

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo
Contencioso-Administrativo
PLENO
SENTENCIA

Fecha de Sentencia: 11/02/2009

RECURSO CASACION

Recurso Núm.: 905/2008

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimatoria

Votación: 28/01/2009

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA CON/AD SEC.3

Ponente: Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez

Secretaría de Sala : Ilma. Sra. Dña. Mercedes Fernández-Trigales Pérez

Escrito por: RBA

EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA. INEXISTENCIA DE UN DERECHO A LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA.

Num.: 905/2008

Votación: 28/01/2009

Ponente Excmo. Sr. D.: Luis María Díez-Picazo Giménez

Secretaría Sr./Sra.: Ilma. Sra. Dña. Mercedes Fernández-Trigales Pérez

**TRIBUNAL SUPREMO.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
PLENO**

SENTENCIA

Excmos. Sres.:

Presidente:

D. Ramón Trillo Torres

Magistrados:

D. Fernando Ledesma Bartret

D. Mariano de Oro-Pulido y López

D. Pedro José Yagüe Gil

D. Jesús Ernesto Peces Morate

D. José Manuel Sieira Míguez

D. Rafael Fernández Montalvo

D. Manuel Vicente Garzón Herrero

D. Segundo Menéndez Pérez

D. Juan José González Rivas

D. Enrique Lecumberri Martí

D. Manuel Campos Sánchez-Bordona

D. Nicolás Maurandi Guillén

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D. Santiago Martínez-Vares García

D. Eduardo Espín Templado

D. Juan Gonzalo Martínez Micó

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Rafael Fernández Valverde

D^a. Celsa Pico Lorenzo
D. Octavio Juan Herrero Pina
D. Emilio Frías Ponce
D. José Díaz Delgado
D. Eduardo Calvo Rojas
D. Manuel Martín Timón
D. Luis María Díez-Picazo Giménez
D. Ángel Aguallo Avilés
D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco
D^a. María del Pilar Teso Gamella

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

VISTO por el Pleno de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo los recursos de casación seguidos con el nº 905/2008 interpuestos por LA LETRADA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, EL MINISTERIO FISCAL y EL ABOGADO DEL ESTADO, contra sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Andalucía, con Sede en Sevilla, de fecha 4 de marzo de 2008, por la que se estima el recurso contencioso-administrativo presentado por la representación procesal de D. M.F.L. y D^a M.D.C.D. contra la resolución del Ilmo. Sr. Viceconsejero de Educación, de fecha 13 de noviembre de 2007, y se reconoce el derecho de los demandantes a ejercer la objeción de conciencia frente a la asignatura Educación para la Ciudadanía y declarando que su hijo no debe cursar dicha asignatura, quedando exento de ser evaluado de la misma.

Se han personado en este recurso, como parte recurrida D. M.F.L. y D^a M.D.C.D., representados por el procurador D. Manuel Gómez Montes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo número 905/2008 la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, con fecha 4 de marzo de

2008, dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "**FALLAMOS:**

1º Estimar el recurso contencioso-administrativo y anular la resolución indicada en el Fundamento de Derecho Primero.

2º Reconocer el derecho de los demandantes a ejercer la objeción de conciencia frente a la asignatura Educación para la Ciudadanía; declarar que su hijo no debe cursar la asignatura, quedando exento de ser evaluado de la misma.

No se efectúa expresa imposición de las costas de este recurso".

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, EL FISCAL presentó recurso de casación interponiéndolo en base a los siguientes Motivos de la Casación:

Unico.- *Infracción de las Normas del Ordenamiento Jurídico y de la Jurisprudencia por errónea apreciación de los Derechos Fundamentales reconocidos en los artículos 16.1º y 27.3º, en relación con el Derecho Constitucional a la Objeción de Conciencia del artículo 30.1, todos de la Constitución.*

Y termina suplicando a la Sala: "... dicte en su día sentencia por la que estimando el motivo de la casación recogido en este escrito, case la resolución recurrida y proceda a la confirmación del acto administrativo inicialmente impugnado".

EL ABOGADO DEL ESTADO, en la representación que legalmente ostenta, presentó asimismo recurso de casación basándose en los siguientes Motivos:

Primero.- *Al amparo del art. 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional (LJCA), por infracción del artículo 16.1 de la Constitución Española (CE) en relación con el art. 9 CE y de la jurisprudencia en materia de objeción de conciencia.*

Segundo.- *También al amparo del art. 88.1.d) LJCA, por infracción del artículo 27, apartado 4, en relación con los apartados 2 y 5 del mismo artículo y con el art. 149.1.30 CE. Igualmente, en relación con los arts. 3.3, 4.1, 18.3 y 24.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE) y preceptos reglamentarios que los desarrollan (art. 4.2 y Anexo II del Real Decreto 1513/2006, de 7 de diciembre, sobre enseñanzas mínimas de Educación Primaria y art. 4 y Anexo II del Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, sobre enseñanzas mínimas de Educación Secundaria obligatoria).*

Y finaliza suplicando a la Sala:"... acuerde casar la citada sentencia y dicte otra por la que acuerde la plena conformidad a Derecho del acto impugnado en la instancia".

LA LETRADA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, en la representación que ostenta su cargo, presentó igualmente recurso de casación contra la antedicha sentencia basándose en los siguientes Motivos:

Primero.- *Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, al amparo del apartado 4º del artículo 88.1 D) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por infracción por incorrecta aplicación de los artículos 10.2, 16.1 y 27.3 CE, así como por vulneración del artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por vulneración por incorrecta aplicación del artículo 2 del Protocolo núm. 1, en conexión con la jurisprudencia del TEDH, y artículo 10.2 y 96.1 CE.*

Segundo.- *Por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, al amparo del apartado 4º del artículo 88.1 D) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Por infracción por incorrecta aplicación de los artículos 16.1, y 27.3 CE, así como por vulneración de los artículos 10.1, y 27.2 por aplicación del 27.4 CE y por infracción del artículo 7.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.*

Y concluye suplicando a la Sala:"... case la sentencia anulándola y dictando otra por la que se confirme la Resolución impugnada por ser plenamente ajustada a derecho".

TERCERO.- Teniendo por interpuestos los recursos de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días formalizara escrito de oposición. La representación procesal de D. M.F.L. y D^a M.D.C.D., se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario suplicando a la Sala:"... dictar Sentencia por la que desestimando los recursos interpuestos, confirme en todos sus extremos la Sentencia recurrida".

CUARTO.- En fecha 4 de diciembre de 2008 el Excmo. Sr. Presidente de la Sala acordó en uso de las facultades que le otorga el artículo 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y en atención a la trascendencia de la cuestión debatida en este proceso, someter su conocimiento al Pleno de la Sala. Mediante Providencia de fecha 5 de diciembre de 2008 se señaló el día 26 de enero de 2009 para la votación y fallo de este recurso, designándose Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas.

QUINTO.- Finalizada la deliberación de la votación y fallo del asunto, que se prolongó los días 27 y 28 de enero, el Magistrado designado Ponente no se conformó con el parecer de la mayoría, por cuya razón expresó su voluntad de emitir voto particular, procediendo el Excmo. Sr. Presidente de la Sala a designar Magistrado Ponente para la redacción de la sentencia al Excmo. Sr. D. Luis María Díez-Picazo Giménez.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **LUIS MARÍA DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ,**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Interponen recursos de casación el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado y la Letrada de la Junta de Andalucía contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª), con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 4 de marzo de 2008, recaída en procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona. La sentencia ahora impugnada estima el recurso contencioso-administrativo formulado por don M.F.L. y doña M.D.C.D., en nombre de su hijo menor, contra la resolución de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía de 13 de noviembre de 2007, que no les reconoció el derecho a la objeción de conciencia frente a la materia Educación para la Ciudadanía.

La sentencia impugnada, tras hacer referencia a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y de este Tribunal Supremo, motiva su fallo estimatorio de la pretensión de los demandantes literalmente del siguiente modo:

Cuarto.- Alegan el Ministerio Fiscal y la Junta de Andalucía que los demandantes no precisan los contenidos de la asignatura que vulneran su libertad religiosa o de conciencia. No es así, basta leer la demanda para apreciar que sí que se indican los aspectos de los que se discrepa. Pero la cuestión es precisamente la contraria. Según el TEDH, es al Estado y a cada centro docente al que le corresponde suministrar a los padres la información necesaria para que puedan ejercer su derecho a educar a sus hijos, incluso ejerciendo el derecho de objetar a la asignatura parcialmente, como, preveía la norma noruega objeto de la sentencia de 29 de junio de 2007. En nuestro caso, ésa información no se ha suministrado y, además los contenidos tienen un alto grado de indefinición, lo que no facilita el ejercicio de los derechos de los padres. Sin embargo, la exposición de motivos de la Ley Orgánica 2/2006, señala como finalidad de la asignatura formar a los nuevos ciudadanos en “valores comunes”. Y en los Reales Decretos 1631/06 y 1513/06, que establecen las enseñanzas mínimas, se emplean conceptos de indudable trascendencia ideológica y religiosa, como son ética, conciencia moral y cívica, valoración ética, valores, o conflictos sociales y morales. Ante ésta situación, es razonable que los demandantes, por razones filosóficas o religiosas, que no tiene porqué exponer detalladamente, como también señala el TEDH y prevé el art .16.2 CE, pueden estar en desacuerdo con parte de la asignatura, y lógico que soliciten se excluya de ella a su hijo, a falta de otras previsiones normativas que permitan salvaguardar su libertad ideológica o religiosa.

Por último, el interés público está en la garantía de los derechos, que al final es lo que justifica la existencia del Estado y sus potestades. Entre éstos derechos están la libertad ideológica y religiosa (art.16.1 CE), y el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27.3 CE). La salvaguarda de éstos derechos mediante la objeción de conciencia, no pone el peligro el ordenamiento jurídico democrático, simplemente refleja su funcionamiento. En último caso, corresponde al Legislador crear instrumentos para hacer compatible esos derechos con que la enseñanza básica sea obligatoria y gratuita (art 27.4 CE).

Quinto.- El acto impugnado es nulo por vulnerar los derechos de los arts. 16.1 y 27.3 CE, susceptibles de amparo constitucional (art. 62.1ª) LRJ-PAC,

procediendo declarar su nulidad y reconocer la situación jurídica individualizada de los demandantes en los términos solicitados (arts. 31, 114.2 y 121.2 LJCA)

SEGUNDO.- El recurso de casación del Ministerio Fiscal se basa en un único motivo, formulado al amparo del art. 88.1.d) LJCA, por infracción de los arts. 16 y 27 CE. El recurso de casación del Abogado del Estado se basa en dos motivos, formulados ambos al amparo del art. 88.1.d) LJCA por infracción de los arts. 9, 16, 27 y 149.1.30 CE, así como de la Ley Orgánica 2/2006 y de las normas reglamentarias que la desarrollan. Y el recurso de la Letrada de la Junta de Andalucía se basa en dos motivos, formulados ambos al amparo del art. 88.1.d) LJCA, por infracción de los arts. 10, 16 y 27 CE, así como del art. 2 del Protocolo nº 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Todos ellos, aun poniendo énfasis en aspectos distintos y siguiendo estilos argumentativos diferentes, coinciden en un dato central: niegan que en el ordenamiento jurídico español exista el derecho a la objeción de conciencia reconocido por la sentencia impugnada.

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

CUARTO.- Como puede verse sin dificultad, el problema planteado en estos recursos de casación es si los demandantes tienen o no un derecho a la objeción de conciencia frente a la materia Educación para la Ciudadanía y, por consiguiente, si su hijo puede o no quedar eximido de cursarla.

A la hora de examinar si existe un derecho a la objeción de conciencia con respecto a la materia Educación para la Ciudadanía, es conveniente comenzar por una aclaración: la idea misma de objeción de conciencia sólo tiene sentido,

en principio, cuando se opone a deberes jurídicos válidos, es decir, deberes jurídicos que emanan de una norma que no vulnera ninguna otra norma de rango superior. Si la norma que impone el deber jurídico es inconstitucional –o, tratándose de un reglamento, ilegal-, la respuesta no puede ser nunca la objeción de conciencia, sino la activación de los procedimientos previstos en nuestro ordenamiento jurídico para la anulación de normas: el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, frente a las normas con rango de ley; la impugnación directa o indirecta ante la jurisdicción contencioso-administrativa, frente a las normas reglamentarias. En pocas palabras, en un Estado democrático de derecho, es claro que la reacción frente a la norma inválida no puede consistir en reclamar la dispensa de su observancia, sino en reclamar su anulación.

Así las cosas, lo primero que debe hacerse ahora es determinar si la citada materia Educación para la Ciudadanía es o no ajustada a derecho. Sólo en caso de que la respuesta sea afirmativa, tendrá sentido interrogarse acerca de si existe o no un derecho a la objeción de conciencia frente a ella.

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

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

hombres y mujeres y fomenta el establecimiento de relaciones armoniosas y pacíficas entre los pueblos así como la defensa y el desarrollo de la sociedad y de la cultura democráticas.

Entre los objetivos educativos y contenidos de esta materia incluye: 1) estimular los enfoques y acciones multidisciplinarios que combinen la educación cívica y política con la enseñanza de historia, filosofía, religiones, idiomas, ciencias sociales y de todas las disciplinas que tengan implicaciones éticas, políticas, sociales, culturales o filosóficas; 2) combinar la adquisición de conocimientos, actitudes y destrezas dando prioridad a los que reflejan los valores fundamentales del Consejo de Europa, especialmente los derechos humanos y el Estado de Derecho; 3) prestar particular atención a la adquisición de actitudes necesarias para la vida en las sociedades multiculturales respetuosas con las diferencias y preocupadas por su medio ambiente.

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

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

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

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

Las capacidades de esta competencia cívica guardan relación, subraya la Recomendación, "con la habilidad para interactuar eficazmente en el ámbito público y para manifestar solidaridad e interés por resolver los problemas que afecten a la comunidad (...). Conlleva la reflexión crítica y creativa y la participación constructiva en las actividades de la comunidad (...) así como la toma de decisiones (...) mediante el ejercicio del voto". Y una actitud positiva, fundada en la apreciación y comprensión de las diferencias a partir del "pleno respeto a los derechos humanos, incluida la igualdad como base de la democracia", ante los sistemas de valores de las distintas religiones o grupos étnicos. Esta actitud, continua la Recomendación, incluye "manifestar el sentido de pertenencia a la propia localidad, al propio país, a la UE y a Europa en general

y al mundo, y la voluntad de participar en la toma de decisiones democrática a todos los niveles". Además, supone manifestar "sentido de la responsabilidad y (...) comprensión y respeto de los valores compartidos (...) necesarios para (...) la cohesión de la comunidad", entre ellos los principios democráticos". La participación constructiva de la que hablan el Parlamento Europeo y el Consejo incluye "las actividades cívicas y el apoyo a la diversidad y a la cohesión sociales y al desarrollo sostenible, así como la voluntad de respetar los valores y la intimidad de los demás".

SEXTO.- Tomando en consideración lo expuesto, fácilmente se advierte que es necesario fijar el alcance los arts. 16.1 y 27.3 CE.

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

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

12/1982, en línea con lo anterior, subraya el pluralismo político como un valor fundamental y un requisito del Estado democrático).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

SÉPTIMO.- Cuanto acaba de exponerse debería ser suficiente para tener por establecido que la existencia de la materia Educación para la Ciudadanía es ajustada a derecho, pues no es correcto sostener, como se desprende de la sentencia impugnada, que el Estado no tenga nada que decir sobre la educación de los menores, ni quepa ninguna transmisión de valores a través del sistema educativo. Ya se ha visto cuáles son los equilibrios que la Constitución exige en este terreno.

La sentencia impugnada, por lo demás, no hace ningún reproche concreto al contenido de la materia Educación para la Ciudadanía, sino que se limita a afirmar que no se ha suministrado a los padres información sobre sus contenidos y que éstos tienen un alto grado de indefinición. Esto es inexacto, porque los reglamentos estatales y autonómicos donde se hace el diseño de la mencionada materia han sido objeto de publicación oficial. El hecho de que algunas de sus previsiones puedan prestarse a diferentes lecturas es cuestión distinta, sobre la que más tarde se harán las debidas precisiones. Pero, por lo que ahora importa, dado que ese único reproche carece de fundamento, no es preciso entrar a examinar los contenidos concretos de la materia, que no son objeto de los presentes recursos de casación.

La conclusión de todo lo expuesto es que el deber jurídico de cursar la materia Educación para la Ciudadanía es un deber jurídico válido.

OCTAVO.- Cabe ya abordar el problema central de si existe o no un derecho a la objeción de conciencia frente a la materia Educación para la Ciudadanía. Se podría tratar de justificar tal derecho por dos vías: bien por la existencia de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, que sería parte integrante del art. 16.1 CE; bien por la existencia de un específico derecho a la objeción de conciencia en materia educativa, que nacería del art. 27.3 CE. Ambas líneas de razonamiento, aunque no siempre claramente diferenciadas, se hallan en la sentencia impugnada.

Comenzando por la primera de ellas, hay que constatar que en la Constitución española sólo hay un supuesto de reconocimiento expreso del derecho a la objeción de conciencia: se trata de la objeción de conciencia al servicio militar, recogida en el art. 30.2 del texto constitucional. Algunos sostienen que también el art. 20.1.d) CE contempla un supuesto de derecho a la objeción de conciencia, cuando consagra la llamada "cláusula de conciencia" de los profesionales de la información; pero no es evidente que aquí haya genuina objeción de conciencia, ya que en puridad no se refiere a un deber jurídico impuesto por el Estado. Pero ello no tiene ahora mucha importancia. Tanto si es uno como si son dos los supuestos en que la Constitución reconoce un derecho a la objeción de conciencia, lo que es indiscutible es que se refieren a materias perfectamente delimitadas: el servicio militar y la posición de los informadores en las empresas informativas. Es obvio, en otras palabras, que la Constitución española no proclama un derecho a la objeción de conciencia con alcance general.

Como complemento a lo que se acaba de decir, no es ocioso observar que nada impide al legislador ordinario, siempre que respete las exigencias derivadas del principio de igualdad ante la ley, reconocer la posibilidad de dispensa por razones de conciencia a determinados deberes jurídicos. Lo que ocurre es que se trataría de un derecho a la objeción de conciencia de rango puramente legislativo -no constitucional- y, por consiguiente, existente sólo en virtud de la libertad de configuración del ordenamiento de que dispone el

legislador democrático; esto es, podría crear, modificar o suprimir dicho derecho según lo estimase oportuno.

Así, para sostener que, más allá de los específicos supuestos expresamente contemplados por la Constitución, de ésta surge un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, que no podría ser ignorado por el legislador, suele invocarse –como se ha hecho en el caso ahora examinado- el art. 16.1 CE. La idea básica de quienes sostienen esta postura es que la libertad religiosa e ideológica garantiza no sólo el derecho a tener o no tener las creencias que cada uno estime convenientes, sino también el derecho a comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias. Pero ésta es una idea muy problemática, al menos por dos órdenes de razones.

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

En segundo lugar, en contraposición a la dudosa existencia en la Constitución de un derecho a comportarse en todas las circunstancias con arreglo a las propias creencias, se alza el mandato inequívoco y, desde luego, de

alcance general del art. 9.1 CE: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.” Esto es un mandato incondicionado de obediencia al derecho; derecho que, además, en la Constitución española es el elaborado por procedimientos propios de una democracia moderna. A ello hay que añadir que el reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, con base en el art. 16.1 CE, equivaldría en la práctica a hacer depender la eficacia de las normas jurídicas de su conformidad con cada conciencia individual, lo que supondría socavar los fundamentos mismos del Estado democrático de derecho.

Una vez sentado que el art. 16.1 CE no da base para afirmar la existencia de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, es preciso verificar si éste podría encontrar fundamento en la jurisprudencia o en algún instrumento internacional.

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

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

Y en cuanto a las Sentencias del Tribunal Constitucional 177/1996 y 101/2004, se trataba de casos en que un militar y un policía fueron obligados a participar en actos religiosos. Cuando alguien sometido a una especial disciplina es obligado a participar en un acto religioso, hay sencillamente una violación de su libertad religiosa. Esto poco tiene que ver con la objeción de conciencia.

La jurisprudencia constitucional española, en suma, no ofrece base para afirmar la existencia de un derecho a la objeción de conciencia con alcance general. Y por lo que se refiere a instrumentos internacionales que satisfagan las características exigidas por el art. 10.2 CE para ser guía de la interpretación en materia de derechos fundamentales, el único que puede traerse a colación es el art. 10.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que dispone: “Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio.” Es verdad que este precepto no limita el derecho a la objeción de conciencia a un ámbito material determinado; y es probable que tras la mención específica a la Carta en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/2008, por la que se autoriza la ratificación del Tratado de Lisboa, aquélla deba ya ser utilizada como canon interpretativo aun cuando el mencionado Tratado de Lisboa no haya todavía entrado en vigor. Ahora bien, la propia Carta circunscribe su eficacia a aquellos supuestos en que los Estados apliquen derecho de la Unión Europea, lo que claramente no ocurre en el caso ahora examinado. El art. 10.2 de la Carta, además, requiere expresamente una *interpositio legislatoris* para desplegar sus efectos, por lo que no admite un derecho a la objeción de conciencia en ausencia de ley que lo regule.

