repertorio de sentencias y resoluciones 1996-VI) § 25 y 27; y las más recientes *Folgerø y otros c. Noruega*, de 29 junio 2007, cit., § 84 c); y *Zengin c. Turquía*, cit., § 49.

³⁰ *Zengin c. Turquía*, § 49; *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, § 51.

³¹ Sentencia *Valsamis c. Grecia*, n. 25 y 27; *Campbell y Cosans c. Reino Unido*, § 36; *Zengin c. Turquía*, § 49.

3. 4. 3.- Los Pactos de Nueva York de 1966.

El 19 de diciembre de 1966 se firmaron dos tratados internacionales, los Pactos de Nueva York, que establecen el compromiso expreso de los Estados Partes de respetar la libertad de los padres o tutores para escoger -para sus hijos o pupilos- la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones. Sin embargo, aunque ambos garantizan este derecho, lo hacen desde perspectivas distintas: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce este derecho desde la órbita del derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; mientras que el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales lo hace desde la vertiente del derecho a la educación.

El **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**³², se ha ocupado del derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral para sus hijos en el art. 18, que desarrolla el del mismo número de la Declaración Universal de Derechos Humanos, sobre la libertad de pensamiento, conciencia y religión. En el marco de esta regulación, la Convención se ocupa de este derecho a, en los siguientes términos: **«Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen 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»**.

Este precepto ha sido objeto de comentario por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. En su *Observación General* nº 22, el Comité ha señalado que *«la educación obligatoria que incluya el adoctrinamiento en una religión o unas creencias particulares es incompatible con el párrafo 4 del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores»*³³, de forma que, *«cuando un conjunto de creencias sea considerado como la ideología oficial en constituciones, leyes, programas de partidos gobernantes, etc., o en la práctica efectiva, esto no tendrá como consecuencia ningún menoscabo de las libertades consignadas en el artículo 18 ni de ningún otro de los derechos reconocidos en el Pacto, ni ningún tipo de discriminación contra las personas que no suscriban la ideología oficial o se opongan a ella»* (& 10).

³² Instrumento de ratificación de 27 de abril de 1977 (BOE núm. 103, de 30 abril 1977).

³³ *Comentario General número 22 (48)* del Comité de Derechos Humanos, de 30 de julio de 1993 al art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, § 6: UN Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 (1993), reimpresso en UN Doc. HRI/GEN/Rev.1 at 35 (1994) ([http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/fca0da0de9962d6b8025652a0037ff2a?Opendocument](http://www.unhcr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/fca0da0de9962d6b8025652a0037ff2a?Opendocument))

El **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**³⁴ se ha ocupado de garantizar este derecho en el marco de los derechos educativos, en el art. 13 , 3, que dispone: «**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**».

Como se advierte claramente, ambos textos se ocupan del tema desde perspectivas diversas, y con una redacción muy similar, porque en la garantía de este derecho confluyen, como venimos poniendo de manifiesto, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, con el derecho a la libertad ideológica y religiosa. En el ejercicio de ambos derechos, y por derivación de los mismos, corresponde a los padres elegir la educación religiosa y moral para sus hijos que estén bajo su dependencia, así como negarse a que reciban la que sea contraria a sus convicciones.

3. 4. 4.- *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, aprobada por Acuerdo de 7 de diciembre de 2000³⁵, que ha sido revisada por Acuerdo de 12 de diciembre de 2007 e incorporada al Derecho comunitario europeo por el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007, que entrará en vigor el 1 de enero de 2009, recoge en el art. 14 el derecho a la educación que tiene «*toda persona*». En el párrafo 3 se establece que se respeta, «*de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos*», y se formula el derecho de los padres de una forma clara, amplia y también novedosa, al afirmar que se respeta también «**el derecho de los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas**»³⁶, es decir, que la Carta de Niza reconoce que

³⁴ Ratificado también por España el 27 de abril de 1977 (BOE núm. 103, de 30 abril 1977).

³⁵ DOCE núm. 364, 18 diciembre.

³⁶ El Tratado de Lisboa ha sido incorporado al ordenamiento jurídico español en virtud de la Ley Orgánica 1/2008 de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (BOE núm. 184, de 31 de julio). El art. 2 de dicha Ley Orgánica dispone que «*a tenor de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 10 de la Constitución española y el apartado 8 del art. 1 del Tratado de Lisboa, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán también de conformidad con lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 14 de diciembre de 2007*».

los padres tienen un derecho a garantizar no solamente que sus hijos reciban una determinada educación acorde a sus convicciones de naturaleza religiosa o filosófica, sino también a elegir el tipo de educación, que esté basado en ciertas convicciones pedagógicas.

3. 4. 5.- Otros textos internacionales

Cabe citar también la Convención de 15 de diciembre de 1960, promovida por la UNESCO, contra la discriminación en la esfera de la enseñanza³⁷, que establece en el art. 5.1 b) que los Estados Parte convienen en que se respete la libertad de los padres y tutores legales, primero de elegir para sus hijos establecimientos de enseñanza distintos de los mantenidos por los poderes públicos y, segundo, de dar a sus hijos, «*según las modalidades de aplicación que determine la legislación de cada Estado, la educación religiosa y moral conforme a sus propias convicciones*», sin que pueda obligarse a ningún individuo o grupo a recibir una instrucción religiosa que sea incompatible con sus convicciones.

Así mismo, la Declaración de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre eliminación de todas formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o convicciones, de 25 noviembre 1981, aunque no tiene carácter vinculante, al no ser un tratado, reconoce, junto al derecho de los padres a «*organizar la vida dentro de la familia de conformidad con su religión o sus convicciones y habida cuenta de la educación moral en que crean que debe educarse al niño*» (art. 5.1), el derecho de que gozará todo niño «*a tener acceso a educación en materia de religión o convicciones conforme a los deseos de sus padres o, en su caso, sus tutores legales, y **no se le obligará a instruirse en una religión o convicciones contra los deseos de sus padres o tutores legales, sirviendo de principio rector el interés superior del niño***» (art. 5.2).

Los Estados participantes en la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) han asumido el compromiso de respetar «*la libertad de los padres de garantizar la educación religiosa y moral de sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones*», que quedó consagrado en el principio 16.7 del Documento de Clausura de la Reunión de Viena celebrada el 17 de enero de 1989³⁸.

³⁷ Aceptada por España el 20 agosto 1969 (BOE núm. 262, de 1 noviembre 1969).

³⁸ La Oficina de Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (OIDDH) de la Organización de Seguridad y Cooperación en Europa, reunió al Consejo Asesor de su Panel de Expertos sobre la Libertad de Religión o Creencias, que ha elaborado un documento denominado *Principios Orientadores de Toledo sobre la Enseñanza de la Religión en las Escuelas Públicas*, en el que se admite la posibilidad de integrar algunos elementos de la enseñanza sobre religiones y creencias en la educación intercultural o en la educación para la ciudadanía (*Toledo Guiding Principles on Teaching about Religions and Beliefs in Public Schools*, 2007, <http://www.osce.org/odihr>, p. 43). El documento está disponible en www.osce.org/documents/mcs/1989/01/16059_en.pdf y un valioso

4.- SU RECONOCIMIENTO EN LA PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL

4. 1.- La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Aunque en España la invocación y defensa, en el ámbito judicial, del derecho de los padres a elegir para sus hijos la educación religiosa y moral conforme a sus convicciones –bien exigiendo de los poderes públicos la admisión de un concreto tipo de educación, o bien oponiéndose a la enseñanza institucionalizada, por ser contraria a las convicciones religiosas o de conciencia de los padres y/o de los hijos–, es una cuestión relativamente reciente, la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha abordado esta cuestión en varias ocasiones, desde hace ya más de treinta años.

La primera vez fue en 1976, en el conocido caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca*, en que se planteaba la pretensión de estos tres matrimonios, que habían impugnado una reforma legislativa en Dinamarca, llevada a cabo en 1970, por la que se imponía la enseñanza sexual integrada (en otras materias) y obligatoria en las escuelas públicas, en la educación primaria, sin que la ley contemplara la posibilidad –complicada, al no constituir asignatura específica- de eximir de la materia a los alumnos, por causa de las convicciones de los padres.

Aunque la argumentación de la sentencia es discutible³⁹, el Tribunal, a la luz del art. 2 del Primer Protocolo del Convenio, reconoció que el Estado, al organizar el sistema educativo, no está legitimado para desarrollar actividades que puedan calificarse como adoctrinamiento de los estudiantes en una particular concepción religiosa o moral de la vida en contra de las convicciones de sus padres⁴⁰. *«El Estado, al cumplir las funciones por él asumidas en materia de educación y enseñanza, vela por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista. Se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada como no respetuosa con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Aquí se encuentra el límite que no debe ser sobrepasado».*

comentario al mismo ha sido realizado por J. MARTÍNEZ TORRÓN, 'Principios de la OSCE para la enseñanza sobre las religiones y creencias en las escuelas públicas', *RGDCDEE* n° 16, enero 2008.

³⁹ Pues implica una excepción al principio, generalmente admitido, de que los derechos humanos reclaman una interpretación extensiva. Vid. al respecto R. NAVARRO-VALLS, J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado* (Madrid 1997). pp. 199 ss.; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, 'Derecho de familia y libertad de conciencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos', en *Derecho de familia y libertad de conciencia en la Unión Europea y el Derecho Comparado. Actas del IX Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico*, Ed. A. Castro Jover (San Sebastián, 2001) pp. 158-160; Id., 'Los límites a la libertad de religión y de creencia en el Convenio Europeo de Derechos Humanos', *RGDCDEE* n° 2, mayo 2003, p. 5.

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 7 de diciembre de 1976, § 53

Sin embargo, no admitió la pretensión de los padres en el caso, por entender que la enseñanza sexual, tal como había sido organizada en el sistema educativo danés, respondía a las exigencias de **objetividad, neutralidad y pluralismo**, por lo que «*la legislación impugnada no hiere en sí misma las convicciones filosóficas y religiosas de los demandantes en la medida prohibida por la segunda frase del art. 2*», además de que siempre queda a salvo el derecho de los padres de confiar a sus hijos a escuelas privadas (§ 54). Hay que tener en cuenta que en el sistema escolar danés, los padres pueden optar por llevar a sus hijos a una escuela pública, a una privada pero subvencionada, o bien pueden elegir por la enseñanza del niño en el propio hogar.

La sentencia tuvo un voto particular del juez Verdross, que acertadamente hacía notar que el art. 2 no prohíbe exclusivamente el fin de adoctrinamiento en la actividad educativa estatal, sino que exige con carácter general que el Estado respete las convicciones de los padres, sin referencia alguna a la finalidad perseguida por la organización pública del sistema de enseñanza.

En la **sentencia de 25 de febrero de 1982** la Corte de Estrasburgo volvió a abordar el derecho de los padres a escoger la educación moral de sus hijos, en el **asunto Cambell y Cosans contra el Reino Unido**. En este caso, las demandantes, dos ciudadanas británicas, se habían opuesto a que sus hijos fueran sancionados con ciertos castigos corporales (correas en la palma de la mano), infligidos como medida disciplinaria en la escuela pública de Escocia, por tratarse de una práctica contraria a sus convicciones filosóficas y religiosas. Habiendo sido convocados, los niños no comparecieron, lo que derivó en su expulsión temporal. La cuestión se plantea desde diversos puntos de vista, como la prohibición de la tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes, pero también desde el derecho a la instrucción y el derecho de los padres a garantizar la educación religiosa y moral de sus hijos.

Ciertamente, el empleo de castigos corporales como sanción disciplinaria difícilmente podría ser calificado como *adoctrinamiento*, en el sentido de la sentencia *Kjeldsen*. Y sin embargo, el Tribunal entendió, por seis votos favorables frente a uno, que había habido en estos casos una violación de la segunda frase del art. 2 del Protocolo, que obliga al Estado a respetar las convicciones de los padres

Unos años más tarde, el Tribunal sostuvo una postura similar a la mantenida en el asunto *Kjeldsen*, en dos sentencias, de **18 de diciembre de 1996**, dictadas en los casos **Efstratiou y Valsamis, contra Grecia**. En los dos, se planteaba la posibilidad de eximir a las demandantes, estudiantes testigos de Jehová, de los desfiles organizados por la propia escuela para la fiesta celebrada en conmemoración del inicio de la guerra con Italia, en 1940, pues es sabido que el pacifismo es un principio fundamental en esta religión, que prohíbe cualquier tipo de práctica que pueda asociarse de alguna forma con

la violencia o con la guerra. Ambas estudiantes habían sido declaradas exentas de asistir a las clases de educación religiosa y a la misa ortodoxa, a petición de sus padres, posibilidad amparada por una Circular del Ministerio de Educación y Asuntos Religiosos, que prevé expresamente dicha exención para los alumnos testigos de Jehová, pero que niega, sin embargo, la posibilidad de exención de otro tipo de actividades, incluida la participación en acontecimientos de orden nacional, razón por la que fue rechazada la petición de los padres, en estos dos casos. La inasistencia al desfile les valió una sanción disciplinar, por lo que, agotados los recursos judiciales, recurrieron a la Comisión Europea de Derechos Humanos y al Tribunal, que asumió prácticamente los criterios de la Comisión.

En sendas sentencias el Tribunal consideró suficientemente respetada la libertad religiosa de las estudiantes, que habitualmente eran eximidas de las clases de educación religiosa y de la asistencia a la misa ortodoxa, en base a que no se percibía nada, ni en la finalidad del desfile ni en su organización, que pudiera ofender las convicciones pacifistas de las demandantes, por lo que se entendió no infringido el art. 2 del Protocolo.

