

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JUAN JOSE GONZALEZ RIVAS A LA SENTENCIA DE FECHA 11 DE FEBRERO DE 2009, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN 905/2008.

Con el mayor respeto a la tesis mayoritaria, discrepo de la sentencia dictada.

Comenzaré subrayando que en el fundamento jurídico décimo de la sentencia se contienen las siguientes afirmaciones:

Primera.- Cuando los proyectos, textos o explicaciones incurran en el adoctrinamiento, derivado de los fines de la educación, ese derecho fundamental hace acreedores a los padres de la tutela judicial efectiva, preferente y sumaria que han de prestarles los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo que habrán de utilizar decididamente cuando proceda las medidas cautelares previstas en la Ley de la Jurisdicción para asegurar que no pierdan la finalidad legítima los recursos que se interpongan.

Segunda.- No se autoriza a la Administración educativa -ni tampoco a los centros docentes ni a los concretos profesores- a imponer e inculcar, ni siquiera de manera indirecta, puntos de vista determinados sobre cuestiones morales que en la sociedad española son controvertidas.

Tercera.- En una sociedad democrática no debe ser la Administración educativa -ni tampoco los centros docentes, ni los concretos profesores-, quien se erija en árbitro de las cuestiones morales controvertidas que pertenecen al ámbito del libre debate en la sociedad civil.

Cuarta.- Cuando deban abordarse problemas derivados de cuestiones morales controvertidas, la materia Educación para la Ciudadanía exige la más exquisita objetividad y el más prudente distanciamiento.

Estas cuatro sustanciales afirmaciones creo que centran el amplio debate mantenido sobre si puede un sistema educativo introducir áreas de conocimiento en una disciplina cuando colisiona con un sistema de valores que los padres desean transmitir a sus hijos y que estiman no puede ser impuesto por el Estado.

Esta materia ha sido muy debatida en la jurisprudencia interna e internacional cuando está en juego la privacidad «privacy» en la terminología de la jurisprudencia anglosajona, al comprobarse que una parte de los Reales Decretos examinados inciden en lo más propio y autónomo de las señas constitutivas de la identidad personal, como cuando se refieren a las conciencias individuales, los sentimientos o a las relaciones afectivas y exigen que el alumno se posicione en este ámbito.

Sobre este estricto ámbito centro mi discrepancia frente al criterio mayoritario de la sentencia que, por lo demás, no se remite en su parte dispositiva al fundamento jurídico décimo en que se formula una tesis armonizadora.

Tal solución final tiende a aunar, de una parte, la tendencia que sostiene la negación del derecho a la objeción y la inexistencia de vulneración del artículo 27.3 de la CE: derecho de los padres a elegir la formación moral de sus hijos, por estimar prevalente el artículo 27.2 de la CE: respeto a los principios democráticos y de otra parte, la tendencia que considera inviable el derecho a la objeción, pero estima que los mandatos de los Reales Decretos 1513/06 y 1637/06 contienen apreciaciones morales que rozan la inconstitucionalidad.

Entiendo que en el tema central subyace una cuestión de límites de intervención estatal, máxime cuando los criterios de evaluación que se contienen en el Real Decreto 1631/06 son valorativos, por implicar la adhesión a conductas generadoras de una ética mínima común, pues, determinados contenidos exigen del alumno actitudes contrarias a prejuicios, juzgan la actitud y no la aptitud y superan la línea que separa la enseñanza del adoctrinamiento.

Mi posición asume, en plenitud, la posibilidad de que el alumno estudie la organización de la Unión Europea, los contenidos de las Convenciones Internacionales y los fundamentos de los principios y valores de nuestro sistema constitucional, por ser esenciales, pero entiendo que el Estado no puede invadir la esfera de la privacidad y la intimidad tratando de descubrir las conciencias individuales, los sentimientos y utilizar las actitudes, máxime cuando se introducen en el análisis del comportamiento familiar.

Para justificar esta inicial premisa, realizo a continuación, con un intento de sistematización, la valoración de aquellos puntos que considero de mayor relevancia en el estudio de esta problemática:

I. Síntesis de la sentencia recurrida y de la argumentación contenida en los escritos de interposición del recurso de casación y de oposición:

Además de las consideraciones que sobre la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 4 de marzo de 2008, se contienen en el fundamento jurídico primero, conviene destacar la referencia que en ella se hace a las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional números 19/81, 53/81, 15/82, 160/87, 161/87, 120 y 137/90, 101/2004 y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las sentencias de 29 de junio y 9 de octubre de 2007 (demandas 1.547/2002 y 1.448/2004), sobre las que insistiré a lo largo de mi argumentación.

A. Análisis del recurso de casación de la Junta de Andalucía:

Esta parte recurrente entiende que es necesario comprobar si los contenidos de la asignatura y la concreta forma de su impartición constituyen adoctrinamiento, puesto que si tal se produce, hay claramente una injerencia en las condiciones religiosas o filosóficas de los padres.

Introduciéndose en el tema de la libertad religiosa, esta parte invoca el contenido del artículo 27.3 de la Constitución, con fundamento en la sentencia constitucional 38/2007 de 15 de febrero y la precedente sentencia constitucional de 13 de febrero de 1981, considerando que habría que afirmar que la asignatura Educación para la Ciudadanía constituye una reflexión que, en modo alguno, supone injerencia del Estado que pueda atacar la libertad individual, pues sólo podría considerarse injerencia cuando existiera un adoctrinamiento, siendo así que en la sentencia sólo se habla de indefinición de contenidos y no forma parte del contenido esencial a la libertad ideológica o religiosa el derecho a la objeción por una mera discrepancia personal, al tiempo que existen límites constitucionales extraídos del análisis de la jurisprudencia.

B) Análisis del recurso de casación de la Abogacía del Estado:

La Abogacía del Estado formula los siguientes postulados básicos:

1º) No es posible fundar en el derecho a la libertad ideológica un derecho a la objeción.

2º) El artículo 16.1 de la Constitución tiene como límite el orden público e impide esgrimir tal derecho para eludir el cumplimiento de los deberes generales, como reconoce la sentencia constitucional del Pleno 38/2007 de 15 de febrero.

3º) El derecho del creyente está sometido al respeto de los derechos fundamentales, como subrayan las sentencias constitucionales 141/2000 y 154/2002, así como el Auto 135/2000.

C) Análisis del recurso de casación del Ministerio Fiscal:

Para el Ministerio Fiscal el Auto del Tribunal Constitucional 359/81 decía que la enseñanza del Derecho Canónico en el ámbito de las disciplinas jurídicas no era disciplina de contenido ideológico y considera el Ministerio Fiscal, en primer lugar, que hay que determinar si la asignatura tiene contenidos apologéticos o de adoctrinamiento a favor de una posición ideológica, filosófica o religiosa que pueda conducir a la vulneración del artículo 16 de la Constitución, puesto que la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2005, manifiesta claramente un criterio favorable a la proscripción del adoctrinamiento y a la apología de una opción ideológica y considera, en segundo lugar, que la sentencia adolece de falta de motivación.

D) Análisis del escrito de oposición al recurso de casación, formulado por los padres recurrentes:

La representación procesal de los padres objetores en la primera instancia jurisdiccional ha formulado oposición al recurso de casación basado, en extracto, en las siguientes alegaciones:

1) Como quiera que el derecho a la objeción de conciencia es un derecho fundamental integrante del derecho fundamental de la libertad ideológica, es muy correcto que a través de tal objeción se pretenda la tutela de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 16 y 27.3 de la Constitución (SSTC 160/1987, 120/1990, 216/1999, 161/2007, etc).

2) Para los padres, los criterios de evaluación no se refieren sólo a contenidos, sino también a actitudes y hábitos personales, cuya constitución se basa siempre en la visión de la vida que informa la conciencia moral (en particular, el Decreto de 29 de diciembre de 2006 sobre la ESO) y se evalúa la conciencia moral de los alumnos, al margen de la voluntad de los padres, para determinar si el alumno "acepta" determinados valores morales (se pretende comprobar si reconoce los sentimientos y emociones en las personas que lo rodean, si acepta las diferencias interpersonales, si reconoce la importancia y los límites éticos de los acuerdos), mientras que el artículo 27.2 de la Constitución sólo exige "respeto".

