

II. DERECHO PÚBLICO EUROPEO

**EL DERECHO DEL MENOR A SER
EDUCADO CONFORME A SU PROPIA
CONCIENCIA SEGÚN LOS
ESTÁNDARES DEL TEDH**

SALVADOR PÉREZ ÁLVAREZ

SUMARIO

1. EL MARGEN DE APRECIACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS DEL CONSEJO DE EUROPA EN MATERIA DE LIBERTAD DE CONCIENCIA.
2. MARGEN DE APRECIACIÓN Y DERECHO DEL MENOR A SER EDUCADO CONFORME A LA PROPIA CONCIENCIA.
3. EL DERECHO DEL MENOR A SER EDUCADO CONFORME A LA PROPIA CONCIENCIA.
 - 3.1 Durante la infancia.
 - 3.2 Durante la niñez temprana.
 - 3.3 Durante la niñez intermedia.
 - 3.4 Durante la adolescencia.
4. A MODO DE CONCLUSIÓN.

Fecha recepción: 23.06.2015
Fecha aceptación: 02.02.2016

EL DERECHO DEL MENOR A SER EDUCADO CONFORME A SU PROPIA CONCIENCIA SEGÚN LOS ESTÁNDARES DEL TEDH

SALVADOR PÉREZ ÁLVAREZ*

Profesor Titular Acreditado de Derecho eclesiástico del Estado.
UNED

1. EL MARGEN DE APRECIACIÓN DE LOS ESTADOS MIEMBROS DEL CONSEJO DE EUROPA EN MATERIA DE LIBERTAD DE CONCIENCIA

El sistema de protección de los Derechos Humanos en el marco del Consejo de Europa nació con la finalidad de delimitar un orden europeo común, si bien el devenir de los tiempos ha demostrado que su articulación sólo es posible siempre que se respeten las diversidades culturales, sociales y jurídicas que convergen en este contexto europeo¹. La existencia de este pluralismo ideológico y cultural se ha traducido en la falta de un consenso sobre el alcance y significado de los derechos consagrados en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades de 4 de noviembre de 1950 (Convenio de Roma) y en el Protocolo Adicional hecho en París, el 20 de marzo de 1952. Para hacer frente a esta realidad, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) elaboró su doctrina sobre el margen de apreciación del que disponen los legislado-

* Departamento de Derecho Eclesiástico del Estado. Facultad de Derecho UNED. Obispo Trejo, 2. 28040 Madrid. Email: sperez@der.uned.es

¹ CELADOR ANGÓN, O. (2011). *Libertad de conciencia y Europa. Un estudio sobre las tradiciones constitucionales comunes y el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Dykinson, Madrid, págs. 86-87.

res internos de los Estados miembros del Consejo para interpretar el contenido del Convenio y de sus Protocolos Adicionales².

En efecto, como ya puso de manifiesto el Tribunal en el asunto *Handyside contra Reino Unido*, el Convenio otorga libertad a los países contratantes para que sean sus autoridades nacionales quienes garanticen la realización efectiva de su contenido³ acomodándolo a sus peculiaridades jurídicas, sociales y culturales⁴. Como producto de esta doctrina jurisprudencial, la función judicial que el TEDH se arroga no es la de realizar un examen abstracto de compatibilidad entre la norma estatal impugnada y las disposiciones del Convenio. Su tarea consiste en revisar si el legislador nacional se ha extralimitado en su margen de apreciación en la protección de derechos convencionales. Ello marca una diferencia importante con respecto al tipo de argumentación que podría llevar a cabo un Tribunal Constitucional nacional en cada caso concreto y conlleva, al mismo tiempo, una revisión particularizada de la medida estatal impugnada, atendiendo a la coyuntura interna de cada país y a sus circunstancias jurídicas, morales y/o sociales.

El TEDH ha desarrollado esta doctrina en relación, entre otros derechos, con la interpretación del alcance y significado de la libertad de pensamiento, conciencia y religión consagrada en el art. 9 del Convenio de Roma. Al tratarse de materias muy sensibles para la propia conciencia que afectan, como diría Llamazares Fernández, a la esencia de la identidad personal del sujeto⁵, el Tribunal ha dejado claro que el margen de apreciación con el que han sido reguladas por parte de los Estados miembros se encuentra influenciado, entre otros factores⁶, por el grado

² La doctrina elaborada por el TEDH se hace eco de la doctrina adoptada por el Consejo de Estado francés *marge d'appréciation* para referirse al grado de discrecionalidad de que disponen los órganos jurisdiccionales en la resolución de cada caso concreto. *Vid.* BRAUCH, J. A. (2002). «The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the rule of Law», *Columbia Journal of European Law*, vol. 11, pág. 116.

³ Asunto n.º 5493/72 *Handyside contra Reino Unido* de 7 de diciembre de 1976, N. 48.

⁴ GONZÁLEZ VEGA, J. A. (2004). «Interpretación, Derecho Internacional y Convenio Europeo de Derechos Humanos: a propósito de la interpretación evolutiva en materia de autodeterminación sexual», *Revista Española de Derecho*, n. LVI (1), 2004, pág. 178.

⁵ Como afirma este autor: «La conciencia es la capacidad o facultad para percibir la propia identidad personal como radical libertad, en la que uno es similar y distinto de lo otro y de los otros (vivencia de lo común y de lo singular), de sus posibilidades y de sus límites, sintiéndose sujeto único al que han de referirse todos los cambios, transformaciones y acciones, dando así unidad a la propia historia (de lo que hace, de lo que le hace y de lo que acontece)». *Cfr.* LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. (2011). *Derecho de la libertad de conciencia I. Conciencia, tolerancia y laicidad*, 4.ª Ed., Thomson Reuters Civitas, Pamplona, pág. 15.

⁶ Sobre los elementos que componen la doctrina del margen de apreciación del TEDH *Vid.* GARCÍA ROCA, J. (2007). «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el TEDH: soberanía e integración», *Teoría y Realidad Constitucional*, n. 20, págs. 125-126.

de relevancia del conjunto de convicciones que convergen en las sociedades contemporáneas respectivas en cada momento histórico dado⁷. A este respecto, aunque actualmente existen una tendencia mayoritaria hacia la consagración de un sistema laico o secular en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros del Consejo de Europa⁸, por reminiscencias históricas o culturales aún subsisten peculiaridades jurídicas en todos ellos que los hacen ser muy dispares entre sí⁹.

La convergencia de este pluralismo jurídico en materia de libertad de conciencia sólo es posible en Europa, en la medida en que la regulación de las materias sobre las que se proyecta, desde el punto de vista de su objeto material, este derecho en cada uno de los países del Convenio¹⁰, responde a los factores determinantes de su margen de apreciación en la interpretación del alcance y contenido del contenido del Convenio de Roma y de sus Protocolos Adicionales¹¹. Dicho poder de discrecionalidad es el que permite que la Convención constituya un mecanismo de protección de este derecho con la flexibilidad necesaria para, por un lado, legitimar la autoridad del propio TEDH frente a la voluntad estatal en la protección de los mismo y, por otro, reflejar el pluralismo democrático existente en Europa con respecto a la regulación jurídica interna de todas estas cuestiones¹². Pues como ha apreciado el propio Tribunal: «No se puede discernir en Europa una concepción uniforme sobre el significado de la religión en la sociedad, y el significado o impacto de la expresión pública de una creencia diferirá según el momento y el contexto. Consecuentemente, las normas en esta esfera variarán de un país a otro según las tradiciones nacionales, así como las exigencias impuestas por la necesidad de proteger los derechos de los demás y mantener el orden público. Por tanto, la elección de la extensión y la forma de

⁷ Asunto n.º 5493/72 Handyside contra Reino Unido de 7 de diciembre de 1976, N. 48-49.

⁸ CELADOR ANGÓN, O. (2011). *Libertad de conciencia y Europa*, ob. cit., pág. 153.

⁹ FERNÁNDEZ-CORONADO, A. (2013). «Marco comparado de libertad religiosa en Europa», en REGUEIRO GARCÍA, M.T. y PÉREZ ÁLVAREZ, S. (Dir.) (2013). *Gestión de la diversidad cultural en las sociedades contemporáneas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 657-659.

¹⁰ La existencia de estas divergencias sobre las dimensiones morales, sociales y jurídicas de las materias sensibles para la conciencia de los ciudadanos en Europa constituye, precisamente, el fundamento del margen de apreciación con el que los Estados miembros del Consejo pueden legislar sobre las mismas al amparo del contenido del Convenio de Roma y de sus Protocolos Adicionales. *Vid.* SOLAR CAYÓN, J. I. (2007). «Pluralismo, democracia y libertad religiosa: consideraciones (críticas) sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 15, pág. 5.

¹¹ Asunto n.º 44774/98 Leyla Sahin contra Turquía de 10 de noviembre de 2005, N. 189; Asunto n.º 1620/03 Schüth contra Alemania de 23 de diciembre de 2010, N. 58; Asunto n.º 30814/06 Lautsi y otros contra Italia (Gran Sala) de 18 de marzo de 2011, N. 61.

¹² CELADOR ANGÓN, O. (2011). *Libertad de conciencia y Europa*, ob. cit., pág. 87.

tales regulaciones debe dejarse inevitablemente hasta cierto punto al Estado interesado, puesto que dependerá del contexto doméstico»¹³.

El margen de apreciación relativo a la regulación jurídica de todas aquellas materias sensibles para la conciencia de los ciudadanos es más amplio cuanto mayores sean las divergencias jurídicas, morales o sociales existentes en Europa sobre la materia de que se trate como sucede, por citar un par de ejemplos, con todo lo relativo a los inicios de la vida¹⁴ o la presencia de símbolos religiosos en la esfera pública¹⁵. Como puso de manifiesto la Gran Sala en el *asunto Dickson contra Reino Unido* «cuando no existe un consenso en el seno de los Estados miembros del Consejo de Europa, tanto sobre la importancia relativa al interés en juego o sobre los mejores medios para protegerlo, en particular cuando el asunto plantea cuestiones o implica elecciones complejas de estrategia social, el margen de apreciación es más amplio. Gracias a un conocimiento directo de su sociedad y sus necesidades, las autoridades internas se hallan en principio mejor situadas que el Juez internacional para determinar lo que es de utilidad pública. En tal caso, el Tribunal respeta generalmente la elección política del legislador»¹⁶. Ahora bien, los Estados parte deben permanecer «neutros e imparciales, el ejercicio de diversas religiones, cultos y creencias... la paz religiosa y la tolerancia en una sociedad democrática»¹⁷ como estándar mínimo que se erige como el límite ineludible del grado de discrecionalidad de que disponen todos ellos para legislar sobre materias de la libertad de conciencia de los ciudadanos.

2. MARGEN DE APRECIACIÓN Y DERECHO DEL MENOR A SER EDUCADO CONFORME A LA PROPIA CONCIENCIA

Uno de los ámbitos donde la toma decisiones «complejas de estrategia social» es el relativo al derecho a la educación o a la instrucción consagrado en

¹³ Asunto n.º 44774/98 Leyla Sahin contra Turquía de 10 de noviembre de 2005, N. 89.

¹⁴ Asunto n.º 53924/00 Vo contra Francia de 8 de julio de 2004, N. 82; Asunto n.º 6339/05 Evans contra Reino Unido de 7 de marzo de 2006, N. 45; Asunto n.º 6339/05 Evans contra Reino Unido (Gran Sala) de 10 de abril de 2007, N. 54 y 56; Asunto n.º 25579/05 A, B y C contra Irlanda de 16 de diciembre de 2010, N. 20, 39 y 50; Asunto n.º 57375/08 P y S contra Polonia de 30 de enero de 2013, N. 97.

¹⁵ Asunto n.º 30814/06 Lautsi y otros contra Italia (Gran Sala) de 18 de marzo de 2011, N. 26-28.

¹⁶ Asunto n.º 44362/04 Dickson contra Reino Unido (Gran Sala) de 4 de diciembre de 2007, N. 82.

¹⁷ Asunto n.º 18748/91 Manoussakis y otros contra Grecia, de 26 septiembre 1996, N. 44; Asunto n.º 1448/04 Hasan y Eylem Zengin contra Turquía de 9 de octubre de 2007, N. 54; Asunto n.º 30814/06 Lautsi y otros contra Italia (Gran Sala) de 18 de marzo de 2011, N. 60.

el art. 2 del primer Protocolo Adicional (PA) del Convenio de Roma, en la medida en que constituye el medio esencial para la transmisión de conocimientos, valores y tradiciones culturales de generación en generación¹⁸. La regulación jurídica del contexto educativo constituye un autentico banco de pruebas del margen de apreciación que disponen los legisladores internos de los Estados miembros¹⁹, en un terreno como éste cuya razón de ser es promover el libre desarrollo de la personalidad de los destinatarios de las enseñanzas²⁰. En sentido similar, el TC español ha resaltado «la inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana, dada la innegable trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, y para la misma convivencia en sociedad, que se ve reforzada mediante la enseñanza de los valores democráticos y el respeto a los derechos humanos, necesarios para «establecer una sociedad democrática avanzada»»²¹.

En efecto, la educación está íntimamente relacionada con la transmisión de contenidos, competencias y valores cuyo objetivo primordial consiste en el desarrollo del alumnado y su preparación para su integración en el entorno social que le rodea²². Nos hallamos ante la piedra angular del progreso de los pueblos²³, la variable estratégica de mayor trascendencia para abordar los retos del presente, para desarrollar el capital humano para impulsar el desarrollo y el cauce instrumental para la conformación de la identidad personal del ser humano conforma

¹⁸ GARCIMARTÍN MONTERO, C. (2012), «Educación en un Estado laico ¿De quién es el derecho?», POLO SABAU. JR. (Dir.) (2012). *Anuario de Derecho a la educación*, Dykinson, Madrid, pág. 64.

¹⁹ GARCÍA ROCA, J. (2007). «La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional», ob. cit., pág. 140.

²⁰ CELADOR ANGÓN, O. (2011), Libertad de conciencia y Europa, ob. cit., pág. 162.

²¹ FJ. 8 de la STC 236/2007, de 7 de noviembre.

²² LETURIA NAVARRO, A. (2013). «Educación para la inclusión en un modelo intercultural de gestión de la diversidad», CASTRO JOVER, A. (Dir.) (2013). *Interculturalidad y Derecho*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, pág. 89.