En el año 2000, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos rechazó por unanimidad la demanda interpuesta por dos ciudadanos españoles –padre e hija-, que considera inadmisibile *por carecer manifiestamente de fundamento* en aplicación del art. 35, 3 del Convenio, en el asunto **Jiménez Alonso y Jiménez Merino contra España, de 25 de mayo de 2000**. Los hechos que promueven esta demanda son los siguientes: cuando la menor tenía 13-14 años y cursaba 8º curso de Educación General Básica en un colegio público de una localidad de Cantabria, en el que su padre impartía docencia, el profesor de Ciencias Naturales, el en el marco de la materia «*funciones vitales*», impartió un curso de sexualidad humana utilizando como soporte pedagógico un folleto editado por el Departamento de Educación del Gobierno autonómico. El padre, invocando su derecho constitucional a la elección de la educación moral de su hija, informó al director del centro de que ésta no asistiría al citado curso. Llegado el momento de la evaluación, la niña, que se negó a responder en el examen a las preguntas correspondientes al tema en cuestión, fue suspendida y tuvo que repetir curso escolar. Recurrido el acto administrativo ante la Dirección Provincial de Educación y Cultura del Ministerio de Educación y Ciencia en Cantabria, ésta ratificó la calificación del área de Ciencias Naturales, resolución que fue recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. En el suplico de la demanda el padre solicitaba que se declarase aprobada la asignatura, al considerar que la materia referente a la sexualidad no puede formar parte de su contenido por ser contraria a las convicciones religiosas de la menor y de sus padres. El TSJ de Cantabria dictó sentencia desestimatoria el 23 de marzo de 1998, que fue recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional, el cual declaró inadmisibile el

recurso por Auto de 11 de marzo de 1999, por lo que padre e hija acudieron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La Corte recuerda en este caso que la definición y el ajuste del programa de estudios dependen de la competencia de los Estados contratantes. La segunda frase del art. 2 del Protocolo debe leerse en relación con la primera, que consagra el derecho de cada uno a la instrucción. Es sobre este derecho fundamental sobre el que se basa el derecho de los padres al respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas, sin que se distinga entre la enseñanza pública y la privada. La segunda frase del precepto trata de proteger la posibilidad de un pluralismo educativo, esencial para preservar la sociedad democrática, tal como la concibe el Convenio. Ahora bien, en el presente caso, *«el Tribunal constata que el curso de educación sexual en litigio trataba de procurar a los alumnos una información objetiva y científica sobre la vida sexual del ser humano, las enfermedades venéreas y el sida. Este folleto trataba de alertarles sobre los embarazos no deseados, el riesgo de embarazo en una edad precoz, los métodos anticonceptivos y las enfermedades de transmisión sexual. Se trata de información de carácter general que puede ser concebida como de interés general y que no constituye una tentativa de adoctrinamiento para preconizar un comportamiento sexual determinado. Por otro lado, esta información no afecta al derecho de los padres a aclarar y aconsejar a sus hijos, a ejercer hacia ellos funciones naturales de educadores, a orientarles en una dirección conforme a sus convicciones religiosas o filosóficas»*. A ello se añade el hecho de que en España hay una amplia red de colegios privados, que ofrecen una educación más conforme con la fe de los demandantes, pero los padres, en el presente caso, optaron por la enseñanza pública, y en esa medida, el derecho al respeto de sus creencias e ideas *«no podía ser considerado como un derecho a exigir un trato diferenciado de la enseñanza impartida a su hija de acuerdo con sus propias convicciones»*. Esta interpretación –en exceso restrictiva– del derecho de los padres da pie al Tribunal a rechazar la demanda, por carecer manifiestamente de fundamento.

En la **sentencia de 11 de septiembre de 2006**, dictada en el asunto **Konrad y otros contra Alemania**, se plantea la cuestión de una familia, los padres y sus dos hijos - Rebecca y Josué-, pertenecientes a una Comunidad cristiana intensamente vinculada a la Biblia, que han decidido educar a sus hijos en casa, con el programa de la *Philadelphia School*, y por tanto rechazan la escolarización obligatoria en el Land Baden-Wurtemberg ⁴¹. Solicitaron del Estado alemán autorización para ello en agosto de 2000, alegando que en la escuela no se respetan sus creencias religiosas, pues se imparte educación sexual, se cuentan cuentos de hadas y de seres irreales o míticos y es

⁴¹ Un amplio e interesante análisis del caso puede verse en L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Los padres tendrán derecho preferente...*, pp. 39-42 y 148-156.

creciente la violencia física y psicológica imperante entre los escolares. Sin embargo les fue denegada la solicitud, porque la administración entendió que es necesaria la escolarización –obligatoria en Alemania- para que los menores puedan adquirir competencias sociales, y con ello no queda menoscabado el derecho de los padres a educar a sus hijos, ya que pueden hacerlo antes y después de la escuela y durante los fines de semana.

Se plantea, por tanto, en este caso, un conflicto entre el derecho y deber de los padres de escolarizar a sus hijos y el derecho y deber que tienen a que éstos sean educados conforme a las propias convicciones religiosas. Llevado el tema ante el Tribunal de Estrasburgo, alegan los padres recurrentes que de la propia Biblia se deduce que la obligación de educar a los niños es una obligación personal, que deriva de un mandato divino, no transferible fácilmente a terceras personas. Por otra parte, al ser el Estado no confesional, la neutralidad le impide educar a los menores de acuerdo con sus creencias religiosas, y tampoco pueden llevarlos a una escuela privada afín a su credo religioso, al tratarse de una minoría que no dispone de escuela en el lugar de residencia. Sin embargo, el Tribunal declara inadmisibles las pretensiones de los padres por unanimidad, alegando, por una parte, que el respeto a las convicciones de los padres sólo se sostiene en la medida en que no entra en conflicto con el derecho de los niños a la educación, de modo que los padres no pueden negar el derecho de los hijos a la educación apoyándose en sus propias creencias. Por otra parte, los Estados, al organizar el sistema de enseñanza, pueden adoptar fórmulas diversas, permitiendo que convivan, junto a la enseñanza obligatoria en escuelas públicas o privadas, la educación en el hogar, pero en el Estado en cuestión se ha optado por la escolarización obligatoria. Además, la Corte pone especial acento en el hecho de que la escolarización del menor no sólo es importante para la adquisición de conocimientos, sino que constituye un fin decisivo de la enseñanza primaria la integración y las primeras experiencias del menor con la sociedad.

En el año 2007, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha pronunciado dos importantes sentencias, en sendos casos en que los padres se oponen a que sus hijos cursen una determinada materia –en los dos de educación religiosa- impuesta con carácter obligatorio por Noruega –en el caso *Folgerø*- y Turquía –en el asunto *Zengin*-⁴².

En el asunto **Folgerø y otros contra Noruega**, la **sentencia de 29 de junio de 2007** estima la demanda interpuesta por nueve ciudadanos noruegos (cinco padres y cuatro

⁴² Un detenido análisis de estas sentencias puede verse en M.A. JUSDADO - S. CAÑAMARES, 'La objeción de conciencia en el ámbito educativo. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Folgerø v. Noruega* y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, 'La objeción de conciencia a la enseñanza religiosa y moral en la reciente Jurisprudencia de Estrasburgo', ambos trabajos publicados en *RGDCDEE* nº 15, octubre 2007.

hijos pertenecientes a la Asociación Humanista Noruega), ante la negativa de las autoridades nacionales a conceder a sus hijos la exención total de una asignatura incluida en el programa de enseñanza con carácter obligatorio, llamada *Conocimiento cristiano y educación religiosa y moral*, cuyo contenido es el estudio del cristianismo (que ellos no profesan), la religión y la filosofía⁴³. El Tribunal examina, en primer lugar, si la materia se imparte de forma neutra y objetiva (lo que conlleva un análisis de la programación, currículo, actividades específicas, manuales y otras herramientas pedagógicas, etc) y, en segundo término, si se contempla la posibilidad de exención de la materia o de «*elección no discriminatoria que corresponda a los deseos de los padres y tutores*». En el caso ***Hasan y Eylem Zengin contra Turquía***, la **sentencia de 9 de octubre de 2007** estima también la demanda interpuesta contra la República turca por estos dos ciudadanos (padre e hija), pertenecientes a la confesión de los alevitas, contra la negativa de la administración a admitir la solicitud de que Eylem Zengin fuera dispensada de la asignatura obligatoria (salvo para los alumnos de religión cristiana o judía, que quedan eximidos de la materia) de cultura religiosa y conocimiento moral, por entender que la programación escolar incumple los criterios de objetividad y pluralismo y el respeto a las convicciones religiosas y filosóficas de los padres, por lo que vulnera los derechos garantizados por el art. 2 del Protocolo I y del art. 9 del Convenio.

En los dos casos, el Tribunal estimó que se había producido una violación del derecho de los padres a garantizar la educación de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas e ideológicas, después de comprobar dos cuestiones: primera, la falta de neutralidad de la materia cuya exención se solicita, pues del examen de los currículos y de los libros de texto aportados, se infiere que el objetivo perseguido por la materia, no es ofrecer una información neutra y objetiva⁴⁴ y, segunda, que no se arbitran medios adecuados para dispensar de la materia a los alumnos cuyos padres aleguen que dicha educación no es conforme a sus convicciones religiosas o filosóficas.

⁴³ La exención había sido solicitada por ocho parejas de padres y sus respectivos hijos, pero cuatro de ellas y sus hijos optaron por acudir al Comité de Derechos Humanos de la ONU. En este caso, *Leirvåg c. Noruega*, el Comité concluyó que, puesto que no se puede afirmar que la enseñanza de *Conocimiento cristiano y educación religiosa y moral* cumpla el requisito de impartirse de manera neutral y objetiva, y el sistema de exención parcial contemplado supone una carga considerable, se constata una violación del art. 18. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (CCPR/C/82/D/1155/2003, Comunicación No. 11155/2003, de 23 noviembre 2004)

⁴⁴ Pese a los evidentes aciertos de la interesante argumentación del Tribunal, se consolida con estos pronunciamientos la doctrina defendida en el caso *Kjeldsen*, que lleva a la Corte a centrar la atención en si el Estado, al cumplir las funciones asumidas en materia de educación y enseñanza veló por que los conocimientos fuesen difundidos «*de manera objetiva, crítica y pluralista o si la finalidad perseguida era un adoctrinamiento que no respetaba las convicciones religiosas y filosóficas de los padres demandantes*» (*Folgerø y otros c. Noruega*, § 85), lo que implica una interpretación restrictiva del derecho de los padres, que el art. 2 del Protocolo reconoce, con independencia de la finalidad perseguida por el Estado en la ordenación del sistema educativo.

En las dos sentencias, la argumentación del Tribunal es similar, y se apoya en los principios generales que ha venido estableciendo la Corte, desde el caso *Kjeldsen*⁴⁵:

1.º) El art. 2 del Protocolo I no permite distinguir entre la instrucción religiosa y las demás disciplinas. Ordena al Estado a respetar las convicciones, tanto religiosas como filosóficas, de los padres en el conjunto del programa de la enseñanza pública. Ahora bien, por una parte, el verbo *respetar* significa mucho más que *reconocer* o *tener en cuenta*, pues «*implica para el Estado cierta obligación positiva*». Y, en segundo lugar, la palabra *convicciones* no se identifica con los términos *opiniones* o *ideas*, sino que se aplica a aquellas «***opiniones que alcanzan cierto grado de fuerza, seriedad, coherencia e importancia***»⁴⁶.

2.º) Los padres «*pueden exigir del Estado el respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas*» en virtud del derecho que tienen, prioritariamente, de «*asegurar la educación y la enseñanza*» de los hijos, derecho que deriva a su vez de un deber natural hacia ellos⁴⁷.

3.º) La definición y planificación del programa de estudios competen en principio a los Estados contratantes. La segunda frase del art. 2 del Protocolo, «*no impide a los Estados difundir, a través de la enseñanza o la educación, informaciones o conocimientos que tengan, directamente o no, un carácter religioso o filosófico. No autoriza, ni siquiera a los padres, a oponerse a la integración de tal enseñanza o educación en el programa escolar, sin lo cual cualquier enseñanza institucionalizada correría el riesgo de resultar impracticable*»⁴⁸

4.º) Pero «*el Estado, al cumplir las funciones asumidas en materia de educación y de enseñanza, vela por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa de estudios sean difundidas **de manera objetiva, crítica y pluralista. Se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada no respetuosa con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Este es el límite a no sobrepasar***»⁴⁹.

⁴⁵ Algunos de estos principios fueron comentados ya en el apartado correspondiente. Vid. sobre este punto las notas 93 y 94 de este trabajo.

⁴⁶ Folgerø y otros c. Noruega, § 84 c) y Zengin c. Turquía, § 49.

⁴⁷ Folgerø y otros c. Noruega, § 84 e) y Zengin c. Turquía, § 50.

⁴⁸ Folgerø y otros c. Noruega, § 84 g) y Zengin c. Turquía, § 51.

⁴⁹ Folgerø y otros c. Noruega, § 84 h) y Zengin c. Turquía, § 52.

El Tribunal añade, por último, dos aseveraciones: recuerda haber subrayado siempre que, en una sociedad democrática pluralista, la obligación de imparcialidad y neutralidad del Estado respecto a las distintas religiones, cultos y creencias, «*es incompatible con cualquier facultad de apreciación por parte del Estado sobre la legitimidad de las creencias religiosas o sobre las modalidades de expresión de éstas*»⁵⁰. Pero por otra parte, salvo en los casos en que la solicitud de exención se refiere a actividades claramente religiosas, en las que no se requiere una justificación, la petición de exención conlleva el riesgo de que los padres se vean obligados, en ciertos casos, a desvelar algunos aspectos sobre sus convicciones religiosas y filosóficas, para argumentar razonablemente su solicitud, obligación que en cualquier caso ha de conciliarse con el respeto a la vida privada y familiar garantizado por el art. 8 del Convenio⁵¹.

En síntesis, el Tribunal señala que, «*al cumplir un **deber natural hacia sus hijos**, de quienes les corresponde prioritariamente asegurar la educación y la enseñanza, **los padres pueden exigir del Estado el respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas**. Su derecho corresponde, pues, a una responsabilidad estrechamente vinculada al goce y el ejercicio del derecho a la enseñanza*», y obliga al Estado a respetar dichas convicciones en la programación de la enseñanza pública, por lo que se le prohíbe perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada no respetuosa con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. La Corte entiende, por ello, que en ambos casos, al no quedar asegurado ese respeto a las convicciones de los padres, ni contemplarse un sistema de exención de la materia, se constata una violación del Convenio y del derecho de los demandantes, garantizado por el art. 2 del Protocolo I, que «*tiene su origen en un problema sobre la elaboración del plan de estudios de esta asignatura y la falta de medios adecuados para asegurar el respeto de las convicciones de los padres. En consecuencia, el Tribunal estima (en el concreto caso Zengin) que la puesta en conformidad del sistema educativo turco y del derecho interno pertinente con la citada disposición del Convenio constituiría una forma apropiada de reparación que permitiría poner fin a la violación constatada*»⁵².

