

La educación para la ciudadanía: entre la objeción de conciencia y recursos contencioso-administrativos¹

Alejandro González-Varas Ibáñez

Profesor Ayudante Doctor. Departamento de Derecho Público.
Universidad de Zaragoza

RESUMEN: Este artículo estudia la problemática jurídica suscitada como consecuencia de la implantación de la materia de Educación para la Ciudadanía en el ámbito escolar español. Se examinan las actuaciones jurídicas que los interesados pueden emprender por considerar que esta regulación lesiona sus derechos. La atención se centra en las objeciones de conciencia y en los recursos que pueden plantearse frente a las normas que la regulan.

PALABRAS CLAVE: Educación para la Ciudadanía. Derechos fundamentales. Derecho a la educación. Libertad de enseñanza. Recursos. Objeción de conciencia.

ABSTRACT: This article studies the legal debate about the introduction of the matter Citizenship Education in the Spanish educational legal system. The author analyzes which legal ways can be put into practice by persons that think this matter damages their rights. It pays attention to appeals of its regulation, and conscious objection.

¹ La realización de este artículo se encuentra dentro del marco de actuación del proyecto de investigación *Conflicto intercultural y Derecho islámico: soluciones para la integración jurídica de la diversidad en Aragón*, PI055/08, financiado por el Gobierno de Aragón.

ABREVIATURAS: ADEE: Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado. ATC: Auto del Tribunal Constitucional. CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos. EpC: Educación para la Ciudadanía. IC: Ius Canonicum. LJCA: Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa. LOE: Ley Orgánica de Educación, 2/2006. LOTC: Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. RAP: Revista de Administración Pública. REDC: Revista Española de Derecho Constitucional. RGDCEE: Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado, en <http://www.iustel.es>. STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

KEY WORDS: Citizenship Education. Fundamental rights. Right to education. Education liberty. Regulation appeal. Conscious objection.

ZUSAMMENFASSUNG: Dieser Artikel behandelt die rechtliche Problematik, die aufgrund der Einführung des Fachs "Erziehung zum Bürger" in der voruniversitären Erziehung entstanden ist. In ihm werden die rechtlichen Maßnahmen analysiert, die die interessierten Parteien unternehmen können, die der Meinung sind, dass diese Regulierung ihre persönlichen Rechte einschränkt. Der Artikel konzentriert sich auf die Verweigerungen der Teilnahme an diesem Fach aufgrund von Gewissensgründen und auf die rechtlichen Einsprüche, die gegen die Normen, die dieses Fach regeln, vorgelegt werden können.

SCHLÜSSELWÖRTER: Erziehung zum Bürger. Grundrechte. Bildungsrechte. Bildungsfreiheit. Einsprüche. Verweigerung aufgrund von Gewissensgründen.

1. INTRODUCCIÓN

La aparición de la materia Educación para la Ciudadanía (en adelante, "EpC") en el sistema educativo español ha sido objeto de debate en el ámbito jurídico y social. Para conocer los términos en que se ha desarrollado es preciso entender cuáles han sido los antecedentes de esta materia (apartado 2) y el modo en que se ha regulado en España (apartado 3). De este modo se podrán conocer sus contenidos (apartado 4) y las críticas que ha recibido (apartado 5). Esto nos permite examinar cuáles son los mecanismos jurídicos que pueden emplear quienes consideran que la regulación de esta asignatura es defectuosa (apartado 6). Se centrará la atención en el examen de la posible ilegalidad de los reglamentos que configuran esta materia y los recursos que pueden interponerse. Junto a ello analizaré las objeciones de conciencia al estudio de la EpC que se han presentado hasta ahora. Se trata, no obstante, de una cuestión que aún no ha visto su fin, al menos desde el punto de vista jurídico, por lo que se ha considerado conveniente realizar unas consideraciones sobre los posibles caminos por los que se encauce en un futuro esta controversia (apartado 7).

2. ANTECEDENTES DE LA MATERIA

Desde hace varios años los países de nuestro entorno, así como la Unión Europea y el Consejo de Europa, han mostrado su preocupación por la desgana política y cívica de los jóvenes. Con el fin de paliar esta situación el Consejo de Europa dictó en el año 2002 una recomendación² dirigida a los Estados miembros titulada “Educación para la Ciudadanía democrática 2001-2004”. Este texto partía del deseo de proteger los derechos de los ciudadanos, sensibilizarlos con respecto a sus responsabilidades y reforzar la sociedad democrática. Entendía que “la educación para la ciudadanía democrática es un factor de cohesión social, de comprensión mutua, de diálogo intercultural e interreligioso, y de solidaridad, que contribuye a promover el principio de igualdad entre hombres y mujeres, y que favorece el establecimiento de relaciones armoniosas y pacíficas en los pueblos y entre ellos, así como la defensa y el desarrollo de la sociedad y la cultura democráticas”. Por eso recomendaba a los Gobiernos de los Estados miembros que incluyeran dentro de sus sistemas educativos —ya fuera de modo transversal o mediante una asignatura— estos contenidos. Para facilitarlos ofrecía una serie de recomendaciones. Entre ellas, indicaba que esta materia “puede incluir, por ejemplo, la educación cívica, la educación política o la educación relativa a los derechos humanos, que, cada una por su parte, contribuyen a la educación para la ciudadanía democrática sin cubrir plenamente su campo de estudio”. Con el fin de alcanzar estos objetivos ha propuesto “fomentar los enfoques y acciones multidisciplinares que combinen la educación cívica y política con la enseñanza de la historia, la filosofía, las religiones, las lenguas, las ciencias sociales y todas las disciplinas que tienen que ver con aspectos éticos, políticos, sociales, culturales o filosófi-

² COMITÉ DE MINISTROS DEL CONSEJO DE EUROPA: Recomendación (2002) 12 “Educación para la Ciudadanía democrática”, DGIV/EDU/CIT (2002) 38, de 16 de octubre de 2002.

cos en su propio contenido o en las opciones o consecuencias que implican para una sociedad democrática”.

Por otra parte, el mismo Consejo de Europa declaró el año 2005 como “Año europeo de la ciudadanía a través de la educación”, centrado en “aprender y vivir la democracia”³. Con esta declaración, el Consejo de Europa pretendía culminar una serie de iniciativas adoptadas desde los años 90 que tenían como objetivo último aumentar el compromiso ciudadano de los jóvenes, y una mayor participación en los asuntos de la vida cotidiana.

Dentro del Derecho comunitario⁴ también es posible encontrar algunas referencias a esta cuestión. En el Consejo europeo del año 2000 celebrado en Lisboa se refirió a la necesidad de que los sistemas educativos de cada país miembro se preocuparan por favorecer la inclusión social y la ciudadanía activa del modo que les resultara más adecuado. Este es, pues, el contexto en que nos situamos.

3. IMPLANTACIÓN DE LA ASIGNATURA EN ESPAÑA

Con la promulgación de la Ley Orgánica de Educación 2/2006⁵ (en adelante LOE) se implanta en España la materia “Educación para la Ciudadanía”. Con este nombre se conocen un conjunto de asignaturas y sus correspondientes áreas que, con diferentes denominaciones, de acuerdo con la naturaleza de los contenidos y de las edades de los

³ http://www.coe.int/t/dg4/education/edc/EYCE_2005/Default_en.asp.

⁴ Sobre esta cuestión, cfr. EMBID IRUJO, Antonio: “La educación para la ciudadanía en el sistema educativo español”, *REDC*, 83, 2008, pp. 17 y s. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen: “Intervención administrativa y Educación para la Ciudadanía en la Ley Orgánica de Educación 2/2006”, *RAP*, 174, 2007, pp. 442 y s.

⁵ Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en BOE de 4 de mayo de 2006. En relación con la tramitación de esta ley y los debates suscitados en distintos ámbitos —incluido el parlamentario— y los dictámenes emitidos por distintos órganos consultivos del Estado en torno al carácter que iba adoptando la EpC, cfr. MARTÍ SÁNCHEZ, José María: “La Educación para la Ciudadanía en el sistema de la Ley Orgánica de Educación (una reflexión desde la libertad religiosa)”, *RGDCEE*, 10, 2006.

alumnos, se impartirán en distintos cursos de educación primaria, secundaria obligatoria y bachillerato⁶.

En realidad, la LOE apenas ofrece información sobre esta materia. Indica, como hemos visto, su nombre y el de las asignaturas, ciclos en que se podrá impartir y, como se examinará en el apartado siguiente, establece en su preámbulo la finalidad genérica que persigue. Quienes ofrecen el contenido completo y alcance de la asignatura, incluyendo su carácter obligatorio y sistemas de evaluación, son los reales decretos que desarrollan la ley orgánica⁷. El hecho de que sean unas normas de rango reglamentario quienes regulen estos aspectos tiene particular trascendencia por los motivos que se expondrán en el apartado sexto de este trabajo. El régimen jurídico de la materia se completa, finalmente, con las normas aprobadas por las Comunidades Autónomas⁸ en desarrollo de la normativa básica estatal dictada en materia de educación. Una vez establecida la estructura normativa en que se encuadra la EpC, analicemos cuáles son los contenidos que ofrece.

4. CONTENIDOS

Es necesario examinar los contenidos que presenta la asignatura puesto que éste ha sido el principal tema de

⁶ La LOE la establece en la educación primaria (artículo 18.3) y en la educación secundaria obligatoria (artículo 24.3), además de la educación ético-cívica obligatoria en su cuarto curso (artículo 25.1 y 25.4). En el bachillerato establece la asignatura de "Filosofía y Ciudadanía", que aparece como área específica (artículo 34.6). Su configuración como materia o área de conocimiento y el desarrollo de sus contenidos y criterios de evaluación los detallan las siguientes normas: artículo 4.2 y anexo II del real decreto 1513/2006, de 7 de diciembre, en BOE de 8 de diciembre, por el que se establecen las enseñanzas mínimas de la educación primaria; artículo 4.1, 4.3, 5.1, 5.3, y anexo II del real decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, en BOE de 5 de enero de 2007, por el que se establecen las enseñanzas mínimas correspondientes a la educación secundaria obligatoria; anexo del real decreto 1467/2007, de 2 de noviembre, por el que se establece la estructura del bachillerato y se fijan sus enseñanzas mínimas, en BOE, de 6 de noviembre de 2007.

⁷ Citados en la nota anterior.

⁸ Según el artículo 149.30 de la Constitución española, el Estado tiene la competencia de dictar las normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia. En consecuencia, las Comunidades Autónomas podrán desarrollar esas normas básicas.

debate tanto en el ámbito social, como académico, y en sede jurisdiccional. La discusión, reduciéndola a sus términos más básicos, gira en torno a la posibilidad de que los contenidos de esta materia adquieran una dimensión ideológica, ética o moral, que llegue a incidir en la formación moral y religiosa del alumno. Si esto fuera así, nos encontraríamos con una asignatura al servicio de una ideología determinada con lo que adoctrinaría a los alumnos. Esto supondría una lesión del derecho fundamental de libertad religiosa, ideológica y de culto consagrado en el artículo 16 de la Constitución, así como del derecho fundamental de los padres a elegir para sus hijos una formación moral y religiosa que sea acorde con sus convicciones, tal como predica el artículo 27.3 del mismo texto. En cambio, si se entendiera que no tiene contenidos de este tipo y, por tanto, no se lesionan esos derechos fundamentales, la asignatura se debería considerar legítima.

La adecuada comprensión de este debate requiere que nos adentremos, aunque sea de un modo somero, en los contenidos que incorporan los reales decretos. Como ya adelanté en el § 3, la LOE apenas ofrece más que el nombre de la materia y de las asignaturas. Únicamente indica en su preámbulo que su finalidad consiste en “ofrecer a todos los estudiantes un espacio de reflexión, análisis y estudio acerca de las características fundamentales y el funcionamiento de un régimen democrático, de los principios y derechos establecidos en la Constitución española y en los tratados y las declaraciones universales de los derechos humanos, así como de los valores comunes que constituyen el sustrato de la ciudadanía democrática en un contexto global. [...] La nueva materia permitirá profundizar en algunos aspectos relativos a nuestra vida en común, contribuyendo a formar a los nuevos ciudadanos”.

Estos contenidos no son sólo propios de la educación para la ciudadanía, sino que están presentes, de modo transversal, en el conjunto del sistema educativo español⁹.

⁹ De este modo, la LOE establece, como uno de los principios de la educación “la transmisión y puesta en práctica de valores que favorezcan la libertad perso-

Por eso la Ley Orgánica encomienda expresamente al profesorado el deber de “fomentar en los alumnos los valores de la ciudadanía democrática”¹⁰.

Es necesario examinar los reales decretos que desarrollan la LOE puesto que son ellos los que establecen su verdadero contenido y alcance. La principal fuente de información son sus anexos, ya que es ahí donde describen las características de la competencia social y ciudadana, así como los contenidos y criterios de evaluación de la EpC. Según estos textos, los contenidos de la asignatura se organizan, con la correspondiente adaptación a cada nivel educativo, en bloques. Los principales pueden identificarse con los siguientes¹¹:

- Las relaciones interpersonales, donde se trata la autonomía e identidad personal y el modo de comprender a los demás y relacionarse con ellos, así como la eliminación de prejuicios. Abordará las relaciones entre hombres y mujeres, así como las distintas dimensiones de la afectividad humana.
- Las normas básicas de convivencia en grupos de pertenencia, como la familia o las escuelas, y el modo de resolver los conflictos que puedan producirse en su seno.
- Los derechos y los deberes de los ciudadanos, incluyendo el significado de los derechos humanos y la

nal, la responsabilidad, la ciudadanía democrática, la solidaridad, la tolerancia, la igualdad, el respeto y la justicia, así como que ayuden a superar cualquier tipo de discriminación” [artículo 1.c)]. Otros fines consisten en la prevención y resolución pacífica de conflictos y el fomento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres [artículo 1.k) y 1.l)]. Estos principios dan lugar a fines de contenido similar, como se aprecia en el artículo 2.b), c), e) y k). Este tipo de prescripciones se encuentran fácilmente en otros artículos de la LOE. Baste examinar, a título de ejemplo, los objetivos que, según la LOE, presiden la educación infantil (artículo 13), primaria (artículo 17), secundaria obligatoria (artículo 23), bachillerato (artículo 33), formación profesional (artículo 40.c), las enseñanzas deportivas (artículo 63.1), y la educación de personas adultas (artículo 66.3).

¹⁰ Artículo 91.1.g) de la LOE.

¹¹ Exponen de una manera más amplia y pormenorizada el contenido de la materia en cada nivel educativo FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen: “Intervención administrativa...”, *op. cit.*, pp. 446-449. EMBID IRUJO, Antonio: “La educación para la ciudadanía...”, *op. cit.*, pp. 18-24. RUANO ESPINA, Lourdes: “Objeción de conciencia a la educación ciudadana”, *RGDCCE*, 17, 2008, pp. 15-23.

igualdad de derechos de las personas, así como las conquistas de derechos de las mujeres.

