

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

“Comentario sobre las Sentencias del Tribunal Supremo relativas a la polémica asignatura Educación para la Ciudadanía”

Carmen Carretero Espinosa de los Monteros

I. INTRODUCCIÓN

Son cinco las sentencias dictadas hasta el momento por el Tribunal Supremo en el polémico asunto de la que popularmente se ha llamado asignatura de “educación para la ciudadanía”, siendo así que sin embargo, más propiamente deberíamos referirnos a los recursos contencioso-administrativos interpuestos frente a resoluciones denegatorias administrativas de las peticiones de objeción de conciencia formuladas por determinados padres disconformes con el sistema respecto de la obligación de sus hijos de cursar las asignaturas de “Educación para la ciudadanía y derechos humanos” y “Educación ético-cívica y Filosofía y ciudadanía”.

A su vez, estas cinco sentencias abordan la cuestión desde una doble perspectiva, en consonancia asimismo con los fallos de distinto signo de las sentencias de instancia cuya casación fue solicitada, y de las distintas posiciones adoptadas en último término de las Administraciones demandadas (Principado de Asturias y Comunidad Autónoma de Andalucía) ante el problema planteado.

Así, podemos agrupar de un lado, las sentencias recaídas en los recursos de casación 1013/2008, 949/2008, y 948/2008, ya que todos ellos tenían por objeto sentencias dictadas por la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, *desestimatorias* de la pretensión de nulidad solicitada por los padres de las resoluciones dictadas por el Ilmo. Sr. Consejero de Educación y Ciencia del Principado de Asturias que venían a *denegar* la petición de objeción de conciencia de los padres recurrentes. De otro lado estarían, las sentencias recaídas en los recursos de casación 905/2008 y

4668/2008, cuyo objeto fueron a su vez sendas sentencias dictadas por la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en este caso *estimatorias* de la pretensión de los padres de que se procediera a la anulación de las resoluciones dictadas por el Ilmo. Sr. Viceconsejero de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía en virtud de las cuales se *inadmitía* la pretensión de los progenitores de ejercitar el pretendido derecho de objeción de conciencia frente a las citadas asignaturas. Con todo, debe decirse que en ambos casos, los procesos contenciosos se siguieron por los trámites del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales.

Es por esto, que las sentencias dictadas responden a un doble planteamiento, ya que si las sentencias de casación dictadas frente a las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía centran su análisis en la valoración de la posible existencia de un derecho a la objeción de conciencia derivado directamente del art. 16 y 27.3 de la Constitución sin necesidad de interpositio legislationis, las sentencias de casación dictadas frente a las de instancia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, asumiendo la doctrina de las anteriores sobre la inexistencia de un derecho a la objeción de conciencia derivado directamente del Texto Constitucional, sin embargo, profundizan en el análisis de la legalidad de las normas que desarrollan el contenido de las citadas asignaturas, concretamente de los R.D. 1513/2006, de 7 de diciembre y 1631/2006, (respectivamente referidos a la Educación Primaria y a la Secundaria Obligatoria) y del Decreto 74/2007, de 14 de junio del Principado de Asturias, en orden a comprobar si tales normas vulneran y lesionan los derechos de los recurrentes reconocidos en los artículos 16.1 y 27.3 del Texto Constitucional. Podemos así decir, que ambas resoluciones se complementan, cerrando el círculo del análisis del problema planteado, aunque ello no significa que de forma definitiva se halla solventado el conflicto relativo a la posible vulneración de los derechos fundamentales de los padres, dado que ello dependerá –como señala el propio Tribunal– de las ulteriores concreciones del contenido de las asignaturas a través del proyecto educativo del centro, de los textos que se utilicen y de la manera en que se expongan su contenidos.

De otra parte resulta interesante conocer que, el carácter controvertido del tema que tratamos se refleja en la elevación del asunto al Pleno de la Sala, de conformidad con lo previsto en el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial dada la trascendencia de la cuestión debatida, y en la existencia de cuatro votos particulares, que se repiten en las distintas resoluciones, aunque en honor a la verdad, y si comparamos el presente supuesto con otros menos polémicos mediáticamente podemos concluir que en este caso las dife-

rentes sentencias han sido dictadas con una amplia base de la mayoría del pleno. Respecto de dichos votos particulares, el primero lo firma el Excmo. Magistrado Sr. Campos Sánchez Bordona; el segundo el más extenso, pertenece al Excmo. Sr. González Rivas; el voto particular de Don Emilio Frías, al que se adhiere D. Juan Gonzalo Martínez Micó es el tercero; y por último D. Jesús Ernesto Peces Morate firma el cuarto voto particular al que se adhieren los Excmos. Srs. Oro-Pulido López y Yagüe Gil, siendo éste el más particular de los cuatro, dado que a diferencia de los anteriores y aun admitiendo con los demás que existe el derecho de objeción de conciencia sin necesidad de reconocimiento legal previo, discrepan a su vez de éstos en que respecto del fondo de la cuestión no existe vicio de legalidad por considerarse que los contenidos de la asignatura no resultan contrarios al Ordenamiento jurídico.

II. RESUMEN DE LA CONTROVERSIAS

II.1.– Como decíamos, las sentencias dictadas en estos recursos de casación pueden ser compartimentadas en dos bloques, siendo el primero, el referido a las sentencias que dicta el Alto Tribunal en los recursos 905/2008 y 4668/2008, por las que se casan las sentencias dictadas en esta materia por la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

En estas sentencias el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, estima el recurso contencioso administrativo interpuesto contra las Resoluciones de la Ilma. Sra. Consejera de Educación de la Junta de Andalucía de inadmisión de la solicitud de objeción de conciencia, anulando la misma, y reconociendo al tiempo, el derecho de los padres demandantes a ejercer la objeción de conciencia frente a la asignatura Educación para la Ciudadanía, declarando además que el hijo de los recurrentes no debía cursar la asignatura, quedando en consecuencia exento de ser evaluado de la misma. Para llegar a esta conclusión, la sentencia motivaba su fallo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y de un obiter dicta de una sentencia del propio Tribunal Supremo, pudiendo condensarse su fallo estimatorio de la pretensión de los demandantes en el fundamento jurídico cuarto de la misma, al afirmar que :

“Cuarto.– Alegan el Ministerio Fiscal y la Junta de Andalucía que los demandantes no precisan los contenidos de la asignatura que vulneran su libertad religiosa o de conciencia. No es así, basta leer la demanda para apreciar que sí que se indican los aspectos de los que se discrepa. Pero la cuestión es precisamente la contraria. Según el

TEDH, es al Estado y a cada centro docente al que le corresponde suministrar a los padres la información necesaria para que puedan ejercer su derecho a educar a sus hijos, incluso ejerciendo el derecho de objetar a la asignatura parcialmente, como, preveía la norma noruega objeto de la sentencia de 29 de junio de 2007 . En nuestro caso, ésa información no se ha suministrado y, además los contenidos tienen un alto grado de indefinición, lo que no facilita el ejercicio de los derechos de los padres. Sin embargo, la exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/2006 , señala como finalidad de la asignatura formar a los nuevos ciudadanos en “valores comunes”. Y en los Reales Decretos 1631/06 y 1513/06, que establecen las enseñanzas mínimas, se emplean conceptos de indudable trascendencia ideológica y religiosa, como son ética, conciencia moral y cívica, valoración ética, valores, o conflictos sociales y morales. Ante ésta situación, es razonable que los demandantes, por razones filosóficas o religiosas, que no tiene porqué exponer detalladamente, como también señala el TEDH y prevé el art .16.2 CE , pueden estar en desacuerdo con parte de la asignatura, y lógico que soliciten se excluya de ella a su hijo, a falta de otras previsiones normativas que permitan salvaguardar su libertad ideológica o religiosa. Por último, el interés público está en la garantía de los derechos, que al final es lo que justifica la existencia del Estado y sus potestades. Entre éstos derechos están la libertad ideológica y religiosa (art.16.1 CE), y el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE). La salvaguarda de éstos derechos mediante la objeción de conciencia, no pone el peligro el ordenamiento jurídico democrático, simplemente refleja su funcionamiento. En último caso, corresponde al Legislador crear instrumentos para hacer compatible esos derechos con que la enseñanza básica sea obligatoria y gratuita (art 27.4 CE)”.