La conclusión a la que llegan los padres objetores es que el programa de la asignatura Educación para la Ciudadanía excede del artículo 27.2 de la CE. y vulnera el artículo 27.3, que garantiza su derecho para que sus hijos reciban una formación moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, por lo que hay tres puntos de riesgo que se traspasan claramente en la asignatura Educación para la Ciudadanía:

1º. El primero se constata cuando entre los procedimientos previstos en la Educación Secundaria Obligatoria, se encuentra el planteamiento de dilemas morales, pues "contribuye a que los alumnos y alumnas construyan un juicio ético propio basado en los valores y prácticas democráticas" (Real Decreto 1631/2006). Se trata de un planteamiento que no solamente invade las competencias de los padres sobre la formación moral de sus hijos, sino que incluso desliga esta formación moral de las convicciones paternas, estableciendo otros criterios y referentes.

2º. El segundo riesgo aparece, por ejemplo, cuando entre los objetivos de la asignatura figura "reconocer los derechos de las mujeres, valorar la diferencia de sexos y la igualdad de derechos entre ellos y rechazar los estereotipos y prejuicios que supongan discriminación entre hombres y mujeres" o se contienen referencias al sexismo o la homofobia, que anticipan juicios de valor negativos sobre concepciones acerca de la persona que pueden tener su fundamento en

convicciones legítimas, pero que ya de entrada se califican como prejuicios y discriminaciones.

3º. El tercer riesgo se detecta en el propio preámbulo de la LOE, que junto a la Constitución y los documentos internacionales sobre derechos humanos, como referentes de la Educación para la Ciudadanía, menciona también otros valores comunes de carácter global.

II. Estudio de la regulación positiva:

El párrafo tercero del artículo 27 de la Constitución subraya: «*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*», derecho que deriva directamente, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la libertad de enseñanza y forma parte también del contenido del derecho de libertad religiosa reconocido en el artículo 16.1 del texto constitucional.

El artículo 2.1.c) de la Ley Orgánica 7/80 de 5 de julio, de libertad religiosa señala 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 escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*».

Por su parte, la Ley Orgánica 8/85 de 3 de julio, reguladora del derecho de educación, establece los siguientes criterios legales de directa incidencia en la cuestión planteada:

a) El derecho a los padres, como primeros responsables de la educación de los hijos, para que éstos reciban la formación moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (artículo 4.1 a y c de la Ley en la nueva redacción introducida por la disposición final primera, uno, de la Ley Orgánica 2/2006 de Educación).

b) El derecho del alumno a que se respete su libertad de conciencia y sus convicciones morales de acuerdo con la Constitución (artículo 6.3.e, en la redacción conforme a la disposición final primera, tres, de la Ley Orgánica 2/2006 de Educación).

c) Como garantía del cumplimiento de estos derechos, el artículo 18.1 de la Ley Orgánica 8/1985 establece que todos los Centros públicos desarrollarán sus actividades con sujeción a los principios constitucionales, garantía de neutralidad ideológica y respeto de las opciones morales a que hace referencia el artículo 27.3 de la Constitución.

Sobre este punto, la sentencia constitucional 5/81 del Tribunal Constitucional afirma *"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)"*.

El artículo 27.3 de la CE tiene una doble vertiente positiva y negativa.

1. En su dimensión positiva implica que los padres tienen derecho a elegir para sus hijos dentro o fuera del ámbito escolar, la educación moral que esté de acuerdo con sus 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, la creación de Centros docentes, la libertad de cátedra y el reconocimiento de la neutralidad ideológica de los Centros públicos (SSTS de 24 de junio y 30 de junio de 1994), neutralidad concebida directa y principalmente como medida que protege a los alumnos contra el posible adoctrinamiento ideológico.

2. En su vertiente negativa, el artículo 27.3 de la CE garantiza un ámbito de autonomía para que los padres puedan libremente o bien optar porque sus hijos no reciban ningún tipo de educación moral o bien por oponerse a que sus hijos reciban una formación que sea contraria a sus propias convicciones.

III. Análisis de las Convenciones Internacionales:

Al tratarse de un derecho fundamental, la interpretación del artículo 27.3 de la Constitución ha de hacerse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre la materia, ratificados por España (artículo 10.2 de la Constitución), pues dichos Tratados, publicados oficialmente en el Boletín Oficial del Estado, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 96.1 de la Constitución).

Sobre esta materia, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, dedica a los derechos educativos el artículo 26 y establece. **1º)** *"Toda persona tiene derecho a la educación"*, **2º)** *"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 apartado tercero del artículo 26 subraya que *«Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos»*. Subrayo el carácter "preferente" de este derecho.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (B.O.E. nº 103 de 30 de abril de 1977) reconoce el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral para sus hijos en el artículo 18, que desarrolla el mismo número de la Declaración Universal de los Derechos

Humanos sobre la libertad de pensamiento, conciencia y religión. En el marco de esta regulación, la Convención se ocupa de este derecho en los siguientes términos: *"Los Estados parte 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"* (art. 18.4).

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en la Observación general nº 22 de 30 de julio de 1993, al artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha señalado que *«La educación obligatoria que incluye el adoctrinamiento en una religión o en unas creencias particulares, es incompatible con el párrafo cuarto del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores»* y *«en este caso, cuando un conjunto de creencias sea considerado como la ideología oficial en Constituciones, Leyes, Programas de Partidos o en la práctica efectiva, 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»*.

El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales de la misma fecha, en el párrafo tercero del artículo 13 señala: *«Los Estados parte 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 aquéllos 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»*.

IV. La interpretación auténtica del artículo 2 del Protocolo nº 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En el ámbito europeo el Protocolo Adicional primero al Convenio Europeo de 1950 para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 20 de marzo de 1952, establece en su artículo segundo que *«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 la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas»*.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es la instancia competente para la interpretación y aplicación del Convenio y los Protocolos sucesivos (artículo 32.1 del Convenio) afirma como principios generales de interpretación de este precepto que las dos frases o cláusulas que contienen deben interpretarse una a la luz de la otra y que ambas deben hacerlo

a la luz de lo dispuesto en los artículos 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 (sentencias Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca de 7 de diciembre de 1976, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1976/5, serie A, nº 23; Asunto Valsamis contra Grecia de 18 de diciembre de 1996, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1996/70; Asunto Folgero y otros contra Noruega de 24 de junio de 2007, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2007/53 y Asunto Hassan y Eylem Zengin contra Turquía de 9 de octubre de 2007, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2007/63).

La expresión utilizada por la segunda parte del artículo segundo del Protocolo nº 1 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 y 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 las funciones que asume el Estado"* (tal es el criterio que se mantiene en STEDH en el asunto Campbell contra el Reino Unido de 25 de febrero de 1982 (STEDH 1982-1, serie A, nº 48).

En las sentencias de 29 de junio y 9 de octubre de 2007, el TEDH señala que *"al cumplir un deber natural hacia los 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"* y expresamente *"se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada no respetuosa con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres"*, subrayándose que éste es el límite que en modo alguno se puede sobrepasar.