Así, tampoco en la jurisprudencia o en los instrumentos internacionales suscritos por España cabe hallar fundamento para un derecho a la objeción de conciencia con alcance general.

Es importante aclarar que esta Sala no excluye de raíz que, en circunstancias verdaderamente excepcionales, no pueda entenderse que de la Constitución surge tácitamente un derecho a quedar eximido del cumplimiento de algún deber jurídico válido. Pero esas circunstancias verdaderamente excepcionales no han quedado acreditadas en el presente caso: aquí no cabe advertir un conflicto semejante al que se produce en los casos en que la

Constitución -o el Tribunal Constitucional al interpretarla- han reconocido el derecho a objetar. En efecto, tanto cuando se trata del servicio militar obligatorio, como de la intervención en el aborto en los supuestos despenalizados, se percibe con absoluta nitidez la contraposición radical entre la conciencia de quienes pretenden ser eximidos de su cumplimiento y unos deberes jurídicos bien precisos. Aquí, sin embargo, no existe esa claridad, especialmente si se tiene en cuenta que la propia sentencia impugnada reconoce que los demandantes no conocen con exactitud el contenido de la materia frente a la que desean objetar.

NOVENO.- Descartada la existencia de un derecho a la objeción de conciencia con alcance general, queda por examinar si existe un derecho a la objeción de conciencia circunscrito al ámbito educativo, sobre la base del art. 27.3 CE. Dicho de otra manera, se trata de determinar si “el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones” permitiría oponer razones de conciencia para quedar eximido de cursar una materia como Educación para la Ciudadanía.

Hay dos recientes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, según algunos, se orientan en esta dirección: *Folgero c. Noruega* de 20 de junio de 2007 y *Hasan Zengin c. Turquía* de 9 de octubre de 2007. En ambas, se aborda el problema de la enseñanza de la religión -luterana en el caso noruego, e islámica sunnita en el caso turco-, si bien dentro de materias escolares obligatorias de carácter cultural. Hay que tener en cuenta que no todos los alumnos ajenos a estas dos confesiones estaban dispensados de cursar dichas asignaturas. El Tribunal de Estrasburgo consideró que el deber jurídico absoluto de cursar las materias controvertidas, sin posibilidad efectiva de dispensa a causa de las propias creencias, vulneraba el art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

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

A) La inclusión en los planes de enseñanza de materias obligatorias sobre religión, filosofía y moral que persigan una aproximación a las diferentes religiones y orientaciones filosóficas, de manera que los alumnos adquieran conocimientos de sus propios pensamientos y tradiciones, no contradice el

Convenio siempre que estén configuradas equilibradamente y se ajusten en sus contenidos y enseñanza a los principios de objetividad, exposición crítica y respeto al pluralismo.

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

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

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

Tampoco el art. 27.3 CE en sí mismo considerado, con independencia de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, permite afirmar que los padres tienen un derecho a la objeción de conciencia sobre materias como Educación para la Ciudadanía. De entrada, hay que destacar que dicho precepto

constitucional sólo reconoce el derecho a elegir la educación religiosa y moral de los hijos, no sobre materias ajenas a la religión y la moral. En la medida en que Educación para la Ciudadanía abarca temas ajenos a la religión o la moral en sentido propio, como son los relativos a la organización y funcionamiento de la democracia constitucional, el significado de los derechos fundamentales o, incluso, usos sociales establecidos y reglas meramente técnicas, no resulta aplicable el art. 27.3 CE. Este sólo regirá para aquellos aspectos de la citada materia que incidan sobre problemas morales, pues hay que entender que la religión, por ser algo ajeno a la ciudadanía, ha de quedar necesariamente fuera de la referida materia. Pero, si esto no fuera suficiente, hay que recordar que los apartados segundo y tercero del art. 27 CE se limitan mutuamente: ciertamente, el Estado no puede llevar sus competencias educativas tan lejos que invada el derecho de los padres a decidir sobre la educación religiosa y moral de los hijos; pero, paralelamente, tampoco los padres pueden llevar éste último derecho tan lejos que desvirtúe el deber del Estado de garantizar una educación “en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”. El punto de equilibrio constitucionalmente adecuado puede ser a veces difícil de encontrar; pero es indiscutible que los padres no tienen, sobre la base del art. 27.3 CE, un derecho ilimitado a oponerse a la programación de la enseñanza por el Estado. El art. 27.3 CE, dicho de otro modo, permite pedir que se anulen las normas reguladoras de una asignatura obligatoria en tanto en cuanto invadan el derecho de los padres a decidir la enseñanza que deben recibir sus hijos en materia religiosa o moral; pero no permite pedir dispensas o exenciones.

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

los rudimentos de dicha ciudadanía, incluido el reconocimiento del propio derecho a la libertad ideológica y religiosa.

Así, dado que tampoco existe un específico derecho a la objeción de conciencia en el ámbito educativo, hay que concluir que la sentencia impugnada reconoce un derecho inexistente en el ordenamiento jurídico español; y, por esta razón, los recursos de casación del Ministerio Fiscal, del Abogado del Estado y de la Letrada de la Junta de Andalucía deben ser estimados.

DÉCIMO.- Dicho todo lo anterior, conviene añadir que cada una de las etapas o enseñanzas que componen el sistema educativo está dotada de un currículo integrado, por el conjunto de objetivos, competencias básicas, contenidos, métodos pedagógicos y criterios de evaluación (art. 6 de la Ley Orgánica 2/2006). Las normas reguladoras de la materia Educación para la Ciudadanía están compuestas por numerosos preceptos, anexos y cuadros, con un contenido denso, estrechamente interrelacionado. De entre todo ese amplio material, no se han discutido formalmente las prescripciones legales. Es verdad que, en la medida en que los reglamentos reguladores de la materia Educación para la Ciudadanía se sirven de una terminología específica, en ocasiones recargada en exceso, la consideración aislada de algunas de sus frases o palabras podría inducir a dudas en torno a su alcance. Ahora bien, su interpretación dentro del contexto de los reglamentos y desde los presupuestos constitucionales señalados disipa toda incertidumbre.

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

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

Es preciso insistir en un extremo de indudable importancia: el hecho de que la materia Educación para la Ciudadanía sea ajustada a derecho y que el deber jurídico de cursarla sea válido no autoriza a la Administración educativa -ni tampoco a los centros docentes, ni a los concretos profesores- a imponer o inculcar, ni siquiera de manera indirecta, puntos de vista determinados sobre cuestiones morales que en la sociedad española son controvertidas.

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

UNDÉCIMO.- De acuerdo con el art. 139 LJCA, no procede hacer imposición de las costas.

FALLAMOS

Haber lugar a los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado y la Letrada de la Junta de Andalucía contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3ª), con sede en Sevilla, del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 4 de marzo de 2008, que anulamos, confirmando la validez de la resolución de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía de 13 de noviembre de 2007. No hacemos imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

D. Ramón TrilloTorres

D. Fernando Ledesma Bartret

D. Mariano de Oro-Pulido y López

D. Pedro José Yagüe Gil

D. Jesús Ernesto Peces Morate

D. José Manuel Sieira Míguez

D. Rafael Fernández Montalvo

D. Manuel Vicente Garzón Herrero

D. Segundo Menéndez Pérez

D. Juan José González Rivas

D. Enrique Lecumberri Martí

D. Manuel Campos Sánchez-Bordona

D. Nicolás Maurandi Guillén

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva

D. Santiago Martínez-Vares García

D. Eduardo Espín Templado

D. Juan Gonzalo Martínez Micó

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

D. Rafael Fernández Valverde

D^a Celsa Pico Lorenzo

D. Octavio Juan Herrero Pina

D. Emilio Frías Ponce

D. José Díaz Delgado

D. Eduardo Calvo Rojas

D. Manuel Martín Timón

D. Luis M^a Díez-Picazo Giménez

D. Angel Aguallo Avilés

D. Joaquin Huelin Martínez de Velasco

D^a María del Pilar Teso Gamella

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. JUAN JOSE GONZALEZ RIVAS A LA SENTENCIA DE FECHA 11 DE FEBRERO DE 2009, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN 905/2008.

Con el mayor respeto a la tesis mayoritaria, discrepo de la sentencia dictada.

Comenzaré subrayando que en el fundamento jurídico décimo de la sentencia se contienen las siguientes afirmaciones:

Primera.- Cuando los proyectos, textos o explicaciones incurran en el adoctrinamiento, derivado de los fines de la educación, ese derecho fundamental hace acreedores a los padres de la tutela judicial efectiva, preferente y sumaria que han de prestarles los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo que habrán de utilizar decididamente cuando proceda las medidas cautelares previstas en la Ley de la Jurisdicción para asegurar que no pierdan la finalidad legítima los recursos que se interpongan.

Segunda.- No se autoriza a la Administración educativa -ni tampoco a los centros docentes ni a los concretos profesores- a imponer e inculcar, ni siquiera de manera indirecta, puntos de vista determinados sobre cuestiones morales que en la sociedad española son controvertidas.

Tercera.- En una sociedad democrática no debe ser la Administración educativa -ni tampoco los centros docentes, ni los concretos profesores-, quien se erija en árbitro de las cuestiones morales controvertidas que pertenecen al ámbito del libre debate en la sociedad civil.

Cuarta.- Cuando deban abordarse problemas derivados de cuestiones morales controvertidas, la materia Educación para la Ciudadanía exige la más exquisita objetividad y el más prudente distanciamiento.

Estas cuatro sustanciales afirmaciones creo que centran el amplio debate mantenido sobre si puede un sistema educativo introducir áreas de conocimiento en una disciplina cuando colisiona con un sistema de valores que los padres desean transmitir a sus hijos y que estiman no puede ser impuesto por el Estado.

Esta materia ha sido muy debatida en la jurisprudencia interna e internacional cuando está en juego la privacidad «privacy» en la terminología de la jurisprudencia anglosajona, al comprobarse que una parte de los Reales Decretos examinados inciden en lo más propio y autónomo de las señas constitutivas de la identidad personal, como cuando se refieren a las conciencias individuales, los sentimientos o a las relaciones afectivas y exigen que el alumno se posicione en este ámbito.

Sobre este estricto ámbito centro mi discrepancia frente al criterio mayoritario de la sentencia que, por lo demás, no se remite en su parte dispositiva al fundamento jurídico décimo en que se formula una tesis armonizadora.

Tal solución final tiende a aunar, de una parte, la tendencia que sostiene la negación del derecho a la objeción y la inexistencia de vulneración del artículo 27.3 de la CE: derecho de los padres a elegir la formación moral de sus hijos, por estimar prevalente el artículo 27.2 de la CE: respeto a los principios democráticos y de otra parte, la tendencia que considera inviable el derecho a la objeción, pero estima que los mandatos de los Reales Decretos 1513/06 y 1637/06 contienen apreciaciones morales que rozan la inconstitucionalidad.

Entiendo que en el tema central subyace una cuestión de límites de intervención estatal, máxime cuando los criterios de evaluación que se contienen en el Real Decreto 1631/06 son valorativos, por implicar la adhesión a conductas generadoras de una ética mínima común, pues, determinados contenidos exigen del alumno actitudes contrarias a prejuicios, juzgan la actitud y no la aptitud y superan la línea que separa la enseñanza del adoctrinamiento.

Mi posición asume, en plenitud, la posibilidad de que el alumno estudie la organización de la Unión Europea, los contenidos de las Convenciones Internacionales y los fundamentos de los principios y valores de nuestro sistema constitucional, por ser esenciales, pero entiendo que el Estado no puede invadir la esfera de la privacidad y la intimidad tratando de descubrir las conciencias individuales, los sentimientos y utilizar las actitudes, máxime cuando se introducen en el análisis del comportamiento familiar.

Para justificar esta inicial premisa, realizo a continuación, con un intento de sistematización, la valoración de aquellos puntos que considero de mayor relevancia en el estudio de esta problemática:

I. Síntesis de la sentencia recurrida y de la argumentación contenida en los escritos de interposición del recurso de casación y de oposición:

Además de las consideraciones que sobre la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, de 4 de marzo de 2008, se contienen en el fundamento jurídico primero, conviene destacar la referencia que en ella se hace a las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional números 19/81, 53/81, 15/82, 160/87, 161/87, 120 y 137/90, 101/2004 y a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las sentencias de 29 de junio y 9 de octubre de 2007 (demandas 1.547/2002 y 1.448/2004), sobre las que insistiré a lo largo de mi argumentación.

A. Análisis del recurso de casación de la Junta de Andalucía:

Esta parte recurrente entiende que es necesario comprobar si los contenidos de la asignatura y la concreta forma de su impartición constituyen adoctrinamiento, puesto que si tal se produce, hay claramente una injerencia en las condiciones religiosas o filosóficas de los padres.

Introduciéndose en el tema de la libertad religiosa, esta parte invoca el contenido del artículo 27.3 de la Constitución, con fundamento en la sentencia constitucional 38/2007 de 15 de febrero y la precedente sentencia constitucional de 13 de febrero de 1981, considerando que habría que afirmar que la asignatura Educación para la Ciudadanía constituye una reflexión que, en modo alguno, supone injerencia del Estado que pueda atacar la libertad individual, pues sólo podría considerarse injerencia cuando existiera un adoctrinamiento, siendo así que en la sentencia sólo se habla de indefinición de contenidos y no forma parte del contenido esencial a la libertad ideológica o religiosa el derecho a la objeción por una mera discrepancia personal, al tiempo que existen límites constitucionales extraídos del análisis de la jurisprudencia.

B) Análisis del recurso de casación de la Abogacía del Estado:

La Abogacía del Estado formula los siguientes postulados básicos:

1º) No es posible fundar en el derecho a la libertad ideológica un derecho a la objeción.

2º) El artículo 16.1 de la Constitución tiene como límite el orden público e impide esgrimir tal derecho para eludir el cumplimiento de los deberes generales, como reconoce la sentencia constitucional del Pleno 38/2007 de 15 de febrero.

3º) El derecho del creyente está sometido al respeto de los derechos fundamentales, como subrayan las sentencias constitucionales 141/2000 y 154/2002, así como el Auto 135/2000.

C) Análisis del recurso de casación del Ministerio Fiscal:

Para el Ministerio Fiscal el Auto del Tribunal Constitucional 359/81 decía que la enseñanza del Derecho Canónico en el ámbito de las disciplinas jurídicas no era disciplina de contenido ideológico y considera el Ministerio Fiscal, en primer lugar, que hay que determinar si la asignatura tiene contenidos apologéticos o de adoctrinamiento a favor de una posición ideológica, filosófica o religiosa que pueda conducir a la vulneración del artículo 16 de la Constitución, puesto que la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2005, manifiesta claramente un criterio favorable a la proscripción del adoctrinamiento y a la apología de una opción ideológica y considera, en segundo lugar, que la sentencia adolece de falta de motivación.

D) Análisis del escrito de oposición al recurso de casación, formulado por los padres recurrentes:

La representación procesal de los padres objetores en la primera instancia jurisdiccional ha formulado oposición al recurso de casación basado, en extracto, en las siguientes alegaciones:

1) Como quiera que el derecho a la objeción de conciencia es un derecho fundamental integrante del derecho fundamental de la libertad ideológica, es muy correcto que a través de tal objeción se pretenda la tutela de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 16 y 27.3 de la Constitución (SSTC 160/1987, 120/1990, 216/1999, 161/2007, etc).

2) Para los padres, los criterios de evaluación no se refieren sólo a contenidos, sino también a actitudes y hábitos personales, cuya constitución se basa siempre en la visión de la vida que informa la conciencia moral (en particular, el Decreto de 29 de diciembre de 2006 sobre la ESO) y se evalúa la conciencia moral de los alumnos, al margen de la voluntad de los padres, para determinar si el alumno "acepta" determinados valores morales (se pretende comprobar si reconoce los sentimientos y emociones en las personas que lo rodean, si acepta las diferencias interpersonales, si reconoce la importancia y los límites éticos de los acuerdos), mientras que el artículo 27.2 de la Constitución sólo exige "respeto".

La conclusión a la que llegan los padres objetores es que el programa de la asignatura Educación para la Ciudadanía excede del artículo 27.2 de la CE. y vulnera el artículo 27.3, que garantiza su derecho para que sus hijos reciban una formación moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, por lo que hay tres puntos de riesgo que se traspasan claramente en la asignatura Educación para la Ciudadanía:

1º. El primero se constata cuando entre los procedimientos previstos en la Educación Secundaria Obligatoria, se encuentra el planteamiento de dilemas morales, pues "contribuye a que los alumnos y alumnas construyan un juicio ético propio basado en los valores y prácticas democráticas" (Real Decreto 1631/2006). Se trata de un planteamiento que no solamente invade las competencias de los padres sobre la formación moral de sus hijos, sino que incluso desliga esta formación moral de las convicciones paternas, estableciendo otros criterios y referentes.

2º. El segundo riesgo aparece, por ejemplo, cuando entre los objetivos de la asignatura figura "reconocer los derechos de las mujeres, valorar la diferencia de sexos y la igualdad de derechos entre ellos y rechazar los estereotipos y prejuicios que supongan discriminación entre hombres y mujeres" o se contienen referencias al sexismo o la homofobia, que anticipan juicios de valor negativos sobre concepciones acerca de la persona que pueden tener su fundamento en

convicciones legítimas, pero que ya de entrada se califican como prejuicios y discriminaciones.

3º. El tercer riesgo se detecta en el propio preámbulo de la LOE, que junto a la Constitución y los documentos internacionales sobre derechos humanos, como referentes de la Educación para la Ciudadanía, menciona también otros valores comunes de carácter global.

II. Estudio de la regulación positiva:

El párrafo tercero del artículo 27 de la Constitución subraya: «*Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*», derecho que deriva directamente, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de la libertad de enseñanza y forma parte también del contenido del derecho de libertad religiosa reconocido en el artículo 16.1 del texto constitucional.

El artículo 2.1.c) de la Ley Orgánica 7/80 de 5 de julio, de libertad religiosa señala el derecho de toda persona a «*elegir para sí y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*».

Por su parte, la Ley Orgánica 8/85 de 3 de julio, reguladora del derecho de educación, establece los siguientes criterios legales de directa incidencia en la cuestión planteada:

a) El derecho a los padres, como primeros responsables de la educación de los hijos, para que éstos reciban la formación moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (artículo 4.1 a y c de la Ley en la nueva redacción introducida por la disposición final primera, uno, de la Ley Orgánica 2/2006 de Educación).

b) El derecho del alumno a que se respete su libertad de conciencia y sus convicciones morales de acuerdo con la Constitución (artículo 6.3.e, en la redacción conforme a la disposición final primera, tres, de la Ley Orgánica 2/2006 de Educación).

c) Como garantía del cumplimiento de estos derechos, el artículo 18.1 de la Ley Orgánica 8/1985 establece que todos los Centros públicos desarrollarán sus actividades con sujeción a los principios constitucionales, garantía de neutralidad ideológica y respeto de las opciones morales a que hace referencia el artículo 27.3 de la Constitución.

Sobre este punto, la sentencia constitucional 5/81 del Tribunal Constitucional afirma *"la libertad de enseñanza que explícitamente reconoce nuestra Constitución, artículo 27.1, puede ser entendida como una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales, especialmente los artículos 16.1 y 20.1.a)"*.

El artículo 27.3 de la CE tiene una doble vertiente positiva y negativa.

1. En su dimensión positiva implica que los padres tienen derecho a elegir para sus hijos dentro o fuera del ámbito escolar, la educación moral que esté de acuerdo con sus convicciones. El Tribunal Supremo ha señalado que en el ordenamiento español este derecho queda garantizado mediante la protección de otros derechos constitucionales como el derecho a la libertad de enseñanza, la creación de Centros docentes, la libertad de cátedra y el reconocimiento de la neutralidad ideológica de los Centros públicos (SSTS de 24 de junio y 30 de junio de 1994), neutralidad concebida directa y principalmente como medida que protege a los alumnos contra el posible adoctrinamiento ideológico.

2. En su vertiente negativa, el artículo 27.3 de la CE garantiza un ámbito de autonomía para que los padres puedan libremente o bien optar porque sus hijos no reciban ningún tipo de educación moral o bien por oponerse a que sus hijos reciban una formación que sea contraria a sus propias convicciones.

III. Análisis de las Convenciones Internacionales:

Al tratarse de un derecho fundamental, la interpretación del artículo 27.3 de la Constitución ha de hacerse de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre la materia, ratificados por España (artículo 10.2 de la Constitución), pues dichos Tratados, publicados oficialmente en el Boletín Oficial del Estado, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico (artículo 96.1 de la Constitución).

Sobre esta materia, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, dedica a los derechos educativos el artículo 26 y establece. **1º)** *"Toda persona tiene derecho a la educación"*, **2º)** *"La Educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales"* y en el apartado tercero del artículo 26 subraya que *«Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos»*. Subrayo el carácter "preferente" de este derecho.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966 (B.O.E. nº 103 de 30 de abril de 1977) reconoce el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral para sus hijos en el artículo 18, que desarrolla el mismo número de la Declaración Universal de los Derechos

Humanos sobre la libertad de pensamiento, conciencia y religión. En el marco de esta regulación, la Convención se ocupa de este derecho en los siguientes términos: *"Los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y en su caso, de los tutores legales para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones"* (art. 18.4).

