

EDUCACIÓN EN EL ESTADO LAICO: ¿DE QUIÉN ES EL DERECHO?

(en "Anuario de Derecho a la Educación", Madrid, Dykinson, 2012, pp.63-92)

Carmen GARCIMARTIN
Universidad de La Coruña

RESUMEN

Las Constituciones y Tratados Internacionales reconocen el derecho de los padres a elegir la educación religiosa y moral que desean para sus hijos. El Estado, por su parte, es competente para diseñar el sistema educativo, incluidas las asignaturas que han de integrar el curriculum escolar. La tendencia secularizadora general que puede percibirse en Europa ha dado lugar, en algunos países, a una política laicista, que ha tenido como consecuencia la adopción de determinadas decisiones sobre la educación obligatoria que han generado una notable controversia, sobre todo en relación con la enseñanza de la religión y asignaturas que tienen un contenido de carácter ideológico o moral. El artículo analiza este tema en el contexto europeo, con particular atención a las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la materia.

ABSTRACT

State Constitutions and International Treaties usually recognize the right of parents to choose the kind of religious or moral education they want for their offspring. Public authorities have the power to establish the education system and the compulsory subjects of the school curriculum. The secularism that pervades Europe lead in some countries to a misconception of the consequences of separation between Church and State, and, as a result, to some political decisions regarding education that fuelled controversies, mainly related to certain subjects that have an ideological or moral content. The paper will analyze this issue in the European context, paying special attention to the resolutions of the European Court of Human Rights.

1. Preliminares

La educación es un tema clave en un sistema jurídico porque es un medio esencial para la transmisión de valores a la siguiente generación. El tiempo que pasan los niños en el centro educativo, o de manera más precisa en actividades vinculadas directamente a su educación, es mayor que el que dedican a cualquier otra ocupación. Pese a que los medios de comunicación, internet o las redes sociales tienen también una influencia notable, la educación en la escuela es una de las principales preocupaciones de los padres.

Los padres o tutores tienen derecho a decidir el tipo de educación que quieren para sus hijos. Así se reconoce, generalmente, en las Constituciones y en los Tratados Internacionales sobre derechos humanos¹. Este derecho se refiere, sobre todo, a los valores en que se

¹ El derecho de los padres a educar a sus hijos suele considerarse desde la perspectiva del derecho de los niños a la educación. Vid. la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 26 (disponible en <http://www.un.org/es/documents/udhr/>): "1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos. 2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz. 3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos." Vid. también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 18 (<http://www2.ohchr.org/spanish/law/ccpr.htm>), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 13 (<http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm>) y la Convención relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza, adoptada por la UNESCO el 14 de diciembre de 1960 (http://www.unesco.org/education/pdf/DISCRI_E.PDF). En Europa, el artículo 2 del Protocolo I del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, (http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/1101E77A-C8E1-493F-809D-800CBD20E595/0/ESP_CONV.pdf) dispone: "A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas". Una excepción a esta tendencia general es la Constitución Alemana, que señala que los

fundamenta la educación porque, obviamente, todos los padres desean que sus hijos reciban la mejor preparación científica; pueden discrepar, sin embargo, respecto de los principios religiosos o morales que quieren que se transmitan en la escuela, o respecto de una determinada opción pedagógica². Los derechos educativos, por tanto, están estrechamente vinculados a la libertad religiosa e ideológica; esta es la razón por la que los padres pueden elegir el tipo de educación que quieren para sus hijos; si la educación fuera independiente de los valores, no habría ninguna razón para que pudieran elegir, como no tienen elección en otros campos³.

Los poderes públicos, por su parte, tienen potestades en materia educativa, pero su misión es distinta de la que corresponde a los padres. El Estado debe procurar que se den las condiciones necesarias para asegurar que los derechos de los padres son efectivos, pero no tiene poder de decisión sobre el tipo de educación que recibirá el niño. En los últimos tiempos, sin embargo, esta función del Estado se ha visto afectada por una tendencia general a la secularización en Europa. Una idea inexacta sobre el significado y alcance de la secularización han propiciado decisiones

padres tienen un "derecho natural" a la educación de sus hijos (cfr. artículo 6-2 de la Ley Fundamental de la República de Alemania, de 8 de mayo de 1949).

² Los padres pueden tener discrepancias sobre diversos aspectos de la educación. Por ejemplo, en algunas Comunidades Autónomas españolas la lengua vehicular en que se imparte la educación ha dado lugar a un intenso debate todavía no resuelto. El idioma ha sido también un tema controvertido en el sistema educativo belga; fue objeto de un temprano pronunciamiento del TEDH en 1968. (*Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium v. Belgium*, no. 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, ECHR, 1968). Todas las decisiones del TEDH pueden consultarse en la base de datos del Tribunal (HUDOC) accesible a través de la página web del propio TEDH (<http://www.echr.coe.int>).

³ No es infrecuente que el derecho de los niños a la educación, y todo lo que esto lleva consigo (gratuidad y obligatoriedad en los niveles básicos, etc.) se reconozca de forma independiente del derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos. La Constitución Española de 1978 dedica dos párrafos distintos a estos dos derechos: artículo 27-1 ("1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.") y 27-3 ("Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones."). En el mismo sentido, cfr. la Constitución Belga, Texto Coordinado de 14 de febrero de 1994, artículo 24-1; Constitución Irlandesa de 1 de julio de 1937, artículo 42; Constitución del Reino de los Países Bajos de 2002, artículo 23-3 (<http://www.legislationline.org/documents/section/constitutions>).

políticas que se han traducido en medidas legislativas relativas a la educación y el desarrollo del derecho de los padres a decidir sobre la educación de sus hijos que han dado lugar a importantes conflictos.

En este artículo se examinará brevemente el contexto del derecho a la educación y el proceso de secularización, y, posteriormente, se analizarán las alternativas que se presentan para que el derecho de los padres sea efectivo en el contexto europeo, prestando una especial atención a los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

2. Secularismo y laicidad

El significado del principio de laicidad y las consecuencias que lleva consigo en el ámbito jurídico han dado lugar a muchas y en ocasiones contradictorias opiniones. No es éste el lugar para analizar estas corrientes doctrinales, pero sí conviene hacer algunas precisiones terminológicas.

La expresión *secular* se utiliza para indicar que algo no pertenece al ámbito de lo religioso⁴. La secularización se concibe entonces como un proceso eminentemente social, mientras que la laicidad es una opción política y un principio jurídico. En este último sentido, la laicidad implica la separación entre la Iglesia y el Estado y la neutralidad del Estado ante el factor religioso, por referencia a otros elementos que conforman el bien común, y la neutralidad también ante las diferentes opciones religiosas⁵. Es, por tanto, un principio jurídico que evita la interferencia entre el poder civil y el poder religioso⁶, y debe distinguirse del laicismo, una tendencia política que trata de expulsar la religión del espacio público..

⁴ Puede verse un completo análisis sobre el origen y desarrollo del término *secular* en F. CATROGA, *Entre Deuses e Césares. Secularização, laicidade e religião civil*, Almedina, 2ª ed., Coimbra, 2010, pp. 47 y ss. ("A semântica da secularização").

⁵ Cfr. J. BAUBEROT, "Sécularisation et laïcisation. Mode d'emploi *a la française*", en J. BAUBEROT, (dir.), *La Laïcité à l'épreuve. Religions et Libertés dans le monde*, Encyclopædia Universalis, Paris, 2004, p. 3.

⁶ El principio de laicidad es una construcción típica del continente europeo, desconocido como tal en la tradición anglosajona. De hecho, no ha habido nunca separación entre la Iglesia y el Estado en Gran Bretaña, y no ha habido nunca alianzas entre las Iglesias y el poder civil en los Estados Unidos, debido al *muro de separación* que los Fundadores de la Nación establecieron desde los comienzos de la Unión.

La laicidad como principio jurídico es admitido en numerosos países europeos, si exceptuamos Grecia y la mayoría de los países nórdicos⁷. La Iglesia católica, tras el Concilio Vaticano II, también ha aceptado la laicidad como un principio adecuado de relación entre la Iglesia y el Estado. Son elocuentes, a este respecto, las manifestaciones del Presidente de Francia, Nicolás Sarkozy, y del Papa Benedicto XVI, quienes han aludido en repetidas ocasiones a la *laicidad positiva*⁸, refiriéndose a una separación de la Iglesia y el Estado que no excluye la cooperación en los ámbitos de interés común⁹.

La secularización de la sociedad dió paso, en algunos países europeos, a un laicismo que considera la religión un asunto exclusivamente

⁷ Es preciso señalar que la libertad religiosa y la separación Iglesia-Estado están estrechamente relacionadas, pero no son interdependientes, como demuestra el régimen jurídico de los países citados, que es de índole confesional. Recientemente, un voto particular de una Sentencia del TEDH ponía de relieve esta idea: "El Convenio ha demostrado ser un instrumento muy útil, con su detallado y exhaustivo elenco de facultades que forman parte del derecho de libertad religiosa y de conciencia, y sería muy conveniente tener presentes las precisiones hechas por el Tribunal. La libertad religiosa *no* es secularismo. La libertad religiosa *no* es separación de la Iglesia y el Estado. La libertad religiosa *no* es equidistancia religiosa, todas ellas nociones muy seductoras, pero el Tribunal no es guardián de ninguna de ellas. En Europa la laicidad es opcional, la libertad religiosa no lo es". (*Lautsi and Others v. Italy*, [GC] no. 30814/06, ECHR, 2011, voto particular del Magistrado Bonello, 2.5.).

⁸ Vid. Sarkozy, N., *Allocution du M. le Président de la République dans la salle de la signature du Palais de Letran*, de 20 de diciembre de 2007; utilizó esta misma expresión un mes más tarde, en un discurso ante la Asamblea de Notables de Arabia Saudí (*Allocution du président de la République, M. Nicolas Sarkozy devant le Conseil Consultatif Saoudien*, Ryad, 14 de enero de 2008); vid. también Benedicto XVI, *Welcome ceremony with the State Authorities*, Palacio del Elíseo, París, 12 de septiembre de 2008 (http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2008/september/documents/hf_benxvi_spe_20080912_pargi-elysee_en.html); *Intervention on the occasion of the visit to Palazzo Quirinale*, 24 de junio de 2005, en *L'Osservatore Romano*, 25.6.2005.TE. Otros líderes y personalidades políticas europeas han empleado, asimismo, esta expresión. Por ejemplo, vid. el discurso de la Embajadora española ante la Santa Sede con ocasión de la presentación de sus Cartas Credenciales, el 16 de abril de 2011.

