



Roj: **STS 340/2009** - ECLI: **ES:TS:2009:340**

Id Cendoj: **28079130012009100001**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/02/2009**

Nº de Recurso: **948/2008**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AS 1514/2008,**
STS 340/2009

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a once de febrero de dos mil nueve

Visto por el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituido por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 948/2008, sobre derechos fundamentales, interpuesto por don Jaime y doña Teresa, representados por el Procurador don Manuel Gómez Montes, contra la Sentencia nº 195 dictada el 11 de febrero de 2008 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias y recaída en el recurso contencioso-administrativo nº 1682/2007, interpuesto al amparo de lo previsto en los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, para la Protección de los Derechos Fundamentales.

Se han personado, como recurridos, la ADMINISTRACIÓN, representada por el Abogado del Estado y el PRINCIPADO DE ASTURIAS, representado por el Letrado de su Servicio Jurídico.

Ha comparecido el MINISTERIO FISCAL.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo nº 1682/2007, sobre derechos fundamentales, seguido en el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, interpuesto por don Jaime y doña Teresa contra la Resolución de fecha 8 de octubre de 2007 del Ilmo. Sr. Consejero de Educación y Ciencia del Principado de Asturias, que desestimó su declaración de objeción de conciencia a las asignaturas de Educación para la ciudadanía y los derechos humanos, Educación ético-cívica y Filosofía y ciudadanía, con fecha 11 de febrero de 2008, se dictó Sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"FALLO

Desestimar la causa de inadmisibilidad del recurso por inadecuación de procedimiento formuladas por el Letrado de los Servicios Jurídicos del Principado de Asturias, el Ministerio Fiscal y el Sr. Abogado del Estado contra el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador D. Francisco Javier Álvarez Riestra, en nombre y representación de D. Jaime Y Teresa contra el acuerdo dictado el día 8 de octubre de 2007 por el Ilmo. Sr. Consejero de Educación y Ciencia del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias, así como desestimar el referido recurso por entender que la resolución recurrida no vulnera derecho fundamental alguno, y levantar y dejar sin efecto la suspensión del acuerdo recurrido, sin hacer especial condena en costas".

SEGUNDO.- Notificada a las partes, el Procurador Sr. Álvarez Riestra, en representación de los recurrentes, anunció recurso de casación contra la referida sentencia, que la Sala de Oviedo tuvo por preparado por providencia de 26 de marzo de 2008 ordenando el emplazamiento a las partes y que se elevaran las actuaciones a esta Sala.



TERCERO.- Mediante escrito presentado el 6 de mayo de 2008 en el Registro General de este Tribunal Supremo, el Procurador don Manuel Gómez Montes, en representación de don Jaime y de doña Teresa , formalizó el recurso y, después de exponer los motivos que estimó oportunos, solicitó a la Sala:

"(...) dicte Sentencia estimatoria del mismo, revocando la Sentencia recurrida, condenando a la Consejería de Educación y Ciencia del Gobierno del Principado a reconocer el derecho de los recurrentes a la objeción de conciencia como parte de los derechos constitucionales de libertad ideológica y religiosa y a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones, amparados respectivamente por los artículos 16 y 27.3 de la Constitución, declarando por tanto la nulidad de la Resolución administrativa recurrida así como del contenido del desarrollo reglamentario llevado a cabo por los Decretos 74/2007, de 14 de junio, del Principado de Asturias y R.D. 1631/2006, de 29 de diciembre en tanto en cuanto violen los expresados derechos constitucionales".

Por Primer Otrosí Digo, interesó la suspensión de la Resolución de la Consejería de Educación y por consiguiente "de las obligaciones de cursar la/s asignatura/s objetadas y de asistir a las clases de la misma, mientras se resuelve el presente Recurso", por las razones que en dicho escrito se exponen y que constituyen --dijo-- una reiteración ampliada de las esgrimidas ante la Sala sentenciadora que motivaron su concesión.

Y, por Segundo Otrosí, interesó la acumulación de los Recursos procedentes de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias dictados en los procedimientos en materia de protección de derechos fundamentales y cuyas referencias a efectos de casación son los números 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 45, 46, 48, 49 y 50 de 2008.

CUARTO.- Admitido a trámite el recurso, se remitieron las actuaciones a esta Sección Séptima, conforme a las reglas del reparto de asuntos y, por providencia de 22 de septiembre de 2008, se dio traslado del escrito de interposición a las partes recurridas y al Ministerio Fiscal a fin de que formalizaran su oposición.

QUINTO.- Evacuando el traslado conferido, el Abogado del Estado, mediante escrito presentado el 24 de octubre de 2008, solicitó sentencia "declarando no haber lugar a casar la sentencia recurrida, con íntegra confirmación de la misma, todo ello con imposición de las costas a la parte recurrente". Y, por Otrosí, se opuso a la medida cautelar de suspensión solicitada de contrario.

El Letrado del Servicio Jurídico del Principado de Asturias formuló su oposición al recurso por escrito, presentado el 30 de octubre de 2008, en el que, asimismo, solicitó su desestimación y la confirmación íntegra de la resolución de instancia, imponiendo las costas --dijo-- a la parte recurrente.

Por su parte, el Fiscal, con fundamento en las consideraciones expuestas en su escrito presentado el 31 de octubre de 2008, interesó a este Tribunal "que proceda a dictar sentencia declarando NO HABER LUGAR al recurso de casación deducido, con imposición de las costas a los recurrentes, por el imperativo legal que establece el artículo 139.2 LJCA ". Por Otrosí, manifestó que, "conforme a un criterio de proporcionalidad, las razones de interés general que se esgrimen justifican en este caso la no adopción de dicha medida cautelar".

SEXTO.- En atención a la trascendencia de la cuestión debatida en este proceso, el Presidente de la Sala acordó someter su conocimiento al Pleno de la misma y, mediante providencia de 5 de diciembre de 2008 , se señaló para la votación y fallo el día 26 de enero de 2009.

SÉPTIMO.- En la fecha acordada, 26 de enero de 2009, ha tenido lugar la deliberación del presente procedimiento, continuándose la misma en los días siguientes y procediéndose a la votación y fallo el día 28 de dichos mes y año.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. PABLO LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El proceso de instancia, seguido por los trámites del procedimiento especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, fue iniciado por don Jaime y doña Teresa , mediante un recurso contencioso-administrativo dirigido contra la resolución de 8 de octubre de 2007 del Consejero de Educación y Ciencia del Principado de Asturias, que desestimó la objeción de conciencia a las asignaturas Educación para la Ciudadanía, Educación ético cívica y Filosofía y Ciudadanía que el Sr. Jaime había formulado en relación a su hija Fátima , alumna de Enseñanza Secundaria Obligatoria (ESO) en el Colegio de Fomento "Peñamayor".

El escrito de interposición concretó el objeto de la tutela jurisdiccional solicitada en estos términos:

"Los derechos cuya tutela se pide, y que se entienden violados por la Resolución impugnada son el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones amparado por el art. 27.3 de la Constitución y el de libertad ideológica y religiosa del artículo



16.1 de la propia Constitución del que forma parte el de objeción de conciencia según ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (cfr. por ejemplo, la sentencia 53/85 de 11 de abril)".

La sentencia aquí recurrida desestimó el anterior recurso jurisdiccional y el actual recurso de casación ha sido interpuesto, también, por el Sr. Jaime y la Sra. Teresa .

SEGUNDO.- Para entender debidamente el debate que se nos ha sometido, es preciso hacer una referencia previa a los aspectos principales del litigio enjuiciado por la Sala de Asturias.

Comenzando por la demanda, debe decirse que pedía la condena del Principado de Asturias a reconocer el derecho de los recurrentes a la objeción de conciencia, como parte de esos derechos de los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución cuya tutela jurisdiccional se reclamaba y, en virtud de los mismos, a "que sus hijos (sic) no deban cursar las asignaturas de Educación para la Ciudadanía y los derechos humanos y Educación ético-cívica ni asistir a las correspondientes clases y que no se vean afectados sus derechos respecto de la evaluación, promoción y titulación que le afecte no sólo en el curso presente sino en posteriores si existiera posibilidad de cursar dicha asignatura".

La principal razón esgrimida en apoyo de esa pretensión fue que parte de los contenidos de la materia Educación para la Ciudadanía, tal y como habían sido configurados en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación , y en sus normas de desarrollo (los Reales Decretos 1513/2006, de 7 de diciembre, y 1631/2006, respectivamente referidos a la Educación Primaria y a la Educación Secundaria Obligatoria, y el Decreto 74/2007, de 14 de junio, del Principado de Asturias), resultaban contrarios a las convicciones morales y religiosas de los demandantes.

Luego se afirmaba que la denegación de la objeción de conciencia producía, al entender de los recurrentes, una violación de los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución y, con la cita del artículo 96.1, también del texto constitucional , se subrayaba que las normas relativas a los derechos fundamentales han de interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los acuerdos y tratados internacionales ratificados por España en la materia.

Al respecto de lo anterior se invocaban los artículos 18 y 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 9 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo primero del Acuerdo con la Santa Sede sobre enseñanza y asuntos culturales que se refiere al respeto en los centros docentes públicos de los valores de la ética cristiana.

Posteriormente, se invocaba, también, la doctrina sobre la objeción de conciencia contenida en la sentencia 15/1982 del Tribunal Constitucional .

TERCERO.- La sentencia recurrida, después de exponer en los dos primeros fundamentos de Derecho las posiciones de las partes, analizó en el tercero la inadecuación del procedimiento que había sido aducida por las dos Administraciones codemandadas y el Ministerio Fiscal y rechazó esta causa de inadmisión.

Los fundamentos cuarto y siguientes los dedica al análisis del problema de fondo y pueden ser resumidos en lo que se expresa a continuación.

En primer lugar, delimita la cuestión principal controvertida a través de esta declaración:

"En el supuesto que examinamos, aunque formalmente se configura como una objeción a asistir a clase de determinadas asignaturas por considerarlas contrarias a su libertad ideológica y religiosa, lo que verdaderamente se suscita es su posible inconstitucionalidad por vulnerar el referido derecho recogido en el artículo 16.1 de la Constitución, circunstancia que hace decaer las afirmaciones que se formulan en el sentido de que no se halla previsto un derecho a la obligación (sic) de conciencia a un deber impuesto normativamente o, que frente a la obligatoriedad de las asignaturas establecidas por la Ley Orgánica de Educación no cabe invocar un derecho de objeción para no asistir a dichas asignaturas, pues nada impide que se suscite cuestión de inconstitucionalidad respecto de dicha normativa de la que el acuerdo recurrido constituye un acto de ejecución".

Después, se refiere a la importancia y significación de los derechos fundamentales invocados en el proceso en estos términos:

"(...) resulta evidente del contenido de los artículos 16.1 y 27.1 y 3 de la Constitución Española el derecho a que se garantice la libertad ideológica y religiosa de todas las personas y por ello, de los padres respecto de sus hijos menores, así como el deber del Estado y de todos los poderes públicos de garantizar el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones".



A continuación, distingue, respecto de esas asignaturas comprendidas bajo la denominación Educación para la Ciudadanía, objeto de polémica, estos dos aspectos o facetas de la misma: de un lado, su configuración en la Ley Orgánica 2/2006, de Educación ; y, de otro, los actos concretos a través de los que se enseña.

Enumera, seguidamente, los intervinientes en la actividad educativa y cuáles son sus respectivos papeles. A saber: la Administración, a la que corresponde "establecer el marco general en que ha de desenvolverse la actividad educativa; los centros docentes privados y concertados, que gozan del ideario o carácter propio del centro; todos los centros, con autonomía pedagógica, a través de la elaboración de sus propios proyectos educativos; y la actividad del profesorado encargado de impartir dichas enseñanzas sobre los que recaerá, en última instancia, la concreción del contenido de las mismas dentro del derecho de libertad académica o de cátedra".

Tomando en consideración lo que la exposición de motivos de la Ley Orgánica de Educación expresa sobre la Educación para la Ciudadanía, señala lo siguiente:

"La anterior declaración programática de principios que inspiran las asignaturas de Educación para la Ciudadanía en general, no puede suscitar duda alguna sobre su constitucionalidad."

A consecuencia de lo anterior, advierte que la supuesta vulneración de los derechos fundamentales sólo puede predicarse de los actos concretos de la enseñanza que afectasen a la libertad ideológica o religiosa y no de la Ley Orgánica 2/2006, de Educación .

Y, finalmente, declara:

"(...) 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 pues resulta patente que el mero enunciado de una asignatura, no afecta a derecho fundamental alguno".

Después de todas esas declaraciones, el fundamento sexto y último de la sentencia de instancia concluye que la impugnación genérica de las asignaturas relativas a Educación para la Ciudadanía como contrarias al derecho a la libertad ideológica carece de justificación y, consiguientemente, que no procede plantear la cuestión de inconstitucionalidad.

Y, tras recordar que sólo cabe invocar el referido derecho fundamental en relación con el caso concreto en que se desarrollan las citadas enseñanzas, la sentencia de Asturias falla que no cabe amparar derecho fundamental alguno.

CUARTO.- El recurso de casación reclama la revocación de la sentencia recurrida y la condena al Principado de Asturias a reconocer el derecho de los recurrentes a la objeción de conciencia, como parte de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución y, también, la nulidad, tanto de la resolución recurrida como del desarrollo reglamentario llevado a cabo por el Decreto 74/2007, de 14 de junio, del Principado de Asturias , y por el Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre .

Invoca en su apoyo dos motivos.

El primero se formaliza por el cauce de la letra c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción . Imputa a la sentencia incongruencia omisiva y falta de motivación, con infracción, también, de las normas de valoración de la prueba (que se explica así: "dada la omisión en la aplicación del brocardo "iura novit curia"). Las concretas vulneraciones denunciadas en este motivo están referidas, por lo que hace a la incongruencia, a los artículos 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, 70 de la Ley de esta Jurisdicción y 209, 217 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y, en lo que concierne a la falta de motivación, a los artículos 24 y 120.3 de la Constitución y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Para defender esa censura de incongruencia omisiva el argumento principal empleado es el siguiente:

"En el proceso quedó (...) acreditado tanto la legislación aplicable que fue aplicada en todo el iter administrativo como su afectación respecto de la esfera de derechos inalienables fundamentales de los padres del menor afectado/s; asumiendo esta parte una carga probatoria que no le correspondería dado que como ha declarado el TEDH es al Estado y a cada Centro docente al que le corresponde suministrar a los padres la información necesaria para que puedan educar a sus hijos, incluso ejerciendo el derecho a objetar a la asignatura parcialmente (ST TEDH DE 29 DE JUNIO DEL 2007) sin que ninguna prueba en contrario se efectuara por las codemandadas. Tales circunstancias debieron ser convenientemente analizadas en la sentencia, reflejadas en los hechos probados, y dar lugar al correspondiente fallo.

Al no ser analizadas las pruebas existentes con el necesario detalle, y no ser desgranados los planteamientos efectuados en la demanda con el rigor que el caso merecía, la sentencia incurre en incongruencia por omisión, así como en falta de motivación , considerando esta parte que de los hechos que efectivamente han sido



probados, debe quedar constancia en la sentencia que se dicte en esta casación, por estimar que existe vulneración de las reglas que rigen el reparto de la carga de la prueba, contenidas en el artículo 217 de la LEC 1/2000, el cual se invoca a través del artículo 88.1.d) de la LJCA".

Se completa esa argumentación señalando que la sentencia de Asturias es contradictoria. Y esto, según el recurso de casación, porque en su fundamento tercero declara, para rechazar la inadecuación del procedimiento que fue opuesta, que hubo una cita del derecho fundamental que se decía vulnerado y, también, una exposición de argumentos para fundamentar el recurso interpuesto. En cambio, en el fundamento quinto manifiesta: "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 pues resulta patente que el mero enunciado de una asignatura, no afecta a derecho fundamental alguno".

El apoyo principal que el recurso de casación ofrece para su denuncia de falta de motivación se halla en esta afirmación:

"La resolución combatida aparte de hacer una referencia genérica a la exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/2006 de Educación y a que no hay dudas sobre la constitucionalidad (cuestión que no se está planteando expresamente en el presente recurso) no entra para nada en el petitum de la demanda, ni toma en cuenta las consideraciones vertidas en nuestro escrito de demanda, careciendo, a nuestro entender, de la sensibilidad mínima para aplicar la ley según las circunstancias concurrentes y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de las normas (art. 3.1 C.C.) y desde luego los artículos constitucionales aplicables no se hicieron pensando en la triste situación actual de obligar a los padres (en este caso a través de la mencionada asignatura de Educación para la Ciudadanía) en sus múltiples denominaciones a que sus hijos reciban enseñanzas que en conciencia van contra sus creencias religiosas, por lo que la cuestión de fondo es un tema de libertades".

Este primer motivo de casación debe decirse que merece ser acogido, por ser fundada la incongruencia omisiva imputada a la sentencia recurrida.