- El funcionamiento de las sociedades democráticas, centrándose en el funcionamiento de las principales instituciones jurídico-políticas, y la comprensión de la diversidad social y cultural.
- La transmisión de la ética cívica y criterios para la formación del juicio moral.

5. LOS TÉRMINOS DEL DEBATE

5.1. LOS ASPECTOS CONTROVERTIDOS

Se ha analizado en el apartado anterior, aunque haya sido sin mayor detenimiento, la terminología utilizada por los decretos para configurar los principales bloques temáticos de EpC. La discusión en torno a la legitimidad de la asignatura comienza en el momento de interpretar esas palabras. Esta tarea no es siempre fácil puesto que, como han afirmado parte de la doctrina¹² y algunos tribunales¹³, se trata de una terminología inexacta o ambigua que no permite inferir un contenido concreto o preciso a esta materia. Dicho de otro modo, la EpC puede servir para explicar cosas diferentes según sea la interpretación que hagamos de los términos que la definen. Se incidirá o no en la esfera moral del alumno dependiendo de la perspectiva que se adopte para explicarla¹⁴. En definitiva, por loables que pudieran ser los objetivos que persigue la EpC, podría no lograr sus propósitos efectivos¹⁵.

¹² ELÓSEGUI, María: “La educación para la ciudadanía y los derechos humanos”, *Persona y Derecho*, 58, 2008, p. 419.

¹³ Así califica al contenido de las normas que regulan la educación para la ciudadanía el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo contencioso-administrativo, sección de Sevilla, en la sentencia de 9 de abril de 2008, FJ 6. Igualmente, en el FJ 4 de la sentencia dictada por el mismo Tribunal y Sala el 4 de marzo de 2008.

¹⁴ En este sentido, ELÓSEGUI, María: “La educación para la ciudadanía...”, *op. cit.*, pp. 417 y ss., refiriéndose, más en concreto, a los posibles modos o enfoques en que se pueden explicar los derechos humanos y los valores democráticos en los centro de enseñanza.

¹⁵ PALOMINO LOZANO, Rafael: “Laicidad y ciudadanía”, *ADEE*, 24, 2008, p. 356.

Esto explica que la crítica no se haya centrado en la implantación de la asignatura en cuanto tal. Se podría, incluso detectar una actitud favorable¹⁶ por la instauración de una asignatura que se centre en el funcionamiento de las sociedades democráticas y los derechos y deberes de los ciudadanos, además de ser reflejo de una corriente internacional —en la que se encuentra España— que avanza en la afirmación de esta necesidad. Lo que, en cambio, se ha objetado es la mencionada ambigüedad que hace depender su contenido del enfoque que se adopte para explicarla y los posibles resultados que de aquí se deriven. Se considera que la importancia de una materia como la educativa, que afecta a derechos fundamentales de la persona, no permite que graviten en torno a ella incertidumbres como las descritas.

A su vez, el propio contexto social y político en que ha germinado la materia ha facilitado que aparezcan recelos

¹⁶ *Cfr.*, RUANO ESPINA, Lourdes: “Objeción de conciencia...”, *op. cit.*, p. 8. GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda: “Libertad religiosa y derecho a la educación: un comentario sobre la asignatura ‘Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos’”, *ADEE*, 24, 2008, especialmente p. 323, admitiendo que puede ser objeto de discusión si determinados contenidos pueden ser o no idóneos, u otras cuestiones referentes a la organización de las enseñanzas o metodología, pero no que el objetivo de la asignatura sea la “enseñanza de la democracia”. Por su parte, Castro Jover no identifica el origen de esta discusión en los valores que hay que transmitir, sino en el modo de hacerlo, en CASTRO JOVER, Adoración: “Los valores de la democracia y educación para la ciudadanía”, *ADEE*, 24, 2008, p. 299. *Cfr.* GONZÁLEZ VILA, Teófilo: “Aconfesionalidad, laicidad y laicismo. Una clarificación necesaria”, en DOMINGO MORATALLA: *Ciudadanía, religión y educación moral*, Madrid, 2006, pp. 83, 85-86, 92. VEGA GUTIÉRREZ, Ana María: “La objeción de conciencia en el ámbito educativo”, en AA. VV.: *Los derechos fundamentales en la educación*, Madrid, 2007, p. 288. También los tribunales han aceptado la legitimidad de la asignatura, incluso cuando han considerado que, tal como se encuentra regulada en España, viola los artículos 16 y 27.3 de la Constitución. De este modo, el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, a la vez que estima la pretensión de reconocimiento de objeción de conciencia del recurrente por los motivos explicados, no tiene inconveniente en aceptar que “el artículo 27.2 [de la Constitución] autoriza la regulación de una educación para la ciudadanía en la que el libre desarrollo de la personalidad deber ser compatible con el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos fundamentales” (FJ 4 de la sentencia 159/2008, de 8 de julio). Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma vasca ha declarado que los posibles perjuicios para los derechos fundamentales de los alumnos y sus padres no provienen de la implantación de la asignatura en sí misma considerada, sino por los contenidos concretos o textos que se utilicen para su impartición, en el FJ 3 del auto de 14 de febrero de 2008, Sala de lo contencioso-administrativo.

sobre el enfoque que está llamado a presidir su impartición. No es éste el momento de centrarse en dicha cuestión dado que trasciende el juicio estrictamente jurídico, además de que no siempre será fácil demostrar la conexión entre determinados juicios sobre lo que podría ser la asignatura y lo que efectivamente resulte. No obstante, conviene indicar que determinadas declaraciones sobre el modo en que esta asignatura debería formar las conciencias de los alumnos expuestas por personalidades del ámbito jurídico, político y social durante su elaboración, así como la propuesta de contenidos —aceptados por el Ministerio de Educación— de instituciones con una determinada orientación ideológica¹⁷, han favorecido que se alimenten las suspicacias sobre su carácter adoctrinador.

Llega el momento de preguntarse cuáles son esas expresiones controvertidas que han amparado la sospecha de intenciones ideológicas. Sin ánimo de exponer todas las interpretaciones a que están sujetas y las críticas que han recibido, han sido objeto de discusión las reiteradas referencias a los valores, la ética, y la aceptación de los valores que fundamentan los derechos y obligaciones derivados de la Declaración Internacional de Derechos Humanos y de la Constitución como criterios para valorar éticamente las conductas personales y colectivas así como las realidades sociales. También se ha considerado improcedente la propuesta de una conciencia moral —o ética— cívica, y la utilización del juicio moral en la adopción de decisiones. Junto a ello se discute el alcance que pueden presentar expresiones como orientación afectivo-sexual, educación

¹⁷ Sobre la interferencia de estos elementos en el desarrollo y caracterización de la asignatura educación para la ciudadanía, cfr. MARTÍ SÁNCHEZ, José María: “La Educación para la Ciudadanía en el sistema de la Ley Orgánica de Educación...”, *op. cit.*, especialmente desde la p. 12. Asimismo cfr. GARCIMARTÍN MONTERO, Carmen: “Neutralidad y escuela pública: a propósito de la educación para la ciudadanía”, *RGDCEE*, 14, 2007, pp. 17-22. LÓPEZ-SIDRO, Ángel: “La objeción de conciencia a la educación para la ciudadanía ante los Tribunales Superiores de Justicia”, *RGDCEE*, 17, 2008, pp. 4-7. PALOMINO LOZANO, Rafael: “Laicidad y ciudadanía”, *op. cit.*, pp. 356-359. RUANO ESPINA, Lourdes: “Objeción de conciencia...”, *op. cit.*, pp. 9-12. Cfr. MORENO ANTÓN, María: “La educación para la ciudadanía en clave jurídica”, *ADEE*, 24, 2008, pp. 418-423.

afectivo-emocional¹⁸, sentimientos, género (en lugar de sexo, o junto a ello), o la configuración de los derechos humanos como una conquista histórica inacabada¹⁹, tanto en educación primaria²⁰, como secundaria²¹ y bachillerato²².

¹⁸ En relación con la incidencia que pueden presentar determinadas manifestaciones de la educación sexual sobre la formación moral del alumno y el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos, véanse los ejemplos y explicaciones ofrecidas por GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús: *Administración pública y moral*, Madrid, 1995, pp. 38-41 y 56-65.

¹⁹ Esta referencia podría dar lugar a pensar que se excluye un planteamiento iusnaturalista de los derechos humanos, identificándolos con conceptos consensuados por la sociedad y cuyo contenido es mutable, y que será el que en cada momento reflejen las normas positivas. Sobre ello, cfr. ELÓSEGUI, María: "La educación para la ciudadanía...", *op. cit.*, particularmente pp. 446 y s. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen: "Intervención administrativa...", *op. cit.*, p. 449. RUANO ESPINA, Lourdes: "Objeción de conciencia...", *op. cit.*, p. 27. La opinión de estas autoras adquiere mayor justificación si la contrastamos con otras autorizadas opiniones que indican que el conjunto de valores que han de explicarse a través de la EpC tienen un contenido "determinable a partir de la definición que el Tribunal Constitucional hace de la moral pública, ya que en ella se ofrecen los suficientes parámetros que hacen posible esta determinación. Estos valores comunes ni son dogmáticos ni son eternos. Son fruto de la conciencia colectiva en la que se expresa lo que tienen en común las conciencias individuales, que constantemente buscan el futuro, que no es otra cosa que el desarrollo de la personalidad", según LLAMAZARES, Dionisio: "Educación para la ciudadanía, laicidad y enseñanza de la religión", *Laicidad y Libertades*, 6, 2006, pp. 240 y s., y cfr. p. 249. *Idem*, *Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia*, Madrid, 2008, pp. 51 y ss.

²⁰ Según el anexo I, § 5, y anexo II del real decreto 1513/2006, que regula las enseñanzas mínimas de educación primaria, se establece que una de las finalidades de la competencia social y ciudadana consiste en el conocimiento de los rasgos y valores del sistema democrático, así como utilizar el juicio moral para elegir y tomar decisiones. También entraña ser consciente de los valores del entorno, de evaluarlos y reconstruirlos afectiva y racionalmente. A su vez, los valores en que se funda la sociedad democrática deberán ser asimilados por el alumno. La asimilación de estos contenidos influye en la evaluación. El real decreto indica que se "valorará si en las relaciones personales, con sus iguales y con los adultos, asume y practica las normas de convivencia, el diálogo y el respeto hacia los demás".

²¹ Además de presentar contenidos semejantes a los expuestos en la nota anterior, el primer criterio de evaluación de educación para la ciudadanía y los derechos humanos que se muestra en el anexo II consiste en "identificar y rechazar, a partir del análisis de hechos reales o figurados, las situaciones de discriminación hacia personas de diferente origen, género, ideología, religión, orientación afectivo-sexual y otras, respetando las diferencias personales y mostrando autonomía de criterio. Este criterio permite comprobar si el alumnado, ante la presentación de un caso o situación simulada o real, es capaz de reconocer la discriminación que, por motivos diversos, sufren determinadas personas en las sociedades actuales y si manifiesta autonomía de criterio, actitudes de rechazo hacia las discriminaciones y respeto por las diferencias personales".

²² La asignatura Filosofía y Ciudadanía presenta como uno de sus objetivos el desarrollo de "una conciencia cívica, crítica y autónoma, inspirada en los derechos humanos y comprometida con la construcción de una sociedad democrática,

Para algunos autores estas referencias son inocuas. Desde este posicionamiento se ha defendido que los valores que pueden transmitirse reenvían a la libertad de cada persona para que cada cual opte por las pautas de comportamiento conformes a sus creencias y convicciones, en el marco de una cultura política común. No habría entonces imposición de una ideología sino pautas de conducta que permitirían la cohesión social²³.

Otros autores, más allá de estos argumentos, se refieren a la utilidad de esta materia para estudiar normas morales o, más exactamente, de una moral y ética pública²⁴. Por tratarse de una ética cívica o aconfesional, se entiende que es obligatoria para todos, frente a unas morales o éticas religiosas que son específicas o particulares. Desde este punto de vista, las enseñanzas de éstas últimas no pueden ser contradictorias con aquélla porque serían inconstitucionales y, por tanto, inadmisibles dentro del marco del sistema educativo diseñado por la Constitución²⁵. Esta ética pública aparece como preludio

justa y equitativa y con la defensa de la naturaleza, desarrollando actitudes de solidaridad y participación en la vida comunitaria”, según figura en el § 10 de la sección correspondiente a sus objetivos, en el real decreto 1467/2007. Entre los criterios de evaluación el mismo decreto señala, entre otros, la necesidad de “utilizar y valorar el diálogo como forma de aproximación colectiva a la verdad y como proceso interno de construcción de aprendizajes significativos, reconociendo y practicando los valores intrínsecos del diálogo como el respeto mutuo, la sinceridad, la tolerancia, en definitiva, los valores democráticos.

²³ CASTRO JOVER, Adoración: “Los valores de la democracia...”, *op. cit.*, p. 293. EMBID IRUJO, Antonio: “La educación para la ciudadanía...”, *op. cit.*, pp. 28-32. GÓMEZ SÁNCHEZ, Yolanda: “Libertad religiosa y derecho a la educación...”, *op. cit.*, pp. 313 y ss. LLAMAZARES, Dionisio: “Educación para la ciudadanía...”, *op. cit.*, p. 264. PECES-BARBA, Gregorio: *Educación para la ciudadanía y derechos humanos*, Madrid, 2007, *passim*, particularmente, p. 12.

²⁴ Ese estudio incluye adentrarse en determinados contenidos sobre los que no siempre habrá unanimidad de criterio y que, probablemente, varios alumnos o padres de ellos entienden que inciden en la esfera moral de la persona. Es lo que puede suceder con las distintas modalidades de la vivencia de la sexualidad y de la relación de pareja, el conocimiento de los distintos tipos de respuesta posible a las preguntas trascendentales que se realiza el hombre, o la bioética. *Vid.* LLAMAZARES, Dionisio: “Educación para la ciudadanía...”, *op. cit.*, pp. 250, 251 y 257. *Idem*: *Educación para la ciudadanía democrática...*, *op. cit.*, pp. 85 y ss. En relación con lo que puede entenderse por ética pública, cfr. PECES-BARBA, Gregorio: *Educación para la ciudadanía...*, *op. cit.*, pp. 45 y ss.