⁹ La idea, sin embargo, no era absolutamente desconocida. En 1958, el Papa Pio XII se refirió *ala legittima sana laicità dello Stato* (Alloc. *Alla vostra filiale*, 23 de marzo de 1958, Acta Apostolica Sedis 50, 1958, 220), y la expresión gozó del favor de la literatura jurídica, principalmente italiana.

privado¹⁰, y que no debería formar parte del debate político¹¹. De esta manera, “en nombre de la libertad, de la autonomía personal, de la tolerancia y del pluralismo cultural, las personas con un credo religioso -ya sean cristianos, judíos o musulmanes- son compelidos a mantener sus creencias, identidad y normas en el ámbito privado, de manera que no perturben el proyecto de una Europa moderna, secular e iluminista”¹². Con una comparación ilustrativa, puede afirmarse que si bien la religión ya no se considera el opio del pueblo y por consiguiente no debe ser perseguida, solo se tolera como “tabaco del pueblo”: hay que fumar lo menor posible, sin molestar a nadie, y fuera de cualquier espacio público¹³.

Otra manifestación común del laicismo es tratar de imponer una ética civil, esto es, un conjunto de valores comunes, aparte de los principios y valores constitucionales, que todo ciudadano debería compartir y defender por encima de cualquier otro, incluidas sus creencias personales. Esta ética civil sustituiría a los sistemas éticos de origen religioso, dando lugar a una especie de *confesionalidad laicista* en la que sólo los valores impuestos por

¹⁰ Mientras la secularización es un fenómeno social que no requiere una intervención política (cfr. O. ROY, *Secularism confronts Islam*, New York, Columbia University Press, 2007, p. 12), el secularismo es un proyecto político, con una serie de pretensiones normativas relativas a la posición del Estado ante el hecho religioso (cfr. L. ZUCCA, *The crisis of the Secular State*, en <http://ssrn.com/abstract=1343099>, 4).

¹¹ En los últimos tiempos el debate sobre la laicidad se ha recrudecido en Europa con ocasión de la elaboración de la Constitución Europea y el debate sobre la mención de las raíces cristianas de Europa (see L. ZUCCA, *The crisis of the Secular State: A reply to Professor Sajo*, op. cit. 1). La inmigración procedente de países islámicos ha contribuido a mantener de actualidad la controversia, que continúa generando conflictos en distintos países del Viejo Continente.

¹² J. CASANOVA, “Religion, European secular identities and European integration”, en T. BYRNES y P. KATZENSTEIN, (eds.), *Religion in an expanding Europe*, Cambridge University Press, 2006, 66-67. Vid. los interesantes comentarios sobre secularización y laicidad en Europa, y una comparación con los Estados Unidos en P. BERGER, G. DAVIE, E. FOKAS, *Religious America, Secular Europe? A theme and variations*, Ashgate, Surrey, 2008. Para entender adecuadamente el modelo europeo no puede olvidarse lo que un famoso historiador hacía notar: “el laicismo y el ateísmo, de tipo occidental, y en particular el laicismo educacional y gubernamental según el modelo francés se practican muy poco, por no decir que son inconcebibles, en Estados Unidos” (F. BRAUDEL, *Las civilizaciones actuales. Estudio de historia económica y social*, Tecnos, Madrid, 1970, p. 414)

¹³ La idea está tomada de A. OLLERO, “La engañosa neutralidad del laicismo”, en J. PRADES y M. ORIOL (eds.), *Los retos del multiculturalismo*, Encuentro, Madrid, 2009.

el poder público serían aceptables. En consecuencia, mientras las personas que profesan unas creencias religiosas deben ser tolerantes con comportamientos y actuaciones contrarios a sus principios, no se exige la misma tolerancia cuando se trata de planteamientos basados en principios religiosos que no son conforme con esa ética civil impuesta¹⁴.

El Estado, sin embargo, no puede ni debe buscar el consenso en relación con otros valores que no sean, estrictamente, los establecidos en la Constitución. La estructura social está basada, en el campo de las creencias, en la diversidad y en la coexistencia en el disenso, es decir, en el pluralismo. Las reglas que rigen este pluralismo son los principios constitucionales y las declaraciones de derechos; ambos son suficientemente amplios y a la vez suficientemente explícitos para incluir todas las creencias, sin necesidad de buscar un acuerdo sobre otros valores o principios distintos¹⁵. Con otras palabras, la laicidad es comprensiva, no excluyente. No debe perseguir, por tanto, la exclusión de la religión de la vida pública, sino posibilita la participación de todos los grupos religiosos, sin preferencias de ningún tipo pero, a la vez, sin prejuicios o prevenciones respecto de la religión como elemento del bien común, en general, o de alguna confesión religiosa en particular.

El debate sobre la laicidad y la secularidad también ha llegado al terreno de la educación que, además, es un área especialmente sensible. Por una parte, los gobiernos laicistas buscan extender el alcance político de sus tesis al mayor número posible de campos, y la educación es uno de ellos. Por otra parte, son conscientes de que la educación es un área crucial para promover la idea de la ética civil común. Los sistemas educativos en Europa están fuertemente centralizados, con muy pocas excepciones, y las escuelas públicas no están bajo el control de los padres¹⁶. Al ser la educación obligatoria, los maestros tienen una gran capacidad de inculcar estas ideas a los niños, como sucedió en algunos

¹⁴ Cfr. P. BERGER, G. DAVIE, E. FOKAS, *Religious America, Secular Europe?*, cit., 103-104.

¹⁵ L. ZUCCA, *The crisis of the Secular State*, cit., 15.

¹⁶ Cfr. P. BERGER, G. DAVIE, E. FOKAS, *Religious America, Secular Europe?*, cit., 19. Esta es una diferencia importante con el sistema educativo norteamericano, que está controlado principalmente por las autoridades locales y admite una mayor intervención de los padres.

países europeos en época de la Ilustración. La educación se ha convertido así en un campo de batalla para la negociación de la cuestión religiosa¹⁷.

Sin embargo, existen también límites en la acción política. En primer lugar, el derecho de los padres a elegir la educación religiosa y moral de sus hijos es un derecho fundamental que debe ser protegido y respetado de acuerdo con esta naturaleza. En segundo lugar, el Estado se halla frecuentemente vinculado por acuerdos que afectan directamente a la educación, como, por ejemplo los acuerdos con las confesiones religiosas que establecen el régimen de enseñanza de la religión en las escuelas públicas.

La dinámica de la laicidad respecto de la educación plantea cuestiones interesantes que veremos seguidamente.

3. La libertad de elección de centro escolar

El derecho a recibir la educación necesaria para la vida es un derecho fundamental que los poderes públicos deben garantizar.¹⁸ Para que este derecho sea eficaz, la educación básica tiene carácter obligatorio, y, generalmente, el Estado crea un sistema de escuelas gratuitas suficientemente amplio para permitir la escolarización de todos los niños.

La educación, no obstante, es algo más que la simple enseñanza de una serie de materias que cualifican a una persona para desempeñar un trabajo; conlleva también la transmisión de unos valores, que configurarán la conciencia de los niños y determinarán su forma de actuar y decidir. Ya se indicó que el derecho a decidir el tipo de educación corresponde a los padres; el Estado no puede establecer los valores que han de informar la educación. Por tanto, habrá que analizar cómo pueden armonizarse los derechos de los padres y las obligaciones de los poderes públicos.

La mejor manera de conseguir este objetivo sería asegurar que todos los padres pudieran enviar a sus hijos gratuitamente a un centro escolar

¹⁷ Cfr. P. BERGER, G. DAVIE, E. FOKAS, *Religious America, Secular Europe?*, cit., 81.

¹⁸ No siempre ha sido así. Durante siglos, la educación, como la sanidad y otros servicios sociales eran principalmente del dominio de la Iglesia. En los modernos países europeos, el Estado ha asumido la obligación de asegurar que todos tienen acceso a la educación básica. Vid., entre otros, R. MC CREA, *Religion and the Public Order of the European Union*, Oxford University Press, 2010, pp. 44-45.

acorde con sus principios morales y religiosos. El Estado, obviamente, no puede garantizar esto; sería imposible desde una perspectiva práctica, porque eso significaría que deberían existir miles de escuelas gratuitas, tantas como diferentes sistemas de valores puedan tener los padres en cada ciudad o pueblo. Como primera medida para facilitar el derecho de los padres a elegir la educación religiosa o moral que quieren para sus hijos los Estados reconocen el derecho a crear escuelas con una identidad religiosa o ideológica, dentro de un marco jurídico que asegura que todas las escuelas cumplen unos requisitos mínimos para impartir la educación básica. El problema es que estas escuelas privadas no siempre están financiadas con fondos públicos, y por tanto tienen un coste económico para los padres.

Aparentemente llegamos aquí a una contradicción difícil de solucionar. Todos pueden enviar a sus hijos a escuelas públicas porque son gratuitas, pero las escuelas públicas en los Estados laicos no pueden tener una identidad religiosa o ideológica. Las escuelas privadas pueden tener ese sustrato, pero no son gratuitas. Por tanto, sólo los padres con más medios económicos tendrían una posibilidad real de elección -un derecho efectivo- con respecto a la educación de sus hijos. Por otra parte, no es fácil encontrar el justo equilibrio en la distribución de recursos públicos. Si éstos se destinan principalmente a mejorar la educación pública, el derecho a elegir la educación religiosa y moral sería menos efectivo. Si, por el contrario, los poderes públicos dirigen una parte importante del presupuesto educativo a asegurar la libre elección de escuela, la educación obligatoria gratuita para todos perdería calidad, y el derecho de todos a la educación sería menos efectivo.

Esta aparente contradicción no puede reducirse a una conocida controversia religiosa o ideológica sobre la contraposición entre educación pública y privada, en la que quienes defienden la educación religiosa abogarían por una mayor ayuda del Estado para las escuelas privadas, y quienes promueven una educación no religiosa se inclinarían en favor de un sistema educativo público más potente. En primer lugar, esto no ha sido siempre así. Por ejemplo, durante el régimen confesional de Franco, la educación privada era la única opción para evitar la orientación católica que presidía todo el sistema educativo público. La educación privada estaba entonces vinculada -como lo está hoy- a la elección de un cierto

tipo de educación, en el caso mencionado una educación laica.¹⁹ En segundo lugar, no hay una única fórmula para alcanzar el equilibrio entre el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que quieren para sus hijos y los deberes educativos del Estado. Depende de la historia, la cultura del país, el partido político que gobierne, etc. Pueden contribuir a comprender esta idea algunos ejemplos que muestran cómo diferentes países europeos han tratado de solucionar esta supuesta contradicción.