Efectivamente, el contraste entre los términos del planteamiento de la demanda y la respuesta que la Sala de Asturias les dio permite constatar un silencio sobre esas concretas partes del Decreto 74/2007 del Principado de Asturias que fueron invocadas y subrayadas como expresivas de un adoctrinamiento contrario a las creencias propias de los recurrentes.

Y la consecuencia es la anulación de la sentencia y la necesidad de que este Tribunal Supremo enjuicie directamente la controversia planteada en el proceso de instancia [artículo 95.2, apartados c) y d), de la Ley de esta Jurisdicción], lo que determina que sea inocuo considerar el segundo motivo que, por lo demás, plantea la cuestión de fondo sobre la que versan los siguientes fundamentos.

Antes debemos rechazar la inadecuación del procedimiento opuesta por los demandados, pues resulta evidente que desde el escrito de interposición se esgrimieron pretensiones directamente encaminadas a la protección de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución.

QUINTO.- Ayudará a la mejor solución de la controversia tener presentes los antecedentes inmediatos de la materia escolar Educación para la Ciudadanía. Como recuerda el Real Decreto 1631/2006 (anexo II), se hallan en la Recomendación (2002) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa. También apunta que la Unión Europea incluye como objetivo de los sistemas educativos promover en la comunidad escolar el aprendizaje de los valores democráticos y de la participación en la ciudadanía activa, en sintonía con esa recomendación. Importa, por tanto, ver cuál es su sentido.

La Recomendación dice que la "Educación para la Ciudadanía Democrática" (education for democratic citizenship) debe ser un objetivo prioritario de la política educativa en todos los niveles de la enseñanza. Inspira esa orientación la "preocupación por los crecientes niveles de apatía cívica y política y de falta de confianza en las instituciones democráticas y por los cada vez más abundantes casos de corrupción, racismo, xenofobia, nacionalismo agresivo, intolerancia frente a las minorías, discriminación y exclusión social (...)". Por eso, la considera fundamental para promover una sociedad libre, tolerante y justa y la tiene por factor de cohesión social, mutuo entendimiento, diálogo intercultural e interreligioso y de solidaridad que contribuye a la igualdad entre hombres y mujeres y fomenta el establecimiento de relaciones armoniosas y pacíficas entre los pueblos así como la defensa y el desarrollo de la sociedad y de la cultura democráticas.

Entre los objetivos educativos y contenidos de esta materia incluye: 1) estimular los enfoques y acciones multidisciplinares que combinen la educación cívica y política con la enseñanza de historia, filosofía, religiones, idiomas, ciencias sociales y de todas las disciplinas que tengan implicaciones éticas, políticas, sociales, culturales o filosóficas; 2) combinar la adquisición de conocimientos, actitudes y destrezas dando prioridad a los que reflejan los valores fundamentales del Consejo de Europa, especialmente los derechos



humanos y el Estado de Derecho; 3) prestar particular atención a la adquisición de actitudes necesarias para la vida en las sociedades multiculturales respetuosas con las diferencias y preocupadas por su medio ambiente.

Para lograr esos fines piensa en enfoques educativos y métodos que enseñen a convivir democráticamente y a combatir el nacionalismo agresivo, el racismo y la intolerancia y a eliminar la violencia y las ideas y conductas extremistas y que procuren la adquisición de estas competencias básicas (key competences) o habilidades o destrezas: a) superar conflictos de forma no violenta; b) argumentar en defensa del propio punto de vista; c) escuchar, comprender e interpretar los argumentos de los demás; d) reconocer y aceptar las diferencias; e) escoger entre opciones distintas, considerar las alternativas y someterlas a análisis ético; f) asumir responsabilidades compartidas; g) establecer relaciones constructivas, no agresivas, con otros; h) desarrollar una aproximación crítica a la información, a las corrientes de pensamiento y a los conceptos filosóficos, religiosos, sociales, políticos y culturales, al tiempo que se mantiene el compromiso con los valores y principios fundamentales del Consejo de Europa.

La participación activa de todos los implicados en la educación, la promoción del ethos democrático, el fomento del estudio y de la iniciativa personal, la combinación de la teoría y la práctica y la colaboración cívica (civic partnership) entre la escuela, la familia, la comunidad, los centros de trabajo y los medios de comunicación, se hallan entre los criterios que han de guiar la enseñanza de esta materia.

Esta Recomendación fue seguida por otros documentos. Entre ellos, el elaborado por el Comité ad hoc para la Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos, también del Consejo de Europa, el 14 de marzo de 2006, que insistirá en la importancia de los entornos educativos éticos y democráticos, en la escuela y fuera de ella, y de promover la perspectiva de género en la educación.

La Unión Europea también ha resaltado la importancia que en el sistema educativo tienen las denominadas competencias sociales y cívicas. Así, la Recomendación Conjunta del Parlamento Europeo y del Consejo sobre las competencias clave para el aprendizaje permanente, de 18 de diciembre de 2006, formula directrices que enlazan con las sentadas por el Consejo de Europa. En efecto, atribuye suma importancia al conocimiento de "los conceptos básicos relativos al individuo, al grupo, a la organización del trabajo, a la igualdad y la no discriminación entre hombres y mujeres, la sociedad y la cultura (...)". Y a "la capacidad de comunicarse de una manera constructiva (...), mostrar tolerancia y expresar y comprender puntos de vista diferentes, negociar sabiendo inspirar confianza y sentir empatía", así como a "ser capaces de gestionar el estrés y la frustración y expresarlos de una manera constructiva (...)" desde "la seguridad en uno mismo y (...) la integridad". Indica que "las personas deben interesarse por el desarrollo socioeconómico, la comunicación intercultural, la diversidad de valores y el respeto a los demás, así como estar dispuestas a superar los prejuicios y a comprometerse".

Las capacidades de esta competencia cívica guardan relación, subraya la Recomendación, "con la habilidad para interactuar eficazmente en el ámbito público y para manifestar solidaridad e interés por resolver los problemas que afecten a la comunidad (...). Conlleva la reflexión crítica y creativa y la participación constructiva en las actividades de la comunidad (...) así como la toma de decisiones (...) mediante el ejercicio del voto". Y una actitud positiva, fundada en la apreciación y comprensión de las diferencias a partir del "pleno respeto a los derechos humanos, incluida la igualdad como base de la democracia", ante los sistemas de valores de las distintas religiones o grupos étnicos. Esta actitud, continua la Recomendación, incluye "manifestar el sentido de pertenencia a la propia localidad, al propio país, a la UE y a Europa en general y al mundo, y la voluntad de participar en la toma de decisiones democrática a todos los niveles". Además, supone manifestar "sentido de la responsabilidad y (...) comprensión y respeto de los valores compartidos (...) necesarios para (...) la cohesión de la comunidad", entre ellos los principios democráticos". La participación constructiva de la que hablan el Parlamento Europeo y el Consejo incluye "las actividades cívicas y el apoyo a la diversidad y a la cohesión sociales y al desarrollo sostenible, así como la voluntad de respetar los valores y la intimidad de los demás".

SEXO.- Tomando en consideración lo expuesto, fácilmente se advierte que la decisión de la cuestión principal del actual litigio pasa por establecer las premisas que permitirán decidir si es o no justificada la vulneración de los derechos fundamentales de los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución que los recurrentes invocaron en el proceso de instancia para dar apoyo a su pretensión.

En particular, hace falta precisar los siguientes extremos: el significado del pluralismo como elemento necesario para una verdadera sociedad democrática; la suma relevancia que los derechos fundamentales tienen en nuestro modelo constitucional de convivencia; el papel que la Constitución asigna al Estado en materia de educación; el contenido que corresponde al derecho a la libertad ideológica y religiosa del artículo 16.1 dentro del sistema educativo establecido por el Estado; el alcance del derecho reconocido a los padres en el 27.3 y el límite que significan esos dos derechos de los artículos 16.1 y 27.3, todos de la Constitución, para la actividad educativa de los poderes públicos.



Pasando al examen sucesivo de cada uno de ellos, nos encontramos, en primer lugar, con el pluralismo, que está formalmente proclamado como valor superior del ordenamiento jurídico en el artículo 1.1 de la Constitución. Su núcleo principal es el reconocimiento del hecho innegable de la diversidad de concepciones que sobre la vida individual y colectiva pueden formarse los ciudadanos en ejercicio de su libertad individual y la necesidad de establecer unas bases jurídicas e institucionales que hagan posible la exteriorización y el respeto de esas diversas concepciones. No parece que sea erróneo señalar que entre las razones de su reconocimiento jurídico se hallan estas dos: facilita la paz social, al permitir la convivencia entre discrepantes; y es un elemento necesario para asegurar un adecuado funcionamiento del sistema democrático porque contribuye a favorecer la discusión y el intercambio de ideas y, de esa manera, se erige en un elemento necesario para que el ciudadano pueda formar libre y conscientemente la voluntad que exteriorizará a través de su voto individual (en este sentido, la STC 12/1982, en línea con lo anterior, subraya el pluralismo político como un valor fundamental y un requisito del Estado democrático).

La importancia de la actividad educativa en relación con el pluralismo es obvia: constituye un esencial instrumento para garantizar su efectiva vivencia en la sociedad; y esto porque transmite a los alumnos la realidad de esa diversidad de concepciones sobre la vida individual y colectiva, como asimismo les instruye sobre su relevancia, para que sepan valorar la trascendencia de esa diversidad y, sobre todo, aprendan a respetarla.

En cuanto a los derechos fundamentales, como resulta de la lectura del artículo 10 de la Constitución, son el espacio de libertad y respeto individual que es necesario para que la dignidad de la persona, principal fundamento del orden político y de la paz social, sea una realidad viva y no una mera declaración formal. Como consecuencia de esta importancia, claro es que la actividad educativa no podrá desentenderse de transmitir los valores morales que subyacen en los derechos fundamentales o son corolario esencial de los mismos.

Por lo que se refiere al papel del Estado en la materia, el referente constitucional en esta cuestión lo ofrecen estos dos mandatos del artículo 27: el de su apartado 5, que impone a los poderes públicos una obligada intervención en la educación (lo cual es coherente con el modelo de Estado Social de los artículos 1 y 9.2); y el que resulta de su apartado 2, que dispone para esa función una necesaria meta constitucionalmente predeterminada, cual es que: "La educación tendrá por objeto el libre desarrollo de la personalidad en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales". Educación, hay que recordarlo, que todos tienen derecho a recibir.

La necesaria presencia del Estado en esta materia deriva de la clara vinculación existente entre enseñanza y democracia, por lo que antes ya se ha expresado, y procede también del hecho de que esa democracia, además de ser un mecanismo formal para la constitución de los poderes públicos, es también un esquema de principios y valores.

Varias son las consecuencias que derivan de una interpretación combinada de los dos anteriores preceptos constitucionales.

La primera es que la actividad del Estado en materia de educación es obligada (representa el aspecto prestacional del derecho a la educación que resulta del precepto constitucional que se viene analizando).

La segunda es que esa intervención tiene como fin no sólo (1) asegurar la transmisión del conocimiento del entramado institucional del Estado, sino también (2) ofrecer una instrucción o información sobre los valores necesarios para el buen funcionamiento del sistema democrático.

Y la tercera es que ese cometido estatal, debido a la fuerte vinculación existente entre democracia y educación, está referido a toda clase de enseñanza: la pública y la privada.

En lo que hace a la transmisión y difusión de conocimientos que es posible a través de esa actuación estatal constitucionalmente dispuesta, debe hacerse la siguiente diferenciación. Por un lado, están los valores que constituyen el sustrato moral del sistema constitucional y aparecen recogidos en normas jurídicas vinculantes, representadas principalmente por las que reconocen los derechos fundamentales. Y, por otro, está la explicación del pluralismo de la sociedad, en sus diferentes manifestaciones, lo que comporta, a su vez, informar, que no adoctrinar, sobre las principales concepciones culturales, morales o ideológicas que, más allá de ese espacio ético común, pueden existir en cada momento histórico dentro de la sociedad y, en aras de la paz social, transmitir a los alumnos la necesidad de respetar las concepciones distintas a las suyas pese a no compartirlas.

La diferenciación que acaba de hacerse marca los límites que tiene la actuación del Estado en materia educativa y, sobre todo, acota el terreno propio en que regirá la proscripción de adoctrinamiento que sobre él pesa por la neutralidad ideológica a que viene obligado. Dicho de otro modo, no podrá hablarse de adoctrinamiento cuando la actividad educativa esté referida a esos valores morales subyacentes en las normas



antes mencionadas porque, respecto de ellos, será constitucionalmente lícita su exposición en términos de promover la adhesión a los mismos. Por el contrario, será exigible una posición de neutralidad por parte del poder público cuando se esté ante valores distintos de los anteriores. Estos otros valores deberán ser expuestos de manera rigurosamente objetiva, con la exclusiva finalidad de instruir o informar sobre el pluralismo realmente existente en la sociedad acerca de determinadas cuestiones que son objeto de polémica.

Y una última puntualización es conveniente. La actividad educativa del Estado, cuando está referida a los valores éticos comunes, no sólo comprende su difusión y transmisión, también hace lícito fomentar sentimientos y actitudes que favorezcan su vivencia práctica.

Lo hasta aquí expuesto nos lleva directamente al examen de los tres problemas restantes de los seis anteriormente indicados, los tres referentes al alcance y límites del derecho a la libertad ideológica y religiosa proclamado en la Constitución (artículo 16.1). Respecto de este derecho debemos decir que está constituido básicamente por la posibilidad reconocida a toda persona de elegir libremente sus concepciones morales o ideológicas y de exteriorizarlas, con la garantía de no poder ser perseguido o sancionado por ellas. Este derecho no es necesariamente incompatible con una enseñanza del pluralismo que transmita la realidad social de la existencia de concepciones diferentes.

La compatibilidad será de apreciar siempre que la exposición de esa diversidad se haga con neutralidad y sin adoctrinamiento. Es decir, dando cuenta de la realidad y del contenido de las diferentes concepciones, sin presiones dirigidas a la captación de voluntades a favor de alguna de ellas. Y así tendrá lugar cuando la enseñanza sea desarrollada con un sentido crítico, por dejar bien clara la posibilidad o necesidad del alumno de someter a su reflexión y criterio personal cada una de esas diferentes concepciones.

Vinculado a lo anterior, aparece en el artículo 27.3 de la Constitución el derecho de los padres a elegir la orientación moral y religiosa que debe estar presente en la formación de sus hijos. Está referido al mundo de las creencias y de los modelos de conducta individual que, con independencia del deber de respetar esa moral común subyacente en los derechos fundamentales, cada persona es libre de elegir para sí y de transmitir a sus hijos.

Tampoco es incompatible con la enseñanza del pluralismo que deriva del artículo 27.2 CE. Tienen contenidos o facetas diferentes, como ha quedado expuesto.

Estos derechos mencionados en los artículos 16.1 y 27.3 significan, por eso, un límite a la actividad educativa del Estado. En efecto, el Estado, en el ámbito correspondiente a los principios y la moral común subyacente en los derechos fundamentales, tiene la potestad y el deber de impartirlos, y lo puede hacer, como ya se ha dicho, incluso, en términos de su promoción. Sin embargo, dentro del espacio propio de lo que sean planteamientos ideológicos, religiosos y morales individuales, en los que existan diferencias y debates sociales, la enseñanza se debe limitar a exponerlos e informar sobre ellos con neutralidad, sin ningún adoctrinamiento, para, de esta forma, respetar el espacio de libertad consustancial a la convivencia constitucional.

SÉPTIMO.- Según hemos visto, por un lado, los recurrentes afirman el derecho que les asiste a que su hija, alumna de Enseñanza Secundaria Obligatoria (ESO), no se vea obligada a cursar las asignaturas de Educación para la Ciudadanía porque consideran que algunos de sus contenidos implican una formación moral contraria a sus convicciones y a los derechos humanos. A su entender, la Constitución, en sus artículos 16.1 y 27.3, así como en la interpretación que de ellos y de la objeción de conciencia ha hecho el Tribunal Constitucional, les ampara. Por el otro, la Administración asturiana, el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal contestan, en sustancia, que nuestro ordenamiento jurídico no reconoce un derecho a la objeción de conciencia distinto del previsto en el artículo 30.2 del texto fundamental y que el Decreto 74/2007, de la Junta del Principado de Asturias no vulnera los derechos reconocidos en sus artículos 16.1 y 27.3.

La primera cuestión a resolver estriba en determinar si existe un derecho a la objeción de conciencia susceptible de hacerse valer por los padres en nombre de sus hijos menores para eximirles del deber de cursar una materia del currículo escolar que provoca su repulsa por razones ideológicas o religiosas. Y a sí, efectivamente, los contenidos en discusión de las asignaturas polémicas entrañan una infracción de los derechos fundamentales mencionados.

Sobre lo primero, además de recordar que el único supuesto en el que la Constitución contempla la objeción de conciencia frente a la exigencia del cumplimiento de un deber público es el previsto en su artículo 30.2, hemos de reiterar que la doctrina del Tribunal Constitucional solamente ha admitido, fuera de ese caso, el derecho a objetar por motivos de conciencia del personal sanitario que ha de intervenir en la práctica del aborto en las modalidades en que fue despenalizado. Asimismo, es preciso añadir que ni las normas internacionales, ni la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo han reconocido en el ámbito educativo.