En todas estas sentencias, la Corte de Estrasburgo ha venido estableciendo reiteradamente una serie de principios o criterios de interpretación del art. 2 del Protocolo Adicional al Convenio Europeo de 1950:

1. Las dos frases o cláusulas que contiene deben interpretarse una a la luz de la otra

⁵⁰ Zengin c. Turquía, § 54.

⁵¹ Folgerø y otros c. Noruega, § 98.

⁵² Sentencia Zengin c. Turquía, § 84.

2. Ambas deben hacerlo a la luz de lo dispuesto en los arts. 8, 9 y 10 del Convenio (que reconocen el derecho al respeto a la vida privada y familiar, la libertad de pensamiento, conciencia y religión y la libertad de expresión)⁵³, sin que haya que distinguirse, a efectos de protección de estos derechos, entre la enseñanza pública y la privada.

3. La expresión utilizada por la segunda parte del art. 2 del Protocolo I, ha sido interpretada reiteradamente por el Tribunal de Estrasburgo, como generadora de una obligación para el Estado que no se limita solamente a reconocer, o a tomar en consideración, sino que el verbo utilizado por el texto **–respetará– genera para el Estado una obligación de carácter positivo**⁵⁴, que «*ordena al Estado a respetar las convicciones de los padres, tanto religiosas como filosóficas, en el conjunto del programa de la enseñanza pública*», es decir, al regular «*el contenido de la enseñanza y la manera de dispensarla, pero también en el ejercicio del conjunto de funciones que asume el Estado*»⁵⁵.

4. El término *convicciones*, sin embargo, debe entenderse de manera restrictiva, y no como sinónimo de *opiniones* o *ideas*, sino que únicamente se aplica a aquellas opiniones que alcanzan cierto grado de fuerza, seriedad, coherencia e importancia⁵⁶.

4. 2.- Proyección de la libertad religiosa y de conciencia en el ámbito educativo, en la Jurisprudencia española

En España, el derecho de los padres a elegir la educación religiosa y moral de sus hijos que esté de acuerdo con sus convicciones, se ha hecho valer ante los tribunales

⁵³ Sentencias *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca* de 7 diciembre 1976 (TEDH 1976\5, serie A núm. 23), § 52; *Valsamis c. Grecia*, de 18 diciembre 1996 (TEDH 1996\70, Repertorio de sentencias y resoluciones 1996-VI) § 25; *Folgerø y otros c. Noruega*, de 29 junio 2007 (TEDH 2007\53) § 84 a); y *Hasan y Eylem Zengin c. Turquía*, de 9 octubre 2007 (TEDH 2007\63), § 47.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Campbell y Cosans c. Reino Unido*, de 25 febrero 1982: «*Respetar*, como lo confirma la sustitución de esta palabra por *tener en cuenta* durante la gestación del artículo 2 (...) significa más que *reconocerá* o *tomará en consideración*; este verbo, además de un compromiso más bien negativo, implica para el Estado una cierta obligación positiva» (TEDH 1982\1, Serie A núm. 48), § 37 a).

En el mismo sentido se han pronunciado las sentencias *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca* de 7 diciembre 1976; *Campbell y Cosans c. Reino Unido*; *Valsamis c. Grecia*, de 18 diciembre 1996 (TEDH 1996\70, Repertorio de sentencias y resoluciones 1996-VI) § 25 y 27; y las más recientes *Folgerø y otros c. Noruega*, de 29 junio 2007, cit., § 84 c); y *Zengin c. Turquía*, cit., § 49.

⁵⁵ *Zengin c. Turquía*, § 49; *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, § 51.

⁵⁶ Sentencia *Valsamis c. Grecia*, n. 25 y 27; *Campbell y Cosans c. Reino Unido*, § 36; *Zengin c. Turquía*, § 49.

desde planteamientos y perspectivas diversas. En algunos casos, los padres se han negado a escolarizar a sus hijos, o a hacerlo en un centro autorizado, por entender que la enseñanza institucionalizada, tal como está concebida en nuestro país, vulnera el derecho de padres e hijos a que éstos reciban una determinada instrucción moral. En otros casos, los padres han invocado una expresión concreta del derecho a la educación y a elegir el tipo de enseñanza que sea conforme con sus convicciones personales, cual es el derecho a la elección de centro docente para sus hijos. Y por último, también encontramos casos en que la Jurisprudencia se ha tenido que pronunciar acerca de las consecuencias de la negativa, por parte de los padres –incluso de los menores- a que sus hijos sujetos a patria potestad reciban unas enseñanzas obligatorias que son contrarias a las convicciones religiosas y morales de los padres y de los propios hijos.

4.2.1.- Negativa de los padres a escolarizar a sus hijos menores, invocando el derecho a elegir el tipo de educación de acuerdo con su conciencia: la escuela en casa o home school

La primera vez que se planteó en España la cuestión de la falta de escolarización obligatoria de los menores, ante la negativa de sus padres, que esgrimían razones religiosas y de conciencia para defender la enseñanza en casa o *home school*, fue en los años noventa del pasado siglo. El Tribunal Constitucional abordó por vez primera esta cuestión desde la perspectiva de si el incumplimiento de dicha obligación por los padres, justifica la asunción de la tutela de los menores por parte de la administración. El asunto fue dirimido por **Sentencia del TC 260/1994, de 3 octubre**. Los hechos que dan lugar a este procedimiento son los siguientes:

Ante la no escolarización de un grupo de niños (concretamente 23) por parte de sus padres, todos ellos miembros de la organización denominada «Niños de Dios», la Generalidad de Cataluña solicitó ante el Juzgado la tutela de los menores, por entender que se encontraban en situación de desamparo, ya que se les estaba privando del derecho a una educación integral, y así proceder a su escolarización. Los padres alegaban al respecto que la formación esencial de la persona se verifica en el seno familiar, que la familia es el elemento básico de todo desarrollo educativo y que es un derecho inalienable de los padres el poder elegir el tipo de educación que quieran dar a sus hijos de acuerdo con los dictados de su conciencia. Pero el Juzgado estimó la solicitud de la Generalidad, al considerar que el art. 27. 3 de la CE ha de confrontarse con los deberes que la patria potestad conlleva, y cuando la educación impartida impide o limite sustancialmente el pleno desarrollo del menor nos encontraremos ante un inadecuado ejercicio de los derechos paterno-filiales y ante una posible situación de desamparo, presupuesto para la asunción de la tutela legal por la entidad pública

competente. Tiene en cuenta, además, que la asociación a la que pertenecen los padres es una secta, contra la que se está siguiendo un proceso penal, lo que apoya además la situación de desamparo en que se encuentran los menores. En consecuencia, dictó los correspondientes autos, y otorgó a la Administración la tutela de los niños, que fueron escolarizados, y la correspondiente desposesión de la patria potestad de los padres.

Los padres apelaron a la Audiencia Provincial, que estimó sus pretensiones, apoyándose en la siguiente argumentación: a pesar de que la patria potestad debe ejercerse en beneficio de los hijos y de acuerdo con su personalidad, determinar qué debe entenderse por una cláusula tan ambigua es algo que sólo puede precisarse caso a caso y respetando también el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE). En su opinión, no existía prueba suficiente de que la comunidad «Niños de Dios» fuera una secta, y estimó que las enseñanzas recibidas por los menores se impartían sin descuidar las consideradas como básicas y obligatorias, *«escolaridad libre según el ordenamiento jurídico de alguno de los países de origen de los niños, y, en definitiva, no distinta de la que se da en los colegios regidos por religiosos en nuestro país»*. Se señala, por último, que se ha impuesto el confinamiento en España a un grupo de niños extranjeros, *«rompiendo la natural armonía paterno-filial dando intervención preponderante en la misma al Estado»* y que, en definitiva, debía *«prevalecer la libertad de culto de los padres y el derecho a elegir la educación de sus hijos»*.

Esta resolución fue recurrida en amparo por la Generalidad, recurso que fue desestimado por el Tribunal Constitucional -aunque la sentencia tuvo un voto particular del Magistrado Vicente Gimeno Sendra⁵⁷-. Lamentablemente, el Tribunal Constitucional renuncia a tratar el fondo del asunto, y centra los términos del debate en determinar si las resoluciones judiciales impugnadas han incurrido o no en infracción del derecho a la

⁵⁷ El Magistrado manifiesta que debieron haber entrado en el fondo del asunto en el presente recurso de amparo, y haber declarado que la resolución impugnada infringe el derecho a la educación del art. 27, 1 de la Constitución. Porque lo que en realidad se plantea es el novedoso problema de determinar si el derecho a la educación *«consiste en la total libertad de los padres para orientar a los hijos hacia convicciones morales, religiosas o filosóficas que crean más adecuadas a su formación intelectual y somática (...) –en cuyo caso dicho derecho se confundiría con la libertad ideológica y religiosa del art. 16, reconduciéndose al derecho contemplado en el art. 27, 3- o si dicho derecho consiste esencialmente en el derecho del niño a ser escolarizado con la consiguiente obligación de los poderes públicos de procurar dicha escolarización, incluso obligatoriamente»*, y afirma que, en su opinión, el art. 27, 1 contempla el segundo de estos derechos, cuyo titular originario son los niños, pero entiende que el problema que plantea el caso en cuestión es el de un conflicto de intereses entre la voluntad de los padres y los intereses de los hijos que son ejercidos en sustitución procesal por la Generalidad Catalana. Y concluye: *«es cierto que la Constitución confiere a los padres el derecho, no sólo a impartir en el seno de la familia (...) la religión que estimen conveniente, sino también el de poder enviar a sus hijos al Colegio religioso que deseen e incluso el no menor derecho fundamental a exigir de los poderes públicos la formación religiosa que se adecue a sus convicciones... pero en mi opinión la libertad religiosa no ampara un supuesto derecho de los padres a la no escolarización de los hijos bajo el pretexto de que sólo ellos han de impartir la educación que estimen conveniente»*.

educación establecido en el art. 27 de la Constitución, pues admite que, aunque «el derecho que ahora se invoca fue esgrimido ante la jurisdicción ordinaria en el marco de un debate más amplio, en el que lo que esencialmente se discutía era si concurrían o no las circunstancias legalmente exigidas a los efectos de atribuir a la Generalidad de Cataluña la tutela legal de los menores... el juicio que le ha merecido a la Audiencia las circunstancias personales y familiares de los menores es cuestión sobre la que no puede pronunciarse este Tribunal,,». Así pues, el Tribunal estima que «los autos impugnados, con absoluta independencia de las consideraciones y juicios de valor incorporados a sus fundamentos..., no han impedido la escolarización de los menores -único supuesto en el que tal derecho podría entenderse conculcado-, sino que, simplemente, se han limitado a rechazar que la situación escolar de los menores justifique la asunción de su tutela por la Generalidad... La situación escolar, por tanto, no es, para la Audiencia, circunstancia que, en el caso, justifique las medidas administrativas de tutela, y correspondiente desposesión de la patria potestad, adoptadas por la Generalidad, sin que ello signifique, sin embargo, que se prive a los niños de su derecho a la educación». Y concluye: «Con la privación de la tutela no ve cercenadas o anuladas la Generalidad sus facultades en orden al aseguramiento de la debida escolarización de los menores, ni éstos su derecho a ser escolarizados, pues los autos recurridos se limitan a dejar sin efecto la declaración de desamparo y la asunción de la tutela, sin que en modo alguno se desprenda de sus partes dispositivas que la Generalidad no pueda servirse de los instrumentos de los que legalmente está dotada para hacer efectiva la escolarización a la que todo menor tiene derecho y a cuya verificación vienen obligados quienes de ellos son responsables. Sólo en el caso de que efectivamente se impidiera el ejercicio de aquel derecho habría que entender vulnerado el derecho invocado por la actora, lo que no se deduce de los supuestos de autos» (Fundamento Jurídico 2º).

El Ministerio Fiscal había recurrido en casación la sentencia de la Audiencia Provincial, pero la **sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 1669/1994 de 30 octubre** desestimó el recurso. Entiende el Tribunal Supremo que «el derecho fundamental a la educación compromete a los poderes públicos en la tarea de colaborar y ayudar a su efectiva realización pero no se interfiere necesariamente en el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, sin que las vías establecidas por el Estado sean exclusivas o excluyentes, de manera que no cabe descartar los modelos educativos basados en la enseñanza en el propio domicilio siempre que se satisfaga con ella la necesaria formación de los menores». Añade, no obstante, que si bien la familia es un ámbito de relación que puede contribuir a la formación integral de la persona, limita la posibilidad de interrelaciones personales y sociales necesarias en una sociedad abierta y

competitiva, por lo que se puede discrepar de la elección efectuada por los padres de los menores en estos casos.

En el ámbito de la Jurisprudencia menor, la **Audiencia Provincial de Granada** volvió a pronunciarse sobre un tema similar, aunque en este caso en el ámbito de la Jurisdicción penal, en la **sentencia 112/1996, de 29 de febrero**, que revoca la sentencia del Juzgado de Instrucción de Menores de Granada, que condenaba a una madre como autora de una falta del art. 584, 1º del Código Penal, por no haber escolarizado a sus hijos en un centro reconocido educacional. La Audiencia se apoya en la fundamentación de las sentencias del TS y TC antes citadas, y estima que *«la Constitución ha colocado la libertad en el pórtico de entrada, el catálogo de derechos y deberes y considera el libre desarrollo de la personalidad como sustento y fundamento del orden político y de paz social, imperando el principio de libertad de enseñanza, debiéndose orientar hacia el pleno desarrollo de la personalidad y formar a los individuos en modelos de tolerancia y convivencia, teniendo cauce en el seno de una sociedad plural en la que existen otros valores como la libertad ideológica y de conciencia que permite a los padres elegir la formación que esté más acorde con sus convicciones»*. Subraya que *«el ser humano tiene gran capacidad de libertad para elegir el camino que estime más adecuado para su formación, permitiéndole ser convencional o apartarse de las reglas estatuidas y que el niño es un ser inerte que recibe de los padres y su entorno todo género de temores y complejos, y proclamar la superioridad de un sistema educativo sobre otro debe basarse en presupuestos psicológicos, sociológicos, culturales y morales»*. Por ello, estima el Tribunal que trasladar estos factores al campo del derecho penal es una tarea difícil e insegura, pues éste sigue siendo la última línea de actuación, que sólo está justificada cuando existe un daño efectivo, real y trascendente. Y afirma que *«el Juez no puede entrar en el santuario de las creencias personales y en el marco de las relaciones personales...»* (Fundamento de Derecho 3º). La cuestión de si existe un derecho público subjetivo de libertad, materializado en la posibilidad de creación de centros de enseñanzas, o ese derecho de libertad de educación se constriñe a optar necesariamente entre los centros existentes nacidos al amparo de esa libertad de enseñanza, pero reconocidos administrativamente, debe ser resuelto en jurisdicciones ajenas a lo penal (Fundamento de Derecho 4º).