²⁵ LLAMAZARES, Dionisio: “Educación para la ciudadanía...”, *op. cit.*, p. 261. Las normas de los códigos morales particulares —por mayoritarios que sean— que contradigan la ética común quedan automáticamente expulsadas del siste-

de la utopía de una ética universal basada en los derechos humanos como código ético universalizable²⁶. El respeto a la dignidad de la persona y a su libre desarrollo, así como la identificación con los principios constitucionales y democráticos, ha de preceder o acompañar tanto a la reflexión sobre ellos como a la creación de los hábitos de comportamiento correspondientes²⁷. Esta identificación con esos principios y la asunción de hábitos de comportamiento ajustados a ellos recuerda a los criterios de evaluación de la EpC que establece la normativa vigente, sobre lo que se volverá más adelante. En último término, se configura una asignatura que se erige como “la mejor expresión de moralidad, de una cultura secularizada y laica”²⁸.

Desde otro punto de vista se ha entendido, en cambio, que esta asignatura no pretende sólo informar sobre los derechos y deberes de los ciudadanos o el funcionamiento de las instituciones políticas. Más allá de esto se podría descubrir la intención de transmitir una doctrina general sobre el hombre que parte de un punto de vista antropológico concreto. Se ha entendido que persigue la implantación de una ética común y un modo de valoración determinado de la sociedad y de la conducta humana basados en unos criterios predeterminados. Su resultado consistiría en la incidencia sobre la formación de la conciencia moral de los alumnos, impuesta de forma obligatoria por el Estado, y el adoctrinamiento a que daría lugar. Esta orienta-

ma educativo. Por tanto, es la enseñanza de la religión la que tiene que adaptar sus contenidos para evitar esa contradicción y la mencionada consecuencia o sanción. En cambio, no puede darse contradicción constitucionalmente relevante entre la EpC y la democracia, como indica en *ibid.*, pp. 262, 263 y 265. *Idem: Educación para la ciudadanía democrática...*, *op. cit.*, pp. 152 y ss.

²⁶ LLAMAZARES, Dionisio: “Educación para la ciudadanía...”, *op. cit.*, pp. 247 y s. *Idem*: “Educación en valores y enseñanza religiosa en el sistema educativo español”, en SUÁREZ PERTIERRA, Gustavo/CONTRERAS MAZARÍO, José María: *Interculturalidad y educación en Europa*, Valencia, 2005, pp. 405-408.

²⁷ LLAMAZARES, Dionisio: “Educación para la ciudadanía...”, *op. cit.*, p. 248, reiterando la necesidad de asumir o acatar esa moral pública en las pp. 262 y 264. *Idem: Educación para la ciudadanía democrática...*, *op. cit.*, pp. 155 y ss.

²⁸ PECES-BARBA, Gregorio: “Carta a los profesores”, en su libro *Educación para la ciudadanía...*, *op. cit.*, p. 11.

ción la han observado varios autores²⁹, así como de algunos tribunales³⁰.

Los métodos de evaluación establecidos en los reales decretos refuerzan esta perspectiva. No sólo se trata de aprender esos contenidos, sino que su grado de asunción y de práctica por parte del alumno se erige como criterio de evaluación³¹. A ello se une que los decretos prevén en ocasiones la exigencia de mostrar, manifestar y argumentar sobre este tipo de cuestiones. Incluso, como criterio de evaluación, aparece que se observe si muestra en su conducta habitual y en su lenguaje una valoración crítica por todas las personas y los grupos, y si valora y defiende las propias ideas. Esta obligación podría considerarse contraria al tenor del artículo 16.2 de la Constitución³², pues construye al alumno a manifestar sus creencias.

Expuestas las diferentes interpretaciones a que ha dado lugar la aparición de la EpC en nuestro sistema educativo, es oportuno preguntarse en qué se fundamenta este fuego cruzado entre sus defensores y sus detractores. La respuesta ha de tener en cuenta que, como cuestión de fondo, se está discutiendo si los poderes públicos se han

²⁹ MARTÍ SÁNCHEZ, José María: "Objeciones de conciencia y escuela", *RGD-CEE*, 15, 2007, pp. 33-38. *Idem*: "La Educación para la Ciudadanía, ¿amenaza contra la libertad de los padres y de la sociedad?", *Estudios Eclesiásticos*, 82, 2007, pp. 789 y ss. ROUCO VARELA, Antonio María: *La educación para la ciudadanía*, Madrid, 2007. RUANO ESPINA, Lourdes: "Objeción de conciencia...", *op. cit.*, especialmente en las pp. 24-33, donde realiza un amplio recorrido por los contenidos de esta materia que permiten identificar su carácter adoctrinador, exponiendo los aspectos más significativos de esa concreta ideología y antropología en que se apoya. *Cfr.* asimismo los aspectos polémicos de la asignatura que detecta LÓPEZ-SIDRO, Ángel: "La objeción de conciencia...", *op. cit.*, pp. 7-10. *Cfr.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carmen: "Intervención administrativa...", *op. cit.*, p. 451 y s. VEGA GUTIÉRREZ, Ana María: "Objeciones de conciencia y libertades educativas", en ROCA FERNÁNDEZ: *Opciones de conciencia. Propuestas para una ley*, Valencia, 2007, pp. 369-373. Realiza un resumen de las críticas vertidas a estas asignaturas EMBID IRUJO, Antonio: "La educación para la ciudadanía...", *op. cit.*, pp. 24-28.

³⁰ Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sentencia de 30 de abril de 2008, FJ 10. Tribunal Superior de Justicia de La Rioja 159/2008, de 8 de julio, sala de lo contencioso-administrativo, especialmente en el FJ 4.

³¹ *Cfr.* nota a pie de página anterior.

³² Así lo ha entendido el TSJ de La Rioja, sentencia 159/2008, de 8 de julio, Sala de lo contencioso-administrativo, FJ 4 § C. Sobre esta cuestión, *cfr.* ROCA FERNÁNDEZ, María José: *La declaración de la propia religión o creencias en el Derecho español*, Santiago de Compostela, 1992.

extralimitado en el ejercicio de sus competencias en materia educativa o, por el contrario, han obrado dentro de sus límites. De la descripción anteriormente realizada se percibe que un sector sostiene que el establecimiento de EpC, con sus contenidos y medios de evaluación, encaja perfectamente dentro de la actividad que está llamada a desarrollar el Estado en este ámbito. Frente a ello, se argumenta que se ha excedido en sus funciones y, en consecuencia, se sirve de esta asignatura para adoctrinar a los alumnos y ser él quien los eduque, sustituyendo en esta función a los padres, que es a quienes les corresponde este derecho en virtud de lo que establece el artículo 27.3 de la Constitución. Estamos, pues, ante el último ejemplo de la histórica discusión acerca de la relación que debe mediar entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, y el modo de encontrar el equilibrio entre ellos. Analizaré en el siguiente epígrafe los términos de este debate.

5.2. LA EP C: ENTRE EL DERECHO A LA EDUCACIÓN Y LA LIBERTAD DE ENSEÑANZA

La aparición de la EpC dentro del panorama educativo español se presenta como una ocasión propicia para alcanzar el equilibrio entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. La propuesta de una solución requiere que se identifiquen los puntos de tensión entre aquel derecho y esta libertad.

Por cuanto se refiere al primero —el derecho a la educación— puede afirmarse, sucintamente, que en nuestro ordenamiento jurídico se configura como un derecho subjetivo de prestación que garantiza al estudiante un puesto escolar³³. La prestación exigible se concreta³⁴ en el acceso

³³ FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso/SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel: “Artículo 27”, en ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a la Constitución de 1978*, EDERSA-Cortes Generales, Madrid, 1996, tomo III, p. 160.

³⁴ Sobre esta cuestión, FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso/SÁNCHEZ NAVARRO, Ángel: “Artículo 27”, *op. cit.*, p. 171. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: *El sistema constitucional español*, Madrid, 1997, pp. 340-348. GONZÁLEZ MORENO, Beatriz: *Estado de cultura, derechos culturales y libertad religiosa*, Madrid,

y disfrute de las enseñanzas regladas, es decir, aquéllas que componen el sistema educativo garantizado por los poderes públicos a través de una programación general de la enseñanza, tal como establece el artículo 27.5 de la Constitución. Con el fin de garantizar el acceso a la formación, los poderes públicos establecerán una red de escuelas públicas a las que puedan acceder todos los ciudadanos³⁵. La propia Constitución garantiza, en el artículo 27.4, que la enseñanza básica será gratuita, de modo que los motivos económicos no obstaculicen el ejercicio de este derecho que, en los niveles básicos, es también una obligación.

Junto a ello, el Estado velará por que la educación tenga “por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”. Este es el tenor del artículo 27.2 de la Constitución³⁶. Este artículo tiene un gran interés y alcance en relación con la EpC puesto que esta asignatura, en principio, se podría interpretar como una manifestación de este mandato constitucional. Y, efectivamente, podría ser así si fuera claro que su objeto es el logro del pleno desarrollo de la personalidad humana partiendo del respeto a los derechos y deberes fundamentales. Si, en cambio, no produjera un *desarrollo*, sino una *transformación* o *adaptación* de la personalidad humana a conceptos preestablecidos, estaríamos ante una extralimitación. Incurriríamos en esta misma situación si la asignatura no partiera de un respeto a los principios, derechos y deberes que enuncia el artículo 27.2, sino que los promoviera activamente³⁷ o transmitiera un

2003, principalmente pp. 167-177. MARTÍNEZ DE PISÓN, José: *El derecho a la educación y la libertad de enseñanza*, Madrid, 2003, pp. 62 y 135 y ss. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ, José Luis: “La educación en la Constitución española”, *Persona y Derecho*, 6, 1979, pp. 234 y ss.

³⁵ Artículo 27.5 de la Constitución.

³⁶ GÓMEZ SÁNCHEZ mantiene que, con este tenor, la propia Constitución prescribe lo que se podría denominar la *educación para la democracia* (en cursiva en el original), en “Libertad religiosa y derecho a la educación...”, *op. cit.*, p. 321.

³⁷ *Cfr.* MARTÍ SÁNCHEZ, José María: “La Educación para la Ciudadanía en el sistema de la Ley Orgánica de Educación...”, *op. cit.*, p. 27. VEGA GUTIÉRREZ, Ana María: “La objeción de conciencia en el ámbito educativo”, *op. cit.*, p. 256.

concepto de los mismos —que los decretos indican que ha de “aceptarse”³⁸— mediatizado por unos contenidos ideológicos o antropológicos determinados y, al mismo tiempo, los elevaría a la condición de armazón de una ética que todos han de compartir, y en inexcusable parámetro del juicio moral de todas las conductas.

¿Por qué no puede incurrir en este modo de actuar? La respuesta se encuentra en que la actividad de los poderes públicos en materia educativa debe desarrollarse dentro de unos límites. En relación con esta cuestión, no puede olvidarse que, en virtud del principio de laicidad o neutralidad, los poderes públicos deben actuar con neutralidad desde el punto de vista ideológico y religioso. Si no procedieran de este modo, podrían lesionar el derecho fundamental de libertad religiosa y de conciencia del alumno consagrado en el artículo 16 de la Constitución.

Supondría, asimismo, una vulneración de la libertad de enseñanza. Se centrará en este momento la atención en esta cuestión. Conviene tener en cuenta que el Tribunal Constitucional³⁹ ha calificado a esta libertad como una proyección de la libertad ideológica y religiosa, y del derecho de expresar y difundir libremente los pensamientos,

³⁸ El Tribunal Superior de Justicia de La Rioja ha señalado en la sentencia 159/2008, de 8 de julio, Sala de lo contencioso-administrativo, FJ 4, § C, que el Estado deberá procurar que exista ese respeto hacia los principios, derechos y obligaciones enunciados en el artículo 27.2 de la Constitución. Pero —continúa afirmando— esto es distinto de establecer una asignatura cuyo propósito consiste en que los alumnos “acepten” con el fin de formar una “conciencia moral cívica” —como indican los reales decretos—, pues el Estado no puede obligar a la aceptación de los valores de una ideología concreta, lo que supondría exceder ese respeto. Más relevante es el siguiente juicio emitido por el Tribunal Constitucional. Según afirma, en el FJ 7 de la sentencia 48/2003, “en nuestro ordenamiento constitucional no tiene cabida un modelo de “democracia militante” en el sentido que él le confiere, esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución”. Es, pues, distinto, el respeto exigible a los contenidos de nuestro sistema constitucional, de la adhesión a los mismos, que no es exigible. Esto supondría, como afirma el mismo Tribunal, una lesión de la libertad ideológica.

³⁹ STC 5/1981, motivo primero, § 7. En cuanto al contenido de esta libertad, cfr., entre la amplia bibliografía, ALZAGA, Óscar: *La Constitución española de 1978*, Madrid, 1978, pp. 249 y ss., particularmente p. 257 y s. Asimismo, FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO: *El sistema constitucional español*, op. cit., pp. 340-372. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, JOSÉ LUIS: “La educación en la Constitución española”, op. cit., p. 268 y ss. SATORRAS FIORETTI, ROSA MARÍA: *La libertad de enseñanza en la Constitución española*, Madrid, 1998.

ideas u opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales, como sucede con los artículos 16 y 20. Una de sus proyecciones, recogida en el artículo 27.3 de la Constitución, consiste en el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que deseen para sus hijos. Esta libertad se erige, por mandato constitucional, en un límite insoslayable de la actuación de los poderes públicos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ofrecido una ponderada interpretación sobre el engarce y equilibrio que debe existir dentro de un sistema educativo entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Ha afirmado que un Estado, en el ejercicio de su facultad de programar la enseñanza, puede incorporar la explicación de conocimientos e informaciones que tengan, directamente o no, un contenido filosófico o religioso⁴⁰. Se pretende con ello que las escuelas públicas puedan ser un lugar de encuentro de diferentes convicciones religiosas y filosóficas donde los alumnos puedan conocer pensamientos y tradiciones tan plurales como sea la propia sociedad⁴¹. Sin embargo, esas propuestas educativas han de ser compatibles con la libertad religiosa e ideológica⁴² de los alumnos y el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que sea conforme a sus convicciones⁴³.

Por estos motivos el mismo tribunal añade que, en la programación de esas enseñanzas con contenidos religiosos o filosóficos, los Estados habrán de asegurar que no se lesionan estos derechos fundamentales. Dicho en otros términos, el Estado no podrá servirse de estas enseñanzas para adoctrinar. Para evitar este riesgo, habrá de asegurar que los contenidos del programa sean transmitidos de una manera objetiva, crítica y pluralista, de manera que los alumnos puedan reflexionar sobre esas cuestiones en

⁴⁰ STEDH del caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, de 7 de diciembre de 1976, § 53.

⁴¹ STEDH del caso Folgerø contra Noruega, de 29 de junio de 2007, § 88.

⁴² Artículo 9 del CEDH.