Así, señalan dichas resoluciones, en extracto:

A) En la STEDH 2007/53 p. 84 apartado 1 se contienen, en extracto, los siguientes criterios:

a) Deben leerse las dos frases del artículo 2 del Protocolo núm. 1 a la luz no solamente la una de la otra, sino también, concretamente, de los artículos 8, 9 y 10 del Convenio (Sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen).

b) Es sobre este derecho fundamental sobre el que se asienta el derecho de los padres al respeto de sus convicciones filosóficas y religiosas, y la primera frase no distingue, como tampoco la segunda, entre enseñanza pública y enseñanza privada. La segunda frase del artículo 2 del Protocolo núm. 1 trata en resumen de salvaguardar la posibilidad de un pluralismo educativo, esencial para la

preservación de la «sociedad democrática» tal y como la concibe el Convenio. Debido al peso del Estado moderno, es sobre todo a través de la enseñanza pública como debe llevarse a cabo este proyecto (Sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen).

c) El artículo 2 del Protocolo núm. 1 ordena al Estado respetar las convicciones, tanto religiosas como filosóficas, de los padres en el conjunto del programa de la enseñanza pública (Sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen). Este deber es de amplia aplicación puesto que vale para el contenido de la instrucción y la manera de dispensarla, pero también en el ejercicio del conjunto de «funciones» que asume el Estado. El verbo «respetar» significa mucho más que «reconocer» o «tener en cuenta». Además de un compromiso más bien negativo, implica para el Estado cierta obligación positiva. La palabra «convicciones», aisladamente, no es sinónimo de los términos «opinión» e «ideas». Se aplica a opiniones que alcanzan cierto grado de fuerza, seriedad, coherencia e importancia (Sentencias Valsamis y Campbell y Cosans).

d) 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 instrucción.

e) Aunque en ocasiones se deban subordinar los intereses individuales a los de un grupo, la democracia no se reduce a la supremacía constante de la opinión de una mayoría; exige un equilibrio que asegure a las minorías un trato justo y que evite todo abuso de una posición dominante (Sentencia Valsamis).

f) La segunda frase del artículo 2 implica, por el contrario, que el Estado, al cumplir las funciones asumidas en materia de educación y de enseñanza, vela porque 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.

g) Ciertamente, pueden producirse abusos en la manera en que una escuela o un maestro determinados aplican los textos en vigor, y corresponde a las autoridades competentes velar, con el mayor cuidado, porque las convicciones religiosas y filosóficas de los padres no sean contrariadas a este nivel por imprudencia, falta de discernimiento o proselitismo intempestivo (Sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen).

B) En la STEDH 2007/63 p 55, se contiene la siguiente afirmación «La enseñanza constituye uno de los procedimientos por el cual la escuela se esfuerza en alcanzar el objetivo para el que ha sido creada, incluido el desarrollo

y la formación del carácter y el espíritu de los alumnos, así como su autonomía personal».

Sobre la base de tal interpretación auténtica las sentencias analizadas reconocen la posibilidad de dispensa en caso de adoctrinamiento, en materias de contenido moral o filosófico.

La Carta de Derechos de la Unión Europea, aprobada por Acuerdo de 7 de diciembre de 2000 y revisada por Acuerdo de 12 de diciembre de 2007, incorporada al Derecho Comunitario Europeo por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, con entrada en vigor el 1 de enero de 2009 y ratificada también por el Estado Español por Ley Orgánica 1/2008, publicada en el B.O.E. de 31 de julio de 2008, recoge en el artículo 10.2 que *«se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio»*, en el artículo 14 el derecho a la educación que tiene toda persona y en el párrafo tercero establece que se respetan *«de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos»* formulándose, de manera clara, *«el derecho que tienen los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas»*.

V. La asignatura "Educación para la ciudadanía" en el sistema normativo español:

En mayo de 2005, la red europea de información de educación pública transmite el documento titulado Educación para la Ciudadanía en el contexto escolar europeo, que analiza como se imparte dicha educación en los Centros docentes de treinta países, estudio que fue realizado a solicitud de la Presidencia Holandesa del Consejo de la Unión Europea y con el apoyo financiero de la Comisión Europea.

Una aproximación a la configuración normativa de las cuatro asignaturas que se contienen en los Reales Decretos reguladores que establecen las enseñanzas mínimas determinan que en Educación primaria el Anexo II del Real Decreto 1513/2006 de 7 de diciembre (BOE de 8 de diciembre de 2006) desarrolla cuales son los objetivos, contenidos y criterios de evaluación de la asignatura Educación para la Ciudadanía y los derechos humanos que ha de impartirse en uno de los Cursos del tercer ciclo de la etapa (alumnos de quinto o sexto de primaria, comprendidos entre edades de 10 y 11 años) (art. 4.2).

Para la Educación Secundaria Obligatoria la materia ha sido objeto de desarrollo por el Real Decreto 1631/2006 de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas en esta etapa y en el Anexo II se justifica la disciplina. En esta etapa, Educación para la ciudadanía se divide en dos materias, la Educación para la Ciudadanía y los derechos humanos que se imparte en uno de los tres primeros cursos y la Educación ético-cívica, de Cuarto Curso.

En los criterios de evaluación se señala: «*se pretende evaluar si se identifican los distintos elementos de la dimensión moral de las personas y del comportamiento humano y de los dilemas morales que se plantean en el mundo actual*».

En los estudios de bachillerato se incluye, entre las materias comunes que deben cursarse en las modalidades de bachillerato la Filosofía y la Ciudadanía, cuyas enseñanzas mínimas han sido articuladas en el Real Decreto 1467/2007 de 2 de noviembre.

El desarrollo de los Reales Decretos proyecta la Educación para la Ciudadanía en las siguientes perspectivas:

a) En la educación primaria (artículo 18.3 de la LOE), perfilándose en sus contenidos mínimos en el Real Decreto 1513/2006, con un horario de cincuenta horas, en uno de los cursos del tercer ciclo de la etapa.

b) En la Educación Secundaria Obligatoria, al amparo del artículo 24.3 de la LOE, el Anexo II del Real Decreto 1631/2006 establece las enseñanzas mínimas de Educación para la Ciudadanía y la Educación ético-cívica y en el Anexo III del Real Decreto 1631/2006, se fija que tendrá una duración de treinta y cinco horas de clase anual, sin olvidar que en el Bachillerato, a tenor del artículo 34.6 de la LOE, figura entre las materias comunes la relativa a Filosofía y Ciudadanía y en el Anexo I del Real Decreto 1467/2007, se estructura el bachillerato y se señala como contenido mínimo en la materia la disciplina Filosofía y Ciudadanía.

VI. Análisis de la motivación de la sentencia, cuya inexistencia alega el Ministerio Fiscal en el recurso de casación.

La sentencia recurrida no está falta de motivación, como subraya el Fiscal, pues señala que a los padres no se les facilita información sobre los contenidos curriculares de la disciplina y que la referencia a la existencia de una ética mínima común, a los conflictos y a una moral cívica, entre otras determinaciones, son elementos suficientes, por su indefinición, de generar el reconocimiento del derecho a la objeción, a favor de los padres.

Sobre este punto, declara el Tribunal Constitucional en STC 36/2006, de 13 de febrero que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no impone "una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial". Reputa suficiente que "las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuales han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi" (STC 75/2007, de 16 de abril, FJ 4).

Al haber, incluso, una motivación breve y sintética (STC 75/2007, de 16 de abril, FJ 4) se ha reputado como constitucionalmente aceptable, desde las exigencias de la motivación del art. 24.1. CE, la que tiene lugar por remisión o motivación in aliunde (SSTC 108/2001, de 23 de abril y 171/2002, de 30 de septiembre), sin olvidar que para entender que una resolución judicial está razonada es preciso que el razonamiento que en ella se contiene no sea arbitrario, ni irrazonable, ni incurra en un error patente con relevancia constitucional (STC 7/2005, de 17 de enero, 66/2005, de 14 de marzo).

Aplicando estos criterios al caso, el núcleo básico de la cuestión ha sido examinado por la sentencia recurrida cuyo contenido sustancial se contiene en el fundamento primero de esta sentencia, por lo que procede rechazar la falta de motivación.

VII. Alcance del derecho a la objeción de conciencia.

La tesis mayoritaria se inclina por el no reconocimiento de la objeción por considerar que en el texto constitucional vigente sólo está prevista explícitamente en el caso de la prestación del servicio militar, y siempre que se hubiera reconocido por ley, lo que hubiera cerrado el debate planteado.