Frente a dicho pronunciamiento se interpusieron recursos de casación por el Ministerio Fiscal, la Abogacía del Estado y el Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía. Los motivos fueron comunes, dado que en todos los casos se fundamentaron los respectivos recursos al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa, en infracción de las Normas del Ordenamiento Jurídico y de la Jurisprudencia aplicable para resolver las cuestiones objeto de debate por errónea apreciación de los Derechos Fundamentales reconocidos en los artículos 16.1º y 27.3º, en relación con el Derecho Constitucional a la Objeción de Conciencia del artículo 30.1 , todos de la Constitución, si bien que la Abogacía el Estado añadió como infringido los artículos 27, apartado 4, en relación con los apartados 2 y 5 del mismo artículo; los arts. 3.3, 4.1, 18.3 y 24.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE) y preceptos reglamentarios que los desarrollan (art. 4.2 y Anexo II del Real Decreto 1513/2006, de 7 de diciembre, sobre enseñanzas mínimas de Educación Primaria y art. 4 y Anexo II del Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre sobre enseñanzas mínimas de Educación Secundaria obligatoria); la Letrada de la Junta de Andalucía, añadió a su vez a lo anterior, la vul-

neración del artículo 5.1, y 7.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por entender incorrectamente aplicada la doctrina jurisprudencial en la materia dada la incorrecta aplicación del artículo 2 del Protocolo núm. 1, en conexión con la jurisprudencia del TEDH, y los artículos 10.2 y 96.1 CE .

Por su parte, los demandantes de instancia en su escrito de oposición a los recursos de casación, insisten en varias ideas generales: que de la Constitución nace directamente, sin necesidad de desarrollo legislativo el derecho a la objeción de conciencia; que es a los padres a quienes corresponde naturalmente educar a los hijos; que su conciencia no se siente inquietada por la transmisión de conocimientos científicos y culturales a través del sistema educativo, sino por el adoctrinamiento que se busca con la materia obligatoria Educación para la Ciudadanía; que la existencia de ésta asignatura atenta contra la autonomía de los centros docentes y de su derecho a tener un ideario; y, en suma, que el Estado no puede imponer una única moral para todos.

A partir de aquí, el pleno de la Sala centra el problema, considerando que lo que debe determinarse es si la citada materia Educación para la Ciudadanía es o no ajustada a derecho, ya que sólo en caso de dar una respuesta afirmativa, tendría sentido interrogarse acerca de si existe o no un derecho a la objeción de conciencia frente a ella.

II.2.– En una perspectiva más amplia, se mueven las sentencias dictadas en los recursos de casación interpuestos por los padres recurrentes frente a las sentencias desestimatorias de sus pretensiones de la sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

Dichas sentencias, si bien es cierto que reproducen las anteriores en cuanto analizan en primer lugar si citada materia Educación para la Ciudadanía es ajustada a derecho, para a continuación dilucidar sobre la existencia o no del derecho a la objeción de conciencia frente a ella, sin embargo, van posteriormente a más, en cuanto que consideran necesario enjuiciar el contenido del Decreto 74/2007 y del R.D. 1631/2006, para comprobar si tales normas *“van más allá de lo que permite a los poderes públicos el artículo 27.2 de la Constitución y lesionan, por tanto, el apartado 3 de este mismo precepto así como el artículo 16.1 siempre del Texto Fundamental”*.

Esta mayor extensión del contenido de las sentencias dictadas en los recursos de casación n° 1013/2008, 949/2008, y 948/2008, no es sin embargo caprichosa o casual, sino que responde al propio contenido de la sentencia que se casa. Y es que si las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia

de Andalucía eran estimatorias de las pretensiones de los demandantes por reconocer directamente dicho derecho de objeción ex. Art. 16.1 y 27.3 CE, las mismas sin embargo, en ningún momento venían a poner en tela de juicio la legalidad o constitucionalidad de las normas reguladoras de la materia educación para la ciudadanía. En cambio, las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, siendo desestimatorias de la pretensión de los recurrentes sobre el reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia ex. Artículos 16.1 y 27.3 CE, entraron no obstante, a conocer al fondo de la cuestión planteada, analizando la configuración de la asignatura en los textos reglamentarios, concluyendo tras su análisis, la inexistencia de duda alguna sobre la constitucionalidad de la declaración programática de principios que inspiran las asignaturas de Educación para la Ciudadanía. Es esta diferencia de enfoque entre las sentencias de las dos Salas de los Tribunales Superiores de Justicia, junto con la apreciación parcial del recurso de casación de los demandantes de instancia en cuanto al motivo del art. 88.1 c) LJCA, lo que determina que el Tribunal Supremo en los recursos de casación frente a las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, descienda al análisis de los contenidos de los Reales Decretos estatales y del Decreto autonómico, completándose así el estudio de la cuestión.

Y es que en efecto, aun cuando los procesos de instancia seguidos ante el Tribunal de Asturias también se siguieron por los trámites del procedimiento especial para la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, y el objeto de la tutela jurisdiccional también era la petición de 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, no obstante, el Tribunal de instancia fue más allá entendiendo que :

“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”.

A partir de este encuadramiento de la cuestión, el Tribunal Superior de Justicia de Asturias despliega su análisis. Y tras realizar una declaración general sobre el derecho que corresponde a los padres a que se garantice su libertad ideológica y religiosa y a que sus hijos reciban la formación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, continúa con la distinción de dos aspectos de la asignatura en cuestión : 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, siendo así que en este punto los intervinientes son varios : 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 y que gracias a su autonomía pedagógica, elaboran 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. Partiendo de esta distinción, afirma que la *«declaración programática de principios que inspiran las asignaturas de Educación para la Ciudadanía en general, no puede suscitar duda alguna sobre su constitucionalidad»*, y que respecto a los actos concretos de los que pudiera predicarse la supuesta vulneración de los derechos fundamentales *“(…) 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”*. Por todo ello, 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, recordando que sólo cabe invocar vulneración de los derechos fundamentales de los artículos 16.1 y 27.3 CE en relación con el caso concreto en que se puedan desarrollar las citadas enseñanzas, por lo que se entiende que no cabe amparar derecho fundamental alguno.

Contra esta sentencia se alzó el recurso de casación interpuesto por los demandantes de instancia. El mismo se fundamentó de un lado en el art. 88.1 d) LJCA por infracción de las normas del Ordenamiento jurídico (arts. 16.1 y 27.3 CE), y de otro en la infracción del art. 88.1 c) LJCA por considerar que la sentencia había incurrido en un vicio de incongruencia omisiva y falta de motivación, con infracción, asimismo de las normas de valoración de la prueba. La estimación de este segundo motivo, es lo que dio pie al Alto Tribunal para entrar a enjuiciar directamente la controversia planteada en el proceso de instancia, por estimarse que la sentencia de instancia había incurrido en vicio de incongruencia omisiva, señalándose que :

“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.”

Comienza a partir de aquí el Tribunal Supremo, a enjuiciar directamente la controversia de instancia reproduciendo en su primeros fundamentos jurídicos los propios de la sentencias dictadas en los recursos de casación 905 y 4668/2008, si bien que una vez afirmada la inexistencia de un derecho a objetar, y considerando que esta afirmación no resuelve el litigio en cuestión, procede a analizar el contenido del Decreto 74/2007 y del R.D. 1631/2006, en orden a comprobar si los mismos van más allá de lo que permite el art. 27.2 CE a los Poderes Públicos, y lesionan en consecuencia los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución.

III. DOCTRINA QUE CONTIENEN LAS SENTENCIAS

Como venimos diciendo, el Alto Tribunal en todas sus sentencias parte del análisis de lo que considera como primera cuestión a solventar : *“determinar si la citada materia **Educación para la Ciudadanía** es o no ajustada a derecho. Sólo en caso de que la respuesta sea afirmativa, tendrá sentido interrogarse acerca de si existe o no un derecho a la objeción de conciencia frente a ella”.*

3.1.– Para ello, lo primero que se propone es centrar la temática de que tratamos, a través del estudio de los **antecedentes inmediatos de la materia escolar Educación para la Ciudadanía, que son la Recomendación (2002) 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa**, que incluye como objetivo de los sistemas educativos de la Unión Europea *«promover en la comunidad escolar el aprendizaje de los valores democráticos y de la participación en la ciudadanía activa»*, al tiempo que señala que *“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, siendo así que inspira dicha orientación la “preocupación por los crecientes niveles de apatía cívica y política y de falta de confianza en las ins-*

tituciones 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 Recomendación 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. (...)