En el caso en cuestión se ha demostrado que la Asociación o Agrupación en la que los niños reciben la formación no tiene autorización oficial, pero lo cierto es que *«allí se realiza la prestación de una educación según modelo y plan de no sólo de autónoma creación sino contando con asesoramiento y utilizando sistemas similares a los de la LOGSE»*. Por todo ello, se entiende que la conducta de la madre no entra en el tipo penal, por lo que debe ser absuelta.

Una cuestión similar es la que se plantea en la **sentencia de la Audiencia Provincial de Sevilla 829/1999, de 23 de noviembre**. El supuesto de hecho que da lugar al pronunciamiento judicial es el siguiente: La Delegación Provincial de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía declaró en situación legal de desamparo a un menor, que había sido internado por su padre en la llamada *Colonia Niño Sergio*⁵⁸, y asumió *ex lege* su tutela, apoyándose en que dicho internamiento había supuesto la ruptura de toda comunicación del menor con su progenitor, amén de la labor inquisitorial de dicha entidad con respecto a los menores allí internados. La sentencia hace constar, sin embargo, que tal ruptura no se ha producido, pues de hecho el padre del menor es médico en una localidad cercana, cuya proximidad le permite visitas frecuentes a la Colonia. Pero además, recuerda que el art. 27.3 de la Constitución garantiza el derecho de los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, y afirma: *«repárese en que no es sólo religioso sino también moral, y por esto último ha de entenderse el conjunto de reglas de conducta propuestas por una determinada doctrina o inherente a determinada condición, según es de ver en la definición que de tal término se presenta en cualquier enciclopedia. Y justo eso es lo que hizo el padre: elegir la formación moral que, conforme a sus propias convicciones, se imparte en la colonia... ya el hecho de que el padre quiera para su hijo esa concreta formación, porque la considere más completa que la convencional y mayoritaria en nuestro entorno cultural, indica un interés en que su hijo reciba, desde sus convicciones, art. 27.3 de la Constitución citado, la mejor formación que entienda puede recibir: un padre que actúa con tales criterios no puede decirse que se desentienda de su hijo, que lo tenga abandonado»* (Fundamento de Derecho 3º).

En definitiva, la Audiencia Provincial consideró que no existía situación de desamparo, por lo que estimó el recurso y dejó sin efecto la Resolución de la Administración.

Recientemente se ha vuelto a abordar la cuestión de la negativa de unos padres a escolarizar a sus hijos, por la **Audiencia Provincial de Málaga**, en la **sentencia 548/2005, de 6 de junio**. El Ministerio Fiscal presentó demanda contra tres grupos de padres, que se habían negado a escolarizar a sus hijos, pretensión que fue estimada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Coín, que ordenó la escolarización obligatoria de los 5 menores por sentencia de 5 de mayo de 2003. Contra esta sentencia, los padres interpusieron recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, alegando que *«en el ámbito de la libertad de educación lo que se plantea es una cuestión de*

⁵⁸ La Colonia del Niño Sergio, que en el momento en que se produjo la intervención de la Junta de Andalucía, estaba integrada por seis adultos y dieciséis niños, pertenece a un grupo más amplio denominado Gran Fraternidad Universal, fundado en Venezuela por el francés Serge Raynaud de la Ferrière.

inconstitucionalidad referida a la obligatoriedad de la escolarización que no es lo mismo y que no es necesaria cuando la enseñanza se imparte de forma domiciliaria», por lo que se entiende infringido el art. 27 de la Constitución, y modificada la *causa petendi*, ya que el Fiscal no pidió en su demanda sino que se cumpliera el mandato del art. 154 del Código civil. El recurso fue desestimado, confirmándose íntegramente la sentencia de instancia.

La sentencia centra el objeto del debate en los siguientes términos: se trata de determinar, por una parte, si las clases que los padres dan a sus hijos en el seno de la familia bastan para cumplir el mandato constitucional, sin necesidad ni obligación de hacer uso de centros autorizados y homologados, o si la enseñanza de los progenitores ha de completar o ser completada por la oficial, teniendo en cuenta que a la edad de los menores debe ser gratuita y obligatoria la enseñanza básica. Pero además, se plantea en el presente recurso el problema de determinar si el derecho a la educación consiste en la total libertad de los padres para orientar a los hijos *«hacia las convicciones morales, religiosas o filosóficas que crean más adecuadas a su formación intelectual y somática, en cuyo caso dicho derecho se confundiría con la libertad ideológica y religiosa del art. 16 de la Constitución, reconduciéndose al derecho contemplado en el art. 27, 3»*, o si dicho derecho consiste esencialmente en el derecho del niño a ser escolarizado con la consiguiente obligación de los poderes públicos de procurar dicha escolarización. Así planteado el objeto del recurso, la audiencia admite que en el presente caso se plantea un conflicto de intereses entre la voluntad de los padres, que según los magistrados *«subsumen el derecho a la educación en un supuesto derecho a la no escolarización y consiguiente impartición de enseñanza en el seno de una o varias familias»* y los intereses de los hijos que son ejercidos en sustitución procesal por el Ministerio Fiscal. Y resuelve dicho conflicto de intereses de la forma siguiente: *«la Constitución confiere a los padres el derecho, no sólo a impartir en el seno de la familia (matrimonio o unión de hecho) la enseñanza que estimen conveniente, sino también el de poder enviar a sus hijos al colegio que deseen e incluso el no menor derecho fundamental a exigir de los poderes públicos la formación que mejor se adecue a sus convicciones; pero tal derecho no ampara otro supuesto derecho de los padres a la no escolarización de los hijos bajo el pretexto de que sólo ellos han de impartir la educación que estimen conveniente»*.

4.2.2.- *El derecho a la elección de centro docente*

Algunos Tribunales de Justicia han tenido que pronunciarse acerca de si es o no conforme a Derecho la decisión de la Administración de inadmitir la solicitud de los padres de que sus hijos sean escolarizados en un determinado centro escolar, elegido para la educación de sus hijos -en base a que el ideario del centro es conforme a sus

convicciones-, en el ejercicio del derecho que el ordenamiento jurídico les reconoce, pese a la no concurrencia de los criterios de admisión debidamente acordados.

En estos casos, se hace necesaria la adecuada ponderación de los intereses en conflicto, que contrapone, por un lado, la existencia de más alumnos por unidad escolar que los permitidos por la normativa en vigor, por otro, el perjuicio de todo tipo –también psicológico- que pudiera irrogarse al niño con los cambios sucesivos de entorno educativo, amistades, etc, y sobre todo con el ejercicio del derecho de los padres a que sus hijos reciban, también dentro del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones, garantizado por el art. 27, 3 de la Constitución y 2, 1 c) de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Pese a que la formulación del derecho de los padres es, como ya se ha visto, suficientemente clara, el desfase muchas veces existente entre el número de plazas escolares disponibles y el de candidatos a ocuparlas está dando lugar a numerosos litigios, en los que se hace valer este derecho fundamental.

A modo de ejemplo, la **sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 21 de mayo de 2008**, estima la pretensión de los padres -revocando consecuentemente la sentencia de instancia-, contra la decisión de la Administración que les niega el derecho a que su hijo inicie sus estudios en el Colegio Concertado Santa Ana de Sevilla, elegido en virtud del art. 27, 3 de la Constitución, y en el que han sido admitidos sus hermanos, por falta de plazas suficientes. El Tribunal, ponderados los intereses en conflicto, da primacía al derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, y afirma que *«no existe dato objetivo que determine el perjuicio del interés general por la mayor escolarización de menores en el centro»* (Fundamento de Derecho 3º). Afirma la sentencia que *«frente a la solemne proclamación, en orden al derecho a la educación y sus manifestaciones, que el Art. 27 de la Constitución formula, resulta sumamente lamentable la realidad cotidiana de la gran proliferación de litigios provocados por el desfase existente entre el número de plazas escolares disponibles, y el de candidatos a ocuparlas. Y esto en una nación que tiene en las ínfimas tasas de natalidad desde hace años, uno de sus problemas endémicos más preocupantes de nuestro país. Ésta y no otra es la razón de ser de este proceso, que nos enseña la penosa realidad de unos niños a los que, pese al decir solemne de la Constitución, se les niega el derecho a iniciar sus estudios en el Colegio que sus padres eligen, por falta de plazas bastantes, y en el que si han sido admitidos los propios hermanos. Ello nos obliga a estimar el recurso, y por lo mismo, a estimar en lo esencial las demandas»* (Fundamento de Derecho 4º).

El **Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 8 de Barcelona**, ha dictado una sentencia el **10 de septiembre de 2008**, por la que se estima el recurso contencioso- administrativo interpuesto contra la desestimación por silencio, del recurso de alzada interpuesto ante los Servicios Territoriales en Barcelona del Departamento de Educación de la Generalidad de Cataluña, contra la relación del alumnado admitido en el proceso de preinscripción del curso 2007/2008. Los padres demandantes hacían valer su derecho a elegir libremente la escuela para su hija (en concreto, el Centro Llisach de Sant Pedor, por responder al ideario deseado por los recurrentes). El Letrado de la Generalidad de Cataluña se apoyó, para denegar la solicitud, en una doble argumentación: por una parte, que en el colegio público en el que se ha escolarizado al menor, hay plazas suficientes y, por otro, la prevalencia del derecho a la educación, sobre el derecho de los padres a la libre elección del centro educativo. Pero la Magistrada advierte que en este caso, la clave de la cuestión que se debate *«radica en el inexcusable y sorprendente desconocimiento, por la Administración demandada, de cuál es el alcance de nuestra Norma Fundamental»*. Manifiesta su estupor, ante la contestación que la Administración hace a la demanda, pues *«cualquier estudiante de segundo de Derecho aprende que la Constitución tiene valor normativo, no programático, y de tal magnitud, que ocupa el primer lugar en la jerarquía de las fuentes del Derecho. Esto es así, precisamente, en garantía de los derechos fundamentales, que lejos de constituir meras declaraciones de intenciones, deben hacerse efectivos sobre cualesquiera normas o actuaciones, públicas y privadas, que los obstaculicen»*.

Por ello, no pueden invocarse limitaciones presupuestarias, para denegar a los padres el derecho que les asiste de elegir para sus hijos la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones, y *«no cabe desnaturalizar los derechos fundamentales, de modo que no se reconozca en ellos su fisonomía propia, como ocurre, sin duda, cuando el derecho a elegir un centro que responda al ideario religioso y moral de los padres, se reduce a la nada, al imponerse a los padres una plaza en el centro que a la Administración le conviene...»*. La sentencia también matiza que no es lo mismo la libre elección del centro, que la libre elección de la formación religiosa y moral, para los hijos, que esté de acuerdo con las convicciones de los padres, porque *«la Constitución no garantiza lo primero, sino lo segundo, pero para que la imposición a los padres de un centro distinto al elegido, no vulnere el art. 27 de la Constitución, es preciso que el centro impuesto garantice una formación equivalente a la que habían elegido y esto no ocurre en el caso de autos... Debe subrayarse, que la opción religiosa y moral es básica cuando de educación se trata y, por lo tanto, no puede pretender la*

Administración demandada, que puede cubrirse esa expectativa de los padres de cualquier manera, o simplemente desconociéndola, por razones tan prosaicas como la

del respeto de unos cupos fijados en función no de la demanda real de los padres, sino de las preferencias de la Administración educativa por un determinado modelo de escuela. Incluso dejando de lado el aspecto religioso, implicado en este caso». En consecuencia, la sentencia estima el recurso y declara el derecho de la menor a ser escolarizada de inmediato en la escuela elegida.

4.2.3.- La oposición de los padres a que sus hijos menores reciban unas enseñanzas obligatorias contrarias a sus convicciones religiosas y morales

En la Jurisprudencia española se ha planteado en diversos casos la negativa, por parte de los padres, a que sus hijos menores no emancipados reciban las enseñanzas incluidas en una materia concreta, por ser contraria a sus convicciones religiosas y morales. En España, esta cuestión ha sido abordada por los Tribunales con respecto a dos tipos de materias: en un caso, se trataba de la oposición de los padres a que su hija recibieran una concreta educación sexual, integrada en una asignatura obligatoria. Recientemente, se ha planteado de nuevo la cuestión, con motivo de la implantación de la materia denominada *Educación para la Ciudadanía*, que está provocando un verdadero aluvión de recursos judiciales ante los Tribunales de Justicia.

4.2.3.1.- La negativa a recibir educación sexual integrada en una asignatura obligatoria

La primera vez que se plantea esta cuestión fue en el año 1997, como ya hemos visto, cuando **los padres de una menor de 13 ó 14 años se niegan a que su hija**, que estudiaba 8º curso de Educación General Básica en un colegio público de un pueblo de Cantabria, **estudie una materia relacionada con la educación sexual, integrada en la asignatura de Ciencias Naturales, invocando el derecho constitucional de los padres de elegir la educación moral de sus hijos que esté de acuerdo con sus convicciones**. Pese a que fue oportunamente informado el director del Centro, en el que el propio padre trabajaba, de que la menor no asistiría al curso de educación sexual, la niña suspendió y tuvo que repetir curso escolar, pero la calificación fue recurrida ante la Dirección Provincial de Educación y Cultura en Cantabria, que dictó resolución el 22 de septiembre de 1997, denegatoria de la reclamación. El padre recurrió ante el **Tribunal Superior de Justicia de Cantabria**, que dictó sentencia confirmando la resolución anterior, el **23 de marzo de 1998**⁵⁹.

⁵⁹ La sentencia fue recurrida ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero fue rechazada por unanimidad, mediante decisión de inadmisión, de 25 de mayo de 2000, asunto **Jiménez Alonso y Jiménez Merino contra España**, ya citado.