Desde luego, nada impide al legislador ordinario, siempre que respete las exigencias derivadas del principio de igualdad ante la ley, reconocer la posibilidad de dispensa por razones de conciencia de determinados deberes jurídicos. Lo que ocurre es que se trataría de un derecho a la objeción de conciencia de rango puramente legislativo –no constitucional– y, por consiguiente, derivado de la libertad de configuración del ordenamiento de que dispone el legislador democrático, que podría crear, modificar o suprimir dicho derecho según lo estimase oportuno.

Para sostener que, más allá de los específicos supuestos expresamente contemplados por la Constitución, de ésta surge un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, que no podría ser ignorado por el legislador, suele invocarse –como se ha hecho en el caso ahora examinado– el artículo. 16 de la Constitución. La idea básica de quienes sostienen esta postura es que la libertad religiosa e ideológica garantiza no sólo el derecho a tener o no tener las creencias que cada uno estime convenientes, sino también el derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias. Pero ésta es una idea muy problemática, al menos por dos órdenes de razones.

En primer lugar, una interpretación sistemática del texto constitucional no conduce en absoluto a esa conclusión. Incluso, pasando por alto que la previsión expresa de un derecho a la objeción de conciencia al servicio militar en el artículo 30.2 no tendría mucho sentido si existiese un derecho a la objeción de conciencia de alcance general dimanante del artículo 16, es lo cierto que el tenor de este último precepto constitucional dista de abonar la tesis de que la libertad religiosa e ideológica comprende el derecho a comportarse siempre y en todos los casos con arreglo a las propias creencias. En efecto, la libertad religiosa e ideológica no sólo encuentra un límite en la necesaria compatibilidad con los demás derechos y bienes constitucionalmente garantizados, que es algo común a prácticamente todos los derechos fundamentales, sino que topa con un límite específico y expresamente establecido en el artículo 16.1 de la Constitución: "el mantenimiento del orden público protegido por la ley". Pues bien, por lo que ahora importa, independientemente de la mayor o menor extensión que se dé a la noción de orden público, es claro que ésta se refiere por definición a conductas externas reales y perceptibles. Ello pone de manifiesto que el constituyente nunca pensó que las personas pueden comportarse siempre según sus propias creencias, sino que tal posibilidad termina, cuanto menos, allí donde comienza el orden público.

En segundo lugar, en contraposición a la dudosa existencia en la Constitución de un derecho a comportarse en todas las circunstancias con arreglo a las propias creencias, se alza el mandato inequívoco y, desde luego, de alcance general de su artículo 9.1 : "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico". Este es un mandato incondicionado de obediencia al Derecho. Derecho que, además, en la Constitución española es el elaborado por procedimientos propios de una democracia moderna. A ello hay que añadir que el reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general a partir del artículo 16, equivaldría en la práctica a que la eficacia de las normas jurídicas dependiera de su conformidad con cada conciencia individual, lo que supondría socavar los fundamentos mismos del Estado democrático de Derecho.

Una vez sentado que el artículo 16 de la Constitución no permite afirmar un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, es preciso verificar si podría encontrar fundamento en la jurisprudencia o en algún instrumento internacional.

Comenzando por los precedentes jurisprudenciales, la verdad es que distan de ser nítidos y lineales. Es indiscutible que la sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, relativa a la despenalización del aborto en ciertas circunstancias, afirma que el personal sanitario puede oponer razones de conciencia para abstenerse de participar en intervenciones dirigidas a la interrupción del embarazo. Pero a partir de aquí sería muy difícil extraer un principio general por constituir claramente un supuesto límite.

Más clara, como precedente en materia de objeción de conciencia, es la sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002, relativa a la condena penal de unos padres que, a causa de sus creencias religiosas, no autorizaron una transfusión sanguínea para su hijo menor, que luego falleció. Ciertamente, el Tribunal Constitucional consideró que dicha condena penal supuso una violación de la libertad religiosa de los padres; lo que, al menos implícitamente, implica admitir que la libertad religiosa puede tener algún reflejo en el modo de comportarse. Pero tampoco sería fácil extraer de aquí un principio general, por varios motivos: se trata de una sentencia atinente a cuestiones específicamente religiosas, no morales en general; se trata de una sentencia aislada; y se trata, sobre todo, de una sentencia muy ligada a las innegables exigencias de justicia material del caso concreto.

Y, en cuanto a las sentencias del Tribunal Constitucional 177/1996 y 101/2004, se contemplaban casos en que un militar y un policía fueron obligados a participar en actos religiosos. Cuando alguien sometido a una



especial disciplina es obligado a participar en un acto religioso, hay sencillamente una violación de su libertad religiosa.

La jurisprudencia constitucional española, en suma, no ofrece base para afirmar la existencia de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general. Y, por lo que se refiere a instrumentos internacionales que satisfagan las características exigidas por el artículo 10.2 de la Constitución para ser guía de la interpretación en materia de derechos fundamentales, el único que puede traerse a colación es el artículo 10.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que dispone:

"Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio".

Es verdad que este precepto no limita el derecho a la objeción de conciencia a un ámbito material determinado. Y es probable que, tras la mención específica a la Carta en el artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008, por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, aquélla debe ya ser utilizada como canon interpretativo aun cuando el mencionado Tratado de Lisboa no haya todavía entrado en vigor. Ahora bien, la propia Carta circunscribe su eficacia a aquellos supuestos en que los Estados apliquen Derecho de la Unión Europea, lo que claramente no ocurre en el caso ahora examinado. El artículo 10.2 de la Carta, además, requiere expresamente una interposición legislativa para desplegar sus efectos, por lo que no admite un derecho a la objeción de conciencia en ausencia de ley que lo regule.

OCTAVO.- Llegados a este punto, queda por examinar si, aun en ausencia de un derecho a la objeción de conciencia con alcance general, podría existir un derecho a la objeción de conciencia circunscrito al ámbito educativo, especialmente en virtud del artículo 27.3 de la Constitución.

Hay dos recientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, según algunos, se orientan en esta dirección. Se trata de las pronunciadas en los casos Folgero y otros contra Noruega (29 de junio de 2007) y Hasan y Eylem Zengin contra Turquía (9 de octubre de 2007). En ambas, se aborda el problema de la enseñanza de la religión –luterana en el caso noruego e islámica sunita en el caso turco– si bien dentro de materias escolares obligatorias de carácter cultural. Hay que tener en cuenta que no todos los alumnos ajenos a estas dos confesiones estaban dispensados de cursar dichas asignaturas. El Tribunal de Estrasburgo consideró que el deber jurídico absoluto de cursar las asignaturas controvertidas, sin posibilidad efectiva de dispensa a causa de las propias creencias, vulneraba el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Es posible resumir las ideas principales que sirven al Tribunal de Estrasburgo para decidir estos pleitos del siguiente modo:

A) La inclusión en los planes de enseñanza de materias obligatorias sobre religión, filosofía y moral que persigan una aproximación a las diferentes religiones y orientaciones filosóficas, de manera que los alumnos adquieran conocimientos de sus propios pensamientos y tradiciones, no contradice el Convenio siempre que estén configuradas equilibradamente y se ajusten en sus contenidos y enseñanza a los principios de objetividad, exposición crítica y respeto al pluralismo.

B) Dicho en negativo, lesiona el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos toda forma de enseñanza que, por prescindir de los requisitos anteriores, tienda al adoctrinamiento religioso o moral.

C) En los casos contemplados en estas sentencias la infracción del derecho reconocido en el artículo 2 del Protocolo nº 1 y del artículo 9 del Convenio se produce por el desequilibrio en la definición del currículo de las materias controvertidas (escorada al cristianismo la noruega, orientada al islamismo sunita la turca) y, a partir de esa premisa, por la insuficiencia de los mecanismos de dispensa previstos por el legislador.

Estas dos sentencias, sin embargo, no son de gran utilidad para el presente caso, por dos razones. Por un lado, y esto es lo más importante, tratan de la enseñanza obligatoria de una determinada religión, pues, en la práctica, es a lo que conducían las asignaturas discutidas. Imponer a alguien el deber jurídico de cursar enseñanzas religiosas contra la propia voluntad, aunque sea incluyéndolas en materias, en principio, de carácter cultural, implica, por sí solo, una violación de la libertad religiosa e ideológica. Tan es así que esta situación no se produce en España, país aconfesional, donde las enseñanzas religiosas en los currículos escolares tienen carácter optativo. Cuando se trata de la enseñanza obligatoria de materias que, aun pudiendo incidir sobre cuestiones morales, son ajenas a la religión, no se da ese automatismo, sino que será preciso, más bien, analizar hasta qué punto la asignatura obligatoria en cuestión puede afectar a opciones morales esencialmente personales. Por otro lado, las mencionadas sentencias no imponen, en rigor, una obligación al Estado de reconocer un derecho a la objeción de conciencia frente a asignaturas religiosas, sino que se limitan a decir que este tipo de asignaturas –propio de Estados confesionales– que, en realidad, están exponiendo un determinado



credo religioso sólo es conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos en la medida en que se reconozca la posibilidad de dispensa.

Tampoco el artículo 27.3 de la Constitución, en sí mismo considerado, con independencia de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, permite afirmar que los padres tienen un derecho a la objeción de conciencia sobre materias como Educación para la Ciudadanía. De entrada, hay que destacar que dicho precepto constitucional sólo reconoce el derecho a elegir la educación religiosa y moral de los hijos, no sobre materias ajenas a la religión y la moral. En la medida en que Educación para la Ciudadanía abarca temas ajenos a la religión o la moral en sentido propio, como son los relativos a la organización y funcionamiento de la democracia constitucional, el significado de los derechos fundamentales o, incluso, usos sociales establecidos y reglas meramente técnicas, no resulta aplicable el artículo 27.3. Este sólo regirá para aquellos aspectos de la citada materia que incidan sobre problemas morales, pues hay que entender que la religión, por ser algo ajeno a la ciudadanía, ha de quedar necesariamente fuera de la referida materia. Pero, si esto no fuera suficiente, hay que recordar que los apartados segundo y tercero del artículo 27 se limitan mutuamente: ciertamente, el Estado no puede llevar sus competencias educativas tan lejos que invada el derecho de los padres a decidir sobre la educación religiosa y moral de los hijos; pero, paralelamente, tampoco los padres pueden llevar este último derecho tan lejos que desvirtúe el deber del Estado de garantizar una educación "en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales".

El punto de equilibrio constitucionalmente adecuado puede ser a veces difícil de encontrar; pero es indiscutible que los padres no tienen, en virtud del artículo 27.3, un derecho ilimitado a oponerse a la programación de la enseñanza por el Estado. El artículo 27.3, dicho de otro modo, permite pedir que se anulen las normas reguladoras de una asignatura obligatoria en tanto en cuanto invadan el derecho de los padres a decidir la enseñanza que deben recibir sus hijos en materia religiosa o moral; pero no permite pedir dispensas o exenciones.

Es preciso tener presente, en fin, las peculiares características de una materia obligatoria cuya finalidad declarada es educar a ciudadanos. Puede, naturalmente, discutirse acerca de la oportunidad de la misma; pero, una vez verificado que es ajustada a Derecho, autorizar exenciones individuales de dicha asignatura sería tanto como poner en tela de juicio esa ciudadanía para la que se aspira a educar. En un Estado democrático de Derecho, el estatuto de los ciudadanos es el mismo para todos, cualesquiera que sean sus creencias religiosas y morales y, precisamente por ello, en la medida en que esas creencias sean respetadas, no hay serias razones constitucionales para oponerse a la existencia de una materia obligatoria cuya finalidad es formar en los rudimentos de dicha ciudadanía, incluido el reconocimiento del propio derecho a la libertad ideológica y religiosa.

Para concluir, es importante aclarar que esta Sala no excluye de raíz que, en circunstancias verdaderamente excepcionales, no pueda entenderse que de la Constitución surge tácitamente un derecho a quedar eximido del cumplimiento de algún deber jurídico válido.

En este caso, sin embargo y por lo que se acaba de decir, no advertimos un conflicto semejante al que se produce en aquellos en que la Constitución o el Tribunal Constitucional, al interpretarla, han reconocido el derecho a objetar. En efecto, tanto cuando se trata del servicio militar obligatorio, como en la intervención en el aborto en los supuestos despenalizados, se percibe con absoluta nitidez la contraposición radical entre la conciencia de quienes pretenden ser eximidos de su cumplimiento y unos deberes públicos bien precisos. Aquí, sin embargo, no existe esa claridad. Los propios recurrentes admiten que hay aspectos de la materia escolar Educación para la Ciudadanía que no les producen ninguna reserva y, fuera de afirmaciones absolutamente generales, tienen que proceder a una búsqueda de palabras y frases extraídas de su contexto en las que dicen ver los propósitos adoctrinadores que les repugnan y fundamentan su rechazo.

En realidad, su propio planteamiento desvela que son conscientes de los obstáculos que dificultan su pretensión objetora, pues enlazan su reivindicación con la afirmación de que la Educación para la Ciudadanía, tal como está concebida en el Decreto asturiano 74/2007 –y en el Real Decreto 1631/2006, del que trae causa– lesiona los derechos fundamentales que les reconocen los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución porque, a su entender, pretende adoctrinar a los alumnos en el relativismo, el positivismo y la ideología de género.

Se sitúan así en un plano distinto al propio de la objeción de conciencia porque mantienen que se les debe reconocer desde el momento en que tienen a las normas reglamentarias por contrarias a sus derechos fundamentales. Decimos que es distinto porque, en principio, la objeción se ejerce frente a deberes públicos válidamente impuestos y porque los derechos que invocan a la libertad de conciencia y a elegir la formación de sus hijos que esté de acuerdo con sus convicciones morales y religiosas, de haber sido lesionados, les hacen acreedores de la más plena tutela judicial. Así, de un lado, los recurrentes se salen del espacio propio del derecho que reclaman –la objeción de conciencia– y, de otro, esgrimen títulos que, de estar en lo



cierto, les asegurarían la protección que buscan haciendo innecesario el recurso a esa objeción. En efecto, si se demostrara que las enseñanzas controvertidas incurren en un adoctrinamiento incompatible con las responsabilidades que atribuye al Estado en la educación el artículo 27.2 de la Constitución, la preservación de esos mismos derechos fundamentales de los artículos 16.1 y 27.3 exigiría la adopción por los Tribunales de lo Contencioso Administrativo de cuantas medidas fuesen necesarias para el cese inmediato de esa actividad.

NOVENO.- Si, en definitiva, es claro que no estamos ante un escenario que permita reconocer el derecho a objetar, esta afirmación no resuelve el litigio que nos ocupa. Detenernos en este punto supondría darle una respuesta insuficiente porque no hay duda de que se nos está diciendo que el Decreto 74/2007 y el Real Decreto 1631/2006 van más allá de lo que permite a los poderes públicos competentes el artículo 27.2 de la Constitución y lesionan, por tanto, el apartado 3 de ese mismo precepto así como el artículo 16.1, siempre del texto fundamental.

Los recurrentes atribuyen a buena parte de los contenidos de esta materia "un intento de adoctrinamientos ideológicos más propios de regímenes fascistas o marxistas-leninistas que de un país democrático y miembro de la Unión Europea". Adoctrinamientos en el "relativismo", el "positivismo" y la "ideología de género" que los recurrentes ven enlazados en el Decreto 74/2007 cuando, al desarrollar la competencia social y ciudadana de la ESO, dice en el Anexo I:

"La dimensión ética de la competencia social y ciudadana entraña ser consciente de los valores del entorno, evaluarlos y reconstruirlos afectiva y racionalmente para crear progresivamente un sistema de valores propio y comportarse en coherencia con ellos al afrontar una decisión o un conflicto. Ello supone entender que no toda posición personal es ética si no está basada en el respeto a principios o valores universales como los que encierra la Declaración de los Derechos Humanos" (en negrita en el escrito de interposición del recurso de casación).

O los perciben en el Objetivo 4 que persigue la materia (Anexo II), el cual consiste en:

"4. Conocer, asumir y valorar positivamente los derechos y obligaciones que se derivan de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la Constitución española y del Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias, identificando los valores que los fundamentan, y aceptándolos como criterios para valorar éticamente las conductas personales y colectivas y las realidades sociales".

Estos textos les llevan a la conclusión expresada en la demanda de que

"no existen para el legislador de la Educación para la Ciudadanía normas morales que no se hayan positivizado en leyes (las normas por consiguiente no pueden ser malas) que, por supuesto, como pueden cambiar no constituyen sino un referente ético, provisional eso sí, pretendiendo confundir la ETICA, la moral con el Derecho, ignorando que no toda norma es ética (pensemos en las normas nacionalsocialistas de la persecución contra los judíos). Y ello no para el hombre y la mujer, para la "persona humana", que dado que no existe como hombre y mujer más que como imposición cultural, podrá escoger –pues tiene derecho– entre ser hombre, mujer o "mediopensionista" (lo políticamente correcto es homosexual o "gay", bisexual y, en fin, cuantas variedades la imaginación pueda llegar a plantearse), lo que evidentemente lleva a un pronunciamiento totalitario que permite, en todo caso, al poder dirigir a los ciudadanos (que nuevamente se verían convertidos en "súbditos") al estilo del "Gran Hermano" orwelliano de "1984".