Dicha Recomendación, fue seguida además 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. (...) 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. (...) terminando en este punto la sentencia el extracto del contenido de la Recomendación, subrayando con la Recomendación que “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”.

3.2– Expuestos dichos antecedentes, entra a continuación la sentencia a sentar determinadas **premisas** necesarias para la resolución del presente re-

curso, en particular sobre el sentido del pluralismo, relevancia de los derechos fundamentales, el papel del Estado, y el contenido que corresponde a los derechos fundamentales de los artículos 16.1 y 27.3 CE :

“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.”

Así, en primer lugar con relación al **pluralismo**, nos dice 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)»*

En cuanto a los derechos fundamentales, afirma que *«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»*.

En lo que **se refiere al papel del Estado en la materia**, aclaran las sentencias que el referente constitucional en esta cuestión lo ofrecen dos mandatos del artículo 27, el de su apartado 5, que impone a los poderes públicos una obligada intervención en la educación y el 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 fundamental”*. De la interpretación combinada de ambos precep-

tos, el Alto Tribunal deriva las siguientes : «*La primera es que la actividad del Estado en materia de educación es obligada (...); 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.*»

A partir de aquí, el Tribunal aprovecha para hacer una sutil distinción –que posteriormente será importante–, entre «*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 las diferentes «*manifestaciones*» del pluralismo de la sociedad. Y esa distinción, es trascendental, ya que a su juicio, es la que «**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», añadiéndose además, que 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*».**

La última de las premisas que considera necesario examinar es la que se refiere al **alcance y límites del derecho a la libertad ideológica y religiosa** proclamado en la Constitución. El Tribunal considera que el contenido de estos derechos 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*», pero añadiendo que ello no implica que **dicho derecho sea «necesariamente incompatible con una enseñanza del pluralismo que transmita la realidad social de la existencia de concepciones diferentes**», de tal manera que «*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». A partir de aquí, concluye la Sala, debemos considerar que los derechos reconocidos en los artículos 16.1 y 27.3 son un límite a la actividad educativa del Estado.

3.3.– Formuladas así, estas consideraciones previas que necesariamente vienen a conformar los términos del debate, el Tribunal emprende el examen de lo que puede considerarse **el nudo gordiano de la cuestión planteada : la determinación de si existe un derecho general a la objeción de conciencia** susceptible de hacerse valer por los padres en nombre de sus hijos menores para eximirles del deber de cursar la asignatura EPC, más allá del específico supuesto contemplado en la Constitución en el art.30.2, pues el Tribunal Supremo admite sin problema alguno que nada impide al legislador ordinario reconocer la posibilidad de dispensa por razones de conciencia de determinados deberes jurídicos.

Son varias las razones por las que el Tribunal niega que más allá de los específicos supuestos expresamente contemplados por la Constitución, exista un derecho a la objeción de conciencia de alcance general ajeno a la voluntad expresa del legislador ordinario, calificando como “muy problemática” la idea de aquellos que sostienen 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.

En primer lugar, niega tal posibilidad de un derecho genérico a la objeción de conciencia sobre la base de una interpretación sistemática del texto constitucional. Así, se nos dice que *“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”.

La segunda razón aducida por el Tribunal es el mandato inequívoco y de alcance general del artículo 9.1 CE, cuando señala que : “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Este, a juicio de la Sala *“es un mandato incondicionado de obediencia al Derecho”*, añadiendo 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”*.

Tampoco en la doctrina constitucional encuentran las sentencias dictadas en casación base para afirmar la existencia de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general. Así, reconocen la realidad de la STC 53/1985, que con relación 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 también señalan que al tratarse de un supuesto límite no es posible extraer un principio general. Respecto de la STC 154/2002, que consideró violación de la libertad religiosa la condena penal a unos padres –que a causa de sus creencias religiosas, no autorizaron una transfusión sanguínea para su hijo menor, que luego falleció–, sostiene asimismo la Sala que tampoco de este caso cabe derivar principio general alguno, al tratarse de un supuesto aislado muy ligado a innegables exigencias de justicia material del caso concreto. Y en cuanto a las sentencias del Tribunal Constitucional 177/1996 y 101/2004, que contemplaban casos en que un militar y un policía fueron obligados a participar en actos religiosos, las sentencias entienden que en estos casos, lo que directamente acontece es un supuesto de violación de su libertad religiosa, no de objeción de conciencia, que por definición, sólo puede darse frente a deberes jurídicos válidos en Derecho.

Por último, las sentencias analizan **los Textos Internacionales en la materia**, que en cuanto canon de interpretación, pudieran iluminar sobre el particular, pero también concluyen a su vista, que de los mismos no es posible extraer la conclusión de un derecho general de objeción de conciencia. Así ni de la cita del *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”, ni incluso la mención específica del *artículo 2 de la Ley Orgánica 1/2008*, –por la que se autoriza

la ratificación del Tratado de Lisboa–, entiende el Tribunal Supremo que es posible deducir ningún principio de reconocimiento genérico, al exigirse en todo caso la interpositio legislatoris, no admitiéndose un derecho a la objeción de conciencia en ausencia de ley que lo regule.

3.4.– No obstante, no se detiene aquí la sentencia, y desciende incluso a examinar, si 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, para llegar sin embargo, a la misma negativa conclusión, en base a dos razonamientos.

El primero es negativo de la tesis mantenida por los padres recurrentes y acogida por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, que apoyaban la tesis del reconocimiento general a tal derecho de objeción en materia educativa en la doctrina contenida en dos recientes **sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos Folguero y otros contra Noruega, 29 de junio de 2007 y Hasan y Eylem Zengin contra Turquía, 9 de octubre de 2007)**. En su análisis el Tribunal Supremo, en lugar de extraer frases entresacadas del texto de las sentencias en cuestión, como ya hizo el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, procede científicamente a su análisis global, extrayendo las ideas principales de la doctrina del ETD, que extracta 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, –que abordando el problema de la enseñanza de la religión (luterana en el caso noruego e islámica sunita en el caso turco) dentro de materias escolares obligatorias sin dispensa a los alumnos ajenos a estas dos confesiones, concluyeron como vulnerado el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos–, son consideradas por el Tribunal, pero señalando que las mismas no son de gran utilidad para el presente caso, y ello por dos razones. Por un lado, porque *“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”*

El segundo razonamiento se apoya en el artículo 27.3 de la Constitución, en sí mismo considerado. Así, y con relación al mismo, destaca el Tribunal que de entrada, *“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”*, de tal manera, 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 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”*, añadiendo a continuación que 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”.

Y con todo acierto y contundencia se pone de relieve por el pleno del Tribunal Supremo, lo que es toda una declaración de principios en un Estado Democrático de Derecho :

“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”.

No obstante y para concluir, el Tribunal deja una puerta abierta a la objeción de conciencia sin necesidad de reconocimiento legal, pues afirma para terminar dicho razonamiento 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”*, siendo así que en el caso presente no se advierte por la existencia de ninguna situación límite (vgr. Supuesto de la STC 53/1985), de contraposición radical entre la conciencia de quienes pretenden ser eximidos de su cumplimiento y unos deberes públicos bien precisos.

3.5.– No obstante, pese a haberse concluido tal y como hemos visto, que no estamos ante un escenario que permita reconocer el derecho a objetar con carácter general, la Sala, en los recursos de casación nº 1013/2008, 949/2008, y 948/2008, profundiza aún más, al considerar que esta afirmación no resuelve el litigio que nos ocupa, desde el momento en que 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”.