²³ De ahí la eterna pretensión de los Estados totalitaristas o de los regímenes constitucionales ideológicamente monistas como, por ejemplo, el sistema de confesionalidad católica predominante en la historia del constitucionalismo español de implantar un sistema educativo basado en los valores y en los imperativos categóricos propios de la ideología predominante, ya sea de base religiosa o no. Sobre una análisis en profundidad de esta materia *Vid.* ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. (2012). «Análisis histórico-jurídico del artículo 27 de la Constitución española de 1978: un camino para entender nuestro sistema educativo», en POLO SABAU. JR. (Dir.) (2012). *Anuario*, ob. cit., págs. 13-22.

la propia conciencia²⁴. Y, a este respecto, coincidimos con Embid Irujo cuando afirma que «la actividad del Estado en materia de educación... no solo debe asegurar la transmisión del conocimiento del entramado institucional del Estado sino también ofrecer una instrucción o información sobre valores necesarios para el buen funcionamiento del sistema democrático»²⁵.

Los valores y principios en que se fundamente la acción educativa van a ejercer una clara influencia en el proceso psicológico de construcción de la propia conciencia crítica²⁶ del destinatario de las enseñanzas debido a que va a conformar su capacidad de decidir y su forma de actuar en base, precisamente, a aquellas normas o postulados dogmáticos²⁷. Y es que en el fondo, como viene defendiendo Llamazares Fernández desde hace años, el derecho a la educación no es otra cosa que «el derecho a formar en libertad y para la libertad la propia conciencia»²⁸ o, como es definida por el TEDH, «el procedimiento total mediante el cual en cualquier sociedad los adultos inculcan a los más jóvenes sus creencias, hábitos y demás valores»²⁹ con la finalidad primordial de promover «el desarrollo y la formación del carácter y el espíritu de los alumnos, así como su autonomía personal»³⁰. En el contexto propio de las sociedades democráticas de Derecho europeas, el Tribunal ha dejado claro que la realización efectiva de este derecho requiere una acción de signo positivo³¹ por parte de las autoridades

²⁴ SUÁREZ PERTIERRA, G. (2005). «Educación en valores y multiculturalidad», SUÁREZ PERTIERRA, G. y CONTRERAS MAZARÍO, J. M. (Coord.) (2005). *Interculturalidad y educación en Europa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pág. 437.

²⁵ Cfr. EMBID IRUJO, A. (2009). «Educar a ciudadanos. Reflexiones en torno a las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009 sobre la «Educación para la ciudadanía»», *El Cronista*, n. 4, págs. 43-44.

²⁶ «La conciencia crítica es un sentimiento interior por el cual el ser humano es capaz de apreciar su propio valor y capacidades, y de reconocerlos en las demás personas. El desarrollo de la conciencia crítica permite tener una noción real de sí mismo/a y de los/as demás. Es un proceso permanente que requiere una actitud abierta frente a uno/a mismo/a y a los/as demás». Cfr. ORTIZ UMAÑA, G. (1994). *Conciencia crítica*, Ministerio de Educación Nacional, Bogotá, pág. 3.

²⁷ LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, A. (2012). «La educación en casa (homeschooling), ¿Una objeción a la escolarización?», POLO SABAU, J.R. (Dir.) (2012). *Anuario*, ob. cit., pág. 182.

²⁸ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. (2011). *Derecho de la libertad de conciencia II. Conciencia, identidad personal y solidaridad*, 4.ª Ed., Civitas Thomson Reuters, pág. 57.

²⁹ Asunto n.º 7511/1976 y 7743/1976 Campbell y Cosans contra Reino Unido de 25 de febrero de 1982, N. 33.

³⁰ Asunto n.º 1448/04 Hasan y Eylem Zengin contra Turquía de 9 de octubre de 2007, N. 55.

³¹ PELAYO OLMEDO, J.D. (2013). «Reflexiones sobre la relación existente el derecho a la educación y la libertad de pensamiento, conciencia y religión», *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, n.º 13 (II), págs. 291-292.

nacionales consistente en la ordenación interna de un sistema educativo público³², a través de «la definición y fijación del programa de estudios [que] dependen, en principio, de la competencia de los Estados Contratantes» dentro de su margen de apreciación del que disponen en la interpretación del alcance y significado del más genérico derecho a la instrucción consagrado en el art. 2 del primer PA del Convenio de Roma³³.

Sobre la base de estos presupuestos, el TEDH ha tenido ocasión de constatar que el margen de apreciación con el que el constituyente español contemporáneo ha ordenado el contexto educativo en torno al derecho a la educación consagrado en el art. 27 CE³⁴, cuyo objeto esencial consiste en garantizar el pleno desarrollo de su personalidad de los destinatarios de las enseñanzas³⁵, en tanto en cuanto «ideario educativo de la Constitución»³⁶. Por presión de este mandato constitucional, la acción educativa debe potenciar las capacidades cognitivas de los ciudadanos para vivir libres y responsablemente con ellos mismos y sus facultades intelectivas para poder analizar, discernir y saber cómo actuar ante cada situación que deba afrontar a lo largo de su devenir vital presente y futuro³⁷. Sobre todo de los alumnos menores de edad, pues aunque el constituyente español ha consagrado este derecho como un derecho fundamental de todos los ciudadanos, el sistema educativo español se encuentra estructurado y vertebrado en torno a aquellos discentes que, por razón de su minoría de edad, se caracterizan por el

³² Asunto n.º 1677/1962, 1691/1962 y 1474/1962 Lingüístico Belga de 23 de julio de 1968, N. 2; Asunto n.º 7511/1976 y 7743/1976 Campbell y Cosans contra Reino Unido de 25 de febrero de 1982, N. 41; Asunto n.º 43370/04, 8252/05 y 18454/06 Catan y otros contra Moldavia y Rusia de 19 de octubre de 2012, N. 137; Asunto n.º 25851/09, 29284/09 y 64090/09 Tarantino y otros contra Italia de 4 de abril de 2013, N. 43-44.

³³ Asunto n.º 5095/71; 5920/72; 5926/72 Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca de 7 de diciembre de 1976, N. 54; Asunto de la Comisión Europea de Derechos Humanos n. 13887/88 Graeme contra Reino Unido de 26 de mayo de 1988, N. 1; Asunto n.º 51188/99 Alejandro Jiménez Alonso y Pilar Jiménez Merino contra España de 25 de mayo de 2000, N. 1; Asunto n.º 46254/99 y 31888/02 Bulski contra Polonia de 30 de noviembre de 2004, N. 1; Asunto n.º 35504/03 Konrad contra alemana de 11 de septiembre de 2006, N. 1; Asunto n.º 2007/53 Folgero y otros contra Noruega de 29 de junio de 2007, N. 84; Asunto n.º 1448/04 Hasan y Eylem Zengin contra Turquía de 9 de octubre de 2007, N. 50; Asunto n.º 45216/07 Appel-Irrgang y otros contra Alemania de 11 de octubre de 2009; Asunto n.º 30814/06 Lautsi y otros contra Italia (Gran Sala) de 18 de marzo de 2011, N. 62.

³⁴ Nos referimos al Asunto n.º 51188/99 Alejandro Jiménez Alonso y Pilar Jiménez Merino contra España de 25 de mayo de 2000.

³⁵ Art. 27.2 de la Constitución de 1978.

³⁶ FJ. 8 de la STC 5/1981, de 13 de febrero; FJ. 2 del ATC 40/1999, de 20 de febrero.

³⁷ SUÁREZ PERTIERRA, G. (2005). «Educación en valores», ob. cit., pág. 437.

hecho de tratarse de sujetos *a priori* más influenciables por los demás debido a su falta de madurez y discreción de juicio³⁸.

La niñez es una etapa fundamental del proceso de madurez y desarrollo de la personalidad que va conformándose paulatinamente en base al conjunto de pautas de conducta y de la escala de valores que les son transmitidos en los ámbitos familiar y escolástico y, conforme va creciendo, de sus relaciones con los demás que entablan en sus espacios tanto analógicos como digitales³⁹. Todos ellos van a ejercer una gran influencia en el proceso psicológico interno de conformación de la conciencia del menor a través de su educación⁴⁰ y, sobre todo, el tipo de formación religiosa y/o moral que hayan elegido para ellos sus padres o representantes legales, en base su derecho consagrado en art. 27.3 CE⁴¹ y en el art. 2.2 del Protocolo Adicional del Convenio de Roma, entre otros instrumentos internacionales ratificados por España⁴²; que va a condicionar, a su vez, su derecho a acomodar su conducta y su forma de vida a sus propias convicciones⁴³.

La configuración del derecho a la educación produce como resultado la paradoja de que el disfrute del «derecho a formar en libertad y para la libertad la propia conciencia» del menor se va encontrar condicionado, al menos durante los primeros años de la minoría de edad, por el tipo de formación moral o religiosa que sus representantes legales hayan elegido para él⁴⁴ como manifestación

³⁸ ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. (2006). *La patria potestad y la libertad de conciencia del menor*, Tecnos, Madrid, pág. 74.

³⁹ FERNÁNDEZ-CORONADO, A., PÉREZ ÁLVAREZ, S. (2013), «La libre formación de la conciencia del menor a través de Internet», PÉREZ ÁLVAREZ, S. *et. al.* (Dir.) (2013). *Menores e Internet*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, págs. 190-204.

⁴⁰ FJ. 1 de la STC 24/1982, de 13 de mayo.

⁴¹ RODRIGO LARA, M.B.(2008). «El papel del menor de edad en la enseñanza religiosa», (2008), DOMINGO GUTIÉRREZ, M. (Ed.) (2008). *Educación y religión. Una perspectiva de derecho comparado*, Comares, Granada, págs. 75-76.

⁴² En concreto, nos referimos al art. 13.3 del Pacto Internacional de la ONU sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966 ratificado por España (BOE n. 103, de 30 de abril de 1977) que impone a los Estados parte la obligación de «respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales... de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

⁴³ FJ. 4 del ATC 617/1984, de 31 de octubre; FJ. 2 del la STC 19/1985, de 13 de febrero; FJ. 3 del ATC 551/1985, de 24 de julio; FJ. 10 de la STC 120/1990, de 27 de junio; FJ. 8 de la STC 137/1990, de 19 de julio; FJ. 2 de la STC 166/1996, de 28 de octubre; FJ. 4 de la STC 46/2001, de 15 de febrero;; FJ. 8 de la STC 154/2002, de 18 de julio; F. J. 3 de la STC 101/2004, de 2 de junio; FJ. 4 de la STC 296/2005, de 21 de noviembre; FJ. 3 de la STC 34/2011, de 28 de marzo; FJ. 5 de la STC 207/2013, de 5 de diciembre; FJ. 7 de la STC 51/2011, de 14 de abril.

⁴⁴ ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. (2006), *La patria potestad*, ob. cit., pág. 80.

específica de su libertad ideológica o de conciencia según la doctrina del TC⁴⁵. El ejercicio efectivo de este derecho constituye, además, una obligación inherente a su patria potestad en cuya virtud deben «procurarles una formación completa o integral (art. 154, 1 CC)⁴⁶. En el cumplimiento de este deber, los padres tienen que velar por hacer efectivo el derecho a la educación del menor, que en los niveles o etapas educativas de enseñanza elemental, es obligatoria, pero también podrán transmitirles un determinado código ético y moral, o unos concretos valores religiosos, en el ejercicio de su derecho fundamental de libertad religiosa»⁴⁷.

Ahora bien, el ejercicio de aquella potestad «dista mucho de otorgarles la propiedad de la conciencia de sus hijos o de su derecho a transmitirles imperativamente, en un intento de clonación, sus propias cosmovisiones»⁴⁸ que tienen derecho a ser educado conforme a su propia conciencia⁴⁹, como manifestación específica de su más amplia libertad ideológica⁵⁰ consagrada en el art. 6.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM)⁵¹ tal y como ha ratificado el propio TC⁵². El derecho de los padres a elegir el tipo de formación moral o religiosa que estimen más adecuada para sus hijos se encuentra subordinado, en todo caso, al más genérico derecho a la educación del menor, como estándar mínimo que debe ser respetado por las autoridades nacionales del Estado español en relación con el alcance y significado de los derechos consagrados en el art. 2 del primer PA del Convenio de Roma⁵³.

⁴⁵ FJ 9 de la STC 5/1981, de 13 de febrero; FJ 5 de la STC 128/2007, de 4 de junio.

⁴⁶ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889) y reformado por última vez por obra de la Ley 1/2009, de 25 de marzo (BOE núm. 73, de 26 de marzo de 2009).

⁴⁷ RUANO ESPINA, L. (2009). «El derecho a elegir, en el ámbito escolar, la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con las propias convicciones en el marco de la LOLR», *Revista General de Derecho Canónico y de Derecho eclesiástico del Estado*, n.º 19, pág. 6.

⁴⁸ Cfr. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. (2011). *Derecho de la libertad de conciencia II*, ob. cit., pág. 91.

⁴⁹ ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. (2006). *La patria potestad*, ob. cit., pág. 80.

⁵⁰ VALERO HEREDIA, A. (2009). *La libertad de conciencia del menor desde una perspectiva constitucional*, CEPC, Madrid, pág. 35; RODRIGO LARA, M. B. (2005). *Minoría de edad y libertad de conciencia*, Servicio de Publicaciones de la UCM, Madrid, págs. 189-196.

⁵¹ BOE núm. 15, de 17 de enero de 1996.

⁵² FJ. 5 de la STC 38/2007, de 15 de febrero.

⁵³ Asunto n.º 5095/71; 5920/72; 5926/72 Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca de 7 de diciembre de 1976, N. 51 y 53; Asunto n.º 7511/1976 y 7743/1976 Campbell y Cosans contra Reino Unido de 25 de febrero de 1982, N. 40; Asunto n.º 10233/83 Familia H contra Reino Unido de 6 de marzo de 1984; Asunto n.º 35504/03 Konrad contra alemana de 11 de septiembre de 2006, N. 1; Asunto n.º 2007\53 Folgero y otros contra Noruega de 29 de junio

En efecto, el «derecho a formar en libertad y para la libertad la propia conciencia» del niño prevalece, en todo caso, sobre el derecho de sus padres o tutores a orientar su educación religiosa o filosófica según la doctrina del propio Tribunal⁵⁴. Y es lógico que así lo sea, pues al menos en la tradición constitucional española «los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral»⁵⁵, pero actuando siempre «en interés del menor», y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el «superior» del niño» según la doctrina de nuestro TC⁵⁶. Así resulta también de los compromisos internacionales asumidos por España en esta materia⁵⁷. En concreto, el art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por España el 26 de enero de 1990⁵⁸ establece que «los derechos y los deberes de los padres o... tutores u otras personas encargadas legalmente del niño» deben ser ejercitados «en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención». Y el art. 14 de la citada Convención reafirma que los padres deben guiar al niño en el ejercicio de su derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, «de modo conforme a la evolución de sus facultades».