Y como muestras de ello va punteando algunos contenidos de la materia en tercer curso de ESO, ya que es en el que ha comenzado a impartirse la asignatura, incluyendo comentarios entre paréntesis, en los siguientes términos:

"Bloque 2: Autonomía personal y relaciones interpersonales. Afectos y emociones (influencia clara de la ideología de género y relativismo, ya en la propia terminología que se utiliza); Valoración crítica de la división social y sexual del trabajo (ideología de género y marxismo); Bloque 3: Valoración de los derechos y deberes humanos como conquistas históricas inacabadas (relativismo). Respeto y valoración crítica de las opciones personales de los ciudadanos (relativismo e ideología de género); Bloque 4: Convivencia de culturas distintas en una sociedad plural sobre la base del respeto a los Derechos Humanos (positivismo y relativismo) ... Además de introducir la política en la escuela con temas como El papel de las fuerzas armadas de España en misiones internacionales de paz (Bloque 5) que "apenas" han producido polémicas y divisiones en la sociedad española con las intervenciones en Irak o Afganistán".

En el escrito de interposición del recurso de casación añaden más fragmentos, marcando en negrita los aspectos en los que perciben propósito adoctrinador y comentarios semejantes a los que hacen en la demanda.



Asimismo, subrayan que los Criterios de Evaluación "apuntan no a valorar aptitudes sino "ACTITUDES". Son éstas:

"1.- Identificar y rechazar ... las situaciones de discriminación ... respetando las diferencias personales y mostrando autonomía de criterio. 2.- Participar en la vida del centro y del entorno y practicar el diálogo para superar los conflictos ... Con ese criterio se pretende evaluar si los alumnos y alumnas han desarrollado habilidades sociales de respeto y tolerancia hacia las personas ... 4.- Identificar los principios básicos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y su evolución ... Este criterio evalúa el grado de conocimiento de la Declaración ... si el alumnado reconoce los actos y situaciones de violación de derechos humanos ... si es capaz de describir y rechazar la discriminación de hecho y de derecho que sufren las mujeres ... 7.- Identificar algunos de los rasgos de las sociedades actuales (desigualdad, pluralidad cultural, compleja convivencia urbana ...) y desarrollar actitudes responsables que contribuyan a su mejora ... 9.- Reconocer la existencia de conflictos y el papel que desempeñan en los mismos las organizaciones internacionales y las fuerzas de pacificación. Valorar la importancia de las leyes y la participación humanitaria para paliar las consecuencias de los conflictos ...".

En fin, terminan advirtiendo que todo lo expuesto lo sostienen sin entrar en el análisis de los contenidos de los libros de texto presentados por las editoriales, de los que citan los de la Editorial Octaedro, s.l. o "los que se proponen en calidad de lecturas complementarias tales como el conocido "Alí Babá y los 40 maricones" ... que constituyen una muestra significativa de las intenciones "educativas" de sus autores".

DÉCIMO.- Lo primero que es preciso aclarar es que, en contra de lo que parecen ser puntos de partida de los recurrentes, no cabe deducir de la configuración que se ha dado a la materia Educación para la Ciudadanía las ideas de que no hay otra moral que la que recogen las normas jurídicas, que el ordenamiento jurídico admite cualquier contenido con independencia de su significado ético y que las normas reglamentarias asuman una denominada "ideología de género", concebida en los términos que parecen deducirse de sus escritos.

En efecto, en cuanto a la identificación entre moral y Derecho que imputan a la disciplina y parece que, por extensión, al conjunto del sistema jurídico, es preciso recordar cuanto ya se ha dicho sobre el fundamento moral del ordenamiento y, muy especialmente, de los derechos fundamentales. Es común subrayar que expresan, al igual que el concepto nuclear de la dignidad humana que los sustenta y afirma el artículo 10.1 de la Constitución y que los valores superiores enunciados por su artículo 1.1, las exigencias éticas indeclinables sobre las que descansa la convivencia civil. Así, su recepción por el constituyente, explicable bien desde planteamientos iuspositivistas, bien como manifestación de la recepción del Derecho natural, dota al ordenamiento jurídico de un profundo contenido ético opuesto al relativismo que se le imputa. Por eso, no admite como derecho cualesquiera prescripciones sino solamente las que sean coherentes con esos fundamentos, valores y derechos fundamentales que lo presiden.

La Constitución no es relativista en fundamentos, valores y derechos, sino comprometida con los que identifica y reconoce. Aunque sea consciente de que su plena realización, como la de la misma idea de justicia, es un objetivo permanente ya que cada paso adelante en su efectividad descubre nuevas metas, nuevos retos. El artículo 9.2 lo refleja con claridad: existen obstáculos que dificultan o impiden la plena libertad e igualdad de todos. Y una consideración de la evolución histórica de las declaraciones de derechos corrobora la idea del progresivo despliegue de las exigencias de la dignidad que distingue a todos los seres humanos y les hace acreedores de los derechos inviolables que les son inherentes (artículo 10.1).

Todo esto evidencia la dimensión moral del orden jurídico que preside un texto fundamental como el de 1978. Moralidad cívica – o principios morales compartidos (SSTC 104/1990 y 235/2007) – ciertamente superior a la asumida por otras ordenaciones constitucionales del pasado pero común a las que rigen en sociedades como la nuestra. Ahora bien, esta característica esencial no lleva a afirmar que las únicas exigencias morales admisibles sean las plasmadas en la Constitución o en cualquier manera reconducibles a sus preceptos. En realidad, los propios valores de libertad y pluralismo que proclama y la libertad de conciencia que garantiza, aseguran, protegen, la profesión de otras ideas o creencias y la asunción de pautas morales diferentes.

Los contenidos de Educación para la Ciudadanía se sitúan en estos planos bien alejados, por cuanto se ha dicho, del relativismo moral y de la tacha de totalitarismo que va asociada a la argumentación del recurso. También descartan la connotación invalidante que atribuyen al positivismo las razones que se han dado hasta aquí. El ordenamiento positivo que sustenta la Constitución –e informan la Declaración Universal y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España en materia de derechos– no es indiferente al sentido de sus normas. Todo lo contrario, según se acaba de recordar. Y tampoco es un precipitado arbitrario de ideas inventadas o ajenas a la sociedad: en tanto emana de ella, expresa sus valores o, si se quiere, las que hemos llamado condiciones indeclinables de la convivencia.



Lo dicho priva, asimismo, de fuerza impugnatoria a la mención que hace el Anexo I a la Declaración Universal de los Derechos Humanos como referente ético. Esto último porque no hay duda de la dimensión ética de esos derechos --no es posible, en efecto, explicar el sentido de la libertad e igualdad de las personas sin tener presente el fundamento moral de esos rasgos constitutivos del ser humano-- y porque lo que se pretende es que el alumno reconozca, comprenda y respete los valores y principios que la animan y sea capaz de razonar a partir de ellos a la hora de decidir libremente cómo ejerce su condición de ciudadano. No hay que olvidar, en este sentido, que el pleno desarrollo de la personalidad en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales es el objeto que asigna a la educación el artículo 27.2 de la Constitución.

Que el párrafo destacado por los recurrentes tiene el alcance que hemos indicado lo confirma el tenor del que le sigue inmediatamente:

"En consecuencia, entre las habilidades de esta competencia destacan conocerse y valorarse, saber comunicarse en distintos contextos, expresar las propias ideas y escuchar las ajenas, ser capaz de ponerse en el lugar del otro y comprender su punto de vista aunque sea diferente del propio, y tomar decisiones en los distintos niveles de la vida comunitaria, valorando conjuntamente los intereses individuales y los del grupo. Además implica, la valoración de las diferencias a la vez que el reconocimiento de la igualdad de derechos entre los diferentes colectivos, en particular, entre hombres y mujeres. Igualmente la práctica del diálogo y de la negociación para llegar a acuerdos como forma de resolver los conflictos, tanto en el ámbito personal como en el social".

UNDÉCIMO.- Por lo que respecta a la que denominan "ideología de género", además de no explicar con claridad qué entienden por ella, no nos dicen en qué contenidos del Decreto --o del Real Decreto-- se plasman los efectos negativos que le adjudican porque no pueden tenerse por tal explicación los comentarios entre paréntesis o fuera de ellos que hacen a determinados enunciados de algunos bloques de la asignatura de tercer curso de ESO, más arriba reproducidos o los que hacen en el motivo de casación ni resaltar en negrita partes del Decreto. En efecto, tales contenidos de algunos bloques --la autonomía personal y las relaciones interpersonales, los afectos y las emociones, la valoración crítica de la división social y sexual del trabajo y de los prejuicios sociales, racistas, xenófobos, sexistas y homófobos, el respeto y la valoración crítica de las opciones personales de los ciudadanos, la convivencia de culturas distintas-- ni en sí mismos, ni en el contexto en el que los recoge el Decreto 74/2007, merecen un juicio negativo.

De otro lado, está claro que el enfoque de género no es pernicioso para el documento del Comité ad hoc del Consejo de Europa para Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos del que hemos dado cuenta, desde el momento en que propone utilizarlo en la enseñanza. Por no hablar del sentido que le da al concepto género la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

DUODÉCIMO.- Destacan los actores el cuarto de los objetivos de Educación para la Ciudadanía como plasmación del propósito gubernamental de adoctrinar ideológicamente a los alumnos. Sin embargo, sucede aquí lo mismo que con el pasaje del Anexo I sobre la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Prescinden del contexto en que se sitúa y, de ese modo, llegan a conclusiones que no son coherentes con el conjunto. Y es que asumir y valorar positivamente los derechos y obligaciones derivados de ese documento, de la Constitución y del Estatuto de Autonomía, identificar los valores que los sustentan y utilizarlos como criterios para valorar éticamente las conductas sociales y colectivas y las realidades sociales, que es a lo que apunta ese objetivo, no implica fines de adoctrinamiento ni transgresión del artículo 27.2 del texto fundamental.

Ha de repararse, para empezar, en que no se está erigiendo a dichos valores en único y excluyente criterio de valoración ética. Y en que asumirlos y considerarlos positivamente consiste en reconocer y comprender la significación histórica de la Declaración frente a los totalitarismos de todo signo y su profundo sentido moral y el que subyace a los valores, principios y derechos recogidos en la Constitución. Su reconocimiento y el del Estatuto por los alumnos se busca no sólo en cuanto una es la norma fundamental del ordenamiento jurídico y la otra la norma institucional básica de la Comunidad sino, además, en la medida en que asumen y expresan ideas éticamente valiosas por descansar, en último término, en la dignidad la persona y por aspirar a su libre desarrollo (artículo 10.1). Del mismo modo, el objetivo de que el alumno sea capaz de servirse de tales elementos para formar su opinión sobre hechos y comportamientos equivale a situarle en condiciones de apreciar la conformidad de tales acontecimientos y actuaciones con los valores, principios y normas de la Declaración, de la Constitución y del Estatuto. Objetivo que no parece fuera de lugar en la educación de un ciudadano.

No advertimos, pues, en este punto el adoctrinamiento del que se nos habla, ya que el fin perseguido con la enseñanza de esta materia es que los alumnos conozcan, comprendan y respeten los valores en cuestión y sean capaces de comportarse en la vida pública con arreglo a las normas jurídicas que los expresan. No se



busca en cambio, que los acepten en el fuero interno como única y exclusiva pauta a la que ajustar su conducta ni que renuncien a sus propias convicciones.

DÉCIMOTERCERO.- La demanda y el escrito de interposición hacen hincapié en las menciones a los afectos y a los sentimientos que se encuentran tanto en el Real Decreto como en el Decreto. En realidad, ven en la presencia de tales contenidos la confirmación del exceso en que, a su entender, han incurrido.

De nuevo, hay que insistir en que la materia Educación para la Ciudadanía aspira justamente a enseñar lo que es preciso saber para actuar como ciudadano. O sea, como miembro activo de la comunidad política tal como está organizada por la Constitución y las normas que la desarrollan. Es decir, apunta a explicar al alumno las reglas de la convivencia, las que le amparan y las que protegen a los demás, así como los procedimientos establecidos para tomar decisiones y para resolver los conflictos. Punto de partida de todo ello es la consideración de la persona como ser libre e igual a los demás, sujeto de derechos y deberes y capaz de ajustar su comportamiento a su propio criterio establecido racionalmente. A esta condición es a la que apunta la autoestima que mencionan los textos reglamentarios.

Por lo demás, enseñar a los alumnos a distinguir entre razones y emociones en su comportamiento como ciudadanos no es excesivo en el sentido que preocupa a los recurrentes. Tampoco lo es que aprendan a tener presentes los afectos y sentimientos que inciden en la convivencia y a diferenciarlos, a la hora de ejercer los derechos o a la de cumplir los deberes que en esa condición les corresponden, del razonamiento, del juicio crítico que han de ser capaces de hacer en esos momentos. Detrás de estas referencias se halla el propósito de que los niños y adolescentes sean conscientes de los aspectos emotivos, sentimentales o afectivos que inevitablemente se proyectan sobre vida política y social e inciden positiva o negativamente en la actuación dentro de ella. De los valiosos conforme a los criterios deducidos de la Constitución, como, por ejemplo, el respeto, la solidaridad, la identificación con las instituciones o el sentimiento de integración política y de los que no lo son por incitar, por ejemplo, a la violencia o al desprecio a los demás.

La formación de ciudadanos conscientes de los derechos y deberes que les corresponden y respetuosos con los de los demás implica enseñarles a formar libremente su propia opinión y a decidir con igual libertad pero con conocimiento de los motivos que les mueven para que tengan conciencia de su responsabilidad. Para ello es relevante hablarles de la dimensión afectiva y sentimental de la ciudadanía.

DÉCIMOCUARTO.- Otro aspecto cuestionado es el relativo a la evaluación de actitudes.

Esta disciplina, lo estamos subrayando, se dirige a formar a los niños y adolescentes en el ejercicio de la ciudadanía activa y, para ello, se propone enseñarles los aspectos esenciales del sistema democrático que construye la Constitución y los derechos y deberes que les corresponden. Su contenido, pues, no es autónomo o independiente sino vinculado al texto constitucional y a la Declaración Universal de Derechos Humanos y tratados y acuerdos internacionales ratificados por España en materia de derechos y libertades, en la medida en que estos últimos suministran elementos interpretativos de los correspondientes preceptos constitucionales. Y solamente en relación con tal contenido tienen sentido las referencias a los conceptos psicológicos, éticos, sociales o económicos presentes en el currículo, los cuales suministran los presupuestos a partir de los que se han de comprender las nociones jurídicas y políticas que integran la condición de ciudadano.

Como las demás materias escolares, ésta debe ser evaluada y los criterios que han de observarse para realizar su evaluación consideran, efectivamente, actitudes, tal como se aprecia en el fragmento de la demanda antes reproducido o en los que recoge el motivo de casación. O con la simple lectura del Decreto 74/2007 o del Real Decreto 1631/2006 .

Sucede, sin embargo, que en toda enseñanza se persigue no sólo transmitir a los alumnos unos conocimientos, sino también la capacidad de servirse de ellos. Es decir, que, por haberlos comprendido, sepan cuándo y cómo han de utilizarlos. Educación para la Ciudadanía no es una excepción. Por eso, la Recomendación (2002) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa se preocupa de decir que la Educación para la Ciudadanía Democrática ha de procurar la adquisición de conocimientos, actitudes (attitudes) y destrezas coherentes con los valores a los que está vinculado. Y, en general, en los textos educativos se habla, también, de aptitudes, actitudes, habilidades y destrezas. Esto no supone, claro está, que la evaluación dependa de la adhesión a principios o valores. Se dirige, por el contrario a comprobar el conocimiento y comprensión de los elementos que distinguen la condición de ciudadano en nuestro Estado social y democrático de Derecho y de la consiguiente capacidad o aptitud para ejercerla respetando ese marco de convivencia. Las actitudes que preocupan a los recurrentes son exclusivamente las que se refieren a esto último, como se desprende sin dificultad de la consideración de los criterios de evaluación recogidos en los reglamentos.



El objeto de cada uno de los que se enuncian, bien respecto de la asignatura Educación para la Ciudadanía y los derechos humanos (tercer curso), bien para la asignatura Educación cívico-ética (cuarto curso), apunta a capacidades concretas para identificar situaciones, valorarlas con arreglo a las prescripciones constitucionales y determinar la conducta que con relación a los demás resulta de ellas. En otras palabras, los reglamentos no erigen en factor de calificación del alumno que profese o no profese una fe determinada, ni que acepte internamente como éticamente superiores a cualesquiera otros los valores constitucionales, tampoco consideran a efectos de evaluación sus convicciones personales ni, por tanto, le obligan a desvelarlas. Ni lo hacen ni lo podrían hacer de haberlo pretendido, que no es el caso, porque la Constitución no lo permite, esencialmente, en sus artículos 16.1 y 27.2 y 3 . Esas pretensiones repugnan a la libertad religiosa y de conciencia y se salen del cometido que ha de cumplir la educación.