Recuérdese que en este punto difieren en su contenido las sentencias dictadas en los recursos de casación cuyo objeto era la sentencia estimatoria dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, y las sentencias dictadas en los recursos de casación cuyo objeto eran las desestimatorias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias. Así, si en el caso de Andalucía, el Tribunal Supremo no entra en dicho análisis de los citados Reglamentos desde el momento en que ni las partes, ni el Tribunal *“han discutido formalmente las prescripciones legales”* (fundamento jurídico décimo), en tanto que en el caso de Asturias, sí desciende a su estudio, en cuanto que la sentencia y los recurrentes si se pronunciaron sobre los contenidos de la materia, calificándose estos últimos por los recurrentes como *“un intento de adoctrinamientos ideológicos más propios de regímenes fascistas o marxistas-leninistas que de un país democrático y miembro de la Unión Europea”*, que hunden sus raíces en el *“relativismo”*, el *“positivismo”* y la *“ideología de género”*¹.

Entra por ello la Sala de lo contencioso administrativo del Tribunal Supremo en estos recursos a analizar, –dada asimismo la estimación parcial del recurso de casación ex. Art. 88.1.c) LJCA–, las alegaciones y críticas vertidas por los recurrentes frente a los contenidos de los Reales Decretos estatales y del Decreto autonómico, en sus objetivos, contenidos, y actitudes a valorar, siendo así que tales críticas pueden condensarse en tres principales, que son sobre las que la Sala sienta su doctrina : que no es admisible que no haya otra moral que la que recogen las normas jurídicas, siendo esta mutable por ser fruto del consenso (relativismo); que el ordenamiento jurídico admite cualquier contenido con independencia de su significado ético (positivismo); y que las normas reglamentarias asumen una denominada *“ideología de género”*, que resulta inaceptable en cuanto imposición contraria a sus propias ideas.

En primer lugar, respecto de la crítica de relativismo o de identificación entre moral y Derecho, entiende el Tribunal, que se trata de una crítica que los recurrentes no sólo imputan a la disciplina, sino que parece que también por extensión, dicha crítica es extensible al conjunto del sistema jurídico. Al

¹ Las mismas críticas sobre relativismo, positivismo e ideología de género fueron expuestas por los recurrentes en Andalucía.

respecto recuerdan que como antes se señaló como premisa básica, los derechos fundamentales, son el fundamento moral del ordenamiento. Y subraya *“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”*, de tal manera que *“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.”

Tampoco admite la Sala que nuestro Ordenamiento jurídico permita cualquier contenido con independencia de su significado ético. En este sentido, y con relación a los contenidos de Educación para la Ciudadanía, considera que los mismos se sitúan en planos bien alejados, del relativismo moral y de la tacha de totalitarismo que va asociada a la argumentación del recurso. Y añade : *“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”*. Todo ello, continua el Tribunal, *“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 ejer-*

ce 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”.

Por último, y por lo que respecta a lo que los recurrentes denominan “ideología de género”², señala el Tribunal que *“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.*

² Debe ponerse de manifiesto en primer lugar que “igualdad de género”, no es una ideología, sino un concepto categorizador de la filosofía feminista. Su antecedente hay que buscarlo en los años 70, cuando comenzó a ser introducido por las teorías feministas, en cuanto *categoría útil de análisis social*. Fue a partir de la Conferencia de Pekín de 1995 auspiciada por la ONU, cuando el término “género” (del inglés gender) se consolidó en los distintos ámbitos de estudios e investigaciones, políticas públicas y movimientos sociales para la igualdad de hombres y mujeres. Y es que se partía de que una vez superada en Europa la desigualdad formal, se debía seguir insistiendo en la obtención de la igualdad en el plano de la realidad, donde la igualdad no parecía ser eficaz (sueldos menores, no acceso a cargos públicos, etc). De ahí que el problema se desplace a la investigación y al análisis de la desigualdad desde las estructuras sociales, observándose que las desigualdades entre hombres y mujeres son más profundas, complejas y difíciles de eliminar que la mera distinción de sexos, lo que lleva a replantearse la cuestión en otros términos, y a motivar la aparición de la expresión “género”. Es así, que estudiada esta categoría conceptual de “género” dentro de los diversos campos científicos, pasa como tal al Derecho. Y en tal sentido, se conceptúa, siendo así que como señalan MONSERRAT COMAS y JOAN J. QUERALT :«A diferencia del término sexo que se refiere únicamente a las diferencias biológicas entre hombre y mujer, el vocablo género sirve de base para mostrar que las desigualdades entre ambos sexos se han construido históricamente como consecuencia de la estructura familiar–patriarcal y no como fruto de la naturaleza biológica de los sexos” (La violencia de género : política criminal y ley penal, Libro homenaje a G.Rodríguez Morullo. Thomsom/Civitas. Aranzadi, 2005)». Cuestión distinta, es que nuestra Constitución de 1978, aun no pudiera por razones temporales obvias prever tal término.

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 hombres³.

3.6. Tampoco aceptan las sentencias que comentamos, que los objetivos de las asignaturas de Educación para la ciudadanía, las menciones a los afectos y los sentimientos, y la evaluación de las actitudes de los alumnos sea contraria Derecho (fundamentos jurídicos duodécimo, decimotercero y decimo-cuarto).

Por ello, respecto de la acusación de los recurrentes acerca de que el propósito gubernamental con dicha asignatura es el de “adoctrinar ideológicamente a los alumnos”, considera el Alto Tribunal que **“asumir y valorar positivamente los derechos y obligaciones derivados de ese documento (Declaración Universal de los Derechos Humanos), 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 trasgresión del artículo 27.2 del texto fundamental”**, siendo así 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. (...) 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”*.

Por ello, el Tribunal no advierte 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.**

³ También: artículos 73, 105, 114 y 208, de la L.O. 2/2007, de 19 de marzo por la que se aprueba la modificación del Estatuto de Autonomía para Andalucía; La L.O. 1/2004, de 28 de diciembre de Violencia de Género; art. 87, ter de la La L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

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”.

En cuanto a las menciones a los afectos y a los sentimientos, el Tribunal insiste de nuevo 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”.*

Y añade que *“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.(...) 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 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.”*

En lo relativo a la crítica de los recurrentes, sobre que **son evaluadas actitudes**, el Tribunal señala que EPC, *“Como las demás materias escolares, ésta debe ser evaluada”*, pero teniéndose en cuenta que sucede 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 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”.

3.7. No obstante, el pleno del Tribunal consciente de su responsabilidad y de la trascendencia que tiene para la Educación y para el Estado de Derecho cuanto hasta ahora ha dicho, se ve en el deber de advertir frente a posibles excesos de la Administración, en una fórmula que destinada a lograr el consenso, sin embargo, no llega a contentar a los votos particulares (en particular referencia el del Excmo. Sr. Campos Sánchez-Bordona) que considera “insuficiente” la admonición final que al respecto recoge el fundamento jurídico último de las sentencias⁴.

Dice por tanto el Tribunal que :

“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 pa-

⁴ En concreto lo considera insuficiente, en cuanto no ha sido llevado al fallo de la sentencia, al ser un obiter dicta, considerándose que tales admoniciones tienen un valor jurídico relativo que con el paso del tiempo han de ser ignoradas subsistiendo incólume el contenido de las normas que interpretan.

dres 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.

Y :

“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.

IV. COMENTARIO

4.1.— Como hemos podido entrever tras la lectura de los precedentes apartados, —que hemos considerado conveniente transcribir en lo más notable, dado el interés de la doctrina jurisprudencial que contienen—, en este caso, el pleno del Tribunal Supremo ha dictado unas muy fundamentadas y extensas sentencias (casi 100 folios con los votos particulares).

El supuesto así lo requería, dada la trascendencia del tema que en el fondo se decidía, que desde luego, no era simplemente dilucidar sobre la bondad

jurídica o no de una asignatura EPC y el derecho de unos padres a oponerse a que la misma fuera cursada por su hijo, pues ello sería una percepción muy plana del problema, o si se prefiere muy superficial, en el sentido de no penetrar en la hondura de la cuestión que se estaba planteando. Y es que lo que en fondo se estaba proponiendo por los recurrentes (aunque probablemente en muchos casos no de forma consciente), **era la relativización del mandato jurídico de las normas, desde el momento en que defendían la posibilidad de exoneración de su mandato con el sólo argumento de la discrepancia personal a la misma.** Como decía la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, ante la norma “es razonable que los demandantes, *por razones filosóficas o religiosas, que no tienen porque exponer detalladamente*, como también señala el TEDH y prevé el art. 16.2 CE (sic), pueden estar en *desacuerdo* con parte de la asignatura, y *lógico que soliciten que excluya de ella* a su hijo, a falta de otras previsiones que permitan salvaguardar su libertad ideológica o religiosa” (f.j. 4º). Por lo tanto, para la Sala de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, un mero “desacuerdo” que además no tiene porque explicitarse con detalle, basta para solicitar y obtener la exclusión de la norma aplicable.