En la sentencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo desestimó el recurso con apoyo en una argumentación, que implica una interpretación claramente restrictiva del derecho a elegir dentro y fuera del ámbito escolar, la educación moral que esté de acuerdo con las propias convicciones religiosas e ideológicas, y evidencia una inadecuada apreciación de los límites de este derecho: estima la Sala que el art. 27 de la Constitución reconoce efectivamente una serie de derechos a favor de todos aquellos que concurren en una misma actividad educativa, lo que determina la posibilidad de existencia de conflictos entre tales derechos, *«que deben resolverse mediante el reconocimiento de límites que sirvan para garantizar las relaciones recíprocas de los intereses en juego»*. Es desde esta perspectiva, del reconocimiento de derechos a todos los integrantes de la comunidad educativa, sometidos a límites, desde la que debe abordarse el problema planteado, porque *«el derecho de los padres a que sus hijos reciban la educación de acuerdo con sus convicciones está implicado en el seno de una sociedad plural, un derecho de elección, derecho que se conecta con la creación de centros docentes, de forma tal que se posibilite a los padres la elección del centro que se adecue a sus creencias e ideario, lo que no supone, ni puede suponer, el derecho a imponer a los demás las propias convicciones, ni la posibilidad de exigir un determinado trato diferencial en función de tales convicciones»*.

En conclusión, puesto que el derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones morales, religiosas o ideológicas no constituye un derecho ilimitado, sino que debe ser observado en relación con los derechos que la Constitución reconoce al resto de los agentes de la comunidad educativa, *«no resulta ajustado a Derecho tratar de imponer una diferencia de trato o discriminación positiva a partir de las propias ideas, ni elegir o predeterminar en función de un ideario particular el contenido del proyecto educativo de un centro público, sin perjuicio de que el derecho a un determinado tipo de educación resulte asegurado mediante el derecho a la libre creación de centros docentes, centros que pueden sustentar un determinado ideario»*

Recurrida la sentencia en amparo ante el **Tribunal Constitucional**, por **Auto de 11 de marzo de 1999** declaró inadmisibile el recurso, por carecer manifiestamente de fundamento, con base en los siguientes motivos: *«El artículo 27 de la Constitución española reconoce derechos a todos los que participen en la actividad educativa, lo que supone que en caso de conflicto, habría que analizar una ponderación entre los diferentes intereses que estén en juego. En el presente caso, el Tribunal "a quo" efectuó una ponderación adecuada de los diferentes intereses en conflicto señalando que se trataba de la enseñanza pública. En el contexto de este tipo de enseñanza, la neutralidad ideológica deberá ser respetada, como señaló el Tribunal (...). En este caso, esta neutralidad fue respetada de manera que la ponderación efectuada por el Tribunal "a*

quo" no fue ni arbitraria ni absurda y, por tanto, no podía ser objeto de una revisión por la vía de amparo (...). No hubo tampoco vulneración al principio de la igualdad enunciada en el artículo 14 de manera que, en apoyo del recurso, no se presenta ningún términos de comparación idóneo».

4.2.3.2.- La objeción de conciencia frente a la Educación para la Ciudadanía

En los dos últimos años, es conocida la reacción social, sin precedentes en nuestro país, que ha provocado la implantación, en el sistema escolar español, de la denominada ***Educación para la Ciudadanía***⁶⁰. Se trata de una nueva materia, que fue introducida por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación⁶¹, y que engloba cuatro asignaturas, que se imparten de la siguiente forma: en Educación Primaria, se impartirá, a partir del curso escolar 2009-2010, en el tercer ciclo de la etapa -quinto o sexto curso de primaria-, una materia denominada *Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos* (art. 18.3 LOE); en la Educación Secundaria Obligatoria, se incluyen dos materias: la *Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos*, que se imparte en uno de los tres primeros cursos a todos los alumnos (art. 24.3), y la *Educación ético-cívica*, que deben cursar todos los alumnos en el cuarto curso (art. 25.1); por último, entre las materias comunes del Bachillerato se contempla la *Filosofía y Ciudadanía* (art. 34.6).

Con el fin de asegurar una formación común y garantizar la validez de los títulos correspondientes, el art. 6.2 de la LOE otorga al Gobierno la competencia para regular los aspectos básicos del currículo⁶² que constituyen las enseñanzas mínimas de acuerdo con la Disposición Adicional Primera, apartado 2 letra c) de la Ley Orgánica 8/1995, 3 julio, Reguladora del Derecho a la Educación. En cumplimiento de este mandato, el Gobierno promulgó tres Reales Decretos, por los que se establecen las enseñanzas mínimas en Educación Primaria, Secundaria y Bachillerato⁶³. Pese a que

⁶⁰ He tenido ocasión de pronunciarme ampliamente acerca de las implicaciones de la implantación de esta materia en el sistema escolar español, con carácter obligatorio, por lo que me remito a lo ya dicho en mi trabajo 'Objeción de conciencia a la Educación para la Ciudadanía', *RGDCDEE* nº 17, mayo 2008; Vid. asimismo, el trabajo que con el mismo título, aunque una versión más actualizada, se publica en *Instituciones básicas, Interacciones y Zonas conflictivas de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado (Actas de las XXVIII Jornadas de Actualidad Canónica organizadas por la Asociación Española de Canonistas, en Madrid 26-28 marzo 2008)*, Madrid 2008, pp. 251-329.

⁶¹ BOE núm. 106, de 4 de mayo.

⁶² Se entiende por *currículo*, de acuerdo con el art. 6.1 de la LOE, «el conjunto de objetivos, competencias básicas, contenidos, métodos pedagógicos y criterios de evaluación de cada una de las enseñanzas reguladas en la presente Ley»

⁶³ Real Decreto 1513/2006, de 7 diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria (BOE núm. 293, de 8 diciembre 2006); Real Decreto 1631/2006, de 29 diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria (BOE núm. 5, de 5 enero 2007) y Real Decreto 1467/2007, de 2 noviembre,

los Dictámenes del Consejo de Estado que precedieron a la aprobación de estas normas⁶⁴, habían advertido claramente que «*no puede formar parte de los aspectos básicos del sistema educativo, sustraídos a la libertad de enseñanza garantizada en el artículo 27 de la Constitución, la difusión de valores que no estén consagrados en la propia Constitución o sean presupuesto o corolario indispensables en el orden constitucional*»⁶⁵, lo cierto es que la materia, tal como está configurada en España, constituye un instrumento pedagógico para la construcción de una conciencia moral y cívica en los alumnos, que parte de unos presupuestos antropológicos y está apoyada en unos postulados ideológicos, que no son únicos, sino discutibles, por lo que no pueden imponerse con carácter obligatorio a través del sistema educativo, que tiene que estar presidido por el principio de neutralidad.

Muchos padres se han opuesto a que sus hijos cursen esta materia, que persigue como objetivo, explícitamente expuesto en la propia normativa que la regula, formar, o conformar, la conciencia moral de los alumnos, sobre la base de unos valores que se considera que forman parte de un mínimo común ético⁶⁶, por entender que, tal como

por el que se establece la estructura del Bachillerato y se fijan sus enseñanzas mínimas (BOE núm. 266, de 6 noviembre 2007).

⁶⁴ Es preceptivo el informe del Consejo de Estado en los asuntos relativos a reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en ejecución de las leyes, así como sus modificaciones, en virtud del art. 22.3 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado.

⁶⁵ Dictámenes del Consejo de Estado 2234/2006, sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se establecen las enseñanzas mínimas de Educación Primaria, de 23 noviembre 2006 (BOE de 8 diciembre 2006), y Dictamen 2521/2006 sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se establecen las enseñanzas mínimas de Educación Secundaria Obligatoria, de 21 diciembre 2006. Sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se establece la estructura del Bachillerato y se fijan sus enseñanzas mínimas, vid. Dictamen 1631/2007, de 11 octubre 2007.

⁶⁶ Por citar algún ejemplo, el RD que establece las enseñanzas mínimas de Educación Secundaria, al explicar los procedimientos y estrategias a seguir, establece que es imprescindible hacer de los centros y de las aulas espacios «*que ayuden a los alumnos y alumnas a construirse una **conciencia moral** y cívica acorde con las sociedades democráticas, plurales, complejas y cambiantes en las que vivimos... Es común a ambas materias partir de la reflexión sobre la persona y las relaciones interpersonales... centrándose la Educación Ético-cívica en la reflexión ética que comienza en las relaciones afectivas con el entorno más próximo **para contribuir, a través de los dilemas morales, a la construcción de una conciencia moral cívica***». Al regular la contribución de la materia en la Educación Secundaria Obligatoria a la adquisición de las competencias básicas, se establece (tanto para la *Educación para la ciudadanía y los derechos humanos*, como para la *Educación ético-cívica*), que «*contribuye a mejorar las relaciones interpersonales al trabajar las habilidades encaminadas a lograr la toma de conciencia de los propios pensamientos, valores, sentimientos y acciones...*». Además, el desarrollo y expresión de los sentimientos, las emociones, la educación afectivo-emocional, la identidad y autonomía personal, se incluyen entre los objetivos y contenidos de la materia tanto en la Educación Primaria como en la Educación Secundaria Obligatoria, como vimos en el apartado anterior.

La normativa por la que se establecen las enseñanzas mínimas reconoce explícitamente que la materia tiene una «**dimensión ética**», que pretende «*crear progresivamente un sistema de valores propio en el alumno*». Pero la cuestión es que del contenido de ese sistema de valores no forman parte exclusivamente los valores cívicos, consagrados en la Constitución y la Declaración Universal de Derechos Humanos, como exigían los Dictámenes del Consejo de Estado, sino que se impone una formación moral, un sistema de valores éticos que han de presidir la conducta del alum-

está configurada en los citados Reales Decretos, constituye una materia adoctrinadora, y su imposición obligatoria atenta contra la libertad ideológica y religiosa y vulnera el derecho fundamental que les asiste, a elegir para sus hijos la formación moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, consagrado en el art. 27.3 de la Constitución y 2, 1 c) de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. La peculiaridad que presenta este caso es, por tanto, que la oposición de los padres no se formula respecto a contenidos concretos de la materia, sino a su configuración en bloque, en cuanto que por sus presupuestos, orientaciones, sus objetivos, contenidos y criterios de evaluación colisiona con tan importante derecho. Y el instrumento que han utilizado para hacer valer ese ámbito de inmunidad, que protege a los alumnos contra el posible adoctrinamiento y la imposición de una formación moral contraria a sus personales convicciones y a las de sus padres, es la declaración de objeción de conciencia ante la Administración. Para tener una idea aproximada de las dimensiones que esta reacción social está alcanzando en nuestro país, en el momento en que se escriben estas letras (noviembre de 2008) hay contabilizadas ya más de 50.000 objeciones de conciencia⁶⁷.

Ante la negativa de la mayoría de las Administraciones autonómicas, a reconocer este derecho de los padres, muchas familias se han visto obligadas a recurrir a los Tribunales de Justicia, para hacer valer sus derechos, por la vía del procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales, regulado en los arts. 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa⁶⁸. En este momento, se están sustanciando ante los Tribunales de Justicia españoles, por este motivo, más de 1.500 procedimientos judiciales, en los que se han dictado ya cerca de 200 resoluciones (entre sentencias y autos de medidas cautelares)⁶⁹. Aunque los pronunciamientos de los Tribunales han sido diferentes, las

no en todos los ámbitos de la vida, y que afectan a todos los aspectos de la personalidad, desde los más íntimos, como las emociones o los afectos, hasta las relaciones interpersonales y sociales, pero que responden, como hemos señalado, a una concreta ideología y parten de unos presupuestos antropológicos que chocan abiertamente con otras antropologías, como la antropología cristiana.

⁶⁷ De acuerdo con los datos facilitados por Profesionales Por la Ética, son 50.420 las objeciones contabilizadas por el momento. Profesionales por la Ética, junto con el Foro Español de la Familia, han sido las principales organizaciones promotoras de la objeción de conciencia a la *Educación para la Ciudadanía*. La primera, editó en octubre de 2006 una *Guía para la objeción de conciencia. Educación para la Ciudadanía: los padres elegimos*, que lleva ya más de doce ediciones. En el Portal www.objetores.org puede encontrarse un elenco de todas las más de cien plataformas que se están creando en España, dentro de la campaña «*Tus hijos, tu decisión*», y que coordina esta entidad. Por su parte, el Foro Español de la Familia ha creado un *Observatorio para la objeción de conciencia*, que constituye un foro de seguimiento del tema, a través de la página web <http://www.objetamos.com>.

⁶⁸ BOE de 14 de julio de 1998.

⁶⁹ Un análisis de algunas de estas sentencias, puede verse en A. LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, 'La objeción de conciencia a la Educación para la Ciudadanía ante los Tribunales Superiores de Justicia', *RGDCDEE* nº 17, mayo 2008.

sentencias dictadas hasta la fecha son coincidentes en reconocer el derecho a la objeción de conciencia, como un derecho constitucional derivado de la libertad ideológica y religiosa, y en afirmar que el contenido de la materia denominada genéricamente *Educación para la Ciudadanía* incide en las convicciones morales de los padres y alumnos. Sin embargo, y pese a ello, no todas han acertado a realizar una adecuada ponderación de los derechos en conflicto, y en algún caso se ha desestimado la pretensión de los padres, justificando la imposición de una ética pública, distinta e independiente de la ética privada personal.

El **Tribunal Superior de Justicia de Asturias** se ha pronunciado sobre este tema en la **sentencia 197/2008, de 11 de febrero, seguida de otras 23 sentencias idénticas**, dictadas en procedimientos seguidos por la misma causa –denegación, por parte de la Administración, del derecho a la objeción de conciencia de los padres frente a la *Educación para la Ciudadanía*-. En todas ellas el Tribunal reconoce la existencia de un derecho a la objeción de conciencia por razones ideológicas o religiosas, que ha sido admitido por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa recogido en el art. 16, 1 de la Constitución, así como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha venido a reconocer, en las sentencias de 29 de junio y de 9 de octubre de 2007, la objeción contra determinadas asignaturas de contenido obligatorio, «*en base al derecho de los padres respecto a la educación de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas*» (Fundamento de Derecho 4º). Admiten además, las sentencias del Tribunal asturiano, la posibilidad de que se plantee cuestión de inconstitucionalidad contra la normativa que regula la *Educación para la Ciudadanía*. Sin embargo, no estiman la pretensión de los padres porque entienden que, «*al encontrarse el procedimiento ayuno de toda prueba, se desconoce el contenido de las asignaturas a cuya enseñanza se oponen y con ello las enseñanzas que se entienden contrarias a la libertad ideológica...*» (Fundamento Jurídico 5º). Llama la atención, cuanto menos, el superficial planteamiento de la cuestión que hacen los magistrados, que reconociendo el derecho fundamental de los padres a elegir para sus hijos el tipo de educación moral y religiosa, así como el derecho a objetar frente a una materia obligatoria que sea contraria a sus convicciones, argumentan desconocer el contenido de las normas que se invocan como vulneradoras de tales derechos fundamentales, pese a estar publicadas en el Boletín Oficial del Estado.