⁴³ Artículo 2 del Protocolo adicional al CEDH de 1952.

un ambiente exento de proselitismo⁴⁴. Admitir lo contrario significaría que el derecho a elegir la formación filosófica, ideológica o religiosa de los alumnos les corresponde a los poderes públicos y no a los padres⁴⁵. Por eso ha establecido⁴⁶ que, en aquellas asignaturas que contengan contenidos religiosos o morales, debe existir necesariamente la posibilidad de abstenerse de cursarla.

Dentro del ámbito interno, el Tribunal Supremo español ha concluido, en sus sentencias de 11 de febrero de 2009 —que resuelven el litigio existente en torno a EpC⁴⁷—, que “las asignaturas que el Estado, en su irrenunciable función de programación de la enseñanza, califica como obligatorias no deben ser pretexto para tratar de persuadir a los alumnos sobre ideas o doctrinas”. Antes bien, “ha de mostrar la más exquisita objetividad y el más prudente distanciamiento”. Se trata de un juicio coinci-

⁴⁴ STEDH del caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, §§ 50, 53. Sentencias de los casos Campell and Cosans, de 25 de febrero de 1982, § 35. Valsamis contra Grecia, § 28 y Efstratiou contra Grecia, § 29, ambas de 18 de diciembre de 1996. STEDH del caso Hasan y Eylem Zengin contra Turquía, de 9 de enero de 2008, § 52. STEDH del caso Folgerø contra Noruega, § 84 h). En relación con las dos últimas sentencias citadas, cfr. EMBID IRUJO, Antonio: “La educación para la ciudadanía...”, *op. cit.*, pp. 47-53. JUSDADO, Miguel Ángel/ CAÑAMARES, Santiago: “La objeción de conciencia en el ámbito educativo. Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Folgerø v. Noruega”, *RGDCEE*, 15, 2007, ambos textos recogidos en DOMINGO, *Educación y Religión*, Granada, 2008, pp. 135-148 y 113-134 respectivamente. MARTÍN-RE-TORTILLO BAQUER, Lorenzo: *La afirmación de la libertad religiosa en Europa: de guerras de religión a meras cuestiones administrativas*, Madrid, 2006. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Manuel: “Libertad ideológica y educación para la ciudadanía. Otra aproximación jurídica”, *La Ley*, 7042, 2008, pp. 5-7. MARTÍNEZ TORRÓN, Javier: “La objeción de conciencia a la enseñanza religiosa y moral en la reciente jurisprudencia de Estrasburgo”, *RGDCEE*, 15, 2007. ROCA, María José: “Deberes de los Poderes Públicos para garantizar el respeto al pluralismo cultural, ideológico y religioso en el ámbito escolar”, *RGDCEE*, 17, 2008, pp. 20-22.

⁴⁵ STEDH del caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca, § 52. STEDH del caso Hasan y Eylem Zengin contra Turquía, § 52. STEDH del caso Folgerø contra Noruega, § 84, c) y e). Cuando se garantiza el “respeto” a esas creencias, se está afirmando un contenido de mayor intensidad que “tenerlas en cuenta”, o un “reconocimiento”, como afirman las sentencias de los casos Campell and Cosans, § 37. Valsamis contra Grecia, § 27. Efstratiou contra Grecia, § 28.

⁴⁶ STEDH del caso Folgerø contra Noruega, §§ 97 y ss, particularmente el § 100.

⁴⁷ SSTS, Sala tercera, de 11 de febrero de 2009, en concreto, recurso de casación 905/2008, FJ 10; recursos de casación 948/2008, 949/2008, y 1013/2008, FJ 15.

dente con el que previamente había mostrado el Consejo de Estado⁴⁸ en relación con el alcance y límites que había de tener la EpC en España. Es cierto que dentro de la enseñanza se van a transmitir siempre contenidos de carácter moral y valores, puesto que la neutralidad absoluta es imposible de lograr⁴⁹. Pero lo que sí es posible —y necesario— es que, en los momentos en que estamos ante cuestiones que adquieren una dimensión ética o moral patente o explícita⁵⁰, el Estado sea prudente y no las establezca con carácter obligatorio.

⁴⁸ Lo expone concretamente en el Dictamen sobre el proyecto de Real Decreto por el que se establecen las enseñanzas mínimas en Educación primaria (referencia 2234/2006), de 23 de noviembre de 2006. Advierte concretamente que el sistema educativo no puede emplearse para la difusión de valores que no estén consagrados en la propia Constitución o sean presupuesto o corolario indispensables del orden constitucional. Queda fijado, de este modo, un límite infranqueable para el sistema de enseñanza en general y para la educación para la ciudadanía en concreto.

⁴⁹ La escuela, por neutral que pretenda ser, transmitirá siempre algún tipo de valor. Ante esta situación, es aconsejable que reflejen los valores existentes en la sociedad y que no sean instrumentalizadas por los poderes públicos como medios de transmisión de los valores que a los poderes públicos les parezcan más convenientes. Si procedieran de este modo, podrían incluso forzar la transformación de la mentalidad social. El Tribunal Constitucional se ha referido a la necesaria neutralidad religiosa e ideológica de la enseñanza pública desde la sentencia 5/1981, FJ 9. Más recientemente, STC 38/2007, FJ 5. Sobre estas cuestiones, cfr. BRIONES, Irene: “La enseñanza de la religión en centros públicos españoles”, *ADEE*, 9, 1993, pp. 167-206. CONTRERAS MAZARIO, José María: *La enseñanza de la religión en el sistema educativo*, Madrid, 1992. DALLA TORRE, Giuseppe: *La questione scolastica nei rapporti fra Stato e Chiesa*, Bologna, 2^a ed., 1989, pp. 141 y ss. FERRER ORTIZ, Javier: “Los derechos educativos de los padres en una sociedad plural”, *RGDCCE*, 10, 2006. GONZÁLEZ DEL VALLE, José María: “La enseñanza religiosa”, en AA. VV., *Tratado de Derecho Eclesiástico*, Pamplona, 1994, pp. 991-1018. LORENZO VÁZQUEZ, Paloma: *Libertad religiosa y enseñanza en la Constitución*, Madrid, 2001, pp. 99-101. MARTÍ, José María: “La enseñanza de la religión: régimen jurídico y perspectivas de futuro”, *ADEE*, 14, 1998, pp. 501-536. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Manuel: “Libertad ideológica...”, *op. cit.*, pp. 5-7. ROCA FERNÁNDEZ, María José: “Deberes de los poderes públicos...”, *cit.* VÁZQUEZ GARCÍA-PENUELA, José María: “La enseñanza de la religión católica en España: algunos aspectos de sus regulaciones tras la Constitución de 1978”, *IC*, 89, 2005, pp. 143-181. VEGA GUTIÉRREZ, Ana María: “Objeciones de conciencia y libertades educativas”, *op. cit.*, pp. 341 y ss. *Idem*, “La objeción de conciencia en el ámbito educativo”, *op. cit.*, pp. 246-256.

⁵⁰ Es decir, cuando la delineación que hacen los poderes públicos del sistema educativo o alguna asignatura trasciende la moralidad común o sentido cívico común que preside el funcionamiento de las escuelas, se está extralimitando. Así lo explicaba el Tribunal Supremo, Sala Tercera, en su sentencia de 31 de enero de 1997, FJ 2. Este Tribunal explicaba que los apartados 1 y 2 del artículo 27 de la Constitución delimitan el sistema educativo unitario y obligatorio que a todos alcanza. Más allá de ello se ubica el apartado 3, que “se mueve ya en el

Como consecuencia de lo expuesto, resultaría paradójico que el Estado, garante de la plenitud de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, obstaculizara con su comportamiento su disfrute. Sería particularmente grave cuando el artículo 9.2 de la Constitución obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que las libertades del individuo —como la religiosa y la de enseñanza— sean reales y efectivas. El mismo texto le encomienda remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. No sería admisible que el principal obstáculo lo constituyera él mismo, a través de una programación extralimitada de la enseñanza que se injiriera en ámbitos reservados a la moral y creencias de la persona, y a la posibilidad de elección de los padres.

Expuestas estas cuestiones se puede concluir que parece claro que el Estado está facultado para organizar la enseñanza como estime más oportuno, e incluso incluir contenidos de tipo religioso o moral. Pero deberá hacerlo de dos maneras cumulativas: la primera, deberá proceder de un modo neutral y objetivo; la segunda consiste en que, sentado ese presupuesto, deberá respetar la capacidad de elección de los padres en el ámbito de la enseñanza cuando aparecen afectadas sus convicciones. El primer elemento (neutralidad) es en todo caso necesario, pero no es de suyo suficiente para asegurar siempre el respeto a las convicciones de los padres, por lo que habrá de realizar también este esfuerzo adicional. Cuando el artículo 27.3 reconoce este derecho a los padres, “está estableciendo una órbita de libertad privada y de terreno acotado para el poder público, impidiendo formaciones ideológicas imperativamente predispuestas desde el Estado”⁵¹. Por tanto, el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos no

terreno de la relevancia de las libres convicciones de cada cual”. Se admite que existe ese clima de moralidad o sentido cívico común de obligado respeto para todos. Pero también indica que puede haber añadidos —o un “plus” religioso y moral que va más allá del clima común— cuya elección corresponde a los padres. El resultado es que son ellos quienes pueden elegirlos, sin posibilidad de imponerlos a los demás, ni de que otros padres —ni tampoco los poderes públicos— se los puedan imponer a ellos.

⁵¹ ATC 276/1983, FJ 1.

les defiende sólo de aquellas enseñanzas obligatorias que persiguen fines adoctrinadores, sino que el Estado debería respetar las convicciones de los padres independientemente de la finalidad perseguida por la organización pública del sistema de enseñanza⁵². El interés del Estado por llevar a cabo un programa educativo no es un motivo que justifique la limitación de los derechos de los alumnos, de los padres, o de los profesores.

El resultado del entrecruce del derecho a la educación y la libertad de enseñanza —separados solamente por un punto y seguido en el artículo 27.1 de la Constitución— puede identificarse con lo que podríamos denominar “educación en libertad”⁵³. De esta configuración de la educación se desprende la necesidad de que los alumnos y sus padres gocen de una igual libertad en el momento de elegir sus opciones educativas⁵⁴. Este propósito no puede lograrse si median injerencias indebidas por parte de los poderes públicos.

Reconducido nuevamente este planteamiento al caso que nos ocupa —la EpC—, puede apreciarse que no es del todo fácil, dada la ambigüedad del tenor de los decretos, conocer con exactitud si traspasan los límites del artículo 27.2, y si derriba, en consecuencia, la barrera de protección de los derechos fundamentales recogidos en los artículos 16 y 27.3 de la Constitución. Por eso mismo no sólo debería haberse tenido en cuenta el concepto que el Estado tiene de su propia asignatura, sino también el criterio de los titulares de los derechos fundamentales afectados, es decir, los alumnos y sus padres, y los profesores llamados a impartir esta enseñanza. No podemos desconocer que es la personalidad de aquéllos la que debe desarrollar-

⁵² NAVARRO VALLS, Rafael: “Las objeciones de conciencia”, en FERRER ORTIZ: *Derecho eclesiástico del Estado español*, Pamplona, 2007, p. 172. VEGA GUTIÉRREZ, Ana María: “Objeciones de conciencia y libertades educativas”, *op. cit.*, pp. 367-369. *Idem*: “La objeción de conciencia en el ámbito educativo”, *op. cit.*, pp. 231-233 y particularmente 281 y s.

⁵³ DE LOS MOZOS, Isabel María: “Exigencias de la igualdad en la educación y legitimidad de especializaciones no discriminatorias”, *Persona y Derecho*, 50, 2004, p. 281.

⁵⁴ *Ibid.* Sobre esta cuestión cfr. VEGA GUTIÉRREZ, Ana María: “Objeciones de conciencia y libertades educativas”, *op. cit.*, pp. 344-350.

se plenamente a través de la formación que regulan los poderes públicos, y que son los padres —y no el Estado— los que tienen el derecho a elegir la educación de sus hijos⁵⁵. Por ello, en atención a las reiterados argumentos esgrimidos por este conjunto de personas en relación con la posible vulneración de sus derechos fundamentales, se podrían haber establecido medidas que acogieran sus planteamientos en cuanto tuvieran de legítimos, eliminando de esta manera los obstáculos que impidan el pleno disfrute de sus derechos⁵⁶.

En este sentido, se podría haber planteado la oportunidad de instalar los contenidos que se consideraran útiles para la formación del alumno como ciudadano de modo transversal, y no a través de una asignatura⁵⁷. En caso de crear la asignatura —como de hecho ha sucedido— habría resultado interesante valorar que no incorporara los contenidos más discutidos por su incidencia en la esfera moral de la persona —como las cuestiones referentes a la ética cívica o el modo de forjar los principios morales de enjuiciamiento de conductas—. O bien incorporarlos pero no de una manera obligatoria sino optativa. Esta medida fue, precisamente, la que propuso el Consejo Escolar del

⁵⁵ Comparto la opinión de Rafael Palomino en el momento de afirmar que “la palabra última acerca de si hay o no contenidos objetables no la tiene el propio Ministerio de Educación, sino los padres y los alumnos objetores. Es decir: la regulación para el Ministerio puede resultar neutral en sus propósitos y en su contenido pero, con independencia de su neutralidad, puede producir lesiones en derechos fundamentales y éste es el criterio por el que debemos desde fuera analizar el conflicto”, en PALOMINO LOZANO, Rafael: “Laicidad y ciudadanía”, *op. cit.*, p. 358. También resulta ponderado opinar que lo grave no es tanto que una asignatura presente unos contenidos u otros, sino la propia idea de imponer una moral común a los ciudadanos, sea cual fuere el origen ideológico de aquella. Este planteamiento constituye una quiebra para las libertades y nos encaminaría a un régimen totalitario, según LÓPEZ-SIDRO, Ángel: “La objeción de conciencia a la educación para la ciudadanía ante los Tribunales Superiores de Justicia”, *RGDCCE*, 17, 2008, p. 7. GARCIMARTÍN MONTERO, Carmen: “Neutralidad y escuela pública...”, *op. cit.*, p. 20, y cfr. p. 21 en relación con la atención del criterio de los padres a la hora de valorar la proyección de esta asignatura sobre la formación moral de sus hijos.

⁵⁶ Artículo 9.2 de la Constitución.

⁵⁷ Durante la tramitación de la LOE el Consejo Escolar del Estado propuso que estos contenidos se transmitieran de manera transversal, y no a través de una asignatura específica. Sobre ello, MARTÍ SÁNCHEZ, José María: “La Educación para la Ciudadanía en el sistema de la Ley Orgánica de Educación...”, *op. cit.*, pp. 7 y s.