Como puede comprobarse, **la carga de profundidad que para el Estado de Derecho tiene este fundamento jurídico es enorme, sólo basta imaginar su traslación a otros ámbitos de imperatividad del Ordenamiento jurídico, para comprender que su aplicación llevaría directamente a la quiebra del Estado de Derecho, sobre la base de un ilimitado derecho a la libertad ideológica y religiosa.** Y frente a ello, no cabe defender, como hace el voto particular del Excmo. Sr. Campos, que pudiera ser admitido tal derecho de exoneración al cumplimiento de la norma en el conflicto entre los motivos de conciencia y los deberes públicos, “a título excepcional y con las garantías debidas” en el ámbito de la función jurisdiccional⁵, en cuanto “volcada a la resolución de los conflictos singulares a partir de parámetros normativos que no se agotan en la ley”, dado que ello, sería tanto como sustituir el imperio de la ley, por el universo de la justicia del cadí o juez.

Es por ello, que el pleno del Tribunal Supremo acomete su tarea con extraordinaria dedicación, contundencia y amplio despliegue en su argumentación, dada la trascendencia del fondo de la cuestión planteada.

4. 2.– Situado así, en sus justos términos el enfoque del problema, no cabe duda de que la doctrina jurisprudencial más interesante del Tribunal en es-

⁵ Primero de su voto particular

te punto, es la que se refiere al estudio de la posibilidad de reconocimiento del derecho de objeción de conciencia sin interpositio legislatoris, en cuanto derecho derivado directamente de los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución.

No obstante, y en este punto, el Tribunal Supremo, se muestra –pese a la contundencia de su decisión de no reconocimiento como tal derecho general–, excesivamente parco a nuestro juicio en cuanto a la motivación jurídica de su aserto, dado que si bien acierta a señalar las razones de porqué las SSTC 53/1985, 177/1996, 154/2002, y 101/2004 no son válidas a los efectos de extraer principios generales capaces de sustentar un derecho de objeción de conciencia general, sin embargo, en positivo, no aprovecha el potencial que ofrecen las SSTC 15/1982, 101/1983, 160/1987, 161/1987, 321/1994, 55/1996, y los ATC 71/1993, 214/1996, 319/1996, 135/2008, resoluciones todas ellas que uniformemente, en las diferentes materias que abordan (en su mayoría derecho a la objeción respecto de la prestación social sustitutoria o deberes fiscales) niegan con rotundidad la existencia de un derecho a la objeción de conciencia derivado del artículo 16 de la Constitución, precisamente, sobre la base de que ello supondría «*la relativización de los mandatos jurídicos*» (ATC 71/1993), poniendo en peligro la idea misma del Estado, pues como nos dice la STC 161/1997, fundamento jurídico tercero : « ***La objeción de conciencia con carácter general, es decir, el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado***».

De otro lado, y en negativo, dejando a un lado las SSTC 177/1996, 101/2004, y 154/2002 que en modo alguno estudiaban peticiones de denegación del derecho a la objeción de conciencia, sino vulneraciones directas del derecho a la libertad ideológica y religiosa, –lo que como señala la propia sentencia, es algo distinto dado a la objeción de conciencia que presupone la existencia de un deber jurídico válido–, sólo la STC 53/1985, pudiera considerarse en una primera aproximación como aparentemente contradictoria con la línea uniforme que ha seguido nuestro Tribunal Constitucional desde la STC 15/1982. Y decimos en una primera aproximación, en cuanto que existe un rasgo diferencial básico entre el caso que la misma contempla (posibilidad de que el personal sanitario pueda oponer razones de conciencia para abstenerse de participar en intervenciones dirigidas a la interrupción del embarazo) y la posterior doctrina constitucional, y es que si en el primer caso (STC 53/85) tratamos de la dispensa al cumplimiento de una *mera obligación estatutaria*, en el resto de los supuestos tratamos de la obtención de dispensa al cumplimiento de *un deber general*. O lo que es lo mismo, una cosa es que la norma de con-

ciencia entre en contradicción con un deber general constitucional cuyo cumplimiento tiene como finalidad la satisfacción de un interés del que es titular la comunidad misma y que participa de la función de sostén del sistema democrático y constitucional, y otra distinta, la de aquellos casos en los que la norma de conciencia con lo que entra en colisión es con obligaciones que no son tipificables ni como garantías institucionales ni de carácter general, ya que derivan de un contrato o de una relación estatutaria, pareciendo en este caso lógico al Tribunal Constitucional arbitrar dicha diferencia.

4.3. Otro punto, que entendemos que podía haber sido objeto de un mayor desarrollo, es el que se refiere a la **interpretación de la doctrina del TEDH**, dada la aplicación errónea que de la misma hicieron los recurrentes y la Sala de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía.

Y es que la doctrina el TEDH, sobre la libertad religiosa, no se agota en las sentencias de los casos Folguero y Zengin. Así, con carácter general, el TEDH tiene declarado que el art. 9 del Convenio de Roma enumera las diversas formas que puede adoptar la manifestación de una religión o de una convicción, a saber el culto, la enseñanza y la realización de ritos, pero sin embargo *no protege cualquier acto motivado o inspirado por una religión o convicción* (STEDH de 1 de julio de 1997, caso Talaç contra Turquía), *ni garantiza la exclusión de los deberes generales* (Decisión de 5 de julio de 1977, caso X contra República Federal de Alemania, Decisión de 14 de octubre de 1985, caso Johansen contra Noruega), ni reconoce el derecho a la objeción de conciencia siquiera en la prestación del servicio militar obligatorio (STDH 23–1965, Grandrath c/RFA), como tampoco protege cualquier acto justificado o inspirado por una religión o convicción (STEDH de 24 de junio de 2004, caso Vergos contra Grecia), hasta el punto de que en ésta última sentencia trae a colación al efecto de su decisión la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América relativa a las “facially neutral laws”; y así, en § 25, asume que “*Estas leyes no versan directamente sobre la regulación de una práctica religiosa, pero pueden eventualmente tener consecuencias restrictivas para la libertad de culto. Según la jurisprudencia americana, estas leyes pueden exigir un comportamiento incompatible con una práctica religiosa o prohibir un comportamiento impuesto por los ritos especiales de una religión. La posición del Tribunal Supremo en esta materia es al siguiente: No se ha aceptado jamás que las convicciones religiosas de cualquiera puedan sustraerle a la aplicación de la legislación pertinente en vigor que prohíba un cierto tipo de comportamiento en materias cuya regulación incumbe al Estado (...). La jurisprudencia afirma que el derecho al libre ejercicio de la religión no sustrae nunca a un individuo de su obligación de someterse a una Ley válida y neutra de aplicación general por el hecho de que esta Ley proscriba (o prescriba) un comportamiento que su religión prescribe (o proscri-*

be)” –*cf.* *Employment División, Department of Human Resources v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990); *United States v. Lee*, 455 U.S. 252 (1982); *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961)⁶.