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en la Observación general nº 22 de 30 de julio de 1993, al artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha señalado que *«La educación obligatoria que incluye el adoctrinamiento en una religión o en unas creencias particulares, es incompatible con el párrafo cuarto del artículo 18, a menos que se hayan previsto exenciones y posibilidades que estén de acuerdo con los deseos de los padres o tutores»* y *«en este caso, cuando un conjunto de creencias sea considerado como la ideología oficial en Constituciones, Leyes, Programas de Partidos o en la práctica efectiva, no tendrá como consecuencia ningún menoscabo de las libertades consignadas en el artículo 18 ni de ningún otro de los derechos reconocidos en el Pacto, ni ningún tipo de discriminación contra las personas que no suscriban la ideología oficial o se opongan a ella»*.

El artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos y Culturales de la misma fecha, en el párrafo tercero del artículo 13 señala: *«Los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllos satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones»*.

IV. La interpretación auténtica del artículo 2 del Protocolo nº 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En el ámbito europeo el Protocolo Adicional primero al Convenio Europeo de 1950 para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales de 20 de marzo de 1952, establece en su artículo segundo que *«A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas»*.

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que es la instancia competente para la interpretación y aplicación del Convenio y los Protocolos sucesivos (artículo 32.1 del Convenio) afirma como principios generales de interpretación de este precepto que las dos frases o cláusulas que contienen deben interpretarse una a la luz de la otra y que ambas deben hacerlo

a la luz de lo dispuesto en los artículos 8, 9 y 10 del Convenio, que reconocen el derecho al respeto a la vida privada y familiar, la libertad de pensamiento, conciencia y religión y la libertad de expresión (sentencias Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca de 7 de diciembre de 1976, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1976/5, serie A, nº 23; Asunto Valsamis contra Grecia de 18 de diciembre de 1996, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1996/70; Asunto Folgero y otros contra Noruega de 24 de junio de 2007, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2007/53 y Asunto Hassan y Eylem Zengin contra Turquía de 9 de octubre de 2007, Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2007/63).

La expresión utilizada por la segunda parte del artículo segundo del Protocolo nº 1 ha sido interpretada reiteradamente por el Tribunal de Estrasburgo como generadora de una obligación para el Estado que no se limita solamente a reconocer o a tomar en consideración, sino que el verbo utilizado por el texto "respetará" genera para el Estado una obligación de carácter positivo y ordena al Estado a *"respetar las convicciones de los padres tanto religiosas como filosóficas en el conjunto del programa de la enseñanza pública"*, es decir, al regular *"el contenido de la enseñanza y la manera de dispensarla, pero también en el ejercicio del conjunto de las funciones que asume el Estado"* (tal es el criterio que se mantiene en STEDH en el asunto Campbell contra el Reino Unido de 25 de febrero de 1982 (STEDH 1982-1, serie A, nº 48).

En las sentencias de 29 de junio y 9 de octubre de 2007, el TEDH señala que *"al cumplir un deber natural hacia los hijos de quienes les corresponde prioritariamente asegurar la educación y la enseñanza, los padres pueden exigir del Estado el respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas"* y expresamente *"se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada no respetuosa con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres"*, subrayándose que éste es el límite que en modo alguno se puede sobrepasar.

Así, señalan dichas resoluciones, en extracto:

A) En la STEDH 2007/53 p. 84 apartado 1 se contienen, en extracto, los siguientes criterios:

a) Deben leerse las dos frases del artículo 2 del Protocolo núm. 1 a la luz no solamente la una de la otra, sino también, concretamente, de los artículos 8, 9 y 10 del Convenio (Sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen).

b) Es sobre este derecho fundamental sobre el que se asienta el derecho de los padres al respeto de sus convicciones filosóficas y religiosas, y la primera frase no distingue, como tampoco la segunda, entre enseñanza pública y enseñanza privada. La segunda frase del artículo 2 del Protocolo núm. 1 trata en resumen de salvaguardar la posibilidad de un pluralismo educativo, esencial para la

preservación de la «sociedad democrática» tal y como la concibe el Convenio. Debido al peso del Estado moderno, es sobre todo a través de la enseñanza pública como debe llevarse a cabo este proyecto (Sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen).

c) El artículo 2 del Protocolo núm. 1 ordena al Estado respetar las convicciones, tanto religiosas como filosóficas, de los padres en el conjunto del programa de la enseñanza pública (Sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen). Este deber es de amplia aplicación puesto que vale para el contenido de la instrucción y la manera de dispensarla, pero también en el ejercicio del conjunto de «funciones» que asume el Estado. El verbo «respetar» significa mucho más que «reconocer» o «tener en cuenta». Además de un compromiso más bien negativo, implica para el Estado cierta obligación positiva. La palabra «convicciones», aisladamente, no es sinónimo de los términos «opinión» e «ideas». Se aplica a opiniones que alcanzan cierto grado de fuerza, seriedad, coherencia e importancia (Sentencias Valsamis y Campbell y Cosans).

d) Al cumplir un deber natural hacia sus hijos, de quienes les corresponde prioritariamente «asegurar la educación y la enseñanza», los padres pueden exigir del Estado el respeto a sus convicciones religiosas y filosóficas. Su derecho corresponde, pues, a una responsabilidad estrechamente vinculada al goce y el ejercicio del derecho a la instrucción.

e) Aunque en ocasiones se deban subordinar los intereses individuales a los de un grupo, la democracia no se reduce a la supremacía constante de la opinión de una mayoría; exige un equilibrio que asegure a las minorías un trato justo y que evite todo abuso de una posición dominante (Sentencia Valsamis).

f) La segunda frase del artículo 2 implica, por el contrario, que el Estado, al cumplir las funciones asumidas en materia de educación y de enseñanza, vela porque las informaciones o conocimientos que figuran en el programa de estudios sean difundidas de manera objetiva, crítica y pluralista. Se prohíbe al Estado perseguir una finalidad de adoctrinamiento que pueda ser considerada no respetuosa con las convicciones religiosas y filosóficas de los padres. Este es el límite a no sobrepasar.

g) Ciertamente, pueden producirse abusos en la manera en que una escuela o un maestro determinados aplican los textos en vigor, y corresponde a las autoridades competentes velar, con el mayor cuidado, porque las convicciones religiosas y filosóficas de los padres no sean contrariadas a este nivel por imprudencia, falta de discernimiento o proselitismo intempestivo (Sentencia Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen).

B) En la STEDH 2007/63 p 55, se contiene la siguiente afirmación «La enseñanza constituye uno de los procedimientos por el cual la escuela se esfuerza en alcanzar el objetivo para el que ha sido creada, incluido el desarrollo

y la formación del carácter y el espíritu de los alumnos, así como su autonomía personal».

Sobre la base de tal interpretación auténtica las sentencias analizadas reconocen la posibilidad de dispensa en caso de adoctrinamiento, en materias de contenido moral o filosófico.

La Carta de Derechos de la Unión Europea, aprobada por Acuerdo de 7 de diciembre de 2000 y revisada por Acuerdo de 12 de diciembre de 2007, incorporada al Derecho Comunitario Europeo por el Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, con entrada en vigor el 1 de enero de 2009 y ratificada también por el Estado Español por Ley Orgánica 1/2008, publicada en el B.O.E. de 31 de julio de 2008, recoge en el artículo 10.2 que *«se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio»*, en el artículo 14 el derecho a la educación que tiene toda persona y en el párrafo tercero establece que se respetan *«de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, la libertad de creación de centros docentes dentro del respeto a los principios democráticos»* formulándose, de manera clara, *«el derecho que tienen los padres a garantizar la educación y la enseñanza de sus hijos conforme a sus convicciones religiosas, filosóficas y pedagógicas»*.

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

En mayo de 2005, la red europea de información de educación pública transmite el documento titulado Educación para la Ciudadanía en el contexto escolar europeo, que analiza como se imparte dicha educación en los Centros docentes de treinta países, estudio que fue realizado a solicitud de la Presidencia Holandesa del Consejo de la Unión Europea y con el apoyo financiero de la Comisión Europea.

Una aproximación a la configuración normativa de las cuatro asignaturas que se contienen en los Reales Decretos reguladores que establecen las enseñanzas mínimas determinan que en Educación primaria el Anexo II del Real Decreto 1513/2006 de 7 de diciembre (BOE de 8 de diciembre de 2006) desarrolla cuales son los objetivos, contenidos y criterios de evaluación de la asignatura Educación para la Ciudadanía y los derechos humanos que ha de impartirse en uno de los Cursos del tercer ciclo de la etapa (alumnos de quinto o sexto de primaria, comprendidos entre edades de 10 y 11 años) (art. 4.2).

Para la Educación Secundaria Obligatoria la materia ha sido objeto de desarrollo por el Real Decreto 1631/2006 de 29 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas en esta etapa y en el Anexo II se justifica la disciplina. En esta etapa, Educación para la ciudadanía se divide en dos materias, la Educación para la Ciudadanía y los derechos humanos que se imparte en uno de los tres primeros cursos y la Educación ético-cívica, de Cuarto Curso.

En los criterios de evaluación se señala: «*se pretende evaluar si se identifican los distintos elementos de la dimensión moral de las personas y del comportamiento humano y de los dilemas morales que se plantean en el mundo actual*».

En los estudios de bachillerato se incluye, entre las materias comunes que deben cursarse en las modalidades de bachillerato la Filosofía y la Ciudadanía, cuyas enseñanzas mínimas han sido articuladas en el Real Decreto 1467/2007 de 2 de noviembre.

El desarrollo de los Reales Decretos proyecta la Educación para la Ciudadanía en las siguientes perspectivas:

a) En la educación primaria (artículo 18.3 de la LOE), perfilándose en sus contenidos mínimos en el Real Decreto 1513/2006, con un horario de cincuenta horas, en uno de los cursos del tercer ciclo de la etapa.

b) En la Educación Secundaria Obligatoria, al amparo del artículo 24.3 de la LOE, el Anexo II del Real Decreto 1631/2006 establece las enseñanzas mínimas de Educación para la Ciudadanía y la Educación ético-cívica y en el Anexo III del Real Decreto 1631/2006, se fija que tendrá una duración de treinta y cinco horas de clase anual, sin olvidar que en el Bachillerato, a tenor del artículo 34.6 de la LOE, figura entre las materias comunes la relativa a Filosofía y Ciudadanía y en el Anexo I del Real Decreto 1467/2007, se estructura el bachillerato y se señala como contenido mínimo en la materia la disciplina Filosofía y Ciudadanía.

VI. Análisis de la motivación de la sentencia, cuya inexistencia alega el Ministerio Fiscal en el recurso de casación.

La sentencia recurrida no está falta de motivación, como subraya el Fiscal, pues señala que a los padres no se les facilita información sobre los contenidos curriculares de la disciplina y que la referencia a la existencia de una ética mínima común, a los conflictos y a una moral cívica, entre otras determinaciones, son elementos suficientes, por su indefinición, de generar el reconocimiento del derecho a la objeción, a favor de los padres.

Sobre este punto, declara el Tribunal Constitucional en STC 36/2006, de 13 de febrero que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no impone "una determinada extensión de la motivación jurídica, ni un razonamiento explícito, exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión sobre la que se pronuncia la decisión judicial". Reputa suficiente que "las resoluciones judiciales vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuales han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, o, lo que es lo mismo, su ratio decidendi" (STC 75/2007, de 16 de abril, FJ 4).

Al haber, incluso, una motivación breve y sintética (STC 75/2007, de 16 de abril, FJ 4) se ha reputado como constitucionalmente aceptable, desde las exigencias de la motivación del art. 24.1. CE, la que tiene lugar por remisión o motivación in aliunde (SSTC 108/2001, de 23 de abril y 171/2002, de 30 de septiembre), sin olvidar que para entender que una resolución judicial está razonada es preciso que el razonamiento que en ella se contiene no sea arbitrario, ni irrazonable, ni incurra en un error patente con relevancia constitucional (STC 7/2005, de 17 de enero, 66/2005, de 14 de marzo).

Aplicando estos criterios al caso, el núcleo básico de la cuestión ha sido examinado por la sentencia recurrida cuyo contenido sustancial se contiene en el fundamento primero de esta sentencia, por lo que procede rechazar la falta de motivación.

VII. Alcance del derecho a la objeción de conciencia.

La tesis mayoritaria se inclina por el no reconocimiento de la objeción por considerar que en el texto constitucional vigente sólo está prevista explícitamente en el caso de la prestación del servicio militar, y siempre que se hubiera reconocido por ley, lo que hubiera cerrado el debate planteado.

Sin embargo, la sentencia al entender que no puede surgir tácitamente de la Constitución un derecho a quedar eximido del cumplimiento de algún deber jurídico válido que no resulta acreditado en este caso, sin justificarlo, deja abierta la posibilidad de que sea el Poder Judicial quien haya de resolver los conflictos que en materia de objeción de conciencia puedan producirse en la sociedad, como es en el caso cuestionado y con fundamento en los razonamientos que sobre la objeción ha formulado el Tribunal Constitucional.

Así, por citar algunos ejemplos de la jurisprudencia constitucional en que se apoya la sentencia recurrida frente a la tesis que se mantiene en la resolución del recurso de casación, en el fundamento octavo que, en parte, es contradictorio con el fundamento jurídico séptimo, el último párrafo del fundamento jurídico noveno de la Sentencia del Tribunal Constitucional Pleno 5/81, reconoce otorgar a los profesores y docentes la posibilidad de un "rechazo" a planteamientos de adoctrinamiento, el fundamento jurídico catorce de la STC 53/85 valora la objeción de conciencia en un sistema democrático y considera que es inherente al derecho a la objeción de conciencia la libertad de conciencia y la libertad ideológica, la STC 177/96 al posibilitar que un militar sea relevado de prestar servicio de armas, la STC 154/02, al examinar la incidencia de la libertad ideológica de unos padres en relación con transfusión sanguínea a un menor de 13 años, Testigos de Jehová, y la STC 101/04 reconoce el relevo de un policía a participar en la procesión del viernes de la Semana Santa en la ciudad de Málaga, reconduciendo sustancialmente el problema a la faceta negativa de la libertad religiosa y en todos estos casos se están examinando las distintas

situaciones susceptibles de valoración jurisprudencial que se proyectan en el entorno de la objeción de conciencia.

En consecuencia, procede examinar el fondo del debate para concluir si por la sentencia recurrida se ha producido una indebida aplicación de los preceptos constitucionales y legales invocados en los motivos primeros del Abogado del Estado y del Letrado de la Junta de Andalucía, pues la objeción de conciencia no es más que la libertad de conciencia, en caso de conflicto, lo que nos remite a un problema de límites en el ejercicio de los derechos fundamentales y "faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones" (STC 177/96).

También, si traspasamos la órbita del derecho interno al derecho internacional, los casos Folgero y Zengin (STEDH de 20 de junio de 2007 y 9 de octubre de 2007) reconocen la exención parcial de determinados contenidos curriculares en las disciplinas cuestionadas y el papel neutral e imparcial del Estado cuando se examinan temas concernientes a esta problemática, lo que se reitera en SSTEDH de 4 de diciembre de 2008 (asuntos Kervanci c. Francia y Dogru c. Francia).

De ello se infiere que, o bien por la vía del análisis de una posible vulneración de los artículos 16.1 y 27.3 de la CE o por la vía de la necesaria intermediación judicial, que propicia el reconocimiento de la fuerza del derecho en situaciones de conflicto, puesto que la cuestión esencial, en este caso, consiste en determinar hasta donde llega la libertad de conciencia, se supera el primer óbice que pudiera condicionar el rechazo de la pretensión formulada y la conclusión que se extrae es que procede el examen del contenido de los Reales Decretos 1513/06, 1631/06 y 1467/06, frente a la tesis que mantiene la sentencia cuando subraya, por un lado, que no es preciso entrar a examinar los contenidos concretos de la asignatura y, sin embargo, reconoce que los reglamentos que desarrollan la asignatura no consideran, a efectos de evaluación, las convicciones personales ni obligan a desvelarlas.

Sobre este punto, y frente la tesis que mantiene la importancia del orden público como límite al ejercicio de la libertad de conciencia en el fundamento jurídico octavo, hay que subrayar las dificultades que entraña concretar las conductas lesivas del mismo, máxime cuando la libertad de conciencia puede representar un límite al concepto de orden público, al constituir una conducta, simultáneamente, el ejercicio de la libertad de conciencia y, al propio tiempo, una vulneración del orden público, que constituye una noción jurídica muy abierta a las más plurales concepciones de la moralidad y de los juicios de valor, ya que la propia Constitución y su horizonte axiológico es plural y toda interpretación constitucional implica también, en gran parte, una interpretación de conceptos jurídicos indeterminados.

En suma, el juicio de ponderación, en una sociedad que proclama la libertad de creencias, la laicidad y la neutralidad del Estado, ha de ser resuelto por el Poder Judicial, como método adecuado para resolver conflictos como el presente cuando están en juego principios y derechos fundamentales y, en este caso, la difícil ponderación de estos intereses que, como reconoce la sentencia, suponen la búsqueda de un punto de equilibrio que es difícil de encontrar entre los

artículos 27.2 y 27.3 de la CE, concluye mayoritariamente haciendo prevalecer el artículo 27.2 de la CE -respeto a los principios democráticos de convivencia- frente a la tesis minoritaria que suscribo, de hacer prevalente (lo que la Declaración Universal de Derechos Humanos califica de "preferente") el derecho de los padres a determinar la formación moral de los hijos, pues la vulneración de los artículos 16.1 y 27.3 de la CE es citada, reiteradamente, como infringida.

VIII. Análisis de los Reales Decretos 1513/06, 1631/06 y 1467/07.

Sobre el análisis de los Reales Decretos, la tesis mayoritaria sostiene la transformación en mandatos jurídicos -juridificación- de los principios éticos, lo que implica la subsanación de cualquier posible ilegalidad de los mandatos jurídicos contenidos en los Reales Decretos sobre la base del reconocimiento de la presunción de legitimidad del legislador democrático, en sede de estricto positivismo jurídico que identifica lo legal con lo moral y la ética, razonamiento al que es oponible la consideración de que la ética y la moral son dos campos perfectamente diferenciados y no es lo mismo valorar desde el punto de vista ético que hacerlo desde el punto de vista moral.

Otra posibilidad que sostengo es que los Reales Decretos deben ser examinados en sus contenidos normativos previstos en la regulación positiva cuyos límites fija la Ley Orgánica 2/2006, discrepando, en este punto, de los razonamientos del fundamento séptimo de la sentencia, ya que las partes intervinientes en el proceso suscitan tal posibilidad y aducen una indebida aplicación de tal normativa por la sentencia recurrida, máxime cuando la inserción del principio de laicidad en toda organización política significa el respeto de las diversas creencias y planes de vida sobre los que el Estado no puede intervenir cuando están basadas en la libre asunción de tales principios y no repercuten "ad extra" en los derechos de los demás, por tener su base en una estricta conciencia moral basada en el respeto a la dignidad de la persona humana (art. 10.1 CE), fundamento del orden político y de la paz social.

Esto es algo que, frente al estricto legalismo positivista, potencia el reconocimiento de un derecho jurisprudencial que en Estados Unidos se ha llamado "least restrictive means -medios menos restrictivos-" y en Canadá minimal impairment -perjuicio mínimo-, al modo como hace más de medio siglo reconoció el Tribunal Supremo estadounidense (*West Virginia State Board of Education V. Barnette*, 319 U.S. 624, 642 - 1942) cuando señalaba: «Si hay alguna estrella fija en nuestra constelación constitucional -libertad de conciencia- es que ninguna autoridad puede prescribir lo que es ortodoxo en materias opinables (política, religión), ni puede forzar a los ciudadanos a confesar de palabra o de hecho, su fe en ellas» o en el caso *Wisconsin versus Yoder* al subrayar: «El interés del Estado por la escolarización obligatoria debe ceder ante la libertad de los padres para marcar la orientación moral de sus hijos».

Hay que examinar, en consecuencia, si los conceptos utilizados en los Reales Decretos ofrecen una indeterminación que es susceptible de dar una solución correcta en un caso concreto que atempere, por razones de seguridad jurídica, el contenido estricto de la norma, máxime en una materia como la educativa que ha

de basarse en criterios de certeza, sin incurrir en indeterminaciones, algo que los recurrentes en la primera instancia jurisdiccional califican reiteradamente de relativismo y de indefinición y que suscita en este punto, la discusión consistente en si procede ofertar en el sistema educativo contenidos mínimos en los que subyace un conflicto.

Ceñido el examen al ámbito de la libertad de creencias, en donde subyacen cuestiones concernientes a la intimidad y la privacidad, a diferencia del criterio manifestado por la tesis de la juridificación total de los mandatos éticos, considero que tal ámbito constituye un sector que no ha de ser objeto de adoctrinamiento por parte del Estado, respetando su papel neutral e imparcial.

Ello significa el derecho de todo ciudadano a tener su propia concepción explicativa del mundo y de la vida (así, la filosofía alemana lo denomina Weltanschauung frente a la noción de Bürgersinn, que es el espíritu que anima a lo público) y a poseer su propia valoración moral, como acto personal e insustituible de la conciencia, adecuando sus comportamientos a realizar su vida según el personal juicio de moralidad, vedado a la intromisión estatal o más explícitamente como reconoce la jurisprudencia constitucional en STC 141/2000 «ámbito de actuación constitucional inmune a la coacción estatal», para no inmiscuirse en la esfera de la personalidad, pues la libertad de conciencia está vinculada a la imagen de la personalidad moral autónoma, la conciencia es un fenómeno metajurídico y las decisiones en conciencia son difícilmente compartidas intersubjetivamente, por tratarse de decisiones seriamente personales.