Estado⁵⁸ durante la tramitación de los reales decretos que desarrollaban la LOE. Más concretamente propuso la incorporación de una disposición adicional en cada decreto que contuviera una cláusula de conciencia que permitiera la exoneración del estudio de EpC a quien, por motivos de conciencia, lo solicitara. Esta medida habría sido la más prudente y deseable por parte del legislador a la hora de implantar la asignatura. Teniendo en cuenta la falta de seguridad que ofrecen sus contenidos y el debate social generado, habría sido una muestra de consideración hacia los ciudadanos y sus derechos fundamentales.

No se ha procedido de este modo y, en consecuencia, la EpC sigue implantada con su ambigüedad, dependencia del enfoque con que se explique, y su carácter obligatorio. Estos motivos han ocasionado que quienes no comparten su contenido hayan reaccionado. El mecanismo más extendido ha sido la objeción de conciencia, si bien se podían haber planteado otros medios para conseguir un perfil más adecuado de esta asignatura. Estas cuestiones son las que se analizarán a continuación.

6. ACTUACIONES JURÍDICAS ANTE LA EpC

El propósito de este apartado consiste en examinar qué actuaciones jurídicas podrían haber emprendido, y aún pueden ejercitar, quienes consideran que los contenidos y sistema de evaluación de la EpC suponen una extralimitación de los poderes públicos en el ejercicio de sus competencias en materia de educación y, correlativamente, una lesión de derechos fundamentales como los consagrados en los artículos 16 y 27.3 de la Constitución. Es preciso tener en cuenta que no sólo deben enjuiciarse esos contenidos y evaluaciones, sino también los mecanismos

⁵⁸ *Vid.* RUANO ESPINA, Lourdes: “Objeción de conciencia a la Educación para la Ciudadanía...”, *op. cit.*, p. 52. El texto definitivo de decreto que se presentó no contempló esta posibilidad, pero incluyó varios votos particulares a favor de incluir una disposición adicional en el proyecto de real decreto en que se reconociera este derecho.

normativos que han producido su incorporación a los reales decretos y a los decretos autonómicos. Con este modo de proceder se podrían anular los preceptos inadmisibles tras su declaración de ilegalidad —si es que ésta procede—. La consecuencia es que habría desaparecido la obligación de estudiar esos concretos contenidos de la EpC por considerar que infringen el ordenamiento jurídico. En consecuencia, nadie se habría tenido que sentir obligado a objetar en conciencia, precisamente porque ya no habría habido ni deber jurídico, ni materia objetable. Expondré a continuación los mecanismos que hubieran sido —y en algunos casos aún pueden ser— idóneos para conseguir este objetivo. Examinaremos los recursos que son susceptibles de plantearse ante estas normas jurídicas, así como la viabilidad de la objeción de conciencia a su estudio.

6.1. LA REVISIÓN DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LOE

La EpC se instaura en España a través de la LOE. Este dato nos podría sugerir que el mecanismo más efectivo para combatir los posibles abusos a que aquella die-ra lugar consistiera en la revisión de su constitucionalidad ante el órgano para ello competente, es decir, el Tribunal Constitucional. Hubiera sido, no obstante, menos efectivo de lo que en principio podría parecer. El motivo principal se traduce en que la LOE, además de identificar a esta materia con un nombre y de prever los cursos en que se estudiará, y de establecer una vaga y genérica finalidad, poco más indica sobre esta asignatura. Por este motivo algunos órganos jurisdiccionales⁵⁹ no elevaron

⁵⁹ Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 197 y 198 de 11 de febrero de 2008, Sala de lo contencioso-administrativo. Exponen que “el mero enunciado de una asignatura en la Ley no puede entenderse como inconstitucionalidad por afectar a los derechos fundamentales de las personas”. Por cuanto se refiere a la descripción que realiza el preámbulo de la LOE sobre la EpC “no puede suscitar duda alguna sobre su constitucionalidad” (FJ 5). Por ello, “no cabe impugnar genéricamente las asignaturas relativas a la Educación para la

cuestión de inconstitucionalidad⁶⁰, a pesar de valorar esta posibilidad.

Por cuanto se refiere al recurso de inconstitucionalidad, ninguno de los sujetos legitimados para ello⁶¹ lo ha presentado ante el Tribunal Constitucional, ni podrá hacerlo ya debido a que ya ha transcurrido el plazo⁶² para interponer demanda ante este Tribunal. Probablemente los motivos hayan sido semejantes a los expuestos anteriormente.

6.2. ILEGALIDAD DE LOS DECRETOS

El contenido expreso de la LOE es difícilmente cuestionable, como se ha aclarado en el epígrafe anterior. Cuestión distinta es que esa indefinición carezca de efectos, especialmente cuando han de ser las normas de rango reglamentario las que establecen parte de lo que a ella, como ley, le habría correspondido. Esto nos permite entrar en el examen de los reales decretos que establecen las enseñanzas mínimas de educación primaria, secundaria obligatoria y bachillerato⁶³. Son ellos los que, como ya se ha adelantado en distintas ocasiones, delimitan los contenidos y evaluación de la EpC. Resulta conveniente estudiar cuáles son los mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico

Ciudadanía como contrarias al derecho a la libertad ideológica y en consecuencia que ni resulta necesario plantear cuestión de inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo de Educación para poder resolver la cuestión suscitada en [el proceso especial de protección de los derechos fundamentales de la persona], FJ 6. Por cuanto se refiere al Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo contencioso-administrativo, declara en el FJ 6 de la sentencia dictada el 30 de abril de 2008 que la Sala “resuelve en la improcedencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad por la referida indefinición de esos conceptos, aun anunciándose la aparición de ‘nuevos contenidos’ y la remisión que hace la L.O. 2/2006 para su determinación y alcance a la que se fije por el Gobierno”.

⁶⁰ Artículos 35-37 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, en BOE n. 239, de 5 de octubre.

⁶¹ Según el artículo 32 de la LOTC están legitimados para interponer este recurso el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, cincuenta diputados, y cincuenta senadores, además de los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas parlamentarias de las Comunidades Autónomas cuando la norma afecte a su propio ámbito de autonomía.

⁶² El recurso de inconstitucionalidad se formulará dentro del plazo de tres meses a partir de la publicación de la ley, según el artículo 33 de la LOTC.

⁶³ *Cfr.* nota a pie de página n. 6.

español para evaluar y, en su caso, anular las disposiciones de rango reglamentario ilegales.

Existen dos vías, ambas ejercitables directamente por los ciudadanos, que permiten impulsar la revisión en sede jurisdiccional de estas disposiciones. Se trata del recurso directo de ilegalidad⁶⁴, y del recurso indirecto⁶⁵. En ambos casos la pretensión que puede presentar el demandante podrá consistir en la declaración de que esa disposición no es conforme a Derecho —o, lo que es lo mismo, que incurre en ilegalidad⁶⁶— y, en su caso, su anulación⁶⁷. También podría solicitar, como apéndice de la pretensión anulatoria, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma⁶⁸.

En el caso de impugnar los reales decretos aprobados en Consejo de Ministros, el recurso debería interponerse ante la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, que lo habría juzgado en única instancia⁶⁹. Si se trata, en cambio, de decretos autonómicos, les correspondería enjuiciar estos recursos a las Salas de lo contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, que también conocerán en única instancia⁷⁰.

Cabe añadir finalmente que la sentencia que anule una disposición general o parte de ella tendrá efectos *erga omnes*, es decir, la declaración de nulidad del texto reglamentario recurrido tendrá efectos generales, y no sólo en relación con las partes del proceso⁷¹. Este último dato ya es de suyo suficiente para comprobar la importancia de estos recursos si se compara con la objeción de conciencia. En el caso de que ésta se acepte en sede administrativa y se exo-

⁶⁴ Artículo 25.1 LJCA

⁶⁵ Artículo 26.1 LJCA.

⁶⁶ Identificación que establece la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de junio de 2003, FJ 16.

⁶⁷ Artículo 31.1 LJCA. Sobre las pretensiones que se reconocen la LJCA, cfr. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo III, volumen I, Pamplona, 2008, pp. 385 y ss.

⁶⁸ Artículo 31.2 LJCA.

⁶⁹ Artículo 12.1,a) de la LJCA.

⁷⁰ Artículo 10.1b) de la LJCA.

⁷¹ Artículo 72.2 LJCA.

nera de ese modo al alumno de acudir a las clases de EpC y evaluarse de esta materia —lo cual no es del todo fácil en nuestro sistema jurídico⁷²—, se trataría, en todo caso, de una solución que no sería de alcance general, sino válida para esos concretos objetores. Por tanto, la obligación de cursar la materia decae en unos casos determinados, pero permanece para cuantos no objeten o su objeción no sea aceptada.

Por otra parte, la estimación de un recurso contra los reglamentos demostraría que tal regulación no estaba ajustada a Derecho. En cambio, la propia definición de la objeción pasa por oponerse a normas cuya constitucionalidad o legalidad no se discute⁷³. Estos extremos serán examinados más adelante⁷⁴, pero es preciso adelantar que el objetor lo que pretende es que se le exonere de un deber jurídicamente exigible que atenta contra su conciencia⁷⁵ pero que, al menos en principio, no discute en términos de legitimidad. Entiende que es contrario a su conciencia y ese es el motivo por el que rechaza observarlo.

Se examinará a continuación la posibilidad de presentar un recurso directo o indirecto frente a los reglamentos que regulan la EpC.

6.2.1. *El recurso directo contra reglamentos*

Una de las principales características de este recurso es que está sometido a plazo. Sólo se puede presentar dentro de los dos meses siguientes a la fecha de publicación de la disposición impugnada⁷⁶. Los reales decretos que de-

⁷² Cfr. nota n. 93.

⁷³ BERTOLINO, Rinaldo: *L'obiezione di coscienza "moderna". Per una fondazione costituzionale del diritto di obiezione*, Torino, 1994, p. 34.

⁷⁴ § 6.3.

⁷⁵ Vid. nota n. 124.

⁷⁶ Artículo 46 LJCA. Los recursos directos contra disposiciones generales gozan de preferencia sobre cualquier otro recurso, salvo el proceso especial de protección de los derechos fundamentales, tal como prescribe el artículo 66 de la LJCA. La pretensión del demandante de anular estas disposiciones la reconoce el art. 31.1. El órgano jurisdiccional, en virtud del art. 33.3, en casos de impugnación directa de una disposición general, puede extender el enjuiciamiento a

sarrollan la LOE non han sido objeto de recurso directo ante el tribunal Supremo. Tampoco lo han sido las disposiciones reglamentarias autonómicas, salvo determinados artículos de las órdenes dictadas en esta materia por la Junta de Andalucía. El resultado concluyó con sentencia anulatoria de varios de los artículos recurridos de estas órdenes autonómicas y la presentación de cuestión de ilegalidad de los reales decretos nacionales ante el Tribunal Supremo⁷⁷. Quitando este concreto caso, ni los decretos nacionales ni los autonómicos podrán ser objeto de este recurso como consecuencia de la preclusión del plazo. Sólo podrían serlo normas reglamentarias que se aprobaran en el futuro.

6.2.2. *El recurso indirecto*

A través de este recurso se impugna un acto administrativo dictado en aplicación de un reglamento. Se entiende que el acto es nulo, pero no por cuestiones intrínsecas a él, sino derivadas de la nulidad del reglamento en que se basa⁷⁸. Por tanto, el reglamento se cuestiona, pero indirectamente, a través de un acto que lo aplica. El plazo para interponer este recurso no depende de la publicación del reglamento, sino de la fecha en que se dictó el acto administrativo que es objeto directo del recurso⁷⁹.

Hasta este momento, encontramos que se ha interpuesto un recurso indirecto contra los reglamentos que regulan la EpC. Se ha presentado ante el Tribunal Superior de

otros artículos distintos de los que han sido objeto de recurso si estima que están conectados.

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo contencioso-administrativo, de 30 de abril de 2008. Los aspectos referentes a la cuestión de ilegalidad presentada por este Tribunal se analizarán más adelante, en el apartado 6.2.3.

⁷⁸ Establece el artículo 26.1 de la LJCA que “además de la impugnación directa de las disposiciones de carácter general, también es admisible la de los actos que se produzcan en aplicación de las mismas, fundada en que tales disposiciones no son conformes a Derecho”.

⁷⁹ Según el artículo 46.1 de la LJCA el plazo para interponer recurso administrativo contra un acto que agota la vía administrativa es de dos meses contados desde el día siguiente al de su notificación o publicación.

Justicia de La Rioja⁸⁰. En este caso, debido a que se planteaba dentro de un procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona⁸¹, el enjuiciamiento se ha ceñido a considerar si se ha producido una vulneración de los artículos 16 y 27.3 de la Constitución a través del acto de la Consejería de Educación que desestima la objeción de conciencia. En consecuencia, el reglamento sería ilegal por haber vulnerado tales derechos fundamentales. En cambio, no ha habido hasta el momento un proceso judicial de legalidad ordinaria contra dichos reglamentos como consecuencia de un recurso contencioso-administrativo indirecto, frontalmente planteado y en el cual se habrían podido enjuiciar todos los elementos de legalidad ordinaria que habrían podido invalidar el reglamento en cuanto tal, como es principalmente la reserva de ley o cualquier otro motivo⁸², tal como se examinará con más detenimiento en el apartado siguiente.

Desde el punto de vista del restablecimiento del derecho del recurrente, en el proceso contencioso subjetivo del artículo 114 y siguientes de la LJCA, se parte de la necesaria identificación del derecho fundamental que se considera vulnerado. Su enjuiciamiento se convierte en el punto central del proceso⁸³. En cambio, en el contencioso ordinario, que consiste en la impugnación del acto de denegación de la solicitud del interesado con el posterior recurso contencioso-administrativo indirecto, se parte de una pretensión de nulidad del acto impugnado como consecuencia de la ilegalidad del reglamento, haciendo valer en su contra cuestiones de ilegalidad ordinaria⁸⁴. Esto no impide, no obstante, el restablecimiento de la situación jurídica individualizada⁸⁵

⁸⁰ Se trata del recurso planteado ante el TSJ de La Rioja, resuelto mediante la sentencia n. 159/2008, de 8 de julio, Sala de lo contencioso-administrativo.

⁸¹ Artículo 114 y siguientes de la LJCA que desarrolla, en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, el procedimiento de amparo judicial de las libertades y derechos previsto en el artículo 53.2 de la Constitución española.

⁸² *Cfr.* § 6.2.4.

⁸³ En relación con las características propias de este procedimiento especial, *cfr.* GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: *Tratado de Derecho Administrativo, op. cit.*, tomo III, volumen II, pp. 1059-1077.

⁸⁴ *Cfr.* § 6.2.4 de este trabajo.

