

ALGUNOS ASPECTOS SOBRE EL DERECHO DE LOS PADRES A DECIDIR LA EDUCACIÓN MORAL Y RELIGIOSA DE SUS HIJOS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

THE ASPECTS OF THE RIGHT OF PARENTS TO DECIDE THE MORAL AND RELIGIOUS EDUCATION OF THEIR CHILDREN IN THE JURISPRUDENCE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

LEONORA MADARIAGA MÉNDEZ*

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE LA SANTÍSIMA CONCEPCIÓN

RESUMEN: en el desarrollo de los derechos fundamentales, especial lugar ocupa del derecho a la educación, dado los efectos respecto de quienes se encuentran en etapa de formación. En este contexto, los padres juegan un papel fundamental en la educación de sus hijos y, por lo mismo, el estudio del derecho que a ellos le asiste en la educación moral y religiosa de los menores resulta relevante a los efectos de comprender cabalmente el alcance de aquél. En este trabajo, la autora describe y analiza las principales sentencias que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado acerca de mencionado derecho de los padres, con particular énfasis en las cuestiones más controvertidas.

PALABRAS CLAVE: Multiculturalidad. Educación. Libertad religiosa. Derecho de los padres.

ABSTRACT: *In the development of fundamental rights, the right to education occupies a special place, given the effects on those who are in the training stage. In this context, parents play a fundamental role in the education of their children and, for this reason, the study of their right in the moral and religious education of minors is relevant in order to fully understand the scope of it. In this work, the author describes and analyzes the main judgments that the European Court of Human Rights has issued about the aforementioned right of parents, with particular emphasis on the most controversial issues.*

KEY WORDS: *Multiculturality. Education. Religious freedom. Right of parents.*

*Abogada. Ex alumna de la Universidad Católica de la Santísima Concepción. Master en Derecho Público por la Universidad Carlos III de Madrid, España. Correo electrónico: lmadariagamendez@gmail.com

1. INTRODUCCIÓN

Sabemos que la educación es un proceso complejo, que transcurre desde los primeros años de la vida del individuo hasta el final de sus días, cuyo principal objeto es, en el contexto educativo, permitir el máximo desarrollo del alumno dentro de la sociedad¹.

Como es lógico, en dicha etapa, la mayoría los padres pone especial atención en el tipo de información que reciben sus hijos, la que en parte importante se produce y proviene de la escuela.

Debido a su naturaleza prestacional, este derecho fundamental requiere que el Estado despliegue ciertas acciones tendientes a cumplir con su función y en caso de producirse limitaciones a su ejercicio, éstas sólo podrán ser válidas, cuando tengan una suficiente normativa, la que en ningún caso podrá afectar el sustrato esencial del derecho².

Por otra parte, es dable subrayar que las complejidades propias del citado derecho a la educación han aumentado debido a que nos encontramos en una sociedad cada vez más abierta e inclusiva, en que progresivamente se advierten mayor diversidad ideológica y/o religiosa, lo que genera nuevos desafíos y cuestionamientos para las sociedades tradicionales; muchas de ellas, justamente, han sido abordadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Su variada jurisprudencia se ha visto enriquecida por razón del constante intercambio cultural entre las diversas naciones europeas, caracterizadas por ser multiculturales, al formarse por individuos pertenecientes a diferentes etnias, culturas y religiones que provienen de diversas partes del globo. Estos grupos que se han ido asentando, exigen de la mayoría hegemónica el respeto de sus costumbres y tradiciones (de aquí surgen, por ejemplo, los llamados por la doctrina “conflictos de reconocimiento³”).

En tal orden de ideas, se afirma que uno de los rasgos distintivos de la sociedad actual es su pluralidad, tanto en el ámbito político, como cultural: en torno a este último, en efecto, se aprecia que no existe ya un único valor que presida el sistema de convivencia social. Así, en el caso de Europa, el profesor Pérez Luño lo ha puesto de relieve en los siguientes términos: “El carácter plural y abierto del sistema de valores europeo, obliga a descartar cualquier tipo de hegemonía o, en el peor de los casos, de una ‘tiranía de valores’ por parte de cualquier cultura nacional de Europa...⁴”.

Tal diversidad cultural (usualmente identificada con grupos o colectivos minoritarios –portadores de nuevos valores– contrarios o no a los de la mayoría hegemónica) conduce a la consideración de la sociedad europea, justamente, como multicultural, caracterización que se ha reforzado debido, últimamente, a los movimientos migratorios que se han intensificado recientemente, y que han traído como consecuencia, entre otras, tensiones en las diversas etnias, culturas y religiones. Sobre todo, en esta última materia, pues predomina en Europa Occidental una concepción cristiano-católica y, como bien se sabe, uno de los aspectos más importantes para las minorías es la religión y la posibilidad de practicarla en forma libre, para contribuir así al desarrollo espiritual de sus miembros⁵.

¹ Bajo esta premisa se ha establecido por la jurisprudencia -a propósito del homeschooling- que la forma óptima para lograrlo sería en la escuela. La formación en un centro docente sería el “instrumento más apropiado para conseguir dicha formación integral”. 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° 94). p. 426.

² COTINO HUESO, L. (2014). op. cit. p. 442.

³ Se produce con este fenómeno una alteración de lo que se comprendía por paradigma del reconocimiento y paradigma redistributivo. PÉREZ DE LA FUENTE, O. (2005). *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. Madrid: Dykinson, p. 93.

⁴ PÉREZ LUÑO, A. (2010). “Nuevos retos del Estado Constitucional: valores, derechos y garantías”. *Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos* N° 2. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá de Henares, p. 50.

⁵ LAMO DE ESPINOSA, señala, que esto constituye una forma usual de legitimación. Lamo de Espinosa, E. (1995). *Culturas, Estado, Ciudadanos: una aproximación al multiculturalismo en Europa*. Madrid: Alianza Editorial, p. 15 y 16.

Ahora bien, dicha multiculturalidad comporta para los poderes públicos la necesidad de considerar en el ejercicio de sus funciones a esas otras culturas (particularmente, en sus manifestaciones externas, como en lo religioso o filosófico), lo cual, desde luego, plantea desafíos enormes en la aplicación e interpretación de los derechos fundamentales (particularmente, aquellos vinculados a la dignidad de la persona humana –artículos 1.1 y 10 Constitución Española–, tal como, en lo que aquí interesa, las libertades de conciencia, pensamiento, religión, etc.)⁶.

Pues bien, uno de los ámbitos en que la multiculturalidad se revela con mayor vigor –y, por tanto, su estudio reviste mayor interés, como lo esbozamos al principio– es el de la educación, señaladamente, en lo que aquí importa, el derecho que tienen los padres a decidir la educación de sus hijos, puesto que, en el contexto mencionado, el “pluralismo educativo, la coexistencia de enseñanza pública y privada, contribuyen a la preservación de la sociedad democrática, multicultural y multiétnica⁷”.

En esta materia, sin embargo, se han intensificado las aludidas tensiones, debido a la necesidad de considerar diversos aspectos: 1) el derecho de los padres a que sus hijos reciban la educación que sea de acuerdo con sus convicciones religiosas y filosóficas; 2) el derecho de los niños a la educación; 3) el deber que tienen las autoridades de respetar las costumbres y creencias de sus alumnos y de prohibir cualquier tipo de adoctrinamiento o de discriminación⁸.

En este sentido, el objeto del presente trabajo es describir y explicar los principales asuntos resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en torno al derecho de los padres a decidir la educación y enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas (en tanto manifestación de la libertad de conciencia o de religión), sin pretender con ello, agotar aquí la investigación. Con dicho objeto, se efectuarán, además, algunas consideraciones generales en torno al contexto en el que se inserta tal derecho y a su configuración normativa.

2. MULTICULTURALIDAD, DIVERSIDAD Y UNIVERSALIDAD: ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES COMO CONTEXTO

Como cuestión previa es menester anotar –en términos muy generales– que desde la doctrina se han propuesto diversas formas de resolución de los conflictos de reconocimiento multicultural, entre ellos, la ciudadanía formalmente igualitaria y la ciudadanía diferenciada⁹. En el primero, predomina el desarrollo del sujeto como destinatario de derechos y no son consideradas las particularidades presentes en los diversos grupos de la sociedad. El Estado, a fin de alcanzar el bien común actúa con completa imparcialidad respecto de las diferencias¹⁰. Por otro lado, en la ciudadanía diferenciada la atención se pone en aquellos grupos, que efectivamente, por poseer rasgos diversos entre sí, requieren de un trato especial. A diferencia de la solución anterior, en este caso el Estado considera los rasgos diferenciadores en cada grupo y los hace parte de la sociedad, para así, en atención a las demandas particulares, formular las políticas de integración¹¹.

⁶ Este asunto es relevante, puesto que nos encontramos ante una Europa cuya tradición religiosa es marcadamente cristiana, hasta llegar al punto, que algunos Estados, reconocen o consagran de forma expresa una religión como oficial, no obstante, permitir la libertad de religión.

⁷ BARRERO ORTEGA, A. (2009). Tribunal Europeo de Derechos Humanos: TEDH - sentencias de 26.06.2007, Folgero y otros c. Noruega, 15472/02, y de 09.10.2007, Hasan y Eylem Zengin c. Turquía, 1448/04 – “Objeción de conciencia de los padres a educación con implicaciones morales - enseñanza religiosa obligatoria”. *Revista de derecho comunitario*, (N° 32) p. 264.

⁸ CATALÀ I BAS, A. (2002). “Los derechos fundamentales como límites a costumbres y prácticas religiosas o culturales”. *Anuario de Derecho Parlamentario*. Cortes Valencianas, (N° 13) p. 182.

⁹ Sobre este tema consultar ARLETTAZ, F. (2014). “Dos modelos frente a la diversidad cultural: igualitarismo formal y ciudadanía diferenciada”. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Vol. 59 (N° 221) pp. 201-224.

¹⁰ Señala Arlettaz que: “La corriente igualitarista es retomada por no pocos autores contemporáneos. Aquí mencionaremos dos que por su peso son particularmente significativos: John Rawls y el propio Jürgen Habermas. Mientras que en Rawls el igualitarismo parece manifestarse en su forma más puramente liberal, Habermas intenta un igualitarismo que sintetiza liberalismo y republicanismo”. ARLETTAZ, F. (2014). op. cit., p. 208.

¹¹ Ibidem. p. 213.

En relación a esto último, cabe mencionar que las medidas que se adopten en torno al concepto de ciudadanía diferenciada varían también, según la definición que se tenga de multiculturalismo. Sintéticamente, se ha propuesto una concepción estricta y otra amplia: en la primera, el multiculturalismo se caracteriza por la presencia de minorías nacionales o, por la presencia de grupos étnicos o raciales que expresan identidades culturales cuasi institucionalizadas y, la segunda, por aquellos grupos cuyos integrantes comparten algunas características que los definen como diferentes a los miembros de la mayoría en lo relativo a valores, estilo de vida e intereses¹².