3. EL DERECHO DEL MENOR A SER EDUCADO CONFORME A LA PROPIA CONCIENCIA

El ser humano se caracteriza, entre otras cualidades, por su capacidad de adaptación al medio y su creciente poder de transformación del mismo

de 2007, N. 84. Asunto n.º 1448/04 Hasan y Eylem Zengin contra Turquía de 9 de octubre de 2007, N. 47.

⁵⁴ Asunto de la Comisión Europea de Derechos Humanos n.º 13887/88 Graeme contra Reino Unido de 26 de mayo de 1988, N. 2; Asunto n.º 17187/90 de la Comisión Europea de Derechos Humanos Bernard y otros contra Luxemburgo de 8 de septiembre de 1993; Asunto de la Comisión Europea de Derechos Humanos n. 23380/94 C. J. J. J. y E. J. contra Polonia de 16 de enero de 1996, N. 3; Asunto n.º 46254/99 y 31888/02 Bulski contra Polonia de 30 de noviembre de 2004, N. 2.

⁵⁵ Art. 6.3 de la LOPJM.

⁵⁶ FJ. 5 de la STC 141/2000, de 29 de mayo.

⁵⁷ VALERO HEREDIA, A. (2012). «Ideario educativo constitucional y «homeschooling»: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 94, pág. 414.

⁵⁸ Por obra del Instrumento de Ratificación publicado en el *BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 1990.

mediante la sociabilización y la cultura⁵⁹. Su paulatino desarrollo persigue dos objetivos fundamentales: de un lado, la formación y la adquisición de capacidades conocimientos y destrezas; y, de otro lado, el uso que las personas hacen de las mismas a lo largo de la vida⁶⁰. Sobre todo en los ciclos vitales en que se divide la niñez en abstracto considerada, donde el tipo de educación moral o religiosa que reciba el menor va a ejercer una notoria influencia en el proceso psicológico interno de libre formación de su ideología o conciencia personal. Pues, como aprecia García Vilardell, «toda educación tiene como vocación ayudar al desarrollo de la conciencia; incide directamente en la identidad de las personas, y contribuye a su despliegue y maduración»⁶¹. En Occidente dicho fenómeno psicológico tiene lugar a lo largo de varios ciclos vitales íntimamente relacionados entre sí: la infancia, la adolescencia y la adultez⁶². De todos ellos vamos a centrar nuestra atención en el margen de apreciación con el que el legislador español ha regulado el derecho del niño a ser educado conforme a su incipiente conciencia durante los ciclos vitales en que se divide la minoría de edad del destinatario de este tipo de enseñanzas: la infancia, la niñez y la adolescencia⁶³.

3.1 Durante la infancia

Durante los tres primeros años de la infancia, comienzan a manifestarse, aunque de forma básica, las capacidades intelectuales del niño y se fortalecen los lazos de apego y afectividad con quienes le rodean⁶⁴. El menor «aprende a expre-

⁵⁹ LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, A. (2012). «La educación en casa», ob. cit., pág. 182.

⁶⁰ *Informe Desarrollo Humano* (Traducción Ángela García), Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1990, pág. 34.

⁶¹ Cfr. GARCÍA VILARDELL M.R. (2012), «El derecho educativo paterno a la formación religiosa y moral de los hijos; precisiones en cuento su alcance. Su aplicación en el caso concreto del homeschooling», POLO SABAU, J.R. (Dir.) (2012), *Anuario*, ob. cit., pág. 131.

⁶² Las etapas en que se dividen el ciclo vital «traducen una concepción sobre la naturaleza de la realidad del desarrollo humano, basada en las suposiciones o percepciones subjetivas de un grupo social determinado en un momento dado. Es por ello que no hay una concepción única y universalmente aceptada de estas etapas, y por eso para diversos autores y distintos grupos sociales esas divisiones son diferentes». Cfr, CAÑATO RODRÍGUEZ, Y. (2006). «Etapas del ciclo vital», PEÑA TORBAY, G. et. al. (2006). *Una introducción a la psicología*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2006, pág. 76.

⁶³ RECE, F. Pág. (1997). *Desarrollo humano. Estudio del ciclo vital*, 2.ª ed., Prentice-Hall, México, págs. 5-6.

⁶⁴ CAÑATO RODRÍGUEZ, Y. (2006). «Etapas del ciclo», ob. cit., pág. 82.

sar sentimientos y emociones básicas y desarrolla cierta independencia»⁶⁵ y a adquirir autoconciencia de su propia existencia⁶⁶. A pesar de que aún carece de conciencia propia acerca del alcance y significado de sus propios actos, sí comienza a adquirir un cierto sentido del bien y del mal en base a las conductas y acciones que observan de sus padres o cuidadores⁶⁷. Los padres o cuidadores constituyen el referente social del menor dentro y fuera del contexto familiar⁶⁸ y su comportamiento ejerce una influencia decisiva durante el proceso psicológico interno de formación de la conciencia del mismo. Así, por ejemplo, la adopción por parte de los representantes legales de actitudes rígidas, autoritarias y/o violentas en el cumplimiento de sus derechos y/o deberes inherentes a la patria potestad desencadenará, a corto o medio plazo, problemas en la conducta, en el rendimiento académico y en el desarrollo emocional y social de los niños. Mientras que, por el contrario, un entorno familiar lleno de afecto, confianza y armonía donde el infante pueda comenzar a expresarse y a tomar incipiente decisiones fomentará el desarrollo de una personalidad equilibrada por parte del infante⁶⁹, debido a que las impresiones que recibe el ser humano durante la infancia juegan un papel muy decisivo en su posterior desarrollo de la personalidad⁷⁰.

Durante la infancia más temprana se sientan los cimientos éticos o morales de la persona, la arcilla con la cual se puede amoldar su conciencia personal como consecuencia de su respuesta emocional a imágenes, símbolos o iconos externos que van a condicionar su inclinación hacia un tipo de convicciones u otras⁷¹. De ahí que, consecuentemente, los padres o tutores deban prestar especial cautela en relación con el tipo de valores que están transmitiendo a los niños a su cargo de modo que redunden en beneficio de una formación y desarrollo integral en régimen de libertad respetando, en todo caso, sus inclinaciones y predisposicio-

⁶⁵ Cfr. RECE, F. Pág. (1997). *Desarrollo humano*, ob. cit., págs. 6-7.

⁶⁶ KAIL, R., CAVANAUGH, J. C. (2006). *Desarrollo humano: una perspectiva del ciclo vital* (Traducción Erika Jasso Hernán D' Borneville y Óscar Madrigal Muñoz), 3.ª ed, Thomson, México, págs. 121-122.

⁶⁷ CAÑATO RODRÍGUEZ, Y. (2006). «Etapas del ciclo», ob. cit., pág. 82.

⁶⁸ PRESNO LINERA, M. A. (2012). «El concepto inclusivo de familia», GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I. y PRESNO LINERA, M. A. (Ed.) (2012). *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad*, Comares, Granada, pág. 178.

⁶⁹ ESCRIVÁ IVARS, J. (2014). «La importancia de la educación en familia para el desarrollo del menor», BRIONES MARTÍNEZ, I. M. (Coord.) (2014). *Educación en familia. Ampliando derechos educativos y de conciencia*, Dykinson, Madrid, págs. 32-33.

⁷⁰ MILEANT, A. (2001), *La educación de los niños*.

Fuente de Internet: http://www.fatheralexander.org/booklets/spanish/children_s.htm (5 abril 2014)

⁷¹ *Ibidem*.

nes naturales e incrementando, sobre todo, sus incipientes habilidades y actitudes humanas en todos los órdenes. «Pero esta posibilidad de elegir libremente es una capacidad que no es absoluta y que requiere de educación y entrenamiento, pues aunque nacemos con la capacidad de obrar «libremente», ésta puede verse afectada por ciertos condicionamientos como la ignorancia, el desorden emocional y la debilidad de la voluntad entre otros. Y no es posible obrar con libertad si no existe conocimiento (de lo que es beneficioso o perjudicial) responsabilidad, voluntad y salud emocional. Por ello, es importante dotar al menor desde su más tierna infancia de una educación integral que le permita un sano desarrollo de todas sus capacidades: la afectividad, la voluntad, la inteligencia, la responsabilidad y en un adecuado conocimiento de los valores y principios éticos, humanos y civilizados, lo cual es la mejor forma de educar para la libertad personal»⁷² lejos de condicionamientos de orden moral o religioso que vaya a condicionar, ya desde su nacimiento, el sentido de su propia conciencia.

La consecución de estos fines constituiría el interés del menor que los padres o representantes legales deben perseguir en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes de cooperación con respecto a la libre formación de la incipiente conciencia del infante⁷³. Entre estos derechos se encuentra su libertad para escolarizar o no al menor a su cargo en una institución educativa⁷⁴ de Primer Ciclo de Educación Infantil o Guardería, según lo dispuesto en los arts. 12 y 14.1 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (en adelante LOE)⁷⁵ tal y como ha sido reformada por obra de la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE)⁷⁶. «Las guarderías infantiles se configuran como un servicio social del primer nivel, destinado a los niños de cero a tres años, que tiene carácter voluntario y cuya finalidad es dar respuesta a las necesidades de los niños... con el fin de que... puedan adquirir los hábitos y destrezas propios de su edad»⁷⁷. Los contenidos de las actividades educativas que se organizan en estos centros tienen por finalidad «esencial contribuir al desarrollo físico, afectivo, social e intelectual de los

⁷² Cfr. GARCÍA MARTÍN, I. (2013). «Aspectos psicológicos de la influencia de Internet en el libre desarrollo de la personalidad del menor», PÉREZ ÁLVAREZ, S. et. al. (Dir.) (2013). *Menores*, ob. cit. pág. 94.

⁷³ ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. (2006). *La patria potestad*, ob. cit., pág. 66.

⁷⁴ EMBID IRUJO, A. (2006). «El acceso de los alumnos a los centros docentes en la educación no universitaria. El papel de la Administración Pública», *Justicia Administrativa*, n.º 30, pág. 5.

⁷⁵ BOE núm. 106, de 04 de mayo de 2006.

⁷⁶ BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013.

⁷⁷ Se trata del concepto legal de Guardería infantil fijado por la Consejería de Juventud, Familia y Servicios Sociales en el art. 2 del Decreto 49/2004, de 30 de julio, de Guarderías Infantiles (BOLR n.º 99, de 7 de agosto de 2004).

niños»⁷⁸, en torno a las áreas correspondientes a ámbitos propios de la experiencia y del desarrollo infantil y se abordan a través de una metodología basada en juegos que tengan interés y significado para los niños y que sean desarrollados en un ambiente de afecto y confianza, para potenciar su autoestima e integración social⁷⁹. La inserción del menor en las mismas contribuirá positivamente a que comience a tomar conciencia de sí mismo como un ser diferente a los demás, a que adquiera un cierto sentido de autonomía en sus actividades habituales, a que desarrolle sus capacidades emocionales y relacionales con quienes le rodean⁸⁰ y que sienta, en suma, los cimientos más incipientes de su autoestima y, por tanto, de su propia conciencia moral⁸¹.

La formación moral o religiosa del niño durante la infancia depende, sobre todo, de los valores y enseñanzas que les transmitan en el seno familiar, pero también de las actividades pedagógicas realizadas en el contexto del ideario de la Guardería en la que, en su caso, haya sido inscrito⁸². La libertad para matricular a sus infantes en este tipo de instituciones es uno de los mecanismos que los poderes públicos han puesto a disposición a los padres para que los hijos a su cargo sean educados conforme a sus propias convicciones⁸³, dentro del margen de apreciación de que disponen en la interpretación del contenido del art. 2 del primer PA del Convenio de Roma⁸⁴. El Tribunal ratifica, en suma, los postulados defendidos hace ya unos años por Suárez Pertierra de que el carácter propio del

⁷⁸ Según lo establecido en el art. 12.1 de la LOE y en el art. 2.1 del Real Decreto 1630/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas del segundo ciclo de Educación Infantil (BOE núm. 4, de 4 de enero de 2007).

⁷⁹ Art. 4 del Real Decreto 1630/2006, de 29 de diciembre.

⁸⁰ Cumpliendo, de este modo, los objetivos específicos de este ciclo de Educación Infantil conforme a lo establecido en el art. 13 de la LOE y en el art. 3 del Real Decreto 1630/2006, de 29 de diciembre.

⁸¹ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. (2005). «Educación en valores y enseñanza religiosa en el sistema educativo español», SUÁREZ PERTIERRA, G. CONTRERAS MAZARÍO, J. M. (Coord.) (2005). *Interculturalidad*, ob. cit., pág. 398.

⁸² Todo ello debido a que el ideario del centro va a ser el marco referencial de comprensión del mundo que va a abarcar la totalidad del proceso educativo que va a tener lugar en el interior del mismo. Vid. FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A. SÁNCHEZ NAVARRO, A.J. (1996). «Artículo 27, Enseñanza», ALZAGA VILLAMIR, O. (Dir.) (1996). *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Tomo III, EDERSA, Madrid, pág. 224.

⁸³ Todo ello según la doctrina del TC de que «es obvio que la elección de centro docente sea un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral». Cfr. FJ. 8 de la STC 5/1981, de 13 de febrero. En similares términos Vid. FJ. 8 de la STC 77/1985, de 27 de junio;

⁸⁴ Asunto n.º 51188/99 Alejandro Jiménez Alonso y Pilar Jiménez Merino contra España de 25 de mayo de 2000, N. 1; Asunto n.º 46254/99 y 31888/02 Bulski contra Polonia de 30 de noviembre de 2004, N. 1.

centro no se limita únicamente a los aspectos espirituales del tipo de enseñanzas impartidas en el centro sino que, a modo de principio general, impregna toda la actividad que tiene lugar en el interior del mismo⁸⁵. Tesis que reposa a su vez en la doctrina del TC de que «dentro del marco de los principios constitucionales, del respeto a los derechos fundamentales, del servicio a la verdad, a las exigencias de la ciencia y a las restantes finalidades necesarias de la educación mencionadas, entre otros lugares, en el art. 27.2 de la Constitución... ajustándose a los mínimos que los poderes públicos establezcan respecto de los contenidos de las distintas materias, número de horas lectivas, etc., el ideario educativo propio de cada centro puede extenderse a los distintos aspectos de su actividad»⁸⁶.