⁸⁵ Artículo 31.2 de la LJCA.

que se impone como consecuencia lógica de la declaración de ilegalidad del acto y del reglamento.

Es significativo que este segundo contencioso —el ordinario— que, en la práctica, suele ser el más habitual, haya quedado todavía sin plantearse en los casos referentes a la EpC. Resulta también llamativo si tenemos en cuenta que, por otra parte, este recurso permite llegar al mismo resultado desde el punto de vista de los intereses del particular. Esto se traduce, en nuestro caso, en que también le evita cursar las asignaturas que componen la EpC. Dicho resultado de la situación jurídica individualizada en el recurso contencioso-administrativo ordinario (no cursar la asignatura que se pretende) es asimismo el resultado del contencioso de derechos fundamentales por la vía de la vulneración de la objeción de conciencia. La cuestión clave está en que la primera de las vías planteadas aún no está explorada.

En la sentencia de La Rioja, que es acaso la más significativa de las sentencias dictadas hasta la fecha, es cierto que el Tribunal identifica la presencia de un recurso indirecto contra un reglamento, pero de una manera muy forzada. Lo hace, en realidad, por el hecho anecdótico de haber tenido que responder en sentido contrario a la causa de inadmisibilidad del Abogado del Estado⁸⁶. Pero, teniendo en cuenta que el proceso lo ha encauzado el recurrente por la vía del artículo 114 de la LJCA, el juicio mismo de ilegalidad del reglamento se realiza no más allá de la posible vulneración del derecho fundamental, faltando —porque no lo ha planteado así el recurrente— un enjuiciamiento completo de ilegalidad del reglamento.

En las demás sentencias dictadas por otros Tribunales Superiores de Justicia en casos de recursos contra la denegación del derecho a objetar —encauzados igualmente a través del artículo 114 de la LJCA—, ni siquiera se mencionan estas cuestiones, pues en momento alguno se ha hablado de recursos indirectos contra reglamentos. El mo-

⁸⁶ FJ 3 de la sentencia 159/2008, de 8 de julio, Sala de lo contencioso-administrativo.

tivo es que el enjuiciamiento judicial se ha planteado en los simples términos de si la actuación recurrida ha vulnerado un derecho fundamental o no, presentando resultados diversos. En unos casos se ha entendido que el acto que deniega la objeción de conciencia no lesiona la libertad religiosa y de conciencia ni el artículo 27.3 de la Constitución, mientras que en otros se ha entendido lo contrario⁸⁷. No obstante, el planteamiento procesal ha sido idéntico en todos esos recursos.

Es interesante especificar que, en realidad, en la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia riojano, también se ha producido un enfoque del asunto desde el único punto de vista de la vulneración del derecho fundamental. Ello no ha evitado que esta sentencia introduzca ciertos matices de interés desde el momento en que —como se ha indicado— se ha referido incidentalmente a los recursos indirectos contra los reglamentos. Incluso detecta⁸⁸, en el marco de su enjuiciamiento provisional de ilegalidad, y sin profundizar más en ello, la posible falta de cobertura legal del reglamento, planteamiento éste que está inédito hasta este momento. Es oportuno indicar que, aunque se hubiera adentrado más en esta cuestión, no habría tenido competencia para declarar la nulidad de los reales decretos —o parte de su articulado— porque no podemos olvidar que esto es competencia del Tribunal Supremo⁸⁹. Por este motivo, el Tribunal Superior de Justicia remite el es-

⁸⁷ Las soluciones han sido diferentes. Desde la consideración del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de que no estima la pretensión de objetar porque ese derecho no existe (auto de 28 de noviembre de 2007), a la de los Tribunales de Andalucía (sentencias de la sección de Sevilla de 4 de marzo y 10 de abril de 2008, y varias más dictadas posteriormente con idéntico contenido) y La Rioja (sentencia de 8 de julio de 2008) que entienden que la objeción está justificada porque es un derecho fundamental que puede ejercerse con independencia de que una ley lo permita expresamente. Entre ellos queda el Tribunal Superior de Justicia de Asturias que cree que el derecho a objetar existe, pero no puede prosperar tal como se lo han planteado (sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Asturias 197/2008, y la 198/2008, ambas de 11 de febrero, Sala de lo contencioso-administrativo, principalmente FFJJ 4 y 5). Todas estas resoluciones han sido dictadas por las Salas de lo contencioso-administrativo de cada uno de estos Tribunales.

⁸⁸ FJ 4, B *in fine* de la sentencia 159/2008, de 8 de julio, del Tribunal Superior de Justicia de La Rioja, Sala de lo contencioso-administrativo.

⁸⁹ *Cfr.* notas nn. 69 y 70.

tudio de esta cuestión al Alto Tribunal presentando ante él una cuestión de ilegalidad, aspecto que retomaremos más adelante⁹⁰.

En definitiva, el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales requiere que, para que un órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la nulidad de un acto y de la disposición general en que trae causa, el recurrente invoque la lesión de un derecho fundamental. Es verdad que este proceso sigue, en principio, las mismas reglas generales de la LJCA en cuanto al objeto del recurso, por lo que también podría solicitarse declaración de ilegalidad de un acto o de una disposición general. Pero, como consecuencia de la especialidad de este procedimiento, la finalidad de las pretensiones tendrá que ser la de restablecer o preservar los derechos fundamentales⁹¹. Por ello, la sentencia que dicte el órgano jurisdiccional correspondiente estimará el recurso cuando la disposición, actuación o acto incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico y, como consecuencia de la misma, vulneren un derecho de los susceptibles en amparo⁹². Esto significa que el núcleo del proceso consiste en comprobar si se ha lesionado el derecho fundamental. Si tenemos en cuenta el contexto en que nos situamos, el enjuiciamiento de los reglamentos pasaría por la verificación previa de la violación de los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 16 y 27.3 de la Constitución como consecuencia de los actos de las Consejerías de Educación que desestiman la objeción de conciencia. Aunque algunos Tribunales Superiores de Justicia hayan reconocido el derecho a objetar y hayan estimado los recursos de los objetores, no deja de ser también cierto que la objeción de conciencia es difícil de pro-

⁹⁰ § 6.2.3.

⁹¹ El artículo 114.2 establece que “podrán hacerse valer en este proceso las pretensiones a que se refieren los artículos 31 y 32 [la pretensión de declaración de ilegalidad de un acto o de una disposición general la reconoce el artículo 31.1.], siempre que tengan como finalidad la de restablecer o preservar los derechos o libertades por razón de los cuales el recurso hubiere sido formulado”.

⁹² Artículo 121.2 de la LJCA. Sobre estas cuestiones cfr. nuevamente GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago: *Tratado...*, *op. cit.*, tomo III, volumen II, particularmente pp. 1065-1070.

bar y no siempre es bien conocida por los tribunales y la generalidad de los juristas⁹³. Prueba de ello es que otros Tribunales Superiores de Justicia no la han reconocido, y el Tribunal Supremo, en sus recientes sentencias de 11 de febrero de 2009, ha negado que se pueda objetar al estudio de la EpC. Su estudio se realizará más adelante⁹⁴, pero es oportuno indicar en este momento que ha negado la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia⁹⁵, ni siquiera como derivación o manifestación del artículo 16 de la Constitución.

El proceso contencioso-administrativo ordinario, hasta ahora insuficientemente aplicado, permite, como hemos visto, que se pueda presentar un recurso indirecto ante un órgano jurisdiccional sin necesidad de centrar el proceso en la comprobación de la lesión de un derecho fundamental —nos alejamos, por tanto, de la más insegura objeción de conciencia—, haciendo valer las cuestiones de ilegalidad ordinaria en contra del reglamento que, con toda pro-

⁹³ Creo que es preciso tener presente que el ordenamiento jurídico español es de corte continental, lo que supone que los juristas tiendan a identificar el Derecho con la Ley, y que ésta es la única que representa los intereses generales. Nos hallamos en un contexto donde continúa prevaleciendo la “perspectiva legalista” sobre el “equilibrio de intereses”. Este último concepto se refiere a la búsqueda del mayor grado de protección para la libertad sobre la intangibilidad de la legislación formal. A partir de aquí, la objeción de conciencia no se concibe tanto como una excepción consentida al orden legal establecido, como el ejercicio de un derecho fundamental. Por tanto, su práctica se encuentra libre de desconfinanzas. Desde este punto de vista, la objeción de conciencia no se presenta solamente como la defensa que una persona realiza de un interés privado. Trasciende esta situación desde el momento en que esa pretensión tiene su fundamento en el ejercicio de un derecho fundamental, y la garantía de estos derechos es un verdadero interés público. Sobre estas cuestiones, *vid.* COMBALÍA SOLÍS, Zoila: “La necesidad de flexibilización del Derecho y la objeción de conciencia en una sociedad plural. (Contraste entre el sistema continental y el angloamericano)”, en ROCA FERNÁNDEZ: *Opciones de conciencia...*, *op. cit.*, pp. 65-99. MARTÍNEZ TORRÓN, Javier: “Las objeciones de conciencia de los católicos”, *RGDCEE*, 9, 2005, pp. 4-8. También en *Idem*: “Las objeciones de conciencia en el Derecho internacional y comparado”, en AA.VV.: *Objeción de conciencia y función pública*, Madrid, 2007, pp. 107-112. MARTÍNEZ TORRÓN, Javier/NAVARRO VALLS, Rafael: “Protecting conscientious objection as a fundamental right. Considerations on the draft agreements of the Slovak Republic with the Catholic Church and with other registered Churches”, *RGDCEE*, 12, 2006, pp. 7-12.

⁹⁴ § 6.3.

⁹⁵ FJ 8 *in initio* de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009, recurso de casación n. 905/2008. Asimismo, FJ 7 de las sentencias de la misma fecha que resuelven los recursos de casación 1013, 948 y 949 de 2008.

babilidad, al órgano jurisdiccional le resultan más conocidas que la objeción. Permite, por tanto, el enjuiciamiento de la ilegalidad del acto y del reglamento sin necesidad de vincularlo con la objeción de conciencia. Se trata de una oportunidad aún insuficientemente aprovechada.

6.2.3. *Las cuestiones de ilegalidad contra los reales decretos*

Antes de analizar las posibles causas de ilegalidad de los reales decretos —a lo que se procederá en el apartado siguiente—, es oportuno referirse a las cuestiones de ilegalidad presentadas ante el Tribunal Supremo. Aunque se trate de una cuestión principalmente procesal, cuyo estudio desbordaría los límites de este trabajo, mencionaré, aun someramente, algunos de sus aspectos más relevantes. Se trata de dos cuestiones elevadas a través de dos sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de La Rioja⁹⁶ y de Andalucía⁹⁷ en que estimaban los recursos presentados por entender que era ilegal el contenido de los reales decretos que configuran la materia EpC. Trátándose de normas aprobadas en Consejo de Ministros, es al Tribunal Supremo y no a ellos a quien le corresponde enjuiciar este asunto. Por este motivo han desplazado a aquél el conocimiento de esta cuestión por medio de una cuestión de ilegalidad⁹⁸. Cabe precisar que, con independencia de su fallo, la decisión que adopte el Tribunal Supremo como consecuencia del planteamiento de las cuestiones de ilegalidad no modificará⁹⁹ la situación jurídica concreta derivada de las sentencias de los tribunales que la elevaron. Otra cosa es que enjuicie estas sentencias como consecuencia del planteamiento de otro recurso. Esto es cuanto ha sucedido en relación con el pronunciamiento

⁹⁶ Sentencia n. 159/2008, de 8 de julio, Sala de lo contencioso-administrativo.

⁹⁷ Sentencia de 30 de abril de 2008, Sala de lo contencioso-administrativo.

⁹⁸ Artículos 27.1 y 123-126 de la LJCA.

⁹⁹ Artículo 126.5 de la LJCA:

andaluz, en torno al cual se ha suscitado otro aspecto procesal de interés.

En efecto, al mismo tiempo que aplicaba el artículo 27.1 de la LJCA, el Abogado del Estado, el Letrado de la Junta, y el Ministerio Fiscal recurrieron ese pronunciamiento en casación¹⁰⁰. Ante la concurrencia de la cuestión y del recurso, el Tribunal Supremo ha decidido resolver el recurso de casación. Ha entendido¹⁰¹ que, por una parte, la cuestión de ilegalidad sólo puede plantearse a través de una sentencia firme, característica de que no goza aún el fallo andaluz —recurrido, de hecho, en casación—. Por otra parte, ha afirmado que, al mismo tiempo que se pronuncia en casación podrá anular, si lo estima procedente, los reglamentos cuya legalidad se discute en virtud de la facultad que le otorga a estos efectos el artículo 27.3 de la LJCA. Será conveniente esperar al resultado de este recurso, si bien no creo aventurado pensar que no se mostrará excesivamente distante de las sentencias pronunciadas sobre esta misma cuestión el 11 de febrero de 2009.

6.2.4. *Posibles causas de ilegalidad de los reglamentos*

Tal como se ha expuesto, la interposición de un recurso ordinario contra los reglamentos habría permitido a los recurrentes esgrimir argumentos más técnicos —desde el

¹⁰⁰ Recurso de casación n. 1484/2008.

¹⁰¹ Auto dictado por la Sala tercera el 20 de noviembre de 2008. La parte recurrida alegó como una de las causas de inadmisión de este recurso que la sentencia andaluza no sería recurrible en relación con el particular relativo al planteamiento de la cuestión de ilegalidad que dispone el fallo hasta que aquella adquiriera firmeza. El FJ 3 del citado auto explica que esa causa de inadmisión no puede ser acogida “pues, con independencia de su inexistencia como causa de inadmisión, es lo cierto que siendo evidente que el planteamiento de la cuestión de ilegalidad exige la firmeza de la sentencia ex artículo 27 de la Ley Jurisdiccional, dicha cuestión quedaría en principio en suspenso hasta tanto se resolviera el recurso de casación y la sentencia recurrida ganase firmeza. Pero es que, en todo caso, es preciso reparar en que el [...] artículo 27, en su número 3, apodera a este Tribunal Supremo para, sin necesidad de plantear la cuestión de ilegalidad, anular ‘cualquier disposición general cuando, en cualquier grado, conozca de un recurso contra un acto fundado en la ilegalidad de aquella norma’”.

punto de vista jurídico— que aquellos en que se basa la objeción de conciencia o, al menos, más conocidos para los tribunales. Es el momento de analizar en qué motivos se podría haber fundamentado el recurso de ilegalidad con el fin de que un órgano jurisdiccional declarara su nulidad¹⁰².