Pero, insistamos, no se adentran en ese terreno. Basta para comprobarlo, tener presente el objetivo al que responde cada criterio de evaluación, el conjunto del currículo de la materia Educación para la Ciudadanía y el sentido que tiene esta disciplina en la concepción que de ella asumen la citada Recomendación, la Ley Orgánica 2/2006 , el Real Decreto 1631/2006 y, desde luego, el Decreto 74/2007 .

DÉCIMOQUINTO.- Para finalizar, señalaremos que cada una de las etapas o enseñanzas que componen el sistema educativo está dotada de un currículo integrado, según explican esos mismos textos normativos, por el conjunto de objetivos, competencias básicas, contenidos, métodos pedagógicos y criterios de evaluación (artículo 6 de la Ley Orgánica 2/2006). En lo que se refiere a la ESO, el Real Decreto 1631/2006 , al fijar las enseñanzas mínimas correspondientes, concreta los objetivos, contenidos, competencias básicas y criterios de evaluación de las distintas materias que se imparten a lo largo de la misma. El Decreto 74/2007 completa, en Asturias, la ordenación general de la ESO y del currículo. A tal efecto, además de recoger lo dispuesto por el Real Decreto en lo tocante a objetivos, competencias básicas, contenidos y criterios de evaluación, desarrolla la forma de atención, orientación y evaluación de los alumnos y la autonomía pedagógica.

En su conjunto, son numerosos preceptos, anexos y cuadros, con un contenido denso, estrechamente interrelacionado. De entre todo ese amplio material, no se han discutido formalmente las prescripciones legales, a pesar de que muchas de las ideas que expresan la demanda y el escrito de interposición podrían dirigirse también contra ellas. Y, fuera de las descalificaciones generales, únicamente han merecido un reproche singular la identificación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como referente ético, el cuarto de los objetivos de Educación para la Ciudadanía, algunos contenidos y la evaluación de las actitudes, extremos a los que ya hemos dado respuesta.

Es verdad que, en la medida en que el Real Decreto y el Decreto asturiano se sirven de una terminología específica, en ocasiones recargada en exceso, la consideración aislada de algunas de sus frases o palabras podría inducir a dudas en torno a su alcance. Ahora bien, a ese respecto, hemos visto como su interpretación dentro del contexto de los reglamentos y desde los presupuestos constitucionales señalados disipa toda incertidumbre.

En definitiva, la comparación de los reglamentos con la Ley Orgánica 2/2006, con la Constitución y la Recomendación (2002) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lleva a descartar que, por las razones que se han visto, las normas cuestionadas infrinjan los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución.

Falta por añadir, sin embargo, que los contenidos que asignan esas disposiciones generales a la materia Educación para la Ciudadanía han de experimentar ulteriores concreciones a través del proyecto educativo de cada centro y de los textos que se utilicen, así, como, obviamente, de la manera en que se expongan. Proyectos, textos y explicaciones que deben moverse en el marco que hemos trazado de manera que el derecho de los padres a que se mantengan dentro de los límites sentados por el artículo 27.2 de la Constitución y a que, de ningún modo, se deslicen en el adoctrinamiento por prescindir de la objetividad, exposición crítica y del respeto al pluralismo imprescindibles, cobra aquí también pleno vigor.

Y, en particular, cuando proyectos, textos o explicaciones incurran en tales propósitos desviados de los fines de la educación, ese derecho fundamental les hace acreedores de la tutela judicial efectiva, preferente y sumaria que han de prestarles los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, los cuales habrán de utilizar decididamente, cuando proceda, las medidas cautelares previstas en la Ley de la Jurisdicción para asegurar que no pierdan su finalidad legítima los recursos que se interpongan.

En definitiva, las normas reglamentarias estatales y autonómicas que se acaban de examinar no pueden, por las razones expuestas, ser tachadas de ilegales o inconstitucionales. De aquí se sigue que la materia Educación para la Ciudadanía, tal como queda en ellas diseñada, es en sí misma ajustada a Derecho y, por consiguiente, el deber jurídico que sobre los alumnos pesa de cursarla debe considerarse como un deber jurídico válido. Llegados a este punto, sin embargo, es conveniente insistir en que el hecho de que sea ajustada a Derecho y



que el deber jurídico de cursarla sea válido no autoriza a la Administración educativa –ni tampoco a los centros docentes, ni a los concretos profesores– a imponer o inculcar, ni siquiera de manera indirecta, puntos de vista determinados sobre cuestiones morales que en la sociedad española son controvertidas.

Ello es consecuencia del pluralismo, consagrado como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, y del deber de neutralidad ideológica del Estado, que prohíbe a éste incurrir en cualquier forma de proselitismo. Las asignaturas que el Estado, en su irrenunciable función de programación de la enseñanza, califica como obligatorias no deben ser pretexto para tratar de persuadir a los alumnos sobre ideas y doctrinas que –independientemente de que estén mejor o peor argumentadas– reflejan tomas de posición sobre problemas sobre los que no existe un generalizado consenso moral en la sociedad española. 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. Estas pertenecen al ámbito del libre debate en la sociedad civil, donde no se da la relación vertical profesor-alumno, y por supuesto al de las conciencias individuales. Todo ello implica que cuando deban abordarse problemas de esa índole al impartir la materia Educación para la Ciudadanía –o, llegado el caso, cualquier otra– es exigible la más exquisita objetividad y el más prudente distanciamiento.

DÉCIMOSEXTO.- Todo lo que se ha venido razonando conduce a la estimación del recurso de casación y a la anulación de la sentencia recurrida y, por lo que se refiere a la controversia planteada en el proceso de instancia, a la desestimación del recurso contencioso-administrativo que fue interpuesto por los demandantes.

De conformidad con el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción, no hacemos imposición de costas en la instancia debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.

En atención a cuanto se ha expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que nos confiere la Constitución Española,

FALLAMOS

1º Que ha lugar al recurso de casación nº 948/2008, interpuesto por don Jaime y doña Teresa, contra la sentencia nº 195, dictada el 11 de febrero de 2008, por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que anulamos.

2º Que desestimamos el recurso contencioso-administrativo nº 1682/2007, interpuesto por don Jaime y doña Teresa, contra la resolución del Consejero de Educación y Ciencia del Principado de Asturias de 8 de octubre de 2007 que desestimó su declaración de objeción de conciencia a las asignaturas Educación para la Ciudadanía y los derechos humanos, Educación ético-cívica y Filosofía y ciudadanía formulada y declaró la obligación de su hija de cursar las asignaturas Educación para la Ciudadanía y los derechos humanos y Educación ético-cívica y de asistir a las correspondientes clases.

3º Que no hacemos imposición de costas en la instancia debiendo correr cada parte con las suyas del recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. D. Ramón Trillo Torres D. Fernando Ledesma Bartret D. Mariano de Oro-Pulido y López D. Pedro José Yagüe Gil D. Jesús Ernesto Peces Morate D. José Manuel Sieira Míguez D. Rafael Fernández Montalvo D. Manuel Vicente Garzón Herrero D. Segundo Menéndez Pérez D. Juan José González Rivas D. Enrique Lecumberri Martí D. Manuel Campos Sánchez-Bordona D. Nicolás Maurandi Guillén D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva D. Santiago Martínez-Vares García D. Eduardo Espín Templado D. Juan Gonzalo Martínez Micó D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruza D. Rafael Fernández Valverde D^a. Celsa Pico Lorenzo D. Octavio Juan Herrero Pina D. Emilio Frías Ponce D. José Díaz Delgado D. Eduardo Calvo Rojas D. Manuel Martín Timón D. Luis María Díez- Picazo Giménez D. Ángel Aguillo Avilés D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco D^a María del Pilar Teso Gamella T R I B U N A L S U P R E M O Sala de lo Contencioso-Administrativo

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:11/02/2009

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 948/2008.



Comparto el fallo de la sentencia en lo que se refiere a la estimación del recurso de casación por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio. Y, una vez casada la sentencia de instancia, considero que procedía la estimación de la demanda por las mismas razones que he expuesto en el voto particular formulado en el recurso de casación número 905/2008, a las que me remito.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:11/02/2009

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 948/2008 .

Con el mayor respeto a la tesis mayoritaria, discrepo de la sentencia dictada y en la forma que ya razoné en el voto particular a la sentencia de 11 de febrero de 2009, dictada en el recurso de casación 8/905/2008 , comenzaré subrayando que en el fundamento jurídico decimoquinto 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 decimoquinto 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. 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.

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.

II. 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».

III. 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».

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



En mayo de 2005, la red europea de información de educación publica 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.

V. 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 frente a la tesis que se mantiene 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, 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 a 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.

VI. 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.

VII. 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.

VIII. 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.

IX. 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 omita 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 Ética 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 Ética 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 Ética 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.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:11/02/2009

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON EMILIO FRÍAS PONCE A LA SENTENCIA DE FECHA 11 DE FEBRERO DE 2009, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 948/2008, AL QUE SE ADHIERE D. JUAN GONZALO MARTÍNEZ MICÓ.

Con el respeto y consideración que me merece el criterio de la mayoría de mis compañeros discrepo de la sentencia dictada, exclusivamente en cuanto a la doctrina que sienta sobre la cuestión de fondo.

I.- El derecho a la formación de la conciencia en libertad.

Nada tengo que oponer a la introducción, por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, de la asignatura Educación para la Ciudadanía, al ser su finalidad, como señala su Preámbulo, "ofrecer a todos los estudiantes un espacio de reflexión, análisis y estudio acerca de las características fundamentales y el funcionamiento del régimen democrático, de los principios y derechos establecidos en la Constitución Española, en los tratados y en las declaraciones universales de los derechos humanos, así como de los valores comunes que constituyen el sustrato de la ciudadanía en un contexto global".

La competencia del Estado en la formación de los alumnos en valores y virtudes cívicas que favorezcan la cohesión social y fomenten la participación activa y responsable de los ciudadanos no puede cuestionarse,



al imponer el art. 27.5 de la Constitución a los poderes públicos una obligada intervención en la educación, y disponer su apartado 2, que "la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales". El contenido constitucional de la enseñanza básica obliga tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos y debe ser concretado por el legislador, nacional o autonómico, en función de su competencia (art. 149.1.1º, y 18º y 30º del texto constitucional), incluyendo en los programas curriculares aquellos reconocimientos que en cada momento se consideren básicos a fin de asegurar una formación común.

Sin embargo, esta competencia de los poderes públicos se ha de armonizar con el principio de neutralidad ideológica, que también exige la Constitución al ser derivación obligada del principio de libertad ideológica, religiosa o de conciencia de las personas (art. 16), así como de la proclamación del pluralismo político como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1), por lo que, más allá de los valores que constituyen el sustrato moral del sistema constitucional, la intervención en la educación de los poderes públicos es difícilmente justificable en cuanto puede afectar al ejercicio de los derechos y libertades, como la libertad de enseñanza.

La neutralidad ideológica fue defendida por el Tribunal Constitucional en la primera de sus sentencias relativas a los derechos educativos, concretamente, en la sentencia 5/1981, de 13 de febrero , al afirmar que "en un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas y muy especialmente los centros docentes han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales. Esta neutralidad, que no impide la organización en los centros públicos de enseñanzas de seguimiento libre,... es una característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro...

"La neutralidad ideológica de la enseñanza en los centros escolares públicos regulados en la L.O.E.C.E. impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico, que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzada por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita".

Esta garantía constitucional es recordada también por el Auto del Tribunal Constitucional 359/1985, de 29 de mayo , al señalar que "el art. 27.3 de la Constitución garantiza el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral acorde con sus propias convicciones. Sin entrar a considerar que este derecho constitucional asiste también a los mayores de edad o menores emancipados respecto a su propia persona, como quiere el art. 2.1c de la Ley Orgánica núm. 7/1980 , de Libertad Religiosa, es evidente que aquél artículo constitucional ampara, junto a la libre elección de una cierta educación moral o religiosa, el derecho a la neutralidad ideológica de los Centros docentes públicos, tal como declara la citada sentencia de este Tribunal de 13 de febrero de 1981 . Desde este punto de vista el derecho fundamental en él garantizado guarda una estrechísima relación con el que sanciona el art. 16 de la Constitución hasta el punto que en ciertos aspectos, y en concreto en aquéllos a los que se refiere el presente recurso, prácticamente se confunden".

Así pues, estamos ante una cuestión de límites y los derechos y libertades son la barrera a la acción del poder público y no al contrario. Entre estos derechos está el de los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que coincida con sus propias convicciones, derecho que está también vinculado con la libertad de enseñanza, como recalcó el Tribunal Constitucional en la referida sentencia 5/1981, de 13 de febrero , al señalar que "del principio de la libertad de enseñanza deriva también el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos".

Asimismo, en su sentencia 86/1985, de 10 de julio, el Tribunal Constitucional puso de manifiesto que "el derecho de todos a la educación [...] incorpora así, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad".

Por ello, el derecho reconocido a los padres en el art. 27.3 de la Constitución implica que la formación de la conciencia de sus hijos menores sea un ámbito vedado a la acción de los poderes públicos.

Por otra parte, no se puede negar que el art. 27.3 tiene un alcance que va más allá de la educación religiosa, de modo que corresponde a los padres decidir acerca de la educación moral de sus hijos menores.

De este modo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido, entre otras, en su sentencia de 29 de junio de 2007 (Caso Folguero y otros C/Noruega) que "es en el cumplimiento de un deber natural hacia los hijos -respecto de los cuales los padres son los primeros responsables en su "educación y enseñanza" - donde los padres pueden exigir al Estado el respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas. Su derecho

se corresponde con una responsabilidad estrechamente ligada al disfrute del ejercicio del derecho a la educación".

En consecuencia, los poderes públicos tienen vedado, en principio, el establecimiento, de modo imperativo, de enseñanzas que tengan por objeto la formación moral y religiosa de los alumnos. Esto implica que el art. 27.3 limita la capacidad de los mismos poderes públicos para definir la educación cívica. En virtud de la competencia que se atribuye a los poderes públicos pueden establecer en el sistema educativo una materia dirigida a enseñar la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España, pero esta competencia no puede alcanzar al resto de las cuestiones que aborda la educación cívica, precisamente por tratarse de cuestiones que forman parte de la educación moral y, por tanto, caen dentro del ámbito de libertad protegido por el art. 27.3 .

II.- El desarrollo reglamentario de la asignatura.

En la instancia se alegó que el desarrollo dado a la materia por el Real Decreto 1631/2006 , por el que se establecen las enseñanzas mínimas para la Educación Secundaria Obligatoria, y consiguientemente por el Decreto Regional del Principado de Asturias 74/2007 , no se atiene al estricto contenido constitucional, sino que pretende la formación de la conciencia moral de los alumnos con los contenidos, objetivos y criterios de evaluación fijados por la Administración, imponiendo una moral concreta, no neutra, en la que se fijan como normas éticas los valores elegidos por el Estado.

También se denunció la terminología propia de la ideología de género.

Ciertamente en el Anexo I del citado Real Decreto, que alude a las competencias básicas, en el apartado 5 , relativo a la competencia social y ciudadana, se señala que "la dimensión ética de la competencia social y ciudadana entraña ser consciente de los valores del entorno, evaluarlos y reconstruirlos afectiva y racionalmente para crear progresivamente un sistema de valores propio y comportarse en coherencia con ellos al afrontar una decisión o un conflicto. Ello supone entender que no toda posición personal es ética si no está basada en el respeto a principios o valores universales como los que encierra la Declaración de los Derechos Humanos".

En concordancia con esta competencia básica, en el Anexo II se precisa que "la educación para la ciudadanía tiene como objetivo favorecer el desarrollo de las personas a través de la consolidación de la autoestima, la dignidad personal, la libertad y la responsabilidad y la formación de futuros ciudadanos con criterio propio, respetuosos, participativos y solidarios", y que para lograr el objetivo "se profundiza en los principios de ética personal y social, y se incluyen, entre otros contenidos, los relativos "a las relaciones humanas y a la educación afectivo-emocional, los derechos y deberes y libertades que garantizan los regímenes democráticos, las teorías éticas y los derechos humanos como referencia universal para la conducta humana, los relativos a la superación de conflictos, la igualdad entre hombres y mujeres, las características de las sociedades actuales, la tolerancia y la aceptación de las minorías y de las culturas diversas".

Asimismo, se pone de manifiesto, a continuación, que "estos contenidos no se presentan de modo cerrado y definitivo, porque un elemento esencial de la educación cívica es la reflexión encaminada a fortalecer la autonomía de alumnos y alumnas para analizar, valorar y decidir desde la confianza en sí mismos, contribuyendo a que construyan un pensamiento y un proyecto de vida propios, siendo preciso en este sentido desarrollar, junto a los conocimientos y la reflexión sobre los valores democráticos, los procedimientos y estrategias que favorezcan la sensibilización, toma de conciencia y adquisición de actitudes y virtudes cívicas. Para lograrlo, es imprescindible hacer de los centros y de las aulas de secundaria lugares de modelo de convivencia.... Espacios, en definitiva, en las que se practique la participación, la aceptación de la pluralidad y la valoración de la diversidad que ayuden a los alumnos y alumnas a construirse una conciencia moral y cívica acorde con las sociedades democráticas, plurales, complejas y cambiantes en la que vivimos".