El Reino Unido tiene una iglesia oficial, pero tiene igualmente una sociedad secularizada, multicultural y con un amplio pluralismo religioso. En este país, el gobierno ha puesto en marcha un sistema que permite a las escuelas públicas convertirse en Academias, que pueden estar gestionadas por los padres, por entidades religiosas, entidades sin ánimo de lucro o empresas, pero permaneciendo en la esfera pública²⁰. Suecia por su parte ha desarrollado, desde la década de los años 90, un sistema de becas públicas que permite a los padres elegir entre escuelas públicas y escuelas independientes. Estas últimas se han incrementado con gran rapidez, aumentando la proporción del 1 al 14 % del total de las escuelas de educación primaria, y hasta el 44 % en la educación secundaria. Los padres pueden de esta forma elegir la escuela que mejor se adapta a sus preferencias, ya sea pública o independiente. El sistema ha sido tan satisfactorio que el partido político que estaba en la oposición cuando se implantó el sistema no solo lo mantuvo cuando llegó al poder, sino que aumentó los fondos para becas²¹.

¹⁹ Cfr. M. A. ASENSIO, *La secularización de la enseñanza: génesis y desarrollo de un proceso*, en *Laicidad y Libertades*, n. 2, 2002, pp. 63, 74.

²⁰ El artículo 482 de la Ley de Educación de 1996, modificada por el artículo 65 de la Ley de Educación de 2002, regula la creación de Academias y establece sus requisitos básicos de organización y funcionamiento. Toda la información sobre las Academias puede encontrarse en la página web <http://www.education.gov.uk/schools/leadership/typesofschools/academies/a0061252/about-academies>.

²¹ Los datos están tomados de "School Choice in Sweden: An Interview with Thomas Idergard of Timbro", disponible en http://thf_media.s3.amazonaws.com/2010/pdf/wm2828.pdf. Vid. también <http://www.fcpp.org/images/publications/FB034Swedish%20school%20vouchers.pdf>; <http://www.telegraph.co.uk/news/1435386/How-choice-has-transformed-education-in-Sweden.html>.

La Constitución de los Países Bajos establece la igualdad entre la educación pública y privada, siguiendo la “Pacificación de 1917”, que puso fin a una larga controversia sobre la financiación pública de la enseñanza. Todas las escuelas son financiadas por el Estado, por lo que los padres pueden elegir centro educativo sin ningún tipo de restricción.²² Las confesiones religiosas pueden establecer y gestionar sus propios centros educativos, que reciben la misma ayuda económica del Estado que los centros públicos.²³ Esta libertad de elección promueve la competencia entre escuelas, de la que se deriva una mayor eficiencia, fácilmente mensurable.²⁴

Francia ha introducido las “escuelas bajo contrato” en áreas más desfavorecidas. Estas escuelas tienen un mayor grado de autonomía para autogestionarse, incluyendo la autonomía para contratar al profesorado²⁵. Además, desde el año 2009, con la aprobación de la *Loi Carle*, se permite la financiación pública parcial de escuelas privadas, con ciertas condiciones.²⁶ Otros países, incluido España, tienen escuelas privadas subvencionadas que pueden tener un carácter propio. Estas escuelas no son plenamente autónomas, sino que los poderes públicos intervienen en

²² Cfr. artículo 23 de la Constitución del Reino de los Países Bajos, cit *supra* n. 5.

²³ Cfr. P. BERGER, G. DAVIE, E. FOKAS, *Religious America, Secular Europe?*, *op. cit.* at 84. El sistema, sin embargo, ha sido cuestionado desde el asesinato Theo Van Gogh, porque se habían creado varias escuelas musulmanas en el país en las décadas anteriores (aunque sólo alcanza un poco significativo 1 % del total). Una preocupación similar a la de Holanda se fue abriendo paso en el Reino Unido después de que una serie de inspecciones estatales pusieran de manifiesto que ciertas escuelas musulmanas sostenidas con fondos públicos enseñaban y promovían valores dudosamente conformes con los principios del ordenamiento británico. Cfr. R. MC CREA, *Religion and the Public Order of the European Union*, *op. cit.* p. 47.

²⁴ H. PATRINOS, *School Choice in The Netherlands*, en CESifo DICE Report 2/2011, <http://www.cesifo-group.de/portal/page/portal/ifoHome/b-publ/b2journal/40publdice>. El autor ofrece una síntesis clara sobre el sistema educativo en este país.

²⁵ Una explicación sobre este tipo de escuelas puede encontrarse en <http://www.enseignement-prive.fr/article.php?idArticle=1&article=ecoles-privees-sous-contrat-et-hors-contrat>. Las condiciones legales y la legislación aplicable a estas escuelas puede encontrarse en <http://www.education.gouv.fr/cid251/les-etablissements-d-enseignement-prives.html>.

²⁶ *LOI n° 2009-1312 du 28 octobre 2009 tendant à garantir la parité de financement entre les écoles élémentaires publiques et privées sous contrat d'association lorsqu'elles accueillent des élèves scolarisés hors de leur commune de résidence*; disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

la gestión y dirección: cuanta mayor es la ayuda pública, menor es la autonomía.²⁷

4. Neutralidad en las escuelas públicas: la garantía negativa

Si el Estado no puede garantizar siempre la vertiente positiva del derecho de los padres a elegir la educación religiosa y moral que desean para sus hijos, sí puede, en cambio, garantizar su vertiente negativa, esto es, que los padres que no puedan enviar a sus hijos a la escuela que desearían (por ejemplo, porque no pueden pagarla) o no quieran hacerlo (por ejemplo, porque la escuela está lejos de su domicilio), al menos han de tener la posibilidad de enviar a sus hijos a una escuela donde no reciban una educación religiosa y moral que los padres no quieran²⁸. Desde esta perspectiva, la neutralidad es el substitutivo menos malo de la falta de posibilidad de elección²⁹.

Con carácter general, y dejando aparte ciertos sistemas educativos, este planteamiento implica que las escuelas públicas en los Estados laicos deben ser neutrales³⁰. El Estado debe garantizar que las escuelas públicas

²⁷ Cfr. Ley Orgánica de Educación 2/2006, de 3 de mayo, título IV. La información sobre los sistemas educativos europeos puede encontrarse en http://eacea.ec.europa.eu/education/eurydice/index_en.php. Es bien conocido, en el otro lado del Atlántico, el debate sobre las *charter schools* norteamericanas. El movimiento de las *charter schools* comenzó hace dos décadas y se ha ido extendiendo por todo el país, con diferentes grados de apoyo, pero indudablemente ha hecho accesible la elección de escuela a un mayor número de personas, principalmente de niveles menos favorecidos.

²⁸ Desde una perspectiva más amplia, esta libertad de elección vendría referida no sólo a la formación religiosa o moral, sino también a otros aspectos de la educación, como la coeducación o educación diferenciada. Este trabajo, no obstante, está centrado en la formación religiosa y moral porque es la que puede plantear conflictos en el ámbito de la laicidad.

²⁹ Cfr. J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, "La enseñanza", en J. FERRER, (coord.), Derecho Eclesiástico del Estado Español, 6ª ed., EUNSA, Navarra 2010, p. 281.

³⁰ Irlanda, por ejemplo, tiene un sistema educativo singular. En este país existe una larga tradición de separación Iglesia-Estado, pero a la vez posee un substrato social mayoritariamente católico. No existe un sistema educativo público general sino que rige el principio de libre creación y gestión de centros docentes. Cualquier entidad puede crear y gestionar una escuela, cuya financiación corre a cargo el Estado siempre que la escuela cumpla unas exigencias previamente establecidas. La mayoría de las escuelas pertenecen a instituciones católicas como consecuencia de la estructura social existente,

no tienen una orientación ideológica o religiosa, y por tanto el derecho de los padres -o, de manera más precisa, el aspecto negativo de este derecho- estaría salvaguardado. Así entendida, la neutralidad no puede ser nunca una situación *de facto* a la que se llega por imperativo de las circunstancias, es decir, porque los profesores de un centro escolar deciden no imponer sus creencias. Tampoco es la neutralidad el equilibrio entre distintas orientaciones ideológicas que se contrarrestan unas a otras hasta alcanzar un punto de "equilibrio" en temas religiosos, morales o ideológicos³¹. Pese a que las exigencias del principio de neutralidad pueden estar más o menos claras, hay algunas cuestiones complejas cuando se desciende al terreno práctico.

La neutralidad absoluta en la educación es imposible de alcanzar. Habitualmente, las autoridades públicas dejan al margen del curriculum escolar las asignaturas que tengan un contenido religioso o moral explícito, o al menos se configuran como optativas. Sin embargo, esto no es suficiente. La educación está basada siempre en una determinada concepción de la persona y del mundo; si esto es así incluso en asignaturas que podríamos denominar técnicas, mucho más puede decirse de materias como la historia, la educación cívica o en general, de las denominadas humanísticas. Por tanto, no cabe hablar de neutralidad desde el momento en que la transmisión de conocimientos implica la asunción de unos determinados valores³².

pero no hay ningún tipo de prevención respecto a la creación de escuelas de otra identidad confesional. Cfr. *Citizen's Education Website*, "Irish education system," http://www.citizensinformation.ie/en/education/the_irish_education_system. En marzo de 2011 el Ministro de Educación, Mr Ruairi Quinn TD, anunció un debate sobre el futuro de la confesionalidad católica de las escuelas primarias como un primer paso para una reforma más profunda del sistema educativo(<http://www.education.ie/home/home.jsp?maincat=&pcategory=10861&category=11469§ionpage=12251&language=EN&link=link001&page=2&doc=52441>).

³¹L. PRIETO SANCHÍS, "Estado laico y educación en valores", en S. CATALÁ, (coord.), *Sistema educativo y libertad de conciencia*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 34.

³² "La educación de los niños es el proceso por el cual, en toda sociedad, los adultos transmiten sus creencias, cultura y otros valores a los más jóvenes, mientras que la enseñanza se refiere en particular a la transmisión de conocimientos y al desarrollo intelectual". (*Campbell and Cosans v. The United Kingdom* (Article 50), 25 February 1982, Series A no. 48.).

Si admitimos que la neutralidad perfecta en la educación es imposible de conseguir, desde una perspectiva práctica hay tres amenazas principales a la neutralidad en las escuelas públicas. La primera es muy simple. Tiene lugar cuando un profesor adoctrina a los niños a través de sus clases. El profesor no puede alegar su libertad de cátedra, porque este derecho tiene, entre otros límites, la libertad religiosa e ideológica de los niños, y ese límite no debe traspasarse³³. Aunque posiblemente esta amenaza sea la más difícil de detectar, salvo casos flagrantes, una vez que se prueba el comportamiento antijurídico la solución es clara: imponer al profesor la pena correspondiente según el Derecho vigente, incluyendo si procede la remoción de su puesto. Esta solución no reviste especialidad alguna: se trata de la respuesta general del Derecho ante el abuso de un deber.