La existencia de un ideario religioso o ético no coarta, ni mucho menos, la libertad de los destinatarios de las enseñanzas, cabe advertir que los mismos son infantes de 1 a 3 años edad carecen, obviamente, de discreción de juicio para entender y discernir el alcance y significado de la simbología moral o religiosa que impregna todas las actividades pedagógicas, lo que impediría que comenzaran a desarrollar su propia ideología o conciencia en régimen de plena libertad⁸⁷. Por este motivo, lo deseable sería que los padres o tutores que decidan matricular a sus infantes en un Guardería lo hicieran en instituciones dotadas con un ideario propio ideológicamente neutral, de modo que no ejerciera ningún tipo de influencia en la libre formación de la conciencia del niño⁸⁸ garantizando, de este modo, que tenga lugar el libre desarrollo de su personalidad en este tipo de centros, sin ningún tipo de condicionamientos éticos, ya sean religiosos o no⁸⁹. Pues, como puso de manifiesto Tomás y Valiente en su Voto Particular a la sentencia del TC 5/1981, de 13 de febrero, el pleno desarrollo de la personalidad humana que constituye el objetivo primario del derecho a la educación «es imposible sin libertad, por lo cual los términos del art. 27.2 son complementivos de aque-

⁸⁵ «Reflexiones acerca de la relación entre libertad de enseñanza e ideario de centro educativo», en *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 2, 1983, pág. 640.

⁸⁶ Cfr. FJ. 8 de la STC 5/1981, de 13 de febrero. En sentido similar *vid.*

⁸⁷ CUBILLAS RECIO, M. (2002). «La enseñanza de la religión en el sistema español y su fundamentación en el derecho de los padres sobre la formación religiosa de sus hijos», *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, n.º 2, pág. 204.

⁸⁸ En la medida en que la genérica libertad para crear centros docentes consagrada en el art. 27.5 de la CE se encuentra subordinada al fin esencial de garantizar el libre desarrollo de la personalidad de los alumnos que persigue el derecho a la educación. *Vid.* EMBID IRUJO, A. (2006). «El acceso de los alumnos a los centros docentes», *ob. cit.*, págs. 16-17.

⁸⁹ Pues, como ha puesto de manifiesto GARCÍA MARTÍN: «si algo queda claro desde la psicología evolutiva, es que para que el hombre llegue al estado de adultez requiere de experiencias y de un ambiente que le ayude a lograr su plenitud». Cfr. GARCÍA MARTÍN, I. (2013). «Aspectos psicológicos», *ob. cit.*, pág. 93.

llos otros del art. 10.1 de la C. E. en los que se afirma que «el libre desarrollo de la personalidad» es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. Por ello, todo ideario educativo que coarte o ponga en peligro el desarrollo pleno y libre de la personalidad de los alumnos será nulo por opuesto a la Constitución»⁹⁰. Lo que no afecta en absoluto al «derecho de los padres de aclarar y aconsejar a sus hijos, de ejercitar con ellos sus naturales funciones de educadores o de orientarles en una dirección, conforme a sus propias convicciones religiosas o filosóficas» como ha confirmado la doctrina del TEDH en esta materia⁹¹.

3.2 Durante la niñez temprana

En la niñez temprana, el ámbito familiar es el entorno natural que proporciona la influencia más notoria en el libre desarrollo de la personalidad del niño⁹², pues contribuye de manera decisiva en la organización sus formas de relacionarse de manera recíproca, reiterativa y dinámica⁹³ promoviendo, de esta manera, su capacidad para poder actuar, paulatinamente y por iniciativa propia, en el ambiente social que le rodea y de seleccionar los diversos estímulos con los que tropieza⁹⁴. Las ideas y expectativas que los padres o representantes legales tienen acerca del menor, especialmente del niño pequeño, son determinantes para interpretar y prever cuales van a ser las pautas y los sistemas de valores que utilicen para su socialización a largo de su devenir vital⁹⁵. Los menores de estas edades comienzan a disfrutar, incipientemente, de un cierto sentido propio y autónomo

⁹⁰ Pág. 10 del Voto Particular del magistrado Tomás y Valiente de la STC 5/1981, de 13 de febrero.

⁹¹ Asunto n.º 5095/71; 5920/72; 5926/72 Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca de 7 de diciembre de 1976, N. 54; Asunto n.º 51188/99 Alejandro Jiménez Alonso y Pilar Jiménez Merino contra España de 25 de mayo de 2000, N. 1; Asunto n.º 35504/03 Konrad contra alemana de 11 de septiembre de 2006, N. 1; Asunto n.º 2007/53 Folgero y otros contra Noruega de 29 de junio de 2007, N. 84;

⁹² «Los procesos de socialización primaria se fundamentan en que la presentación que los padres hacen del mundo en que viven sea para el niño la realidad, que las explicaciones que hacen de él sea para el niño la única verdad posible de esa realidad». *Cfr.* LALUEZA, J.L., CRESPO, I. (2003). «Adolescencia y relaciones familiares», CORRAL IÑIGO, A. (Dir.) (2003). *Los adolescentes en el siglo XXI: Un enfoque psico-social*, UOC, Barcelona, pág. 123.

⁹³ MENDIZÁBAL RODRÍGUEZ, J.A., ANZURES LÓPEZ, B. (1999). «La familia y el adolescente», *Revista Médica del hospital General*, vol. 62 (3), págs. 191-192.

⁹⁴ ADORNO, TW. *et. al.* (2006). «La personalidad autoritaria», *Revista de Metodología de Ciencias Sociales*, n. 12, pág. 174.

⁹⁵ CASAS, F. (1992). «Las representaciones sociales de las necesidades de niños y niñas, y su calidad de vida», *Anuario de Psicología*, n.º 53, pág. 30.

de su propia conciencia en relación con la toma de aquellas decisiones que atañen a sus representaciones mentales de la realidad⁹⁶ y comienza a conformar su propia identidad⁹⁷.

Durante este periodo del devenir vital del niño, los padres son aún libres para decidir si escolarizan o no a su hijo en una institución educativa de Segundo Ciclo de Educación Infantil según lo dispuesto en los arts. 12 y 14.1 de la LOE. Las enseñanzas mínimas que deben impartirse obligatoriamente en todos los centros educativos autorizados para impartir este nivel educativo están orientadas, entre otras áreas, al «Conocimiento de uno mismo»⁹⁸. Según las bases generales fijadas en el Anexo del Real Decreto 1630/2006, de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas del segundo ciclo de Educación infantil, este «área de conocimiento y experiencia hace referencia, de forma conjunta, a la construcción gradual de la propia identidad y de su madurez emocional, al establecimiento de relaciones afectivas con los demás y a la autonomía personal como procesos inseparables y necesariamente complementarios... La identidad es una de las resultantes del conjunto de experiencias que niños y niñas tienen al interactuar con su medio físico, natural y, sobre todo, social. En dicha interacción, que debe promover la imagen positiva de uno mismo, la autonomía, la conciencia de la propia competencia, la seguridad y la autoestima, se construye la propia identidad. Los sentimientos que desencadenan deben contribuir a la elaboración de un concepto personal ajustado, que les permita percibir y actuar conforme a sus posibilidades y limitaciones, para un desarrollo pleno y armónico... El reconocimiento de sus características individuales, así como de las de sus compañeros, es una condición básica para su desarrollo y para la adquisición de actitudes no discriminatorias». Así entendidas, este tipo de aprendizajes pueden constituir un pilar básico para que tenga lugar el desarrollo, libre y pleno, de la personalidad del niño⁹⁹ y una formación, sana y equilibrada, de su incipiente conciencia tanto de sí mismo como de los demás¹⁰⁰.

Aunque el art. 12.2 de la LOE configura el Segundo Ciclo de Educación Infantil como enseñanzas de carácter voluntario, las capacidades emotivas y psicosociales que puede adquirir el niño a través de la actividades pedagógicas orientadas al «Conocimiento de uno mismo» constituye un interés más que

⁹⁶ LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, A. (2012). «La educación en casa», ob. cit., pág. 184.

⁹⁷ RECE, F. Pág. (1997). *Desarrollo humano*, ob. cit., pág. 7.

⁹⁸ Art. 6.1 del Real Decreto 1630/2006, de 29 de diciembre.

⁹⁹ GARCÍA MARTÍN, I. (2013). «Aspectos psicológicos», ob. cit., pág. 93.

¹⁰⁰ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. (2005). «Educación en valores y enseñanza religiosa», ob. cit., págs. 398-403.

razonable para que los representantes legales matriculasen a su hijo en este ciclo formativo. Sobre todo si tenemos en cuenta que los fines propios de esta disciplina se satisfacen «más eficazmente mediante un modelo de enseñanza básica en el que el contacto con la sociedad plural y con los diversos y heterogéneos elementos que la integran, lejos de tener lugar de manera puramente ocasional y fragmentaria, forma parte de la experiencia cotidiana que facilita la escolarización»¹⁰¹. Más cuando las actividades organizadas en el marco de esta disciplina, no es óbice para que sus padres puedan seguir orientado la educación religiosa o moral de su hijo «tanto fuera como dentro de la escuela: dentro de ella porque los poderes públicos siguen siendo destinatarios del deber de tener en cuenta las convicciones religiosas particulares, y también fuera de ella porque los padres continúan siendo libres para educar a sus hijos después del horario escolar y durante los fines de semana, de modo que el derecho de los padres a educar a sus hijos de conformidad con sus convicciones morales y religiosas no resulta completamente desconocido»¹⁰².

En efecto, los padres pueden y deben educar a sus hijos en el ejercicio de su patria potestad guiándoles, razonada y moderadamente, sobre el tipo de formación moral o religiosa que consideren mejor para ellos en el ámbito doméstico¹⁰³. También pueden matricularlos en un centro docente privado o privado concertado de Educación Infantil dotado de un ideario propio que se ajuste a sus propias convicciones o, incluso, ya desde la niñez pueden inscribirles en clases de religión en un centro educativo público¹⁰⁴, al constituir una de las materias incluidas en el currículum del Segundo Ciclo de este nivel educativo si se trata de la religión católica¹⁰⁵, o a petición de los alumnos interesados cuando se trata de la educación religiosa musulmana, protestante o judía¹⁰⁶. La inclusión de este tipo de

¹⁰¹ FJ. 8.b) de la STC 133/2010, de 2 de diciembre.

¹⁰² Id. FJ. 8.c).

¹⁰³ DOMINGO GUTIÉRREZ, M. (2008). «La educación en la fe ¿Un derecho de alguien?», DOMINGO GUTIÉRREZ, M. (Ed.) (2008). *Educación y religión*, ob. cit., pág. 94.

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ MOYA, A. (2012). «Derecho a la educación y libertad de enseñanza», VV. AA. (2012). *Derecho eclesialístico del Estado*, Tirant Lo Blanch, Valencia, págs. 201-211;

¹⁰⁵ Así se deduce implícitamente de lo dispuesto en la Disposición Adicional única del Real Decreto 1630/2006, de 29 de diciembre.

¹⁰⁶ A este respecto, cabe reseñar que la versión vigente del primer apartado de la Disposición adicional segunda de la LOE configura la enseñanza religiosa católica que, actualmente, debe ser incluida como materia curricular de oferta obligatoria en todos los niveles educativos excepción hecha del primer ciclo de Educación Infantil para todos los centros educativos, ya sean públicos o privados, y de carácter voluntario para los alumnos y alumnas conforme a lo establecido en el art. 2 del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, firmado en la Ciudad del Vaticano el 3 de enero de 1979 (BOE núm. 300, de 15 de diciembre de 1979).

asignaturas en el contexto educativo forma parte integrante del margen de apreciación que España, y el resto de Estados miembros del Consejo de Europa, disponen para regular esta cuestión en sus respectivos ordenamientos jurídicos¹⁰⁷, siempre que, como ha dejado fuera de dudas en diversas ocasiones el TEDH «sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista, permitiendo a los alumnos desarrollar un sentido crítico al respecto del hecho religioso en una atmósfera serena, preservada de todo proselitismo... Aquí se encuentra el límite que no hay que rebasar»¹⁰⁸. No como en el sistema educativo español vigente que, como ha resaltado el propio TC, la enseñanza de religión en el Derecho español tiene por objeto «la transmisión no sólo de unos determinados conocimientos sino de la fe religiosa de quien la transmite»¹⁰⁹; por lo que las autoridades nacionales deberían dotar es este tipo de enseñanzas un contenido objetivo no confesional, para que no se extralimitasen del margen de apreciación del contenido del art. 2 del primer PA del Convenio de Roma.

Mientras que, por su parte, el apartado segundo de la Disposición Adicional Segunda de la LOE sólo prevé la posible inclusión de enseñanza religiosa musulmana, judía o protestante «en los centros docentes públicos y privados concertados, siempre que, en cuanto a estos últimos, el ejercicio de aquel derecho no entre en conflicto con el carácter propio del centro, en los niveles de educación infantil, educación primaria y educación secundaria». Todo ello según lo dispuesto en los Acuerdos de Cooperación celebrados por el Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España, la Comisión Islámica de España aprobados por obra de las Leyes n.º 24, 25 y 26 10/1992, de 10 de noviembre (BOE núm. 272, de 12 de noviembre de 1992); y los que, en su caso, a los que en el futuro puedan suscribirse con otras confesiones religiosas.

¹⁰⁷ De hecho el TEDH constata que actualmente «en Europa, la enseñanza religiosa está profundamente vinculada a la enseñanza secular. Entre los 46 Estados miembros del Consejo de Europa estudiados, 43 organizan asignaturas de religión en las escuelas públicas. Únicamente Albania, Francia (a excepción de Alsacia y la Moselle) y la ex República yugoslava de Macedonia constituyen la excepción a esta regla. En Eslovenia, se propone una enseñanza no confesional en los últimos años de la enseñanza pública». *Cfr.* Asunto n.º 1448/04 Hasan y Eylem Zengin contra Turquía de 9 de octubre de 2007, N.º 30.