Luego afirma que la Educación para la ciudadanía está configurada en esta etapa por dos materias: La Educación para la ciudadanía y los derechos humanos y la Educación ético-cívica, y que en "La Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos se plantea el conocimiento de la realidad desde el aprendizaje de lo social, centrándose la Educación Etico 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".

Por otra parte, señala que el objetivo nº 4 consiste en "conocer, asumir y valorar positivamente los derechos y obligaciones que se derivan de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Constitución Española, identificando los valores que los fundamentan, aceptándolos como criterios para valorar éticamente las conductas personales y colectivas y las realidades sociales".

Finalmente, se recogen como criterios de evaluación en Educación ético-cívica: 1.- "Descubrir sus sentimientos en las relaciones interpersonales, razonar las motivaciones de sus conductas y elecciones y practicar el diálogo en las situaciones de conflicto ... 2 Diferenciar los rasgos básicos que caracterizan la dimensión moral de las personas (las normas, la jerarquía de valores, las costumbres, etc.) y los principales problemas morales ..." 4.- Reconocer los Derechos Humanos como principal referencia ética de la conducta e identificar la evolución de los derechos cívicos, políticos, económicos, sociales y culturales, manifestando actitudes a favor del ejercicio activo y el cumplimiento de los mismos... 10.- Justificar las propias posiciones, utilizando sistemáticamente la argumentación y el diálogo ..."

III.- Conclusiones de la sentencia dictada.

El fundamento jurídico decimoquinto de la sentencia contiene una serie de afirmaciones para salvar el desarrollo reglamentario dado a la materia del vicio de inconstitucionalidad que latía en la demanda, concluyendo que los contenidos en discusión no entrañan infracción de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución.

La sentencia considera que "en la medida en que Educación para la Ciudadanía abarca temas ajenos a la religión o la moral en sentido propio, como son los relativos a la organización y funcionamiento de la democracia constitucional, el significado de los derechos fundamentales o, incluso, usos sociales establecidos y reglas meramente técnicas, no resulta aplicable el art. 27.3".

Niega asimismo que los contenidos controvertidos supongan adoctrinamiento en el relativismo, el positivismo y la ideología de género, por no haber deducido de la configuración que se ha dado a la materia las ideas de que no hay otra moral que la que recogen las normas jurídicas, que el ordenamiento jurídico admite cualquier contenido con independencia de su significado ético y que las normas reglamentarias asuman una denominada "ideología de género", porque el fin perseguido con la enseñanza de esta materia es que los alumnos conozcan, comprendan y respeten la dimensión ética de los derechos humanos, y sean capaces de comportarse en la vida pública con arreglo a las normas jurídicas que los expresan, sin que se busque la aceptación en el fuero interno de los valores en cuestión como única y exclusiva pauta a la que ajustan su conducta ni que renuncien a sus propias convicciones.

IV.- Reflexiones personales.

Ante todo, el fundamento jurídico decimoquinto es insuficiente, no ya sólo porque la parte dispositiva no alude al mismo, sino por entender que el diseño de la asignatura no se ajusta a Derecho, en contra de lo que mantiene la mayoría, al resultar vulnerado el art. 27.3 de la Constitución.

En efecto, el análisis no sólo del Real Decreto 1.631/2006, sino de los restantes, esto es, los Reales Decretos 1.513/2006 sobre Educación Primaria, y 1467/2007 sobre Bachillerato, nos lleva a la conclusión de que en todos se opta por considerar a los derechos humanos como un referente moral universal y común para la conducta, con menosprecio de la ética natural, pero, al mismo tiempo, se defiende que son valores dependientes de los contextos y coyunturas históricas, lo cual ya supone una afirmación ideológica y no jurídica. Además, al desarrollar lo que denomina una ética cívica, se inmiscuye en el fundamento mismo de la moral personal (control de las emociones y de los hábitos), dando una gran importancia a la diversidad afectivo sexual.

Por eso, a nuestro juicio, en contra de la opinión de la mayoría, el análisis del Real Decreto de enseñanzas mínimas de Educación Secundaria Obligatoria revela que el Gobierno, a la hora de regular la materia "Educación para la Ciudadanía", se ha excedido en sus competencias, al incluir contenidos que no son corolario indispensable de la Constitución, estableciendo, además, criterios de evaluación que conllevan la obligación de adherirse interiormente a los mismos, lo que implica una vulneración del derecho de los padres a decidir la formación moral y religiosa que quieren para sus hijos.

Debemos recordar que el propio Consejo de Estado, en el Dictamen sobre el Real Decreto antes referido, señaló también que no es lícita la <<difusión de valores que no estén consagrados en la propia Constitución o sean presupuesto o corolario indispensable del orden constitucional>>.

Esta recomendación no fue seguida al incluir en el texto definitivo aprobado contenidos como los antes examinados, apartándose asimismo de las directrices y del concepto de educación para la ciudadanía a que se refiere la Recomendación (2002), 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, que <<abarca toda actividad educativa formal, no formal o informal, incluida la de la familia, que permite a la persona actuar, a lo largo de toda su vida, como un ciudadano activo y responsable, respetuoso de los derechos de los demás">.

Una cosa es ofrecer a los alumnos una formación sobre los valores, derechos o instituciones consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales, resaltando la importancia de los valores éticos implícitos en



los derechos humanos, y otra diferente es introducir una ética civil común distinta de la ética personal, ética común pública que tiene como referente único los derechos humanos reconocidos por la ley positiva, con lo que queda excluida implícitamente la fundamentación de una moral natural.

En definitiva, estimamos que las normas reglamentarias imponen como obligatoria una moral relativista, que no todos los ciudadanos pueden compartir, y que, además, invade el terreno de la moral privada, y que no es neutral, ni plural, ni objetiva, al pretender inmiscuirse en la educación moral de los alumnos, desplazando la prioridad de los padres en la educación de sus hijos.

Como antes he señalado, es cierto que muchos conceptos y valores a que se refiere el Real Decreto son aceptables para cualquier persona y que frente al sistema de valores éticos de nuestra Constitución no cabe invocar el derecho preferente de los padres, pero también lo es que algo le sobra a la asignatura y algo esencial le falta, por lo que transforma la educación ciudadana en un adoctrinamiento ideológico y moral. La regulación reglamentaria no se ajusta a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Educación, pues su texto no hace referencia en ningún momento a valores morales ni impone ética determinada.

El esfuerzo que hace la sentencia en el fundamento decimoquinto para salvar la asignatura, no es suficiente, por lo que debió, en su lugar, haberse declarado la nulidad de parte de la norma reglamentaria estatal controvertida por vulnerar el derecho de los padres a educar conforme a sus convicciones morales, consagrado en el art. 27.3 en la Constitución, lo que tendría incidencia en la regulación autonómica, en cuanto su contenido viene a ser coincidente con la normativa estatal que desarrolla, con la consiguiente estimación sustancial del recurso contencioso-administrativo interpuesto, al convertirse la objeción de conciencia pretendida más bien en una objeción de legalidad.

D. Juan Gonzalo Martínez Micó D. Emilio Frías Ponce

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:11/02/2009

VOTO PARTICULAR, que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formula el Magistrado Excmo. Sr. Don Jesús Ernesto Peces Morate al discrepar de la decisión adoptada por el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la sentencia pronunciada el 11 de febrero de 2009 en el recurso de casación número 948 de 2008, al que se adhieren los Magistrados Excmos. Sres. Don Mariano de Oro-Pulido López y Don Pedro Yagüe Gil:

PRIMERO: Como justificación de mi criterio discrepante con la mayoría, me parece lógico seguir su propio discurso para expresar, al hilo del mismo, las razones y argumentos por los que no comparto su decisión de denegar la tutela, recabada por los recurrentes, de los derechos fundamentales proclamados en los artículos 16.1 y 27.3 de nuestra Constitución, a través del procedimiento previsto en los artículos 114 y siguientes de la Ley 29/1998, de 13 de julio, ya que coincido en la estimación del recurso de casación interpuesto, por haber incurrido la sentencia dictada por la Sala de instancia en incongruencia omisiva, y en el rechazo de la inadecuación del procedimiento esgrimida por las Administraciones demandadas.

Debo señalar, sin embargo, que dichos recurrentes han incurrido en extralimitación al pedir en casación lo que ni siquiera plantearon en la instancia, cual es la nulidad del Decreto 74/2007, de 14 de junio, del Principado de Asturias, y del Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, dado que solicitaron exclusivamente amparo para sus derechos reconocidos por los citados artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución, sin cuestionar la legalidad de las indicadas normas reglamentarias, precisión que hago porque, como trataré de explicar, la decisión jurisdiccional que propugno se circunscribe a reconocerles el amparo pedido por haber sido vulnerados en el acuerdo impugnado del Consejero de Educación y Ciencia del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias sus derechos fundamentales a la libertad ideológica y a la educación moral de su hija, al imponerles el deber inexcusable de que aquélla estudie las asignaturas de Educación para la Ciudadanía, Educación ético-cívica y Filosofía y ciudadanía.

SEGUNDO: La Recomendación (2002) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa es ciertamente la que se transcribe en el fundamento jurídico quinto de la sentencia y lo mismo el documento elaborado por el Comité ad hoc para la Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos del Consejo de Europa de 14 de marzo de 2006.



Conviene, sin embargo, recordar que esa Recomendación se ha atendido de forma muy diversa en los ordenamientos internos de cada Estado, pues unos, como el español, han creado una asignatura específica de enseñanza obligatoria, mientras que otros imparten esos conocimientos de forma transversal junto a otras disciplinas y alguno la ha introducido en los programas escolares con el carácter de optativa.

El modelo elegido por nuestro ordenamiento es el más arriesgado por la dificultad de configurar una enseñanza ético-cívica sin invadir el recinto reservado a la libertad ideológica y al derecho de los padres a la educación moral de sus hijos, aunque tal opción es tan legítima como las otras siempre que se respeten estos derechos fundamentales.

TERCERO: Llegados a este punto, me parece útil recordar que los contenidos de los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución no representan una creación novedosa de ésta en cuanto al reconocimiento, como fundamentales, de unos derechos que lamentablemente han sido y siguen siendo ignorados o conculcados, como lo demuestran las crónicas de jurisprudencia.

Para impedir tales vulneraciones estamos los jueces, ya que, si bien nuestro oficio es la aplicación de la ley, nuestra esencial razón de ser está en proteger los derechos, singularmente de las minorías, dado que las leyes, como no puede ser de otra manera en sistemas democráticos, las aprueban las mayorías, que, con harta frecuencia, se olvidan de dichas minorías que no tienen más amparo que el judicial.

CUARTO: Sucesos históricos por todos conocidos llevaron a incluir, entre los derechos fundamentales de la persona, independientemente de su ciudadanía, el de la libertad de pensamiento y de creencias (artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948) y también el de la preferencia de los padres a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos (artículo 26.3 de la misma Declaración Universal), preceptos ambos reiterados en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en el que su apartado 4 establece que «los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres, y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

Este precepto no sólo fue incorporado a nuestro texto constitucional en 1978, sino que también ha sido explícitamente incluido por el legislador ordinario en el artículo 4.1 c de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación, redactado por Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, según el cual «los padres o tutores, en relación con la educación de sus hijos y pupilos, tienen derecho a que reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones», en el artículo 18.1 de la misma Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, que 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 artículo 27.3 de la Constitución», y en el artículo 2.1.c de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, conforme al cual «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 escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

Este ordenamiento legal nos podría llevar a cuestionar la procedencia de su desarrollo reglamentario, pero, como he indicado, los demandantes no reclamaron en la instancia la ilegalidad de los reglamentos autonómico y estatal que diseñan esas asignaturas genéricamente denominadas educación para la ciudadanía, dado que lo que pidieron, a través del procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales, fue exclusivamente la tutela o el amparo para sus convicciones ideológicas y a impartir a sus hijos la educación moral de acuerdo con aquéllas, debido a que, según ellos, en esos reglamentos se fijan unos contenidos, objetivos y criterios de evaluación contrarios a sus principios morales.

QUINTO: La sentencia mayoritaria no duda de que, a pesar del pluralismo que proclama el artículo 1.1 de la Constitución, «la actividad educativa no podrá desentenderse de transmitir los valores morales que subyacen o son corolario esencial de los mismos», para más adelante indicar que «por un lado, están los valores que constituyen el sustrato moral del sistema constitucional y aparecen recogidos en normas jurídicas vinculantes, representadas principalmente por las que reconocen los derechos fundamentales», lo que constituye, dice después, un «espacio ético común».

En el párrafo siguiente se afirma que «no podrá hablarse de adoctrinamiento cuando la actividad educativa esté referida a esos valores morales subyacentes en las normas antes mencionadas porque, respecto de ellos, será constitucionalmente lícita su exposición en términos de promover la adhesión a los mismos».

Lamento disentir de la apreciación de mis colegas cuando sostienen que esta actividad no es adoctrinamiento o que representa un adoctrinamiento legítimo, que no vulnera el derecho de los padres a impartir una educación moral a sus hijos de acuerdo con sus propias convicciones.



En la docta deliberación, que precedió al dictado de la sentencia que suscribe la mayoría, tuve ocasión de exponer mi perplejidad (debido a que la verdad está rodeada de incertidumbre, y, por consiguiente, raramente es perfectamente clara) acerca del hecho innegable de que derechos tan elementales como la vida, la dignidad de la persona o su libertad reciban respuestas tan distintas en sociedades que profesan idéntico ideario sobre los derechos fundamentales reconocidos en las Declaraciones Universales de los mismos.

Para ejemplificar este aserto basta el análisis del tratamiento jurídico del derecho básico a la vida en los diferentes ordenamientos que han suscrito esas Declaraciones Universales de derechos, con una regulación distinta de la pena de muerte, del aborto, de la eutanasia, de la manipulación genética, de la dignidad de la persona y su libertad de movimientos o del ambiente, entre otras muchas materias que tienen distintas concreciones jurídicas en unos y otros Estados que se proclaman defensores de los derechos fundamentales reconocidos en las Declaraciones Universales, que todos han ratificado.

Rememoro, al redactar este voto particular, lo que ya expresé en el debate, acerca de si, dentro de ese «espacio ético común, subyacente en los derechos fundamentales o corolario esencial de ellos», se encuentra el internamiento o privación de libertad hasta 18 meses de las personas que, con incumplimiento de reglas administrativas, han traspasado las fronteras de los Estados que forman parte de la Unión Europea, previsto en los artículos 15.5. 6 y 16 de la Directiva 2008/115 /CE del Parlamento europeo y del Consejo, a pesar de que resulta imprescindible para formar parte de esa Unión asumir íntegramente lo establecido en las Declaraciones Universales de derechos.

Con estos argumentos trato de explicar que no existe una ética o moral universal, que derive como precipitado natural y lógico de las Declaraciones Universales de derechos, incorporada a los diferentes ordenamientos jurídicos.

Los principios, al positivizarse, reciben diversas y hasta antagónicas interpretaciones. De aquí que, entre esos principios normativizados con el carácter de derechos fundamentales, haya sido imprescindible incluir los que ahora son objeto de nuestra reflexión: la libertad de conciencia y la preferencia de los padres a la educación moral de sus hijos.

La Sala insiste en que existen unos valores éticos comunes, lo que hace lícito fomentar sentimientos y actitudes que favorezcan su vivencia práctica, pero la cuestión está en conocer si real y verdaderamente esos valores éticos, recogidos como precipitado en las normas positivas, son aceptados y aceptables por todos y cada uno de los ciudadanos, pues bastaría con que alguno o algunos no los tuviesen por tales para que sea necesario respetar sus convicciones y permitirles que eduquen a sus hijos conforme a ellas.

Podemos convenir con F.A. Hayek (1960) que «la libertad de pensamiento consiste en que cualquier causa o idea pueda ser defendida por alguien» y con Owen Chadwick (1975) que «si hay libertad de pensamiento con respecto a ciertas opiniones, hay libertad de pensamiento respecto a todas las opiniones», pues la conciencia sólo le pertenece al propio sujeto pensante.

Las únicas limitaciones existentes a las propias ideas y convicciones están en que su profesión y manifestación respeten las de los demás y el orden público protegido por la ley.

Los demandantes de amparo no han cuestionado que el Estado, en cumplimiento de la interpretación que los poderes públicos hacen de los artículos 27.2 y 5 de la Constitución, fije una programación para la enseñanza de valores ético-cívicos, sino que lo que nos han pedido a los jueces es que, como esa enseñanza no es acorde con sus convicciones éticas, se autorice que su hija no la reciba porque el contenido de lo preceptuado en el citado apartado 2 del artículo 27 viene condicionado y limitado por lo establecido en el apartado 3 del mismo.