Sin embargo, la sentencia al entender que no puede surgir tácitamente de la Constitución un derecho a quedar eximido del cumplimiento de algún deber jurídico válido que no resulta acreditado en este caso, sin justificarlo, deja abierta la posibilidad de que sea el Poder Judicial quien haya de resolver los conflictos que en materia de objeción de conciencia puedan producirse en la sociedad, como es en el caso cuestionado y con fundamento en los razonamientos que sobre la objeción ha formulado el Tribunal Constitucional.

Así, por citar algunos ejemplos de la jurisprudencia constitucional en que se apoya la sentencia recurrida frente a la tesis que se mantiene en la resolución del recurso de casación, en el fundamento octavo que, en parte, es contradictorio con el fundamento jurídico séptimo, el último párrafo del fundamento jurídico noveno de la Sentencia del Tribunal Constitucional Pleno 5/81, reconoce otorgar a los profesores y docentes la posibilidad de un "rechazo" a planteamientos de adoctrinamiento, el fundamento jurídico catorce de la STC 53/85 valora la objeción de conciencia en un sistema democrático y considera que es inherente al derecho a la objeción de conciencia la libertad de conciencia y la libertad ideológica, la STC 177/96 al posibilitar que un militar sea relevado de prestar servicio de armas, la STC 154/02, al examinar la incidencia de la libertad ideológica de unos padres en relación con transfusión sanguínea a un menor de 13 años, Testigos de Jehová, y la STC 101/04 reconoce el relevo de un policía a participar en la procesión del viernes de la Semana Santa en la ciudad de Málaga, reconduciendo sustancialmente el problema a la faceta negativa de la libertad religiosa y en todos estos casos se están examinando las distintas

situaciones susceptibles de valoración jurisprudencial que se proyectan en el entorno de la objeción de conciencia.

En consecuencia, procede examinar el fondo del debate para concluir si por la sentencia recurrida se ha producido una indebida aplicación de los preceptos constitucionales y legales invocados en los motivos primeros del Abogado del Estado y del Letrado de la Junta de Andalucía, pues la objeción de conciencia no es más que la libertad de conciencia, en caso de conflicto, lo que nos remite a un problema de límites en el ejercicio de los derechos fundamentales y "faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones" (STC 177/96).

También, si traspasamos la órbita del derecho interno al derecho internacional, los casos Folgero y Zengin (STEDH de 20 de junio de 2007 y 9 de octubre de 2007) reconocen la exención parcial de determinados contenidos curriculares en las disciplinas cuestionadas y el papel neutral e imparcial del Estado cuando se examinan temas concernientes a esta problemática, lo que se reitera en SSTEDH de 4 de diciembre de 2008 (asuntos Kervanci c. Francia y Dogru c. Francia).

De ello se infiere que, o bien por la vía del análisis de una posible vulneración de los artículos 16.1 y 27.3 de la CE o por la vía de la necesaria intermediación judicial, que propicia el reconocimiento de la fuerza del derecho en situaciones de conflicto, puesto que la cuestión esencial, en este caso, consiste en determinar hasta donde llega la libertad de conciencia, se supera el primer óbice que pudiera condicionar el rechazo de la pretensión formulada y la conclusión que se extrae es que procede el examen del contenido de los Reales Decretos 1513/06, 1631/06 y 1467/06, frente a la tesis que mantiene la sentencia cuando subraya, por un lado, que no es preciso entrar a examinar los contenidos concretos de la asignatura y, sin embargo, reconoce que los reglamentos que desarrollan la asignatura no consideran, a efectos de evaluación, las convicciones personales ni obligan a desvelarlas.

Sobre este punto, y frente la tesis que mantiene la importancia del orden público como límite al ejercicio de la libertad de conciencia en el fundamento jurídico octavo, hay que subrayar las dificultades que entraña concretar las conductas lesivas del mismo, máxime cuando la libertad de conciencia puede representar un límite al concepto de orden público, al constituir una conducta, simultáneamente, el ejercicio de la libertad de conciencia y, al propio tiempo, una vulneración del orden público, que constituye una noción jurídica muy abierta a las más plurales concepciones de la moralidad y de los juicios de valor, ya que la propia Constitución y su horizonte axiológico es plural y toda interpretación constitucional implica también, en gran parte, una interpretación de conceptos jurídicos indeterminados.

En suma, el juicio de ponderación, en una sociedad que proclama la libertad de creencias, la laicidad y la neutralidad del Estado, ha de ser resuelto por el Poder Judicial, como método adecuado para resolver conflictos como el presente cuando están en juego principios y derechos fundamentales y, en este caso, la difícil ponderación de estos intereses que, como reconoce la sentencia, suponen la búsqueda de un punto de equilibrio que es difícil de encontrar entre los

artículos 27.2 y 27.3 de la CE, concluye mayoritariamente haciendo prevalecer el artículo 27.2 de la CE -respeto a los principios democráticos de convivencia- frente a la tesis minoritaria que suscribo, de hacer prevalente (lo que la Declaración Universal de Derechos Humanos califica de "preferente") el derecho de los padres a determinar la formación moral de los hijos, pues la vulneración de los artículos 16.1 y 27.3 de la CE es citada, reiteradamente, como infringida.

VIII. Análisis de los Reales Decretos 1513/06, 1631/06 y 1467/07.

Sobre el análisis de los Reales Decretos, la tesis mayoritaria sostiene la transformación en mandatos jurídicos -juridificación- de los principios éticos, lo que implica la subsanación de cualquier posible ilegalidad de los mandatos jurídicos contenidos en los Reales Decretos sobre la base del reconocimiento de la presunción de legitimidad del legislador democrático, en sede de estricto positivismo jurídico que identifica lo legal con lo moral y la ética, razonamiento al que es oponible la consideración de que la ética y la moral son dos campos perfectamente diferenciados y no es lo mismo valorar desde el punto de vista ético que hacerlo desde el punto de vista moral.

Otra posibilidad que sostengo es que los Reales Decretos deben ser examinados en sus contenidos normativos previstos en la regulación positiva cuyos límites fija la Ley Orgánica 2/2006, discrepando, en este punto, de los razonamientos del fundamento séptimo de la sentencia, ya que las partes intervinientes en el proceso suscitan tal posibilidad y aducen una indebida aplicación de tal normativa por la sentencia recurrida, máxime cuando la inserción del principio de laicidad en toda organización política significa el respeto de las diversas creencias y planes de vida sobre los que el Estado no puede intervenir cuando están basadas en la libre asunción de tales principios y no repercuten "ad extra" en los derechos de los demás, por tener su base en una estricta conciencia moral basada en el respeto a la dignidad de la persona humana (art. 10.1 CE), fundamento del orden político y de la paz social.

Esto es algo que, frente al estricto legalismo positivista, potencia el reconocimiento de un derecho jurisprudencial que en Estados Unidos se ha llamado "least restrictive means -medios menos restrictivos-" y en Canadá minimal impairment -perjuicio mínimo-, al modo como hace más de medio siglo reconoció el Tribunal Supremo estadounidense (*West Virginia State Board of Education V. Barnette*, 319 U.S. 624, 642 - 1942) cuando señalaba: «Si hay alguna estrella fija en nuestra constelación constitucional -libertad de conciencia- es que ninguna autoridad puede prescribir lo que es ortodoxo en materias opinables (política, religión), ni puede forzar a los ciudadanos a confesar de palabra o de hecho, su fe en ellas» o en el caso *Wisconsin versus Yoder* al subrayar: «El interés del Estado por la escolarización obligatoria debe ceder ante la libertad de los padres para marcar la orientación moral de sus hijos».

Hay que examinar, en consecuencia, si los conceptos utilizados en los Reales Decretos ofrecen una indeterminación que es susceptible de dar una solución correcta en un caso concreto que atempere, por razones de seguridad jurídica, el contenido estricto de la norma, máxime en una materia como la educativa que ha

de basarse en criterios de certeza, sin incurrir en indeterminaciones, algo que los recurrentes en la primera instancia jurisdiccional califican reiteradamente de relativismo y de indefinición y que suscita en este punto, la discusión consistente en si procede ofertar en el sistema educativo contenidos mínimos en los que subyace un conflicto.