El **Tribunal Superior de Justicia de Andalucía** ha respaldado el derecho de los padres a oponerse a que sus hijos cursen la materia de *Educación para la Ciudadanía* por ser contraria a sus convicciones religiosas y morales, en **más de una veintena de sentencias. La sentencia de 4 de marzo de 2008, que resuelve el recurso 787/2007,**

contra la resolución de la Junta de Andalucía que declaraba «no reconocer el derecho a la objeción de conciencia respecto a la aplicación de la asignatura» citada, recuerda que el Tribunal Constitucional ha reconocido la posibilidad de invocar las propias convicciones para sustraerse al cumplimiento de deberes legalmente impuestos, en numerosas ocasiones, y que el derecho a la libertad religiosa garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias, pero también incluye una dimensión externa, de *agere licere*, que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros.

A diferencia de la argumentación que dio pie al Tribunal Superior de Justicia de Asturias para desestimar la demanda, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, frente a la oposición del Ministerio Fiscal y de la Administración, que alegaban la falta de precisión, por parte de los padres demandantes, de los contenidos de la asignatura que vulneran su libertad ideológica y de conciencia, afirma que «la cuestión es precisamente la contraria. Según el TEDH es al Estado y a cada centro docente al que le corresponde suministrar a los padres la información necesaria para que puedan ejercer su derecho a educar a sus hijos, incluso ejerciendo el derecho a objetar a la asignatura parcialmente... En nuestro caso, esa información no se ha suministrado y, además, los contenidos tienen un alto grado de indefinición, lo que no facilita el ejercicio de los derechos de los padres...». Admite que en los Reales Decretos por los que se establecen las enseñanzas mínimas, «se emplean conceptos de indudable trascendencia ideológica y religiosa, como son ética, conciencia moral y cívica, valoración ética, valores o conflictos morales. Ante esta situación, es razonable que los demandantes, por razones filosóficas o religiosas, que no tienen por qué exponer detalladamente, como también señala el TEDH y prevé el art. 16, 2 CE, pueden estar en desacuerdo con parte de la asignatura, y lógico que soliciten se excluya de ella a su hijo, a falta de otras previsiones normativas que permitan salvaguardar su libertad ideológica o religiosa.... El interés público está en la garantía de los derechos... la salvaguarda de estos derechos, mediante la objeción de conciencia, no pone en peligro el ordenamiento jurídico democrático, simplemente refleja su funcionamiento».

Creo que el mayor acierto de esta sentencia es que plantea los términos objeto de debate desde la perspectiva de la protección del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa, del que derivan tanto el derecho a la objeción de conciencia, como el de los padres, a elegir para sus hijos la educación que sea conforme a sus convicciones y por consiguiente, de oponerse a que reciban una formación moral que sea contraria a las mismas. Pero además, defiende que la protección de éste, como de los demás derechos fundamentales, no es una cuestión de interés exclusivamente privado, sino de interés público.

Por **sentencia de 9 de abril de 2008, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía** volvió a estimar el recurso interpuesto por los padres frente a la inadmisión de la objeción de conciencia por parte de la Administración, en un asunto idéntico, pero que presentaba en este caso una particularidad, y es que el menor no estaba cursando aún la materia. El Tribunal rechaza la excepción de falta de legitimación activa planteada por la Administración, por entender que el problema que aquí se plantea está claramente relacionado con la cuestión litigiosa, que no es una falta de *legitimatio ad processum* sino que constituye lo que la tradición denomina *legitimatio ad causam* que corresponde a la cuestión de fondo. Es decir, que *«no es preciso que los padres de escolares menores se enfrenten a la realidad actual de cursar la disciplina que objetan en conciencia, para que puedan efectivamente plantear la objeción. Muy al contrario, resulta sumamente razonable permitir a los interesados la posibilidad de anticiparse a las consecuencias en absoluto querida ni deseada del hecho consumado»* (Fundamento de Derecho 2º).

El fallo de la sentencia, al igual que el de las 23 sentencias dictadas por este Tribunal en asuntos similares, establece que los alumnos objetores quedan exentos de cursar la materia y de ser evaluados.

En el recurso contencioso administrativo de protección jurisdiccional de derechos fundamentales nº 519/2007, planteado contra los Decretos autonómicos que desarrollan el currículo de la materia en Andalucía, volvió a pronunciarse el Tribunal Superior de Justicia de esta Comunidad Autónoma sobre el tema, en la **sentencia de 30 de abril de 2008**, que estimó el recurso, declaró la nulidad parcial de los decretos autonómicos y suscitó cuestión de ilegalidad de los Reales Decretos ante el Tribunal Supremo.

La sentencia afirma que, *«en una sociedad pluralista (art. 1.1 C.E.), la transmisión de creencias (religiosas, filosóficas o ideológicas) o de juicios morales, le está impedida a los poderes públicos, por la libertad religiosa e ideológica de las personas que garantiza el art. 16 de la C.E., la cual sólo puede restringirse cuando la actividad de la enseñanza tanto pública como privada conculque los postulados del art. 27.2 de la C.E., esto es, los propios principios y normas de la convivencia democrática»* (Fundamento de Derecho 5º). Sin embargo, en los RD se emplean conceptos de indudable trascendencia ideológica y religiosa, como son ética, conciencia moral y cívica, valoración ética, valores, o conflictos sociales y morales. Es más, la lectura de los dos RD (de Educación Primaria y Secundaria) muestra *«la elaboración de un tratado o corpus de lo que es el individuo y de lo que debe ser, una construcción ideológica de la persona más o menos acabada pero sí global o integral, en la programación de una enseñanza por parte de las Administraciones Públicas, que es obligatoria para todos los escolares, dirigida explícitamente a la formación moral de los alumnos, lo cual violenta la libertad ideológica y religiosa de las personas y al mismo tiempo el pluralismo político constituido como uno*

de los valores superiores del ordenamiento jurídico». Sostener que el pleno desarrollo de la personalidad, a que hace referencia el art. 27.2 de la Constitución Española faculta a los poderes públicos a tomar partido definiendo cuestiones morales o ideológicas y evaluando a los niños y jóvenes de su adhesión personal a tales postulados, «constituye una ilícita invasión que hace la norma jurídica a campos o disciplinas que le son extraños: Son realidades diversas el Derecho y la Moral (o la Ética)... Ni lo legal es lo moral, ni el Derecho es fuente de la Ética». (Fundamento Jurídico 10º).

El Tribunal Superior de Justicia de La Rioja ha dictado al menos 23 sentencias, todas ellas favorables a la objeción de conciencia de los padres frente a la materia que consideran vulnera su derecho a elegir para sus hijos la formación moral que esté de acuerdo con sus convicciones. Todas entran en el análisis detenido de los Reales Decretos y suscitan cuestión de ilegalidad contra los mismos, ante el Tribunal Supremo. Particular importancia tiene, con relación a la cuestión que aquí nos ocupa, la fundamentación de la **sentencia 156/2008, de 8 de julio**, y que ha sido reproducida de forma prácticamente idéntica, en las otras 22 sentencias dictadas por el mismo Tribunal, en fechas distintas⁷⁰. Los derechos invocados por los actores para objetar en conciencia respecto de las citadas asignaturas son, precisamente, el derecho a la libertad religiosa y de conciencia y el derecho a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

El Tribunal reconoce que *«es a los padres a quienes corresponde **naturalmente** el derecho y el deber de educar a sus hijos, fundamentalmente durante su minoría de edad»*. Hasta el momento en que los niños adquieren el uso de razón, las normas morales les van a ser impuestas, y después, en la adolescencia y hasta la vida adulta, *«conforme van adquiriendo más experiencia de vida y mayor capacidad de razonamiento, será en esa fase de formación, cuando la educación que hayan de recibir en los centros educativos deba ser, también, exquisitamente respetuosa con el derecho fundamental de los padres consignado en los artículos 16 y 27.3 de la Constitución, pues estando los menores en fase de desarrollo de su personalidad, es cuando el razonamiento crítico va a ser esencial para cuestionar la moral impuesta, de modo que una eventual inmisión del Estado, a través de la prestación del servicio público educativo, que pretenda imponer alguna concreta ideología o descalificar otras, será contraria a tales derechos y libertades constitucionales»*. Por lo tanto, el derecho fundamental de los padres consignado en el artículo 27.3 de la Constitución, a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, *«veda ese tipo de intervención estatal: tanto la imposición de criterios*

⁷⁰ Las sentencias se han dictado el 8, 11 y 22 de julio y el 5 de septiembre de 2008.

morales como el adoctrinamiento ideológico». (Fundamento de Derecho 4º). Y añade, en términos meridianamente claros, que «el desarrollo de la personalidad ha de ser libre - artículo 10. 1 de la Constitución española-... Y precisamente porque esto es así, es por lo que el artículo 27.3 de la constitución española hace referencia al derecho de los padres a decidir sobre la formación moral de sus hijos, pues a éstos es a quienes corresponde la función de educarlos -artículo 154 del Código civil-, en orden al desarrollo de la personalidad de aquéllos... La Constitución no distingue entre una "ética pública", supuestamente amparada en dicho precepto, y una "ética privada", supuestamente amparada en el artículo 27.3. La supuesta dualidad ética pública - ética privada no tiene el menor amparo constitucional».

Por consiguiente, concluye el Tribunal que *«la difusión por el Estado a través del sistema educativo de valores que no estén consagrados en la propia Constitución o sean presupuesto o corolario indispensables del orden constitucional, no se ajusta al artículo 27.3, que cuando garantiza el derecho de los padres para que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones, “está estableciendo una órbita de libertad privada y de terreno acotado para el poder público, impidiendo formaciones ideológicas imperativamente predispuestas desde el Estado” (Auto del Tribunal Constitucional 276/1983)».* A juicio del Tribunal, el texto reglamentario pone de manifiesto un *«contenido de formación moral en esta asignatura y su expresa pretensión de conformar en los alumnos, una conciencia moral concreta, la denominada “conciencia moral cívica”, que sería una especie de moral pública, imponiéndoles como normas morales una serie de valores concretos que son los elegidos por el Estado en un determinado momento histórico, erigiéndolo así en adoctrinador “de todos los ciudadanos y ciudadanas en valores y virtudes cívicas”, pues trata de impartir e imponer conductas ajustadas a una moral concreta, no "neutra", dando por supuesta una ética cívica o pública distinta de la personal».* En consecuencia, el programa de la asignatura de Educación para la Ciudadanía establecido por el Estado reglamentariamente *«vulnera el artículo 27.3, que garantiza el derecho de los padres para que sus hijos reciban una formación moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».*

Recientemente los Tribunales Superiores de Justicia de Navarra y de las Islas Baleares se han pronunciado en sentido contrario a la mayoría de las resoluciones judiciales existentes sobre el mismo tema hasta la fecha, en las **sentencias nº 465/2008, de 9 de octubre y 562/2008, de 14 de noviembre, ambas del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, y la nº 627/2008, de 5 de noviembre, del Tribunal Superior Balear**, que han desestimado la pretensión de los padres. En los tres casos, el pronunciamiento judicial reconoce la existencia de un derecho a la objeción de conciencia y admite que el contenido de la *Educación para la Ciudadanía* incide en las

convicciones morales de los padres y de los alumnos, pero en ellas subyace un posicionamiento ideológico, que impide a los magistrados hacer una correcta ponderación de los derechos y bienes en conflicto, pues parten de una premisa que es, cuanto menos, discutible -cual es la distinción entre ética pública y privada-, y asumen los valores constitucionales y las prácticas democráticas como mínimo ético común, con carácter universal, distinto de la ética personal o particular.

Así, la sentencia 465/2008 del Tribunal navarro, reconoce que el recurso *«no se funda únicamente en la libertad ideológica/religiosa de los recurrentes sino también y principalmente en la relación de ese derecho con el proclamado por el artículo 27.3 del texto constitucional»*, pero admitiendo que la demanda se apoya en los dos derechos fundamentales invocados, no acierta a plantear en los justos términos el objeto del debate, al afirmar: *«con lo cual el análisis que se acaba de exponer debe completarse con el que corresponde a la confrontación entre los fundamentos ideológicos de la asignatura y las convicciones morales y religiosas de los objetores»*⁷¹. Este planteamiento, da pie al Tribunal a desestimar la demanda, por entender que no se hallan en las normas que regulan el currículo de la materia, ni en el contenido de los textos, *«nada que puede razonablemente entenderse que excede de lo que es una enseñanza objetiva, crítica y neutral de una materia que es de obligada impartición ex artículo 27.2 C.E.»* (Fundamento de Derecho 7º)⁷², y ello pese a que los demandantes habían acreditado suficientemente aquellos objetivos, contenidos y criterios de evaluación que forman parte del currículo de la materia, que son contrarios a sus convicciones personales que, en este caso, abiertamente declararon estar apoyadas en la fe católica.

La sentencia tiene dos votos particulares, sumamente interesantes, de los magistrados Juan Alberto Fernández Fernández y Juan Antonio Hurtado Martínez. El primero de ellos, especialmente categórico, pone de manifiesto cómo del examen conjunto de todos los elementos estructurantes de la materia se revela *«el lead motif de la asignatura: formación de conciencias, inculcación de valores, fomento de actitudes, adquisición de hábitos. Y si a esto que es lo sustantivo en la dialéctica del asunto añadimos lo adjetivo llegamos a lo*

⁷¹ *«O lo que es lo mismo –aclaran los magistrados-, la compatibilidad entre los principios, valores y contenidos de EpC con la doctrina católica»* (Fundamento de Derecho 2º).