Aunque de la propia sentencia se deduce que, a través de las asignaturas denominadas de educación para la ciudadanía, hay adoctrinamiento en valores éticos, no se accede a la pretensión de los demandantes por entender que el derecho de los padres, recogido en los textos legales antes enunciados, no les ampara para que su hija quede exenta de tal aprendizaje debido al carácter común que dichos valores tienen, de manera que el amparo o tutela lo habrán de reclamar, en su caso, cuando los programas, textos de enseñanza o enseñantes se excedan de ese adoctrinamiento en valores éticos comunes.

Existe, por tanto, entre la tesis de la Sala y el parecer de este magistrado una discrepancia radical por cuanto considero que los hechos demuestran la inexistencia de unos valores éticos comunes al venir incorporados éstos en unas normas que los desarrollan de forma diversa y, en ocasiones, contrapuesta.

A mi planteamiento se le puede formular la pregunta de cómo sería posible, ante una pluralidad de éticas, lograr una convivencia ordenada y pacífica.

La respuesta no puede ser otra que el respeto y cumplimiento de las normas legítimamente establecidas, de lo que cabría deducir que por tal razón los demandantes deben cumplir las que disponen que su hija



reciba la enseñanza de educación para la ciudadanía con los contenidos, objetivos y evaluaciones dispuestos reglamentariamente.

Esta conclusión, empero, no tiene en cuenta que existe una norma, de rango fundamental y reproducida en la legislación ordinaria, que les autoriza a impartir a su hija una educación moral acorde con sus propias ideas, distintas de las que como espacio ético común se reconocen en nuestro ordenamiento jurídico, lo que obliga a otorgarles el amparo de la única forma posible, que consiste en eximir o excusar a su indicada hija del aprendizaje de una asignatura que la adoctrina, como admite la propia Sala, en esos valores éticos comunes a la mayoría de los ciudadanos, que los padres demandantes no aceptan, explicándonos sus razones, que se pueden o no compartir, pero lo cierto es que su conciencia les pertenece a ellos, estando, como dije, proscrito en nuestro sistema jurídico cualquier tipo de presión sobre quién rechaza los axiomas aceptados por la generalidad de los ciudadanos, pues la coactividad sólo es legítima para imponer el cumplimiento de las leyes pero no para acomodar las conciencias a una determinada forma de pensar y sentir por muy común que sea.

Ni que decir tiene que el adoctrinamiento en valores éticos comunes, que la Sala considera legítimo, no tiene la intensidad de los que históricamente llevaron a la necesidad de reconocer los derechos fundamentales a la libertad ideológica y a impartir educación ética a los hijos menores, ni de otros que actualmente se siguen practicando sobre niños y adolescentes para inculcarles una determinada moral, pero la más leve intromisión autorizada en la conciencia ética es justificación para todas las que puedan darse, porque no es cuestión de medida sino de principios.

La profunda discusión, que precedió a la decisión de esta Sala, no se hubiese producido si la cuestión hubiese sido el adoctrinamiento en virtudes comunes a todas las religiones, que las hay, ya que los derechos fundamentales invocados por los padres no nos hubiesen dejado lugar a duda, pero como el ámbito de la ética o de la moral es más difuso, los argumentos que usa la sentencia, de la que disiento, se pierden en explicar lo razonables que son los valores éticos que las asignaturas de educación para la ciudadanía pretenden infiltrar, pues no se trata de esto sino de considerar si, por muy comunes que sean, pueden ser inculcados en la enseñanza a los menores cuando sus padres no los comparten por no ser acordes con sus convicciones morales, que desean transmitir a sus hijos, y esto la sentencia mayoritaria lo impide y es la razón por la que discrepo de ella.

SEXTO: Dedicar la sentencia los fundamentos jurídicos séptimo y octavo a disertar sobre el derecho a la objeción de conciencia, a pesar de que en el noveno reconoce que no es ésta la cuestión que subyace en el litigio, por más que los padres hayan así denominado la petición que dirigieron a la Administración autonómica para que su hija quedase dispensada de estudiar las asignaturas de educación para la ciudadanía.

Evidentemente, lo que está en cuestión es la tutela que los padres demandan de su derecho a impartir educación moral a su hija de acuerdo con sus propias convicciones.

Es un axioma que las cosas no se desnaturalizan porque se las designe o denomine con distintos nombres. Lo significados son lo que son, aunque se usen diferentes significantes, y si ello puede conducir a equívocos, una vez clarificado, hay que analizar la esencia de las cuestiones o problemas, razón por la que la Sala, en una decisión que comparto, ha rechazado la inadecuación del procedimiento que invocan las representaciones procesales de las Administraciones demandadas, pues, como se afirma categóricamente en la sentencia, los derechos cuya tutela se pide son los reconocidos en los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución.

Sin embargo, como la Sala lo aborda en los referidos fundamentos jurídicos y, aunque no define claramente su postura, contiene algunas afirmaciones que no suscribo, el pie forzado, que apunté como metodología de este voto particular, me lleva a expresar mi parecer al respecto.

El hecho de que la objeción de conciencia sólo se mencione por su nombre en el artículo 30.2 de la Constitución española no implica que ésta no admita con carácter general tal derecho, como lo evidencia que el Tribunal Constitucional lo ha reconocido para supuestos que en la Constitución no se contemplan expresamente ni habían sido definidos por el legislador ordinario.

En el artículo 10.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, pendiente su vigencia de la ratificación del Tratado de Lisboa, «se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio», lo que no presupone, en contra de lo que se sostiene en la sentencia, que se condicione tal derecho a la interpositio legislatoris, sino que se consagra la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia y lo que se deja en manos de los legisladores nacionales no es su reconocimiento sino la regulación de la forma en que deberá ejercerse.

En definitiva, el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia ha estado en manos de los jueces y tribunales, que han examinado en cada caso si se podía o no derivar del derecho fundamental a la libertad



de pensamiento, conciencia o religión, recurriendo para solucionar el conflicto a un ejercicio de ponderación, como fueron los casos *Shebert v. Verner* (1963), *Wisconsin v. Yoder* (1972) y *Gonzales, Attorney General, et al., Petitioners v. O Centro Espirita Beneficent Uniao do Vegetari et al.* (2006), resueltos por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, y el caso *Sepet (FC) and Another (FC) v. Secretary of State for the Home Department* (2003), en que el Tribunal de la Cámara de los Lores en el Reino Unido se pronunció con carácter general sobre la objeción de conciencia frente al servicio militar, o en la sentencia de 1989 de la High Court of Justice (Queen's Bench Division) en el caso *R.v. Crown Court at Guildford, ex parte Siderfin*, en que se enjuició la objeción planteada por una mujer perteneciente a una religión cristiana minoritaria frente a la obligación de formar parte de un jurado.

SEPTIMO: Entra de lleno la sentencia en su fundamento jurídico noveno en el análisis de los textos del Decreto autonómico y del Real Decreto estatal que implican, según los demandantes, un adoctrinamiento moral de los alumnos de las asignaturas genéricamente denominadas de educación para la ciudadanía, lo que no había examinado el Tribunal a quo y ha conllevado la estimación del recurso de casación por incongruencia omisiva de su sentencia.

La transcripción que en la demanda se hace de diferentes apartados de los Anexos de las normas reglamentarias no tratan de agotar las determinaciones que inciden en la conciencia moral de los educandos sino que lo hacen de forma enunciativa o ad exemplum para demostrar su aserción, por lo que en la deliberación de la Sala se leyeron otros apartados relativos a los distintos bloques, objetivos y criterios de evaluación que contienen enunciados del mismo o parecido tenor, y que, en opinión de los recurrentes, inciden en sus convicciones morales y constituyen un adoctrinamiento de los alumnos en valores ético-cívicos distintos de los que ellos desean inculcar a sus hijos en uso del derecho que les confieren los preceptos de la Constitución y de las Leyes Orgánicas, que regulan la educación y la libertad religiosa, antes citados.

Además de los apartados del Anexo I y II, literalmente transcritos en la sentencia, al desarrollarse la competencia social y ciudadana de la ESO se puede observar la reiteración con que se alude «al comportamiento, a la aceptación y a la práctica». Es decir, no se trata sólo de instruir y enseñar sino de promover la adhesión vivencial con lo enseñado, que es lo que permite afrontar, según las normas reglamentarias estructuradoras de las asignaturas, una convivencia conforme con los valores éticos aprendidos para mantener una actitud constructiva.

Las referencias a la educación afectivo-emocional son continuas y lo mismo las que se hacen a la toma de posturas y al planteamiento de dilemas morales, y, entre los objetivos que se marca la educación para la ciudadanía está el de practicar formas de convivencia basadas en el rechazo de los estereotipos y prejuicios; también no sólo conocer sino apreciar los principios del funcionamiento del Estado español y de la Unión Europea o reconocerse miembros de una ciudadanía global; igualmente asumir y valorar positivamente los derechos y obligaciones derivados de la Constitución y del Estatuto de Autonomía, identificar los valores que los sustentan y utilizarlos como criterios para valorar éticamente las conductas sociales y colectivas y las realidades sociales. Los enunciados concitadores de la adhesión a lo enseñado harían inacabable esta ya larga y enojosa exposición de mi discrepancia.

Si pasamos a los criterios de evaluación están concebidos por los reglamentos configuradores de la educación para la ciudadanía como un control de las actitudes personales de los alumnos respecto de lo enseñado, que no se corresponde con la objetividad y neutralidad consustanciales a cualquier juicio o estimación de conocimientos, pues, como indiqué, entre los objetivos de la educación para la ciudadanía está el de promover y concitar adhesiones.

Cuando descendemos un peldaño más y entramos en el examen de los textos, publicados para el aprendizaje de un comportamiento ético-cívico, nos encontramos no sólo con aseveraciones e insinuaciones como las recogidas en el escrito de demanda y reproducidas en la sentencia, sino con otras que muestran a las claras un adoctrinamiento en concretas opciones morales de distinto signo, dependiendo de los autores de los manuales, con el designio de hacer prosélitos.

Este hecho innegable es el que ha llevado a la Sala a marcar, en el fundamento jurídico decimoquinto, distancias con la realidad, que, sin embargo, es el único contraste capaz de demostrar si una norma se ajusta o no a los principios en que teóricamente se inspira, de manera que, si la norma al aplicarse produce efectos indeseables, no me parece lógico afirmar que el error o la equivocación está en quienes tratan de cumplirla y no en aquélla.

Como pauta para la interpretación de esas normas reglamentarias, que la propia Sala tacha de «servirse de una terminología específica, en ocasiones recargada en exceso» y de que «la consideración aislada de algunas de sus frases o palabras podrá inducir a dudas en torno a su alcance», se declara, en el fundamento jurídico duodécimo, que «no se está erigiendo a dichos valores en único y excluyente criterio de valoración ética» y



que no existe adoctrinamiento de los alumnos porque «no se busca que los acepten en el fuero interno como única y exclusiva pauta a la que ajustar su conducta ni que renuncien a sus propias convicciones».

Los alumnos a quienes van dirigidas esas enseñanzas, niños y adolescentes, difícilmente tienen convicciones a las que puedan renunciar, dado que están en el periodo de formación que les va a permitir tener convicciones, por lo que, si se les inculcan comportamientos en un cierto sentido, lo natural y lógico es que asuman aquellos valores como forma de conducta, y ello es lo que justifica la petición de los padres por ser ellos los que tienen derecho preferente a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones.

Antes apunté que la Sala en la sentencia recurrida otorga prevalencia a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 27 de la Constitución, mientras que, a mi entender, ese deber del Estado no puede cumplirse sin preservar real y verdaderamente, no sólo en teoría, el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (apartado 3 del mismo artículo 27 de la Constitución), sin olvidar que el artículo 9.2 de la propia Constitución impone a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la libertad del individuo y de los grupos, en que se integra, sean reales y efectivas y de remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.

En mi opinión, las asignaturas de educación para la ciudadanía, tal y como aparecen configuradas en los reglamentos autonómico y estatal, dificultan la plenitud del derecho de los padres a impartir la educación moral a sus hijos de acuerdo con su propio criterio ético.

OCTAVO: En el décimo fundamento jurídico, la sentencia sostiene que nuestra Constitución está comprometida con los valores que identifica, lo que evidencia la dimensión moral del orden jurídico que la preside, moralidad cívica, sigue afirmando, superior a la asumida por otras ordenaciones constitucionales del pasado, pero común a las que rigen en sociedades como la nuestra (con lo que se está admitiendo el relativismo y positivismo de sus valores), para a continuación expresar que «esta característica esencial no lleva a afirmar que las únicas exigencias morales admisibles sean las plasmadas en la Constitución o en cualquier manera reconducibles a sus preceptos».

Si es así, no se puede negar a unos padres el derecho a educar a su hija en esas otras exigencias morales igualmente admisibles, que el acto administrativo impugnado impide por obligarles a que su hija se eduque en ese esquema de valores éticos que configuran los reglamentos por los que se establecen las enseñanzas de educación para la ciudadanía.

Si la educación programada en las normas reglamentarias se limitase a informar acerca de ese compendio de valores éticos, cabría considerarlo equivalente a una enseñanza sobre las ideas filosóficas, religiosas o corrientes literarias y artísticas, pero éste, como he indicado, no es el diseño de esas asignaturas, que contienen objetivos y criterios de evaluación encaminados a la aceptación y adhesión a los valores éticos que predicán, ya que, como se declara en la sentencia, tales valores son, para la mayoría, condiciones indeclinables de la convivencia.

Con el mayor respeto a mis colegas, me parece un cierto contrasentido sostener, como se hace en la sentencia, que cuando los textos educativos hablan de aptitudes, actitudes, habilidades y destrezas no supone que la evaluación dependa de la adhesión a principios o valores.

NOVENO: Finalmente, el portillo que, como no podía ser menos, deja abierto la sentencia a los padres cuando proyectos, textos o explicaciones se deslicen en el adoctrinamiento por prescindir de la objetividad, exposición crítica y del respeto al pluralismo, para demandar una tutela judicial preferente y sumaria, se puede convertir en un semillero de pleitos dispersos, cuando lo cierto es que son los propios reglamentos, que configuran la asignatura, los que posibilitan el indeseable adoctrinamiento en valores éticos que, aun aceptados por la mayoría de los ciudadanos, los padres demandantes no comparten y por eso reclaman, a través de este procedimiento preferente y sumario, que su hija quede dispensada de asistir a las clases en que se enseñan las asignaturas de Educación para la Ciudadanía, Educación ética cívica y Filosofía y Ciudadanía, a lo que considero que procede acceder con la consiguiente anulación del acuerdo, de 8 de octubre de 2007, del Consejero de Educación y Ciencia del Consejo de Gobierno del Principado de Asturias por ser este acuerdo, denegatorio de la mentada dispensa, contrario a derecho, de manera que, a diferencia de lo resuelto en la sentencia, el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el referido acto administrativo ha debido ser estimado, compartiendo el resto de los pronunciamientos de la misma.

Dado en Madrid, en la misma fecha de la sentencia de la que se discrepa.

Don Mariano de Oro-Pulido López D. Jesús Ernesto Peces Morate

Don Pedro Yagüe Gil

TRIBUNAL SUPREMO



Sala de lo Contencioso-Administrativo

Voto Particular

VOTO PARTICULAR

FECHA:11/02/2009

VOTO PARTICULAR CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JOSÉ MANUEL SIEIRA MÍGUEZ A LA SENTENCIA DE FECHA 11 DE FEBRERO DE 2009, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 948/2008, AL QUE SE ADHIEREN LOS MAGISTRADOS EXCMO. SR. D. JOSÉ DIAZ DELGADO Y EXCMA. SRA. DÑA. CELSA PICO LORENZO.

Con absoluto respeto a todos los Magistrados de la Sala me considero obligado a formular voto particular concurrente a la sentencia mayoritaria.

PRIMERO.- Conforme como estoy con el contenido final del fallo de la sentencia mayoritaria en cuanto desestima el recurso contencioso interpuesto, ya que coincido con la tesis que se mantiene en los fundamentos jurídicos noveno y siguientes de la misma, formulo el presente voto particular al único fin de dejar constancia de mi discrepancia con el contenido de los fundamentos jurídicos séptimo y octavo, en cuanto de los mismos puede concluirse que la tesis que la sentencia mayoritaria sostiene es que sólo existe derecho de objeción de conciencia en el supuesto del artículo 30.2 de la Constitución y en el del personal sanitario que ha de intervenir en la practica del aborto en las modalidades en que fue despenalizado, tal y como se afirma literalmente en el párrafo tercero del fundamento séptimo de la sentencia a que se refiere este voto particular, así como en aquellos casos en que el legislador ordinario reconozca la posibilidad de dispensa por razones de conciencia de determinados deberes jurídicos (fundamento séptimo párrafo 4º).

Utiliza la sentencia de la que discrepo fundamentalmente dos argumentos para sostener que no existe derecho a la objeción de conciencia más allá de los términos expuestos. De acuerdo con el primero el artículo 30.2 no tendría sentido si existiese un derecho a la objeción de conciencia de alcance general dimanante del artículo 16 de la Constitución; pero una cosa es admitir que no existe un derecho a la objeción de conciencia general e ilimitado y otra muy distinta concluir que el artículo 30.2 de la Constitución nos lleva a entender que tal derecho solo se da en el caso del citado precepto constitucional y en los supuestos despenalizados de aborto.