¹⁰⁸ Asunto n.º 5095/71; 5920/72; 5926/72 Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca de 7 de diciembre de 1976, N.º 54; Asunto n.º 17187/90 de la Comisión Europea de Derechos Humanos Bernard y otros contra Luxemburgo de 8 de septiembre de 1993; Asunto n.º 51188/99 Alejandro Jiménez Alonso y Pilar Jiménez Merino contra España de 25 de mayo de 2000, N.º 1; Asunto n.º 46254/99 y 31888/02 Bulski contra Polonia de 30 de noviembre de 2004, N.º 1; Asunto n.º 2007\53 Folgero y otros contra Noruega de 29 de junio de 2007, N.º 84 y 89; Asunto n.º 1448/04 Hasan y Eylem Zengin contra Turquía de 9 de octubre de 2007, N.º 52; N.º 1; Asunto n.º 45216/07 Appel-Irrgang y otros contra Alemania de 11 de octubre de 2009; Asunto n.º 30814/06 Lautsi y otros contra Italia (Gran Sala) de 18 de marzo de 2011, N.º 62; Asunto n.º 43370/04, 8252/05 y 18454/06 Catan y otros contra Moldavia y Rusia de 19 de octubre de 2012, N.º 138.

¹⁰⁹ FJ. 10 de la STC 38/2007, de 15 de febrero; FJ. 11 de la STC 128/2007, de 4 de junio.

Ahora bien, si atendemos al hecho de que estamos hablando de niños que aún carecen de madurez pero que, sin embargo, comienzan a desarrollar incipientemente su autoconciencia, pueden dejarse influenciar muy fácilmente por la simbología o el carácter propio que impregne a todas las actividades organizadas en un centro de educación infantil privado o concertado pero, sobre todo, por el contenido de las enseñanzas que pueden recibir en clases de religión. Por este motivo, entendemos que los representantes legales de niños de entre tres y seis años de edad no deberían forzar que la formación de los rasgos más incipientes de su personalidad tuviese lugar en un contexto escolar privado o concertado dotado de un marcado carácter propio religioso o ideológico ni tampoco a asistir a enseñanzas confesionales de religión en un centro docente público. Más en el contexto europeo propio del Consejo de Europa donde, como vimos anteriormente, su derecho a elegir el tipo de formación moral o religiosa que estimen más adecuada para sus hijos, se encuentra subordinado, en todo caso, al más genérico derecho a la educación¹¹⁰, según el criterio fijado por el propio Tribunal en relación con el contenido del primer PA del Convenio de Roma¹¹¹. Los representantes legales de niños de edades tempranas deberían garantizar que puedan ir conformando su conciencia en un contexto educativo que no tenga ningún tipo de condicionamientos ético o moral, ya sea religioso o no¹¹²; encargándose, ellos mismos, de que sean educados, razonada y moderadamente, conforme a sus propios valores religiosos o filosóficos en casa, como máximos responsables y primeros educadores del menor¹¹³ como ha confirmado el propio TEDH¹¹⁴.

¹¹⁰ SUÁREZ PERTIERRA, G. (2004). «La enseñanza de la religión en el sistema educativo español», *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, n. 4, pág. 239.

¹¹¹ Asunto n.º 5095/71; 5920/72; 5926/72 Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca de 7 de diciembre de 1976, N. 51 y 53; Asunto n.º 7511/1976 y 7743/1976 Campbell y Cosans contra Reino Unido de 25 de febrero de 1982, N. 40; Asunto n.º 10233/83 Familia H contra Reino Unido de 6 de marzo de 1984; Asunto n.º 35504/03 Konrad contra alemana de 11 de septiembre de 2006, N. 1; Asunto n.º 2007\53 Folgero y otros contra Noruega de 29 de junio de 2007, N. 84. Asunto n.º 1448/04 Hasan y Eylem Zengin contra Turquía de 9 de octubre de 2007, N. 47; Asunto n.º 43370/04, 8252/05 y 18454/06 Catan y otros contra Moldavia y Rusia de 19 de octubre de 2012, N. 138.

¹¹² ALÁEZ CORRAL, B. (2003). *Minoría de edad y derechos fundamentales*, TECNOS, Madrid, pág. 127

¹¹³ ESCRIVÁ IVARS, J. (2014). «La importancia de la educación en familia», ob. cit., pág. 32.

¹¹⁴ Asunto n.º 5095/71; 5920/72; 5926/72 Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca de 7 de diciembre de 1976, N. 54; Asunto n.º 51188/99 Alejandro Jiménez Alonso y Pilar Jiménez Merino contra España de 25 de mayo de 2000, N. 1; Asunto n.º 35504/03 Konrad contra alemana de 11 de septiembre de 2006, N. 1; Asunto n.º 2007\53 Folgero y otros contra Noruega de 29 de junio de 2007, N. 84; Asunto n.º 5095/71; 5920/72; 5926/72; Asunto n.º 1448/04 Hasan y Eylem Zengin contra Turquía de 9 de octubre de 2007, N. 52.

3.3 Durante la niñez intermedia

Durante la niñez intermedia, el niño agudiza sus capacidades cognoscitivas e intelectivas, cada vez es más consciente del mundo que le rodea y comienza a pensar, por sí mismo, de manera lógica¹¹⁵. Aunque la familia constituye el principal micro-contexto social donde se produce el desarrollo de la personalidad del niño, este proceso psicológico interno se hace más complejo. Los profundos cambios cognitivos que tienen lugar durante los últimos años de la niñez se van reflejando en la facultad del menor para disfrutar, progresivamente, de mayor grado de autonomía en el ejercicio de su libertad ideológica o de conciencia, como sujeto activo, participante y creativo que, paulatinamente, va adquiriendo mayor madurez y discreción de juicio para desarrollar, autónomamente, su personalidad en el entorno social que le rodea en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás¹¹⁶. Todo ello como consecuencia de los sentimientos y emociones primarias que experimentan al relacionarse con otros semejantes¹¹⁷, sean o no de su misma edad¹¹⁸ tanto en el mundo analógico como en el mundo virtual¹¹⁹.

Junto a estas experiencias vitales, otro de los factores que va a jugar un protagonismo fundamental en la formación de la conciencia del menor durante su niñez intermedia es su escolarización, ya obligatoria según lo dispuesto en el art. 3.3 de la LOE, en un centro educativo de Educación Primaria. Este nivel educativo persigue como finalidad esencial contribuir a que los alumnos adquieran, entre otras competencias, nociones básicas de la cultura, el hábito de convivencia, la creatividad y la afectividad con el fin de garantizar una formación integral que contribuya al pleno desarrollo de su personalidad¹²⁰. Hasta finales

¹¹⁵ RECE, F. Pág. (1997). *Desarrollo humano*, ob. cit., pág. 7.

¹¹⁶ LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, A. (2012). «La educación en casa», ob. cit., pág. 184.

¹¹⁷ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D. (2005). «Educación en valores y enseñanza religiosa», ob. cit., pág. 400.

¹¹⁸ Desde los tres años los niños comienzan a mostrar interés en relacionarse con los demás. A partir de los seis años, gracias, sobre todo, a su escolarización, agudizan notablemente sus capacidades intelectuales para comprender el mundo que les rodea y para comenzar a pensar de forma lógica. Vid. RECE, F. Pág. (1997). *Desarrollo humano*, ob. cit., pág. 7.

¹¹⁹ Sobre un análisis en profundidad de esta cuestión desde la perspectiva específica del derecho a la educación Vid. GARCÍA GUTIÉRREZ, J., MORATO SÁNCHEZ, A. (2013). «El derecho a la educación del menor y la educación en derechos Humanos a través de Internet», PÉREZ ÁLVAREZ, S. *et. al.* (Dir.) (2013). *Menores*, ob. cit., págs. 233-258.

¹²⁰ Todo ello para que los destinatarios de las enseñanzas pueden desarrollar las capacidades que les permitan, entre otras materias, «conocer y apreciar los valores y las normas de convivencia,

de 2013, los discentes menores de edad podían adquirir estas destrezas a través del estudio de la asignatura «Educación para la ciudadanía» que había sido incluida con carácter obligatoria en el currículo de este nivel educativo siguiendo las recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa en esta materia¹²¹. En concreto, esta disciplina trataba de educar a los alumnos «para vivir en sociedad y para ejercer la ciudadanía democrática. Además de contribuir a reforzar la autonomía, la autoestima y la identidad personal, favorece el desarrollo de habilidades que permiten participar, tomar decisiones, elegir la forma adecuada de comportarse en determinadas situaciones y responsabilizarse de las decisiones adoptadas y de las consecuencias derivadas de las mismas. También contribuye a mejorar las relaciones interpersonales puesto que trabaja las habilidades encaminadas a lograr la toma de conciencia de los propios pensamientos, valores, sentimientos y acciones»¹²².

La entrada en vigor de la LOMCE ha llevado consigo la eliminación de esta disciplina. En principio, la intención del legislador era tratar incluir esta materia de manera transversal diversificando sus contenidos entre los de otras materias obligatorias para los alumnos¹²³, cuando en realidad lo que ha hecho es configurarla como la alternativa actual a la asignatura de religión¹²⁴ satisfaciendo, de este modo, la demanda de algunos sectores de la opinión pública¹²⁵ que habían criticado la inclusión de «Educación para la ciudadanía» como disciplina obligatoria para todos los alumnos¹²⁶, bajo la consideración de que los contenidos de la misma tenían un marcado carácter ideológico contrario al derecho de los

aprender a obrar de acuerdo con ellas, prepararse para el ejercicio activo de la ciudadanía y respetar los derechos humanos, así como el pluralismo propio de una sociedad democrática». *Vid.*, arts. 16.2 y 17.a) de la LOE.

¹²¹ Recomendación (2002)12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la Educación para la Ciudadanía Democrática de 16 de octubre de 2002, Apág. 1.

¹²² Anexo II del derogado Real Decreto 1513/2006, de 7 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas de la Educación Primaria, tal y como había sido modificado por obra del Real Decreto 1190/2012, de 3 de agosto (*BOE* núm. 186, de 4 de agosto de 2012).

¹²³ Apartado XIV del Preámbulo de la LOMCE.

¹²⁴ Art. 18.3.b de la LOE y art. 8.3.b) del Real Decreto 126/2014, de 28 de febrero, por el que se establece el currículo básico de la Educación Primaria (*BOE* núm. 52, de 1 de marzo de 2014).

¹²⁵ CÁMARA VILLAR, G. (2012), «El debate en España sobre la materia «Educación para la ciudadanía y los derechos humanos» ante su proyectada supresión y cambio», *VV. AA.* (2012). *Constitución y democracia, ayer y hoy. Libro Homenaje a Antonio Torres del Moral*, Universitas, Madrid, págs. 2401-2402.

¹²⁶ BRIONES MARTÍNEZ, I. M. (2008). «Aspectos controvertidos de la nueva Ley de Educación», DOMINGO GUTIÉRREZ, M. (Ed.) (2008). *Educación y religión*, ob. cit., pág. 40.

padres a elegir la formación moral o religiosa para sus hijos¹²⁷. Cuando, en realidad, el Tribunal Supremo había dejado claro en multitud de ocasiones que el estudio de sus contenidos no suponía ningún adoctrinamiento lesivo de los derechos fundamentales de los padres reconocidos en los arts. 16 y 27.2 CE, pues pretendía inculcar a los alumnos los valores constitucionales sobre los que descansan el orden político y la paz social siempre que, eso sí, fuese impartida de manera objetiva y neutral ideológicamente hablando en relación con aquellos contenidos que sean sensibles para la conciencia de los ciudadanos¹²⁸.

Dentro de estos límites, la introducción de «Educación para la ciudadanía» en el sistema educativo español encajaba en el margen de apreciación que disponen las autoridades nacionales sobre el alcance y significado del art. 2 del primer PA del Convenio de Roma en relación con este particular. Dicho margen es compatible con la inclusión de esta u otras materias similares como, por ejemplo, «Educación sexual» o en los casos danés y español o «Ética» en el modelo alemán; siempre que sean impartidas de manera «objetiva, crítica y pluralista» y preservada de todo intento de adoctrinamiento o proselitismo según la doctrina del TEDH¹²⁹. Así entendidas, el estudio de este tipo de materias por parte de discentes menores de edad puede contribuir, muy positivamente, a que conformen su conciencia de manera libre y crítica y puede que, incluso, de manera complementaria a la formación moral o religiosa que sus padres les seguían inculcando en una sociedad ideológica y culturalmente plural como la española¹³⁰, tanto en casa como en la escuela.

En efecto, bajo el imperio de la LOE el estudio de aquella materia no era ningún óbice para que los padres matricularan a sus hijos en un centro privado o concertado de Educación Primaria dotado de un ideario acorde con sus convicciones o inscribiéndoles en clases de religión en una institución educativa pública, en los términos contemplados en la DA II y en el art. 18.3 b de la citada Ley.

¹²⁷ Así se pronunció a este respecto el arzobispo de Madrid Antonio M. Rouco Varela en una conferencia impartida en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el 27 de mayo de 2009 criticando su inclusión como materia obligatoria para todos los alumnos en la versión original de la LOE. *Vid.*, EMBID IRUJO, A. (2009). «Educar a ciudadanos», ob. cit., págs. 43-44.

¹²⁸ En efecto, el TS se ha pronunciado sobre esta cuestión en más de un centenar de ocasiones desde la famosa STS 341/2009, de 11 de febrero, hasta la más reciente STS 7975/2012, de 12 de diciembre, que contiene un resumen muy detallado de la doctrina adoptada por el Tribunal en esta materia. *Vid.*, STS 7975/2012, de 12 de diciembre, N. 13.

¹²⁹ Asunto n.º 5095/71; 5920/72; 5926/72 Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca de 7 de diciembre de 1976, N. 54; Asunto n.º 51188/99 Alejandro Jiménez Alonso y Pilar Jiménez Merino contra España de 25 de mayo de 2000, N. 1; Asunto n.º 45216/07 Appel-Irrgang y otros contra Alemania de 11 de octubre de 2009.

¹³⁰ SUÁREZ PERTIERRA, G. (2005). «Educación en valores», ob. cit., págs. 438-440.