⁷² En idénticos términos se pronuncia el Fundamento Jurídico 8º de la sentencia 562/2008, de 14 de noviembre, del mismo Tribunal Superior de Justicia de Navarra. En este caso, el Tribunal realiza una interpretación sumamente restrictiva del derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos conforme a sus convicciones, y por el contrario utiliza un criterio de interpretación tan amplio de sus límites, que este derecho fundamental queda reducido, y es contemplado, por los magistrados como una mera excusa de los padres para oponerse a la enseñanza institucionalizada. Así, afirma la sentencia que el derecho de los padres no es un derecho omnímodo, que pueda oponerse válidamente a cualquier tipo de enseñanza, pues *«tiene el Estado un relevante derecho-deber que se antepone a aquél de tal modo que, cumplido éste fielmente, no caben excusas individuales que harían a la postre inviable la organización de tan importante función estatal»*.

siguiente: formación del espíritu cívico-social en la ideología y praxis democráticas». Tras analizar el tenor literal de los textos normativos acerca del objetivo de la materia, afirma que *«con formulaciones tan encomiásticas o apologéticas la preconizada neutralidad es, en el mejor de los casos, una pura ingenuidad y no sólo un error metafísico de principiante (...) mas un contrasentido teórico desde el punto de vista epistemológico»* (Fundamento de Derecho 1º). Ello lleva al magistrado a afirmar que *«la asignatura es lo que parece y parece lo que es por sus propios fundamentos y objetivos»* por lo que su regulación *«no cumple los requisitos de neutralidad o no adoctrinamiento exigidos por la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos...»* (Fundamento de Derecho 2º)⁷³. Por todo ello, concluye que EpC conculca el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales de los arts. 16. 1 y 27. 3 invocados por los recurrentes, y *«en este sentido representa una “apostasía” en nuestro sistema de libertades»*. Cuando el Estado se inmiscuye en el ámbito de la educación moral de los niños, reservado a la libre elección de los padres, con vulneración de su deber de neutralidad en este ámbito, *«aquéllos tienen el derecho de proteger su libertad ideológica y de creencias mediante el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia. Frente a intromisiones de esta clase hoy no hay otro mecanismo de protección de la libertad de pensamiento o de creencias que la objeción de conciencia de los padres como titulares de la educación moral y religiosa de sus hijos»* (Fundamento de Derecho 7º).

El segundo voto particular, de semejante tenor, señala que, apareciendo en la resolución de la Sala la decisión de resolver sobre la existencia o no de un adoctrinamiento en los Decretos vinculados a la actuación impugnada, la sentencia debiera haber entrado a resolver sobre las demás cuestiones planteadas por los recurrentes, que sin embargo no fueron atendidas, sino que quedaron prejuzgadas, pese a que en el recurso se presentaron vinculadas claramente a derechos fundamentales relevantes. Y advierte el magistrado al concluir su voto particular, que lo que no se puede compartir *«es que el positivismo jurídico sea la única doctrina posible por considerarse una noción neutral y objetiva en el tratamiento de los Derechos Fundamentales»* (Fundamento de Derecho 6º)⁷⁴.

⁷³ La división entre una supuesta formación cívico-civil correspondiente al Estado y una formación religiosa y moral que queda relegada al ámbito privado y a la vida, añade el magistrado, *«además de inaceptable, ontológica y epistemológicamente, es falaz, porque: a) a asignatura incluye cuestiones del orden estrictamente privado o íntimo de la persona... ; b) Ni la moral puede escindirse en pública y privada ni la conciencia puede compartimentarse en esferas o dimensiones equivalentes...; c) La llamada ética cívica o mínimo común ético que inspira los designios declarados en EpC corresponde a concepciones de la persona... bien distintas a las de la ética de orientación católica que profesan los recurrentes...; d) La formación ético-moral de la persona exige una propuesta única, totalizadora, omnicomprendensiva, global, y no tantas propuestas como educadores tenga el niño; el Estado por un lado, la familia por el otro...; e) EpC identifica moralidad con legalidad...»* (Fundamento de Derecho 5º).

⁷⁴ Este mismo magistrado, Juan Antonio Hurtado Martínez, emitió también un extenso y muy fundamentado voto particular a la sentencia 562/2008 del mismo Tribunal Superior de Justicia de

En sentido similar a los pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, la sentencia del Tribunal balear admite a trámite el recurso por el procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales (arts. 114 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 de julio) y plantea si el contenido de la asignatura, por su carácter obligatorio, vulnera o no los arts. 16 y 27, 3 de la Constitución. Pero la sentencia descarta el posible conflicto de modo explícito, y niega ser cierto que la asignatura refleje «*contenidos apologéticos o de adoctrinamiento a favor de determinadas posiciones morales, ideológicas, filosóficas*», sino que entiende que los valores que se pretenden inculcar son los proclamados por la Constitución, aunque admite que «*sin duda suponen posiciones morales, ideológicas o filosóficas, pero no por este motivo han de quedar exentas del contenido educativo*» (Fundamento de Derecho 6º). Además, añade que «*la no expresión de las convicciones personales del recurrente contrarias a los valores expresados en el currículo educativo, hace difícil calibrar si las convicciones morales y religiosas del recurrente cumplen con las condiciones de seriedad, coherencia e importancia, únicas dignas de ser respetadas según la doctrina del TEDH*»

Finalmente, concluyen los Magistrados que «*de la misma forma que la Norma Fundamental no es axiológicamente neutra sino que desde su artículo primero ya propugna como valores superiores los de la justicia o la igualdad, no puede pretenderse que no se eduque en tales posiciones ideológicas*» (Fundamento Jurídico 7º). Peligrosa afirmación ésta, pues una cosa es que la Constitución esté efectivamente inspirada en unos valores, que el mismo art. 1 cita, y otra es que puedan imponerse como obligatorios determinados contenidos curriculares apoyados en una opción ideológica concreta, pues la imposición de estos postulados ideológicos –por tanto discutibles– es contraria al pluralismo, que es uno de los principios básicos del sistema democrático. Pero además, una cosa es señalar los valores éticos implícitos, efectivamente, en la Constitución y los derechos humanos, enfatizando su importancia para la vida social, y otra bien distinta exigir la adhesión o asunción de ciertos valores y postulados ideológicos que, al menos implícitamente, impliquen la exclusión otros planteamientos que partan de presupuestos diversos, aunque perfectamente legítimos. Lo primero es positivo; lo segundo resulta intolerable⁷⁵.

Navarra, ya citada. De particular interés me parece el razonamiento que hace en el fundamento jurídico 10º, relativo a los límites del derecho garantizado por el art. 27, 3 CE. Reconociendo que no existe ningún derecho absoluto, y que tanto la doctrina jurisprudencial nacional como del TEDH han admitido que en algunos supuestos el Poder Público puede imponer unos contenidos educativos a los titulares del citado derecho fundamental, señala que lo han hecho a condición de que, «*so capa de impartir enseñanzas académicas, no se trate de adoctrinar, es decir, de imponer a los titulares del derecho fundamental (...), no se trate de imponer una doctrina o conjunto integrado de ideas a quienes ostentan ideas, creencias, convicciones, ideología religiosa o filosófica diferentes*».

⁷⁵ L. RUANO ESPINA, 'Objeción de conciencia...', cit., p. 26.

El **Tribunal Superior de Justicia de Cantabria** se ha pronunciado recientemente sobre el tema, en tres sentencias idénticas, de fechas 16 de enero (sentencia 17/09, dictada en el Recurso número 733/08) y 20 de enero de 2009 (sentencias 30/09 y 31/09, recaídas en los Recursos número 627/08 y 628/08). En los tres casos, los Magistrados parten del reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia, derivado del derecho a la libertad ideológica y religiosa. Entienden que la discusión en torno a si existe o no tal derecho es una cuestión ya superada, puesto que «la pretendida restricción del derecho a la objeción de conciencia invocando el derecho fundamental a la libertad ideológica tan sólo cuando el mismo presenta una específica cobertura legal, ha sido superada y admitida por el propio Tribunal Constitucional» (Fundamento de Derecho 9º). Por tanto, el Tribunal admite que «la inexistencia de Ley que regule la objeción planteada en este caso no es obstáculo que impida la admisión del presente recurso, donde a través de la objeción se solicita, motivadamente, la tutela de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 16 y 27, 3 de la Constitución» (Fundamento Jurídico 12º). El problema estriba, sin embargo, en si puede o no ejercerse ese derecho por los padres en los hijos menores que se ven obligados legalmente a cursar una materia cuyos contenidos entienden que entran en contradicción con sus convicciones, lo que obliga al Tribunal a «precisar con toda claridad si se ha producido o no dicha vulneración».

En segundo lugar, el Tribunal admite que, desde el marco constitucional, resulta incuestionable la interdicción del adoctrinamiento ideológico por parte del Estado al llevar a cabo su acción educativa, de forma que el derecho fundamental a la educación se encuentra condicionado por dicha limitación, que obliga a mantener la neutralidad ideológica. Ello supone que «la obligación de garantizar el derecho a la educación obligatoria por los poderes públicos debe respetar las convicciones de los padres, sin que pueda a través de la misma impartir doctrinas de índole filosófica, moral o religiosa que entren en contradicción con aquéllas, traspasando los límites de la conciencia íntima de los menores...».

Ahora bien, pese a que los Magistrados admiten que la Educación para la Ciudadanía persigue la adquisición de una conciencia moral –llamada cívica- de los alumnos, y que dicha formación ética o moral no puede ser neutra, las tres sentencias concluyen que no puede afirmarse que la formación de una conciencia y una ética cívica entrañe una pretensión de imbuir a los alumnos de ideas, doctrinas o posiciones morales o religiosas que se adentren en lo más íntimo de sus convicciones y creencias personales de los padres, sino que la moral o ética cuya consecución se pretende es una ética cívica, que habilite a los alumnos para la convivencia pacífica y democrática (Fundamento Jurídico 19º). Es decir, que el Tribunal justifica que el Estado, a través del sistema educativo, pretenda la formación de la conciencia de los alumnos tomando como referente ético las

normas contenidas en la Constitución y la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el entendimiento de que la formación de las conciencias sobre la base de esta ética cívica no supone vulneración de las convicciones y creencias personales de padres y alumnos, antes al contrario, se trata de dotar a los alumnos de unos mínimos referentes y valores para vivir en sociedad. Por todo ello, se desestiman los recursos contencioso-administrativos planteados contra la denegación del reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia *in casu*.

Las sentencias tienen un voto particular, del Magistrado D. Rafael losada Armadá, que considera perfecta y plenamente acreditado que en parte de los contenidos de la materia se emplean conceptos de indudable trascendencia ideológica y religiosa, contenidos que pugnan con las convicciones del actor y contra su derecho fundamental a la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones: «Lo que se denuncia son unas enseñanzas concretas que significan la imposición de un relativismo ético y de una concepción particular del hombre y de la vida... La asignatura tiene como parte de la materia curricular el objeto de conformar en los alumnos una conciencia moral cívica concreta a través del establecimiento como valores y virtudes de unos determinados que el propio Estado incorpora más allá de su dimensión política, lo cual, inicial y razonablemente, justifica la objeción de conciencia planteada».

También han admitido la objeción de conciencia a la Educación para la Ciudadanía algunos Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, como el de Huesca, que ha emanado por el momento cinco sentencias favorables a los padres ⁷⁶, y el de Cáceres, que ha dictado dos sentencias estimatorias ⁷⁷.

En definitiva, podemos decir que todas las sentencias que los Tribunales han emanado hasta el momento, acerca del tema que nos ocupa, son coincidentes en tres puntos:

1. Todas ellas reconocen la existencia del derecho a la objeción de conciencia, que deriva del derecho a la libertad ideológica y religiosa consagrado por el art. 16, 1 de la Constitución Española. Afirman explícitamente, incluso, que el debate en torno a si existe o no este derecho a la objeción de conciencia es una cuestión ya superada por el Tribunal Constitucional.

2. Todas son coincidentes en afirmar que la Educación para la Ciudadanía incide en las convicciones morales de los alumnos, desde el momento en que admiten que la materia tiene como objetivo la formación moral del menor sobre la

⁷⁶ Sentencias 235/08, de 22 de agosto, 287/08, de 24 de octubre 2008, 329/08, de 4 de diciembre, 340/08 de 15 de diciembre y 355/08 de 22 de diciembre.

⁷⁷ Sentencias número 211/08, y 212/08, ambas de 10 de diciembre de 2008.

base de unos valores que forman parte de una ética llamada cívica -pública, en contraposición a la privada-, que está apoyada en las normas positivas contenidas en la Constitución y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

3. Así mismo, en todos los casos los Magistrados advierten que, al organizar el sistema educativo, los poderes públicos deben evitar el adoctrinamiento de los escolares.

Ahora bien, si todas coinciden en estos tres puntos claves ¿por qué llegan a distinta conclusión en su parte dispositiva?

En mi opinión, las sentencias de los TSJ de Navarra, Baleares y Cantabria, que han sido contrarias a las pretensiones de los padres, están bien construidas, pero en la argumentación de todas ellas subyace un posicionamiento ideológico concreto. Parten de una premisa que no tiene apoyo constitucional, cual es la distinción entre ética pública, que el Estado puede imponer con carácter obligatorio, frente a la ética privada, que viene referida al ámbito de las convicciones íntimas y las creencias personales, cuya elección compete a los padres y los alumnos, en el ejercicio de los derechos reconocidos por la propia Constitución. Por otra parte, asumen los valores constitucionales y las prácticas democráticas como referente común ético mínimo, con carácter universal, para las conductas personales y colectivas. Estiman, en definitiva, que no se puede afirmar que la formación de una conciencia cívica que toma como referentes los valores establecidos por la Constitución y la Declaración Universal de Derechos Humanos entrañe la pretensión de inculcar a los alumnos de ideas, doctrinas o posiciones morales o religiosas que se adentren en lo más íntimo de sus convicciones, sino que sólo se pretende formar a los alumnos en una ética cívica que les habilite para la convivencia. Y esta ética no puede ser neutra, sino que hay que dotar a los menores de unos referentes y valores para vivir en sociedad.