Estos razonamientos conducen a la conclusión inicial que la convicción moral puede proyectarse en conductas concretas y no sobre normas o puede proyectarse sobre normas cuando su contenido representa la lesión de un imperativo moral o de conciencia, máxime cuando la propia sentencia cuestiona si la enseñanza obligatoria de una asignatura puede afectar a opciones morales, esencialmente personales.

IX. Examen de su contenido:

En aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la relación entre la ley y el Reglamento hay que determinar si los Reales Decretos están plenamente referidos a la colaboración internormativa entre la Ley Orgánica 2/2006 que sólo de forma global y no referido a esta disciplina, afecta a los contenidos curriculares en educación primaria y secundaria, y la necesidad de regular aspectos muy concretos del contenido curricular de la disciplina Educación para la Ciudadanía, en la forma que es reglamentada como instrumento normativo de colaboración con dicha Ley Orgánica.

Examinando los textos normativos nos encontramos con que la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, sólo en el artículo 18, regla tercera, hace referencia a la disciplina de la siguiente manera *"en uno de los cursos del tercer ciclo de la etapa, a las áreas incluidas en el apartado anterior se añadirá la de Educación para la Ciudadanía y los derechos humanos, en la que se prestará especial atención a la igualdad entre hombres y mujeres"*; en el artículo 25, Organización del cuarto curso, en el apartado uno se contiene la disciplina "Educación ético-

cívica" y en el capítulo concerniente al Bachillerato y dentro del artículo 33 sobre los objetivos, se contiene la disciplina "Filosofía y Ciudadanía".

Ninguna otra consideración esencial contiene la Ley Orgánica 2/2006 sobre este punto, salvo en la redacción del artículo 13: Objetivos de la educación infantil; 17: Objetivos de la educación primaria y 23: Objetivos de la Educación secundaria obligatoria, que se fijan de manera amplia y flexible.

Sin embargo, es relevante subrayar, en este momento, que en la redacción del artículo cuarto de la Ley Orgánica 8/1985 por la disposición final primera que introduce la nueva Ley Orgánica 2/2006, se contiene en el apartado primero, regla c, la determinación de que *"los padres o tutores en relación con sus hijos o pupilos tienen los siguientes derechos: a que reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones"*. El nuevo artículo 6 de la Ley Orgánica 8/1985 en la forma redactada por la Ley Orgánica 2/2006, al hablar de los alumnos señala en el apartado 6.2.b) que tienen derecho a que se respete su identidad, integridad y dignidad personales y en el apartado e) a que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas y sus convicciones morales de acuerdo con la Constitución, subrayándose en el apartado f) que tienen derecho a respetar la libertad de conciencia, las convicciones religiosas y morales y la dignidad, integridad e intimidad de todos los miembros de la comunidad educativa.

Analizando el texto de los Reales Decretos 1513/2006 y 1631/2006 invocados de manera conjunta en el recurso, *el Real Decreto 1513/2006, de 7 de diciembre*, establece las enseñanzas mínimas en la Educación primaria y en el anexo II invocado por el Abogado del Estado, se reconoce el impulso a la *"autonomía personal"*, partiendo de *"lo personal y del entorno más próximo: la identidad, las emociones, el bienestar y al autonomía personal"*. En el bloque uno, correspondiente a los individuos y relaciones interpersonales se pone de manifiesto como valores a tener en cuenta *"la autonomía y la identidad, el reconocimiento de las emociones propias y de las demás personas"*. En el capítulo relativo a la contribución del área al desarrollo de las competencias básicas subraya la necesidad de que el área afronte el ámbito personal, señalándose *"impulsa a los vínculos personales basados en sentimientos"* e insiste *"el desarrollo de un pensamiento propio"* y al hablar del currículum reitera la *"construcción de un pensamiento propio"*; en los objetivos, en el apartado primero, se contiene la siguiente determinación *"desarrollar la autoestima, la afectividad y la autonomía personal"* y en el bloque primero de los contenidos correspondientes al tercer ciclo, en el primer apartado se contiene la siguiente determinación *"valoración de la identidad personal y de las emociones"*, insistiendo en aspectos que inciden en la privacidad e intimidad.

También se subraya, por su importancia, a los efectos de constatación de la vulneración constitucional, que se erija como *criterio de evaluación* la necesidad de manifestar los *"comportamientos cotidianos"* *"un conocimiento de sus características propias"* y *"si ejerce una autorregulación de sus emociones y sentimientos"*, lo que interfiere claramente en la privacidad del alumno, no se evalúa a éste por sus conocimientos, sino por la imposición de actitudes

contrarias a prejuicios o estereotipos, superándose la línea que separa la enseñanza del adoctrinamiento, ante la búsqueda de adhesión a determinados planteamientos estrictamente personales e íntimos.

El Real Decreto 1631/2006 de 29 de diciembre, establece las enseñanzas mínimas de la Educación Secundaria obligatoria y en la *Exposición de Motivos* señala que *"se profundiza en los principios de ética personal"* y *"a la educación afectivo-emocional"*, poniéndose de manifiesto, igualmente, la necesidad de *"analizar, valorar y decidir desde la confianza en sí mismos contribuyendo a que construyan un pensamiento y un proyecto de vida propios"*. Se alude con posterioridad a la necesidad de construir *"una conciencia moral"* y se considera que los bloques van desde *"lo personal"*, llegándose a la conclusión de que se centra la educación ético-cívica en la *"reflexión ética que comienza en las relaciones afectivas con el entorno más próximo para contribuir, a través de los dilemas morales, a la construcción de una conciencia moral cívica"*.

El estudio que se realiza en este capítulo lo es para *"la construcción de una ética común"* y en el bloque segundo se contiene la determinación *"educación afectivo-emocional"* *"que se centra en los valores de la identidad personal"*. En la contribución de la materia a la adquisición de las competencias básicas se subraya que *"se afronta el ámbito personal"*, se contribuye a *"reforzar la autonomía, la autoestima y la identidad personal"*, se subraya que se impulsan los vínculos personales basados en sentimientos y se fomenta *"la educación afectivo-emocional"*, de esta manera se subraya que la Educación para la Ciudadanía fomenta *"la conciencia de las propias capacidades a través de la educación afectivo-emocional y las relaciones entre la inteligencia, las emociones y los sentimientos"*, subrayándose a continuación *"el planteamiento de dilemas morales, propio de la educación ético-cívica de cuarto curso, contribuye a que los alumnos y alumnas construyan un juicio ético propio"*.

Dentro de los objetivos, se reconoce en el primer apartado, la condición humana en su dimensión individual, "aceptando la propia identidad, las características y las experiencias personales" y en el apartado segundo "desarrollar y expresar los sentimientos y las emociones"; en el bloque segundo, concerniente a las relaciones interpersonales y de participación, se subraya "autonomía personal y relaciones interpersonales, afectos y emociones".

En el cuarto curso, correspondiente a la Educación ética-cívica, en el bloque primero se contiene la siguiente determinación "reconocimiento de los sentimientos propios y ajenos" y en el bloque segundo, relativo a la educación afectivo-emocional, se contienen las siguientes determinaciones "identidad personal" "inteligencia, sentimientos y emociones".

En los criterios de evaluación se pone de manifiesto: 1º) "Descubrir sus sentimientos en las relaciones interpersonales". 2º) "Diferenciar los rasgos básicos que caracteriza la dimensión moral de la persona, las normas, la jerarquía de valores, las costumbres y los principales problemas morales. Con este criterio, se pretende evaluar si se identifican los distintos elementos de la

dimensión moral de las personas y del comportamiento humano y de los dilemas morales que se plantean en el mundo actual".

En el apartado séptimo se dice "conocer y valorar la naturaleza de las acciones humanas en tanto que libres, responsables, normativas y transformadoras" y se añade "con este criterio se trata de comprobar la capacidad para comprender el sentido de la razón práctica y la necesidad de la libertad para realizar acciones morales y consecuentemente, asumir compromisos ético-políticos tanto en el ámbito personal como social".

El examen precedente permite considerar que estamos ante una serie de conceptos jurídicos que se caracterizan porque resultan indeterminados en abstracto y no resultan determinables en concreto, puesto que hay una perspectiva que es la personal constituida por lo más nuclear del ser humano -la parte individual y autónoma- (lo que el mundo anglosajón reconoce como privacidad) que debe estar exenta, en mi opinión, de la intervención estatal.

El Estado debe ser neutral e imparcial en la regulación del currículum de asignaturas como Matemáticas, Historia, Filosofía o Ética, pero cuando elabora lecciones en materias para orientar comportamientos, a juicio de los padres que objetan, la regulación de "Educación para la Ciudadanía" no cumple los requisitos de neutralidad o no adoctrinamiento exigidos por la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como límites al derecho-deber del Estado de organizar el sistema educativo so pena de conculcar el derecho fundamental a la libertad ideológica en la relación de ese derecho con el proclamado por el artículo 27.3 del texto constitucional y ello se traduce en una confrontación entre los fundamentos ideológicos de la asignatura y las convicciones morales de los padres.

Sobre este punto, el preámbulo de la Ley Orgánica 2/2006 dice que los contenidos de Educación para la Ciudadanía no pueden considerarse en ningún caso alternativos o sustitutorios de otras enseñanzas, cuando los aspectos básicos del currículum, que constituyen las enseñanzas mínimas, han configurado una disciplina que por sus objetivos, competencias básicas, contenidos, métodos pedagógicos y criterios de evaluación fijan un código de valores y principios, con propuestas que aunque se consideren "de mínimos" son incompatibles con las convicciones morales de los recurrentes, pues entienden que el Estado no puede realizar ninguna labor de transmisión o instrucción de una determinada escala de valores sin invadir un espacio: el de formación de la conciencia moral del individuo, reservado a las convicciones o creencias de los padres.

X. Reflexiones concluyentes:

Del examen efectuado hasta ahora se infiere que hay contenidos en la disciplina "Educación para la ciudadanía" como los relativos a la enseñanza de los principios, valores o derechos constitucionales, o los concernientes al conocimiento de las Convenciones Internacionales sobre los Derechos Humanos que son muy necesarios y justificables para ser articulados en el currículum, bien a

través de otras asignaturas bien a través de una disciplina autónoma, pues son opciones del Estado en el ejercicio de su función-deber en materia de educación, perfectamente compatibles con la programación general de un sistema educativo (artículos 27-4, 5, 6 y 8 de la CE).

Pero, desde las premisas normativas y doctrinales expuestas, la regulación del aprendizaje de cuestiones como la identidad personal o la construcción de la conciencia moral con enfoques, fundamentos y criterios de evaluación que no se basan sólo en la adquisición de conocimientos sino sobre todo en el desarrollo de actitudes y observación de comportamientos, incide, en mi opinión, en el derecho reconocido a los padres por el artículo 27-3 de nuestra Constitución mediante la imposición de una asignatura obligatoria y evaluable como Educación para la Ciudadanía, que se presenta no sólo como alternativa o sustitución a una educación acorde a las convicciones morales de aquéllos, sino también complementaria y no sustitutoria de esa educación, con la consecuencia de plantearme serias dudas las siguientes cuestiones, no resueltas, al estar ante un recurso de casación:

1ª) Si el texto reglamentario tiene habilitación normativa suficiente, pues la Ley Orgánica 2/2006 sólo insiste en el derecho de elección por los padres de la educación moral de sus hijos (arts. 4 y 6).

2ª) Si al contener las normas reglamentarias las referencias ya examinadas, que inciden en el contenido constitucional del artículo 16.1 de la CE sobre la libertad de creencias, el rango normativo utilizado es el correcto.

3ª) Si los Reales Decretos examinados tienen cobertura legal al establecer el carácter obligatorio de la disciplina, cuando la Ley Orgánica 2/2006 sólo señala que se cursará (arts. 18, 25 y 33).

En suma, entiendo que hay que preservar que el alumno pase del aula de formación moral inspirada en unos principios basados en la Ética al aula de Educación para la Ciudadanía, que en su aplicación práctica puede estar inspirada en otros distintos, evitando los contrasentidos y antinomias de dualidad en materias conexas o comunes a esos dos ámbitos de instrucción, en su formación, pues del análisis de estos contenidos se advierten aspectos que pueden implicar una formación de la conciencia moral de los alumnos, impuesta por el Estado, para contribuir, a través de los dilemas morales, a la construcción de una conciencia moral cívica.

La cuestión del contenido de ese sistema de valores no sólo se refiere a los consagrados en la Constitución y a las Declaraciones de Derechos Humanos, perfectamente asumibles por el alumno, sino que introducen una ética civil común distinta de la ética personal que esté arraigada en la tradición moral o en las propias convicciones y se fija una ética común pública, llegándose a la conclusión, en este punto, que el contenido de los Reales Decretos acepta

valores morales que superan el campo de la enseñanza y pueden introducirse en el adoctrinamiento, lo que reconoce la sentencia al señalar que la enseñanza del pluralismo, como meramente informativa, se exponga de una manera crítica, cuando abordar cuestiones morales controvertidas en la sociedad exige una exquisita objetividad.

En este punto hay que destacar que una de las decisiones del constituyente fue excluir la formación en valores morales de la competencia de los poderes públicos, precisamente por el derecho reconocido en el artículo 27.3 de la CE, que implica una limitación de intervención estatal y una garantía para los padres, pues según reconoce el Auto del Tribunal Constitucional nº 276/83 de 8 de junio, F.J. 1, el artículo 27.3 de la CE «está estableciendo una órbita de libertad privada y de terreno acotado por el poder público, impidiendo formaciones ideológicas imperativamente predispuestas desde el Estado».

En este estricto sector, los Reales Decretos reguladores, al establecer los rasgos básicos de la disciplina Educación para la ciudadanía, sobrepasan, en mi opinión, el ámbito previsto en el artículo 27.3 de la Constitución, lesionan el contenido del derecho fundamental e incurren en la intromisión en la formación de la conciencia de los alumnos: la autorregulación de sus emociones y sentimientos, que son rasgos definidores de la personalidad humana, que se insertan claramente en la libertad de conciencia y en la libertad ideológica y además son objeto de evaluación, cuando se trata de incidir en ámbitos que no deben ser asumidos por el contenido curricular, puesto que no deben formar parte de los aspectos básicos del sistema educativo la difusión de valores en conflicto, que no estén consagrados en la Constitución o sean presupuesto indispensable del orden constitucional y están amparados en el contenido constitucional del artículo 16.1 de la CE.

En esta misma línea de razonamiento, la circunstancia de que el currículo no especifique que debe entenderse por estereotipos o prejuicios respecto de lo que los alumnos deben mostrar una actitud contraria, así como tampoco se explique la necesidad de dicha actitud crítica frente a los mismos cuando no se definen o concretan dichos estereotipos, genera una situación evidente de inseguridad jurídica al desconocerse cuales son esas conductas o actitudes que el sistema educativo califica de contrarios a la paz social.

Sobre este punto, es necesario poner de manifiesto que no hay que confundir la moral y el derecho, ya que los valores en que se fundamenta la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Constitución, lo son como inspiradores e interpretadores de normas jurídicas, cuyo valor positivo a esos efectos es innegable, pero también hay valores constitutivos de la formación moral de la conciencia de las personas y aquí es donde reside en mi opinión el límite de la intervención estatal, pues dicha formación moral de los alumnos vulnera la libertad ideológica, intentando profundizar en aspectos que sólo afectan a los principios de la ética personal, a la conciencia moral y a la fijación de dilemas morales, que sustancialmente atentan al contenido constitucional de la libertad de conciencia, olvidando que es una concreción de la libertad ideológica que nuestra

Constitución reconoce en el artículo 16 (por todas, las SSTC 15/82, F.J. 6; 19/85, F.J. 2; 53/85, F.J. 14; 120/90, F.J. 10; 137/90, F.J. 8; 177/96, F.J. 9; 46/01, F.J. 4 y 154/02, F.J. 6).

Por otra parte, la verificación de si la potestad reglamentaria se sitúa dentro del marco legal, nos lleva a la ausencia de una razonada explicación de los motivos en que se fundamenta la norma reglamentaria y si bien la jurisprudencia de esta Sala no exige igual justificación que la que se impone a los actos, como reconoce la sentencia de 19 de abril de 1993, el Consejo de Estado, en sus reiterados dictámenes ha puesto de manifiesto la importancia de la motivación para el control de la norma, criterio en el que ha hecho un uso reiterado la jurisprudencia constitucional (por todas, las SSTC 197 y 205/92, 173/96, 182/97 y 273/2000).

Estamos, así, ante un supuesto en el que no se evidencian razones suficientes y capaces de justificar los criterios introducidos en las disposiciones reglamentarias con un carácter indeterminado, lo que en apoyo de la doctrina jurisprudencial reiterada de este Tribunal y del Tribunal Constitucional, conduce al reconocimiento del exceso de la disposición reglamentaria por falta de habilitación respecto al texto legal, en los particulares puntos examinados, pues el límite de la discrecionalidad de la intervención del Estado se produce en relación con el problema de la conciencia moral, que en este caso aparece claramente plasmado en el texto normativo como contenido curricular de una disciplina, de tal modo que se llega «a una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria», (SSTC 83/84, F.J. 4; 99/87, F.J. 3 y 127/94, F.J. 5), máxime cuando, en mi opinión, la vulneración de los artículos 27.3 y 16.1 de la CE resulta imputable, directamente, a la norma reglamentaria (SSTC 153/94, F.J. 4 y 45/04, F.J. 3).

En todo caso, no está conferida a esta jurisdicción la imposición de concretas redacciones de los preceptos reglamentarios, como han reconocido las sentencias de este Tribunal de 6 de noviembre de 1984, 5 de junio de 1986, 30 de enero de 1990, 25 de octubre de 1990, 21 de marzo de 1991, 4 de mayo de 1992, 26 de febrero de 1993, 26 de mayo de 1993 y 15 de abril de 1994, puesto que los términos empleados son de una gran vaguedad, entrañan un juicio de valor difuso que no llega a determinar concretos contenidos y dicha apreciación es además constitutiva, a mi juicio, de una lesión constitucional y legal.

XI. Otras reflexiones accesorias sobre los contenidos de los Reales Decretos:

Sorprende que en el contenido curricular de la disciplina y frente al Informe Eurydice se omite claramente el estudio de la inserción del análisis de las estructuras normativas y organizatorias de la Unión Europea.

Así, el análisis de los contenidos curriculares relacionados con la dimensión europea de la Educación para la ciudadanía en los diferentes países de nuestro entorno, implica la existencia en los contenidos curriculares de esta disciplina de temas específicamente europeos sobre los derechos y deberes de las personas

como ciudadanos europeos, la historia del proceso de integración de la Unión Europea, los cursos sobre la historia de las naciones europeas y sobre el proceso de integración, el funcionamiento de las instituciones europeas e internacionales y los principales temas relacionados con la cooperación a escala europea internacional, que se estudian de manera mayoritaria en los restantes países europeos (así, en Francia, Bélgica, Alemania y Estonia, por ejemplo) y respecto de los cuales se observa una notoria ausencia en el contenido de los currículos de los Reales Decretos examinados, que introducen factores afectivo emocionales que inciden en la intimidad y privacidad personal.

A esta reflexión se une el solapamiento de esta materia, y en este punto, la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 2/2006 dice que la disciplina Educación para la Ciudadanía no es complementaria ni sustitutoria de la Etica o la Religión, circunstancia que cuestiona su carácter obligatorio y hubiera propiciado el reconocimiento de su naturaleza como disciplina opcional o transversal en la parte de los contenidos que afectan a apreciaciones morales, lo que excluiría el conflicto.

En este punto, hay que reconocer que constituye también un tema transversal, pues algunas lecciones de Etica son susceptibles de cubrir conceptos relacionados con la ciudadanía (por ejemplo, algunos contenidos de la Filosofía política -individuo, persona- ya están incorporados en el área de Etica que se imparte en el cuarto curso de la ESO).

Así, en el nivel de primaria, la Educación para la Ciudadanía es una materia independiente en Bélgica y Rumania. En Estonia, Grecia, Portugal y Suecia se integra en otras materias o está presente como tema transversal y en el nivel de la Educación Secundaria suele ofertarse como materia independiente.

XII. Análisis del resto de los motivos formulados por la Junta de Andalucía, la Abogacía del Estado y el Ministerio Fiscal: la vulneración de los artículos 16 (1 y 3), 27.3 de la CE y el derecho a la objeción por la sentencia recurrida:

Si bien la asignatura tiene un contenido central basado en el conocimiento del ordenamiento jurídico del Estado, los Derechos Fundamentales, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención sobre los Derechos del Niño, el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y libertades fundamentales, la Convención relativa a la lucha contra la discriminación en el campo de la enseñanza y la aplicabilidad de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles, Políticos, Económicos y Culturales, contenidos que, en mi opinión, resultan esenciales en la formación, sin embargo, hay un ámbito que se mueve en el terreno de la privacidad, libertad de creencias e intimidad, como reconoce la sentencia recurrida, que engendra la posibilidad de que los padres hayan ejercitado el derecho a la objeción, basado en los siguientes derechos fundamentales: **A)** La libertad de conciencia; **B)** La libertad de creencias; **C)** El

artículo 27.3 de la Constitución; **D)** La conexión del artículo 16 (1 y3) de la CE y del artículo 27.3 de la CE.