Ceñido el examen al ámbito de la libertad de creencias, en donde subyacen cuestiones concernientes a la intimidad y la privacidad, a diferencia del criterio manifestado por la tesis de la juridificación total de los mandatos éticos, considero que tal ámbito constituye un sector que no ha de ser objeto de adoctrinamiento por parte del Estado, respetando su papel neutral e imparcial.

Ello significa el derecho de todo ciudadano a tener su propia concepción explicativa del mundo y de la vida (así, la filosofía alemana lo denomina Weltanschauung frente a la noción de Bürgersinn, que es el espíritu que anima a lo público) y a poseer su propia valoración moral, como acto personal e insustituible de la conciencia, adecuando sus comportamientos a realizar su vida según el personal juicio de moralidad, vedado a la intromisión estatal o más explícitamente como reconoce la jurisprudencia constitucional en STC 141/2000 «ámbito de actuación constitucional inmune a la coacción estatal», para no inmiscuirse en la esfera de la personalidad, pues la libertad de conciencia está vinculada a la imagen de la personalidad moral autónoma, la conciencia es un fenómeno metajurídico y las decisiones en conciencia son difícilmente compartidas intersubjetivamente, por tratarse de decisiones seriamente personales.

Estos razonamientos conducen a la conclusión inicial que la convicción moral puede proyectarse en conductas concretas y no sobre normas o puede proyectarse sobre normas cuando su contenido representa la lesión de un imperativo moral o de conciencia, máxime cuando la propia sentencia cuestiona si la enseñanza obligatoria de una asignatura puede afectar a opciones morales, esencialmente personales.

IX. Examen de su contenido:

En aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la relación entre la ley y el Reglamento hay que determinar si los Reales Decretos están plenamente referidos a la colaboración internormativa entre la Ley Orgánica 2/2006 que sólo de forma global y no referido a esta disciplina, afecta a los contenidos curriculares en educación primaria y secundaria, y la necesidad de regular aspectos muy concretos del contenido curricular de la disciplina Educación para la Ciudadanía, en la forma que es reglamentada como instrumento normativo de colaboración con dicha Ley Orgánica.

Examinando los textos normativos nos encontramos con que la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, sólo en el artículo 18, regla tercera, hace referencia a la disciplina de la siguiente manera *"en uno de los cursos del tercer ciclo de la etapa, a las áreas incluidas en el apartado anterior se añadirá la de Educación para la Ciudadanía y los derechos humanos, en la que se prestará especial atención a la igualdad entre hombres y mujeres"*; en el artículo 25, Organización del cuarto curso, en el apartado uno se contiene la disciplina "Educación ético-

cívica" y en el capítulo concerniente al Bachillerato y dentro del artículo 33 sobre los objetivos, se contiene la disciplina "Filosofía y Ciudadanía".

Ninguna otra consideración esencial contiene la Ley Orgánica 2/2006 sobre este punto, salvo en la redacción del artículo 13: Objetivos de la educación infantil; 17: Objetivos de la educación primaria y 23: Objetivos de la Educación secundaria obligatoria, que se fijan de manera amplia y flexible.

Sin embargo, es relevante subrayar, en este momento, que en la redacción del artículo cuarto de la Ley Orgánica 8/1985 por la disposición final primera que introduce la nueva Ley Orgánica 2/2006, se contiene en el apartado primero, regla c, la determinación de que *"los padres o tutores en relación con sus hijos o pupilos tienen los siguientes derechos: a que reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones"*. El nuevo artículo 6 de la Ley Orgánica 8/1985 en la forma redactada por la Ley Orgánica 2/2006, al hablar de los alumnos señala en el apartado 6.2.b) que tienen derecho a que se respete su identidad, integridad y dignidad personales y en el apartado e) a que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas y sus convicciones morales de acuerdo con la Constitución, subrayándose en el apartado f) que tienen derecho a respetar la libertad de conciencia, las convicciones religiosas y morales y la dignidad, integridad e intimidad de todos los miembros de la comunidad educativa.

Analizando el texto de los Reales Decretos 1513/2006 y 1631/2006 invocados de manera conjunta en el recurso, *el Real Decreto 1513/2006, de 7 de diciembre*, establece las enseñanzas mínimas en la Educación primaria y en el anexo II invocado por el Abogado del Estado, se reconoce el impulso a la *"autonomía personal"*, partiendo de *"lo personal y del entorno más próximo: la identidad, las emociones, el bienestar y al autonomía personal"*. En el bloque uno, correspondiente a los individuos y relaciones interpersonales se pone de manifiesto como valores a tener en cuenta *"la autonomía y la identidad, el reconocimiento de las emociones propias y de las demás personas"*. En el capítulo relativo a la contribución del área al desarrollo de las competencias básicas subraya la necesidad de que el área afronte el ámbito personal, señalándose *"impulsa a los vínculos personales basados en sentimientos"* e insiste *"el desarrollo de un pensamiento propio"* y al hablar del currículum reitera la *"construcción de un pensamiento propio"*; en los objetivos, en el apartado primero, se contiene la siguiente determinación *"desarrollar la autoestima, la afectividad y la autonomía personal"* y en el bloque primero de los contenidos correspondientes al tercer ciclo, en el primer apartado se contiene la siguiente determinación *"valoración de la identidad personal y de las emociones"*, insistiendo en aspectos que inciden en la privacidad e intimidad.

También se subraya, por su importancia, a los efectos de constatación de la vulneración constitucional, que se erija como *criterio de evaluación* la necesidad de manifestar los *"comportamientos cotidianos"* *"un conocimiento de sus características propias"* y *"si ejerce una autorregulación de sus emociones y sentimientos"*, lo que interfiere claramente en la privacidad del alumno, no se evalúa a éste por sus conocimientos, sino por la imposición de actitudes

contrarias a prejuicios o estereotipos, superándose la línea que separa la enseñanza del adoctrinamiento, ante la búsqueda de adhesión a determinados planteamientos estrictamente personales e íntimos.

El Real Decreto 1631/2006 de 29 de diciembre, establece las enseñanzas mínimas de la Educación Secundaria obligatoria y en la *Exposición de Motivos* señala que *"se profundiza en los principios de ética personal"* y *"a la educación afectivo-emocional"*, poniéndose de manifiesto, igualmente, la necesidad de *"analizar, valorar y decidir desde la confianza en sí mismos contribuyendo a que construyan un pensamiento y un proyecto de vida propios"*. Se alude con posterioridad a la necesidad de construir *"una conciencia moral"* y se considera que los bloques van desde *"lo personal"*, llegándose a la conclusión de que se centra 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"*.

El estudio que se realiza en este capítulo lo es para *"la construcción de una ética común"* y en el bloque segundo se contiene la determinación *"educación afectivo-emocional"* *"que se centra en los valores de la identidad personal"*. En la contribución de la materia a la adquisición de las competencias básicas se subraya que *"se afronta el ámbito personal"*, se contribuye a *"reforzar la autonomía, la autoestima y la identidad personal"*, se subraya que se impulsan los vínculos personales basados en sentimientos y se fomenta *"la educación afectivo-emocional"*, de esta manera se subraya que la Educación para la Ciudadanía fomenta *"la conciencia de las propias capacidades a través de la educación afectivo-emocional y las relaciones entre la inteligencia, las emociones y los sentimientos"*, subrayándose a continuación *"el planteamiento de dilemas morales, propio de la educación ético-cívica de cuarto curso, contribuye a que los alumnos y alumnas construyan un juicio ético propio"*.

Dentro de los objetivos, se reconoce en el primer apartado, la condición humana en su dimensión individual, *"aceptando la propia identidad, las características y las experiencias personales"* y en el apartado segundo *"desarrollar y expresar los sentimientos y las emociones"*; en el bloque segundo, concerniente a las relaciones interpersonales y de participación, se subraya *"autonomía personal y relaciones interpersonales, afectos y emociones"*.