Las otras dos amenazas requieren una mayor atención. Una tiene que ver con asignaturas en principio neutrales, pero que de hecho conllevan una posibilidad directa de adoctrinamiento. La otra se refiere a las asignaturas que tienen una finalidad explícita de formación religiosa o moral.

a) Controversias sobre ciertas asignaturas supuestamente neutrales

La planificación y el diseño del curriculum escolar corresponde a las autoridades públicas, y los centros educativos privados tienen que adaptarse a esas directrices³⁴. En el ejercicio de estas competencias el

³³ Este riesgo se menciona también en *Hasan and Eylem Zengin v. Turkey*, no. 1448/04, §53, ECHR, 2007-XI, 53: "Ciertamente, pueden darse abusos en la aplicación de la normativa vigente en una determinada escuela o por parte de un profesor; las autoridades educativas deben ser extremadamente vigilantes para que no se ignoren las convicciones religiosas y morales de los padres por descuido, falta de prudencia o un proselitismo que estaría fuera de lugar". Vid. también *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen*, at 54.

³⁴ Cfr. *Lautsi and others v. Italy*, cit. at 61. El Consejo de Europa ha señalado, con respecto al artículo 2 del Protocolo Adicional I del Convenio Europeo de Derechos Humanos que "nada en el enunciado de esta disposición sugiere que exista una obligación para los Estados de adoptar un determinado sistema educativo, o de favorecer una u otra opción pedagógica, o exigir un contenido determinado que obligatoriamente deba incluirse en el curriculum escolar. Lo que el Tribunal sostiene es que (I) los Estados son en principio libres para fijar los contenidos de la educación, (II) pero a condición de que respeten las convicciones religiosas o filosóficas de los padres de

Estado debe respetar el derecho de los padres a evitar el adoctrinamiento de sus hijos en la escuela; no obstante, las autoridades públicas gozan de un margen de apreciación en su tarea de conciliar sus competencias y el derecho de los padres³⁵.

El respeto a los derechos de los padres ha de manifestarse en todo el curriculum, no solo respecto de la asignatura de religión³⁶. Algunos sistemas educativos comprenden materias estrechamente relacionadas con cuestiones filosóficas, religiosas o morales. En estos casos, el Estado debe ser particularmente cuidadoso para que se respeten los derechos de los padres, porque no es difícil traspasar los límites. De hecho, se han producido algunas controversias en relación con este tema en diversos países europeos, algunas de ellas finalmente resueltas por el TEDH³⁷. Estos conflictos tienen que ver con dos asignaturas principalmente: educación sexual y educación para la ciudadanía³⁸.

En 1976, el TEDH decidió, en el controvertido caso *Kjeldsen*, que la educación sexual obligatoria en las escuelas públicas no contravenía el

los alumnos, asegurando una educación pluralista o garantizando la posibilidad de que los alumnos queden exentos de las materias que no sean conformes con los planteamientos de los padres" (*Education, religion and philosophical convictions in the case-law of the European Court of Human Rights*. Information document prepared by the Registry of the European Court of Human Rights, Strasbourg, 2 April 2008 DGIV-RD, 2008, 2)

³⁵ Cfr. *Lautsi and others v. Italy*, at 69.

³⁶ "El Estado, en el cumplimiento de sus obligaciones en el ámbito educativo, tiene que vigilar para que la información o los conocimientos incluidos en el curriculum se transmitan de una forma objetiva, crítica y pluralista. El Estado no puede perseguir una finalidad de adoctrinamiento incompatible con el respeto a las convicciones religiosas o filosóficas de los padres. Este límite no puede traspasarse. (*Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, at 53).

³⁷ Cfr. *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, cit.; *Campbell and Cosans v. the United Kingdom*, cit.; *Konrad and Others v. Germany* (dec.), no. 35504/03, ECHR, 2006-XIII; *Folgerø and Others v. Norway*, [GC], no. 15472/02, ECHR 2007-VIII; *Zengin v. Turkey*, cit.; *Grzelak v. Poland*, no. 7710/02, ECHR 2010. Un caso más reciente, aunque no directamente relacionado con la educación, es *Lautsi and others v. Italy*, cit.

³⁸ En algunos casos podría plantearse un conflicto con otras asignaturas. Es lo que sucedió con la clase de educación física o con la música; algunos padres de religión musulmana consideraban que no debían ser asignaturas obligatorias para sus hijas en las escuelas públicas. Estas controversias, sin embargo, no alcanzaron una gran conflictividad en los tribunales o en la opinión pública sino que más bien se trató de casos aislados.

derecho de los padres a elegir la educación que quieren para sus hijos, garantizada en el artículo 2 del Protocolo Adicional I de la Convención Europea de Derechos Humanos en la medida en que la finalidad de esta asignatura no era un adoctrinamiento sino, simplemente, transmitir una determinada información. El Tribunal entendió que la educación sexual tal como aparecía configurada en el sistema educativo danés cumplía los requisitos de objetividad, neutralidad y pluralismo. Además, la educación sexual no se impartía como una asignatura independiente, sino de manera transversal, de manera que sería difícil, si no imposible, eximir a los niños de esa educación³⁹.

La educación sexual fue de nuevo objeto de consideración por el TEDH veinticinco años más tarde con motivo de una nueva demanda, que en esta ocasión procedía de España⁴⁰. En un pueblo de Cantabria un profesor incluyó la educación sexual en las clases de ciencias naturales. El padre de una alumna solicitó a las autoridades educativas que eximieran a su hija de asistir a esas clases y de realizar los exámenes correspondientes. La petición fue denegada y el padre en cuestión recurrió a los tribunales de justicia. Estos mantuvieron la negativa y finalmente el caso fue planteado ante el TEDH. La acción fue desestimada por falta de fundamento, pero en esta resolución desestimatoria el Tribunal hizo algunas declaraciones de interés para el tema.

Las resoluciones de los tribunales españoles consideraron que los padres estaban suficientemente protegidos frente a la imposición de cualquier idea religiosa o moral porque la Constitución española reconoce el derecho a la libre creación de centros; por consiguiente, si consideraban que la educación pública tal como era impartida en ese colegio no era conforme con sus ideas, podían llevar a su hija a una escuela privada con un ideario conforme con sus preferencias. No obstante, frente a esta declaración de los tribunales, puede afirmarse que las escuelas públicas han de ser neutrales con independencia del derecho de elegir entre la enseñanza pública o la privada, como recuerda el TEDH. Todos los padres, incluyendo aquéllos que eligen la escuela pública –o envían a ellas a sus

³⁹ La educación sexual no se imparte en Dinamarca como una asignatura independiente, sino de manera transversal a través de distintas asignaturas como historia, cristianismo e instrucción familiar.

⁴⁰ *Jiménez Alonso y Jiménez Merino v. Spain*, No. 51188/99, de 25 de mayo de 2010.

hijos porque no tienen otra opción- tienen derecho a evitar el adoctrinamiento de sus hijos.

Los tribunales españoles alegaron también, como fundamento de su negativa a estimar la demanda de los padres, que estos intentaban imponer sus ideas a otros, de forma contraria a la ley⁴¹. Está claro, sin embargo, que estos padres no intentaban imponer sus ideas en el colegio. Más aún, ni siquiera solicitaban que se suprimieran esas lecciones del curriculum escolar. Simplemente querían que su hija estuviera exenta de la parte de la asignatura de ciencias que ellos consideraban que traspasaba los límites de su derecho porque tenía un componente ideológico. En otras palabras, recurrieron a la objeción de conciencia.

Un problema similar se planteó más recientemente en España con la introducción de la nueva asignatura de educación para la ciudadanía. Esta asignatura tal como aparece definida y perfilada en las Recomendaciones del Consejo de Europa, no solo no presenta objeciones, sino que se considera, en general, muy recomendable⁴². Su finalidad es la formación en los principios democráticos básicos establecidos en las constituciones y en los tratados internacionales. El conflicto surgió cuando el Gobierno incluyó en el curriculum de la asignatura algunas materias que muchos padres entendían que eran de carácter moral, y por tanto su enseñanza implicaba un adoctrinamiento. Diversos tribunales de justicia a lo largo del país resolvieron demandas sobre este asunto, con decisiones contradictorias tanto respecto de la naturaleza moral de los contenidos de la asignatura que eran cuestionados como respecto de la posibilidad de objetar. La cuestión ha llegado al Tribunal Constitucional, que no ha resuelto todavía, e incluso podría plantearse ante el TEDH.⁴³

La jurisprudencia que se ha producido en torno a estas controversias requiere algunos comentarios. La primera cuestión que ha de ser considerada es que las asignaturas mencionadas no son neutras. Nadie se opondría al estudio de la reproducción humana desde una perspectiva

⁴¹ Cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, 23 de febrero de 1998, Fundamento jurídico 12.

⁴² Cfr. http://www.coe.int/t/dg4/education/edc/default_EN.asp?

⁴³ Trato más ampliamente de esta controversia en "Neutralidad y escuela pública: A propósito de la educación para la ciudadanía", Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado, [on line] n.14, 2007.

biológica, o al estudio de los valores constitucionales. Ahora bien, cuando se trata de contenidos que tienen un aspecto moral ya no estamos ante una mera transmisión de información; es más propiamente formación, incluso aunque el Estado o el profesor no tengan intención de adoctrinar - una circunstancia, por otra parte, difícil de probar-⁴⁴. La falta de neutralidad es aún más evidente si se tiene en cuenta que la educación para la ciudadanía, tal como aparece recogida en los decretos que desarrollan los contenidos de esta disciplina, será evaluada no sólo sobre la base de lo que saben los niños, sino también en como hacen suyos esos valores y otros criterios relacionados en mayor medida con las actitudes y el comportamiento humano que con un conocimiento de cuestiones sociales y políticas.

Es importante recordar que una materia de índole moral no pierde su naturaleza por decisión de los poderes públicos. El Estado no puede decidir qué es moral y qué no lo es. En este sentido, debe advertirse que es diferente la neutralidad en la escuela que la neutralidad en la educación moral. Los poderes públicos no pueden imponer ningún tipo de valores religiosos o morales en la educación, pero eso no significa privar a ciertas materias de su contenido moral y explicarlas desde una pretendida perspectiva neutra⁴⁵. Más aún: enseñar cuestiones esenciales sobre la vida humana y social privadas de un valor religioso o moral es en sí mismo una opción moral, en este caso de carácter relativista⁴⁶.