A diferencia de lo que sucedía en las etapas de la infancia y la niñez temprana, los niños de entre 6 y 12 años de edad van adquiriendo paulatinamente mayor grado de madurez para discernir, conforme a su conciencia¹³¹, sobre el significado de las actividades de culto o las enseñanzas confesionales a las que deben asistir por designio de sus representantes legales, sin que ello suponga ningún menoscabo al libre desarrollo de su personalidad durante su niñez intermedia¹³². Sin embargo, la entrada en vigor de la LOMCE ha puesto fin a esta alteridad¹³³. Actualmente, la educación cívica del alumno debe responder: 1) Bien a los postulados dogmáticos bajo los que sea adoctrinado en clases de religión lo que, por otra parte, excede del margen de apreciación del que dispone el legislador español para regular esta cuestión al amparo del art. 2 del primer PA del Convenio de Roma; o 2) Bien a un enfoque crítico de la información, los modelos de pensamiento y los conceptos filosóficos, religiosos, sociales, políticos y culturales si se decantan por la alternativa a religión «Valores Sociales y Cívicos» o, lo que es lo mismo, «Educación para la ciudadanía» con otro nombre¹³⁴, cuyos contenidos, a diferencia de lo que sucede con la enseñanza de religión, son objetivos y preservados de todo proselitismo adecuándose, por tanto, a las exigencias derivadas del debido respeto de aquel precepto según la doctrina del TEDH¹³⁵.

¹³¹ ALÁEZ CORRAL, B. (2003). *Minoría de edad*, ob. cit., pág. 127.

¹³² ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. (2006). *La patria potestad*, ob. cit., pág. 98.

¹³³ Alteridad que resulta incongruente con el libre desarrollo de la personalidad como objeto esencial del derecho a la educación en el ordenamiento constitucional español. el contenido de la enseñanzas confesionales de religión no pueden abarcar «una educación que les permita desarrollarse al máximo de sus posibilidades, formarse en el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y prepararse para asumir una vida responsable en una sociedad libre y tolerante con las diferencias» en condiciones equiparables con los alumnos que opten por matricularse en la disciplina de «Valores Sociales y Cívicos» tal y como prevé el Anexo II. b) del Real Decreto 126/2014, de 28 de febrero. Sobre un análisis en profundidad de las incongruencias constitucionales que plantea la alteridad entre enseñanzas en valores confesionales y no confesionales *Vid.* SUÁREZ PERTIERRA, G. (2004), «La enseñanza de la religión», ob. cit., págs. 240-242.

¹³⁴ Basta echar un vistazo al Anexo II. b) del Real Decreto 126/2014, de 28 de febrero, para comprobar que los objetivos, finalidades y contenidos de la asignatura «Valores Sociales y Cívicos» son prácticamente idénticos a los de la disciplina de «Educación para la Ciudadanía».

¹³⁵ Asunto n.º 5095/71; 5920/72; 5926/72 Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca de 7 de diciembre de 1976, N. 54; Asunto n.º 17187/90 de la Comisión Europea de Derechos Humanos Bernard y otros contra Luxemburgo de 8 de septiembre de 1993; Asunto n.º 51188/99 Alejandro Jiménez Alonso y Pilar Jiménez Merino contra España de 25 de mayo de 2000, N. 1; Asunto n.º 46254/99 y 31888/02 Bulski contra Polonia de 30 de noviembre de 2004, N. 1; Asunto n.º 2007/53 Folgero y otros contra Noruega de 29 de junio de 2007, N. 84 y 89; Asunto n.º 1448/04 Hasan y Eylem Zengin contra Turquía de 9 de octubre de 2007, N. 52; N. 1; Asunto n.º 45216/07 Appel-Irrgang y otros contra Alemania de 11 de octubre de 2009; Asunto n.º 30814/06 Lautsi y otros contra Italia (Gran Sala) de 18 de marzo de 2011, N. 62; Asunto n.º

La elección de uno u otro tipo de formación moral o religiosa en el ámbito escolar durante los primeros años de la niñez intermedia, en principio, de la voluntad de los padres o tutores del menor que deben respetar, no obstante, su derecho a expresar sus opinión o creencias sobre todos aquellos asuntos que le conciernen, en función de su edad y su grado de madurez¹³⁶. El ejercicio de sus responsabilidades en interés del menor en este ciclo vital persigue como finalidad que los niños opinen y se desarrollen por sí mismos en consonancia con la evolución de sus capacidades cognitivas e intelectuales¹³⁷, «siendo preferible ir dotando de mayor autonomía y libertad al menor según vaya desarrollando su personalidad y dejar que sea el propio menor quien manifieste cuál es ese interés»¹³⁸. Consecuentemente, los padres y cuidadores deben tener debidamente en cuenta sus opiniones contribuyendo, de este modo, a que el niño sea educado conforme a su propia conciencia¹³⁹ según vaya creciendo dentro de los límites, eso sí, fijados por las leyes que deberán ser interpretados de manera restrictiva como es la norma general en materia de capacidad¹⁴⁰.

Los padres deben prestar una especial cautela en cumplir con los derechos y deberes inherentes a su patria potestad y hablar y guiar a sus hijos y darles consejos sobre cómo protegerse a sí mismos, inducirlos a no dar información personal por Internet, tampoco revelar sus contraseñas a sus amigos¹⁴¹. Cumpliendo así con la directriz fijada por la Comisión de la UE de que: «Es importante establecer un equilibrio entre la curiosidad natural del niño y las barreras de las prohibiciones, que pueden atrasar o torcer el camino hacia la madurez y la autonomía»¹⁴². A tal efecto, deberían procurar a los menores a su cargo una formación integral que, como hemos dicho, incluye en que orienten su formación

43370/04, 8252/05 y 18454/06 Catan y otros contra Moldavia y Rusia de 19 de octubre de 2012, N. 138.

¹³⁶ RODRÍGUEZ, V., *et. al.* (2012). *Infancia y justicia: una cuestión de derechos*, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Madrid, pág. 26.

¹³⁷ Observación N. 12 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU sobre el derecho del niño a ser escuchado de 20 de julio de 2009, N. 91.

¹³⁸ LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, A. (2012). «La educación en casa», *ob. cit.*, pág. 188.

¹³⁹ CUBILLAS RECIO, M. (2002). «La enseñanza de la religión en el sistema español», *ob. cit.*, págs. 216-217.

¹⁴⁰ LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, A. (2012). «La educación en casa», *ob. cit.*, pág. 185.

¹⁴¹ GARCÍA MARTÍN, I. (2013). «Aspectos psicológicos», *ob. cit.*, p 105.

¹⁴² Dictamen (2012/C 351/15) del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Comunicación de la Comisión [COM(2012) 196 final] al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Estrategia europea en favor de una Internet más adecuada para los niños», N. 4.3.

moral, religiosa o ética, que contribuya al desarrollo pleno de su personalidad, en cumplimiento del mandato inherente a su patrio potestad impuesto en el art. 154.1.º del CC; atendiendo en la medida de lo posible a cuál es la voluntad del menor en base a su grado de madurez y/o discreción de juicio. Pues, como afirma Torres del Moral el niño es el verdadero titular del derecho a elegir la formación moral o religiosa que esté de acuerdo con su propia conciencia, correspondiendo a los padres solamente su ejercicio por razón de la minoría de edad de los mismos¹⁴³.

Por ello precisamente, lo ideal es que los padres al inicio de cada curso académico orienten y pregunten a sus hijos si desean continuar, en base a su conciencia, en el centro privado o concertado que tiene el ideario acorde con las creencias de los mismos¹⁴⁴ o asistir a enseñanzas de religión o de «Valores Sociales y Cívicos»¹⁴⁵ si, por el contrario, se encuentran escolarizados en un colegio público debiendo respetar su decisión¹⁴⁶, en función de diferente grado de madurez y discreción de juicio¹⁴⁷. Si conocida la opinión del menor, sus representantes legales le obligan a asistir a clase de religión a ser educado en base al carácter propio del centro en contra de su conciencia del niño nos hallamos ante un conflicto que, según la doctrina del TC¹⁴⁸, debe ser resuelto a la luz de los intereses en juego¹⁴⁹ y de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto¹⁵⁰.

¹⁴³ TORRES DEL MORAL, A. (2010). *Principios de Derecho Constitucional español I*, 6.ª Ed., Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la UCM, Madrid, pág. 645.

¹⁴⁴ CERVERA GONZÁLEZ, J.M., ALCÁZAR CANO, J.A. (2006). *Hijos, tutores y padres*, 4.ª Ed., Ediciones Palabra S. A., Madrid, pág. 32.

¹⁴⁵ RODRÍGUEZ MOYA, A. (2014). «Reconocimiento de los derechos de las minorías (I). Sistema educativo», en VV. AA. (2014). *Derecho y minorías*, UNED Editorial, Madrid, págs. 121-122.

¹⁴⁶ Pues, como ha apreciado el Tribunal Supremo en esta materia, el ser humano tiene gran una capacidad de libertad para elegir el camino que estime más adecuado para su formación a lo largo de su devenir vital, permitiéndole ser convencional o apartarse de las reglas estatuidas. *Vid.*, STS 1669/1994, de 30 de octubre, FJ 4.

¹⁴⁷ CUBILLAS RECIO, M. (2002). «La enseñanza de la religión en el sistema español», *ob. cit.*, págs. 216-217.

¹⁴⁸ No podemos olvidar que si bien es el legislador ordinario a quien corresponde la delimitación del contenido de un derecho fundamental, cuando su ejercicio da lugar a la violación de otro derecho del mismo rango nos hallamos frente a un conflicto que debe ser resuelto por el TC. *Vid.*, RODRÍGUEZ-ARMAS, M. J. (1996). *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales enunciados en el art. 53.1 de la Constitución español*, Comares, Granada, pág. 175.

¹⁴⁹ FJ. 5 de la STC 104/1986, de 7 de julio.

¹⁵⁰ FJ. 6 de la STC 159/1986, de 16 de diciembre; FJ. 1 del ATC 350/1989, de 19 de junio; FJ. 6 de la STC 214/1991, de 11 de noviembre; FJ. 1 de la STC 15/1993, de 18 de enero; FJ. 2 de la STC 204/1997, de 25 de noviembre.

Situaciones conflictivas que pueden tener lugar, sobre todo, cuando se trata de niños de entre cinco y doce años de edad procedentes de países o regiones que tiene unas señas de identidad cultural bien diferenciadas con respecto a la moral propia de la familia adoptante como puede suceder, por ejemplo, con niños de nacionalidad china o de cultura musulmana. El niño inmigrante adoptado no sólo debe abordar el reto de entablar los lazos afectivos necesarios con sus nuevos tutores legales para que pueda desarrollar, libre y plenamente, su personalidad¹⁵¹ sino que además puede verse inmerso en un contexto escolar dotado de un ideario propio o asistiendo a unas enseñanzas religiosas por la simple voluntad de sus representantes legales que poco o nada tengan que ver con la realidad social-cultural en base a la cual ha ido desarrollando libremente su conciencia hasta ese momento¹⁵². Nos hallamos, en suma, ante un conflicto entre el derecho a ser educado conforme a la propia del niño¹⁵³ y el derecho de sus padres o tutores legales para elegir, en base a su libertad de conciencia, la formación moral o religiosa que estimen más oportuna para el menor a su cargo.

Conflictos que deben ser resueltos atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto pero sin obviar el criterio adoptado por el TC en la sentencia 141/2000, de 29 de mayo, donde reconocía que dos menores de cinco y de doce años de edad respectivamente¹⁵⁴ eran «titulares plenos... de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos

¹⁵¹ A este respecto, resulta de interés destacar que el TC ha dejado fuera de dudas «que el derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE corresponde a «todos», independientemente de su condición de nacional o extranjero, e incluso de su situación legal en España. Esta conclusión se alcanza interpretando la expresión del art. 27.1 CE de acuerdo con los textos internacionales citados, donde se utilizan las expresiones «toda persona tiene» o «a nadie se le puede negar» el derecho a la educación... el contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el art. 10.1 CE del derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a la enseñanza no obligatoria, de la que no pueden ser privados los extranjeros que se encuentren en España y no sean titulares de una autorización para residir». Cfr. FJ. 8 de la STC 236/2007, de 7 de noviembre.

¹⁵² PARRONDO CRESTE, L. *et. al.* (2007). *Adoptar, integrar y educar. Una guía de orientación para educadores y familias*, 2.ª ed., Instituto madrileño del menor y la Familia – Comunidad de Madrid, Madrid, págs. 10-12.

¹⁵³ A este respecto nos interesa destacar que la identidad cultural del niño «se encuentra íntimamente vinculada con el derecho de libertad de conciencia, puesto que la conciencia es al mismo tiempo creadora y receptora de la cultura. En otras palabras: la identidad que constituye la piedra angular del derecho de la libertad de conciencia está conformada por creencias e ideas, convicciones que determinan la manera de percibirse y relacionarse con el mundo y que son fruto de circunstancias o características que afectan a la persona (lugar de nacimiento, familia, raza, etc.). Cfr. Lema Tomé, M. (2007). *Laicidad e integración de los inmigrantes*, Marcial Pons, Madrid, págs. 145-146.

¹⁵⁴ Antecedente 2.a) de la STC 141/2000, de 29 de mayo.

y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o... su patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño... frente a la libertad de creencias de sus progenitores... se alza como límite... aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres... o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres»¹⁵⁵ y en «la posibilidad jurídicamente garantizada de acomodar el sujeto su conducta religiosa y su forma de vida a sus propias convicciones... frente a otras personas o grupos sociales»¹⁵⁶. La imposición coactiva de un tipo de formación religiosa al menor constituiría una extralimitación de sus padres en el cumplimiento de sus deberes inherentes a la patria potestad¹⁵⁷ que se encuentran limitados, como ha apreciado el Tribunal, por el derecho del niño a no compartir y a mantener opiniones diversas a las de ellos, en los diferentes ámbitos donde está teniendo lugar la libre formación de su conciencia, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su maduración personal¹⁵⁸.

Y más tratándose del caso concreto de niños inmigrantes adoptados por familias que pretenden que forme su propia conciencia en el ámbito escolar en base a una moral, religiosa o no, inconciliable con su identidad cultural originaria, cuya educación integral debe estar encaminada, como señala Elías Méndez, «a inculcar al niño el respeto de su propia identidad cultural y de sus valores, de los valores nacionales del país en el que vive y del país del que sea originario»¹⁵⁹. De ahí que sus tutores legales deban ser muy cuidadosos de escolarizarlos en un centro docente dotado de un ideario conciliable con la identidad cultural del

¹⁵⁵ FJ. 5 de la STC 141/2000, de 29 de mayo.