Desde este punto de vista y superada en la jurisprudencia constitucional el entendimiento de los derechos fundamentales como derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado y entendidos como componentes estructurales básicos del ordenamiento jurídico con una dimensión objetiva (STC 25/81, F.J. 5) el Estado tiene obligación positiva de contribuir a la efectividad de los derechos fundamentales con la mejor tutela posible.

La respuesta constitucional y legal a la situación resultante de la pretendida dispensa o exención del cumplimiento de deberes jurídicos, en el intento de adecuar y conformar la propia conducta a la guía ética o plan de vida que resulte de unas creencias, sólo puede resultar de un juicio ponderado que ha de establecer el alcance de un derecho -que no es ilimitado o absoluto- a la vista de la incidencia que su ejercicio pueda tener sobre otros titulares de derechos y bienes constitucionalmente protegidos.

En mi opinión, del análisis sistemático de la LOE y de los Reales Decretos que lo desarrollan, se extrae la consecuencia que estamos ante una materia escolar concebida en su orientación, estructura y desarrollo como una teoría general sobre el hombre y los principios éticos que se presenta en el fondo como una asignatura con un amplio contenido constitucional, perfecta y necesariamente asumible y con un contenido reducido con proyección moral que choca con la libertad de opción de los padres y de los titulares de los Centros docentes en puntos regulados por el texto constitucional y explicitados en la jurisprudencia constitucional,

Así, el Tribunal Constitucional desde la sentencia 5/81 (F.J. 9, in fine) al afirmar *«la renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzada por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita»*, reconoce el derecho a la libertad ideológica, puesto que la imposición legal de una asignatura obligatoria con carácter general para todos los alumnos significa el no cumplimiento del artículo 27-3 de la Constitución, en relación con el artículo 16 (1 y 3), como reconoce la sentencia recurrida, en la parte que puede afectar a puntos de vista sobre cuestiones morales que son controvertidas en la vida social.

Sobre este punto, estimo que el constituyente quiso: **a)** En primer lugar, reconocer el derecho a la educación como un derecho de naturaleza prestacional que obliga a los poderes públicos a garantizar una educación que contribuya al desarrollo de la personalidad. **b)** En segundo lugar, el reconocimiento de la libertad de enseñanza implica el derecho de la sociedad a fundar Centros docentes y a participar de la tarea de enseñar y el derecho a los padres a la elección del tipo de educación y Centro que quieran para sus hijos y **c)** En tercer

lugar, el derecho de los padres como responsables de la educación de sus hijos, garantizado por la Constitución a que la formación que reciban los mismos esté de acuerdo desde el punto de vista de la ética y de la moral con sus convicciones, reproduciendo la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 que califica este derecho como «preferente».

Posteriormente, la Convención de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (Instrumento de Ratificación de 30 de noviembre de 1990, BOE nº 313 de 31 de diciembre), o la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes (en el Tratado Internacional firmado en Badajoz el 11 de octubre de 2005 y ratificado por España el 14 de junio de 2007) reconocen la libertad de pensamiento, conciencia y religión y el derecho a formular objeción de conciencia.

En suma, de la configuración normativa de la materia y del desarrollo del currículo en donde se contienen los objetivos, los contenidos mínimos y los criterios de evaluación en las distintas etapas educativas, se advierten aspectos que se introducen en la conciencia moral de los alumnos (lo que proscribire la jurisprudencia reiterada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos Zengin y Folgero, sentencias de 29 de junio y 9 de octubre de 2007 y más recientemente en los casos Kervanci c. Francia y Dogru c. Francia de 4 de diciembre de 2008), al destacar el papel neutral e imparcial del Estado en materia de libertad de creencias, que no han sido elegidas libremente por los padres y que entra en conflicto con el derecho exclusivo de éstos a elegir la formación moral de sus hijos conforme a sus convicciones, entre las que destaca la enseñanza garantizada por el artículo 27.3 de la Constitución y por los Tratados Internacionales ratificados por España.

La conclusión que sostengo, frente a la tesis mayoritaria que estima cómo el artículo 27.3 de la CE no permite pedir dispensas y a la vista de la sentencia recurrida, entiendo que los padres podían presentar en nombre de sus hijos el reconocimiento de la exención parcial a la asignatura Educación para la Ciudadanía en aquellos contenidos que se proyectan sobre aspectos morales, insertados en la privacidad y autonomía personal al objeto de obtener el correspondiente amparo para la protección de los derechos fundamentales de la persona, con sujeción a las normas internas (artículos 16.1 y 3, 27.3 y 30.2 de la Constitución), y las normas internacionales (artículo 26-3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, Convenio de Derechos Humanos de 1950, Protocolo Adicional nº 1, artículo 2º, artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 9.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 18.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 13.3 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 5.1.b) de la Convención para no discriminación en la enseñanza de 1960 y Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículos 10 y 14, apartado tercero (por Ley Orgánica 1/2008, ratificado por el Estado Español), así como por aplicación de la legislación interna del Estado (Ley Orgánica de Libertad

Religiosa 7/1980 de 5 de julio, artículo segundo), que faculta a los padres para oponerse a que se imparta a sus hijos unas instrucciones contrarias a sus propias creencias personales o filosóficas, vinculadas íntimamente a la libertad de conciencia y de pensamiento y como contenido del derecho a la educación en el sentido de comunicación de unas convicciones morales y filosóficas.

Hubiera procedido, en consecuencia, desestimar el primero de los motivos de casación aducidos por el Letrado de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la Abogacía del Estado y único motivo del Ministerio Fiscal.

Esta solución resulta coherente en mi opinión con los siguientes postulados:

1º) El artículo 27-3 de la CE, que establece el reconocimiento de la opción reconocida en las Cortes constituyentes, de preservar la educación moral de los hijos reservada a los padres a escoger el tipo de educación que quieren para sus hijos, pues el Estado al respetar la libertad de conciencia y de pensamiento, interpretado sistemáticamente con los artículos 1.1, 10 (1 y 2), 14 y 16 de la CE, sienta el principio de neutralidad ideológico de los poderes públicos, sin perjuicio de que no pueden permanecer neutrales frente a prácticas educativas que desconozcan "los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales" (artículo 27-2 de la CE).

2º) La programación general de la enseñanza implica la transmisión de conocimientos de manera objetiva, crítica y pluralista, pues la objetividad e imparcialidad en dicha transmisión constituye el límite que no debe ser superado por el Estado, pues el objeto de este derecho es la formación y la preocupación del constituyente fue la interdicción de los poderes públicos para inmiscuirse en las convicciones personales y filosófico-ético morales de los padres.

XIII. Análisis del segundo motivo:

En el segundo de los motivos del Letrado de la Junta de Andalucía y en el segundo motivo del recurso del Abogado del Estado se alude a la infracción del artículo 27-4 de la CE y 149-1-30 de la CE, invocándose la vulneración de la Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo (en especial, los artículos 3-3, 4-1, 18-3 y 24-3) y los Anexos II de los Reales Decretos 1513/2006 y 1631/2006.

Respecto de las vulneraciones de legalidad aducidas ya han sido analizadas, en la medida que pueden incidir en el contenido constitucional de los derechos fundamentales, al margen de que el objeto del procedimiento de protección de derechos fundamentales se constriñe a la constatación de si el acto del poder público vulnera tal contenido constitucional.

La referencia que en el motivo se contiene al carácter obligatorio de la enseñanza básica (artículo 27-4) en relación con su programación general (artículo 27-5) no excluía la posibilidad del ejercicio del derecho de los padres a la

objeción, sin poner en peligro el funcionamiento del Estado democrático, al concurrir elementos que hacían viable tal ejercicio, pues nos hallamos ante un deber de obligado cumplimiento, sin otras alternativas, que puede incurrir en contradicción con el artículo 27-3 de la CE, ya que el interés del Estado en elaborar la programación del sistema educativo no obsta la posibilidad de poder ejercer el derecho a la exención parcial de contenidos curriculares, al entender los padres que tales contenidos inciden en la formación moral de los hijos, máxime si son éstos menores de edad, por oposición a sus convicciones morales, entendidas como opiniones que alcanzan cierto grado de seriedad y coherencia, en la línea del TEDH (asunto Valsamis, págs. 2323-2324, apartados 25 y 27 y Campbell y Cosans, págs. 16-17, apartados 36 y 37).

Esta posibilidad es asimilable, en mi opinión, a otros supuestos estudiados por la jurisprudencia constitucional, lo que hubiera implicado el reconocimiento de la excepción al cumplimiento de deberes legales, en este caso concreto, que ha exigido la debida ponderación de los intereses concurrentes, haciendo prevalente en la tesis mayoritaria el artículo 27.2 de la CE, frente a la tesis propugnada por mi parte de dar preferencia, como ya decía el artículo 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, al artículo 27.3 de la CE, cuando están en juego la garantía de las convicciones personales y la libertad de conciencia.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO DON MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 905/2008.

El respeto a la decisión mayoritaria del Pleno -con cuyo contenido, por lo demás, coincido en buena parte- no me impide disentir de ella, por las razones que en este voto discrepante expongo.

Antes de analizar las infracciones del ordenamiento jurídico que reprochan a la sentencia de instancia el Abogado del Estado, el Ministerio Fiscal y el

Servicio Jurídico de la Junta de Andalucía en sus respectivos motivos de casación, considero conveniente hacer unas consideraciones previas sobre las cuestiones más relevantes del litigio, a saber, las relativas a la objeción de conciencia, a la aplicación del artículo 27.3 de la Constitución Española y al contenido del Real Decreto 1631/2006, que desarrolla y pormenoriza la asignatura Educación para la Ciudadanía en el nivel correspondiente a la educación secundaria obligatoria.

Estas consideraciones estarán necesariamente ligadas a las que constan en los fundamentos jurídicos de la sentencia respecto de la que expongo mi discrepancia y, en la medida en que dicha sentencia ha de leerse junto con las dictadas en los recursos de casación números 948, 949 y 1013 de 2008, todos ellos deliberados de modo conjunto por el Pleno de la Sala, también al contenido de estas últimas.

Primero.- En lo que se refiere a la objeción de conciencia, la tesis mayoritaria (fundamentos jurídicos octavo y noveno de la sentencia) concluye que no cabe en este caso. Sin llegar a afirmarlo de modo expreso -pues en cierto modo admite en el inciso final del fundamento jurídico octavo la posibilidad contraria- parece partir de la premisa sostenida por las Administraciones recurrentes y el Ministerio Fiscal, esto es, que la objeción de conciencia sólo es viable en nuestro Derecho cuando previamente haya sido admitida como tal por el legislador.

El primer -y aún no superado ni resuelto- debate sobre el enfrentamiento entre los dictados del poder público y los imperativos de la conciencia personal se escribió hace ya 2400 años y desde entonces ha sido un "leitmotiv en la filosofía, la teoría política, la teoría jurídica, la ética y la poesía de Occidente" (Steiner). La respuesta de Antígona a Creonte, que Sófocles refleja en los versos 450 y siguientes de su tragedia, pone de relieve cómo frente a la pretensión de sujeción incondicionada a la ley que regía la polis se alza la convicción personal que opone a su cumplimiento serios motivos de conciencia, inspirados para Antígona en las "leyes no escritas" a las que ella apelaba.

La tensión entre la conciencia individual y la ley del Estado no ha dejado, pues, de estar presente desde que los clásicos griegos marcaron para la

posteridad cuáles eran los desafíos intelectuales y éticos a los que se enfrentaba la humanidad. Ecos de aquel debate se han sucedido en todas las épocas históricas posteriores y siguen llegando hasta nuestros días.

La presencia -o su negación- de la objeción de conciencia en los ordenamientos jurídicos contemporáneos presenta, a mi juicio, muchas más dificultades que las meramente derivadas de comprobar si el legislador ordinario la acepta, la rechaza o guarda silencio sobre ella. Dificultades que se acrecientan cuando nuestras sociedades se hacen progresivamente más heterogéneas, plurales y multiculturales. No resuelve el problema sólo verificar hasta qué punto la objeción se ha incluido en una determinada ley ya dada. Si con acierto se ha podido afirmar que los derechos fundamentales no son "creados por la Constitución, en cuanto su contenido es anterior a ésta" (aunque sea el poder constituyente quien los positiviza en un texto), como también viene a admitir la sentencia mayoritaria, algo análogo habrá de afirmarse con la objeción de conciencia, incluso si se admitiera que no ostenta la condición de derecho fundamental.

De entrada admito que no puede aceptarse, con carácter general e indeterminado, que los individuos tengan el derecho a incumplir cualquier deber legal bajo el pretexto o el motivo de que va en contra de sus propias creencias o convicciones. No considero, pues, que exista un derecho abstracto e incondicionado a basar en la objeción de conciencia el incumplimiento de los deberes que la ley impone.

Ahora bien, el reconocimiento de que existe un ámbito garantizado de libertad de conciencia, protegido en todos los ordenamientos jurídicos que se precien de serlo, conduce necesariamente -a mi juicio- a que la invocación de las razones de conciencia (si están revestidas de las condiciones de "seriedad" exigibles) deba ser examinada desde el prisma del Derecho cuando se hayan de enjuiciar decisiones personales que, sobre la base aquella libertad, pretendan incumplir algún deber impuesto por la ley.

Corresponde al poder constituyente, en primer lugar, seleccionar positivamente en qué hipótesis determinados imperativos de conciencia pueden aducirse como válidos para la exención del correlativo deber: así lo hizo el

constituyente español en el artículo 30 de la Constitución al referirse al servicio militar obligatorio. El hecho de que la Constitución haya previsto tan sólo esta modalidad de objeción (al margen de la cláusula de conciencia del artículo 20) no impide, obviamente, que el poder constituido, esto es, el legislador ordinario, admita y regule otros supuestos de objeción. Los partidarios de que sólo cabe objetar mediante la previa interposición del legislador no dudan en admitirlo así.

Si el silencio del constituyente no obsta a que el legislador acepte la objeción de conciencia frente a deberes que él mismo impone, ¿el silencio del legislador ordinario excluye siempre y en todo caso el reconocimiento judicial de aquélla? Esta es la pregunta clave cuya respuesta entiendo que no puede ser afirmativa en términos absolutos. De hecho, como seguidamente expondré, no lo ha sido en nuestra reciente historia constitucional ni en la de otros países cuyos tribunales supremos han reconocido que les corresponde en último término ponderar si, ante una situación dada, es "legítimo" el incumplimiento del deber objetado, también cuando éste se presenta como jurídicamente válido.

La sentencia constitucional 53/1985 (sobre la base de lo que ya había anticipado la número 15/1982) reconoció una modalidad de objeción de conciencia -la del personal sanitario- que no estaba incluida en la ley sobre cuya constitucionalidad se pronunciaba. Podemos ciertamente tratar de minimizar este reconocimiento apelando a las características singulares de los derechos que entonces estaban en juego pero ese intento no logra desvirtuar lo que era razón de decidir de la sentencia sobre este punto: que el silencio de la ley no impedía el reconocimiento jurisdiccional, previa la debida ponderación de intereses, de una determinada modalidad de objeción de conciencia ayuna de explícita cobertura legal, esto es, con el solo título de legitimidad que le proporciona el artículo 16 de la Constitución. Y todo ello frente a una ley cuya constitucionalidad se declaraba.

Es cierto que parte de la doctrina sentada por las ulteriores sentencias constitucionales 160 y 161/1987 -a las que no se refiere la sentencia mayoritaria, pese a que han sido reiteradamente invocadas por los recurrentes en casación- puede interpretarse en la línea de que sólo el explícito reconocimiento legislativo permitiría el ejercicio singular de la objeción de conciencia. Desde esta perspectiva únicamente el legislador ordinario (es decir, las mayorías parlamentarias en cada caso) estaría capacitado para ponderar y decidir si los

motivos de conciencia pueden justificar la exención del cumplimiento de un deber legal. Ahora bien, aquellas sentencias no han llegado a considerar superada la tesis plasmada en la sentencia constitucional 53/1985 (y en la 154/2002) ni creo que a partir de ellas pueda afirmarse que la admisión extralegislativa de la objeción de conciencia reconocida en 1985 deba estimarse errónea o sobrepasada.

Y es que la función jurisdiccional, precisamente porque está volcada a la resolución de conflictos singulares a partir de parámetros normativos que no se agotan en la ley (la propia Constitución hablará de la sujeción al "ordenamiento jurídico" como categoría más amplia), es también uno de los ámbitos de decisión adecuados para determinar en cada caso -siempre que no haya un explícito rechazo de la ley a su admisión, contra el que sólo cabría la cuestión de inconstitucionalidad- si, a título excepcional y con las garantías debidas, el conflicto entre los motivos de conciencia y los deberes públicos objetados puede resolverse en un sentido o en otro.

Tengo el mayor respeto por la tesis que reputa "peligrosa" esta concepción de la función jurisdiccional y sostiene que su admisión equivaldría a abrir una espiral que debilitaría, se dice, el imperio de la ley como base de nuestros sistemas democráticos. Sus partidarios tienen serias razones para sostener que en todo caso debe prevalecer la pretensión general de obligatoriedad de las leyes o, como afirma la sentencia, "el mandato incondicionado de obediencia al derecho" establecido en el artículo 9.1 de la Constitución. Pero considero, sin embargo, que la fortaleza del Estado no se resiente sino que se puede incluso acrecentar con el reconocimiento de espacios de disensión basados en imperativos serios de conciencia si aquel reconocimiento permite, sin perjuicio para terceros, que bien un individuo singular, un grupo social o una parte significativa de la sociedad no se vean compelidos a obrar contra sus convicciones más íntimas en cumplimiento de determinados deberes impuestos por vía parlamentaria o por vía reglamentaria.

A quién corresponda este juicio dependerá del rango de la norma que imponga o desarrolle el deber. Cuando se trate de un texto emanado del poder legislativo, el monopolio de rechazo que ostenta el Tribunal Constitucional hará que sólo él pueda declarar la inconstitucionalidad de la ley (si considera que así

procede) o decidir que su aplicación debe dejar abierto el derecho a la objeción (como sucedió en la sentencia 53/1985, ya citada). Si, por el contrario, la objeción no se plantea frente a la Ley sino frente a un deber impuesto tal como resulta de determinadas disposiciones reglamentarias, aquella misma doble opción corresponde a los órganos jurisdiccionales comunes y, en último término, a esta Sala del Tribunal Supremo.

Y no cabe, a mi juicio, equiparar siempre y en todo caso la figura de la objeción de conciencia con la pretensión de que el deber objetado sea inconstitucional. En algunos casos podrán, efectivamente, parificarse ambas figuras. Pero existen también objeciones (denominadas "genuinas" por algún sector doctrinal) dirigidas frente a mandatos legales o reglamentarios de suyo conformes con la propia Constitución: el ejemplo de la objeción frente al servicio militar es paradigmático en este sentido. Creo que en el planteamiento mayoritario sobre este punto hay un cierto razonamiento circular o, cuando menos, paradójico: sólo cabría objetar frente a deberes jurídicos que emanen de una norma válida, esto es, "que no vulnera ninguna otra de rango superior", afirma el fundamento jurídico cuarto de la sentencia. Pero, una vez que la mayoría del Pleno, tras el examen -en los recursos de casación 948, 949 y 1013 de 2008- de los Decretos que imponen el deber de cursar la asignatura con arreglo a unas específicas pautas, los considera válidos, su mera constatación o declaración de validez lleva al Pleno directamente a negar el derecho a la objeción.

Por mi parte estimo que la garantía judicial respecto de quien plantee el ejercicio de esta categoría de objeciones, tanto si se oponen a deberes en sí mismos válidos como si no, determinará que el juez haya de valorar en todo caso la eventual colisión entre el deber impuesto y la apelación a la conciencia individual, juicio que no necesariamente dará razón a quien invoque esta última pues, en efecto, cuando de límites se trata la ponderación de unos y otros no tendrá siempre una solución unívoca. No creo, por el contrario, que el paso previo y obligado a la alegación de razones de conciencia para objetar el cumplimiento de un deber público sea ineludiblemente la previa acción procesal dirigida a impugnar, con efectos *erga omnes*, la disposición general de la que aquél haya emanado.

Insisto en que la admisión de esta posibilidad de reconocimiento judicial de la objeción, sin previo soporte legal, no necesariamente conduce a los resultados demoledores que algunos vaticinan. De hecho, en ciertos ordenamientos jurídicos que ninguno calificaríamos de débiles o amenazados de destrucción por este motivo, se admite con naturalidad que los tribunales reconozcan -en determinados supuestos y con las adecuadas cautelas- espacios de exención singular, basados en razones de conciencia, frente a deberes jurídicos generales, también cuando las leyes que imponen estos deberes no han previsto cláusulas de objeción o exención. El papel protagonista de los tribunales en estos casos, como poderes estatales idóneos para realizar en cada caso el juicio de ponderación que resuelva el conflicto, coexiste, pues, con la posibilidad indiscutida de que el legislador adopte o rechace por sí mismo aquellas cláusulas.