⁴⁴ Debe tenerse en cuenta que los demandantes no acudían a los tribunales porque los contenidos de la asignatura afectasen a unas creencias abstractas o poco definidas. Tanto en el caso de los padres daneses como en el de los españoles la demanda se basaba, como reconocía el Magistrado Verdross en un voto particular en *Kjeldsen*, en una doctrina bien establecida -la doctrina cristiana-, de donde resulta que "cualquier cosa que afecte al desarrollo de la conciencia del niño, esto es, a la formación de su conciencia moral, es responsabilidad de los padres y, consecuentemente, el Estado no puede interferir en este campo entre los padres y los niños en contra de la voluntad de los primeros". Vid. también *Folgerø*, cit., at 52.

⁴⁵ Vid. *Zengin*, cit., at 49: "El artículo 2 del Protocolo I no autoriza a establecer una distinción entre la instrucción religiosa y otras asignaturas. Exige que el Estado respete las convicciones de los padres, sean religiosas o filosóficas, en todo el programa educativo."

⁴⁶ El ya citado Magistrado Verdross se refirió también a esta cuestión en su voto particular: "Me parece que resulta necesario distinguir, por una parte, la información sobre los hechos concernientes a la reproducción humana, que entra dentro de las ciencias naturales, sobre todo de la biología, y, por otra parte, la información sobre las

Ciertamente, como hace notar el TEDH, “parece muy difícil que algunas asignaturas impartidas en el colegio no tengan, en mayor o menor medida, implicaciones filosóficas. Lo mismo puede decirse de las ideas religiosas, si tenemos en cuenta que existen religiones que tienen un cuerpo dogmático y doctrinal muy amplio, que proporciona respuestas a casi todas las cuestiones de naturaleza filosófica, cosmológica o moral”⁴⁷. Sin embargo, hay determinados asuntos que *per se* demandan un posicionamiento moral o religioso, y en estos casos la única opción coherente con la neutralidad en la educación y el debido respeto a los derechos de los padres es dejar esta materia al margen del curriculum. Son los gobiernos los que deben ser neutrales, no las elecciones de los ciudadanos.

prácticas sexuales, incluida la contracepción. Esta distinción viene exigida, a mi modo de ver, por el hecho que de la primera es neutra desde el punto de vista moral, mientras que la última, incluso si se transmite a los menores de una manera objetiva, cuando se imparte demasiado pronto en la escuela puede vulnerar las creencias cristianas de los padres, que, por tanto, tendrían derecho a objetar.” Más recientemente, en un voto particular del Magistrado Power en *Lautsi* afirmaba: “La Cámara se ha referido, correctamente, a la obligación del Estado de mantener la neutralidad religiosa en la educación pública. Sin embargo, concluye incorrectamente que esta obligación requiere la efectiva preferencia o elevación de una ideología (un cuerpo de ideas) sobre todas las demás perspectivas o visiones del mundo filosóficas y/o religiosas. La neutralidad requiere, por parte del Estado, una aproximación pluralista, no secularista. Promueve el respeto por todos los planteamientos trascendentes, no la preferencia por uno determinado. A mi modo de ver, la Sala no ha conseguido reconocer que el secularismo (que es la opción preferida por la demandante) es, en sí misma, una opción ideológica entre otras. Una preferencia por el secularismo sobre otras visiones del mundo alternativas -religiosas, filosóficas o de otra índole- no es una opción neutra. El Convenio requiere que se respeten las convicciones de la demandante en cuando concierne a la educación de sus hijos, pero no requiere una opción preferente y una adhesión a esas convicciones por encima de todas las demás”.

⁴⁷ *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v. Denmark*, at 53. La Sentencia continúa: “El diseño y la planificación del curriculum compete, en principio, a los Estados contratantes. Esto comprende, principalmente, cuestiones técnicas que no entran dentro de las que ha de juzgar este Tribunal, y cuya solución puede legítimamente variar de acuerdo con la época y el país. En particular, la segunda disposición del artículo 2 del Protocolo I no impide a los Estados impartir una enseñanza o unos conocimientos de tipo filosófico o religioso directa o indirectamente. Tampoco permite a los padres oponerse a la integración de esa enseñanza o educación en el curriculum escolar, ya que de otro modo la enseñanza institucionalizada correría el riesgo de ser impracticable.”

Por otra parte, no es competencia de los poderes públicos tratar de encontrar una moral común a todos los ciudadanos, idea muy difundida en los Estados laicistas. Esto sería tan totalitario como tratar de imponer una ideología única en la nación. Si lo hiciera así, el Estado estaría privando a los padres de sus derechos sobre la educación de sus hijos, y atribuyéndose a sí mismo este poder. Los únicos valores que deben ser compartidos en una democracia son aquellos establecidos en la Constitución y en el orden internacional. Los valores morales son personales; por tanto, cualquier intento de establecer una moral común que traspase ese límite sería inconstitucional⁴⁸. De manera expresiva se ha enunciado esta idea afirmando que podemos estar seguros de que todo el mundo estaría de acuerdo en la importancia de promover y proteger la libertad, la igualdad y la justicia, siempre y cuando nadie pregunte sobre la definición de estos conceptos y sus implicaciones en un Estado secular⁴⁹.

Finalmente, otra cuestión que se ha planteado en los tribunales cuando han resuelto sobre este tema es que, de acuerdo con algunas opiniones, el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos no es un derecho absoluto, y debe interpretarse conjuntamente con otros derechos y deberes, en particular el derecho de los niños a recibir la educación necesaria para la vida y el derecho del Estado a establecer el curriculum educativo. Es cierto que todos los derechos y deberes educativos deben interpretarse de manera conjunta, buscando el mejor interés del niño. Sin embargo, en el proceso de integración se considera que el derecho del niño a la educación prevalece sobre el derecho de los padres a elegir el tipo de educación que quieren dar a sus hijos, dando por sentado que el primero de los derechos mencionados es tan esencial que no puede limitarse de ninguna forma⁵⁰.

⁴⁸ Cfr. J. FERRER, "Los derechos educativos de los padres en una sociedad plural", en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, [on line], n. 10, 2006, p. 13.

⁴⁹ La idea procede de J. Maritain, el erudito francés que colaboró en la elaboración de la DUDH, cuando alguien preguntó cómo era posible que tantos oponentes en temas ideológicos y políticos hubieran logrado ponerse de acuerdo sobre una carta de derechos: "Estamos de acuerdo sobre los derechos, pero a condición de que nadie pregunte por qué". ("Introduction", en UNESCO, ed., *Human Rights: Comments and Interpretations*, Allan Wingate, London, 1949, 10).

⁵⁰ Cfr. *Konrad*, cit.; en el mismo sentido, cfr. la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, cit., y *Jiménez Alonso y Jiménez Merino v. Spain*, cit.

No obstante, el derecho de los niños a la educación no resulta disminuido en los casos que estamos considerando. La exención de las asignaturas mencionadas -educación sexual y educación para la ciudadanía- no afectaría a la formación del niño, porque no son los únicos medios para adquirir esa formación; no son asignaturas esenciales⁵¹. Después de todo, esas materias no siempre están incluidas en el curriculum como asignaturas independientes, y el TEDH ha considerado esta opción conforme con los principios democráticos y con el contenido de la Convención Europea de Derechos Humanos⁵². Por el contrario, imponer esas asignaturas impediría la plena eficacia de otro derecho fundamental, de manera que aparece como un sacrificio no proporcional de un derecho, dado el carácter no esencial de las asignaturas controvertidas.

Desde otra perspectiva, el derecho a elegir el tipo de educación aparece cualificado como un "derecho preferente" en la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵³. Por tanto, no es injusto ni tendencioso considerar que la "preferencia" debe tenerse en cuenta a efectos de encontrar el equilibrio necesario cuando surge una controversia, es decir, cuando debe realizarse una elección. El TEDH también ha señalado que la obligación del Estado de respetar los derechos de los padres viene confirmada por el hecho de que, en el proceso de redacción del artículo 2 del Protocolo I las palabras "tener en cuenta" el derecho de los padres fueron sustituidas por "respetar" ese derecho, y esta última expresión significa algo más que un simple reconocimiento. Junto a una perspectiva negativa, esta idea implica una obligación positiva por parte del Estado. Así entendida, la obligación de respetar las convicciones de los padres en este ámbito no puede ser desconocida o ignorada como consecuencia de una supuesta necesidad de encontrar un equilibrio entre posiciones contrapuestas⁵⁴.

⁵¹ Vid, los sugerentes comentarios de L. PRIETO SANCHÍS, en *Estado laico y educación en valores*, cit., 42.

⁵² Cfr. *Kjeldsen*, cit.

⁵³ Cfr. nota 1.

⁵⁴ *Campbell*, at 37; cfr. también *Zengin*, at 49, y *Lautsi*, at 69. Un comentario sobre esta cuestión puede verse en in L. RUANO, "El derecho a elegir en el ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones, en el marco de la LOLR", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, [on line] n. 19, 2009; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, "La objeción de conciencia a la

b) Educación religiosa y moral

La educación religiosa y moral en la escuela está muy difundida en los sistemas educativos europeos. A diferencia de lo que sucede en Estados Unidos, existe una larga tradición de enseñanza religiosa en la escuela, que posiblemente guarda relación con el hecho de que la educación permaneció durante siglos -y en algunos países continua- en el ámbito de la confesión dominante en el país⁵⁵. Con pocas excepciones -Francia, Albania, Bielorrusia y Macedonia-, todos los países ofrecen algún tipo de enseñanza religiosa en las escuelas públicas. A pesar de la distinta configuración y contenidos que reviste la asignatura, todos persiguen la educación religiosa durante el horario escolar. Veamos este panorama un poco más detenidamente⁵⁶.

En veinticuatro países la asignatura de religión tiene carácter obligatorio. Sin embargo, el alcance de esta obligación varía según el país. En cinco de ellos -Finlandia, Noruega, Suiza, Grecia y Turquía- la obligación de asistir a las clases de religión es absoluta. Todos los alumnos que pertenezcan a la fe religiosa que se enseña en la escuela -luterana en los tres primeros países, ortodoxa en Grecia y musulmana en Turquía- están obligados a seguir el curso, parcial o totalmente. Algunos Estados admiten excepciones bajo ciertas condiciones⁵⁷, mientras que en otros los alumnos están obligados a asistir a menos que hayan optado por una asignatura substitutiva, que se oferte en lugar de la religión⁵⁸.

enseñanza religiosa y moral en la reciente jurisprudencia de Estrasburgo", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, [on line] n.18, 2008.