De otro lado, como bien dice la sentencia que comentamos, las sentencias Folguero y Zengin, no son aplicables de plano al caso presente, con independencia, de que podamos extraer los principios generales de la doctrina del dicho Tribunal, que si cumplen una función hermenéutica en la aplicación de nuestro Derecho. Con todo, esta instrumentalidad interpretativa no coloca a la jurisprudencia del TEDH –ni al propio CEDH– en una posición jerárquica semejante a la de las normas constitucionales, de modo que las mismas puedan extender o modificar inconstitucionalmente el objeto, contenido y límites de los derechos fundamentales, a tenor de lo dispuesto en los arts. 95 y 96.1 CE respecto de la imposibilidad de celebrar un tratado con estipulaciones contrarias a la CE – sin antes reformar ésta– y a la integración en nuestro ordenamiento jurídico (únicamente) de los tratados internacionales válidamente celebrados. Y todo ello lo decimos, en cuanto que el manejo interpretativo de las sentencias del TEDH a supuestos distintos de los fallados (cual sería el caso) ha de realizarse a la doctrina contenida en dichas sentencias, lo que es congruente con el hecho de que el TEDH a la hora de dictar sus resoluciones tenga en cuenta el marco constitucional normativo del Estado miembro que ha sido demandado, que evidentemente puede diferir del marco constitucional español. Pero lo que no puede hacerse, tal y como lo hizo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, es introducir de plano en el Ordenamiento jurídico español, instituciones de otros Ordenamientos jurídicos con funcionalidades propias del sistema en el que se integran, por la vía de la integración plana de los supuestos de hecho contemplados por las sentencias del TEDH. En una dogmática constitucionalmente adecuada, lo que procede es utilizar la doctrina del TEDH como canon de interpretación, pero no los supuestos fácticos que en concreto enjuician las sentencia, como vía de innovación normativa.

Y en ese análisis de la doctrina del TEDH, resulta fundamental resaltar un aspecto concreto de la doctrina jurisprudencial del TEDH, que ni el pleno del Tribunal, ni el voto particular del Magistrado Sr. González Rivas recogen, cual

⁶ En este sentido, tampoco puede compartirse las tesis del voto particular del Magistrado González Rivas, sobre el reconocimiento de un derecho jurisprudencial en EEUU que apoyaría la tesis de la libertad de conciencia como un absoluto frente al Estado, dada la transcripción que de la misma hace el TEDH, que desde luego está lejos de confirmar la tesis del voto particular .

es que precisamente en dichas resoluciones el TEDH citadas, expresamente se señala que «la definición y planificación del programa de estudios competen en principio a los Estados contratantes. Se trata, en gran medida, de un problema de oportunidad sobre el que el Tribunal no debe pronunciarse y cuya solución puede legítimamente variar según los países y las épocas (Sentencia Valsamis [TEDH 1996, 70] , previamente citada, pg. 2324, ap. 28). En particular, la segunda frase del artículo 2 del Protocolo no impide a los Estados difundir, a través de la enseñanza o la educación, informaciones o conocimientos que tengan, directamente o no, un carácter religioso o filosófico. No autoriza, ni siquiera a los padres, a oponerse a la integración de tal enseñanza o educación en el programa escolar, sin lo cual cualquier enseñanza institucionalizada correría el riesgo de resultar impracticable (Sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen [TEDH 1976, 5] , previamente citada, pg. 26, ap. 53)», todo lo cual no está reñido con que se prohíba al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada no respetuosa con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Éste es el límite a no sobrepasar (Sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen [TEDH 1976, 5]).

A todo ello se suma, que como bien dice la sentencia del pleno del Tribunal Supremo, los supuestos fácticos contemplados por las sentencias Folguero y Zenginm son completamente ajenos al presente de EPC, dado que lo que se estaba dilucidando en dichos pleitos era la determinación de si los contenidos de las asignaturas y la concreta forma de impartición de la misma constituían o no adoctrinamiento religioso en cuanto límite a no sobrepasar, para lo cual realizaron un análisis particularizado de cada caso, concluyendo que ambos Estados no respetaron el derecho de los padres del citado art. 2 en la medida en que no velaron porque las informaciones y conocimientos que figuran en el programa de la asignatura fueran difundidos de manera objetiva, crítica y pluralista, y ello como consecuencia de dos elementos. Por un lado, porque las señaladas asignaturas poseían una marcada vocación cristiana en un caso y musulmana en otro. Pero por otro, en cuanto que además, en la enseñanza de la asignatura se preveía la posibilidad de que los alumnos tuvieran que llevar a cabo actividades de naturaleza religiosa, como rezos, cánticos religiosos, memorización de suras, interiorización de los textos religiosos, etc, todo lo cual en sí mismo concluye el TEDH supone la posible injerencia en las convicciones religiosas o filosóficas de los padres. Y es aquí, donde precisamente entran en juego la cláusulas de salvaguarda del derecho de los padres a su libertad ideológica o religiosa, o lo que es lo mismo : la necesidad para el Estado de prever algún mecanismo que garantice el respeto de estas últimas, dado que el Protocolo no impide a los Estados difundir, a través de la enseñanza o la educación, informaciones o conocimientos de carácter religioso o filosófico, conforme a su doctrina anteriormente transcrita. **Con evidencia, expulsar la for-**

mas de adoctrinamiento en la imposición e impartición de una asignatura (religiosa por los demás) es una cosa, y otra distinta, oponerse de plano a que el Estado pueda difundir, a través de la enseñanza o la educación, informaciones o conocimientos que tengan, directamente o no, un carácter religioso o filosófico, lo que expresamente permite como señala el TEDH, el artículo 2 del Protocolo del CEDH.

4.4. De otra parte, resultan brillantes a nuestro juicio, los fundamentos jurídicos de la sentencia que puntualizan las premisas de las que se ha de partir en el análisis de la cuestión, y que después se anudan a la negación de que nuestro sistema sea indiferente a un sistema de valores. Es más, si intentamos hacer un esfuerzo de memoria, podremos convenir, en que hacía mucho tiempo que una sentencia del Tribunal Supremo no contribuía con sus aportaciones a “hacer Estado” con mayúsculas, a conformar y dar forma al Estado constitucional español, como tal Estado Democrático y de Derecho.

Y es que las tesis contrarias a lo que conducen por derivación, es a la desintegración del Estado, o en palabras del Tribunal Constitucional, a la «*negación misma del Estado*». El propio voto particular del magistrado Campos Sánchez-Bordona, (el más perspicaz de todos), consciente de dicho peligro, llega a señalar que el juego conjunto de los artículos 27.3 y 16.1 CE, «*no legitima la protección de convicciones –personales o colectivas– abiertamente hostiles que pretendan la destrucción de los fundamentos mismos del orden jurídico que el poder constituyente ha instaurado*». Lo que ocurre, es que si abrimos dicho frente de indeterminación jurídica, lo primero que deberíamos saber es cuando una conducta es “abiertoamente” hostil al Estado mismo. O dicho de otra manera, conocer si caben conductas que siendo hostiles al orden jurídico instaurado, al no serlo “abiertoamente” pueden admitirse, y aun en ese caso, saber qué es hostil, y sobre todo conocer quien determina fuera del principio democrático lo que puede ser hostil. A partir de aquí, nos deslizaríamos por una pendiente de indefinición de conceptos jurídicos indeterminados que resulta cuanto menos preocupante en un Estado que se dice Derecho y que proclama el principio de igualdad.

Por eso, desde esta perspectiva, no pueden compartirse los razonamientos del voto particular de Don Juan José González Rivas cuando señala que «*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*», o el de Don Emilio Frías Ponce, cuando en su voto afirma que «*estamos ante una*

cuestión de límites y los derechos y libertades son la barrera a la acción del poder público y no al contrario». No es posible comparar cual si se tratara de idénticas categorías, las potestades públicas con los derechos y libertades fundamentales, para afirmar que ambos son mutuamente límites unos de otros. Este es un argumento que en una primera aproximación provoca la fascinación de la simplicidad, pero que en una lectura más sosegada nos impide aprehender la compleja realidad de las categorías jurídicas. Y es que si el orden público forma parte de las potestades o poderes del Estado, los derechos y libertades fundamentales de quien se predicen es del ciudadano. Esta diferencia pese a ser obvia, no es por ello menos importante, dado que si bien el estatus propio del ciudadano determina que sus derechos y libertades fundamentales reconocidos constitucionalmente puedan desplegarse y ejercitarse expansivamente más allá de su contenido esencial hasta su propia colisión con el orden público establecido, que es su límite, en el caso del Estado y para el ejercicio de sus potestades, no basta el mero reconocimiento de las mismas, sino que además éstas sólo pueden desplegarse dentro de las líneas que marca el propio Ordenamiento jurídico, de tal manera que las potestades de orden público sólo son posibles en los estrechos márgenes que le permite la Ley, siendo así, que si el orden público confronta e infringe los derechos fundamentales que son su fundamento, de lo que podríamos hablar entonces, no sería ya de una cuestión de límites, sino ante una directa vulneración de la norma del Ordenamiento jurídico que contempla las potestades públicas. Por eso, no se trata como dice el voto particular del Sr. González Rivas de hacer un “juicio de ponderación” entre libertad y orden público, sino que de lo que se trata es de conocer si la norma que establece las reglas de orden público es ajustada a Derecho, porque si ésta es conforme al Ordenamiento jurídico, nada hay ya que ponderar en el cumplimiento de deberes generales que encuentran aquí su límite, y si por el contrario es atentatoria del Ordenamiento jurídico, tampoco cabe juicio de ponderación alguno, sino directamente la expulsión de la norma del Ordenamiento jurídico.