El hecho de que el derecho a la objeción de conciencia encuentre sus límites en la noción de orden público, no supone, en absoluto, la imposibilidad de su reconocimiento más allá de los estrechos límites que establece la sentencia mayoritaria en su fundamento séptimo; así lo demuestra el hecho de que nuestro Tribunal Constitucional lo haya admitido, aun siendo conscientes de que no siempre ha mantenido una postura clara y unívoca, y no sólo, como se afirma inicialmente en el fundamento séptimo de la sentencia, en los supuestos de aborto que han sido despenalizados, sino también en aquellos a que la propia sentencia hace referencia más adelante y en otros que no cita, tales como los de las sentencias 19/85, 120/90 y la 137/90, en las que se declara que la libertad religiosa incluye también una dimensión externa de agere licere que faculta a los ciudadanos a actuar con arreglo a sus propias convicciones y a mantenerlas frente a terceros.

No estoy afirmando que estas sentencias sean directamente aplicables al caso que nos ocupa ni que este verse sobre un tema de libertad religiosa, lo que sostengo es que el argumento de la sentencia mayoritaria a que me estoy refiriendo no compagina bien con la doctrina del Tribunal Constitucional por más que ésta no haya sido uniforme y constante.

El segundo argumento que se utiliza en la sentencia mayoritaria, en el fundamento séptimo a que me estoy refiriendo, es el del mandato contenido en el artículo 9.1 de la Constitución en cuanto dispone que "Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico", de donde aquella concluye que éste es un mandato incondicionado de obediencia al derecho y que el reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia de carácter general supondría socavar los fundamentos mismos del Estado democrático de Derecho.

El argumento, en mi opinión, falla desde el momento en que el derecho a la objeción de conciencia, con los límites antes dichos que vienen impuestos por la noción del orden público (la paz, el orden, los derechos de los demás, la seguridad, la moral pública, la salud, etc), también forma parte del ordenamiento jurídico y por tanto también debe ser respetado por imperativo del artículo 9.1 de la Constitución que se invoca.

Creo por último que en el fundamento jurídico séptimo a que me estoy refiriendo, y del que discrepo, se incurre en una cierta precipitación al concluir que la negación de un derecho a la objeción de conciencia general e ilimitado lleva a afirmar, como se hace, que sólo existe ese derecho en el caso del artículo 30.2 de la



Constitución y los casos del personal sanitario que ha de intervenir en la práctica del aborto en las modalidades en que fue despenalizado y desde luego (sic) en aquellos que el legislador ordinario lo reconozca, sin que por tanto quepa reconocer ese derecho por vía jurisdiccional como instrumento apto por la defensa de un derecho fundamental.

En efecto la sentencia mayoritaria en el fundamento octavo, que se refiere inicialmente a la cuestión de si podría existir un derecho a la objeción de conciencia circunscrito al ámbito educativo para concluir con una respuesta negativa, incluye, pese hasta lo entonces afirmado, un párrafo en el que dice: "Es importante aclarar que esta Sala no excluye de raíz que, en circunstancias verdaderamente excepcionales, no pueda entenderse que de la Constitución surge tácitamente un derecho a quedar eximido del cumplimiento de algún deber jurídico válido". Con este párrafo puede interpretarse que se quiere dejar abierta la puerta a la tesis de que es posible el reconocimiento de tal derecho en vía jurisdiccional al amparo del artículo 16 de la Constitución, pero si es así no me parece coherente con la afirmación que se contiene en el fundamento séptimo que parece llevar a la conclusión contraria. Una afirmación del tal naturaleza resultaría más compatible con la tesis de que al amparo del artículo 16 de la Constitución cabe reconocer el derecho a la objeción de conciencia fuera del supuesto del artículo 30.2 de la Constitución y sin necesidad de una interpositio legislatoris, por más que para ese reconocimiento se requiera la concurrencia de determinados requisitos: una adecuada ponderación de intereses; la comprobación de la veracidad y seriedad de las razones alegadas; y se establezcan criterios a tener en cuenta para el reconocimiento de ese derecho, entre los que podrían figurar el de si la conducta ordenada es contraria a criterios morales básicos en las creencias del objetor; si el objetor se basa en principios morales básicos por la comunidad religiosa o de creencias en que se integra, o, sí, como en el caso del aborto, además del derecho a la libertad religiosa, la conducta ordenada y de la que se demanda la exención, afecta a algún otro derecho fundamental propio del objetor o de terceros.

De lo hasta aquí dicho es claro mi posicionamiento en favor de la tesis que sostiene que, si bien el derecho a la objeción de conciencia no es ilimitado, no cabe excluir su reconocimiento en vía jurisdiccional, por cuanto del artículo 16 de la Constitución no sólo se deriva la libertad de pensar y exponer públicamente las propias ideas, sino que también incluye, como ha afirmado en ocasiones el Tribunal Constitucional, una dimensión externa de agere licere que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros. La tesis contraria supone reducir el artículo 16 de la Constitución a la libertad de pensamiento y de expresión y de difusión de las propias ideas vaciándolo de contenido específico.

En efecto el precepto reconoce la libertad ideológica y de creación, conocida con el título genérico de libertad de pensamiento. Esa libertad es el fundamento para el reconocimiento de otras libertades expresadas en la parte dogmática de la Constitución como son la libertad de expresión, de difusión de las propias ideas, de información, la libertad de cátedra a que se refiere el artículo 20; pero este precepto no se agota en estos contenidos sino que va más allá y reconoce expresamente la libertad religiosa, cuyo alcance habrá de determinarse poniéndolo en relación con el artículo 27.3 sin que pueda quedar reducido simplemente a la libertad de pensamiento y de difusión de las propias ideas.

Por último, en relación con las tesis que se mantiene en el fundamento jurídico de la sentencia a que me vengo refiriendo, creo necesario resaltar que el argumento de que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulan su ejercicio sólo en los supuestos en que se aplique Derecho de la Unión Europea, no cabe utilizarlo para negar la existencia de este derecho en nuestro ordenamiento más allá de los límites que afirma la sentencia mayoritaria; al contrario, con tal mandato de la Carta Europea se justifica una interpretación del artículo 16 de la Constitución en el sentido que se mantiene en este voto.

SEGUNDO.- El segundo punto de mi discrepancia con la sentencia mayoritaria se refiere a su fundamento octavo en cuanto en el mismo se sostiene que no existe un derecho a la objeción de conciencia en el ámbito educativo, pese a lo cual se incluye un párrafo, que cierra el razonamiento general en este punto, en el que se afirma, como antes ya dijimos, que "Para concluir, es importante aclarar que esta Sala no excluye de raíz que, en circunstancias verdaderamente excepcionales, no pueda entenderse que de la Constitución surge tácitamente un derecho a quedar eximido del cumplimiento de algún deber jurídico válido", párrafo de contenido ciertamente ambiguo por cuanto no sólo nada aporta sobre cuales podrían ser esas circunstancias excepcionales, sino que tampoco deja claro si esa posibilidad cabe también en el ámbito educativo, lo que hasta entonces se niega en la sentencia, sin que pueda tampoco dejar de resaltarse que, tras el establecimiento de las tesis que se plasman en el fundamento jurídico séptimo, plantearse a continuación la posibilidad de si existe o no un derecho de objeción de conciencia en el ámbito educativo no deja de suponer una cierta contradicción.

La sentencia mayoritaria da principio a su razonamiento, que le lleva a negar el derecho a la objeción de conciencia en el ámbito educativo, con la cita de dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos



pronunciadas una en el caso Folgero y otros contra Noruega, de fecha 29 de junio de 2007, y otra recaída en el caso Hasan y Eylem Zengin contra Turquía, de 9 de octubre de 2007, en las que se aborda el problema de la enseñanza que afecta a temas religiosos, si bien dentro de materias escolares obligatorias de carácter cultural. El Tribunal consideró que el deber absoluto de cursar las asignaturas en cuestión, sin posibilidad de dispensa a causa de las propias creencias, vulneraba el artículo 9 del Convenio de Derechos Humanos.

La sentencia mayoritaria sostiene que estas dos sentencias no son de utilidad en el presente caso por dos razones: una, que trata de la enseñanza de una religión determinada y, otra, que dichas sentencias "no imponen, en rigor, una obligación al Estado de reconocer un derecho a la objeción de conciencia frente a asignaturas religiosas, sino que se limitan a decir que este tipo de asignaturas –propias de Estados confesionales– que, en realidad, están exponiendo un determinado crédito religioso sólo es conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos en la medida en que se reconozca la posibilidad de dispensa".

No comparto los argumentos expuestos, por cuanto en el caso que nos ocupa la parte recurrente también sostiene que a través de la asignatura que se cuestiona se trata de adoctrinar a los alumnos sobre aspectos que resultan contrarios a sus creencias y convicciones religiosas. No se trata en efecto de una asignatura de religión, y en España, es cierto, la asignatura de Religión tiene carácter optativo, pero la propia sentencia mayoritaria admite que en aquellos supuestos tampoco estamos ante una asignatura específica de religión sino que de lo que se trataba era de que "dentro de materias escolares obligatorias de carácter cultural" se abordaba el problema de la enseñanza de la religión; es decir, las citadas materias contenía posicionamientos que implicaban, según el Tribunal, adoctrinamiento en temas religiosos, so pretexto, en un caso, del estudio de "el cristianismo, la religión y la filosofía" y de "cultura religiosa y conocimiento moral" en el otro.

Pues bien, ajustado o no a la realidad de los hechos, lo cierto es que la parte recurrente en el caso que nos ocupa sostiene igualmente que en el ámbito de la asignatura de Educación para la Ciudadanía se incluyen contenidos adoctrinantes sobre cuestiones morales, éticas y religiosas, contenidos que afectan a sus principios y creencias en la materia. Por tanto entiendo que, planteada así la cuestión la citadas sentencias sí resultan útiles en el caso que ahora nos ocupa.

El segundo argumento de la sentencia mayoritaria para no tener en consideración las citadas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es que éstas, se dice, no imponen un deber del Estado de reconocer un derecho a la objeción de conciencia frente a las referidas asignaturas, sino que se limitan a afirmar que este tipo de asignaturas sólo es conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos en la medida en que se reconoce la posibilidad de dispensa y el no reconocerla es contrario al artículo 9 del Convenio .

A ello puede oponerse que si, como la propia sentencia mayoritaria admite en el fundamento octavo, el derecho de objeción de conciencia en el ámbito educativo consiste en el derecho de ser eximido de cursar una materia del currículo escolar que provoca repulsa por razones religiosas e ideológicas, -y así resulta del párrafo que afirma que el artículo 27.3 "permite pedir que se anulen las normas reguladoras de una asignatura obligatoria en tanto en cuanto invadan el derecho de los padres a decidir la enseñanza que deben recibir sus hijos en materia religiosa o moral; pero no permite pedir dispensa o exenciones" y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que el no admitir la posibilidad de dispensa a cursar asignaturas que tengan esos contenidos adoctrinantes viola el artículo 9.2 del Convenio -, forzoso es reconocer que lo que se está admitiendo es que el derecho a la obtención de esa dispensa es la forma en que se concreta el derecho a la objeción de conciencia en materia educativa.

Continua su argumentación la sentencia mayoritaria sosteniendo que el artículo 27.3 de la Constitución solo reconoce el derecho a elegir la educación religiosa y moral de los hijos, "no sobre materias ajenas a la religión y la moral" y que, "en la medida en que Educación para la Ciudadanía aborda temas ajenos a la religión o la moral en sentido propio, ... no resulta aplicable el artículo 27.3 "; pero ello no obsta, como la propia sentencia mayoritaria admite y no podía ser de otra manera vista la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a que tal derecho sí alcance a los contenidos de la asignatura que incidan en aspectos morales y religiosos; por tanto, de existir esos contenidos y ser adoctrinantes estaríamos en el supuesto examinado en las sentencias antes citadas del Tribunal Europeo, y si, como afirma la sentencia mayoritaria, los padres no tienen un derecho ilimitado a oponerse a la programación de la enseñanza por el Estado, concluir que sólo pueden pedir que se anulen las normas reguladoras de una asignatura, es decir que se alteren los contenidos de la misma y no la exención al deber de cursarla, resulta no sólo contradictorio, ya que la anulación implicaría la modificación de dichos planes, sino que además lesionaría el derecho a recibir tales enseñanzas por aquellos para los que su contenido no resulte contrario a las propias creencias morales o religiosas.

TERCERO.- Llegado a este punto, y establecida mi postura respecto a la posibilidad del reconocimiento en vía jurisdiccional del derecho a la objeción de conciencia sin necesidad de una interpositio legislatoris -y puestas de manifiesto mis objeciones a los argumentos de la sentencia mayoritaria, tanto en este punto



como en el específico de la posibilidad o no de reconocimiento de tal derecho en el ámbito educativo, con independencia del caso concreto que nos ocupa, respecto del cual ya manifesté al inicio mi coincidencia con la parte dispositiva de la sentencia mayoritaria y con su fundamentación jurídica, excepción hecha de los fundamentos séptimo y octavo-, forzoso es reconocer que el derecho a la objeción de la conciencia exige que nos situemos frente a un deber conforme al ordenamiento jurídico que suponga una obligación incompatible con la propias creencias o principios morales.

La cuestión que se plantea con absoluta nitidez respecto al aborto en los supuestos en que éste ha sido despenalizado, no se plantea con igual claridad en materia educativa; de hecho los recurrentes invocan la ilegalidad de las normas reglamentarias que regulan los contenidos, objetivos y criterios de evaluación de la asignatura Educación para la Ciudadanía.

Ahora bien, con abstracción de las tesis que sostienen los recurrentes, la tacha de normas en materia educativa puede fundamentarse en distintas razones, entre las que cabe citar: a) que su contenido sea objetivamente contrario al ordenamiento jurídico, tal sería el caso de una asignatura cuyo contenido sea contrario a los derechos fundamentales o los principios constitucionales; b) tratarse de una asignatura que entre en terrenos vedados al poder público, al Estado, caso de admitirse que existen esferas morales y religiosas en la que el Estado no puede entrar imperativamente bajo ningún presupuesto; c) que aún cuando se admita que no existen esas esferas vedadas al Estado en materia educativa y este puede en sus planes de estudio ir más allá del contenido específico que señala el artículo 27.2 de la Constitución, en cuanto en él se impone al Estado el deber de incluir en los planes educativos el desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales y, por tanto, a impartir en el ámbito educativo los principios éticos que respondan a los mismos, los contenidos de las asignaturas en lo que exceden del ámbito del artículo 27.2 de la Constitución no respetan el principio de neutralidad del artículo 16.1 y son adoctrinantes, pese a lo cual la asignatura se establece con carácter obligatorio, sin reconocimiento de dispensa o exención por razones religiosas o morales.

En los dos primeros casos, en mi opinión, no sería posible acudir a la fórmula de la objeción de conciencia y la vía adecuada, en este caso sí, sería la que afirma la sentencia mayoritaria de pedir que se anulen las normas reguladoras de la asignatura.

En el tercer de los supuestos el planteamiento en mi opinión es distinto. Los contenidos no resultan contrarios al ordenamiento jurídico, ni invaden terrenos vedados a la esfera de actuación del Estado; la oposición a cursar la asignatura viene determinada exclusivamente por su carácter obligatorio y sus contenidos adoctrinantes en cuestiones morales o religiosas más allá de los límites que señala el artículo 27.2 del texto constitucional. En este caso, en mi opinión, no es necesario anular la norma que regula la asignatura, lo que por otra parte conllevaría la limitación del derecho de quienes comparten sus contenidos a recibir la formación correspondiente en la materia, sino que, como quiera que lo que se combate es exclusivamente el no reconocimiento del derecho a obtener una exención, resulta bastante reconocer este derecho, no otra cosa es la objeción de conciencia, para restablecer el respeto al ordenamiento jurídico impuesto por el artículo 9.1 de la Constitución, sin necesidad de anular la norma que regula la asignatura.

En el caso que nos ocupa los recurrentes optan por esta tercera vía. No discuten los contenidos en cuanto a su legalidad, ni la posibilidad de que el Estado entre en materia educativa en determinados ámbitos que afecten a la moral, lo que reclaman es únicamente que se reconozca su derecho a obtener una exención a la obligación de cursar la asignatura.

CUARTO.- Creo por tanto, en consecuencia de lo hasta aquí expuesto, que la vía de la objeción de conciencia es una vía apta en materia educativa para demandar la exención a la obligatoriedad de cursar una determinada materia, aunque esa vía en el caso concreto que nos ocupa no puede llevar a la estimación del recurso contencioso por las razones que se indica en los fundamentos noveno y siguientes de la sentencia mayoritaria.

D. José Manuel Sieira Míguez D^a Celsa Pico Lorenzo

D. José Díaz Delgado

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia, junto con los votos particulares, por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, estando constituida la Sala en audiencia pública en el día de su fecha, lo que, como Secretaria de la misma, certifico.