⁵⁵ Puede verse el análisis comparativo de P. BERGER, G. DAVIE, E. FOKAS, en *Religious America, Secular Europe?*, cit., 81-84. Los autores hacen notar que en un país en que la gente mayoritariamente toma parte activa en la vida de su confesión, como sucede en Estados Unidos, la enseñanza de la religión es una actividad laudable, pero no es responsabilidad del Estado asegurar que esa enseñanza realmente se imparte. Esto se consideraría atentatorio contra la independencia y separación de la Iglesia y el Estado.

⁵⁶ Los datos sobre la enseñanza de la religión en Europa están tomados principalmente de *Zengin*, cit., at 30 y ss.

⁵⁷ Estos países son Austria, Chipre, Dinamarca, Irlanda, Islandia, Liechtenstein, Malta, Monaco, San Marino y el Reino Unido.

⁵⁸ Este es el caso de Alemania, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Lituania, Luxemburgo, los Países Bajos, Serbia, Eslovaquia y Suiza.

En un grupo significativo de Estados la educación religiosa no es obligatoria. Se admite que la enseñanza de la religión esté incluida en el sistema educativo, pero los alumnos solo asisten a esas clases si lo solicitan expresamente⁵⁹. En algunos de estos países los alumnos que opten por no asistir a la clase de religión tienen que cursar una asignatura alternativa.

Como ha señalado el TEDH, esta panorámica general de la educación religiosa en Europa “muestra que, a pesar de la diversidad de métodos docentes y sistemas educativos casi todos los Estados miembros ofrecen al menos una posibilidad de exención de las clases de religión (estableciendo un mecanismo de exención, ofreciendo una asignatura alternativa o dando a los alumnos la posibilidad de elección de no asistir a la clase)”⁶⁰.

Podría resultar sorprendente que la educación religiosa en las escuelas públicas no haya sido objeto de mayores controversias en un continente en que puede fácilmente percibirse la tendencia secularizadora. El TEDH, como los tribunales estatales que han tenido que resolver sobre esta cuestión, generalmente reafirman que la libertad de elección de los padres debe respetarse, pero no consideran contrario a la ley impartir educación religiosa en las escuelas públicas⁶¹. Los poderes públicos deben garantizar que la educación religiosa se imparte respetando los derechos y libertades de los padres, y de acuerdo con los imperativos de la igualdad y la neutralidad. Es preciso, por tanto, analizar los límites en los que debe moverse la asignatura de religión cuando está incluida en el curriculum escolar.

En primer lugar, estos límites se refieren únicamente a la educación religiosa de un determinado credo o confesión. Es perfectamente posible, como ya se ha mencionado, integrar en el curriculum escolar una asignatura obligatoria sobre conocimiento general del hecho religioso y su

⁵⁹ Estos Estados son Andorra, Armenia, Azerbaijan, Bulgaria, Croacia, España, Estonia, Hungría Italia, Letonia, Moldavia, Polonia, Portugal, República Checa, Rumanía, Eslovenia, Rusia y Ucrania.

⁶⁰ *Zengin, supra* n. 41, § 34.

⁶¹ “El Tribunal recuerda que permanece, en principio, dentro del margen de apreciación de los Estados según el artículo 2 del Protocolo I decidir si se imparte instrucción religiosa o no en las escuelas públicas, y en el caso de que se haga, qué sistema en particular se adoptará. El único límite que no puede sobrepasarse en esta área es la prohibición de adoctrinamiento.” (*Grzelak, cit.*, at 104)

historia, siempre que se enseñe de conformidad con los principios propios del Estado laico, es decir, garantizando que la información será transmitida de una manera objetiva, crítica y pluralista⁶². Los padres no pueden objetar a una asignatura de estas características, porque está orientada a transmitir unos conocimientos de carácter cultural general, no unos principios religiosos. En este sentido, el Consejo de Europa realizó una Recomendación sobre Educación y Religión en el año 2005 en la que alienta a los gobiernos de los Estados miembros a incluir estudios sobre la religión en los niveles primario y secundario de la enseñanza pública⁶³. Incluso en Francia, donde la laicidad es seña de identidad de la república más que en ningún otro país europeo, y donde la enseñanza pública ha sido un instrumento privilegiado de secularización, el conocimiento de los principales hechos religiosos se ha reintroducido recientemente de distintas partes del curriculum escolar⁶⁴.

Cuando la formación religiosa está incluida en el curriculum escolar no puede ser obligatoria sin posibilidad de que el alumno quede exento⁶⁵. Hay

⁶² Cfr. Zengin, cit., at52; Folgerø, cit., at 52.

⁶³ Cfr. Recommendation 1720 (2005), adoptada por la Asamblea el 27 de octubre. Puede encontrarse en <http://assembly.coe.int/Main.asp?link=http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/TA05/EREC1720.htm>

⁶⁴ Cfr. BERGER, P., DAVIE, G., FOKAS, E., *Religious America, Secular Europe?*, cit., 82-83. Vid. también, sobre esta cuestión, la *Lettre aux Éducateurs* de Nicolas Sarkozy (4 de septiembre de 2007), donde expresa su convicción de que el estudio del hecho religioso es un instrumento decisivo para superar el fanatismo religioso y promover el diálogo intercultural e interreligioso: "*Je suis convaincu qu'il ne faut pas laisser le fait religieux à la porte de l'école. La genèse des grandes religions, leurs visions de l'homme et du monde doivent être étudiées, non, bien sûr, dans un quelconque esprit de prosélytisme, non dans le cadre d'une approche théologique, mais dans celui d'une analyse sociologique, culturelle, historique qui permette de mieux comprendre la nature du fait religieux. Le spirituel, le sacré accompagnent de toute éternité l'aventure humaine. Ils sont aux sources de toutes les civilisations. Et l'on s'ouvre plus facilement aux autres, on dialogue plus facilement avec eux quand on les comprend.*" (p.13) <http://www.linternaute.com/actualite/politique/document/nicolas-sarkozy-lettre-aux-educateurs/lettre-aux-educateurs.shtml>.

⁶⁵ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en un Comentario General sobre la Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (E/C.12/1999/10), afirma: "El Comité es de la opinión de que [el Pacto] permite la instrucción en las escuelas públicas en materias como historia general de las religiones y ética si se imparten de una forma no tendenciosa y

distintas posibilidades para configurar esta opción: puede impartirse una asignatura alternativa de carácter no religioso, prever otro tipo de actividades, o simplemente establecer un sistema de obtener la exención. Todas ellas presentan ventajas e inconvenientes, que los poderes públicos deberán tener en cuenta para adoptar la decisión más adecuada al tiempo y lugar⁶⁶. El modo en que ha de ejercitarse la opción también es importante; no puede suponer un carga innecesaria para los padres o los propios alumnos, antes al contrario, debe facilitarse el ejercicio de sus derechos. A este respecto, el TEDH ha considerado que una exención parcial no es conforme con el pleno respeto del derecho de elección de los padres, puesto que lleva consigo una carga considerable y existe el riesgo de obligar a los interesados a realizar declaraciones sobre sus creencias o, en general, sobre su vida privada, que conllevan un potencial de conflicto⁶⁷.

La necesidad de declarar la preferencia por un tipo determinado de educación religiosa se ha considerado en alguna ocasión como una carga incompatible con el derecho a no declarar sobre la fe y las convicciones personales. Sin embargo, los padres no necesitan hacer ninguna declaración sobre sus creencias; simplemente manifiestan su voluntad de que sus hijos reciban clases de religión, con independencia de cuales sean sus creencias o afiliación religiosa. Es posible que personas que no pertenezcan a ninguna religión, o a una determinada, deseen que sus hijos asistan a clases de educación religiosa confesional, y al contrario, otros padres pueden considerar que es mejor que la educación religiosa se imparta en la iglesia o en casa y elijan la exención de esta asignatura en la escuela. En ninguno de estos casos puede interrogarse a los padres acerca

objetiva, respetando la libertad de opinión, conciencia y expresión. Recuerda que la enseñanza pública que incluye la instrucción en una determinada religión o creencia, es contraria al artículo 13 (3), a menos que se tomen las disposiciones necesarias para que pueda haber una exención o alternativa no discriminatoria que se adapten a la voluntad de los padres o tutores”.

⁶⁶ El TEDH recuerda que no hay una obligación del Estado de ofrecer una asignatura alternativa cuando la enseñanza de la religión no es obligatoria. El artículo 2 del Protocolo Adicional I “no puede interpretarse de manera que legitime a los padres para exigir del Estado una educación específica” (*Bulski v. Poland*, November 30th, 2004 application nn. 46254/99 and 31888/02).

⁶⁷ Una parte importante de *Folgerø* está dedicada al análisis de esta cuestión. Cfr. también *Zengin*, cit., at 75-76.

de sus convicciones o afiliación religiosa, solo puede solicitarse que manifiesten, si es el caso, que eligen la enseñanza religiosa para sus hijos⁶⁸.

En algunos países europeos se han regulado cuestiones específicas sobre la enseñanza de la religión en acuerdos con las confesiones, principalmente con la Iglesia católica⁶⁹. No pocas veces los problemas que se plantean en relación con la enseñanza religiosa están más relacionados con esta regulación acordada que con el reconocimiento general del derecho propiamente dicho. Por ejemplo, en España, donde la enseñanza religiosa sí se ha caracterizado por su especial conflictividad, los problemas relativos a la enseñanza religiosa se han reducido, básicamente, al cumplimiento o no de los acuerdos suscritos entre el Estado español y la Santa Sede y en mucha menor medida de los acuerdos con evangélicos o islámicos. No obstante, recientemente las controversias se han centrado en la objeción de conciencia a la asignatura de educación para la ciudadanía, y la posible vulneración del derecho de los padres a elegir la enseñanza religiosa y moral de sus hijos que garantiza el artículo 27-3 de la Constitución.

5. La protección del derecho a elegir la educación religiosa y moral de los hijos

En determinados casos los padres pueden considerar que la educación impartida en las escuelas públicas no respeta plenamente su derecho a elegir la educación religiosa o moral que desean para sus

⁶⁸ Cfr. *Grzelak*, cit., at 92: "Este Tribunal considera que las disposiciones de la Ordenanza que prevén que en el expediente escolar ha de constar una nota de "religión o ética" no puede considerarse, sin más, que infringe el artículo 14 interpretado conjuntamente con el artículo 9 del Convenio, en tanto en cuanto la nota es una información neutral sobre el hecho de que un alumno ha seguido unos cursos opcionales ofrecidos en la escuela. Sin embargo, una regulación de este tipo debe también respetar que los alumnos no sean obligados, tampoco indirectamente, a manifestar sus creencias o su falta de creencias."