4.5. Pero llegar hasta aquí, hasta afirmar que sólo es válida la norma que no conculca los derechos fundamentales del ciudadano, no ha sido fácil, en cuanto que ello es el resultado del genio jurídico que ha alumbrado la evolución de la humanidad durante más de veinte siglos. Haber llegado a que podamos afirmar como lo hace la sentencia del Alto Tribunal, que *“los derechos fundamentales, son el fundamento moral del ordenamiento”* y 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”*, ha sido sino el fruto de un tortuoso recorrido que nuestros antepasados tuvieron reco-

rrer, para que nosotros podamos disfrutar de la cota más elevada de derechos que nunca un ciudadano ha tenido en la historia de la humanidad.

En este sentido, lleva razón el voto particular de D. Manuel Campos, cuando recuerda que “El primer –y aún no superado ni resuelto– debate sobre el enfrentamiento entre los dictados del poder público y los imperativos de la conciencia personal se escribió hace ya 2400 años y desde entonces ha sido un “leitmotiv en la filosofía, la teoría política, la teoría jurídica, la ética y la poesía de Occidente” (Steiner). La respuesta de Antígona a Creonte, que Sófocles refleja en los versos 450 y siguientes de su tragedia, pone de relieve cómo frente a la pretensión de sujeción incondicionada a la ley que regía la polis se alza la convicción personal que opone a su cumplimiento serios motivos de conciencia, inspirados para Antígona en las “leyes no escritas” a las que ella apelaba. La tensión entre la conciencia individual y la ley del Estado no ha dejado, pues, de estar presente desde que los clásicos griegos marcaron para la posteridad cuáles eran los desafíos intelectuales y éticos a los que se enfrentaba la humanidad. Ecos de aquel debate se han sucedido en todas las épocas históricas posteriores y siguen llegando hasta nuestros días”.

Precisamente, podríamos considerar que el problema jurídico de que tratamos sobre la polémica asignatura de Educación para la Ciudadanía, no es sino un “eco” de aquel debate histórico, que sin embargo aparece superado en la Filosofía moderna y el constitucionalismo contemporáneo, ya que un concepto tan abstracto como la “conciencia interna” siempre se ha identificado con valores o verdades personales que chocan con la legalidad establecida en tanto en cuanto, el sujeto considera que los valores metajurídicos han de prevalecer sobre el ámbito de la legalidad establecida⁷. Ello nos sitúa en el clásico debate entre los polos del iusnaturalismo radical y el positivismo extremo, que discurriendo por sendas contrapuestas conducen sin embargo, al mismo resultado : el de la separación entre los valores y las normas.

Pero esta dicotomía ya ha sido superada por la Filosofía del Derecho y el constitucionalismo contemporáneo, y debemos no ir hacia atrás, aun cuando sea conveniente mirar al pasado para recordar los diferentes hitos que nos han

⁷ En este sentido, el voto particular de González Rivas, cuando dice que “la objeción de conciencia no es más que la libertad de conciencia, en caso de conflicto”

llevado al momento actual. Recordemos así que el iusnaturalismo hunde sus raíces en la escolástica, que nos ofrece una construcción autónoma de las dos normatividades: Derecho y Moral. Es Santo Tomás, precisamente, el que apunta ya un criterio distintivo de lo jurídico respecto de la Moral, caracterizando como esfera propia del Derecho el mundo de las relaciones sociales, por lo que reiteradamente afirma que las leyes humanas se limitan en su contenido a aquello que sea verdaderamente esencial para la subsistencia de la sociedad y del bien común. Esta dirección fue desarrollada posteriormente por la Escolástica española, singularmente por Francisco Suárez. No obstante la distinción entre los dos órdenes no implica separación tajante en la Escolástica. Es Cristian Tomasio quien da un paso más en su obra *Fundamenta iuris naturalae et gentium* al afirmar que la obligación jurídica es esencialmente coactiva, al regular el Derecho las acciones externas y sólo lo externo, la coacción no puede en cambio alcanzar al *forum internum* de la conciencia, que es donde se producen los actos regulados por la Moral. Con la consecuencia de cuestionar la normatividad del Derecho Natural que quedaría en simple ideal inspirador del único auténtico Derecho: el Positivo. Esta idea de Tomasio es recogida posteriormente por Kant que concluye en la separación absoluta entre el Derecho y la Moral como partes independientes de la Ética, que se ocupan respectivamente, de las acciones externas e internas, por lo que los deberes morales son incoercibles, la conciencia es inaccesible a la fuerza y a la imposición, mientras que los deberes jurídicos pueden exigirse de modo coactivo. Posteriormente con el auge de los modelos científicos y mecanicistas, el positivismo jurídico se difunde en las Universidades europeas de la mano de la Teoría pura del Derecho de Kelsen. No obstante, tras la segunda guerra mundial y el cuestionamiento de los totalitarismos basados en la obediencia del ciudadano y el desprecio al Derecho Internacional público, se buscan nuevos sistemas que permitan la creación de un “orden jurídico justo”. A este axioma responden los autores de lo que se ha dado en llamar iusnaturalismo deontológico, crítico o moderado, en cuanto defensores de un sistema en el que «sin negar la juridicidad del Derecho positivo injusto, establece los criterios para comprobar su disvalor y por tanto, para fundamentar su crítica y su substitución por un orden jurídico justo» (Ruiz de la Cuesta, Tecnos, 1997)⁸.

Se abandonan así tanto los postulados iusnaturalistas radicales, como los positivistas extremos.

⁸ Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica. Tecnos, Madrid, 1997.

A este sistema va a responder el constitucionalismo contemporáneo, y señaladamente la Constitución española de 1978, cuando se autoproclama como un Estado social y democrático de Derecho, en la idea de lo que Carl Schmitt señala como “decisiones constitucionales fundamentales”. Como ha destacado la doctrina constitucionalista, las constituciones contemporáneas han ampliado el ámbito tradicional de su ‘telos’, no limitándose al establecimiento de las reglas por las que deba desarrollarse el proceso político o manifestarse la voluntad estatal, sino incorporando además, con más o menos exactitud, proyectos de reforma del orden social, principios y valores que deben medir la acción del Estado, funciones y deberes que han de ser cumplidos por los ciudadanos, lo que permite hablar de constituciones “ideológico–programáticas”, por contraposición a las “utilitarias” o ideológicamente neutrales.

Así Estado Social es Estado de Derecho y viceversa en la medida en que ni el Derecho del Estado puede desenvolverse al margen de los valores y principios constitucionales que configuran al Estado Social y que se traducen en una serie de objetivos y fines que hay que cumplir, ni el Estado social puede desenvolverse al margen del Derecho, de forma que el Estado se propusiera conseguir aquellos sin someterse plenamente al ordenamiento jurídico, desconociendo los derechos fundamentales de los ciudadanos y los mecanismos formales que los protegen. En este sentido, la pieza jurídica clave que delimita el contenido del Estado social de Derecho en la Constitución española es el artículo 10 y dentro del mismo, la referencia a la “dignidad de la persona” en cuanto exponente de que el ordenamiento jurídico y, a partir de ahí, los ciudadanos y los poderes públicos, deben realizar “lo que es adecuado para que la persona tenga su plena dignidad y pueda desarrollar libremente su personalidad”, o como dice la sentencia, los derechos fundamentales, *«son el fundamento moral del ordenamiento»*, (...) *«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»*. **Se puede decir por ello que nuestra Constitución incorpora una filosofía de los valores, que no puede sucumbir por el protagonismo en la práctica política y parlamentaria de una posición puramente pragmática o de relativismo axiológico.**

4.6. A partir de aquí, carecen de todo sentido las acusaciones de los recurrentes de relativismo moral, y la tacha de totalitarismo que atribuyen al “positivismo” del sistema. Como bien señalan las sentencias del Tribunal Supremo que comentamos, la recepción por el constituyente de los derechos fundamentales como fundamento moral del Ordenamiento jurídico, *«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”, de tal manera que “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.”