Se puede partir de una posible vulneración del principio de reserva de ley¹⁰³. Nos encontramos ante unas normas con rango reglamentario que, en el momento de configurar la materia de EpC, afectan a determinados derechos fundamentales¹⁰⁴. Esta situación hace dudar de que el rango normativo de las normas sea el adecuado para este menester puesto que la regulación de los derechos y libertades fundamentales es una tarea que la Constitución¹⁰⁵ reserva a la ley. Como explica el Tribunal Constitucional¹⁰⁶, el significado de esta reserva consiste en asegurar que “la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos”.

El principio de reserva de ley, —relacionándolo con el de jerarquía normativa¹⁰⁷—, no excluye la posibilidad de

¹⁰² Establece el artículo 62.2 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (BOE n. 285, de 27 de noviembre), que “también serán nulas de pleno derecho las disposiciones administrativas que vulneren la Constitución, las leyes u otras disposiciones administrativas de rango superior, las que regulen materias reservadas a la Ley, y las que establezcan la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”. Cfr: los artículos 23 y 26 de la ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (BOE de 28 de noviembre).

¹⁰³ Cfr. nota a pie de página anterior.

¹⁰⁴ Me remito a lo explicado en los §§ 4 y 5 de este trabajo.

¹⁰⁵ Artículos 53 y 81 de la Constitución.

¹⁰⁶ STC 83/1984, FJ 4. Sentencias de la Audiencia Nacional, Sala de lo contencioso-administrativo, de 2 de diciembre de 2002, FJ 3, y de 14 de octubre de 2004, FJ 8. Cfr. STC 19/1987, FJ 4. En relación con el principio de reserva de ley cfr. asimismo la sentencia del Tribunal Supremo, Sala tercera, de 18 de noviembre de 2004. En último término, la reserva de ley es una de las principales garantías de la seguridad jurídica, como explica BERMEJO VERA, José: *El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural*, Madrid, 2005, p. 90, exponiendo en las páginas siguientes las principales manifestaciones de la quiebra de esa reserva que desembocan en inseguridad jurídica.

¹⁰⁷ Es oportuno recordar que una de las principales amenazas de la reserva de ley la constituye la indebida aplicación del principio de jerarquía normativa, como expone BERMEJO VERA, José: *El declive...*, op. cit., p. 98.

que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias para que las desarrollen, pero partiendo de una regulación completa de la materia por parte de la ley¹⁰⁸. El principio de reserva de ley impide, tal como afirma el Tribunal Constitucional¹⁰⁹, “que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador”.

No podemos olvidar que tanto los reales decretos como los decretos autonómicos son reglamentos ejecutivos. Esta cualidad exige que, como regla de principio, respeten el contenido de la ley que desarrollan. Los reglamentos deben limitarse a completar cuestiones de detalle, sin invadir el contenido de la ley en supuestos de materias a ella reservadas¹¹⁰. Siguiendo los argumentos desarrollados tanto el Tribunal Constitucional¹¹¹ así como el Supremo¹¹², estos reglamentos deben limitarse a establecer las reglas o normas precisas para la explicitación, aclaración y puesta

¹⁰⁸ SSTC 5/1981, FFJJ 14, 15 y 21. 77/1985, FJ 14. 99/1987, FJ 3.

¹⁰⁹ STC 83/1984, FJ 4. Efectivamente, como afirma la STC 71/1982, FJ 4, no hay habilitación legal para que, mediante reglamentaciones subordinadas, se incida en áreas reservadas a la ley.

¹¹⁰ Es oportuno añadir que una de las razones que justifican la potestad reglamentaria consiste en el carácter técnico que reviste, frente a la labor política y no técnica de las Cámaras legislativas. Por tanto, son contenidos técnicos los que se esperan en los reglamentos, quedando los de carácter más general o político en manos de las Cámaras. La potestad reglamentaria no deja de ser una potestad administrativa cuyo uso está reservado al Gobierno, pero no puede confundirse con la posesión de una potestad legislativa, como indica GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, Madrid, 2002, pp. 271 y 273. Por estos motivos se podría acusar a los reglamentos que regulan el régimen de EpC de trascender los contenidos técnicos para adentrarse en cuestiones de opción política, para lo que no está llamada una norma jurídica de este rango.

¹¹¹ STC 18/1982, cuyo FJ 4 afirma, en relación con los reglamentos ejecutivos, que son “aquellos que están directamente y concretamente ligados a una ley, a un artículo o artículos de la ley o a un conjunto de leyes, de manera que dicha ley (o leyes) es completada, desarrollada, pormenorizada, aplicada y cumplimentada o ejecutada por el reglamento”. El FJ 4 de la Sentencia 83/1984 aclara que el desarrollo reglamentario consiste en “un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley”.

¹¹² STS de la Sala Tercera de 8 de julio de 1998, FJ 2. SSTs de la misma Sala, de 17 de mayo de 2005, FJ 3, y de 30 de diciembre de 2004, FFJJ 7-9.

en práctica de los preceptos de la ley, pero no contener mandatos nuevos. Los reglamentos, pues, no deben extenderse a materias distintas de las de la ley de autorización en que tienen su origen¹¹³. Este es el resultado de la diferencia que existe en nuestro ordenamiento jurídico entre normas que proceden “de un poder potencialmente ilimitado (dentro de la Constitución) [que son las leyes] y las dictadas por otro que, por el contrario, es radicalmente limitado y salvo muy contadas excepciones sólo puede actuar cuando el primero lo habilita [los reglamentos]”¹¹⁴.

En relación con la EpC, los decretos finalizan por sustituir a la ley y regular materias a ella reservadas, quebrantando así la reserva de ley. Esta extralimitación en el ejercicio de la potestad reglamentaria no se justifica por el hecho de que la ley disponga de un contenido escaso, como tampoco lo habría excusado que, en su caso, hubiera dispuesto de cláusulas de habilitación que supusieran una verdadera deslegalización de la materia reservada. En este caso habría producido “una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir”¹¹⁵. Es preciso recordar que la reserva de ley no aparece solamente como una garantía de la institución parlamentaria frente a la potestad reglamentaria del Gobierno. Se muestra también como “una técnica de garantía de la institución parlamentaria frente a sí misma”¹¹⁶ en el sentido de que le impide al Parlamento renunciar al ejercicio de la función normativa —por razones de comodidad o de conveniencia política— sustituyéndola por remisiones o habilitaciones amplias o indeterminadas a favor de la potestad reglamentaria¹¹⁷.

¹¹³ GARRIDO FALLA, Fernando: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. I, *op. cit.*, p. 278.

¹¹⁴ STC 35/1982, FJ 2.

¹¹⁵ STC 83/1984, FJ 4 *in fine*.

¹¹⁶ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso: *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. I, Madrid, 2004, p. 363 y cfr. p. 345.

¹¹⁷ *Ibid.*

No es, por tanto, admisible que un decreto establezca contenidos que no son de simple detalle de la ley, como tampoco lo es que la sustituya, especialmente cuando lo que regula ese reglamento incide directamente en el contenido esencial de los derechos fundamentales. A esto se añade que los decretos que examinamos incluyen en el currículo, como valores comunes, algunos aspectos que no tienen el expreso respaldo de la Constitución. Esto permite que la materia se abra a otros contenidos ético-cívicos distintos de los derechos reconocidos en la Constitución pero que pueden incidir en la formación o educación de la persona¹¹⁸, como sucede con conceptos tales como la “afectividad”. Todo ello desemboca en que no sea aventurado considerar que el Poder ejecutivo ha asumido funciones que correspondían al legislativo. Podría entenderse, por tanto, que el Ejecutivo ha incurrido en un exceso en el ejercicio de la potestad reglamentaria por falta de habilitación del texto legal¹¹⁹.

A estas consideraciones se puede añadir que la dicción de los reglamentos susceptible de ocasionar inseguridad jurídica. La inclusión de expresiones como afectividad, género, ética cívica, juicio moral, prejuicios, y otros de esta índole cuyo alcance no es seguro, son algunos de los motivos que han provocado que se cuestione esta asignatura¹²⁰ por su carácter ambiguo e impreciso —tal como los han definido tanto algunos tribunales como un amplio sector doctrinal¹²¹—. Si tenemos en cuenta que nos encontramos

¹¹⁸ Cfr. GONZÁLEZ VILA, Teófilo: “Aconfesionalidad, laicidad y laicismo...”, *op. cit.*, pp. 88 y 96.

¹¹⁹ El Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas habla de un “exceso de la disposición reglamentaria por falta de habilitación respecto al texto legal”. Añade que se ha llegado a “una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria”, en el § X del voto particular a la sentencia del Tribunal supremo de 11 de febrero de 2009 que resuelve el recurso de casación 905/2008 contra la sentencia dictada el 4 de marzo de 2008 por el TSJ de Andalucía. Cita las SSTC 83/1984, FJ 4; 99/1987, FJ 3; 127/1994, FJ 5; 153/1994, FJ 4; 45/2004, FJ 3. Sobre la relación entre la habilitación legal y la reserva de ley, cfr. la sentencia del Tribunal Supremo, Sala tercera, de 30 de diciembre de 2004, FJ 9.

¹²⁰ Cfr. § 5.1 de este trabajo.

¹²¹ Cfr. notas a pie de página nn. 12 y 13.

ante una materia relacionada con derechos fundamentales como la libertad de enseñanza y la libertad religiosa, no podemos ubicarnos en un ámbito de incertidumbre tal que perpetúe el debate sobre el posible carácter lesivo de la asignatura hacia estos derechos. No resulta aceptable que, en materia de semejante importancia, exista inseguridad jurídica.

Podríamos concluir este apartado con una última observación. Aun en el supuesto de que se hubieran salvado los principios de reserva de ley y jerarquía normativa —cuestión improbable, como se ha expuesto—, la potestad reglamentaria no se puede desarrollar con absoluta discrecionalidad. Uno de los principios generales del Derecho que limita esta actividad es la interdicción de la arbitrariedad, cuyo origen se encuentra en el artículo 9.3 de la Constitución. Con ello se quiere decir¹²² que disposiciones de este rango deben tener una justificación no sólo lícita, sino también racional y proporcionada en la adecuación de las medidas que establecen a los fines que deben perseguir. Las desviaciones que se produzcan, estableciendo una normativa no exigida por la defensa de los intereses públicos afectados, puede suponer una arbitrariedad¹²³ de la autoridad administrativa que lo dicta. Aparte de las cuestiones de contenido motivadas en cierta medida por las carencias que presenta la ley orgánica, no resultaría proporcionado en caso alguno que las normas que la desarrollan impongan a los alumnos una participación en clase que les obligue a manifestar sus creencias, ni que establezcan unos mecanismos de evaluación basados en la aprehensión y vivencia de esos contenidos. Ni la obligatoriedad de la asignatura en aquellos aspectos que inciden en la moral y desarrollo de la personalidad del alumno, ni los sistemas de evaluación previstos responden a ningún interés legítimo, como igualmente sucede con la participación prevista para los alumnos en clase.

¹²² COSCULLUELA MONTANER, Luis: *Manual de Derecho Administrativo*, tomo I, Pamplona, 2005, p. 132.

¹²³ *Ibid.*

Con la exposición de argumentos se ha pretendido comprobar la existencia de motivos derivados de la ley y de los principios del Derechos que son conocidos y aplicados por los órganos jurisdiccionales cuando las circunstancias lo requieren. Se presentan así como nuevos criterios susceptibles de fundamentar posibles recursos de ilegalidad contra las normas reglamentarias que regulan la EpC.

6.3. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

6.3.1. *Cuestiones discutidas*

El análisis de la posibilidad de objetar el estudio de la EpC requiere que se comience por esclarecer qué es lo que se entiende por objeción de conciencia. Una de las definiciones más difundidas la identifica con la negativa del individuo, por motivos de conciencia, a someterse a una conducta que en, principio, sería jurídicamente exigible, ya provenga esa obligación directamente de la norma, de un contrato, de un mandato judicial o de una resolución administrativa¹²⁴.

Uno de los principales puntos de discusión en torno a esta cuestión estriba en determinar si existe un derecho general a la objeción de conciencia o, por el contrario, no existe mientras el legislador no lo establezca expresamente. No es este el momento de adentrarse en profundidad en esta cuestión¹²⁵, pero sí conviene esbozar, aunque sea a grandes rasgos, los principales argumentos y consecuencias que se derivan.

Desde una perspectiva, puede entenderse que la objeción de conciencia es una manifestación del derecho fundamental de libertad religiosa, ideológica y de conciencia. Así lo ha entendido el Tribunal Constitucional en varias

¹²⁴ NAVARRO VALLS, Rafael/MARTÍNEZ TORRÓN, Javier: *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*, Madrid, 1997, p. 14, adaptación española del libro anteriormente publicado bajo el título *Le obiezioni di coscienza. Profili di Diritto comparato*, Torino, 1995.

¹²⁵ Entre la abundante bibliografía referente a esta cuestión, *vid.* por todos, NAVARRO VALLS, Rafael: "Las objeciones de conciencia", *op. cit.*, pp. 146-149.

sentencias¹²⁶, además de distintos órganos jurisdiccionales¹²⁷. La consecuencia de este planteamiento consiste en que, en cuanto que la objeción tiene naturaleza de derecho fundamental, el titular de este derecho puede plantear una objeción en cualquier momento, aun sin *interpositio legislatoris*, pues el vigor de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución no está condicionado a un ulterior desarrollo por parte del legislador. En sentido contrario, el mismo Tribunal Constitucional ha entendido en las sentencias 160 y 161 de 1987 que la objeción de conciencia no forma parte del contenido esencial de la libertad religiosa. Se muestra, por tanto, como un derecho constitucional autónomo pero no fundamental¹²⁸. La consecuencia es que sólo podrá ejercitarse cuando un texto legal lo permita expresamente, admitiéndose de este modo excepcional respecto de un deber concreto. Lo contrario significaría la negación misma de la idea del Estado¹²⁹.

Esta misma discusión se ha trasladado al concreto ámbito de la EpC, tanto en sede doctrinal como jurisdiccional con ocasión de las objeciones de conciencia presentadas por padres de alumnos frente a esta asignatura. En relación con esta última sede, se ha explicado con anterioridad¹³⁰ que ha habido resultados dispares dentro de nuestros órganos jurisdiccionales, aceptando o rechazando la objeción de conciencia a la EpC según los casos, y encontrando en todo caso la doctrina del Tribunal Constitucional o jurisprudencia internacional y del Tribunal Supremo adecuada para fundamentar sus resoluciones.

¹²⁶ SSTC 15/1982 y 53/1985. Reconoce el derecho a objetar incluso en el ámbito de las Fuerzas Armadas y de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado en las SSTC 177/1996 y 101/2004.