⁶⁹ En los últimos veinte años se ha firmado un número significativo de Acuerdos entre la Santa Sede y Estados de la antigua Unión Soviética, o, en general, del Este de Europa. La mayor parte de ellos contienen disposiciones sobre la creación de centros educativos católicos o sobre la enseñanza religiosa en las escuelas públicas. Cfr. J. T. MARTÍN DE AGAR, *Raccolta di Concordati 1950-1999* (2000) and *I Concordati dal 2000 al 2009*, Libreria Editrice Vaticana (2010).

hijos. Aun cuando las clases de religión no fueran obligatorias y los poderes públicos -también los tribunales- entendieran que el curriculum religioso no comprende contenidos de carácter moral o religioso, algunos padres pueden considerar que determinadas leyes o disposiciones administrativas o estatutarias interfieren en su derecho a elegir la educación religiosa o moral de sus hijos. La pregunta que cabe plantearse es si estos padres tienen algún medio para solicitar la salvaguarda de su derecho. El asunto es delicado. Estos padres consideran que los contenidos de una determinada asignatura vulnera su derecho al imponerles la enseñanza de unas determinadas materias religiosas o morales con las que no están conformes, pero entienden que pueden no vulnerar el derecho de otros padres si están conformes con esos contenidos. El problema, por tanto, se traduce en buscar la forma de proteger el derecho de esos padres sin cambiar la ley. En otras palabras, ¿hay lugar para lo que en el ámbito anglosajón se denomina la "acomodación de las creencias" en el contexto de una regulación de la educación fuertemente secularizada?

La posibilidad de elegir una escuela con una determinada identidad religiosa no es siempre una solución posible. Lo sería si el sistema educativo posibilitara una elección real y general sin inconvenientes para los padres. Pero este no es el caso, como ya se ha señalado, en la mayoría de los países europeos, donde la enseñanza religiosa generalmente no es gratuita. Es preciso, por tanto, buscar otros medios para proteger los derechos de los padres.

a) *Educación en casa*

Una forma de solucionar este conflicto sería autorizar la educación en casa. Este sistema garantizaría que ningún niño recibe una educación contraria a la que sus padres desean. Obviamente, la protección del derecho de los padres debe armonizarse con el derecho -y el deber- del niño a recibir una educación de un nivel suficiente para cualificarle a efectos de realizar estudios superiores o incorporarse al mercado laboral. La cuestión principal que se plantea a este respecto es si la asistencia a la escuela constituye un instrumento necesario para la educación o si ésta puede obtenerse sin necesidad de asistir a la escuela.

La asistencia obligatoria a la escuela fue históricamente un medio para garantizar que todos los niños, sin exclusión, tenían acceso a la educación básica. Era, por tanto, un instrumento para facilitar la integración social y

lograr la igualdad de oportunidades para todos. Esta justificación, sin embargo, no tiene ya razón de ser en occidente, donde el acceso a la educación está garantizado. Los profundos cambios que tuvieron lugar en los últimos siglos, principalmente el hecho de que el Estado asumiera la responsabilidad de la prestación de la educación básica condujo también a un diferente modo de percibir la asistencia obligatoria a la escuela. Actualmente, no faltan quienes la consideran un vehículo de imposición de una ideología secularista;⁷⁰ si los padres no pueden enviar a sus hijos a una escuela privada, no tendrían modo de evitar una educación relativista que pueden no querer para sus niños.

Así entendida, la educación en casa es diferente del absentismo escolar o del incumplimiento de los padres de sus obligaciones parentales. No estamos ante un comportamiento censurable de los padres, sino ante una opción en la que pueden tener interés. Precisamente por eso, y con la finalidad de proteger el interés del niño, cuando la educación en casa se configura como una elección posible los poderes públicos pueden establecer un nivel mínimo de conocimientos que deban obtenerse, arbitrando los medios necesarios de control para garantizar que se adquiere. Los padres que optan por la educación en casa serían los responsables de asegurar, por sí mismos o por medio de otras personas, que sus hijos alcanzan ese nivel mínimo. La vigilancia por parte de los poderes públicos, además, evitaría otros riesgos potenciales, como la educación de los niños por grupos radicales en entornos aislados⁷¹.

Si acudimos a los datos fácticos, encontramos que la educación en casa es una opción en algunos países europeos, pero no en todos⁷². Algunos legisladores o tribunales han interpretado que cuando la Constitución dice que la educación básica es obligatoria implica la obligatoriedad de la asistencia a la escuela. Este es el caso de España y Alemania.

⁷⁰ Cfr. P. BERGER, G. DAVIE, E. FOKAS, *Religious America, Secular Europe?*, cit., 82-84.

⁷¹ Cfr. R. NAVARRO-VALLS y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Iustel, Madrid, 2011, p. 242.

⁷² La educación en casa es legal, entre otros países, en Suiza, Bélgica, República Checa, Noruega, Portugal, Finlandia, Dinamarca, Austria, Hungría, Polonia e Irlanda; con restricciones, se admite en Francia, Reino Unido e Italia. No obstante, incluso en los países en que se permite, no es una práctica muy extendida en relación con el número de alumnos que están escolarizados.

Alemania se enfrentó con esta cuestión en varios casos de cierta complejidad, uno de ellos resuelto finalmente por el TEDH dando la razón al Estado y el otro finalizado de una forma sorprendente: un tribunal norteamericano concedió asilo político a una familia alemana atendiendo al hecho de que al educar a sus hijos en casa corrían un riesgo razonable de persecución⁷³. El primer caso se refería a un matrimonio que educaba a sus hijos en casa por motivos religiosos. El tribunal competente denegó a los padres el derecho a educar a sus hijos conforme a sus convicciones porque este derecho colisionaba con el derecho de los niños a la educación; "esto significa -señaló el tribunal- que los padres no pueden privar a sus hijos del derecho a la educación basándose en sus convicciones"⁷⁴. Esta afirmación, sin embargo, no es exacta. Los padres que rehúsan enviar a sus hijos a una escuela no están perjudicando necesariamente su derecho a la educación; pueden educarlos en casa de una forma adecuada. Los poderes públicos deben comprobar si los niños reciben un nivel de educación que se considere adecuado, y si los padres incumplen su deber de educarlos las autoridades públicas competentes deberían intervenir para corregir la situación; pero este no es el problema que se plantea ahora. El aspecto crucial aquí es que, según el TEDH, el derecho a la educación implica la asistencia obligatoria a la escuela.

La educación en casa como opción pedagógica debe distinguirse de la educación en casa como un modo de ejercitar el derecho a elegir la formación religiosa o moral de los hijos. Como ha señalado el TEDH, corresponde a los Estados la estructuración del sistema educativo y la decisión de ofertar como opción o no la educación en casa. Por tanto, cuando los padres que elegirían la educación en casa como una opción educativa no pueden hacerlo por no autorizarlo el Estado, la situación es conforme con la ley y no puede impugnarse la decisión estatal⁷⁵.

⁷³ Cfr. *Classes apart*, "The Economist" 4 de febrero de 2010 (<http://www.economist.com/node/15469407>). La decisión (no publicada) puede encontrarse en <http://www.hslda.org/hs/international/Germany/RomeikeBrief.pdf>. La familia Romeike había sido previamente sancionada con una multa en Alemania no haber enviado a sus cinco hijos a la escuela.

⁷⁴ Cfr. *Konrad*, cit.

⁷⁵ El derecho a la educación, tal como aparece regulado en el artículo 2 del Protocolo I, por su propia naturaleza requiere una regulación del Estado, que puede variar en función del tiempo y lugar, y de las necesidades y recursos de las comunidades y de los

Es distinto sin embargo el caso de que los padres consideren que la asistencia a la escuela vulnera su derecho a elegir la formación religiosa o moral que quieren para sus hijos. Aquí no nos encontramos con la simple disyuntiva ante dos opciones pedagógicas diferentes, sino entre una opción pedagógica y un derecho fundamental. La solución, por tanto, debería ser diferente, porque la protección de un derecho fundamental debería prevalecer sobre una decisión organizativa. Por tanto, la educación en casa debería ser permitida cuando el riesgo de indefensión de los padres en el reconocimiento del derecho a elegir la educación de sus hijos sea real y efectivo. Debe recordarse, a estos efectos, que los tratados y convenciones internacionales sobre derechos humanos generalmente reconocen el derecho a la educación, pero no imponen la asistencia a la escuela como una parte esencial del derecho. Además, el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos goza de una especial protección. Como señala la DUDH, es un *derecho preferente*⁷⁶, y por tanto debe prevalecer en caso de conflicto con otros derechos, siempre que los derechos del niño estén suficientemente garantizados.

En España el asunto ha dado lugar a diversas resoluciones judiciales. Una reciente sentencia del Tribunal Constitucional denegó el derecho a educar en casa a los niños, cambiando el sentido de otra sentencia previa. En 1994, el Tribunal Constitucional afirmó que la educación en casa no se puede rechazar con carácter general si se garantiza la adquisición de un nivel razonable de conocimientos⁷⁷. En la sentencia más reciente, de diciembre de 2010, el Tribunal Constitucional consideró que las leyes educativas españolas que prohibían la educación en casa eran conformes con la Constitución⁷⁸. No obstante, hay algunos pronunciamientos de esta última sentencia que requieren algún comentario por su inconsistencia⁷⁹.

El Tribunal Constitucional español declaró, coincidiendo en este punto con el TEDH, que la educación en casa no está prohibida ni autorizada en

individuos. Por tanto, este artículo implícitamente admite la posibilidad de que el Estado establezca la escolarización como obligatoria, sea en escuelas estatales o a través de centros privados que cumplan unas determinadas condiciones" (See *Konrad*, cit.)

⁷⁶ Vid. nota 1.

⁷⁷ STC 260/1994, de 3 de octubre.

⁷⁸ STC 133/2010, de 2 de diciembre.

⁷⁹ Vid. sobre este asunto J. M. MARTÍ, "El "homeschooling" en el Derecho Español", en *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado* [on line] n. 25, 2011.

la Constitución y que entra dentro de las competencias estatales la decisión de admitir o no este tipo de educación. Reconoce asimismo la sentencia que autorizar la educación en casa para proteger el derecho a elegir la educación religiosa o moral de los hijos es distinto de la educación en casa como simple opción pedagógica. No obstante, a continuación rechaza reconocer un régimen jurídico diferente para uno y otro caso. De acuerdo con la Sentencia, la interdicción de la educación en casa sería legítima en los dos supuestos porque en ambos tiene como finalidad proteger otro derecho, el derecho a la educación. Sin embargo, como ya se ha señalado, una simple opción pedagógica como es la educación en casa no puede prevalecer sobre un derecho, sobre todo cuando es el mejor medio -o el único- para protegerlo⁸⁰.