En el cuarto curso, correspondiente a la Educación ética-cívica, en el bloque primero se contiene la siguiente determinación *"reconocimiento de los sentimientos propios y ajenos"* y en el bloque segundo, relativo a la educación afectivo-emocional, se contienen las siguientes determinaciones *"identidad personal"* *"inteligencia, sentimientos y emociones"*.

En los criterios de evaluación se pone de manifiesto: 1º) *"Descubrir sus sentimientos en las relaciones interpersonales"*. 2º) *"Diferenciar los rasgos básicos que caracteriza la dimensión moral de la persona, las normas, la jerarquía de valores, las costumbres y los principales problemas morales. Con este criterio, se pretende evaluar si se identifican los distintos elementos de la"*

dimensión moral de las personas y del comportamiento humano y de los dilemas morales que se plantean en el mundo actual".

En el apartado séptimo se dice "conocer y valorar la naturaleza de las acciones humanas en tanto que libres, responsables, normativas y transformadoras" y se añade "con este criterio se trata de comprobar la capacidad para comprender el sentido de la razón práctica y la necesidad de la libertad para realizar acciones morales y consecuentemente, asumir compromisos ético-políticos tanto en el ámbito personal como social".

El examen precedente permite considerar que estamos ante una serie de conceptos jurídicos que se caracterizan porque resultan indeterminados en abstracto y no resultan determinables en concreto, puesto que hay una perspectiva que es la personal constituida por lo más nuclear del ser humano -la parte individual y autónoma- (lo que el mundo anglosajón reconoce como privacidad) que debe estar exenta, en mi opinión, de la intervención estatal.

El Estado debe ser neutral e imparcial en la regulación del currículum de asignaturas como Matemáticas, Historia, Filosofía o Ética, pero cuando elabora lecciones en materias para orientar comportamientos, a juicio de los padres que objetan, la regulación de "Educación para la Ciudadanía" no cumple los requisitos de neutralidad o no adoctrinamiento exigidos por la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como límites al derecho-deber del Estado de organizar el sistema educativo so pena de conculcar el derecho fundamental a la libertad ideológica en la relación de ese derecho con el proclamado por el artículo 27.3 del texto constitucional y ello se traduce en una confrontación entre los fundamentos ideológicos de la asignatura y las convicciones morales de los padres.

Sobre este punto, el preámbulo de la Ley Orgánica 2/2006 dice que los contenidos de Educación para la Ciudadanía no pueden considerarse en ningún caso alternativos o sustitutorios de otras enseñanzas, cuando los aspectos básicos del currículum, que constituyen las enseñanzas mínimas, han configurado una disciplina que por sus objetivos, competencias básicas, contenidos, métodos pedagógicos y criterios de evaluación fijan un código de valores y principios, con propuestas que aunque se consideren "de mínimos" son incompatibles con las convicciones morales de los recurrentes, pues entienden que el Estado no puede realizar ninguna labor de transmisión o instrucción de una determinada escala de valores sin invadir un espacio: el de formación de la conciencia moral del individuo, reservado a las convicciones o creencias de los padres.

X. Reflexiones concluyentes:

Del examen efectuado hasta ahora se infiere que hay contenidos en la disciplina "Educación para la ciudadanía" como los relativos a la enseñanza de los principios, valores o derechos constitucionales, o los concernientes al conocimiento de las Convenciones Internacionales sobre los Derechos Humanos que son muy necesarios y justificables para ser articulados en el currículum, bien a

través de otras asignaturas bien a través de una disciplina autónoma, pues son opciones del Estado en el ejercicio de su función-deber en materia de educación, perfectamente compatibles con la programación general de un sistema educativo (artículos 27-4, 5, 6 y 8 de la CE).

Pero, desde las premisas normativas y doctrinales expuestas, la regulación del aprendizaje de cuestiones como la identidad personal o la construcción de la conciencia moral con enfoques, fundamentos y criterios de evaluación que no se basan sólo en la adquisición de conocimientos sino sobre todo en el desarrollo de actitudes y observación de comportamientos, incide, en mi opinión, en el derecho reconocido a los padres por el artículo 27-3 de nuestra Constitución mediante la imposición de una asignatura obligatoria y evaluable como Educación para la Ciudadanía, que se presenta no sólo como alternativa o sustitución a una educación acorde a las convicciones morales de aquéllos, sino también complementaria y no sustitutoria de esa educación, con la consecuencia de plantearme serias dudas las siguientes cuestiones, no resueltas, al estar ante un recurso de casación:

1ª) Si el texto reglamentario tiene habilitación normativa suficiente, pues la Ley Orgánica 2/2006 sólo insiste en el derecho de elección por los padres de la educación moral de sus hijos (arts. 4 y 6).

2ª) Si al contener las normas reglamentarias las referencias ya examinadas, que inciden en el contenido constitucional del artículo 16.1 de la CE sobre la libertad de creencias, el rango normativo utilizado es el correcto.

3ª) Si los Reales Decretos examinados tienen cobertura legal al establecer el carácter obligatorio de la disciplina, cuando la Ley Orgánica 2/2006 sólo señala que se cursará (arts. 18, 25 y 33).

En suma, entiendo que hay que preservar que el alumno pase del aula de formación moral inspirada en unos principios basados en la Ética al aula de Educación para la Ciudadanía, que en su aplicación práctica puede estar inspirada en otros distintos, evitando los contrasentidos y antinomias de dualidad en materias conexas o comunes a esos dos ámbitos de instrucción, en su formación, pues del análisis de estos contenidos se advierten aspectos que pueden implicar una formación de la conciencia moral de los alumnos, impuesta por el Estado, para contribuir, a través de los dilemas morales, a la construcción de una conciencia moral cívica.

La cuestión del contenido de ese sistema de valores no sólo se refiere a los consagrados en la Constitución y a las Declaraciones de Derechos Humanos, perfectamente asumibles por el alumno, sino que introducen una ética civil común distinta de la ética personal que esté arraigada en la tradición moral o en las propias convicciones y se fija una ética común pública, llegándose a la conclusión, en este punto, que el contenido de los Reales Decretos acepta

valores morales que superan el campo de la enseñanza y pueden introducirse en el adoctrinamiento, lo que reconoce la sentencia al señalar que la enseñanza del pluralismo, como meramente informativa, se exponga de una manera crítica, cuando abordar cuestiones morales controvertidas en la sociedad exige una exquisita objetividad.

En este punto hay que destacar que una de las decisiones del constituyente fue excluir la formación en valores morales de la competencia de los poderes públicos, precisamente por el derecho reconocido en el artículo 27.3 de la CE, que implica una limitación de intervención estatal y una garantía para los padres, pues según reconoce el Auto del Tribunal Constitucional nº 276/83 de 8 de junio, F.J. 1, el artículo 27.3 de la CE «está estableciendo una órbita de libertad privada y de terreno acotado por el poder público, impidiendo formaciones ideológicas imperativamente predispuestas desde el Estado».

En este estricto sector, los Reales Decretos reguladores, al establecer los rasgos básicos de la disciplina Educación para la ciudadanía, sobrepasan, en mi opinión, el ámbito previsto en el artículo 27.3 de la Constitución, lesionan el contenido del derecho fundamental e incurren en la intromisión en la formación de la conciencia de los alumnos: la autorregulación de sus emociones y sentimientos, que son rasgos definidores de la personalidad humana, que se insertan claramente en la libertad de conciencia y en la libertad ideológica y además son objeto de evaluación, cuando se trata de incidir en ámbitos que no deben ser asumidos por el contenido curricular, puesto que no deben formar parte de los aspectos básicos del sistema educativo la difusión de valores en conflicto, que no estén consagrados en la Constitución o sean presupuesto indispensable del orden constitucional y están amparados en el contenido constitucional del artículo 16.1 de la CE.