¹⁵⁶ FJ. 3 del ATC 551/1985, de 24 de julio. En similares términos vid FJ. 1 de la STC 24/1982, de 13 de mayo; FJ. 4 del ATC 617/1984, de 31 de octubre; FJ. 2 del la STC 19/1985, de 13 de febrero; FJ. 10 de la STC 120/1990, de 27 de junio; FJ. 8 de la STC 137/1990, de 19 de julio; FJ. 2 de la STC 166/1996, de 28 de octubre; FJ. 4 de la STC 46/2001, de 15 de febrero; FJ. 8 de la STC 154/2002, de 18 de julio; F. J. 3 de la STC 101/2004, de 2 de junio; FJ. 4 de la STC 296/2005, de 21 de noviembre; FJ. 3 de la STC 34/2011, de 28 de marzo; FJ. 5 de la STC 207/2013, de 5 de diciembre; FJ. 7 de la STC 51/2011, de 14 de abril.

¹⁵⁷ VALERO HEREDIA, A. (2004), *Constitución, libertad religiosa y minoría de edad. Un estudio a partir de la sentencia 154/2002, del Tribunal Constitucional*, Universidad de Valencia, Valencia, pág. 104.

¹⁵⁸ FJ 5 de la STC 141/2000, de 29 de mayo.

¹⁵⁹ Cfr. ELÍAS MÉNDEZ, C. (2002). *La protección del menor inmigrante desde una perspectiva constitucional*, Tirant Lo Blanch – Universidad de Valencia, Valencia, pág. 148.

menor¹⁶⁰ y actuar en el ejercicio de los derechos y deberes inherentes a su patria potestad de procurarles un tipo de formación moral o religiosa que, atendiendo a la realidad socio-cultural de origen del niño adoptado, favorezca el libre desarrollo de su personalidad conforme a sus propias señas de identidad¹⁶¹. Pues de lo contrario estarían extralimitándose del margen con el que pueden ejercer las prerrogativas inherentes a su patria potestad en materia educativa plasmadas en el art. 27.3 CE y en el primer PA del Convenio de Roma que, como hemos dicho con anterioridad, se encuentra subordinado, en todo caso, al interés general superior del derecho a la educación de los niños a su cargo según la doctrina del TEDH¹⁶².

3.4 Durante la adolescencia

En la adolescencia, que comienza a partir de los 12 años y se extiende hasta la mayoría de edad legal, el menor de edad se encuentra sometido a profundos cambios biológicos, cognitivos y afectivos¹⁶³ y adquieren, poco a poco, un mayor grado de autonomía personal lo que se traduce, por contrapartida, en un debilitamiento de la capacidad de los padres para influir en sus opiniones y en sus elecciones vitales. A partir de los 14 años, aproximadamente, el adolescente se enfrenta a la realidad conforme a opiniones y juicios de valor que chocan, en ocasiones, con aquellos que le han inculcado sus padres o cuidadores durante la niñez, somete a tela de juicio las reglas y pautas de conducta impuestas en el seno familiar¹⁶⁴ cuestionando, incluso, la legitimidad de la autoridad parental

¹⁶⁰ PARRONDO CRESTE, L. et. al. (2007). *Adoptar, integrar*, ob. cit., págs. 27-28.

¹⁶¹ Instrumentalizándose, de este modo, la educación conforme a la propia conciencia del niño inmigrante adoptado como elemento de su cohesión e inserción tanto en la familia adoptante como en el seno de su nuevo entorno socio-cultural. Vid. SUÁREZ PERTIERRA, G. (2005). «Educación en valores», ob. cit., pág. 439.

¹⁶² Asunto n.º 5095/71; 5920/72; 5926/72 Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca de 7 de diciembre de 1976, N. 51 y 53; Asunto n.º 7511/1976 y 7743/1976 Campbell y Cosans contra Reino Unido de 25 de febrero de 1982, N. 40; Asunto n.º 10233/83 Familia H contra Reino Unido de 6 de marzo de 1984; Asunto n.º 35504/03 Konrad contra alemana de 11 de septiembre de 2006, N. 1; Asunto n.º 2007\53 Folgero y otros contra Noruega de 29 de junio de 2007, N. 84; Asunto n.º 1448/04 Hasan y Eylem Zengin contra Turquía de 9 de octubre de 2007, N. 47.

¹⁶³ MENDIZÁBAL RODRÍGUEZ, J.A., ANZURES LÓPEZ, B. (1999). «La familia y el adolescente», *Revista Médica del Hospital General*, n. 62 (3), pág. 193.

¹⁶⁴ Durante la adolescencia intermedia (14-16 años) se produce la separación psicológica del menor con respecto a su familia. Vid. MENDIZÁBAL RODRÍGUEZ, J.A., ANZURES LÓPEZ, B. (1999). «La familia», ob. cit., pág. 193.

en las diferentes áreas donde se proyecta su vida social¹⁶⁵. Y desde los 16 años, el adolescente va sentando los cimientos de su identidad personal¹⁶⁶, mediante la revisión crítica de los sistemas de valores que ha aprendido en el seno familiar contrastándolas con aquellos que ha adquirido y va adquiriendo paulatinamente, fruto de las relaciones personales que mantiene con los demás y de su participación en grupos o colectivos sociales con los que se siente más identificado.

Los cambios cognitivos y afectivos que tienen lugar en el menor durante el ciclo vital de la adolescencia conllevan un proceso psicológico interno de emancipación del menor con respecto a la familia y a los adultos que ejercen algún tipo de autoridad sobre ellos en general¹⁶⁷. En este sentido, algunos autores consideran que «uno de los aspectos más relevantes, e interesantes, de la adolescencia es que es un mundo sólo en parte construido por los adultos (no necesariamente por los más cercanos a los adolescentes), y, en gran parte, es construido, semi-espontáneamente, por los adolescentes. Pero no es un híbrido como los de la sociedad tradicional, pues, aunque los adultos parezcan presentes, en el fondo, no lo están... Y las reglas que se siguen no son sólo, las de los adultos, sino reglas producidas semiautónomamente por los adolescentes, echando mano de todo tipo de materiales a mano, incluso los mal vistos por los adultos cercanos»¹⁶⁸.

Un elemento clave en el complejo proceso de conformación de la personalidad que se produce a estas edades es el contexto educativo que le rodea¹⁶⁹. Y, a este respecto, coincidimos con Valero Heredia cuando afirma que «la educación de los ciudadanos en el Estado democrático no es patrimonio exclusivo del entorno familiar, ya que el fin último del derecho a la educación —el libre desarrollo de la personalidad— no puede garantizarse apartando al menor en su proceso formativo de la sociedad abierta y plural en la que ha de convivir. De ello se deduce que la efectiva protección del derecho a la educación conforme a valores democráticos de convivencia no es solo un asunto privado de los padres sino que

¹⁶⁵ LALUEZA, J.L., CRESPO, I. (2003). «Adolescencia», ob. cit., pág. 133.

¹⁶⁶ MENDIZÁBAL RODRÍGUEZ, J.A., ANZURES LÓPEZ, B. (1999). «La familia», ob. cit., pág. 193.

¹⁶⁷ Pues, en general, «los adolescentes de manera abierta o encubierta utilizan las conductas de rebelión para: 1) probar los límites, 2) buscar autonomía y capacidad, 3) separarse de los parámetros y estándares parentales y 4) desarrollar un sistema de valores independiente». Cfr. MENDIZÁBAL RODRÍGUEZ, J.A., ANZURES LÓPEZ, B. (1999). «La familia», ob. cit., pág. 195.

¹⁶⁸ PÉREZ-DÍAZ, V., RODRÍGUEZ, J. C. (2008). *La adolescencia, sus vulnerabilidades y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación*, Fundación Vodafone España, Madrid, pág. 16.

¹⁶⁹ En este sentido, nos hacemos eco de la opinión de ELÍAS MÉNDEZ de que el sistema educativo debe estar encaminado a fomentar, entre otros principios y valores, la libertad para formar libremente su conciencia. *Vid.* ELÍAS MÉNDEZ, C. (2002). *La protección del menor inmigrante*, ob. cit., págs. 148-149.

los poderes públicos están llamados a garantizarlo a través de un sistema educativo «plural y respetuoso con la libertad de enseñanza»¹⁷⁰. Como norma general, los adolescentes comienzan sus estudios en el ciclo de Educación Secundaria Obligatoria (ESO) que «comprende cuatro cursos, que se seguirán ordinariamente entre los doce y los dieciséis años de edad»¹⁷¹. Su derecho a ser educado conforme a su propia conciencia moral o religiosa durante esta etapa formativa va a estar condicionada, una vez más, bien por el ideario o carácter propio del centro privado o concertado en el que le hayan matriculado sus padres o tutores legales en el ejercicio de sus derechos/deberes inherentes a su patria potestad o bien por el tipo de enseñanza religiosa o cívica con la que completen su orientación educativa y profesional.

En el caso de menores matriculados en centros docentes privados dotados de una orientación ideológica determinada, aunque la ESO persigue como finalidades primordiales lograr que los alumnos y alumnas adquieran los elementos básicos de la cultura... desarrollar y consolidar en ellos hábitos de estudio y de trabajo; prepararles para su incorporación a estudios posteriores y para su inserción laboral y formarles para el ejercicio de sus derechos y obligaciones en la vida como ciudadanos» según lo dispuesto en el art. 22.2 de la LOE; la formación moral o religiosa del adolescente va a estar claramente influenciada por el ideario del centro docente cuya orientación ideológica va a impregnar todo el proceso educativo que tenga lugar en el interior de la institución escolástica, como ya hemos visto con anterioridad,. La transmisión de estos sistemas de valores por parte de los educadores ejerce una influencia muy significativa en el proceso psicológico interno de formación de la conciencia del adolescente, sobre todo a aquellos de entre doce y catorce años de edad por encima, incluso, de las pautas de conducta que les pueden seguir inculcando sus padres o cuidadores en el ámbito familiar¹⁷². Pues nos referimos a edades en las que la escuela funciona «como un campo de fuerzas donde distintos proyectos se complementan y contrapesan y donde los actores y usuarios desarrollan sus propias estrategias de aceptación, modificación o rechazo»¹⁷³; por lo que el sistema de valores morales y/o religiosos en los que se inspire el ideario de la institución educativa van a

¹⁷⁰ VALERO HEREDIA, A. (2012). «Ideario educativo constitucional», ob. cit., pág. 442.

¹⁷¹ Art. 22.1 de la LOE.

¹⁷² ZÁCARES GONZÁLEZ, J.J. *et. al.* (2009). «El desarrollo de la identidad en la adolescencia y adultez emergente: Una comparación de la identidad global frente a la identidad en dominios específicos», *Anales de Psicología*, n.º 25 (2), pág. 327.

¹⁷³ JULIANO, D. (1994). «Migración extracomunitaria y sistema educativo: el caso latinoamericano», CONTRERAS, J. (1994). *Los retos de la inmigración. Racismo y pluriculturalidad*, Talasa Ediciones L. S., Madrid, pág. 148.

influir notoriamente en el proceso psicológico interno de desarrollo de la personalidad de los menores de estas edades¹⁷⁴.

Por su parte, el derecho a ser educado conforme a su propia conciencia de los adolescentes matriculados en centros docentes públicos va a encontrarse condicionado en base a que atiendan la asignatura de religión o, alternativamente, la de «Valores Éticos» durante los cuatro cursos de la ESO¹⁷⁵ que sustituye a la extinta «Educación para la ciudadanía» que, antes de la entrada en vigor de la LOMCE, debía ser atendida con carácter obligatorio para todos los alumnos en uno de los tres primeros cursos y bajo la denominación de «Educación ético-cívica» en cuarto curso de este ciclo formativo¹⁷⁶. Ahora bien, a diferencia de lo que sucedía en Educación Primaria en donde la elección entre una u otra materia correspondía exclusivamente a los representantes legales del niño, el legislador español contemporáneo no ha sido ajeno a los profundos cambios cognitivos y afectivos que tienen lugar durante la adolescencia en relación con el pleno disfrute de su derecho a una educación integral del menor¹⁷⁷, entre otros derechos inherentes al libre desarrollo de su personalidad¹⁷⁸, al establecer que la elección entre las disciplinas específicas de «religión» o «Valores Éticos» podrá ser efectuada por «los padres, madres o tutores legales o en su caso del alumno o alumna»¹⁷⁹.

Los representantes legales del adolescente no sólo deben respeten su derecho a ser oído con respecto a la toma de decisiones que repercutan, directa o indirectamente, en el libre desarrollo de su personalidad como acontece en el ciclo vital de la niñez, sino que, además, como ha reconocido el TC, el menor «mayor» de doce años de edad que tiene suficiente uso de razón ostenta el pleno disfrute de su libertad para adoptar, en base a su conciencia, todas aquellas decisiones que afectan a su propia salud personal en contra, incluso, de la voluntad de aquellos¹⁸⁰. Si el Tribunal reconoce el máximo grado de autonomía a los adolescentes de estas edades que tengan suficiente madurez y discreción de juicio en relación con la toma de decisiones concernientes a su propia salud deberían tenerla, al

¹⁷⁴ GARCÍA MARTÍN, I. (2013). «Aspectos psicológicos», ob. cit., pág. 97.

¹⁷⁵ Arts. 24.4.b) y 25.6.b) de la LOE.

¹⁷⁶ Arts. 24.3 y 25.1 de la versión original de la LOE.

¹⁷⁷ Pues, como viene advirtiendo desde hace años TOORES DEL MORAL los titulares del derecho a elegir la formación religiosa o moral que más se adecue a las propias convicciones «son los escolares o estudiantes, correspondiendo a los padres solamente su ejercicio por razón de la minoría de edad de aquellos». Cfr. TORRES DEL MORAL, A. (2010). *Principios de Derecho Constitucional*, ob. cit., pág. 645.

¹⁷⁸ PÉREZ LUÑO, AF. (1998). *Los derechos fundamentales*, 7.ª ed., Tecnos, Madrid, págs. 200-201.

¹⁷⁹ Arts. 24.4.b) y 25.6.b) de la LOE.

¹⁸⁰ FJ. 5 de la STC 141/2000, de 19 de mayo.

menos a priori, para decir qué tipo de educación moral o religiosa se ajusta más a sus imperativos de conciencia. Mas a lo largo de su adolescencia intermedia, pues en este ciclo vital se presume que el menor es más maduro y capaz para entender, por sí mismo, el alcance del acto que está llevando a cabo, según los estándares psico-biológicos más generalizados en el entorno occidental contemporáneo¹⁸¹.