Como fuere, lo cierto es que la asunción de estas demandas de reconocimiento de la diversidad y, por tanto, su respeto y promoción por parte de los poderes públicos comportan la necesidad de reflexión de su vinculación con la noción de universalidad de los derechos fundamentales, entendiendo por tal la aplicación de los derechos a todos los sujetos en forma general y sin distinción¹³. ¿Los derechos ya no serán universales; antes al contrario, son diversos¹⁴? Pues bien, el multiculturalismo es precisamente la conjunción de ambos conceptos y la necesidad de que éstos, convivan armónicamente, puesto que, en el caso contrario, tendríamos derechos aplicables a cada grupo en función de sus características propias (y, por tanto, particulares y aplicables casi en forma exclusiva) y por el otro, unas pocas garantías aplicables a todos (pues con la finalidad de ser extensiva a muchos, no podría atender a las diferencias).

En ese contexto, es menester que la diversidad religiosa (como manifestación más importante de la diversidad cultural) sea respetada y promovida por los poderes públicos en todos los ámbitos de la vida social y, especialmente, en aquellos en que sus manifestaciones son distintas de los grupos hegemónicos de la sociedad, como el educacional.

Ello, puesto que, como bien se ha señalado, la libertad religiosa es una expresión de la autonomía individual que debe ser respetada por todo el ordenamiento jurídico y sólo se puede restringir para la mantención de una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás¹⁵: así, si la libertad de conciencia es un valor básico de la democracia, entonces la admisión del pluralismo religioso es “una condición normal y sana de una sociedad democrática y libre¹⁶”.

Por último, es menester poner de relieve que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en concordancia con la necesidad de reconocimiento de los derechos de estas minorías, ha debido tutelar el cumplimiento de los principios de no discriminación y de igualdad entre los diversos grupos. Es en ese contexto, que han surgido innumerables instrumentos tendientes a lograr dicho cometido, entre los más reconocidos encontramos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948¹⁷; el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹⁸ y el

¹² En el primer orden Taylor, Walzer y Raz. Bajo esta concepción, no se comprenderían aquellos grupos que no comparten una cultura sociológica, como serían los homosexuales y discapacitados. En la segunda acepción Young, Tully y Dumm, entre otros. GIANNI, M. (2001). *La(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos. La Multiculturalidad, Cuadernos de derecho Judicial*. Madrid: Consejo General de Poder Judicial, p. 26.

¹³ Francisco. Javier Ansuátegui, distingue entre universalidad en sentido descriptivo y prescriptivo, por otro lado, se refiere a la universalidad jurídica y moral: jurídica, en su sentido puro y simple y moral, en cuanto reviste los valores por los cuales estos derechos tienen su validez (punto sobre el cual desarrolla su investigación). ANSUÁTEGUI ROIG, FCO. J. (2010). “Derechos humanos: entre la universalidad y la diversidad”. *Derechos Humanos en contextos multiculturales. ¿Acomodo de derechos o derechos de acomodo?*. Donostia-San Sebastián: Instituto de derechos humanos Pedro Arrupe, Diputación Foral de Gipuzkoa. p. 25.

¹⁴ Según la definición de la RAE: “Variedad, desemejanza, diferencia”.

¹⁵ NAVARRO-VALLS R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012). *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*. 2da. Edición. Madrid: Iustel. p. 257.

¹⁶ RUIZ VIEYTEZ, E. (2011). “Derechos en la diversidad cultural y religiosa: del asimilacionismo a la pluralización”. *Los símbolos religiosos en el espacio público*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. p. 18.

¹⁷ Artículo 18 “ Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

¹⁸ Artículo 2.2 “2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁹, los dos últimos de 1966.

3. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA Y EL DERECHO DE LOS PADRES A ELEGIR LA EDUCACIÓN DE SUS HIJOS

En el contexto educativo, el natural deseo de los padres (integrantes de estos colectivos minoritarios) que sus hijos reciban una educación acorde a sus creencias puede no encontrar recepción en el ámbito escolar, bien por la imposición de modelos educativos con tendencia a la uniformidad, bien por el no reconocimiento de las diferencias propias de la diversidad religiosa, bien por las limitaciones normativas que impiden determinadas modalidades de enseñanza, etc., o que ciertos preceptos impidan que los padres, acorde a sus convicciones, decidan educar a sus hijos en el hogar (homeschooling): así, por ejemplo, puede que la instrucción religiosa de carácter confesional sea impartida en la educación pública, pero, en todo caso, la misma no puede ser impuesta en forma obligatoria en contra de la voluntad de los alumnos o sus padres, ni mucho menos marginar a quienes han optado por no recibirla²⁰.

En este orden de consideraciones, es menester apuntar que, por ejemplo, la doctrina española pone de relieve que el derecho de los padres a elegir la educación religiosa y moral que ha de darse a sus hijos forma parte, justamente, del derecho de libertad religiosa²¹ o de la libertad de conciencia²² y se caracteriza por ser “poliédrico” o “multifacético”²³ o por constituir “una estructura jurídica algo compleja”²⁴, que comprende varios sujetos en la relación que genera²⁵.

En todo caso, debe puntualizarse que tal derecho de los padres debe ejercerse, en principio, mientras los niños son menores de edad²⁶, lo que no excluye considerar a éstos como titulares de derechos fundamentales, destacando, entre otros, el derecho a la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE), a la dignidad de la persona humana y al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE) y el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE)²⁷.

Asimismo, el derecho internacional de los derechos humanos, a través de diversos instrumentos, apunta en esa dirección. En efecto, entre otros, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, del año 1989, dispone, en su artículo 14.2, que los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, sin perjuicio de “los

¹⁹ Artículo 2.1 “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

Más específico el artículo 27 que prescribe: “En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma”. Esta disposición es señalada por Kymlicka, como inicio de un enfoque más amplio a las minorías en cuanto al ejercicio de ciertas libertades. KYMLICKA, W. (2009). *Las odiseas multiculturales*. Paidós: Barcelona. p. 48. Para la evolución histórica de los derechos de las minorías y los derechos indígenas, véase KYMLICKA, W. (2009). op. cit., pp. 49-52.

²⁰ NAVARRO-VALLS, R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012). op. cit., p. 268.

²¹ Sin perjuicio de que, además, deriva de los llamados derechos educativos, principalmente, del derecho fundamental a la educación y a la libertad de enseñanza. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2008). “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”. *Un estudio de Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Zaragoza: El Justicia de Aragón. p. 55.

²² ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. (2014). “El derecho de los padres a elegir la educación religiosa de los hijos y transmitirles la fe como contenido del derecho a la libertad religiosa”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, (N° 36) p. 8.

²³ RUANO ESPINA, L. (2009). “El derecho a elegir, en el ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones, en el marco de la LOLR”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, (N° 19) p. 2.

²⁴ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2008). op. cit., p. 55.

²⁵ En tal carácter, se señala, además, que el origen del derecho de que se trata es muy antiguo. Se afirma que ya las Partidas imponían a los padres el deber de “criar a los hijos, dándoles e fazendoles lo que es menester segund. su poder”, es así como algunos civilistas, como Kipp y Wolff, a principios del siglo XX, definieron este deber de los padres de educar a sus hijos como “la influencia psíquica con el fin de formar su carácter y espíritu. RUANO ESPINA, L. (2009) op. cit., pp. 5-6.

²⁶ ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. (2014) op. cit., pp. 2 y ss.

²⁷ RUANO ESPINA, L. (2009) op. cit., p. 7.

derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades²⁸.

Por tanto, en lo que dice relación con el sujeto titular del derecho a la educación, claro está que el discente es el destinatario y principal receptor de esta garantía, el desarrollo de este derecho y su protección, no tienen otro objeto que la formación de los niños, en libertad y el desarrollo de su personalidad²⁹; si bien, existen otros beneficiarios, como los padres y profesores o los centros docentes y otras instituciones, solo ejercen una porción de esta garantía fundamental³⁰.

Los padres, por su parte, son los principales responsables de la educación de sus hijos y sobre ellos pesa, el deber de escolarización de los menores, y la obligación de ejercer por ellos sus derechos, cuando éstos, por su menor edad, no pueden ejercerlos por sí mismos³¹.

4. EL DERECHO DE LOS PADRES A ASEGURAR LA EDUCACIÓN Y ENSEÑANZA DE SUS HIJOS CONFORME A SUS CONVICCIONES RELIGIOSAS Y FILOSÓFICAS Y LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO A RESPETARLO

El derecho de que se trata está regulado, entre otros textos, en el protocolo adicional (de 1952) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ampliándose éste a “derechos y libertades distintos de los que ya figuraban en su Título I...³²”.

Pues bien, acorde al artículo 2 del protocolo adicional, “*A nadie se le puede negar el derecho a la educación. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas*³³”.

Sin embargo, es la segunda parte del enunciado la que ha dado origen a los procesos llevados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pues tiene perfecta conexión con los derechos del artículo 9, referido a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y el artículo 10 del Convenio, sobre la libertad de expresión³⁴.

4.1. Configuración jurisprudencial por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de su jurisprudencia, ha delimitado los lineamientos generales a la hora de desarrollar el contenido material de este derecho³⁵:

i. En cuanto a la redacción de la disposición, la totalidad del artículo 2 está dominada por

²⁸ También la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes, reconoce a los mismos la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 17) y el derecho a formular objeción de conciencia (art. 12).

²⁹ COTINO HUESO, L. (2014). op. cit. p. 432.

³⁰ Lo anterior, dado el caso en estudio, pues, del punto de vista internacional y dada la vocación universalista e igualitaria este derecho, todos son titulares, pues “Todos tienen derecho a la educación”. MARTÍNEZ DE PISÓN, J. (2003). *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*. Madrid: Dykinson. p. 68.

³¹ COTINO HUESO, L. (2014). op. cit. pp. 437-438.

³² Encabezado protocolo adicional de París, del 20 de marzo de 1952.

³³ Este derecho se encuentra consagrado, en términos similares, en los siguientes cuerpos legales: artículo 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de noviembre de 1948; artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 19 de noviembre de 1966; artículo 18.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de noviembre de 1966 y artículo 14.3 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, entre otros.

³⁴ Se indica que, según la experiencia, los casos se articulan en dos vías. Por una parte, aquellos conflictos que dicen relación directa con las convicciones filosóficas, religiosas y morales de los padres y sus hijos y, por otro lado, aquellos que corresponden a actividades escolares, pero no dentro del aula, más bien, extracurriculares. NAVARRO-VALLS R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012) op. cit., p. 236.