En este sentido creo que ha de leerse el inciso final del fundamento jurídico octavo de la sentencia a través del cual el Pleno no duda en admitir a título excepcional que de la propia Constitución pueda surgir -y corresponderá, añadido por mi parte, a los tribunales declararlo, sin perjuicio de la competencia final del Tribunal Constitucional- el derecho a ser eximido del cumplimiento de deberes jurídicos válidos. Posibilidad que, sin embargo, la mayoría del Pleno no aplica al supuesto de autos porque, a su juicio, en él no se percibe con "absoluta nitidez" el conflicto o "contraposición radical" entre la conciencia del objetor y el deber objetado. Coincidiendo en la premisa no comparto la conclusión pues, como acto seguido expondré, los recurrentes tenían sólidas razones para afirmar que sí se daba aquel conflicto y el soporte para plantearlo se encuentra en el propio artículo 27.3 de la Constitución.

No quiero dejar de referirme a la incidencia que sobre esta cuestión pueda tener la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, si bien con dos matices importantes que por ahora relativizan cualquier consecuencia jurídica, en un sentido o en otro, que de ella se quiera extraer. La Carta no tiene en estos momentos carácter jurídico vinculante y, con prudencia, la tesis mayoritaria no llega a afirmar (se limita a admitirlo como probable) que su mención en la Ley Orgánica 1/2008 se lo confiera, ni siquiera a título interpretativo: sentar lo contrario significaría seguramente reconocer de modo unilateral que en España la entrada en vigor efectiva de parte del Tratado de Lisboa ya se ha producido. Por

lo demás, justamente sostiene la mayoría de la Sala, en afirmación con la que coincido, que si finalmente llegara a tener aquel efecto jurídico vinculante, la Carta sólo se impondría al derecho interno de los Estados en la medida en que éstos "apliquen el Derecho de la Unión" (artículo 51), no en los demás supuestos.

Dicho lo cual, no es ocioso añadir -y en ello sí discrepo de la tesis mayoritaria- que la Carta "reconoce" por sí misma en su artículo 10.2 el derecho a la objeción de conciencia, si bien remite su ejercicio a las leyes nacionales que lo regulen. Si su única virtualidad fuera la de dejar constancia de que ya existen leyes nacionales -o que pueden existir- que regulan supuestos de objeción de conciencia en algunos de los Estados miembros de la Unión Europea, nada añadiría a la situación existente y probablemente se convertiría en un norma superflua.

En cualquier caso, repito, no considero que, dada la actual situación normativa, la Carta pueda ser invocada de modo útil a los estrictos efectos jurídicos que aquí importan, aunque sí a otros meramente expositivos de una línea de tendencia que innegablemente deberá ser aclarada si el proceso de ratificación plena del Tratado de Lisboa llega a buen término. Con el añadido de que la Carta extiende (artículo 14.3) el derecho de los padres a que la enseñanza de sus hijos se imparta conforme a sus propias convicciones no sólo a las religiosas y filosóficas sino incluso a las "pedagógicas", lo que no deja de suscitar interrogantes que ahora no es del caso resolver.

En fin, centrándonos en el específico campo educativo, la utilización de los criterios hermenéuticos del artículo 10.2 de la Constitución conduce a sostener que la inexistencia en las leyes educativas nacionales del reconocimiento expreso del derecho de los padres a obtener, por motivos de conciencia, la dispensa o exención para sus hijos de determinadas asignaturas no impide que los tribunales europeos -y, obviamente entre ellos los españoles- reconozcan tal derecho por la sola vía jurisdiccional.

Podremos discrepar sobre si se dan en el caso que ahora enjuiciamos las mismas circunstancias que determinaron la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 29 de junio de 2007 (Folgero y otros contra Noruega) pero lo cierto es que en ella, sobre la sola base del artículo del

Convenio de Roma análogo a nuestro 27.3 de la Constitución, se llegó a reconocer el derecho de los padres a que sus hijos fueran eximidos totalmente de la asignatura correspondiente, reconociendo incluso el Tribunal de Estrasburgo que la exención parcial que la Ley noruega admitía no era suficiente para garantizar aquel derecho. Si esta conclusión se ha obtenido respecto de deberes educativos basados en leyes nacionales que por sí mismas reconocían un cierto margen, parcial, de disenso de los padres, con más razón podrá aplicarse cuando la imposición como obligatoria lo es de una asignatura cuyo contenido viene reglamentariamente prefijado sin resquicio alguno para su dispensa.

A los efectos que ahora interesan me parece irrelevante que las normas nacionales sobre las que versaba el derecho a la dispensa analizado en aquella sentencia (y en la anterior de 20 de junio de 2007, Hasan Zengin contra Turquía) se refirieran a asignaturas de contenido predominantemente religioso. De hecho, la materia controvertida en el caso noruego era la relativa al "conocimiento cristiano y educación religiosa y moral"; y en el caso turco, "cultura religiosa y conocimiento moral". Dado que el artículo 2 del Protocolo 1 del Convenio parifica la protección de las convicciones religiosas con las filosóficas, a los efectos de garantizar a los padres que sus hijos no recibirán una formación que atente a unas o a otras, la lectura de ambas sentencias como sólo aplicables a supuestos de enseñanza religiosa (en la línea del fundamento jurídico noveno de la sentencia mayoritaria) reduce injustificadamente su virtualidad. Y en la primera de aquellas sentencias puede leerse, por lo demás, cómo el Comité de Derechos Humanos de la ONU llegó a la conclusión de que en el caso noruego se ponía en cuestión el artículo 18.4 del Pacto Internacional de 1966 sobre los derechos civiles y políticos en virtud del cual los Estados se comprometen a respetar la libertad de los padres para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

Segundo.- Expuesto lo anterior, lo que en realidad se ha planteado en el proceso de instancia no es tanto, a mi juicio, un supuesto de "objeción" en sentido estricto sino, más bien, el ejercicio del derecho de opción o elección que el artículo 27.3 de la Constitución reconoce a los padres cuyos hijos menores reciban la educación obligatoria.

En efecto, dejando a un lado en este momento la calificación jurídica de la solicitud formulada, lo que con ella pretendían los padres recurrentes es que sus hijos no recibieran una determinada formación que no reputaban conforme con sus propias convicciones religiosas o morales. De ahí su apelación reiterada al artículo 27.3 de la Constitución que, a mi juicio, es la norma clave para la resolución del litigio en la medida en que constituye la plasmación singular dentro del ámbito educativo de la libertad reconocida en el artículo 16.1 de la Constitución. Se trata, pues, propiamente de un derecho activo a elegir y no meramente de un derecho (de carácter más bien reaccional) a objetar.

A menos que hagamos una interpretación significativamente reductora del artículo 27.3 de la Constitución no veo cómo la garantía ("los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones") que proporciona a los padres puede ser compatible con la imposición de unos contenidos, religiosos o morales, que aquéllos rechazan precisamente en razón de sus convicciones.

Ciertamente podemos rodear la aplicación del artículo 27.3 de determinadas prevenciones que contribuyan a delimitar sus perfiles. Así, el término "convicciones" deberá ser entendido, según reiteradamente ha afirmado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al pronunciarse sobre el artículo correlativo del Convenio Europeo de Derechos Humanos (sentencia Valsamis, párrafo 25, por todas) no como las meras ideas ocasionales sino como aquellas que alcanzan un "cierto grado de fuerza, seriedad, coherencia e importancia". Y podemos igualmente subrayar que, precisamente por su conexión con el artículo 16.1 de la Constitución, las convicciones de los padres que el artículo 27.3 garantiza tienen también un límite en la noción de "orden público" al que aquél se refiere, noción que es asimismo invocada en la sentencia mayoritaria en términos que comparto. Esto es, el juego conjunto de ambos artículos no legitima la protección de convicciones -personales o colectivas- abiertamente hostiles que pretendan la destrucción de los fundamentos mismos del orden jurídico que el poder constituyente ha instaurado.

Salvadas estas cautelas (ninguna de las cuales es discutida en el supuesto de autos), las "convicciones" de los padres a las que el artículo 27.3 se

refiere son de dos géneros: las religiosas y las morales. Las primeras se respetan en principio permitiendo a los padres que elijan si sus hijos han de asistir o no a las clases de religión: no hay en este sentido ninguna imposición estatal en nuestro sistema educativo pues la enseñanza de una determinada religión no tiene carácter obligatorio. No cabe excluir, sin embargo, que la imposición obligatoria de determinados contenidos educativos pueda afectar de modo indirecto al derecho a educar a los hijos conforme a las propias convicciones religiosas, en los supuestos en que aquellos contenidos sean contrarios a éstas.

La protección de las propias convicciones morales, no necesariamente asociadas a las religiosas, que el artículo 27.3 ordena garantizar a todos los poderes públicos (también a los judiciales) presenta, sin embargo, mayores dificultades cuando se contrasta con la imposición obligatoria de contenidos educativos de carácter axiológico. Y es en este punto donde surgen gran parte de los problemas que están en la base del litigio.

Son difícilmente rebatibles las opiniones de la mayoría del Pleno que subrayan el trasfondo ético de valores constitucionales "superiores" como la dignidad de la persona, la libertad, la justicia o la igualdad, a los que España se adhiere. Comparto plenamente esta parte de la sentencia mayoritaria, como comparto la concepción del pluralismo que contiene el fundamento jurídico sexto, en cuanto valor del ordenamiento jurídico (aun cuando no falten opiniones fundadas que prefieren calificarlo, en rigor, no como "valor" propiamente dicho sino como uno de los fundamentos del orden político a los que se refiere el artículo 10 del texto constitucional). El problema aparece, sin embargo, cuando el titular de la potestad reglamentaria impone obligatoriamente la enseñanza de una "ética común", como sucede con el Real Decreto 1631/2006, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la Educación Secundaria Obligatoria. En él, efectivamente, se contienen reiteradas referencias a la "ética común" que ha de ser impartida.

Sobre la admisión de una "ética común" en el espacio público jurídico existe un debate académico bien conocido cuya exposición no corresponde a una resolución judicial como la que esta Sala debe pronunciar. Nuestro juicio ha de recaer exclusivamente sobre la imposición obligatoria de la enseñanza de aquella "ética común" una vez que el titular de la potestad reglamentaria así lo ha

dispuesto, asignando a la asignatura correspondiente unos determinados contenidos y orientaciones, y sobre la posibilidad de que frente a éstos los padres invoquen sus propias convicciones morales para eximir a sus hijos del deber de cursarla tal como ha sido configurada.

De un lado, la ampliación de la "ética común" a todo el catálogo de derechos reconocidos en la Constitución y en los diversos convenios o tratados internacionales sobre la materia (e incluso a los derechos reconocidos en los Estatutos de Autonomía como admite el Pleno en las sentencias que resuelven los recursos de casación 948, 949 y 1013 de 2008) introduce una cierta confusión entre lo que son normas jurídicas y postulados morales. Confusión que se acrecienta cuando el Real Decreto extiende el "sustrato ético común" no ya a los derechos expresamente incluidos en aquellas normas sino también a los "derivados" de ellas. Unos y otros derechos sin duda habrán de ser conocidos, lo que justifica que sea obligatoria su exposición, y respetados pero ni agotan el ámbito de la moralidad ni se convierten necesariamente en parámetros o pautas de moralidad.

En cuanto a lo primero, la afirmación vertida en el Real Decreto de que "no toda posición personal es ética si no está basada en el respeto a principios o valores universales como los que encierra la Declaración de Derechos Humanos" resulta cuando menos equívoca. La sentencia recaída en los recursos de casación 948, 949 y 1013 de 2008 trata de suavizar su tenor afirmando que, dentro de su contexto, "no implica que las únicas exigencias morales admisibles sean las plasmadas en la Constitución o en cualquier manera reconducibles a sus preceptos". Admito que ello puede ser así pero debe reconocerse también que, formulada en los términos en que consta, la dicción del Real Decreto -y estamos ante un texto jurídico, por mucho que su "recargada" prosa a veces pudiera a veces hacérselo olvidar- permitía a los padres recurrentes temer fundadamente que su interpretación iba a ser la contraria.

En cuanto a lo segundo, la pretensión de validez jurídica de la norma no se equipara sin más a la pretensión de validez moral. De modo que determinadas convicciones morales, plenamente respetables, pueden legítimamente justificar un juicio de reproche (insisto, de orden moral) a la conducta protegida por el correlativo derecho, incluso cuando éste tenga reconocimiento constitucional o

internacional. El conjunto de los derechos amparados en las normas antes dichas no necesariamente ha de entenderse, pues, como "el referente ético común", en contra de lo que el Real Decreto 1631/2006 expresamente afirma y la mayoría del Pleno acepta. Por poner un ejemplo significativo, la admisión de la clonación no reproductora de seres humanos en una carta de derechos puede ser válidamente cuestionada en su dimensión moral por quienes sostengan convicciones de este orden que se opongan a todo tipo de clonación humana. Este y otros ejemplos análogos ponen de relieve cómo convicciones morales legítimas de unos padres pueden oponerse, sobre la base del artículo 27.3 de la Constitución, a aceptar para su hijos al menos la parte de "ética común" que, en cuanto educación obligatoria, pretenda vincular de modo necesario el reconocimiento normativo de un derecho a su aceptación moral.

Esta vinculación es precisamente la que el Real Decreto 1631/2006 establece cuando afirma que los derechos y obligaciones "que se derivan" de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y de la Constitución Española han de ser "aceptados" por los alumnos como "criterios para valorar éticamente las conductas personales y colectivas y las realidades sociales". Afirmación que complementará acto seguido, en la misma línea, con la que auspicia que el "juicio ético propio" de aquéllos ha de estar "basado en los valores y prácticas democráticas". En los recursos de casación 948, 949 y 1013 de 2008 el Pleno admite que este criterio se extiende incluso a los derechos reconocidos en los Estatutos de Autonomía.

A mi juicio esta es la clave que justifica la disensión de los padres. Y en este punto la posición mayoritaria del Pleno en cierto modo confirma que la preocupación de aquéllos no era infundada. La sentencia mayoritaria distingue entre un espacio de "valores éticos comunes" y otro exclusivamente privado que conforman los "planteamientos ideológicos, religiosos y morales individuales". En cuanto al primero (que denomina "moral común subyacente en los derechos fundamentales") admite que el poder público puede válidamente promover adhesiones y "fomentar sentimientos y actitudes que favorezcan su vivencia práctica". Coincide, pues, con la concepción de base del Real Decreto favorable a la enseñanza obligada y promoción activa, con pretensiones dirigidas incluso a la "vivencia práctica", de una cierta "moral común" de carácter público. El

"referente ético común" quedaría, pues, sustraído a la posibilidad de disensión de los padres.

Ocurre, sin embargo, que el referente ético común al que se alude el Real Decreto no es tan sólo el que "subyace" en los derechos fundamentales: son estos mismos derechos de carácter fundamental -cuya interpretación, por lo demás, obviamente no es siempre unívoca- y otros que, sin tenerlo, están recogidos en la propia Constitución o se hacen derivar de ésta, los que se transmutan en pautas morales a las que deben atenerse los alumnos, cualesquiera que sean las convicciones de los padres al respecto. Estas últimas han de ceder, pues, ante la "moral pública" así configurada. Todo lo cual, vista la amplitud de aquellos derechos y la posibilidad legítima de que cualquier padre discrepe de su significación o valoración moral, no me parece conforme con el papel prevalente que a las convicciones propias confiere el artículo 27.3 tan citado. Artículo que, por lo demás, no considero limitado en el sentido que el Pleno admite por el artículo 27.2 del texto constitucional: este último sólo obliga a que la educación se imparta "en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales". El respeto de los derechos -que, insisto, debe enseñarse y fomentarse- no equivale siempre y en todo caso, en mi opinión, al asentimiento o adhesión moral a su contenido.

El Pleno de la Sala ha sido consciente del riesgo que este planteamiento supone para la efectividad del artículo 27.3 de la Constitución y ha tratado de atenuarlo en el fundamento último de la sentencia mayoritaria "blindando" el derecho de los padres sólo cuando el contenido de la asignatura Educación para la Ciudadanía se refiera a "cuestiones morales que en la sociedad española son controvertidas". Respecto de ellas ni la Administración ni los centros ni los profesores podrán "inculcar o imponer, ni siquiera de manera indirecta puntos de vista determinados", no siendo la Administración educativa "árbitro de las cuestiones morales controvertidas".

Estoy de acuerdo con dichas afirmaciones que, sin embargo, no me parecen suficientes en el modo en que han sido incorporadas a la sentencia y cuya inserción en ella antes creo que hubiera debido llevar al Pleno de la Sala a la aceptación que no al rechazo de la pretensión de los padres recurrentes en estos procesos.

Me parecen insuficientes por dos razones: la primera porque, sin ser llevadas al fallo de las sentencias, pudieran ser interpretadas o bien como meros *obiter dicta* -y no lo son- o bien como admoniciones de un valor jurídico relativo que con el paso del tiempo son ignoradas, subsistiendo incólume el contenido de las normas que interpretan. Y, en segundo lugar, porque los sujetos protegidos por el artículo 27.3 de la Constitución son los padres en cuanto tales por razón de sus propias convicciones religiosas o morales, sean estas coincidentes o no - dentro de los límites a los que ya me he referido- con las que en el seno de la sociedad susciten más o menos controversias.

Y, por otra parte, estimo que aquellas afirmaciones abonarían más bien el acogimiento que el rechazo de la pretensión de los demandantes pues en realidad no hacen sino reconocer un ámbito de exclusión de la "ética pública", precisamente el constituido por las cuestiones morales más controvertidas, en el cual no cabe una acción de promoción, ni de favorecimiento de "adhesión" alguna, por parte de las administraciones educativas. Ámbito protegido que -si no he entendido mal el último fundamento de la sentencia- también se extiende a la dimensión moral de las cuestiones controvertidas cuando se refieran a conductas amparadas por los correlativos derechos "derivados" de la Constitución o de tratados y acuerdos internacionales. La parte final de la sentencia relativiza, pues, en cierto modo, las afirmaciones de los fundamentos jurídicos precedentes en lo que concierne al "referente ético común", del que excluye las cuestiones morales socialmente controvertidas. Algo que se acerca a lo que los recurrentes habían interesado de las autoridades educativas para la educación de sus propios hijos.

Tercero.- Dicho lo anterior, resulta ya de menor importancia (aunque también la tenga a efectos del recurso) el hecho de que la asignatura Educación para la Ciudadanía, tal como ha sido regulada en el Real Decreto 1631/2006, incorpore contenidos de suyo ajenos a lo que es propiamente la enseñanza del sustrato común de los derechos reconocidos por la Constitución o por los tratados y convenios internacionales. Así ocurre, por ejemplo, cuando dedica un entero "bloque de contenidos" a la educación "afectivo-emocional" de los alumnos, educación que algunos padres pueden legítimamente reivindicar como un ámbito personal en el que son ellos, conforme a sus propias convicciones morales, y no la Administración educativa quienes marquen las pautas de

conducta para sus hijos menores. Y, aun cuando se trate ya de contenidos que más difícilmente se prestan -o no se prestan en absoluto- a invocar el artículo 27.3 de la Constitución, los que se refieren, entre otros, a temas como la "valoración crítica de la división social del trabajo", la "identificación de los principales servicios públicos que deban garantizar las administraciones", "la distribución de la renta" y otros análogos se introducen en cuestiones abiertas a las diferentes opciones políticas y personales.

Sin necesidad, pues, de acometer en el seno de este proceso (también porque la vía procesal de instancia fue la de protección de derechos fundamentales y no un recurso indirecto contra disposiciones generales sobre la base del artículo 26 de la Ley reguladora de nuestra Jurisdicción) el análisis pormenorizado de todos y cada uno de los contenidos de la asignatura, buena parte de los cuales no resultan cuestionados y favorecen precisamente el "clima de respeto hacia otras personas y otras posturas morales, políticas y religiosas diferentes de la propia", por emplear términos literales del Real Decreto 1631/2006, lo cierto es que algunas de las determinaciones y orientaciones educativas que contiene este Real Decreto pudieron ser razonablemente consideradas por los padres recurrentes como contrarias a sus convicciones morales, del mismo modo que otros muchos padres pudieron y pueden legítimamente considerarlas ajustadas a sus propias convicciones y aceptarlas como parte integrante de la formación de sus hijos, también en la dimensión ética de las enseñanzas. Tan amparable era la libertad de elección de aquéllos como la libertad de adhesión de éstos.

A partir de esta premisa y habida cuenta de que no existe en el Real Decreto 1631/2006 un mecanismo que permita, a solicitud motivada de los padres, la dispensa de la parte que reputan incompatible con sus convicciones religiosas o morales, la libertad que les garantiza el artículo 27.3 de la Constitución ha de primar sobre la imposición del conjunto de la asignatura sin posibilidad alguna de exención.