Así pues, aunque los padres o los tutores del adolescente siguen siendo titulares del derecho inherente a sus patria potestad de elegir la formación moral o religiosa que estimen más conveniente para sus hijos de más de doce años de edad que tengan suficiente grado de madurez deberían actuar, en todo caso, en interés suyo respetando su voluntad con respecto a la orientación ideológica del centro educativo donde vaya a cursar sus estudios de secundaria o, en su caso, de la educación religiosa o en «Valores Éticos» que estime más conveniente para desarrollar, plenamente, su personalidad¹⁸². Pues de lo contrario, la imposición coactiva de una formación religiosa o moral determinada a menores de más de doce años de edad con suficiente uso de razón podría constituir, incluso, un acto de proselitismo frente al cual, según la doctrina del TC, «se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el interés superior de los menores de edad»¹⁸³.

Por este motivo, ante la negativa de los padres a cambiar de centro educativo a su hijo o a que asista una formación en valores de naturaleza religiosa o secular, los adolescentes de estas edades tiene derecho a denunciar este conflicto a la autoridad competente del Centro¹⁸⁴ que deberán respetar su voluntad de

¹⁸¹ Sobre todo si se tiene en consideración que, a partir de estas edades, aproximadamente, el adolescente medio ya tiene capacidad total para pensar de forma abstracta y ya es capaz, desde el punto de vista cognitivo, de analizar y enfrentarse a situaciones utilizando múltiples criterios a la vez. *Vid.* CAÑATO RODRÍGUEZ, Y. (2006). «Etapas del ciclo», ob. cit., pág. 83.

¹⁸² ALÁEZ CORRAL, B. (2003). *Minoría de edad*, ob. cit., págs. 230-231.

¹⁸³ FJ. 5 de la STC 141/2000, de 29 de mayo.

¹⁸⁴ Las autoridades educativas deberían respetar la decisión de aquellos adolescentes inmersos en estas situaciones de conflicto con sus padres o representantes legales que tengan el grado de madurez suficiente para entender y comprender el alcance de la decisión que están adoptando en base a los imperativos de su conciencia, en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 10.1 de la LOPJM que

continuar o no sus estudios en el mismo o elegir, por sí mismos, a ser educados conforme a las enseñanzas religiosas o a los valores cívicos que se adecuen más a su propia conciencia. De lo contrario estarían extralimitándose de su margen de apreciación del primer PA del Convenio de Roma que, como hemos visto en diferentes apartados de este estudio, debe ser respetuoso con el estándar fijado por el TEDH de que el derecho de los padres a elegir la de formación moral o religiosa de sus hijos se encuentra subordinado, en todo caso, al interés general superior del derecho a la educación de los mismos¹⁸⁵. En este contexto europeo del que España forma parte integrante, aquel derecho a ampara: 1) Su negativa a participar en las actividades religiosas o filosóficas organizadas en el centro educativo privado o concertado en el que ha sido matriculado debido a que tiene un ideario acorde con las convicciones de sus progenitores¹⁸⁶; y 2) Su oposición a tener que atender enseñanzas religiosas o filosóficas de contenido confesional o ideológico, con absoluta independencia de la voluntad de sus padres o representantes legales¹⁸⁷. Sólo así el menor podrá disfrutar por sí mismo y con plenitud de su derecho a ser educado conforme a su propia conciencia que es lo que suele acontecer, en la práctica, durante los últimos cursos de la ESO.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

La falta de consenso sobre el alcance y significado de algunos de los derechos consagrados en el Convenio de Roma ha sido el factor determinante para que el TEDH elaborase la denominada doctrina del margen de apreciación del que disponen los Estados miembros para acomodar el alcance y significado de su

establece que: «Los menores tienen derecho a recibir de las Administraciones públicas la asistencia adecuada para el efectivo ejercicio de sus derechos y que se garantice su respeto».

¹⁸⁵ Asunto n.º 5095/71; 5920/72; 5926/72 Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca de 7 de diciembre de 1976, N. 51 y 53; Asunto n.º 7511/1976 y 7743/1976 Campbell y Cosans contra Reino Unido de 25 de febrero de 1982, N. 40; Asunto n.º 10233/83 Familia H contra Reino Unido de 6 de marzo de 1984; Asunto n.º 35504/03 Konrad contra alemana de 11 de septiembre de 2006, N. 1; Asunto n.º 2007\53 Folgero y otros contra Noruega de 29 de junio de 2007, N. 84; Asunto n.º 1448/04 Hasan y Eylem Zengin contra Turquía de 9 de octubre de 2007, N. 47.

¹⁸⁶ Asunto de la Comisión Europea de Derechos Humanos n. 13887/88 Graeme contra Reino Unido de 26 de mayo de 1988, N. 1-2; Asunto n.º 46254/99 y 31888/02 Bulski contra Polonia de 30 de noviembre de 2004, N. 1-2; Asunto n.º 2007\53 Folgero y otros contra Noruega de 29 de junio de 2007, N. 94.

¹⁸⁷ Asunto n.º 17187/90 de la Comisión Europea de Derechos Humanos, Bernard y otros contra Luxemburgo de 8 de septiembre de 1993; Asunto de la Comisión Europea de Derechos Humanos n. 23380/94 C. J., J. J. y E. J. contra Polonia de 16 de enero de 1996, N. 3.

contenido a las singularidades jurídicas, sociales o culturales respectivas. En concreto, el Tribunal ha desarrollado esta doctrina en relación, entre otros derechos, con la interpretación del alcance y significado de la libertad de pensamiento, conciencia y religión consagrada en el art. 9 del Convenio de Roma. Al tratarse de materias muy sensibles para la propia conciencia que afectan a la esencia de la identidad personal del sujeto, el Tribunal ha dejado claro que el margen de apreciación con el que han sido reguladas por parte de los Estados miembros se encuentra influenciado, entre otros factores, por el grado de relevancia del conjunto de convicciones que convergen en las sociedades contemporáneas respectivas en cada momento histórico dado.

La convergencia de este pluralismo jurídico en materia de libertad de conciencia sólo es posible en Europa, en la medida en que la regulación de las materias sobre las que se proyecta, desde el punto de vista de su objeto material, este derecho en cada uno de los países del Convenio, responde a los factores determinantes de su margen de apreciación en la interpretación del alcance y contenido del contenido del Convenio de Roma y de sus Protocolos Adicionales. Dicho poder de discrecionalidad es el que permite que la Convención constituya un mecanismo de protección de este derecho con la flexibilidad necesaria para, por un lado, legitimar la autoridad del propio TEDH frente a la voluntad estatal en la protección de los mismo y, por otro, reflejar el pluralismo democrático existente en Europa con respecto a la regulación jurídica interna de todas estas cuestiones.

Uno de los ámbitos donde la toma decisiones «complejas de estrategia social» es el relativo al derecho a la educación o a la instrucción consagrado en el art. 2 del primer PA del Convenio de Roma, en la medida en que constituye el medio esencial para la transmisión de conocimientos, valores y tradiciones culturales de generación en generación. La regulación jurídica del contexto educativo constituye un auténtico banco de pruebas del margen de apreciación que disponen los legisladores internos de los Estados miembros, en un terreno como éste cuya razón de ser es promover el libre desarrollo de la personalidad de los destinatarios de las enseñanzas. Por su propia esencia, la educación está íntimamente relacionada con la transmisión de contenidos, competencias y valores teniendo como objetivo primordial el desarrollo del alumnado y su preparación para su integración en el entorno social que le rodea. Nos hallamos ante la piedra angular del progreso de los pueblos, la variable estratégica de mayor trascendencia para abordar los retos del presente, para desarrollar el capital humano para impulsar el desarrollo y el cauce instrumental para la conformación de la identidad personal del ser humano conforma la propia conciencia.

Sobre todo en relación con aquellos discentes que, por razón de su minoría de edad, se caracterizan por el hecho de tratarse de sujetos a priori más influenciables por los demás debido a su falta de madurez y discreción de juicio. En efecto, los menores de edad tienen derecho a ser educados de manera integral de modo que puedan adquirir las destrezas y competencias necesarias para que puedan formar en libertad y para la libertad la propia conciencia. Dicho proceso comienza a partir de la más temprana infancia. A pesar de que los recién nacidos carecen de madurez y de suficiente uso de razón, los menores de estas edades poseen un cierto sentido de autodeterminación personal en relación con la toma de aquellas decisiones que atañen a sus representaciones mentales de la realidad, sobre todo en el ámbito familiar es el entorno natural que proporciona la influencia más notoria en el libre desarrollo de la personalidad del niño. Las ideas y expectativas que reciben de sus padres o representantes legales son determinantes para interpretar y prever cuáles van a ser las pautas y los sistemas de valores que utilicen para su socialización.

Junto a los sistemas de valores que van a recibir en el seno familiar, el contexto educativo es otro de los factores que van a ejercer una gran influencia en el proceso psicológico interno de conformación de la conciencia del menor a través de su educación y, sobre todo, el tipo de formación religiosa y/o moral que hayan elegido para ellos sus padres o representantes legales, en base su derecho consagrado en art. 27.3 CE y en el art. 2.2 del primer PA del Convenio de Roma, entre otros instrumentos internacionales ratificados por España; que va a condicionar, a su vez, su derecho a acomodar su conducta y su forma de vida a sus propias convicciones. El disfrute del derecho a ser educado conforme a la propia conciencia del menor se va encontrar condicionada, al menos durante los años de su infancia y de su niñez más temprana, por el tipo de formación moral o religiosa que sus representantes legales hayan elegido para él como manifestación específica de su libertad ideológica o de conciencia de los mismos según la doctrina del TC. El ejercicio efectivo de este derecho durante los primeros años de la minoría de edad del discente a su cargo constituye, además, una obligación inherente a su patria potestad en cuya virtud deben procurarles una formación completa o integral.

En el devenir de los años, el menor va agudizando sus capacidades cognitivas e intelectivas, cada vez es más consciente del mundo que le rodea y comienza a pensar, por sí mismo, de manera lógica. Aunque la familia constituye el principal micro-contexto social donde se produce el desarrollo de la personalidad del niño, este proceso psicológico interno se hace más complejo. Los profundos cambios cognitivos que tienen lugar durante esta etapa vital se van reflejando en la facultad del menor para disfrutar, progresivamente, de mayor

grado de autonomía en el ejercicio de su derecho a recibir formación moral o religiosa conforme a su propia conciencia como sujeto activo, participante y creativo que, paulatinamente, va adquiriendo mayor madurez y discreción de juicio para desarrollar, autónomamente, su personalidad en el entorno social que le rodea en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás. Todo ello como consecuencia de los sentimientos y emociones primarias que experimentan al relacionarse con otros semejantes, sean o no de su misma edad gracias, sobre todo, a su escolarización obligatoria que, como norma general, va a jugar un protagonismo fundamental en el libre desarrollo de su personalidad del menor formación de la conciencia del menor durante su niñez intermedia.

Las experiencias vitales del menor durante sus estudios de Educación Primaria y de la ESO pueden contribuir, muy positivamente, a que los alumnos adquieran, entre otras competencias, nociones básicas de la cultura, el hábito de convivencia, la creatividad y la afectividad con el fin de garantizar una formación integral que contribuya al pleno desarrollo de su personalidad. Todo lo cual puede patear conflictos de conciencia no sólo con el sistemas de valores que le están inculcando sus padres en el ámbito familiar, sino también con el tipo de educación moral o religiosa que han elegido han elegido para ellos en el contexto educativo; sobre a partir de la entrada en vigor de la LOMCE que ha configurado la extinta «Educación para la ciudadanía» como la alternativa a la asignatura de Religión bajo la nueva nomenclatura de «Valores Sociales y Cívicos». A este respecto, cabe advertir que el derecho de los padres a elegir el tipo de formación moral o religiosa que estimen más adecuada para sus hijos se encuentra subordinado, en todo caso, al más genérico derecho a la educación del menor, como estándar mínimo que debe ser respetado por las autoridades nacionales del Estado español en relación con el alcance y significado de los derechos consagrados en el art. 2 del primer PA del Convenio de Roma. El derecho a ser educado conforme a la propia conciencia del niño prevalece, en todo caso, sobre el derecho de sus padres o tutores a orientar su educación religiosa o filosófica según la doctrina del propio TEDH. Y es lógico que así lo sea, pues al menos en la tradición constitucional española, los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta manifestación de su libertad de conciencia de modo que contribuya a su desarrollo integral, pero actuando siempre «en interés del menor, y no al servicio de otros intereses, que por muy lícitos y respetables que puedan ser, deben postergarse ante el «superior» del niño» según la doctrina de nuestro TC.

Title:

RIGHT OF THE CHILD TO BE EDUCATED ACCORDING HIS OWN BELIEFS IN THE CASE LAW OF THE ECHR

Summary:

1. The margin of appreciation of the states of the council of europe and freedom of conscience. 2. The margin of appreciation and the right of children to be educated in accordance with their own beliefs. 3. The right of children to be educated in accordance with their own beliefs. 3.1 During childhood. 3.2 During early childhood. 3.3 During the middle childhood. 3.4 During adolescence. 4. Conclusions.

Resumen:

El derecho a la educación puede ser definido como en el derecho a formar en y para la libertad la propia conciencia. Su pleno disfrute por parte de infantes y niños puede dar lugar a conflictos con respecto al derecho de sus padres a elegir la formación moral o religiosa que estimen más oportunas durante el ciclo vital de la niñez. Situaciones polémicas que deberían ser resueltas por las autoridades nacionales dentro del margen de apreciación del que les ha otorgado el TEDH en relación con el alcance y significado de los derechos y libertades en juego contemplados en el primer Protocolo Adicional del Convenio de Roma.

Abstract:

Right to education can be defined as the right to form in and freedom one's consciousness. Their full enjoyment of this right by infants and children may lead conflicts regarding the right of parents to choose their moral and religious education in the childhood. Controversial situations should be judgment by national authorities according to the margin of appreciation doctrine of the ECHR about the scope and of the Human Rights established in the first Additional Protocol of the Rome Convention.

Palabras clave:

Derecho a la educación, libertad de conciencia, menores, patria potestad, formación religiosa o moral, margen de apreciación, TEDH.

Keywords:

Right to education, freedom of conscience, children, parental rights, moral or religious education, margin of appreciation, ECHR.