³⁵ Guide on Article 2 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, accesible en http://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_2_Protocol_1_ENG.pdf

la primera oración —a nadie se le puede negar el derecho a la educación—, esto se traduce en que las convicciones de los padres y su aplicación no pueden traer como consecuencia que el niño no tenga acceso a la educación³⁶.

ii. Del punto de vista de la exégesis del artículo 2, no puede considerarse como una disposición aislada de su cuerpo normativo y para su desarrollo e interpretación debe conjugarse con otras del Convenio, en especial los artículos 8, 9 y 10³⁷.

iii. Los términos “respeto” y “convicciones”, presentan el siguiente alcance: “*respeto*” significa más que “reconocer” o “tener en cuenta”, (en principio una tarea pasiva para el Estado), implica cierta obligación positiva de parte del Estado³⁸ y “*convicciones*”, no es sinónimo de los términos “opiniones” e “ideas”. Denota puntos de vista que conllevan cierto nivel de contundencia, seriedad, cohesión e importancia³⁹.

iv. El artículo 2, no hace distinción entre la instrucción religiosa y otras materias, por tanto, la educación sexual y ética entran dentro del alcance del artículo 2 del Protocolo N° 1. Es deber del Estado respetar las convicciones, ya sean religiosas o filosóficas de los padres y, a lo largo de todo el programa de educación⁴⁰. Así como tampoco distingue entre enseñanza pública o privada⁴¹.

v. El deber de respeto es de amplia aplicación, vale tanto para el contenido de la instrucción y la manera de dispensarla, como también para el ejercicio del conjunto de “funciones” que asume el Estado⁴².

vi. Aunque en ocasiones se deba subordinar los intereses individuales a los de un grupo, la democracia no se reduce a la supremacía constante de la opinión de una mayoría; exige un equilibrio que asegure a las minorías un trato justo y que evite todo abuso de una posición dominante⁴³.

vii. La definición y planificación del programa de estudios competen en principio a los Estados contratantes. Se trata, en gran medida, de un problema de oportunidad sobre el que el Tribunal no debe pronunciarse y cuya solución puede legítimamente variar según los países y las épocas⁴⁴.

De lo indicado por el tribunal, podemos señalar que, al ser un precepto que debe considerarse en relación con otros de la Convención y que esté en segundo lugar frente al derecho a la educación, refuerza la idea de que, si bien es un derecho de los padres, la titularidad de este derecho recae sobre el propio menor, la que variará en atención a su grado de madurez y de juicio⁴⁵.

Por otro lado, para lograr su protección es necesaria una convicción real y efectiva pues, por otro lado, exige al Estado la realización de acciones concretas con ese fin.

La interpretación que realiza el órgano de Estrasburgo de los términos “concepciones filosóficas y religiosas” es tan amplia, que permite figuras como la educación sexual, el *homeschoo-*

³⁶ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Konrad y otros c. Alemania, de 11 de noviembre de 2006, decisión de inadmisibilidad.

³⁷ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca, de 07 de diciembre de 1976, ap. 52.

³⁸ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Campbell y Cosans c. el Reino Unido, de 25 de febrero de 1982, ap. 37.

³⁹ Sentencias Tribunal Europeo de Derechos Humanos Campbell y Cosans c. Reino Unido, de 25 de febrero de 1982, ap. 36 y Valsamis c. Grecia, de 18 de diciembre de 1996, aps. 25 y 27.

⁴⁰ Sentencias Tribunal Europeo de Derechos Humanos Jiménez Alonso y Jiménez Merino España, de 25 de mayo de 2000; Dojan y otros c. Alemania, de 13 de septiembre de 2007, decisiones de inadmisión y Appel-Irrgang y otros c. Alemania, de 6 de julio de 2009.

⁴¹ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Kjeldsen, Madsen y Pedersen c. Dinamarca, del 7 de diciembre de 1976, ap. 53.

⁴² Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Campbell y Cosans c. Reino Unido, de 25 de febrero de 1982, ap. 33.

⁴³ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Valsamis c. Grecia, ap. 27.

⁴⁴ Guide on Article 2 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, citada.

⁴⁵ MURCIA GONZÁLEZ, A. (2015). *Los derechos implicados en el ámbito educativo. La competencia social y ciudadana en la legislación española*. (Tesis doctoral, Universidad de Carlos III de Madrid). recuperado de <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/22472>. p. 125.

ling, incluso la ejecución de actividades fuera de la jornada escolar⁴⁶.

Del punto de vista de la doctrina, esta señala que del artículo 2, a la luz de las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se derivan dos importantes consecuencias: primero, que el término “convicciones”, ha de entenderse de manera restrictiva, no comprendiendo cualquier clase de opinión o idea, sino las que revisten cierto grado de seriedad y coherencia y segundo, el derecho de los padres a la educación de sus hijos conforme a sus convicciones filosóficas y religiosas ha de ser interpretado en forma amplia⁴⁷.

Por otra parte, este derecho tiene directa relación con aquel consagrado en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, relativo a la libertad de pensamiento, conciencia y religión⁴⁸, en el sentido que el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos no es más que manifestación de aquellas libertades. Como bien ha anotado Barrero Ortega, la enseñanza pública, en particular, ha de ser neutral y respetar las ideas y creencias de los padres, máxime teniendo en cuenta la importancia que ésta cobra en la actualidad en la realización del derecho de todos a la educación. Es más, la obligación de respeto –que pesa sobre el Estado–, se extiende a todas las creencias, religiosas y filosóficas⁴⁹. Con todo, cuesta encontrar en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sentencias que resuelvan conflictos en torno al artículo 9, en su mayoría los casos eran inadmitidos por ser “manifiestamente infundados”, y no será hasta 1993, con el caso *Kokkinakis c. Grecia*, donde la Corte se pronunciará sobre este derecho⁵⁰.

En último término, el derecho de los padres es un derecho de libertad, con un carácter principalmente negativo, “sin que necesariamente deba deducirse de su contenido una dimensión prestacional. Basta con que el poder público respete su deber de neutralidad en la escuela pública y no interfiera en el libre desenvolvimiento de la iniciativa privada en el campo de la educación⁵¹”.

4.2. Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Expuestas las líneas generales del derecho en estudio, se presentarán los casos más relevantes que ha resuelto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la materia.

Cabe anotar, que, las controversias planteadas ante el órgano de Estrasburgo, para su resolución, basan su solicitud en la parte segunda del artículo 2 del protocolo adicional al Convenio, que regula el derecho a la educación, planteando objeciones de conciencia, basadas en sus convicciones

⁴⁶ Sentencias Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Valsamis y Efstratiou c. Grecia*.

⁴⁷ MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2008). “La objeción de conciencia a la enseñanza religiosa y moral en la reciente jurisprudencia de Estrasburgo”. *Educación y religión. Una perspectiva de derecho comparado*. Granada: Comares, p. 124.

⁴⁸ Artículo 9: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos.

2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”. Sobre las diversas interpretaciones sobre su significado, véase MARTÍN SÁNCHEZ, I. (2001). “Las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión en el ordenamiento jurídico internacional”. *Proyección nacional e internacional de la libertad religiosa*. Madrid: Ministerio de Justicia Dirección General de Asuntos Religiosos p. 19, también, MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (1986). El derecho de la libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio Europeo de Derechos Humanos. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, II, p. 422, entre otros.

⁴⁹ BARRERO ORTEGA, A. (2009). op. cit., p. 265.

⁵⁰ Salvo, y excepcionalmente, el caso *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, de 1976. En este sentido: SOLAR CAYON, J. (2009). “La libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el elemento religioso como factor de riesgo”. *Estudios de Derecho español y europeo*. Santander: Ediciones de la Universidad de Cantabria, p. 869 y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2001). “La protección de la libertad religiosa en el sistema del Consejo de Europa”. *Proyección nacional e internacional de la libertad religiosa*. Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, pp. 101-102.

Incluso el caso *Hoffmann c. Austria*, de 23 de junio de 1993, asunto N° 12875/87, en el cual se alega la vulneración de los artículos 9 del Convenio y 2 del Protocolo Adicional, es resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por vulneración al derecho a la intimidad, contenido en el artículo 8 del Convenio.

⁵¹ *Ibidem*.

religiosas y filosóficas, frente a la obligación de cursar determinadas asignaturas o de participar en algunas actividades fuera de clases, participar en desfiles conmemorativos o en obras de teatro; dos casos especiales deben llamar nuestra atención en la revisión de la jurisprudencia del tribunal, el primero de ellos, por constituir una objeción o desaprobación del sistema escolar en su conjunto –homeschooling– y que pretende la educación de los hijos en el hogar, y el otro, en atención a la relevancia del fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su probable vinculación con el derecho a la libertad de conciencia y la prohibición de adoctrinamiento, tan fuertemente difundida por el órgano encargado de aplicar el Convenio.

4.2.1. *Objeción de conciencia a la asignatura de educación sexual: el caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen*⁵²

Este es el primer caso de objeción de conciencia basada en el artículo 2 del Protocolo que fue resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a raíz de este asunto, se introducen algunas directrices sobre la materia, que se han mantenido hasta la fecha en los pronunciamientos del tribunal⁵³.

Sobre este asunto, es preciso señalar como antecedente en la causa, que la legislación danesa introdujo dentro del programa de las escuelas públicas, la materia de educación sexual, la que sería abordada de forma transversal en diversas asignaturas de carácter obligatorio, esto, debido al aumento de embarazos no deseados en las adolescentes y el consecuente incremento del número de abortos, (cerca de 4.000 abortos legales cada año y, según las opiniones de los expertos, unos 15.000 ilegales), además de otros factores (como la tasa de natalidad) mencionados.

Bajo estas circunstancias, tres matrimonios consideraron que dicho ajuste en la enseñanza de sus hijos iba contra sus convicciones religiosas, motivo por el cual solicitaron al Ministerio de Educación la autorización para eximirlos de cursar las materias de educación sexual, petición que fue denegada por el Estado Danés.

En la resolución del caso, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció como primer criterio en torno al artículo 2, la interpretación conjunta, de ambas partes de la disposición. Agregó, además, que el precepto no permite distinguir entre instrucción religiosa y otras materias, por lo que el Estado se obliga a respetar las convicciones de los padres ya sean religiosas o filosóficas, a lo largo de todo el programa educativo (ap. 50-51).