Más desconcertante quizás es la decisión del Tribunal Constitucional, siguiendo también la estela del TEDH⁸¹, de establecer una especie de *derecho concurrente* de los padres y el Estado a educar a los niños. El Estado, afirma la resolución del TC, debe cumplir sus obligaciones respecto de la educación de los niños incluso si los padres no están de acuerdo, porque, en todo caso, los padres pueden educarlos "antes y después del colegio, y los fines de semana"⁸². Ciertamente, esta es una extraña manera de entender la educación, como si inculcar unas ideas a los niños en casa neutralizara otras que reciben en la escuela y que los padres no aprueban. La educación reclama una interpretación holística; no puede ser el resultado de una mezcla de elementos contradictorios. De hecho, la sentencia finalmente se traiciona a sí mismo cuando afirma que de esta manera "los derechos de los padres no son totalmente desconocidos". No es ésta la mejor forma de salvaguardar el derecho fundamental de los padres a elegir la educación religiosa y moral que quieren para sus hijos; este derecho no puede ser simplemente tolerado o reconocido parcialmente. De la misma manera, no es suficiente reconocer el derecho de los padres a crear escuelas como el único medio de proteger el derecho a educar a los niños en unos determinados valores religiosos o morales -o

⁸⁰ Hay que precisar que el Tribunal reconoció que, en este caso, los niños habían recibido una educación completa; por ejemplo, aparte de estudiar las principales disciplinas correspondientes a su nivel, hablaban cinco idiomas.

⁸¹ Cfr. *Konrad and Jiménez Alonso y Jiménez Merino v. Spain*, cit.

⁸² STC 133/2010, p. 17.

al menos de evitar un adoctrinamiento que no deseen-: muchos padres no pueden o no quieren crear una escuela privada⁸³.

Aun es posible una ulterior interpretación de las resoluciones dictadas en esta materia. De acuerdo con la Comisión Europea de Derechos Humanos⁸⁴, aunque el Estado puede imponer la asistencia obligatoria a un centro educativo, este puede ser una escuela pública o privada que cumpla satisfactoriamente los niveles que se exijan. En este sentido, se ha sugerido que cuando los padres educan a sus hijos en casa en realidad constituyen su propio centro educativo⁸⁵. Sin embargo, este planteamiento sería difícilmente defendible en los tribunales porque "escuela" o "centro educativo" son expresiones que tienen un significado técnico bien definido en el ámbito jurídico, y requieren que el centro en cuestión contenga determinadas características, relacionadas principalmente con la socialización de los niños.

La realidad es que actualmente no cabe en España, como en otros países europeos, la educación en casa. Por consiguiente, habrá que buscar otras soluciones para proteger el derecho de elección los padres cuando estos consideren que no resulta amparado por las disposiciones educativas vigentes.

b) *Objeción de conciencia*

La objeción de conciencia presupone un conflicto entre una disposición legal y la conciencia de una persona. Si un progenitor considera que una asignatura incluida en el curriculum escolar o una determinada parte de ella no es conforme con sus ideas religiosas o morales, nos encontramos ante un conflicto entre la norma que impone ese curriculum y un derecho fundamental de los padres. Por tanto, el primer paso que tendrían que dar los padres en esta situación es solicitar el amparo de los tribunales de justicia. Pero si tanto las autoridades gubernativas como los tribunales de justicia consideran que no existe tal conflicto, y no está admitida la educación en casa, el derecho de los padres a elegir la

⁸³ Cfr. MARTÍ, J. M., *El "homeschooling" en el Derecho Español*, cit., 33.

⁸⁴ El antiguo organismo encargado de la promoción y defensa del CEDH.

⁸⁵ *Leuffen v. Germany*, no. 19844/92, decisión de la Comisión de 9 de julio de 1992, no publicada.

educación religiosa y moral de sus hijos quedaría desprotegido si no se les ofrecen alternativas para evitar lo que esos progenitores consideran un adoctrinamiento. Por tanto, la objeción de conciencia por motivos religiosos sería la única vía para conseguir salvaguardar los derechos de los padres. Las autoridades públicas pueden decidir qué asignaturas formarán parte del currículum, pero no pueden establecer lo que los ciudadanos deben o no creer, y la libertad de creencias es, precisamente, la base para solicitar la protección del Estado.

La objeción de conciencia plantea algunos problemas. El más importante es que no está generalmente reconocida en una ley específica. Algunos autores entienden que la objeción de conciencia forma parte esencial de la libertad religiosa protegida en la Constitución. Otros, sin embargo, consideran que es necesaria la *interpositio legislatoris* y no cabe objetar sin una ley de desarrollo, o al menos que reconozca esta posibilidad en un supuesto determinado. Además, requiere una actuación independiente de cada padre o madre que solicitara el reconocimiento de la objeción por motivos de conciencia, con los lógicos inconvenientes que esto lleva consigo y la posibilidad de que se dicten resoluciones contradictorias. Por otra parte, los padres podrían objetar por motivos religioso o no religiosos, lo que da lugar a otra pregunta: ¿deberían todas las objeciones de conciencia recibir el mismo tratamiento, estén basadas en convicciones religiosas o ideológicas? Si la objeción de conciencia siempre requiere protección, ¿no se estaría dejando la eficacia del sistema educativo en manos de los ciudadanos?

Pese a todo, la objeción de conciencia es el camino que han elegido los padres tanto en España como en Alemania cuando se han planteado este tipo de controversias. En Alemania, las autoridades educativas y los tribunales han estimado las peticiones de varios padres musulmanes que rechazaban por motivos religiosos la participación de sus hijos en las clases de educación física, especialmente si se trataba de niñas que debían vestir ciertas prendas que consideraban contrarias a los preceptos de su religión, y estaban presentes estudiantes del otro sexo. Los tribunales confirmaron la obligación positiva que tiene el Estado de tratar de acomodar las creencias religiosas de los estudiantes a las disposiciones que regulan el

sistema educativo, pero cuando no fuera posible, los estudiantes no deberían ser obligados a asistir a clase.⁸⁶

Un conflicto similar se planteó en España cuando se impuso obligatoriamente en todas las escuelas públicas y privadas la asignatura de educación para la ciudadanía, sin la posibilidad de exención ni ofertar una asignatura alternativa a los niños cuyos padres consideraran que los contenidos de la asignatura eran contrarios a sus convicciones religiosas o morales⁸⁷. Decidieron entonces objetar por motivos de conciencia. La objeción de conciencia por motivos religiosos fue alentada por las autoridades católicas, que emitieron un comunicado en el que declaraban que determinados contenidos de la asignatura contravenían directamente la doctrina católica⁸⁸. Las autoridades públicas siguieron rechazando la objeción de conciencia, a pesar de que miles de padres en toda España habían objetado⁸⁹. Algunos de ellos acudieron a los tribunales, que dictaron sentencias contradictorias, reconociendo unos el derecho de los padres a objetar, y denegándolo otros⁹⁰.

Como era de esperar el caso llegó al tribunal Supremo, que dictó Sentencia en 2009⁹¹. El Tribunal Supremo no reconoció la objeción de conciencia en esta materia, aunque señalaba que podrían interponerse nuevas demandas si los padres demostraban que una determinada

⁸⁶ Vid. las referencias y comentarios de R. NAVARRO-VALLS, y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, cit., 277.

⁸⁷ Cfr. L. PRIETO SANCHÍS, *Estado laico y educación en valores*, cit., 26-33.

⁸⁸ La Declaración puede encontrarse en la página web de la Conferencia Episcopal: <http://www.conferenciaepiscopal.nom.es/documentos/Conferencia/LOE2007.htm>. Esta declaración confirma la seriedad de las creencias, un requisito imprescindible para tener en cuenta la petición de objeción de conciencia, en la medida en que no es posible reconocer la objeción de conciencia a cualquier asignatura que pidan los padres.

⁸⁹ No es fácil calcular la cifra total de padres que han recurrido a la objeción de conciencia. Conforme a algunas fuentes, serían unos 40.000; otros consideran este número demasiado elevado, pero reconocen que son miles. En todo caso, se trata de número considerable.

⁹⁰ R. NAVARRO-VALLS y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, cit., 285 y ss.

⁹¹ En realidad, no es una sentencia, sino cuatro, todas ellas del 11 de febrero de 2009. Vid. un comentario en L. RUANO, "Las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009 sobre objeción de conciencia a la Educación para la ciudadanía", en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, [on line] n.20, 2009.

escuela, libro o profesor adoctrinaba a los niños. Esto significa, simple y llanamente, la denegación absoluta de recurrir a la objeción de conciencia, porque si efectivamente se probara que ha existido adoctrinamiento, esto sería motivo para perseguir al infractor, no para autorizar a los padres a objetar. El motivo principal para no reconocer las demandas de los padres es la falta de una ley de objeción de conciencia, lo que deja en manos de los poderes públicos la posibilidad de ejercitarla.

En conclusión, el sistema educativo español vigente es uno de los casos más graves de adoctrinamiento en las escuelas públicas que puede encontrarse en países democráticos. Combina una asignatura obligatoria que tiene contenidos de carácter moral claramente contrarios a la doctrina de una confesión religiosa -que resulta ser la mayoritaria- a la vez que prohíbe la educación en casa y la objeción de conciencia. Se prevé todavía una larga trayectoria en esta controversia. Algunos padres e instituciones han interpuesto demandas ante el Tribunal Constitucional, y es posible que también el TEDH decida finalmente sobre este asunto. La resolución en una de estas instancias podría, y así cabe esperar, poner fin a este conflicto sostenido que no favorece a nadie, y menos que a nadie a los escolares como principales titulares del derecho a la educación.

6. Conclusiones

La laicidad reclama una actitud de inclusión, no de exclusión, ante el fenómeno religioso. No supone que deba expulsarse la religión de la vida pública, sino por el contrario, debe permitirse a todas las confesiones participar en ella. Es decir, la laicidad conduce al pluralismo religioso, no a un ateísmo profesado.

El mismo principio se aplica a la educación. La laicidad no reclama una educación uniforme no religiosa; un sistema educativo pluralista es la mejor protección del derecho de los padres a elegir la educación que desean para sus hijos. No es una tarea fácil alcanzar el equilibrio justo entre todos los elementos en juego, pero merece la pena tratar de alcanzarlos, porque los valores del futuro estarán configurados según el sistema educativo del presente.