La mayoría del Pleno de la Sala propugna una interpretación de las pautas valorativas insertas en el Real Decreto 1631/2006 que desactive la preocupación de los padres cuyas convicciones morales ellos mismos consideran incompatibles con la asignatura en los términos que ésta ha sido reglamentariamente

configurada. Y, con la elogiada intención de respetar la garantía constitucional de las referidas convicciones y a la vez mantener en lo posible la obligatoriedad de la asignatura, el Pleno considera que basta con interpretar algunas expresiones del Real Decreto 1631/2006 en un determinado sentido, sustraer del debate el favorecimiento de opción alguna cuando se trata de cuestiones morales controvertidas y, en fin, diferir la aplicación práctica del derecho de elección de los padres a unos momentos ulteriores, de modo que pongan en cuestión caso por caso (se entiende que previa denuncia ante la Administración educativa y ante el silencio o el rechazo de ésta, pues sólo así resulta posible acudir a la vía de reacción procesal que la sentencia mayoritaria propicia) los proyectos educativos de cada centro, los libros de texto que se empleen en él o las explicaciones de los profesores. Con mayor o menor fortuna se ha podido afirmar que el Pleno de la Sala habría dado su aquiescencia más a la asignatura tal como debería haber sido configurada para no ser objeto de los reproches contra ella dirigidos que a la asignatura que realmente consta en el texto reglamentario.

Comparto la intención que subyace en la toma de postura de la mayoría del Pleno pero ya he afirmado que, por una parte, la considero insuficiente para garantizar el derecho de los padres; por otra parte, me temo que más que pacificar y resolver de modo definitivo el debate que sobre esta cuestión se da en nuestra sociedad, puede abrir la puerta a un sin fin de litigios singulares en los que, caso por caso, centro por centro, texto por texto y explicación por explicación, los padres se vean abocados a reivindicar el derecho que les reconoce el artículo 27.3 de la Constitución. La alternativa era simplemente reconocerles con el soporte normativo que este precepto ofrece el derecho a la elección y, en consecuencia, a la dispensa o exención previa (y no la mera posibilidad de reaccionar a posteriori) en tanto el régimen jurídico de la asignatura, en relación con los contenidos y orientaciones que el Real Decreto establece, no permitiera otra posibilidad.

Cuarto.- A la luz de cuanto queda expuesto considero que procedía la desestimación de los tres recursos de casación deducidos contra la sentencia de instancia, recursos todos ellos articulados en diversos motivos que se formulan al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional.

La sentencia recaída en el presente recurso número 905/2008 no llega propiamente a precisar cuál o cuáles de aquellos motivos aprecia en concreto, basando la estimación del recurso de modo global en que la Sala de instancia "reconoce un derecho inexistente en el ordenamiento jurídico español" (inciso final del fundamento jurídico décimo). Por mi parte, dadas las premisas que he avanzado, juzgo necesario acometer el examen de cada uno de los tres recursos deducidos por el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado y los Servicios Jurídicos de la Junta de Andalucía. Lo haré, como es lógico, remitiéndome cuando sea menester al contenido de los apartados anteriores de este voto particular.

El Ministerio Fiscal reprocha al tribunal de instancia la "errónea apreciación de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 16.1 y 27.3, en relación con el derecho constitucional a la objeción de conciencia del artículo 30.1, todos ellos de la Constitución". En su desarrollo argumental reconoce, sin embargo, que la Sala de instancia ha descrito "con minuciosidad y rigor la doctrina jurisprudencial (TEDH, TC y TS) sobre los derechos fundamentales en conflicto" y la censura lo es en realidad por no haber motivado suficientemente sus conclusiones, imputándole un "salto argumentativo", "insuficiencia argumentativa" o "absoluto mutismo" al no exponer las razones por las que se producía la vulneración de aquellos derechos.

Formulado en estos términos, el motivo único de casación del Ministerio Fiscal correspondería más bien a otra vía procesal, esto es, a la denuncia del quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por vulneración de las normas reguladoras de la sentencia (artículo 88.1.c de la Ley Jurisdiccional), vía procesal que no ha sido seguida. En todo caso, no es cierto que la Sala de instancia haya dejado de referirse a los contenidos de la asignatura, sobre los que hace una explícita referencia en el cuarto de los fundamentos jurídicos de la sentencia. Sin duda el tribunal podía haber ampliado esta parte de su argumentación -y hubiera sido deseable- pero no puede negarse que en aquel fundamento jurídico se plasman las claves esenciales del razonamiento que lleva al fallo.

En lo que se refiere propiamente a la interpretación conjunta de los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución, en relación con el derecho a la objeción de conciencia del artículo 30.1, me remito a lo expuesto con anterioridad en este

voto discrepante. Corolario de lo cual es que el pronunciamiento estimatorio de la demanda resulta, a mi juicio, conforme a Derecho.

Quinto.- Las consideraciones que he hecho en el fundamento jurídico inicial de este voto discrepante me conducen también a desestimar el primero de los dos motivos de casación del recurso formulado por el Abogado del Estado, que no fue parte en el procedimiento de instancia. A su juicio, la Sala ha vulnerado el "artículo 16.1 de la Constitución Española (CE) en relación con el artículo 9 CE y de la jurisprudencia en materia de objeción de conciencia", conclusión que obtiene, fundamentalmente, de una exégesis de las sentencias constitucionales 160/1987 y 161/11987. Me remito a lo ya dicho sobre esta cuestión.

En su segundo motivo de casación el Abogado del Estado imputa al tribunal de instancia la "infracción del artículo 27, apartado 4, en relación con los apartados 2 y 5 del mismo artículo y con el art. 149.1.30 CE. Igualmente, en relación con los arts. 3.3, 4.1, 18.3 y 24.3 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE) y preceptos reglamentarios que los desarrollan (art. 4.2 y Anexo II del Real Decreto 1513/2006, de 7 de diciembre, sobre enseñanzas mínimas de Educación Primaria, y art. 4 y Anexo II del Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, sobre enseñanzas mínimas de Educación Secundaria obligatoria".

Paradójicamente, el defensor de la Administración del Estado no cita expresamente como infringido el artículo 27.3 de la Constitución, esto es, uno de los dos en los que el tribunal de instancia se basa para estimar la demanda. Es cierto, sin embargo, que el Abogado del Estado se refiere a la libertad de elección de los padres cuando afirma en este segundo motivo de casación que el legislador ya ha creado los instrumentos necesarios para garantizarla al disponer que la enseñanza de la religión sea optativa y al regular una "atención educativa alternativa que deberá darse a los alumnos que opten por no cursar enseñanza religiosa". Tales afirmaciones se aplican, sin embargo, a uno de los dos géneros de convicciones garantizadas en el ámbito educativo por el artículo 27.3 (las de carácter religioso) pero no existen aquellos instrumentos ni opciones alternativas paralelas para los padres que invoquen sus propias convicciones morales, como

es el caso, frente a enseñanzas obligatorias que incorporan contenidos axiológicos.

La conclusión del Abogado del Estado en este segundo motivo se ciñe, de nuevo, a expresar que la objeción de conciencia "es conceptualmente incompatible con un principio general de sujeción al ordenamiento jurídico que inspira el Estado de Derecho", afirmación que ya he dicho me merece el mayor respeto pero no comparto en los términos absolutos con que se formula. Y en cuanto a la vulneración del artículo 27.4 de la Constitución, la obligatoriedad de la asignatura en cuanto tal -a tenor de las normas legales y reglamentarias que el Abogado del Estado cita- no es incompatible con el hecho de que, visto el contenido concreto que le ha dado el titular de la potestad reglamentaria, los padres hagan uso del derecho de elección que les confiere y garantiza el tan citado artículo 27.3 de la Constitución.

Sexto.- El recurso de casación interpuesto por la Letrada de la Junta de Andalucía tiene una mayor densidad argumental. En cada uno de sus dos motivos (por error material el segundo es denominado "tercero" en el escrito correspondiente) suscita, sin embargo, cuestiones heterogéneas que hubieran debido merecer un tratamiento separado, desde el punto de vista de la estricta técnica casacional.

El primer motivo versa sobre la supuesta "incorrecta aplicación [por la Sala de instancia] de los artículos 10.2, 16.1 y 27.3 CE, así como por vulneración del artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por vulneración por incorrecta aplicación del artículo 2 del Protocolo núm. 1, en conexión con la jurisprudencia del TEDH y artículo 10.2 y 96.1 CE". En él se superponen, pues, cuestiones relativas a la jurisprudencia constitucional con otras que atañen a la interpretación de las sentencias dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Lo que la Letrada de Junta de Andalucía denomina "punto neurálgico de la cuestión" es "si existe un derecho a la objeción de conciencia con carácter general", a lo que da respuesta negativa. Sobre la base de la exposición de la doctrina constitucional que describe en el apartado primero de este motivo inicial, reprocha a la Sala no haberla seguido y vulnerar, en consecuencia, el artículo 5.1

de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De nuevo suscita la cuestión de coherencia la tesis de la sentencia constitucional 53/1985 con la de las sentencias 160/1987 y 161/1987 (a las que añade el auto 71/1993), para concluir que no es posible objetar por razones de conciencia sin la previa interposición del legislador. Me remito, en este aspecto, a lo ya expuesto en otros fundamentos jurídicos de este voto particular.

En el segundo apartado de este mismo motivo critica la recurrente la referencia que el tribunal de instancia hace a las sentencias constitucionales 177/1996 y 101/2004. Afirma la Letrada de la Junta de Andalucía que las conductas en ellas contempladas no eran manifestaciones de objeción de conciencia pues lo que el Tribunal Constitucional apreció en ambas fueron actos administrativos que de suyo constituían una vulneración directa del artículo 16.1 de la Constitución.

El reproche a la Sala de instancia no toma debidamente en cuenta el hecho de que la cita de ambas sentencias en la ahora impugnada lo era tan sólo para poner de relieve cómo el Tribunal Constitucional había "reconocido la posibilidad de invocar las propias convicciones para sustraerse al cumplimiento de deberes profesionales impuestos a un militar y un policía nacional". Reconocimiento que es, en efecto, la clave de las dos sentencias constitucionales en la medida en que los deberes jurídicos analizados en ellas debían ceder ante las convicciones de sus destinatarios: las órdenes de participación en sendos actos religiosos eran ilegítimas no en sí mismas sino en la medida en que, tras conocerlas, sus destinatarios invocaron determinadas convicciones para que se les eximiera de su obligada participación en los actos. De ahí que el amparo se otorgue por no haber sido "dispensados" los recurrentes de la obligación impuesta.

En el tercer apartado del primer motivo se afirma que "tampoco las sentencias de 29 de junio y 9 de octubre de 2007 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos amparan el fallo de la sentencia de reconocimiento de un derecho absoluto a la exención al cumplimiento de los deberes legales derivado directamente de la Constitución o de los Textos Internacionales." Afirmación que se hace para sostener que el tribunal de instancia ha aplicado de modo incorrecto

el artículo 2 del Protocolo núm. 1 del Convenio "[...] en conexión con la jurisprudencia del TEDH y artículo 10.2 y 96.1 CE".

Ocurre, sin embargo, que la Sala de instancia ni ha declarado que exista un "derecho absoluto" a la exención de los deberes legales ni ha atribuido a aquellas dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos tal afirmación, con lo que todo el planteamiento argumental de esta parte del motivo ahora analizado queda debilitado. Dicho planteamiento se desarrolla en tres pasos: a) la doctrina del referido Tribunal no reconoce la objeción "como derecho incondicional y absoluto"; b) los supuestos de hecho de aquellas sentencias "son completamente diferentes"; y c) en todo caso, deducir de ellas "la existencia de un derecho a la objeción de conciencia en España ajeno a cualquier reconocimiento constitucional o legal, supone contradecir la doctrina constitucional en la materia, y con ello de nuevo el artículo 5 de la LOPJ y el artículo 10.2 CE".

La última parte del razonamiento vuelve a incidir en la tesis que considero respetable pero no comparto. Tesis que la propia Letrada de la Junta de Andalucía llega en realidad a desvirtuar en el motivo siguiente al admitir de modo expreso que "[...] forma parte de dicho contenido esencial [de la libertad ideológica o religiosa] el derecho a objetar como fórmula de reacción frente al adoctrinamiento del Estado cuando éste incurre en conductas que implican que los contenidos de la asignatura no han de ser impartidos de manera objetiva, crítica y pluralista". Reconoce, pues, al menos, que existen ciertos supuestos - otra cosa es que admita que éste es uno de ellos- en los que, sin necesidad de previa interposición del legislador, puede ejercerse el derecho a objetar.

En cuanto a las dos primeras partes del desarrollo argumental que antes he sintetizado me remito a lo que queda expuesto en el fundamento jurídico primero de este voto particular. Y, finalmente, por lo que respecta a la cita que introduce la sentencia de instancia cuando se refiere a la de esta Sala del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2005, es lo cierto que en ella se había reconocido -bien que de modo incidental y no como razón de decidir, pues el fallo apreció la falta de legitimación del recurrente- la "reserva de una acción en garantía de este derecho [de objeción de conciencia] para aquellos profesionales

sanitarios con competencias en materia de prescripción y dispensación de medicamentos", acción no contemplada expresamente en norma legal previa.

Séptimo.- En su segundo y último motivo de casación la Letrada de los Servicios Jurídicos de la Junta de Andalucía imputa al tribunal de instancia la "infracción por incorrecta aplicación de los artículos 16.1 y 27.3 CE, así como por vulneración de los artículos 10.1 y 27.2 por inaplicación del 27.4 CE y por infracción del artículo 7.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial".

Aunque en el motivo existen ciertas críticas que pudieran compartirse (ya he expresado cómo el tribunal de instancia hubiera debido ampliar su argumentación en la parte que se refiere al análisis de los contenidos que los recurrentes reputaban incompatibles con sus convicciones, siendo excesivamente escueto, aunque no incongruente en términos procesales, al respecto) lo cierto es que la tesis de fondo que la defensa de la Junta de Andalucía expone en él no me parece convincente. No, desde luego, en cuanto al juego de los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución, sobre cuya aplicación me remito a lo ya expuesto.

La referencia al artículo 10.1 de la Constitución no creo que aporte nada significativo al examen del motivo cuando por nadie en el proceso -ni por la Sala de instancia- se ha discutido que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás sean el fundamento del orden político y de la paz social.

Y, por último, sobre el juego de los artículos 27.4 (obligatoriedad y gratuidad de la enseñanza básica) y 27.2 de la Constitución en conexión con el 27.3 del mismo texto constitucional, también me remito a las consideraciones que ya he expuesto. Corolario de ellas es que, a mi juicio, no fue precisamente el tribunal de instancia quien incurrió en la conducta que el artículo 7.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial proscribía para las resoluciones judiciales, esto es, la de "restringir, menoscabar o inaplicar" el contenido constitucionalmente declarado del derecho que garantiza el artículo 27.3 de la Constitución.

Los tres recursos de casación, pues, debieron a mi juicio ser desestimados.

VOTO PARTICULAR, que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 260 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, formula el Magistrado Excmo. Sr. Don Jesús Ernesto Peces Morate al discrepar de la decisión adoptada por el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en la sentencia pronunciada el 11 de febrero de 2009 en el recurso de casación número 905 de 2008, al que se adhieren los Magistrados Excmos. Sres. Don Mariano de Oro-Pulido López y Don Pedro José Yagüe Gil:

PRIMERO: Con idéntica fecha, esta Sala Tercera del Tribunal Supremo ha pronunciado otras tres sentencias que versan sobre el mismo objeto, aunque la decisión es inversa como lo fueron las respectivas sentencias dictadas por las Salas de instancia.

En la que aquí revisamos en casación se accedió a la pretensión de los padres para que su hijo fuese dispensado de cursar en el colegio al que asistía la asignatura de Educación para la Ciudadanía, lo que se decide por el Tribunal *a quo* utilizando el mismo significante que los padres habían empleado en la vía previa y en su demanda, cual es el derecho a *la objeción de conciencia* frente a la asignatura, pero también es cierto que, en definitiva, el pronunciamiento de dicho Tribunal de instancia ha sido la anulación de la resolución del Viceconsejero de Educación de la Junta de Andalucía, que denegó la dispensa al hijo de los demandantes de cursar la mentada asignatura y ser evaluado conforme a ella, al mismo tiempo que se declara en la sentencia recurrida que el hijo de los recurrentes no debe cursar la asignatura, quedando exento de ser evaluado de la misma.

SEGUNDO: Debido al reconocimiento que en la sentencia, ahora recurrida, se hace del derecho de los demandantes a ejercer la objeción de conciencia frente a la asignatura de Educación para la Ciudadanía, el Ministerio

Fiscal, la Letrada que representa a la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía y el Abogado del Estado, en la representación que le es propia, centran sus motivos de casación en que la Sala de instancia ha conculcado una serie de preceptos constitucionales y legales y ello por cuanto en nuestro ordenamiento jurídico no está reconocido, con carácter general, el derecho a la objeción de conciencia.

TERCERO: En la sentencia, de la que discrepo y que suscribe la mayoría de los Magistrados de esta Sala, después de recoger, en los fundamentos jurídicos primero, segundo y tercero, lo declarado por la Sala de instancia en los fundamentos jurídicos cuarto y quinto de la sentencia recurrida, el contenido sucinto de los tres recursos de casación interpuestos y lo alegado en la oposición a los mismos, se centra en el análisis del conflicto suscitado en casación, es decir si los demandantes en la instancia, ahora recurridos en casación, tienen o no derecho a la objeción de conciencia frente a la materia Educación para la Ciudadanía y, por consiguiente, si su hijo puede o no quedar dispensado de cursarla, para lo que seguidamente se analiza en la sentencia mayoritaria si existe un deber básico de estudiarla derivado de que las normas que la establecen sean o no ajustadas a derecho, para declarar, después de una serie de consideraciones recogidas en los fundamentos jurídicos quinto y sexto, a las que más adelante aludiré, que la obligación de cursar la materia de Educación para la Ciudadanía es un deber jurídico válido, por lo que en los fundamentos jurídicos octavo y noveno se analiza si existe o no un derecho general a la objeción de conciencia y concretamente si ésta se da en el ámbito educativo, llegando a la conclusión de que, como no existe un específico derecho a la objeción de conciencia en este campo, la sentencia recurrida reconoce un derecho inexistente en el ordenamiento jurídico español, por lo que estima los tres recursos no sin antes, en el fundamento jurídico décimo, hacer una serie de advertencias a la Administración educativa, a los centros docentes y a los profesores para que no se erijan en árbitros de las cuestiones morales controvertidas, porque éstas pertenecen al ámbito del libre debate en la sociedad civil, donde no se da la relación vertical profesor-alumno, y por supuesto al de las conciencias individuales, para declarar, finalmente, que cuando deban abordarse problemas de esta índole al impartir la materia Educación para la Ciudadanía - o, llegado el caso, cualquier otra - es exigible la más exquisita objetividad y el más prudente distanciamiento.

CUARTO: Respecto a esta admonición con que termina la sentencia, tengo que expresar mi discrepancia porque, en mi opinión, el cometido de los jueces y tribunales no es aconsejar a las instituciones públicas o privadas el comportamiento que deben adoptar en el tratamiento de cuestiones morales controvertidas sino dirimir los conflictos concretos sometidos a su jurisdicción, dándoles la solución que, a su juicio, sea justa en evitación también de ulteriores litigios.

QUINTO: Para resolver los recursos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal, la Administración del Estado y la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía no podemos quedarnos en el nominalismo de la *objeción de conciencia*, es decir en la cuestión de si existe o no tal derecho reconocido con carácter general en nuestro ordenamiento jurídico, ya que la Sala de instancia, en el fundamento jurídico quinto de la sentencia recurrida, declaró que el acto administrativo impugnado, o sea la denegación a los padres del derecho a que su hijo quede dispensado de cursar y ser evaluado de la asignatura Educación para la Ciudadanía, es nulo por vulnerar los derechos reconocidos en los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución española, susceptibles de amparo, y en su parte dispositiva dicha sentencia declara que el hijo de los demandantes no debe cursar esa asignatura, quedando exento de ser evaluado de la misma.

En definitiva, la cuestión no se reduce, como parece inferirse del último párrafo del fundamento jurídico noveno de la sentencia de la mayoría, a si existe un específico derecho a la objeción de conciencia en el ámbito educativo, sino a si se ha vulnerado o no el derecho de los padres a impartir la educación moral de sus hijos conforme a sus convicciones, y mi parecer, al igual que el de la Sala sentenciadora, es que se ha infringido por las razones que después expondré, lo que debe conducir a la desestimación de todos los motivos de casación alegados y a declarar que no ha lugar a los recursos interpuestos.

SEXTO: Como he expresado al formular mi voto particular a las otras tres sentencias, ya aludidas, pronunciadas en la misma fecha por esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sendos recursos de casación, es un axioma que las cosas no se desnaturalizan porque se las denomine o designe con diversos

nombres, pues los significados son lo que son, aunque se usen diferentes significantes, y si ello puede conducir a equívocos, una vez clarificado, es imprescindible analizar la esencia de las cuestiones o problemas planteados.

Así lo ha reconocido esta Sala del Tribunal Supremo en las otras sentencias dictadas, con fecha 11 de febrero de 2009, en los recursos de casación 948/2008, 949/2008 y 1013/2008, cuando en el fundamento jurídico noveno de éstas se expresa, certeramente, que la cuestión que subyace en los litigios es la tutela que se pide por los padres de sus derechos reconocidos en los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución.

Por consiguiente, el conflicto ahora suscitado en casación, no puede circunscribirse a si en nuestro ordenamiento jurídico está reconocido o no con carácter general el derecho a la objeción de conciencia o si éste existe específicamente en el ámbito educativo, sino que está abierto, como se ha entendido en los otros recursos de casación citados, a examinar si la sentencia recurrida, al reconocer el derecho de los padres demandantes a que su hijo quede exento de cursar la asignatura de Educación para la Ciudadanía y de ser evaluado de la misma, ha vulnerado los preceptos constitucionales y legales invocados por los recurrentes, los que, en mi opinión, no han sido conculcados por las razones que seguidamente paso a explicar.