En lo que respecta a la interpretación del artículo 2 del Protocolo con los artículos 8, 9 y 10 del Convenio, el Tribunal dispone que debe primar el derecho a la educación de los niños, y que corresponde al Estado la formulación del programa escolar, el cual puede contener información de índole religiosa o filosófica, la que debe ser impartida en forma objetiva, crítica y pluralista. Así también, se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada

⁵² Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, de 07 de diciembre de 1976, asuntos N° 5095/71; 5920/72; 5926/72, accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["\"case of kjeldsen, busk madsen and pedersen c. denmark\""\],"documentcollectionid2":\["grandchamber","chamber"\],"itemid":\["001-57509"\]}\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Otros asuntos en este sentido Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Jiménez Alonso y Pilar Jiménez Merino c. España*, de 25 de mayo de 2000, asunto N° 51188/99, accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-5973"\]}\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) y *Dojan y otros c. Alemania*, de 13 de septiembre de 2011, asunto N° 319/08, accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-106382"\]}\]](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

⁵³ Así también, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2014). "La presencia de los padres en el derecho a la educación". *Revista Española de Derecho Administrativo*. (N° 161).

No obstante, otro sector de la doctrina opina lo contrario, pues el fallo llevaría a la conclusión que las obligaciones del Estado, al momento de establecer su programa de enseñanza, van por la vía del "no adoctrinamiento", y no tanto, por una "acomodación a las creencias de los padres en el entorno escolar". Esta doctrina se ha mantenido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Angelini c. Suecia*, al prohibir a una alumna la exención de las clases de "Instrucción religiosa", señalando que éstas se impartían de manera objetiva y neutral, a pesar de las convicciones ateas de ella y su madre, planteadas al momento de solicitar la exención. NAVARRO-VALLS R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012). op. cit., p. 273. También SOLAR CAYON, J. (2009). "La libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el elemento religioso como factor de riesgo". *Estudios de Derecho español y europeo*. Santander: Ediciones de la Universidad de Cantabria. p. 873.

como no respetuosa de las convicciones religiosas y filosóficas de los padres⁵⁴ (ap. 53).

El Órgano de Estrasburgo, destacó las consideraciones de orden moral, planteadas por Dinamarca en su argumentación (sobre todo en aquello que respecta al fácil acceso que tienen los niños a todo tipo de información, frente a lo cual se hace necesario dar una formación oportuna, clara y objetiva), consideraciones que no sobrepasan el límite de lo que un Estado democrático puede concebir como interés público.

En ese sentido, determinó que “el examen de la legislación impugnada prueba, en efecto, que no constituye un intento de adoctrinamiento tendiente a preconizar un comportamiento sexual determinado. Esta legislación no se consagra a exaltar el sexo ni a incitar a los alumnos a dedicarse precozmente a prácticas peligrosas para su equilibrio, su salud o su futuro, o reprobables para muchos padres. Además, la legislación no afecta 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” (ap. 54). Basado en estos argumentos, no acogió la pretensión de los padres.

Conviene traer aquí lo que indicara Martín-Retortillo Baquer, sobre el sujeto más importante en torno al desarrollo de este derecho, que son los niños, por tanto, cuando las intenciones de los padres contrarían su bienestar superior, en este caso su educación, éstas se anulan en pos de un bien mayor, es decir: “Los derechos de los padres no tienen carácter autónomo o separado: valen en cuanto sean útiles para asegurar la formación de los niños pero no si el dogmatismo de los progenitores resulta un impedimento para la formación de los niños⁵⁵”.

Otro sector de la doctrina hace notar el voto disidente del Juez Verdross, quien afirma: “frente a las demandas de los padres no se puede invocar el artículo 10 del Convenio, que protege la libertad de cualquier persona para recibir y comunicar informaciones, pues el artículo 2 del Protocolo constituye una regla especial que deroga el principio general del artículo 10 del Convenio, y protege el derecho de los padres a restringir la libertad de las informaciones a transmitir a sus hijos menores en lo tocante a la formación de la conciencia de éstos últimos⁵⁶”.

Por otro lado, algunos autores, en tanto, ponen de relieve que el precepto en estudio no contiene una prohibición expresa del adoctrinamiento en la transmisión de la enseñanza estatal, sino que sólo mandata al respectivo Estado a “respetar” las convicciones de los padres y eso era lo que debía constatar el Tribunal, toda vez, que la disposición tampoco considera la posibilidad expresa de exención, en cuyo caso no había otra opción que concluir que efectivamente habría ocurrido una vulneración del artículo 2 del comentado Protocolo Adicional⁵⁷.

⁵⁴ Sobre la tarea del Estado de evitar el adoctrinamiento, muy certero es el comentario de Martín-Retortillo, quien destaca el enorme esfuerzo de las naciones “a la hora de garantizar la calidad de los profesores a quienes se encomienda la delicada tarea de enseñar a los niños. ¡No vale cualquiera para enseñar! Se necesita una arraigada vocación, pero también una preparación a fondo a la altura de los tiempos. Y no cabe engañarse: la devaluación en la preparación y selección de profesores es un craso error de enormes repercusiones”. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2014). op. cit. p. 140.

⁵⁵ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2014). “La presencia de los padres en el derecho a la educación”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (N° 161), p. 143.

⁵⁶ JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, M. Y CAÑAMARES ARRIBAS, S. (2007). “La objeción de conciencia en el ámbito educativo: comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Folgerø c. Noruega”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*. (N° 15) p. 11.

⁵⁷ NAVARRO-VALLS R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012). *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*. 2da. Edición. Madrid: Iustel. p. 273.

4.2.2. *Objeción de conciencia a cursar la asignatura de religión: los casos Folgerø⁵⁸ y Zengin⁵⁹*

En ambos asuntos se plantea la objeción de conciencia para cursar la asignatura de instrucción religiosa.

Para el caso Folgerø con Noruega, es preciso tener como antecedente que, dicho Estado consagra en el artículo 2 de su Carta Magna, una religión oficial y una Iglesia de Estado –a la que pertenece el 86% de la población–.

Como una forma de compatibilizar su tradición cristiana con la enseñanza de otras religiones, el Estado realiza una modificación en esta materia y establece la asignatura de “cristianismo, religión y filosofía⁶⁰”. En su implementación, se contemplaba la posibilidad de exención, la que, en todo caso, era parcial, pues solo se permitía respecto de algunas actividades dentro de la asignatura, por otro lado, para lograr esa dispensa, los padres tenían la carga de indicar lo que a su parecer era contrario a sus convicciones filosóficas y religiosas. Ante esta situación, un grupo de padres, miembros de la Asociación Humanista Noruega, y sus hijos, plantean el asunto ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

El órgano de Estrasburgo trae a colación ciertos considerandos del emblemático caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen para resolver la controversia. Refiere, en primer lugar, que la segunda frase del artículo 2 del Protocolo “no impide a los Estados difundir, a través de la enseñanza o la educación, informaciones o conocimientos que tengan, directamente o no, un carácter religioso o filosófico. No autoriza, ni siquiera a los padres, a oponerse a la integración de tal enseñanza o educación en el programa escolar, sin lo cual cualquier enseñanza institucionalizada correría el riesgo de resultar impracticable”. Agrega, que “el Estado, al cumplir las funciones asumidas en materia de educación y de enseñanza, vela por que las informaciones o conocimientos que figuran en el programa de estudios sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista. Se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada no respetuosa con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Este es el límite que no puede sobrepasar” (ap. 53).

En lo que respecta a la asignatura en cuestión, señala el tribunal, que esta contenía la cláusula “vocación cristiana”, cuya finalidad era dar a los alumnos una “educación cristiana y moral” (ap. 90), pero que tenía una “marcada preponderancia del cristianismo en la composición del plan de estudios de la asignatura” (ap. 91), lo que ponía en tela de juicio la neutralidad y objetividad con que esta era impartida, declarando finalmente, la vulneración del artículo 2 del protocolo.

El segundo asunto Zengin con Turquía⁶¹, resuelve la controversia generada a raíz de las

⁵⁸ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Folgerø y otros c. Noruega, de 29 de junio de 2007, asunto N° 15472/02, accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-81356"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

Para un análisis pormenorizado de este caso, véase JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, M. y CAÑAMARES ARRIBAS, S. (2007). op. cit., pp. 1-14.

⁵⁹ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Hasan y Eylem Zengin c. Turquía, de 09 de octubre de 2007, asunto N° 1 448/04, accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"tabview":\["document"\],"itemid":\["001-82580"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

⁶⁰ Cuya finalidad era “establecer un entorno escolar abierto que acogiese a todos los alumnos, cualquiera que fuese su medio social, su fe religiosa, su nacionalidad, su pertenencia étnica u otra distinción. La finalidad era que la escuela no fuese un lugar de predicación o de actividades misioneras sino un lugar donde se encontrasen diferentes convicciones religiosas y filosóficas y donde los alumnos pudiesen aprender a conocer los pensamientos y tradiciones los unos de los otros” (ap. 15).

⁶¹ En esta sentencia el Tribunal formula las siguientes consideraciones comparativas:

30. En Europa, la educación religiosa está estrechamente ligada a la educación secular. De los 46 Estados miembros del Consejo de Europa que fueron examinados, 43 imparten clases de educación religiosa en las escuelas estatales. Sólo Albania, Francia (con excepción de las regiones de Alsacia y Mosela) y la ex República Yugoslava de Macedonia son excepciones a esta regla. En Eslovenia, la enseñanza no confesional se ofrece en los últimos años de la educación estatal.

31. En 25 de los 46 Estados miembros (incluido Turquía), la educación religiosa es una asignatura obligatoria. Sin embargo, el alcance de esta obligación varía según el Estado. En cinco países, a saber, Finlandia, Grecia, Noruega, Suecia y Turquía, la obligación de asistir a clases de educación religiosa es absoluta. Todos los alumnos que pertenecen a la fe religiosa enseñada en las clases están obligados a seguirlas parcial o totalmente. Sin embargo, diez Estados permiten exenciones bajo ciertas condiciones. Este es el caso de Austria, Chipre, Dinamarca, Irlanda,

diversas corrientes que se profesan en el islam. En esta oportunidad, la familia Zengin practica el alevismo (Alevita), una vertiente del islam distinta a la que se imparte en las escuelas públicas de Turquía (Sunnita), motivo por el cual solicitan la dispensa para cursar la asignatura de “cultura religiosa y ética”. Sin embargo, la exención a dicha asignatura sólo estaba prevista para quienes manifestasen expresamente profesar la religión cristiana o judía, motivo por el cual es rechazada la petición⁶².

El Tribunal resuelve a favor de la pretensión de los padres pues, el sistema educativo no cumple con ser objetivo y neutral en la transmisión de su contenido.

Respecto de la posibilidad de exención, el Tribunal considera que “el procedimiento de exención no es un método adecuado y no proporciona una protección suficiente a los padres que pudieran considerar legítimamente que la materia enseñada es susceptible de dar lugar a un conflicto de lealtad entre la escuela y sus propios valores”... (ap. 77).