En esta misma línea de razonamiento, la circunstancia de que el currículo no especifique que debe entenderse por estereotipos o prejuicios respecto de lo que los alumnos deben mostrar una actitud contraria, así como tampoco se explique la necesidad de dicha actitud crítica frente a los mismos cuando no se definen o concretan dichos estereotipos, genera una situación evidente de inseguridad jurídica al desconocerse cuales son esas conductas o actitudes que el sistema educativo califica de contrarios a la paz social.

Sobre este punto, es necesario poner de manifiesto que no hay que confundir la moral y el derecho, ya que los valores en que se fundamenta la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Constitución, lo son como inspiradores e interpretadores de normas jurídicas, cuyo valor positivo a esos efectos es innegable, pero también hay valores constitutivos de la formación moral de la conciencia de las personas y aquí es donde reside en mi opinión el límite de la intervención estatal, pues dicha formación moral de los alumnos vulnera la libertad ideológica, intentando profundizar en aspectos que sólo afectan a los principios de la ética personal, a la conciencia moral y a la fijación de dilemas morales, que sustancialmente atentan al contenido constitucional de la libertad de conciencia, olvidando que es una concreción de la libertad ideológica que nuestra

Constitución reconoce en el artículo 16 (por todas, las SSTC 15/82, F.J. 6; 19/85, F.J. 2; 53/85, F.J. 14; 120/90, F.J. 10; 137/90, F.J. 8; 177/96, F.J. 9; 46/01, F.J. 4 y 154/02, F.J. 6).

Por otra parte, la verificación de si la potestad reglamentaria se sitúa dentro del marco legal, nos lleva a la ausencia de una razonada explicación de los motivos en que se fundamenta la norma reglamentaria y si bien la jurisprudencia de esta Sala no exige igual justificación que la que se impone a los actos, como reconoce la sentencia de 19 de abril de 1993, el Consejo de Estado, en sus reiterados dictámenes ha puesto de manifiesto la importancia de la motivación para el control de la norma, criterio en el que ha hecho un uso reiterado la jurisprudencia constitucional (por todas, las SSTC 197 y 205/92, 173/96, 182/97 y 273/2000).

Estamos, así, ante un supuesto en el que no se evidencian razones suficientes y capaces de justificar los criterios introducidos en las disposiciones reglamentarias con un carácter indeterminado, lo que en apoyo de la doctrina jurisprudencial reiterada de este Tribunal y del Tribunal Constitucional, conduce al reconocimiento del exceso de la disposición reglamentaria por falta de habilitación respecto al texto legal, en los particulares puntos examinados, pues el límite de la discrecionalidad de la intervención del Estado se produce en relación con el problema de la conciencia moral, que en este caso aparece claramente plasmado en el texto normativo como contenido curricular de una disciplina, de tal modo que se llega «a una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria», (SSTC 83/84, F.J. 4; 99/87, F.J. 3 y 127/94, F.J. 5), máxime cuando, en mi opinión, la vulneración de los artículos 27.3 y 16.1 de la CE resulta imputable, directamente, a la norma reglamentaria (SSTC 153/94, F.J. 4 y 45/04, F.J. 3).

En todo caso, no está conferida a esta jurisdicción la imposición de concretas redacciones de los preceptos reglamentarios, como han reconocido las sentencias de este Tribunal de 6 de noviembre de 1984, 5 de junio de 1986, 30 de enero de 1990, 25 de octubre de 1990, 21 de marzo de 1991, 4 de mayo de 1992, 26 de febrero de 1993, 26 de mayo de 1993 y 15 de abril de 1994, puesto que los términos empleados son de una gran vaguedad, entrañan un juicio de valor difuso que no llega a determinar concretos contenidos y dicha apreciación es además constitutiva, a mi juicio, de una lesión constitucional y legal.

XI. Otras reflexiones accesorias sobre los contenidos de los Reales Decretos:

Sorprende que en el contenido curricular de la disciplina y frente al Informe Eurydice se omite claramente el estudio de la inserción del análisis de las estructuras normativas y organizatorias de la Unión Europea.

Así, el análisis de los contenidos curriculares relacionados con la dimensión europea de la Educación para la ciudadanía en los diferentes países de nuestro entorno, implica la existencia en los contenidos curriculares de esta disciplina de temas específicamente europeos sobre los derechos y deberes de las personas

como ciudadanos europeos, la historia del proceso de integración de la Unión Europea, los cursos sobre la historia de las naciones europeas y sobre el proceso de integración, el funcionamiento de las instituciones europeas e internacionales y los principales temas relacionados con la cooperación a escala europea internacional, que se estudian de manera mayoritaria en los restantes países europeos (así, en Francia, Bélgica, Alemania y Estonia, por ejemplo) y respecto de los cuales se observa una notoria ausencia en el contenido de los currículos de los Reales Decretos examinados, que introducen factores afectivo emocionales que inciden en la intimidad y privacidad personal.

A esta reflexión se une el solapamiento de esta materia, y en este punto, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2006 dice que la disciplina Educación para la Ciudadanía no es complementaria ni sustitutoria de la Etica o la Religión, circunstancia que cuestiona su carácter obligatorio y hubiera propiciado el reconocimiento de su naturaleza como disciplina opcional o transversal en la parte de los contenidos que afectan a apreciaciones morales, lo que excluiría el conflicto.

En este punto, hay que reconocer que constituye también un tema transversal, pues algunas lecciones de Etica son susceptibles de cubrir conceptos relacionados con la ciudadanía (por ejemplo, algunos contenidos de la Filosofía política -individuo, persona- ya están incorporados en el área de Etica que se imparte en el cuarto curso de la ESO).

Así, en el nivel de primaria, la Educación para la Ciudadanía es una materia independiente en Bélgica y Rumania. En Estonia, Grecia, Portugal y Suecia se integra en otras materias o está presente como tema transversal y en el nivel de la Educación Secundaria suele ofertarse como materia independiente.

XII. Análisis del resto de los motivos formulados por la Junta de Andalucía, la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal: la vulneración de los artículos 16 (1 y 3), 27.3 de la CE y el derecho a la objeción por la sentencia recurrida:

Si bien la asignatura tiene un contenido central basado en el conocimiento del ordenamiento jurídico del Estado, los Derechos Fundamentales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y libertades fundamentales, la Convención relativa a la lucha contra la discriminación en el campo de la enseñanza y la aplicabilidad de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles, Políticos, Económicos y Culturales, contenidos que, en mi opinión, resultan esenciales en la formación, sin embargo, hay un ámbito que se mueve en el terreno de la privacidad, libertad de creencias e intimidad, como reconoce la sentencia recurrida, que engendra la posibilidad de que los padres hayan ejercitado el derecho a la objeción, basado en los siguientes derechos fundamentales: **A)** La libertad de conciencia; **B)** La libertad de creencias; **C)** El

artículo 27.3 de la Constitución; **D)** La conexión del artículo 16 (1 y3) de la CE y del artículo 27.3 de la CE.

Desde este punto de vista y superada en la jurisprudencia constitucional el entendimiento de los derechos fundamentales como derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado y entendidos como componentes estructurales básicos del ordenamiento jurídico con una dimensión objetiva (STC 25/81, F.J. 5) el Estado tiene obligación positiva de contribuir a la efectividad de los derechos fundamentales con la mejor tutela posible.

La respuesta constitucional y legal a la situación resultante de la pretendida dispensa o exención del cumplimiento de deberes jurídicos, en el intento de adecuar y conformar la propia conducta a la guía ética o plan de vida que resulte de unas creencias, sólo puede resultar de un juicio ponderado que ha de establecer el alcance de un derecho -que no es ilimitado o absoluto- a la vista de la incidencia que su ejercicio pueda tener sobre otros titulares de derechos y bienes constitucionalmente protegidos.