4.7. Y todo este sistema de valores que constituye el sustrato de nuestra Constitución, –evidentemente llamado a desplegarse–, no puede ser invalidado bajo el argumento de un pretendido **principio de neutralidad ideológica del Estado**⁹.

Ello por un doble orden de razones. De un lado, constitucionales, en cuanto que frente a la tesis que sustenta la inconstitucionalidad de la asignatura en que el principio de neutralidad ideológica del Estado, impide la intervención en la educación de los poderes públicos, debe recordarse que conforme a la doctrina constitucional (por todas STC 128/2007, de 4 de junio), lo que dicho principio garantiza es la absoluta separación entre el Estado y las distintas confesiones religiosas, de tal manera que se evite «*cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y estatales*” en el desarrollo de las relaciones de cooperación del Estado con la Iglesia Católica y las demás confesiones, antes bien sirve, precisamente, a la garantía de la separación “*introduciendo de este modo una idea de aconfesionalidad o laicidad positiva*” (STC 46/2001, de 15 de febrero [RTC 2001, 46], F. 4), [de modo que el credo religioso objeto de enseñanza ha de ser, por tanto, el definido por cada Iglesia, comunidad o confesión, no cumpliéndole al Estado otro cometido que el que se corresponda con las obligaciones asumidas en el marco de la relaciones de cooperación a las que se refiere el art. 16.3 CE”. Dicho principio, lo que acota por tanto, es un ámbito de libertad propio de las confesiones religiosas frente a posibles injerencias de los Poderes Públicos, pero lo que en modo alguno supo-

⁹ En este sentido, el voto particular del Excmo. Sr. E. Frías Ponce.

ne es la imposibilidad del Estado de desplegar los propios valores que sustentan el Ordenamiento jurídico constitucional.

Pero por otro lado, desde una perspectiva filosófica, tal posición que niega al Estado la competencia para abordar la educación cívica, o en palabras propias de la sentencia del Tribunal Supremo la “moralidad cívica o valores morales compartidos” (SSTC 104/1990 y 235/2007), a lo que lleva es a un meditado atomismo. O lo que es lo mismo, si el Estado ha de ser neutral, si los Poderes públicos han de abdicar de cualquier orientación ética basada en valores constitucionales, por la fuerza expansiva mal entendida del art. 16 CE, es claro que vamos hacia la atomización de los valores, que serán tantos como ciudadanos, desvinculándose de cualquier representación colectiva. Es lo que Isaías Berlin califica como “libertad negativa”, en el sentido de que define más por lo que rechaza que por lo que afirma. Como señala Miguel Guisti¹⁰, la ética de la democracia, no puede ser la ética del individualismo y la desintegración social. La democracia no puede cultivar el relativismo moral o axiológico, garantizado por una pretendida neutralidad valorativa del Estado. Y es que si el Estado ha de ser neutral, está imposibilitado para la transmisión de los valores constitucionales, en cuanto los mismos pudieran no ser conforme o acordes con alguna de las 40 millones de éticas individuales que hay en España (tantas como habitantes), que se verían amparadas y se parapetarían tras el enunciado literalista del artículo 16 CE, lo que a su vez puede dar lugar a un evidente peligro : que incluso los integrismos o los defensores de prácticas indignas tengan cabida bajo el pretendido “manto” de la libertad de conciencia, o bajo el anagrama de un mal entendido “multiculturalismo”. Precisamente una sociedad como la que nos ha tocado vivir, en un mundo globalizado, con un fuerte influjo de las teorías integristas, rodeados de sistemas en los que la mujer por definición carece de dignidad, y en el que los flujos de población son cada vez más numerosos, necesita en su propia defensa de la existencia de una ética cívica que forme ciudadanos responsables en valores comunes de convivencia.

Pretender un Estado “neutral”, un Estado que no cultive la virtudes públicas, es el primer e importante paso hacia la destrucción de la democracia misma. De ahí precisamente que sea una estrategia de la Unión Europea, la de procurar que el sistema educativo promueva el aprendizaje de los *valores de-*

¹⁰ Filósofo. Universidad Católica Pontífica de Perú.

mocráticos y de participación de democrática, creando ciudadanos cívicos y responsables. Como señala Victoria Camps¹¹, “si la democracia se propone estar al servicio de la ética, y no de otros objetivos como pueden serlo la perpetuación del partido en el poder, ha de cuidar tres momentos o aspectos a mi juicio irrenunciables : 1) las reglas de procedimiento; 2) la búsqueda de un interés común; 3) la educación en unas virtudes públicas que formen a los individuos como ciudadanos”

Se trata así de evitar lo que Galbraith denominó «la influencia de los ignorantes», entendida la ignorancia como la de los valores necesarios del propio pensamiento y de la relación con los demás. Como señala Fernando Sabater “*la democracia hace que todo el mundo tenga voto y por lo tanto los ignorantes — que desgraciadamente pueden ser muy numerosos— pueden bloquear las soluciones adecuadas, apoyar los integrismos, los populismos, las soluciones brutales, influir, en último término, en el sabotaje de la propia democracia que utilizan, pero la culpa no es puramente del ignorante, sino de quien lo ha mantenido en la ignorancia, de quien no ha luchado por romper esa cadena de ignorancia.*”, de ahí que el destacado pensador señale que “*Superar, en último término, la ignorancia es la única posibilidad de salvarse de ese proceso irracional de tener que seguir puramente las rutinas, los tópicos, los lemas y los slogans baratos. La influencia de la ignorancia es el mayor peligro de todas las democracias, empezando por las más altas y las más elevadas. Por esto la educación y la educación ética son partes imprescindibles de cualquier formación humana. No se puede formar solamente a las personas desde el punto de vista laboral; formarles para que sepan apretar botones o para que cumplan funciones más o menos gestoras, sin haberles formado la capacidad de convivencia y ciudadanía, que no surge naturalmente de las personas. Los demócratas no surgen de las piedras naturalmente, como las flores silvestres; hay que cultivarlos, regarlos. Los griegos tenían claro que la paídeia era una parte absolutamente imprescindible de la democracia; que precisamente, la democracia es, ante todo, una máquina de crear demócratas, si no está perdida. Para crear esos demócratas hay que formarlos, dar unos principios elementales, hay que aprender a discutir y discutir mientras se enseñan los principios.*”¹²

Y es que, como señala Sabater y a modo de corolario, “*El primer objetivo de la educación consiste en hacernos conscientes de la realidad de nuestros semejantes.*”

¹¹ Catedrática de ética de la Universidad de Barcelona. Ética y democracia. Una ética provisional para una democracia imperfecta. Revista de Estudios constitucionales. Num.6. 1990.

¹² Catedrático de Filosofía. Del discurso de investidura como doctor honoris causa en la Universidad Simón Bolívar (Caracas, Venezuela). 1998.

Valga para ello EPC, asignatura que impartida con las condiciones que señala nuestro Alto Tribunal, puede suponer un importante vehículo de transmisión de la democracia y de los valores constitucionales de nuestro Estado, y celebremos la existencia de sentencias del Tribunal Supremo como las que comentamos, que en mucho nos recuerdan las primeras dictadas por dicho Tribunal tras la entrada en vigor de la Constitución, cuando era necesario instaurar pautas democráticas en el funcionamiento del nuevo Estado. Lo que lamentamos, es que tras treinta años de democracia, haya tenido que ser recordada por el Tribunal Supremo *“la dimensión moral del orden jurídico que preside un texto fundamental como el de 1978.”*