La doctrina señala que ambos casos vienen a afirmar la postura restrictiva del Tribunal respecto del derecho de los padres, en el mismo sentido que lo expresara en el caso Kjeldsen, aunque, por otro lado, reitera la necesidad velar por la real “objetividad y pluralismo” en la transmisión del contenido para evitar el adoctrinamiento religioso o moral⁶³.

4.2.3. *Objeción de conciencia frente a actividades físicas dentro del curriculum escolar: el caso Osmanoglu y Kocabaş*⁶⁴

Este es un fallo reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que resuelve la oposición de un matrimonio sueco de origen turco a que sus hijas asistieran a clases de natación mixtas, las que eran obligatorias en la escuela, según sus padres, dicha actividad iba contra sus convicciones religiosas y vulneraba el derecho que tenían sobre la educación de sus hijas.

Frente a esta negativa la escuela dio a los padres la posibilidad que sus hijas asistieran con un burkini, pero éstos se negaron señalando que, “aunque el Corán no prescribiera cubrir el cuerpo femenino hasta la pubertad, su creencia les ordena preparar a sus hijas para los preceptos que se les aplicarían desde su pubertad”. Frente a esta negativa, las autoridades escolares sancionaron a los padres por incumplimiento de sus responsabilidades parentales, con una multa.

Islandia, Liechtenstein, Malta, Mónaco, San Marino y el Reino Unido. En la mayoría de estos países, la educación religiosa es confesional.

32. Otros diez países dan a los alumnos la oportunidad de elegir una clase sustituta en lugar de la educación religiosa obligatoria. Este es el caso en Alemania, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Serbia, Eslovaquia y Suiza. En esos países, la educación confesional se incluye en el plan de estudios elaborado por los ministerios competentes y los alumnos están obligados a asistir, a menos, que hayan optado por la clase sustituta propuesta.

33. En cambio, 21 Estados miembros no obligan a los alumnos a seguir clases de educación religiosa. La educación religiosa está generalmente autorizada en el sistema escolar, pero los alumnos sólo asisten si han hecho una solicitud a tal efecto. Esto es lo que ocurre en el mayor grupo de Estados: Andorra, Armenia, Azerbaiyán, Bulgaria, Croacia, España, Estonia, Georgia, Hungría, Italia, Letonia, Moldova, Polonia, Portugal, Rumania, Rusia y Ucrania. Por último, en un tercer grupo de Estados, los alumnos están obligados a asistir a una clase de educación religiosa o de sustitución, pero siempre tienen la opción de asistir a una clase secular.

34. Esta visión general de la educación religiosa en Europa muestra que, a pesar de la variedad de métodos de enseñanza, casi todos los Estados miembros ofrecen, al menos, una vía por la cual los alumnos pueden optar por clases de educación religiosa, la opción de asistir a una clase de suplente, o dar a los alumnos la posibilidad de inscribirse o no en una clase de estudios religiosos.

⁶² Sobre este mismo asunto (corriente Leví del Islam), se ha resuelto recientemente, un nuevo caso por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos “Mansur Yalçın y otros c. Turquía”, de 16 de febrero de 2015, asunto N° 21163/11, accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng/{‘tabview’:\[‘document’\],‘itemid’:\[‘001-146487’\]};](https://hudoc.echr.coe.int/eng/{‘tabview’:[‘document’],‘itemid’:[‘001-146487’]};) pretensión que fue acogida por el Tribunal, esto pone en evidencia que, a pesar de los “esfuerzos” del Estado Turco por modificar el programa escolar, no ha llegado a resguardar en forma efectiva el respeto a las convicciones de los padres. Continúa el fallo “el sistema educativo turco no ofrece opciones apropiadas para los hijos de padres que tienen una convicción religiosa o filosófica distinta a la del Islam sunita y que el limitado procedimiento de exención es probable que someta a los padres de los alumnos a una carga pesada y la necesidad de revelar sus convicciones religiosas o filosóficas con el fin de tener a sus hijos exentos de las lecciones de la religión” (ap. 77).

⁶³ NAVARRO-VALLS, R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012), op. cit., p. 285.

⁶⁴ Sentencia LOZANO CONTRERAS, F. (2010) TEDH - sentencia de 03.11.2009, s. Lautsi c. Italia, Osmanoglu y Kocabaş c. Suiza, de 29 de mayo de 2017, asunto N° 29086/12, accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng/{‘itemid’:\[‘001-170346’\]};](https://hudoc.echr.coe.int/eng/{‘itemid’:[‘001-170346’]};)

Como antecedentes en este caso es preciso señalar que, Suiza no ha ratificado el protocolo adicional, motivo por el cual los padres, sustentan su derecho preferente sobre la educación de sus hijas, basados en el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁶⁵. Por lo anterior, el Tribunal desarrolla su argumentación, en torno al artículo ya referido, no obstante, expondremos brevemente los puntos más destacados de la sentencia, pues a todas luces, trata el asunto objeto de nuestro estudio.

En este sentido, al hablar del concepto “manifestación” del artículo 9, la Corte dispone que el acto en cuestión debe estar estrechamente relacionado con la religión o las creencias. Los actos de culto o devoción relacionados con la práctica de una religión o creencia en una forma generalmente reconocida constituirían un ejemplo. Sin embargo, la manifestación de una religión o creencia no se limita a actos de este tipo: la existencia de un vínculo suficientemente estrecho y directo entre el acto y la convicción que le dio lugar debe establecerse a la luz de las circunstancias de cada caso concreto. En particular, el solicitante no está obligado a demostrar que actuó de conformidad con el mando de la religión de que se trata⁶⁶ (ap. 41).

Los padres sienten en este caso, que el hecho a que sus hijas se ausenten de las clases de natación, que desde ya indican, no están consagradas a nivel constitucional (pues la Carta Magna hace hincapié en la necesidad de realizar “actividades deportivas”), no socaba sus opciones de integración en la sociedad y su igualdad de oportunidades, además que la “dispensa no pone en peligro ningún contenido de aprendizaje ni amenaza la adquisición de un diploma escolar y posteriores oportunidades de trabajo”, agregan también que en dicha localidad, muchas escuelas no disponen de un programa de natación, lo que lleva a pensar la importancia real y efectiva en la socialización, que tenga el desarrollo de dicha actividad⁶⁷ (ap. 56). Sin embargo, el Tribunal acoge la pretensión del gobierno y acepta la idea que dicha actividad cumple una finalidad de “integración de las diferentes culturas, de respeto a la escolaridad obligatoria y de igualdad de sexos; que ésta ha sido ideada para proteger a los estudiantes extranjeros contra cualquier fenómeno de exclusión social” (ap. 64).

En este caso, el Tribunal nuevamente precisa el alcance del concepto “respeto”, previene que los requisitos del término dan a entender que los Estados gozan de un amplio margen de apreciación para determinar, de conformidad con las necesidades y los recursos de la comunidad y de las personas, las medidas que deben adoptarse para garantizar el cumplimiento del Convenio. En el contexto del artículo 2 del Protocolo N°1, esta noción en particular significa que esta disposición no puede interpretarse en el sentido de que permite a los padres exigir al Estado organizar una determinada educación (ap. 92).

4.2.4. *La objeción de conciencia frente a los castigos físicos: los casos Campbell y Cosans*⁶⁸

En este asunto, la objeción de conciencia se plantea ante los castigos físicos de que podrían ser objeto los hijos de las recurrentes, como una forma de corregir la conducta de éstos, dentro de

⁶⁵ Apartado 35 “Le droit des parents de voir respecter leur droit «d’assurer l’éducation et un enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques» est garanti par la seconde phrase de l’article 2 du Protocole no 1 à la Convention, qui est en principe *lex specialis* par rapport à l’article 9 de la Convention (Folgerø et autres c. Norvège [GC], no 15472/02, § 84, CEDH 2007-VIII, et Lautsi et autres c. Italie [GC], no 30214/06, § 59, CEDH 2011). La Suisse n’ayant pas ratifié le Protocole no 1, les requérants invoquent l’article 9 de la Convention”.

⁶⁶ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Eweida y otros contra Reino Unido, asunto N°s 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10, ap. 82, Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁶⁷ Agregan, además, que “no hay pruebas de que la escolaridad no pueda ser ordenada y efectiva cuando se hayan concedido exenciones a cursos de natación mixta... En Basilea el número de musulmanes de “creencia estricta” que no desean enviar a sus hijos a la natación mixta es muy bajo. Añaden que entre 2000 y 2007, por cada 3.000 musulmanes que vivían en Basilea, no había más de tres exenciones por año como parte del currículo escolar obligatorio. Sumado que no es infrecuente que padres suizos fundamentalistas cristianos o los judíos ortodoxos, que siguen las mismas reglas de decencia, pidan exenciones y se les concedan (ap. 61).

⁶⁸ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Campbell y Cosans c. Reino Unido, de 25 de febrero de 1982, asuntos N° 7511/76; 7743/76, accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"languageisocode":\["SPA"\],"appno":\["7511/76","7743/76"\],"documentcollectionid2":\["CHAMBER"\],"itemid":\["001-165170"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

las escuelas. Si bien, pareciera que la solución pudiera ir por la declaración de una vulneración al artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos sobre prohibición de la tortura –“[n]adie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”–, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos acogió las pretensiones de las demandantes, basado en el incumplimiento del artículo 2 del Protocolo.

En ese sentido, el fallo presenta ciertas precisiones al artículo 2, destacadas por la doctrina⁶⁹. Así, la palabra “convicciones” alude a que éstas deben ser de tal envergadura que merezcan el respeto de una “sociedad democrática”, es decir, no corresponden a meras “opiniones” o “ideas”, sino que alcanzan, cierto nivel de obligatoriedad, seriedad e importancia (ap. 36).

Desde el punto de vista de las funciones que debe asumir el Estado en materia de educación, para cumplir con lo mandatado por el precepto objeto de estudio, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoce que la administración interna de la escuela está incluida dentro de él, no puede pensarse el artículo 2 referido solamente a la trasmisión de conocimientos (ap. 33).

Finalmente, el Tribunal precisa, en este fallo, otro concepto del artículo 2, la acepción “respetará”, que no sólo se traduce en “reconocerá” o “tomará en consideración”, actitudes más bien pasivas por parte del Estado, sino que impone a este una cierta obligación positiva (ap. 37).

4.2.5. *La objeción de conciencia a participar en obras de teatro: el caso Dojan y otros*⁷⁰

Los demandantes pertenecientes a la Iglesia Evangélica Bautista Cristiana se oponían a que sus hijos participaran en la obra de teatro “mi cuerpo me pertenece”, la que se enmarcaba en el programa de estudios de la escuela referido a educación sexual (el objeto de la obra era la prevención del abuso sexual por extraños o miembros de la familia, enfocado a su prevención), actividad de carácter obligatorio para los alumnos de tercero y cuarto grado.