Por el contrario, los Tribunales que han estimado la pretensión de los padres, es decir los TSJ de Andalucía y La Rioja, así como los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Huesca y Cáceres, se apoyan en que en los Reales Decretos se emplean conceptos de indudable trascendencia ideológica y religiosa, como son ética, conciencia moral y cívica, valoración ética, valores, o conflictos sociales y morales. La lectura de dichos Reglamentos muestra la elaboración de un tratado o *corpus* de lo que es el individuo y de lo que debe ser, una construcción ideológica de la persona global o integral, en la programación de una enseñanza por parte de las Administraciones Públicas, que es obligatoria para todos los escolares, dirigida explícitamente a la formación moral de los alumnos, lo cual violenta la libertad ideológica y religiosa de las personas y al mismo tiempo el pluralismo político constituido como uno de los valores

superiores del ordenamiento jurídico. Ello implica que se impone a los alumnos, como normas morales, una serie de valores concretos que son los elegidos por el Estado en un determinado momento histórico, erigiéndolo así en adocrinador de todos los ciudadanos en valores y virtudes cívicas.

Se trata, pues, de imponer conductas ajustadas a una moral concreta, no neutra, dando por supuesta una ética cívica o pública distinta de la personal. Pero esa distinción, entre ética pública y privada, no tiene apoyo constitucional, sino que parte de un postulado ideológico ⁷⁸. Se apoyan, además, todas estas sentencias, en que no existe, en nuestro ordenamiento jurídico, un modelo de democracia militante, que imponga no sólo el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento jurídico. No se ha exigido por la sentencia del Tribunal Constitucional 48/2003 a los diputados, cuanto más a niños menores de edad. En definitiva, concluyen que la difusión por el Estado, a través del sistema educativo, de determinadas ideologías, no se ajusta al art. 27. 3 CE que garantiza el derecho de los padres para que sus hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones, por lo que amparan en estos casos la objeción de conciencia.

5.- CONCLUSIONES

1ª.- El derecho de toda persona a elegir la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las personales convicciones, para sí o para los menores de edad no emancipados bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, deriva, por una parte, del derecho a la educación y a la libertad de enseñanza, pero también forma parte del contenido esencial del de libertad religiosa, y consiguientemente está garantizado por la Ley Orgánica reguladora de este derecho.

En el ejercicio y garantía del mismo confluyen, por una parte, el Estado -y las Administraciones públicas-, a quien el ordenamiento confiere amplias competencias, para garantizar que el derecho a la educación elemental y gratuita llegue a todos, y para vigilar el cumplimiento de la escolarización obligatoria. Por otra parte, los padres, que en virtud de la relación de filiación, tienen un deber natural y un derecho de velar por sus hijos, cuidar de ellos y procurarles una formación integral que les permita el pleno desarrollo de la personalidad. Teniendo en cuenta el interés del menor, los padres tienen derecho a elegir para sus hijos menores que estén bajo su dependencia, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones, así como oponerse a que

⁷⁸ Frente a la tesis de la unidad de la ética, basada en la unidad moral y psicológica de la persona humana, el Gobierno se ha decantado por la postura ideológica que defiende la doble ética o ética disociada, que hunde sus raíces en la Ilustración. Nos parece sumamente interesante a este respecto, el *Informe sobre las Influencias ideológicas en Educación para la Ciudadanía* realizado por J.L. Bazán, publicado por la Fundación *Derecho y Libertad*, Madrid, 10 enero 2009.

reciban la que sea contraria a las mismas. Derecho que también puede hacer valer el menor, en cuanto titular del derecho a la libertad religiosa y de conciencia, y cuyo disfrute y ejercicio por sí mismo, se modulará en función de su madurez.

2ª.- La libertad de los padres para elegir el tipo de educación de sus hijos está amparado ya por el art. 27, 1 de la Constitución Española, que garantiza el derecho a la educación y la libertad enseñanza, pero además, el párrafo 3º de este precepto, asegura *en cualquier caso* el derecho a recibir la concreta formación religiosa y moral que los padres quieran para sus hijos, tanto en su vertiente positiva, que ampara el derecho a elegir el tipo de educación, como negativa, que garantiza un ámbito de autonomía e inmunidad, para que los padres puedan oponerse a que sus hijos reciban una formación moral o religiosa contraria a sus propias convicciones.

Ello implica que el Estado no puede incluir en el sistema educativo, con carácter obligatorio, una materia cuyos principios inspiradores, objetivos pedagógicos, contenidos y criterios de evaluación vayan dirigidos a la formación moral de los alumnos, que tenga carácter indoctrinador, pues el principio de neutralidad exige que aquellos temas sensibles, que tengan una dimensión ética o moral, no sean incorporados al currículo escolar con carácter obligatorio, para poder preservar a los alumnos del adoctrinamiento contrario a las convicciones de los alumnos y/o de sus padres.

3ª.- De la formulación de este derecho por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa se desprende que son titulares del mismo tanto los padres, respecto de los hijos menores no emancipados e incapacitados bajo su dependencia, como los propios hijos, si tienen suficiente madurez. Pero al igual que los demás, tampoco éste es un derecho omnímodo. En la garantía del mismo debe tenerse presente que la educación del menor tiene por objeto el pleno desarrollo de su personalidad, y todas las facultades y deberes que integran el contenido de la patria potestad deben ejercerse siempre en su beneficio. Por ello, de plantearse un eventual conflicto entre el ejercicio del derecho de los padres, a elegir para sus hijos menores una formación religiosa y/o moral concreta, o bien a decidir que no reciban este tipo de formación, y el interés del propio menor, habría que prestar especial atención tanto al derecho del menor a la libertad religiosa y de conciencia -lo que puede llevar a la necesidad de oírle, en aquellas decisiones que le afecten, de acuerdo con sus condiciones de madurez-, y por otra, a los límites al ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa, que establece la propia Ley Orgánica.

4ª.- En el ámbito educativo, de los textos normativos que han regulado la enseñanza en España, tan sólo la LODE reconoce expresamente este derecho de los padres, y junto a él, el derecho del alumno a que se respete su libertad de conciencia y sus convicciones religiosas y morales. Para la efectividad de estos derechos, los centros

públicos deben desarrollar sus actividades con sujeción a los principios constitucionales, garantía de neutralidad ideológica y respeto a las opciones religiosas y morales de los padres.

5ª.- El derecho a elegir la educación religiosa y moral conforme a las propias convicciones está garantizado también en numerosos textos y tratados internacionales ratificados por España, aunque desde perspectivas distintas: en unos casos, desde la órbita de la libertad de pensamiento, conciencia y religión, en otros, desde la vertiente del derecho a la educación. Particular importancia tiene la formulación de este derecho por el art. 2 del Protocolo Adicional I del Convenio Europeo, que establece una vinculación entre el derecho a la educación, que tiene que quedar garantizado por el Estado, y el derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión. La Jurisprudencia del TEDH ha afirmado reiteradamente, la necesidad de interpretar este precepto a la luz de lo dispuesto en los arts. 8, 9 y 10 del Convenio, y ha insistido en que genera para el Estado una obligación de respetar las convicciones religiosas y filosóficas en el conjunto de la enseñanza pública.

6ª.- Al interpretar el art. 2 del Protocolo I, la Corte de Estrasburgo, ya desde el *Kjeldsen*, ha centrado la atención en si el Estado, al cumplir las funciones asumidas en materia de educación y enseñanza ha velado por que los conocimientos sean difundidos de manera *objetiva, crítica y pluralista* o si por el contrario, perseguía una finalidad de adoctrinamiento no respetuosa con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres demandantes, lo que implica una interpretación restrictiva del derecho de los padres, que el art. 2 del Protocolo reconoce, con independencia de la finalidad perseguida por el Estado en la ordenación del sistema educativo.

El TEDH ha venido estableciendo reiteradamente, como principios de interpretación del art. 2 del Protocolo I, los siguientes: el art. 2 no permite distinguir entre la instrucción religiosa y las demás disciplinas, sino que ordena al Estado a respetar las convicciones de los padres (entendiendo por tales las opiniones que alcancen cierto grado de fuerza, seriedad, coherencia e importancia) en el conjunto del programa de la enseñanza pública, lo que genera para el Estado una obligación de carácter positivo, que los padres pueden exigir, en virtud del derecho que tienen, prioritariamente, de asegurar la educación y la enseñanza de sus hijos, derecho que deriva a su vez de un deber natural hacia ellos. Ello no impide a los Estados difundir informaciones o conocimientos que tengan un carácter religioso o filosófico, pero al hacerlo, el Estado está obligado a velar por que tales informaciones sean difundidas de manera crítica, objetiva y pluralista.

En una sociedad democrática pluralista, la obligación de imparcialidad y neutralidad del Estado respecto a las distintas religiones, cultos y creencias, es incompatible con cualquier facultad de apreciación, por parte del Estado sobre la legitimidad de las

creencias religiosas, o sobre las modalidades de expresión de éstas, si bien, salvo que la solicitud de exención se refiera a actividades claramente religiosas, la petición de exención puede conllevar el riesgo de que los padres se vean obligados, en ciertos casos, a desvelar algunos aspectos sobre sus convicciones religiosas y filosóficas, para argumentar razonablemente su solicitud, obligación que en cualquier caso ha de conciliarse con el respeto a la vida privada y familiar garantizado por el art. 8 del Convenio.

7ª.- La jurisprudencia de los Tribunales españoles ha abordado el derecho de los padres a elegir la educación religiosa y moral de sus hijos que esté de acuerdo con sus convicciones, desde perspectivas diversas, que podemos reducir a tres:

a) El creciente fenómeno del *home school*: la negativa de los padres a escolarizar a sus hijos menores en un centro autorizado, por entender que la enseñanza institucionalizada, tal como está concebida en nuestro país, vulnera el derecho a que sus hijos reciban una determinada instrucción moral, exige realizar una adecuada ponderación de los derechos en conflicto. La jurisprudencia española ha establecido que el derecho fundamental a la educación compromete a los poderes públicos en la tarea de colaborar a su efectiva realización, pero no se interfiere necesariamente en el de los padres a que sus hijos reciban la educación moral de acuerdo con sus convicciones, y no cabe descartar modelos educativos basados en la enseñanza en el propio domicilio, siempre que con ello se satisfaga la necesaria formación de los menores. Por tanto, se viene admitiendo, mayoritariamente la enseñanza en el hogar, si queda acreditado que la formación que reciben los menores en el seno de la familia es suficiente para cumplir los mandatos constitucionales. En algún caso, no obstante, se ha entendido que el derecho de los padres no ampara otro supuesto derecho a la no escolarización de los hijos bajo el pretexto de que sólo ellos han de impartir la educación que estimen conveniente.

b) El derecho a la elección de centro docente, como manifestación del derecho a elegir el tipo de educación que sea conforme a las propias convicciones. La Jurisprudencia mayoritaria estima que, al ponderar los intereses en conflicto en este caso, la solución debe inclinarse a favor del derecho de los padres a que sus hijos reciban, dentro del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones, que debe prevalecer pese a la no concurrencia de los criterios de admisión debidamente acordados, porque la opción religiosa y moral es básica cuando de educación se trata.

c) La oposición de los padres –e incluso de los propios menores- a que sus

hijos reciban unas enseñanzas obligatorias que son contrarias a sus convicciones religiosas y morales. Esta cuestión se ha planteado en España con respecto a dos tipos de materias: la educación sexual, integrada en una asignatura obligatoria, y la materia denominada genéricamente *Educación para la Ciudadanía*.

En el primer caso, la Jurisprudencia ha entendido que, puesto que el derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones morales, religiosas o ideológicas no es ilimitado, sino que debe ser observado en relación con los derechos que la Constitución reconoce al resto de los agentes de la comunidad educativa, no resulta ajustado a Derecho tratar de imponer una diferencia de trato o discriminación positiva a partir de las propias ideas, sin perjuicio de que el derecho a un determinado tipo de educación resulte asegurado mediante la libre creación de centros docentes, derecho que pudo ser ejercido en el caso concreto.

Recientemente, la implantación de las cuatro asignaturas que integran la *Educación para la Ciudadanía*, ha provocado una reacción social sin precedentes en nuestro país ni en ningún otro. Muchos padres se han opuesto a que sus hijos cursen esta materia, que persigue como objetivo, explícitamente expuesto en la propia normativa que la regula, formar la conciencia moral de los alumnos, y ello sobre la base de unos valores que se considera que forman parte de un mínimo común ético, por entender que, tal como está configurada en los Reales Decretos que diseñan su currículo, constituye una materia adoctrinadora, no neutra, y su imposición obligatoria atenta contra la libertad ideológica y religiosa y vulnera el derecho fundamental que les asiste, a elegir para sus hijos la formación moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, consagrado en el art. 27.3 de la Constitución y 2, 1 c) de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. En el momento en que se escribe este trabajo se encuentran en tramitación más de 1500 procedimientos judiciales en España, cuya pretensión común es hacer valer este derecho los padres ante los Tribunales de justicia. Aunque los pronunciamientos judiciales que se han dictado hasta la fecha son diferentes, todas las sentencias son coincidentes en reconocer el derecho a la objeción de conciencia, como un derecho constitucional derivado de la libertad ideológica y religiosa, y en afirmar que el contenido de esta polémica materia incide en las convicciones morales de los padres y alumnos.

La mayoría de las sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia han estimado la pretensión de los padres, reconociendo el derecho a la objeción de conciencia frente a la *Educación para la Ciudadanía*, y eximiendo a los alumnos de cursar dicha materia y de ser evaluados. Se apoyan en que en los RD que la regulan se emplean conceptos de indudable trascendencia ideológica y religiosa, una construcción ideológica de la persona en la programación de una enseñanza por parte de las

Administraciones Públicas, que es obligatoria para todos los escolares, dirigida explícitamente a la formación moral de los alumnos, lo cual violenta la libertad ideológica y religiosa de las personas y el pluralismo político. Dichos RD ponen de manifiesto la expresa pretensión de conformar en los alumnos, una conciencia moral concreta, denominada cívica -una especie de moral pública-, imponiéndoles como normas morales una serie de valores elegidos por el Estado en un determinado momento histórico, que trata de imponer conductas ajustadas a una concreta moral concreta, no neutra, dando por supuesta una ética cívica o pública distinta de la personal. En consecuencia, el programa de la materia establecido por el Estado reglamentariamente vulnera el artículo 27.3, que garantiza el derecho de los padres para que sus hijos reciban una formación moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Sin embargo, no todas las sentencias han acertado a realizar una adecuada ponderación de los derechos en conflicto, y en algún caso el Tribunal ha desestimado la pretensión de los padres, y ha justificado la imposición de una ética pública, distinta e independiente de la ética privada personal.