En mi opinión, del análisis sistemático de la LOE y de los Reales Decretos que lo desarrollan, se extrae la consecuencia que estamos ante una materia escolar concebida en su orientación, estructura y desarrollo como una teoría general sobre el hombre y los principios éticos que se presenta en el fondo como una asignatura con un amplio contenido constitucional, perfecta y necesariamente asumible y con un contenido reducido con proyección moral que choca con la libertad de opción de los padres y de los titulares de los Centros docentes en puntos regulados por el texto constitucional y explicitados en la jurisprudencia constitucional,

Así, el Tribunal Constitucional desde la sentencia 5/81 (F.J. 9, in fine) al afirmar *«la renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzada por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita»*, reconoce el derecho a la libertad ideológica, puesto que la imposición legal de una asignatura obligatoria con carácter general para todos los alumnos significa el no cumplimiento del artículo 27-3 de la Constitución, en relación con el artículo 16 (1 y 3), como reconoce la sentencia recurrida, en la parte que puede afectar a puntos de vista sobre cuestiones morales que son controvertidas en la vida social.

Sobre este punto, estimo que el constituyente quiso: **a)** En primer lugar, reconocer el derecho a la educación como un derecho de naturaleza prestacional que obliga a los poderes públicos a garantizar una educación que contribuya al desarrollo de la personalidad. **b)** En segundo lugar, el reconocimiento de la libertad de enseñanza implica el derecho de la sociedad a fundar Centros docentes y a participar de la tarea de enseñar y el derecho a los padres a la elección del tipo de educación y Centro que quieran para sus hijos y **c)** En tercer

lugar, el derecho de los padres como responsables de la educación de sus hijos, garantizado por la Constitución a que la formación que reciban los mismos esté de acuerdo desde el punto de vista de la ética y de la moral con sus convicciones, reproduciendo la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 que califica este derecho como «preferente».

Posteriormente, la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (Instrumento de Ratificación de 30 de noviembre de 1990, BOE nº 313 de 31 de diciembre), o la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes (en el Tratado Internacional firmado en Badajoz el 11 de octubre de 2005 y ratificado por España el 14 de junio de 2007) reconocen la libertad de pensamiento, conciencia y religión y el derecho a formular objeción de conciencia.

En suma, de la configuración normativa de la materia y del desarrollo del currículo en donde se contienen los objetivos, los contenidos mínimos y los criterios de evaluación en las distintas etapas educativas, se advierten aspectos que se introducen en la conciencia moral de los alumnos (lo que proscribire la jurisprudencia reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos Zengin y Folgero, sentencias de 29 de junio y 9 de octubre de 2007 y más recientemente en los casos Kervanci c. Francia y Dogru c. Francia de 4 de diciembre de 2008), al destacar el papel neutral e imparcial del Estado en materia de libertad de creencias, que no han sido elegidas libremente por los padres y que entra en conflicto con el derecho exclusivo de éstos a elegir la formación moral de sus hijos conforme a sus convicciones, entre las que destaca la enseñanza garantizada por el artículo 27.3 de la Constitución y por los Tratados Internacionales ratificados por España.

La conclusión que sostengo, frente a la tesis mayoritaria que estima cómo el artículo 27.3 de la CE no permite pedir dispensas y a la vista de la sentencia recurrida, entiendo que los padres podían presentar en nombre de sus hijos el reconocimiento de la exención parcial a la asignatura Educación para la Ciudadanía en aquellos contenidos que se proyectan sobre aspectos morales, insertados en la privacidad y autonomía personal al objeto de obtener el correspondiente amparo para la protección de los derechos fundamentales de la persona, con sujeción a las normas internas (artículos 16.1 y 3, 27.3 y 30.2 de la Constitución), y las normas internacionales (artículo 26-3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, Convenio de Derechos Humanos de 1950, Protocolo Adicional nº 1, artículo 2º, artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 9.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 18.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 13.3 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 5.1.b) de la Convención para no discriminación en la enseñanza de 1960 y Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículos 10 y 14, apartado tercero (por Ley Orgánica 1/2008, ratificado por el Estado Español), así como por aplicación de la legislación interna del Estado (Ley Orgánica de Libertad

Religiosa 7/1980 de 5 de julio, artículo segundo), que faculta a los padres para oponerse a que se imparta a sus hijos unas instrucciones contrarias a sus propias creencias personales o filosóficas, vinculadas íntimamente a la libertad de conciencia y de pensamiento y como contenido del derecho a la educación en el sentido de comunicación de unas convicciones morales y filosóficas.

Hubiera procedido, en consecuencia, desestimar el primero de los motivos de casación aducidos por el Letrado de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Abogacía del Estado y único motivo del Ministerio Fiscal.

Esta solución resulta coherente en mi opinión con los siguientes postulados:

1º) El artículo 27-3 de la CE, que establece el reconocimiento de la opción reconocida en las Cortes constituyentes, de preservar la educación moral de los hijos reservada a los padres a escoger el tipo de educación que quieren para sus hijos, pues el Estado al respetar la libertad de conciencia y de pensamiento, interpretado sistemáticamente con los artículos 1.1, 10 (1 y 2), 14 y 16 de la CE, sienta el principio de neutralidad ideológico de los poderes públicos, sin perjuicio de que no pueden permanecer neutrales frente a prácticas educativas que desconozcan "los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales" (artículo 27-2 de la CE).

2º) La programación general de la enseñanza implica la transmisión de conocimientos de manera objetiva, crítica y pluralista, pues la objetividad e imparcialidad en dicha transmisión constituye el límite que no debe ser superado por el Estado, pues el objeto de este derecho es la formación y la preocupación del constituyente fue la interdicción de los poderes públicos para inmiscuirse en las convicciones personales y filosófico-ético morales de los padres.

XIII. Análisis del segundo motivo:

En el segundo de los motivos del Letrado de la Junta de Andalucía y en el segundo motivo del recurso del Abogado del Estado se alude a la infracción del artículo 27-4 de la CE y 149-1-30 de la CE, invocándose la vulneración de la Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo (en especial, los artículos 3-3, 4-1, 18-3 y 24-3) y los Anexos II de los Reales Decretos 1513/2006 y 1631/2006.

Respecto de las vulneraciones de legalidad aducidas ya han sido analizadas, en la medida que pueden incidir en el contenido constitucional de los derechos fundamentales, al margen de que el objeto del procedimiento de protección de derechos fundamentales se constriñe a la constatación de si el acto del poder público vulnera tal contenido constitucional.

La referencia que en el motivo se contiene al carácter obligatorio de la enseñanza básica (artículo 27-4) en relación con su programación general (artículo 27-5) no excluía la posibilidad del ejercicio del derecho de los padres a la

objeción, sin poner en peligro el funcionamiento del Estado democrático, al concurrir elementos que hacían viable tal ejercicio, pues nos hallamos ante un deber de obligado cumplimiento, sin otras alternativas, que puede incurrir en contradicción con el artículo 27-3 de la CE, ya que el interés del Estado en elaborar la programación del sistema educativo no obsta la posibilidad de poder ejercer el derecho a la exención parcial de contenidos curriculares, al entender los padres que tales contenidos inciden en la formación moral de los hijos, máxime si son éstos menores de edad, por oposición a sus convicciones morales, entendidas como opiniones que alcanzan cierto grado de seriedad y coherencia, en la línea del TEDH (asunto Valsamis, págs. 2323-2324, apartados 25 y 27 y Campbell y Cosans, págs. 16-17, apartados 36 y 37).

Esta posibilidad es asimilable, en mi opinión, a otros supuestos estudiados por la jurisprudencia constitucional, lo que hubiera implicado el reconocimiento de la excepción al cumplimiento de deberes legales, en este caso concreto, que ha exigido la debida ponderación de los intereses concurrentes, haciendo prevalente en la tesis mayoritaria el artículo 27.2 de la CE, frente a la tesis propugnada por mi parte de dar preferencia, como ya decía el artículo 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, al artículo 27.3 de la CE, cuando están en juego la garantía de las convicciones personales y la libertad de conciencia.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 905/2008.

El respeto a la decisión mayoritaria del Pleno -con cuyo contenido, por lo demás, coincido en buena parte- no me impide disentir de ella, por las razones que en este voto discrepante expongo.

Antes de analizar las infracciones del ordenamiento jurídico que reprochan a la sentencia de instancia el Abogado del Estado, el Ministerio Fiscal y el