En lo que decía relación a las clases de educación sexual, los padres optaron por no enviar a sus hijos a clases durante el periodo que debía desarrollarse el curso, motivo por el cual fueron multados, sanción que fue confirmada por los tribunales de justicia⁷¹.

Frente a esta situación los padres concurren al Tribunal Europeo de Derechos Humanos argumentando que la negativa de las autoridades nacionales de eximir a sus hijos de las clases obligatorias de educación sexual, taller de teatro o celebraciones de carnaval constituía una restricción desproporcionada de su derecho a educar a sus hijos de conformidad con sus convicciones religiosas, así como el derecho de sus hijos a recibir una educación correspondiente a sus propias convicciones religiosas, que, dada su edad, correspondían a las de sus padres. Sustentaron sus argumentos en el artículo 2 del protocolo adicional y a los artículos 8 y 9 del Convenio. (además, se alegó una vulneración al artículo 14 de la convención, en relación con los mentados 8 y 9, sin embargo, cuestión que fue desestimada por el máximo tribunal).

El tribunal, recurre en su fallo a los argumentos ya expresados en la sentencia Kjeldsen,

⁶⁹ NAVARRO-VALLS, R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012). op. cit. pp. 275-277.

⁷⁰ TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Dojan y otros c. Alemania, de 13 de septiembre de 2011, asunto N° 319/08D, accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-108950"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

⁷¹ Los órganos jurisdiccionales estimaron que “las lecciones se habían impartido de conformidad con las disposiciones legales, las directrices y el plan de estudios, que se habían basado en las normas científicas y educativas actuales... La educación sexual para el grupo de edad involucrado era necesaria con el fin de permitir a los niños enfrentar críticamente las influencias de la sociedad, en lugar de evitarlas y aislarlas”. “El Tribunal de Apelación consideró que era jurisprudencia reiterada que la escolaridad obligatoria constituía una restricción admisible de los derechos de los padres a la libertad de religión y a la educación de sus hijos. En su decisión de 26 de junio de 2007, el Tribunal de Apelación subrayó además que el mandato del Estado de proporcionar educación no se limitaba a la transmisión de conocimientos, sino que también tenía como objetivo educar a ciudadanos responsables y emancipados capaces de participar en los procesos democráticos de una sociedad pluralista, una visión, en particular, para integrar a las minorías y evitar la formación de “sociedades paralelas” motivadas religiosa o ideológicamente”.

Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca, en orden a señalar el alcance del artículo 2 del protocolo, así repite, entre otros puntos, que “[l]os padres pueden exigir al Estado que respete sus convicciones religiosas y filosóficas en el ejercicio de un deber natural hacia sus hijos, ya que los padres son los principales responsables de la “educación y enseñanza” de sus hijos. Por lo tanto, su derecho corresponde a una responsabilidad estrechamente vinculada con el disfrute y el ejercicio del derecho a la educación” (ap. 52).

Por otro lado, destaca la función del Estado en la elaboración del plan de estudios, el que varía según cada país y época. Señala también, lo difícil que resulta que, algunas de las asignaturas que se imparten en la escuela, no presenten, al menos un mínimo de implicancia filosófica, por lo demás al tribunal le importa que éstas sean impartidas con neutralidad y evitando a toda costa el adoctrinamiento, pues indica que la determinación de los contenidos no es materia de su competencia, pero si deberá observarse por cada Estado, la objetividad e imparcialidad a la hora de transmitir el contenido a los alumnos.

En ese contexto la Corte, estimó que las actividades desarrolladas por la escuela cumplieran con los requerimientos mínimos de objetividad y neutralidad, además, las actividades asociadas, no revestían características religiosas, y en todo caso, los alumnos tenían la posibilidad de asistir a actividades alternativas. Destacó la Corte, lo señalado por los tribunales alemanes en el proceso “...la oportunidad de asistir a tales actividades alternativas constituyó un intento por parte de la dirección de la escuela de acomodar las convicciones morales y religiosas de los varios niños y sus padres pertenecientes a la comunidad bautista evangélica cristiana en la medida de lo posible, pero también con una visión para garantizar el buen funcionamiento del sistema escolar”. Además, que los padres, siempre tendrán el derecho de educar a sus hijos conforme a sus convicciones filosóficas y religiosas. Y, en atención a dichos antecedentes decide no acoger las pretensiones planteadas por los padres.

4.2.6. La objeción de conciencia a participar en desfiles conmemorativos: los casos Valsamis y Efstratiou⁷²

Los siguientes dos asuntos tuvieron su origen en las demandas presentadas contra la República de Grecia: Valsamis, en 1993, y Efstratiou, al año siguiente. Ambas familias Testigos de Jehová, cuyas hijas se negaron a participar en la celebración del Día Nacional el 28 de octubre, fecha en que se conmemora, con desfiles escolares y militares, el estallido de la guerra entre Grecia y la Italia fascista⁷³. Actitud que trajo como consecuencia la suspensión de las alumnas –basado en la Circular N° C1/1/1 de 2 de enero de 1990 del Ministerio de Educación y Cultos– (“ningún alumno será eximido de tomar parte en otras actividades escolares, tales como eventos nacionales”).

Los demandantes alegaron el incumplimiento por parte del Estado de Grecia de los artículos 3 y 9 del Convenio y 2 del Protocolo N° 1.

Respecto de las pretensiones planteadas por los padres y alumnas, el Tribunal señaló en ambos casos: “si bien los intereses individuales deben subordinarse en ocasiones a los de un grupo, la democracia no significa simplemente que los puntos de vista de la mayoría deben prevalecer siempre: debe lograrse un equilibrio que garantice el trato justo y adecuado de las minorías y evitar todo abuso de una posición dominante” (ap. 27).

Sin embargo, indicó que no se había producido una vulneración del artículo 2 del proto-

⁷² Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Valsamis c. Grecia, de 18 de diciembre de 1996, asunto N° 21787/93, accesible en [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-58011"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{); Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Efstratiou c. Grecia, de 18 de diciembre de 1996, Asunto 24095/94, accesible en [http://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-58006"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

⁷³ Para su religión el pacifismo es un principio fundamental y prohíbe cualquier conducta o práctica asociada con la guerra o la violencia, ni siquiera en forma indirecta, incluso se niegan a realizar el servicio militar o a participar en cualquier evento con connotaciones militares.

colo, en atención a que las conmemoraciones de acontecimientos nacionales sirven, a su manera, a ambos objetivos, tanto pacifistas como de interés público. La presencia de representantes militares en algunos de los desfiles que tienen lugar en Grecia en el día en cuestión no altera la naturaleza de los desfiles. Además, señala la Corte, la obligación del alumno no priva a sus padres de su derecho “para iluminar y orientar a sus hijos, a ejercer con respecto a sus hijos funciones parentales naturales como educadores, o para guiar a sus hijos acorde a las propias convicciones religiosas y filosóficas de los padres” (ap. 31).

Basada en los argumentos anteriores y otras consideraciones, la Corte falló en contra de las pretensiones de los padres y estimó que no existió una vulneración del artículo 2 del protocolo adicional.

Sin embargo, ambos fallos cuentan con los votos disidentes de los Jueces Sr. P. Jambrek y Sr. T. Vilhjálmsson, quienes consideran, que efectivamente se ha vulnerado el artículo 2 del Protocolo N° 1, así como del artículo 9 del Convenio.

1.- En relación con el artículo 2 del Protocolo, las opiniones de los padres sobre el simbolismo del desfile escolar y sus connotaciones religiosas y filosóficas deben ser aceptadas por la Corte, a menos que sea obviamente infundada e irrazonable.

2.- Las conmemoraciones de los acontecimientos nacionales son valiosas para la mayoría de la gente, pero la familia recurrente, no estaba obligada a mantener la misma opinión con respecto al desfile en cuestión.

3.- En relación con el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, si la alumna afirmó que el desfile tenía un carácter y un simbolismo que eran claramente contrarios a sus creencias neutralistas, pacifistas y, por lo tanto, religiosas, debía ser aceptado por la Corte.

4.- No hay base para considerar la participación en el desfile como necesaria en una sociedad democrática, aunque este evento público fuera claramente para la mayoría de la gente una expresión de valores y unidad nacionales.

Los argumentos de los jueces disidentes son coincidentes con la fundamentación de diversos fallos de Tribunales Superiores de países como Argentina, Canadá, Estados Unidos, Filipinas, entre otros⁷⁴, relativos a la objeción de conciencia de los Testigos de Jehová, en materia de educación, específicamente casos referidos al saludo a la bandera o la entonación del himno nacional. En todos ellos, la importancia atribuida a las fuertes convicciones de sus miembros inclinó la balanza a su favor, siendo acogidas sus pretensiones. Y es que no puede ser de otra manera. Toda la doctrina coincide en que la libertad religiosa, es un derecho fundamental, que debe ser respetado por formar parte de la autonomía individual⁷⁵.

Estos dos casos, han sido ampliamente criticados por la doctrina. En primer lugar y según señala Alexandre Català, son varios los aspectos que llaman la atención: de un lado, el hecho que la vulneración del derecho se produzca a raíz de una actividad extraescolar, en la cual se conmemora un acontecimiento con marcada connotación violenta más que de exaltación de los valores patrios (lo que va en contra de los principios pacifistas de los recurrentes) y, del otro, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos indique como justificación, que no es competente para pronunciarse respecto del plan de estudios que maneja cada Estado, a pesar de llamarle la atención que un desfile forme parte del currículo escolar, así como indicar que la sanción de expulsión no vulnera el derecho a la educación de la alumna, y que tales conmemoraciones de acontecimientos nacionales

⁷⁴ Para la revisión de los casos véase NAVARRO-VALLS R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012). op. cit., pp. 236-254.

⁷⁵ *Ibidem* p. 257.

sirven, a su manera, tanto a los objetivos pacifistas como al interés público⁷⁶.

Para la Comisión Europea de Derechos Humanos, el término “práctica”, “no comprende todo acto que es motivado o influido por una religión o convicción”. Por ello, “cuando las acciones de las personas no expresan efectivamente la convicción correspondiente, no pueden ser protegidas por el artículo 9.1, aun cuando estén motivadas o influenciadas por aquella⁷⁷”. Este pareciera ser el criterio usado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en los casos *Valsamis* y *Efstratiou*, pues, habiéndose alegado por las alumnas la vulneración del artículo 9, en cuanto a la libertad negativa de no manifestar, mediante actos de adhesión unas convicciones contrarias a las propias, el Tribunal señala que: “la obligación de participar en un desfile no es de naturaleza tal como para infringir las convicciones religiosas de los padres de la interesada, ni constituye tampoco una injerencia en el derecho de libertad religiosa de estos⁷⁸”.