SEPTIMO: Conforme al criterio manifestado en mis otros tres votos discrepantes, reitero ahora que no comparto lo declarado por esta cuarta sentencia en los fundamentos jurídicos octavo y noveno, en primer lugar porque, en contra de lo que se dice en éste, no se trata de una objeción singular a la asignatura Educación para la Ciudadanía sino de si procede o no reconocer a los padres demandantes el derecho que reclaman a impartir la educación moral de su hijo conforme a sus propias convicciones, y en segundo lugar porque disiento del tratamiento que se hace de la objeción de conciencia en el fundamento jurídico octavo de esta sentencia.

El hecho de que la objeción de conciencia sólo se mencione por su nombre en el artículo 30.2 de la Constitución española no implica que ésta no admita con carácter general tal derecho, como lo evidencia que el Tribunal

Constitucional lo ha reconocido para supuestos que en la Constitución no se contemplan expresamente ni habían sido definidos por el legislador ordinario.

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

En definitiva, el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia ha estado en manos de los jueces y tribunales, que han examinado en cada caso si se podía o no derivar del derecho fundamental a la libertad de pensamiento, conciencia o religión, recurriendo para solucionar el conflicto a un ejercicio de ponderación, como fueron los casos *Shebert v. Verner (1963)*, *Wisconsin v. Yoder (1972)* y *Gonzales, Attorney General, et al., Petitioners v. O Centro Espirita Beneficent Uniao do Vegetari et al. (2006)*, resueltos por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, y el caso *Sepet (FC) and Another (FC) v. Secretary of State for the Home Department (2003)*, en que el Tribunal de la Cámara de los Lores en el Reino Unido se pronunció con carácter general sobre la objeción de conciencia frente al servicio militar, o en la sentencia de 1989 de la High Court of Justice (Queen's Bench Division) en el caso *R.v. Crown Court at Guildford, ex parte Siderfin*, en que se enjuició la objeción planteada por una mujer perteneciente a una religión cristiana minoritaria frente a la obligación de formar parte de un jurado.

OCTAVO: En esta sentencia, a diferencia de lo que se hace en las otras tres, la Sala no entra en los contenidos de los reglamentos configuradores de la conflictiva asignatura, lo que debería haberse hecho porque, al estimar los motivos de casación alegados con la consiguiente anulación de la sentencia recurrida, se debe proceder en la forma establecida por el artículo 95.2 d) de la Ley de esta Jurisdicción para resolver lo que corresponda dentro de los términos en que aparece planteado el debate, que no son otros que los

relativos a si los bloques de materias, los objetivos y los criterios de evaluación contenidos en los reglamentos de la genéricamente denominada *educación para la ciudadanía*, a los se refieren concretamente los demandantes en la instancia y ahora recurridos en casación, constituyen una educación en valores morales, que justifica el derecho reclamado por los padres a que su hijo quede exento de cursar la asignatura con la finalidad de ser educado moralmente por ellos conforme a sus propias convicciones, a lo que el Tribunal de instancia accedió por entender que los reglamentos administrativos configuran una enseñanza para el comportamiento ético.

La sentencia mayoritaria, sin embargo, elude ese análisis concreto y se extiende, en los fundamentos jurídicos quinto y sexto, en una serie de consideraciones generales sobre la génesis de las asignaturas y sobre el contenido de los artículos 1, 10, 16.1 y 27 de la Constitución, de las que no participo, entre otras razones ampliamente expuestas en mis otros tres votos particulares, porque en esta sentencia se declara que «la actividad educativa del Estado, cuando está referida a los valores éticos comunes, no sólo comprende su difusión y transmisión, **también hace lícito fomentar sentimientos y actitudes que favorezcan su vivencia práctica**», es decir un adoctrinamiento en toda regla.

Más adelante, en ese mismo y extenso fundamento jurídico sexto, sostiene la mayoría de mis colegas que el artículo 27.3 de la Constitución «está referido al mundo de las creencias y de los modelos de conducta individual que, con independencia del deber de respetar esa moral común subyacente en los derechos fundamentales, cada persona es libre de elegir para sí y de transmitir a sus hijos».

De esta afirmación deduzco que la Sala considera que los padres no pueden recabar que sus hijos queden exentos de educarse en lo que se denomina por la Sala la **conducta moral común subyacente en los derechos fundamentales**, en línea, por tanto, con esa admonición final, a que he hecho alusión, contenida en el fundamento jurídico décimo, acerca de que la Administración educativa, los centros docentes y los profesores no se erijan en árbitros de las cuestiones morales controvertidas, de lo que parece

desprenderse que en las no controvertidas pueden ejercer tal función o cometido arbitral, dado que éstas no pertenecen (en expresión de la propia sentencia) al ámbito del libre debate de la sociedad civil, conclusión ésta que considero contraria a la libertad ideológica.

NOVENO: Para no repetir en este voto particular lo ya expuesto en los otros tres formulados a las sentencias de 11 de febrero de 2009, pronunciadas en los recursos de casación 948 y 949 de 2008 y 1013 del mismo año, me remito a lo en ellos expresado acerca de la libertad de conciencia y del derecho de los padres a educar a sus hijos de acuerdo con sus convicciones morales, así como a los argumentos que en ellos expongo para concluir que, en mi opinión, la concreta configuración reglamentaria de las asignaturas, genéricamente denominadas *Educación para la Ciudadanía*, constituyen un adoctrinamiento en valores morales, lo que justifica que los padres reclamen que su hijo quede dispensado de ser educado conforme a los contenidos, objetivos y criterios de evaluación reglamentariamente definidos, y, en consecuencia, es mi parecer que se debe declarar que no ha lugar a los recursos de casación sostenidos contra la sentencia dictada, el 4 de marzo de 2008, por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, en el recurso contencioso-administrativo número 905 de 2008, por el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado y la Letrada de la Junta de Andalucía, de manera que las Administraciones del Estado y de la Comunidad Autónoma de Andalucía tienen, conforme a dispuesto en los apartados 2 y 5 del artículo 139 de la Ley de esta Jurisdicción, que pagar por mitad las costas procesales causadas.

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

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO DON EMILIO FRÍAS PONCE A LA SENTENCIA DE FECHA 11 DE FEBRERO DE 2009, DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 905/2008, AL QUE SE ADHIERE D. JUAN GONZALO MARTÍNEZ MICÓ.

Con el mayor respeto a mis compañeros que han mantenido la tesis mayoritaria discrepo de la sentencia, basándose en las siguientes consideraciones:

I.- Conclusiones de la sentencia.

Afirma que la existencia de la materia Educación para la Ciudadanía es ajustada a derecho, "por no ser correcto sostener, como se desprende de la sentencia impugnada, que el Estado no tenga nada que decir sobre la educación de los menores, ni quepa ninguna transmisión de valores a través del sistema educativo", concluyendo que el deber jurídico de cursar la materia es un deber jurídico válido, lo que lleva a descartar la existencia de un derecho a la objeción de conciencia con alcance general, así como la existencia de un específico derecho a la objeción de conciencia circunscrito al ámbito educativo, que nacería del art. 27.3 de la Constitución Española, "en la medida que abarca temas ajenos a la religión o la moral en sentido propio, como son los relativos a la organización y funcionamiento de la democracia constitucional, el significado de los derechos fundamentales o, incluso usos sociales establecidos y reglas meramente técnicas"

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

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

La competencia del Estado en la formación de los alumnos en valores y virtudes cívicas que favorezcan la cohesión social y fomenten la participación activa y responsable de los ciudadanos no puede cuestionarse, al imponer el art. 27.5 de la Constitución a los poderes públicos una obligada intervención en la educación, y disponer su apartado 2 que "la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y los derechos y libertades fundamentales". El contenido constitucional de la enseñanza básica obliga tanto a los ciudadanos como a los poderes públicos y debe ser concretado por el legislador, nacional o autonómico, en función de su competencia (art. 149.1.1º, y 18º y 30º del texto constitucional), incluyendo en los programas curriculares aquellos reconocimientos que en cada momento se consideren básicos a fin de asegurar una formación común.

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

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

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

han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita".

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

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

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

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

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

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

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

III.- El desarrollo reglamentario de la asignatura.

En la instancia se alegó que la asignatura no era aceptable porque:

a) Porque expresamente se plantea como contenido y fin de EpC la formación de la conciencia moral de los alumnos con los contenidos, objetivos y criterios que fija el Gobierno en el Real Decreto y al margen del derecho constitucional de los padres ex artículo 27.3 de la Constitución...

b) Porque da por supuesto que existe una ética cívica, distinta de la personal, que el Estado puede enseñar e imponer a través del sistema educativo y al margen del derecho de los padres a la educación moral de sus hijos. Esta ética dimanaría del ordenamiento jurídico vigente (declaraciones de derechos humanos, Constitución, Estatutos de autonomía y leyes) y sería tan cambiante como éste...

c) Porque, como consecuencia de lo anterior, presenta la ética como algo cambiante y relativo; a la vez que, coherentemente presenta los procedimientos formales de la democracia como fuente de valor ético...

d) Porque, como consecuencia de esa confusión entre ética, Derecho y formalismos democráticos, plantea temas, objetivos y criterios de evaluación de alto contenido político discutible y discutido...

e) Porque utiliza la terminología y los conceptos propios de la ideología de género...

Centrándonos en el Real Decreto 1.631/2006 por el que se establecen las enseñanzas mínimas para la Educación Secundaria Obligatoria, y que afectaba a la hija de los recurrentes, es cierto que el Anexo I al aludir a las competencias básicas, en el apartado 5, relativo a la competencia social y ciudadana, señala que "la dimensión ética de la competencia social y ciudadana entraña ser consciente de los valores del entorno, evaluarlos y reconstruirlos afectiva y racionalmente para crear progresivamente un sistema de valores propio y comportarse en coherencia con ellos al afrontar una decisión o un conflicto. Ello supone entender que no toda posición personal es ética si no está basada en el respeto a principios o valores universales como los que encierra la Declaración de los Derechos Humanos".

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

Asimismo, se pone de manifiesto, a continuación, que "estos contenidos no se presentan de modo cerrado y definitivo, porque un elemento esencial de la educación cívica es la reflexión encaminada a fortalecer la autonomía de alumnos y alumnas para analizar, valorar y decidir desde la confianza en sí mismos, contribuyendo a que construyan un pensamiento y un proyecto de vida propios, siendo preciso en este sentido desarrollar, junto a los conocimientos y la reflexión sobre los valores democráticos, los procedimientos y estrategias que favorezcan

la sensibilización, toma de conciencia y adquisición de actitudes y virtudes cívicas. Para lograrlo, es imprescindible hacer de los centros y de las aulas de secundaria lugares de modelo de convivencia.... Espacios, en definitiva, en las que se practique la participación, la aceptación de la pluralidad y la valoración de la diversidad que ayuden a los alumnos y alumnas a construirse una conciencia moral y cívica acorde con las sociedades democráticas, plurales, complejas y cambiantes en la que vivimos".

Luego afirma que la Educación para la ciudadanía está configurada en esta etapa por dos materias: La Educación para la ciudadanía y los derechos humanos y la Educación ético-cívica, y que en "La Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos se plantea el conocimiento de la realidad desde el aprendizaje de lo social, centrándose la Educación Etico Cívica en la reflexión ética que comienza en las relaciones afectivas con el entorno más próximo para contribuir, a través de los dilemas morales, a la construcción de una conciencia moral cívica".

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

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

IV.- Reflexiones personales.

En contra de lo que mantiene la sentencia, era preciso examinar si el desarrollo reglamentario dado a la asignatura introducida por la Ley Orgánica 2/2008, de 3 de Mayo, de Educación, infringía o no el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, pues en el fondo del asunto latía la inconstitucionalidad de dicha normativa, siendo insuficiente lo que se declara en el Fundamento décimo, esto es, que el hecho de que la materia Educación para la Ciudadanía sea ajustada a Derecho y que el deber jurídico de cursarla sea válido "no autoriza a la Administración Educativa -ni tampoco a los centros docentes, ni a los concretos profesores- a imponer o inculcar, ni siquiera de manera indirecta, puntos de vista determinados sobre cuestiones morales que en la sociedad española son controvertidas", al no recogerse en la parte dispositiva.

Entrando en el fondo, la conclusión a que llego es que el diseño de la asignatura no se ajusta a Derecho, vulnerando el art. 27.3 de la Constitución, porque el Gobierno, a la hora de regular la materia "Educación para la Ciudadanía", se ha excedido en sus competencias, al incluir contenidos que no son corolario indispensable de la Constitución. En efecto, el texto reglamentario pone de manifiesto un contenido de formación moral en esta asignatura y su expresa pretensión de conformar en los alumnos una conciencia moral concreta, la denominada "conciencia moral cívica", que sería una moral pública, imponiéndoles como normas morales una serie de valores concretos que son los elegidos por el Estado en un determinado momento histórico, erigiéndose así en adoctrinador de todos los ciudadanos en valores y virtudes cívicas, pues trata de impartir e imponer conductas ajustadas a una moral concreta, no neutra, dando por supuesta una ética cívica o pública distinta de la personal. Además establece criterios de evaluación que conllevan la obligación de adherirse interiormente a los mismos, lo que implica una vulneración del derecho de los padres a decidir la formación moral y religiosa que quieren para sus hijos.

Por lo tanto, esta regulación reglamentaria se excede y no se ajusta a lo dispuesto en la Ley Orgánica Educación -la 2/2006, de 3 de mayo- cuyo texto no hace referencia en ningún momento a valores morales ni supone ética determinada.

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

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

Una cosa es ofrecer a los alumnos una formación sobre los valores, derechos o instituciones consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales, resaltando la importancia de los valores éticos implícitos en los derechos humanos, y otra diferente es introducir una ética civil común distinta de la ética personal, ética común pública que no sólo se inmiscuye en la conciencia personal de los menores, sino además va más allá de los valores constitucionales, tomando como referente único los derechos humanos reconocidos por la ley positiva, con lo que queda excluida implícitamente la fundamentación de una moral natural.

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

Como antes he señalado, es cierto que muchos conceptos y valores a que se refiere el Real Decreto son aceptables para cualquier persona y que frente al sistema de valores éticos de nuestra Constitución no cabe invocar el derecho preferente de los padres, pero también lo es que algo le sobra a la asignatura y algo esencial le falta, por lo que transforma la educación ciudadana en un adoctrinamiento ideológico y moral.

Por ello, hubiera procedido reconocer que una parte del Real Decreto aprobado vulnera el art. 27.3 de la Constitución y, en consecuencia, debió aceptarse que los padres podían acogerse a la exención parcial de contenidos curriculares, lo que comportaba la desestimación de los motivos de casación interpuestos por el Ministerio Fiscal, por la Abogacía del Estado y por el Letrado de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Madrid, a once de febrero de dos mil nueve.

Voto particular concurrente que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Manuel Sieira Miguez, a la sentencia de fecha 11 de febrero de 2009, dictada en el recurso de casación número 905/08 al que se adhiere los magistrados el Excmo. Sr. D. José Diaz Delgado y la Excma. Sra. Dña. Celsa Pico Lorenzo .

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

PRIMERO.- Conforme como estoy con el contenido final del fallo de la sentencia mayoritaria en cuanto desestima el recurso contencioso interpuesto, ya que coincido con la tesis que se mantiene en los fundamentos jurídicos de cinco y siguientes de la misma, formulo el presente voto particular al único fin de dejar constancia de mi discrepancia con el contenido de los fundamentos jurídicos octavo y noveno, en cuanto de los mismos puede concluirse que la tesis que la sentencia mayoritaria sostiene es que sólo existe derecho de objeción de conciencia de origen constitucional en el supuesto del artículo 30.2 de la Constitución tal y como se afirma literalmente en el párrafo segundo del fundamento octavo de la sentencia a que se refiere este voto particular, así como en aquellos casos en que el legislador ordinario reconozca la posibilidad de dispensa por razones de conciencia de determinados deberes jurídicos (fundamento octavo párrafo 3º).

Utiliza la sentencia de la que discrepo fundamentalmente dos argumentos para sostener que no existe derecho a la objeción de conciencia más allá de los términos expuesto. De acuerdo con el primero el artículo 30.2 no tendría sentido si existiese un derecho a la objeción de conciencia de alcance

general dimanante del artículo 16 de la Constitución; pero una cosa es admitir que no existe un derecho a la objeción de conciencia general e ilimitado y otra muy distinta concluir que el artículo 30.2 de la Constitución nos lleva a entender que tal derecho solo se da en el caso del citado precepto constitucional.

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

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

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

El argumento, en mi opinión, falla desde el momento en que el derecho a la objeción de conciencia, con los límites antes dichos que vienen impuestos por

la noción del orden público (la paz, el orden, los derechos de los demás, la seguridad, la moral pública, la salud, etc), también forma parte del ordenamiento jurídico y por tanto también debe ser respetado por imperativo del artículo 9.1 de la Constitución que se invoca.

Creo por último que en el fundamento jurídico octavo a que me estoy refiriendo, y del que discrepo, se incurre en una cierta precipitación al concluir que la negación de un derecho a la objeción de conciencia general e ilimitado lleva a afirmar, como se hace, que sólo existe ese derecho en el caso del artículo 30.2 de la Constitución y los casos del personal sanitario que ha de intervenir en la práctica del aborto en las modalidades en que fue despenalizado y desde luego (sic) en aquellos que el legislador ordinario lo reconozca, sin que por tanto quepa reconocer ese derecho por vía jurisdiccional como instrumento apto por la defensa de un derecho fundamental.

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

principios morales básicos por la comunidad religiosa o de creencias en que se integra, o, sí, como en el caso del aborto, además del derecho a la libertad religiosa la conducta ordenada y de la que se demanda la exención, afecta a algún otro derecho fundamental propio del objetor o de terceros.

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

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

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

interpretación del artículo 16 de la Constitución en el sentido que se mantiene en este voto.

SEGUNDO.- El segundo punto de mi discrepancia con la sentencia mayoritaria se refiere a su fundamento noveno en cuanto en el mismo se sostiene que no existe un derecho a la objeción de conciencia en el ámbito educativo, sin que pueda tampoco dejar de resaltarse que, tras el establecimiento de las tesis que se plasman en el fundamento jurídico octavo, plantearse a continuación la posibilidad de si existe o no un derecho de objeción de conciencia en el ámbito educativo no deja de suponer una cierta contradicción.

La sentencia mayoritaria da principio a su razonamiento, que le lleva a negar el derecho a la objeción de conciencia en el ámbito educativo, con la cita de dos sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos pronunciadas una en el caso Folgero y otros contra Noruega, de fecha 29 de junio de 2007, y otra recaída en el caso Hasan y Eylem Zengin contra Turquía, de 9 de octubre de 2007, en las que se aborda el problema de la enseñanza que afecta a temas religiosos, si bien dentro de materias escolares obligatorias de carácter cultural. El Tribunal consideró que el deber absoluto de cursar las asignaturas en cuestión, sin posibilidad de dispensa a causa de las propias creencias, vulneraba el artículo 9 del Convenio de Derecho Humanos.

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

No comparto los argumentos expuestos, por cuanto en el caso que nos ocupa la parte recurrente también sostiene que a través de la asignatura que se cuestiona se trata de adoctrinar a los alumnos sobre aspectos que resultan contrarios a sus creencias y convicciones religiosas. No se trata en efecto de una

asignatura de religión, y en España, es cierto, la asignatura de Religión tiene carácter optativo, pero la propia sentencia mayoritaria admite que en aquellos supuestos tampoco estamos ante una asignatura específica de religión sino que de lo que se trataba era de que "dentro de materias escolares obligatorias de carácter cultural" se abordaba el problema de la enseñanza de la religión; es decir, las citadas materias contenía posicionamientos que implicaban, según el Tribunal, adoctrinamiento en temas religiosos, so pretexto, en un caso, del estudio de "el cristianismo, la religión y la filosofía" y de "cultura religiosa y conocimiento moral" en el otro.

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

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

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

adoctrinantes viola el artículo 9.2 del Convenio-, forzoso es reconocer que lo que se está admitiendo es que el derecho a la obtención de esa dispensa es la forma en que se concreta el derecho a la objeción de conciencia en materia educativa.

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

TERCERO.- Llegado a este punto, y establecida mi postura respecto a la posibilidad del reconocimiento en vía jurisdiccional del derecho a la objeción de conciencia sin necesidad de una interpositio legislatoris -y puestas de manifiesto mis objeciones a los argumentos de la sentencia mayoritaria, tanto en este punto como en el específico de la posibilidad o no de reconocimiento de tal derecho en el ámbito educativo, con independencia del caso concreto que nos ocupa, respecto del cual ya manifesté al inicio mi coincidencia con la parte dispositiva de la sentencia mayoritaria y con su fundamentación jurídica, excepción hecha de los fundamentos octavo y noveno-, forzoso es reconocer que el derecho a la objeción de la conciencia exige que nos situemos frente a un deber conforme

al ordenamiento jurídico que suponga una obligación incompatible con las propias creencias o principios morales.

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

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

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

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

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

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente **D. Luis María Díez-Picazo Giménez**, estando la Sala Celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.