Tal interpretación, a juicio de Navarro-Valls, R. y Martínez-Torrón⁷⁹, invierte el orden lógico en la materia, puesto que los derechos humanos reclaman una interpretación no restrictiva, sino que extensiva. Por consiguiente, cuando se trata de apreciar el exacto significado de la libertad de manifestar la propia religión o creencia mediante la “práctica”, parece que debería abordarse la cuestión en una doble secuencia: primero, debe entenderse que la libertad de manifestar la propia religión o creencia protege, en principio, todo acto de la persona cuando obedece el mandato de su conciencia y, segundo, el párrafo 2 del artículo 9 –los límites de la libertad religiosa– ha de ser utilizado, en caso necesario, como elemento correctivo para una libertad que, por su naturaleza, tiende a ser ejercida de manera indefinida e impredecible. Así, se logra conciliar dos intereses de la mayor importancia, que están inclinados a entrar en conflicto entre sí; el máximo grado de protección inicial de la libertad de creencia, y la seguridad que reclama el ordenamiento jurídico.

De la lectura de estos fallos se observa una situación cuestionable y compleja, pues el hecho que sea el Tribunal Europeo de Derechos Humanos quien determine si la obligación de participar en los desfiles no revestía tal envergadura que afectara las convicciones filosóficas o religiosas de las estudiantes, sustituye el juicio de conciencia de las personas afectadas: así, se abre la puerta para que sea el órgano jurisdiccional el que pueda cuestionar y determinar qué convicciones son dignas de protección⁸⁰.

En tal sentido, tal resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos no tiene en consideración un aspecto clave en todo el asunto: las creencias religiosas, en tanto libertad, deben ser respetadas por los tribunales y por los Estados, no en razón de su bondad o corrección, ni tampoco por hallarse conformes a las de la mayoría de los grupos sociales, sino “porque se la considera un ámbito fundamental de la autonomía individual en las sociedades democráticas, y por consiguiente el ordenamiento jurídico ha determinado que nadie puede interferir en la conciencia de la persona mientras no se ponga en peligro otros intereses jurídicos superiores⁸¹. Lo que la libertad de religión

⁷⁶ CATALÀ I BAS, A. (2002). op. cit. pp. 187-188. En este sentido, también Ana Llano, “Siendo claro el carácter limitado del derecho a la libertad religiosa e ideológica y del derecho de los padres a que sus hijos sean educados conforme a sus convicciones, sorprende, no obstante, la ligereza con que el Tribunal se arroga la capacidad de discernir entre lo que hiere y lo que no hiere a la conciencia de los recurrentes, sustituyendo su juicio personal por el suyo”, LLANO, A. (2014). “Derecho y conciencia en la relación jurídica educativa: de la educación para la ciudadanía y la educación afectivo sexual al homeschooling”. *Anuario de Derecho a la Educación*, (N° 2013), p. 155. En el mismo sentido, NAVARRO-VALLS, R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012) op. cit. pp. 256-257.

⁷⁷ Decisión 7050/75, en el caso *Arrowsmith* contra Reino Unido, en *Decisions and Reports of the European Commission of Human Rights*, 19, p. 19, citado por Martín Sánchez, I. (2001). op. cit. p. 41.

⁷⁸ Sentencias Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Valsamis* con Grecia y *Efstratiou* con Grecia, ambos fallos, de fecha 18 de diciembre de 1996.

⁷⁹ NAVARRO-VALLS, R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2001). op. cit. p. 255.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 256 y ss. Así también Martínez-Torrón, J. (2012). op. cit. p. 125.

⁸¹ En este mismo sentido señala Arlettaz: “El primer elemento que delata la concepción liberal de la libertad religiosa en la jurisprudencia de Estrasburgo es su caracterización como libertad negativa, es decir, como protección frente a la coacción... Este derecho define un ámbito de autonomía del individuo en materia de conciencia, y le permite, dentro de ciertos límites, llevar un estilo de vida conforme con sus propias opciones personales. Una tal noción de la libertad religiosa, como libertad negativa y no prestacional, es en efecto propio del pensamiento liberal. La primacía de la conciencia individual sobre la coacción estatal puede verse en las sentencias del Tribunal, desplegándose en los

y de creencia protegen es precisamente el derecho a elegir las verdades en las que uno está dispuesto a creer. De ahí que el artículo 9.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establezca que el Estado puede restringir el ejercicio de esa libertad únicamente cuanto resulta “necesario en una sociedad democrática”⁸².

Por último, debe puntualizarse, tal como señala Alcalá, “el respeto que merecen las minorías exige no solo una actitud pasiva del Estado como no interferencia sino también, una actitud positiva encaminada a remover los obstáculos y a hacer posible que los miembros de dichas minorías puedan comportarse de acuerdo a sus creencias, opciones sexuales, ideologías, etc. siempre y cuando no se vulneren derechos fundamentales”⁸³, lo que debe ser considerado también al fijar las políticas educativas de cada Estado.

4.2.7. *Dos casos especiales. Objeción de conciencia al sistema educativo –homeschooling– y la presencia de símbolos religiosos en las aulas de clases: los casos Konrad y Lautsi*

4.2.7.1 *Caso Konrad*⁸⁴

En esta situación, se ha empleado el contenido del artículo 2, para justificar la opción de los padres de educar a sus hijos en el hogar o más conocido como homeschooling, sin embargo, la Corte no ha acogido la pretensión de los recurrentes. Ha apoyado su decisión en la doctrina del margen de apreciación de los Estados a la hora de establecer e interpretar las normas de sus sistemas educativos y en el hecho de que el Tribunal percibe el derecho a la educación a través de la escolarización⁸⁵.

Los solicitantes (que pertenecen a una comunidad cristiana), habían requerido de las autoridades nacionales la autorización para educar a sus hijos en el hogar, según el programa de la “Escuela de Filadelfia”, pues consideraban que la educación escolar no se adaptaba a sus creencias ya que se impartía educación sexual y, además, la violencia física y psicológica entre los alumnos en la escuela iba en aumento; sin embargo, no fue acogida su pretensión, ante lo cual recurren al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, tribunal que tampoco falla a su favor.

El Tribunal de Estrasburgo establece que, el derecho de los padres a la educación de conformidad con sus convicciones religiosas no está restringido de manera desproporcionada. La asistencia obligatoria a la enseñanza primaria no priva a los padres solicitantes de su derecho a “ejercer con respecto a sus hijos funciones parentales naturales como educadores o a guiar a sus hijos en un camino acorde con sus propias convicciones religiosas o filosóficas”, tal como se estableció en la sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca.

En este caso, como señala Martínez-Torrón, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos es tajante al ratificar que los Estados tienen plena autonomía para establecer su plan escolar en la

dos aspectos que tradicionalmente se reconocen a la libertad religiosa: el del fuero interno, es decir la protección de la conciencia religiosa en sí misma, y la del fuero externo, el de las conductas exteriores motivadas por las convicciones religiosas. La jurisprudencia ha sido muy cautelosa al definir qué conductas han de considerarse incluidas dentro del ámbito de protección del fuero interno. Los Estados deben actuar muy represivamente para que el Tribunal entienda que ha habido a este respecto una restricción, tal vez por la propia dificultad inherente a la prueba de una intervención en la conciencia misma. En cuanto al foro externo, en general se admite que forman parte del ámbito de lo amparado aquellas conductas que signifiquen una manifestación de las creencias religiosas. El Tribunal ha señalado que el artículo 9 protege un conjunto de manifestaciones posibles de la libertad religiosa, pero que sin embargo no todos los actos inspirados por motivos religiosos pueden quedar amparados. Tiene que haber una relación clara y evidente entre la convicción religiosa y su manifestación externa”. Arlettaz, F. (2012). La jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos sobre la libertad religiosa: un análisis jurídico-político. *Revista Derechos y Libertades*. (N° 27). p. 215.

⁸² NAVARRO-VALLS, R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012). op. cit. p. 257.

⁸³ CATALÁ I BAS, A. (2002), op. cit. p. 180.

⁸⁴ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Konrad c. Alemania, de 11 de septiembre de 2006, asunto N° 35504/03, accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-76925"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{). Antes ya había declarado inadmisibles por falta de fundamentos el Caso Leuffen c. Alemania, de 9 de julio de 1992, asunto N° 19844/92, accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-1349"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

⁸⁵ En este sentido NAVARRO-VALLS, R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012). op. cit. p. 264.

forma que estimen. Si la instrucción debe impartirse obligatoriamente en los centros escolares, no hay opción de exención, salvo determinados casos considerados por el propio Estado y que corresponden a situaciones excepcionales⁸⁶. Por otro lado, destaca la Corte, que la educación, no solo se limita a la transmisión de conocimientos, sino que contribuye a la integración e interacción de los menores en sociedad⁸⁷.

4.2.7.2. Caso Lautsi⁸⁸

Mención especial merece el presente caso que corresponde a la reclamación presentada por la Sra. Lautsi en una escuela italiana, por considerar que la presencia de crucifijos en las salas de clases vulneraba su derecho a educar a sus hijos conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas, además de ir contra su libertad religiosa y vulnerar el derecho de igualdad⁸⁹.

La sección de la Corte a cargo de la resolución consideró que la presencia de crucifijos en las escuelas vulneraba las disposiciones enunciadas y además el principio de neutralidad del Estado en materia de enseñanza. Sin embargo, el 28 de enero de 2010, el Gobierno solicitó que se remitiera el asunto a la Gran Sala en virtud del artículo 43 del Convenio y del artículo 73, la que falló el asunto el 18 de marzo de 2011, revirtiendo el resultado, considerando que las pretensiones planteadas no se configuraban y dejando al margen de apreciación de cada Estado la decisión de si los crucifijos deben estar dentro o fuera de las aulas en las escuelas públicas (ap. 70).

A este respecto compartimos lo expresado por Beatriz Souto, en este asunto sobre las convicciones religiosas, “el Tribunal ha señalado que el respeto a las mismas implica el derecho a creer en una religión o a no creer en ninguna. Tanto la libertad de creer como la libertad de no creer (libertad negativa) están protegidas por el artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que garantiza la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y, en consecuencia, por el art. 2 del Protocolo N° 1, en evidente conexión con el anterior⁹⁰.”

5. CONCLUSIONES

Como primera aproximación, podemos señalar en general, que no existe un gran número de asuntos resueltos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en esta materia, no obstante, aquellos decididos, han sido esclarecedores y han fijado líneas principales sobre el derecho de que se trata.

La mayoría de los conflictos revisados se han producido por la solicitud de los padres o alumnos a las correspondientes autoridades académicas, para eximirse de una determinada asignatura o actividad por ir en contra de sus convicciones filosóficas o religiosas, las que no han sido debidamente atendidas por el Estado, bien por razón de un vacío en su legislación, bien por una incorrecta aplicación de la normativa existente –en especial el presente Convenio–, bien, en fin, por

⁸⁶ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2014). op. cit.

⁸⁷ RUANO ESPINA, L. (2009) op. cit. p.25.

⁸⁸ Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos Lautsi c. Italia, de 18 de marzo de 2011, asunto N° 30814/06, accesible en [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"respondent":\["ITA"\],"kthesaurus":\["428","427"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER"\],"itemid":\["001-104040"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

⁸⁹ Por mencionar algunos trabajos sobre esta sentencia, véase: LOZANO CONTRERAS, F. (2010) TEDH - sentencia de 03.11.2009, s. Lautsi c. Italia, 30814/06 - artículo 9 CEDH - protocolo n.º 1 – “La presencia de crucifijos en las aulas frente al derecho a la educación y a la libertad religiosa en la enseñanza pública”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (N° 35), pp. 223-237, artículo que trata la primera sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relacionada con esta materia. NAVARRO-VALLS R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012). op. cit., pp. 404-413; PUPPINCK, G. (2012). “El caso Lautsi contra Italia”. *Revista Ius Canonicum*. Vol. 52, pp. 685-734; TURCHI, V. (2011)”. La pronuncia della Grande Chambre della Corte di Strasburgo sul caso Lautsi c. Italia: post nubila Phoebus. Stato, Chiese e pluralismo confessionale”. *Rivista telematica*, ottobre 2011; POLO SABAU, J. R. (2012). “Símbolos religiosos, escuela pública y neutralidad ideológica estatal: el caso del crucifijo”. *Revista de Derecho Político*, (N° 85), pp. 271-292.

⁹⁰ SOUTO GALVÁN, B. (2011). “El derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*. (N° 17). p. 256.

no actuar acorde a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En tal orden, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen c. Dinamarca hasta Folgero c. Noruega y Zengin c. Turquía (procesos más recientes fallados por la Corte), ha experimentado una progresiva extensión en el alcance de la protección del derecho de los padres y sus convicciones filosóficas y religiosas en la educación de sus hijos, en cuanto a que los padres pueden ejercer la libertad religiosa de sus hijos en el sistema educativo, sea este público o privado.

No obstante, cabe señalar que tal tendencia se observa en la medida que el conflicto sea en materia de religión o se trate de una asignatura vinculada con aspectos religiosos y que sea contraria a las convicciones filosóficas o religiosas de los padres.

Del análisis de los casos planteados se observa que, en otros supuestos la situación es diversa. En efecto, en los casos en que la objeción de conciencia se plantea frente a asignaturas de educación sexual (Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen), el Tribunal ha desestimado las pretensiones argumentando que, de acogerse estas, se vulnera el bien superior de los niños de acceder a la instrucción y a la información objetiva y neutral, necesarias para su desarrollo e inmersión social.

Por otra parte, en las hipótesis en las que la objeción de conciencia se presenta frente a otro tipo de actividades académicas, como la participación en un desfile escolar, la asistencia a clases de natación o la opción de educar a los hijos en el hogar (más conocida como homeschooling), han sido igualmente desestimados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, puesto que se considera que o bien la actividad no reviste la envergadura como para generar en el fuero interno de los alumnos una vulneración de las características requeridas por el artículo 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (por ejemplo, participación en desfiles para conmemorar gestas bélicas) o bien, a diferencia de lo planteado por los padres, permiten el desarrollo de los alumnos con sus pares y una mejor integración en sociedad, evitando así que sean objeto de discriminación (por ejemplo, las actividades de natación y la educación en un centro educacional formal y no en el hogar).

Con entera independencia de la posición que se tenga, es dable manifestar que, en el contexto de multiculturalidad ya apuntado, procede que en la interpretación y aplicación del derecho de que se trata el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no se limite a considerar las visiones tradicionales de la sociedad hegemónica, sino que incorpore la riqueza de la diversidad cultural, propia de los colectivos minoritarios (particularmente, en el ámbito educativo). De aquí que deba excluirse toda forma de adoctrinamiento estatal que pretenda imponer a los menores en el curso de sus estudios una concepción uniformadora en materia de creencias o de ideologías: en esa línea, deben destacarse aquellas resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que hemos analizado y que apuntan a asegurar la libertad de conciencia o de religión (tanto de los padres -expresado en el derecho estudiado-, como el de sus hijos) frente a las eventuales intromisiones que los poderes públicos pudieren realizar en la esfera educativa de los menores de edad.

Por otro lado, se advierte que frente a la multiculturalidad y, por lo mismo, ante la diversidad de opciones (y a falta de un consenso general sobre la materia de que se trate), resulte necesario que, en muchos asuntos, la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sea entregar su determinación definitiva al respectivo Estado, acudiendo, así, dicho tribunal a la doctrina del margen de apreciación, aspecto que, en todo caso, requiere de un análisis mayor.

6. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ANSUÁTEGUI ROIG, FCO. J. (2010). "Derechos humanos: entre la universalidad y la diversidad. Derechos Humanos en contextos multiculturales". *¿Acomodo de derechos o derechos de acomodo-*

do?. Donostia-San Sebastián: Instituto de derechos humanos Pedro Arrumpe, Diputación Foral de Gipuzkoa.

ASENSIO SÁNCHEZ, M. A. (2014). “El derecho de los padres a elegir la educación religiosa de los hijos y transmitirles la fe como contenido del derecho a la libertad religiosa”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, (N° 36).

ARLETTAZ, F. (2012). “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la libertad religiosa: un análisis jurídico-político”. *Revista Derechos y Libertades*, (N° 27).

(2014). “Dos modelos frente a la diversidad cultural: igualitarismo formal y ciudadanía diferenciada”. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, Vol. 59 (N° 221).

BARRERO ORTEGA, A. (2009). Tribunal Europeo de Derechos Humanos: TEDH - sentencias de 26.06.2007, Folgero y otros c. Noruega, 15472/02, y de 09.10.2007, Hasan y Eylem Zengin c. Turquía, 1448/04 – “Objeción de conciencia de los padres a educación con implicaciones morales - enseñanza religiosa obligatoria”. *Revista de derecho comunitario*, (N° 32).

CATALÀ I BAS, A. (2002). “Los derechos fundamentales como límites a costumbres y prácticas religiosas o culturales”. *Anuario de Derecho Parlamentario*. Cortes Valencianas. (N° 13)

GIANNI, M. (2001). “La(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos”. *La Multiculturalidad, Cuadernos de derecho Judicial*. Madrid: Consejo General de Poder Judicial.

JUSDADO RUIZ-CAPILLAS, M. Y CAÑAMARES ARRIBAS, S. (2007). “La objeción de conciencia en el ámbito educativo: comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Folgerø c. Noruega”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, (N° 15)

KYMLICKA, W. (2009). *Las odiseas multiculturales*. Paidós: Barcelona.

LAMO DE ESPINOSA, E. (1995). *Culturas, Estado, Ciudadanos: una aproximación al multiculturalismo en Europa*. Madrid: Alianza Editorial.

LLANO, A. (2014). “Derecho y conciencia en la relación jurídica educativa: de la educación para la ciudadanía y la educación afectivo sexual al homeschooling”. *Anuario de Derecho a la Educación*, (N° 2013).

LOZANO CONTRERAS, F. (2010) TEDH - sentencia de 03.11.2009, s. Lautsi c. Italia, 30814/06 - artículo 9 CEDH - protocolo n.º 1 – “La presencia de crucifijos en las aulas frente al derecho a la educación y a la libertad religiosa en la enseñanza pública”. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, (N° 35).

MARTÍNEZ DE PISÓN, J. (2003). *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*. Madrid: Dykinson.

MARTÍN SÁNCHEZ, I. (2001). *Las libertades de pensamiento, de conciencia y de religión en el ordenamiento jurídico internacional, en Proyección nacional e internacional de la libertad religiosa*. Madrid: Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L. (2008). “Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos”. *Un estudio de Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. Zaragoza: El Justicia de Aragón.

(2014). “La presencia de los padres en el derecho a la educación”. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (Nº 161).

MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2001). “La protección de la libertad religiosa en el sistema del Consejo de Europa”. *Proyección nacional e internacional de la libertad religiosa*. Madrid: Ministerio de Justicia Dirección General de Asuntos Religiosos.

(2008). “La objeción de conciencia a la enseñanza religiosa y moral en la reciente jurisprudencia de Estrasburgo. Educación y religión”. *Una perspectiva de derecho comparado*. Granada: Comares.

MURCIA GONZÁLEZ, A. (2015). *Los derechos implicados en el ámbito educativo. La competencia social y ciudadana en la legislación española*. (Tesis doctoral, Universidad de Carlos III de Madrid). recuperado de <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/22472>.

NAVARRO-VALLS R. Y MARTÍNEZ-TORRÓN, J. (2012). *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*. 2da. Edición. Madrid: Iustel.

PÉREZ DE LA FUENTE, O. (2005). *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*. Madrid: Dykinson.

PÉREZ LUÑO, A. (2010). “Nuevos retos del Estado Constitucional: valores, derechos y garantías”. *Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos* Nº 2. Alcalá de Henares: Universidad de Alcalá de Henares.

POLO SABAU, J. R. (2012). “Símbolos religiosos, escuela pública y neutralidad ideológica estatal: el caso del crucifijo”. *Revista de Derecho Político*, (Nº 85).

PUPPINCK, G. (2012). “El caso Lautsi contra Italia”. *Revista Ius Canonicum*. Vol. 52.

RUANO ESPINA, L. (2009). “El derecho a elegir, en el ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones, en el marco de la LOLR”. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, (Nº 19).

RUIZ VIEYTEZ, E. (2011). “Derechos en la diversidad cultural y religiosa: del asimilacionismo a la pluralización”. *Los símbolos religiosos en el espacio público*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

SOLAR CAYON, J. (2009). “La libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el elemento religioso como factor de riesgo”. *Estudios de Derecho español y europeo*. Santander: Ediciones de la Universidad de Cantabria.

SOUTO GALVÁN, B. (2011). “El derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. *Revista Europea de Derechos Fundamentales* (Nº 17).

TURCHI, V. (2011). “La pronuncia della Grande Chambre della Corte di Strasburgo sul caso Lautsi c. Italia: post nubila Phoebus. Stato, Chiese e pluralismo confessionale”. *Rivista telematica, ottobre 2011*.