¹²⁷ Así puede apreciarse en las SSTC de 20 de enero de 1987, Sala Tercera; de 16 de enero de 1998, Sala Tercera, FJ 14; de 23 de enero de 1998, Sala Tercera, FJ 10; de 23 de abril de 2005, Sala Tercera, FJ 5. STSJ de Baleares de 13 de febrero de 1998, n. 53, Sala de lo social, FJ 3. STSJ de Andalucía, Sala de los contencioso-administrativo, sección de Granada, n. 1, de 8 de enero de 2007, FJ 5.

¹²⁸ STC 160/1987, FJ 3. STC 161/1987, FJ 2.

¹²⁹ STC 161/1987, FJ 3.

¹³⁰ *Cfr.* § 6.2.2 y más concretamente nota a pie de página n. 87.

Por cuanto se refiere a la doctrina, es habitual que los autores que entienden que esta materia tiene carácter adoctrinador defiendan la posibilidad de objetar¹³¹. Otro sector doctrinal considera, en cambio, que no se reúnen todos los requisitos necesarios para que se pueda objetar en conciencia a cursar la EpC. Es cierto que estamos ante un deber jurídicamente obligatorio, pero faltaría, desde este punto de vista, un elemento que es imprescindible: que la obligación consista en actuar contra las convicciones propias, a no ser que se entienda —como afirman algunos autores¹³²— que las propias convicciones quedan lesionadas cuando se informa de la existencia de otras formas de vida y de otros códigos de valor, lo que entienden que no se produce.

Si tenemos en cuenta que estamos ante una cuestión donde se arrojan más sombras que luces, lo más adecuado al régimen de libertades constitucionales probablemente sería, como ya indiqué¹³³, que se tomara en cuenta la valoración que hiciera cada persona sobre la incidencia de esos contenidos en su conciencia —o la de sus hijos, de cuya educación son titulares los padres—. Establecer apriorísticamente que la educación para la ciudadanía —como podría serlo cualquier otro fenómeno sobre el que la conciencia humana pudiera detenerse— es aceptable para todos sin que sea razonable no considerarlo así, supone suplantarse el criterio de quienes no lo entienden de esta manera.

De un modo u otro, el debate relacionado con la potencial invasión de la conciencia de esta asignatura pierde, en la práctica, parte de su interés si se entiende —como se afirma desde el mismo sector doctrinal— que la objeción de conciencia no existe como derecho, a no ser que una norma lo reconozca expresamente¹³⁴. Lo que se está plan-

¹³¹ *Cfr.* § 5 de este trabajo.

¹³² CASTRO JOVER, Adoración: “Los valores de la democracia...”, *op. cit.*, p. 307.

¹³³ *Cfr.* § 5.2.

¹³⁴ Entiende que no existe un derecho a la objeción de conciencia ejercitable con garantías en cualquier circunstancia CASTRO JOVER, Adoración: “Los valores de la democracia...”, *op. cit.*, pp. 305-312. Sostiene que la objeción de conciencia necesita de la *interpositio legislatoris*, esto es, que para que sea considerada un

teando, en último término, es que mientras la asignatura sea obligatoria, será necesario cursarla, con independencia de que penetre en la conciencia del alumno. El mecanismo de salvación ante esta intromisión consistiría, únicamente, en que el legislador estableciera una cláusula de exoneración en atención a los motivos que estime convenientes. A mi modo de ver, en este supuesto no estaríamos tanto ante una objeción de conciencia propiamente dicha — *contra legem*— sino más bien ante una objeción *secundum legem*, o ante una opción de conciencia¹³⁵. Si este va a ser el resultado, quizá fuera más sencillo invertir los términos de la argumentación: en lugar de esforzarse por justificar que la EpC no lesiona ningún derecho fundamental, y afirmar posteriormente que, de un modo u otro, es obligatorio estudiar la asignatura mientras así lo establezca una norma con independencia de su contenido, podríamos plantearnos si no resultaría más lógico comenzar por el final. Se trataría de empezar afirmando que el derecho a la objeción de conciencia no existe mientras no se reconozca expresamente y que por este motivo la EpC será obligatoria, tenga carácter adoctrinador o no, puesto que esta cuestión pasa a ser algo secundario a efectos prácticos. El resultado estriba, en cierto modo, en reconocer un poder omnímodo al legislador, de tal manera que puede dictar normas que en todo caso será obligatorio cumplir con independencia del contenido que presenten. Basta con que hayan sido aprobadas por el procedimiento previsto. Es por tanto la forma y no el contenido lo que legitima la existencia de la norma¹³⁶. Con este planteamiento se produce una identifi-

derecho y goce de garantías debe ser reconocida de forma expresa o implícita por la norma que completa el deber, en *ibid.*: p. 310. En el mismo sentido, PECESBARBA, Gregorio: *Educación para la ciudadanía...*, *op. cit.*, p. 31. Cfr. LLAMAZARES, Dionisio: “Educación para la ciudadanía...”, *op. cit.*, p. 264.

¹³⁵ Si las objeciones de conciencia estuvieran reguladas por ley ya no serían propiamente tales, sino el ejercicio de un derecho legalmente reconocido u opción de conciencia, como se aprecia en ROCA FERNÁNDEZ, María José: “Dignidad de la persona, pluralismo y objeción de conciencia”, en *Idem*, *Opciones de conciencia...*, *op. cit.*, pp. 60 y s.

¹³⁶ No corresponde en este momento adentrarse más en este debate que requiere mayor detenimiento y profundización. Sobre estas cuestiones, cfr. LO CASTRO, Gaetano: *Il mistero del Diritto*, Torino, 1997, *passim*. OLLERO, Andrés:

cación entre Ley y Derecho, de modo que éste se agota en aquélla, sin poder encontrar otros contenidos fuera de ella. Pero también se extiende a establecer una inescindible ligazón entre la Ley y la razón como consecuencia de la presunción *iuris et de iure* de que la EpC no lesiona la conciencia de los alumnos, pues se considera irrazonable que alguien se pueda oponer a esta asignatura y a los contenidos que pueda estar llamada a transmitir.

6.3.2. *La objeción de conciencia a la EpC ante el Tribunal Supremo*

Las últimas resoluciones que se han dictado en relación con la objeción de conciencia a la EpC han correspondido a la Sala tercera del Tribunal Supremo, con fecha de 9 de febrero de 2009. En ellas manifiesta que el derecho a objetar no existe mientras la ley no lo reconozca expresamente. Un estudio en profundidad de las argumentaciones que desarrollan estas recientes sentencias del Tribunal Supremo en relación con la objeción de conciencia desbordaría los límites del presente estudio. No obstante, sí es oportuno exponer los aspectos más relevantes.

En primer lugar, podríamos cuestionarnos hasta qué punto está justificado diferenciar, como hace el Tribunal Supremo¹³⁷, entre un derecho general y un derecho a objetar por materias, concretamente en materia educativa. El primero derivaría del artículo 16 de la Constitución y se entiende que la objeción por materias derivaría del derecho fundamental afectado en cada caso (en materia educa-

El Derecho en teoría, Pamplona, 2007, particularmente pp. 39-56 y 129-145. STARCK, Christian: "La legitimación de la justicia constitucional y el principio democrático", *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 7, 2003, pp. 479-493.

¹³⁷ FJ 8 *in initio* de la STS de 11 de febrero de 2009, recurso de casación n. 905/2008. Dedicará este fundamento jurídico a justificar que no existe un derecho general a objetar, y el FJ noveno a descartar la existencia a objetar en el ámbito educativo. Hubiera sido interesante examinar cómo hubiera podido justificar la existencia de un derecho particular a objetar si no existe previamente un derecho general. Sería tan extraño como afirmar que pueden existir especies sin género. Expone el mismo contenido en el FJ 7 de las sentencias de la misma fecha que resuelven los recursos de casación 1013, 948 y 949 de 2008.

tiva, del artículo 27.3). Parece más correcto considerar que si los derechos existen, son susceptibles de aplicarse cuando su titular lo estime necesario, aunque de hecho se ejerciten más en unas situaciones que en otras, fundamentalmente cuando nos referimos a manifestaciones de un derecho fundamental como es la libertad religiosa y de conciencia.

Esta última afirmación nos permite introducir otra. La objeción de conciencia derivará en todo caso de la libertad religiosa y de conciencia (artículo 16 de la constitución) con independencia de que, en ocasiones, puedan verse implicados otros derechos fundamentales como el derecho de los padres a elegir la formación (precisamente) religiosa y moral de sus hijos (artículo 27.3 de la Constitución). Aunque objetemos en el ámbito educativo —como podría ser en otros como el bioético o el militar— se está, ante todo, planteando una objeción de conciencia, por lo que la distinción que formula el Tribunal Supremo es difícil de comprender.

Otra cuestión de interés consiste en que este Tribunal niega la existencia de un derecho general a la objeción de conciencia, no admitiéndolo siquiera como derivación o manifestación del artículo 16 de la Constitución¹³⁸. Aunque la doctrina del Tribunal Constitucional se ha mostrado vacilante en este campo, no deja de ser cierto que ha habido claros pronunciamientos que han afirmado lo contrario¹³⁹ de cuanto expone el Tribunal Supremo en este momento. Incluso el mismo Tribunal Supremo había avanzado en el camino de su reconocimiento. Baste recordar una sentencia dictada en el año 2005 en que reconocía la posibilidad de objetar en conciencia en el ámbito farmacéutico¹⁴⁰.

¹³⁸ *Vid.* el FJ 8 de la STS de 11 de febrero de 2009, recurso de casación n. 905/2008. En uno de sus párrafos concluye afirmando que el único supuesto de objeción de conciencia reconocido por la Constitución es la correspondiente al servicio militar (artículo 30.2). Salvando este caso, “es obvio [...] que la Constitución española no proclama un derecho a la objeción de conciencia con alcance general”.

¹³⁹ *Cfr.* § 6.3.1.

¹⁴⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2005, Sala Tercera. En esta ocasión el Tribunal declaró en el FJ 5 que no había lugar al recurso de casación por motivos procesales. Este hecho no evitó, empero, que recordase que el

Resulta por ello extraño que el Tribunal Supremo declare que, en aquellos casos en que se ha admitido la objeción de conciencia ha sido por una de estas dos causas: o bien porque estaba expresamente contemplada esta posibilidad en una norma, o bien porque —como en el caso del aborto— se trataba de “supuestos límite” o de “circunstancias verdaderamente excepcionales” en que “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”¹⁴¹. Es paradójico que el Tribunal Supremo esgrima estos argumentos para negar la existencia de un derecho a objetar porque con este criterio afirma, en realidad, justamente lo contrario: que la objeción existe como derecho. Que sea un derecho que, por su propio contenido y características no se plantee con frecuencia sino sólo excepcionalmente, no quiere decir que no constituya un verdadero derecho. Por otra parte, la contraposición radical entre conciencia y deber jurídicamente exigible constituye, precisamente, uno de los rasgos definitorios de la objeción de conciencia. Cuestión distinta es que el ejercicio del derecho a objetar no prospere siempre —como sucede con cualquier otra pretensión ejercida al amparo de otros derechos— sino que, como analizaré a continuación, habrá de ejercitarse dentro de sus límites para que pueda prosperar.

Podemos preguntarnos por qué el Tribunal Supremo ha actuado de este modo. La respuesta quizá haya de contem-

derecho de objeción de conciencia goza de un contenido constitucional que forma parte de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16 de la Constitución en estrecha relación con la dignidad humana y el libre desarrollo de su personalidad (artículo 10 de la Constitución), y el derecho a la integridad física y moral consagrado en el artículo 15 del mismo texto, “lo que no excluye la reserva de una acción en garantía de este derecho para aquellos profesionales sanitarios con competencias en materia de prescripción y dispensación de medicamentos”. Sobre esta cuestión, cfr. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Alejandro: “La objeción de conciencia del farmacéutico en la jurisprudencia y su regulación legal en España”, *RGDCEE*, 15, 2007.

¹⁴¹ FJ 8 de la STS de 11 de febrero de 2009, recurso de casación n. 905/2008. Asimismo, FJ 8 de las sentencias dictadas en la misma fecha resolviendo los recursos de casación nn. 948, 949 y 1013 de 2008.

plarse a través del prisma de un cierto temor a que, del reconocimiento de la objeción de conciencia a la EpC, se derivara no sólo la consideración de que la objeción de conciencia es un derecho —de carácter, además, fundamental como consecuencia de su derivación del artículo 16 de la Constitución—, sino que se pensara —aun de modo errado, como se explicará más adelante— que toda objeción habría de prosperar en todo caso. Por ello, ha preferido optar por declarar que el Derecho ha de cumplirse siempre, con independencia del contenido de la norma, y sin más excepciones que las reconocidas expresamente.

Que este temor ha existido lo demuestra la lectura atenta de algunos párrafos de estas sentencias. Afirman¹⁴² que la Constitución formula un “mandato inequívoco y, desde luego, de alcance general” cuando en el artículo 9.1 establece que “los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico”. Según el Tribunal, “esto es un mandato incondicionado de obediencia al Derecho [...]. A ello hay que añadir que el reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, con base en el artículo 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”.

El Tribunal parece haberse impuesto a sí mismo la obligación de optar, exclusivamente, por uno de estos dos extremos: o se reconoce el derecho a la objeción de conciencia, lo que supone que cada vez que una persona objeto ha de prevalecer su pretensión sobre el cumplimiento de la norma; o se establece, en sentido opuesto, que este derecho no existe —salvo que una norma lo reconozca expresamente— porque toda persona y poder público tiene el deber de cumplir el Derecho, entendiéndose por tal sólo la norma escrita.

¹⁴² FJ 8 de la STS de 11 de febrero de 2009, recurso de casación n. 905/2008. Véase también el FJ 7 de las sentencias que resuelven los recursos de casación nn. 948, 949 y 1013 de 2008, también de 11 de febrero de 2009.

Parece que el Tribunal no ha valorado un término medio que, por lo demás, sería una opción que entroncaría perfectamente con su propia jurisprudencia y con la doctrina del Tribunal Constitucional. Consistiría en afirmar que el derecho a la objeción de conciencia existe —con carácter general, utilizando su propia terminología— pero que, como todo derecho, es ejercitable dentro de sus límites. Con ello salvamos la existencia del derecho, de acuerdo con esa jurisprudencia y doctrinas cada vez más asentadas en nuestro sistema jurídico. A la vez, garantizamos la estabilidad del ordenamiento jurídico porque la objeción de conciencia sólo prosperará en aquellos casos que se encuentren dentro de los límites propios de este derecho, es decir, que se ejercite en el respeto al orden público y a los derechos de terceros (artículo 16 de la Constitución). Con el ejercicio racional y equilibrado de este derecho compatibilizamos el debido vigor de los derechos fundamentales, con la necesaria estabilidad del ordenamiento jurídico. De este modo dejaría de existir ese temor del Tribunal Supremo a que la eficacia de las normas jurídicas dependa de la conformidad con cada conciencia individual, sea cual fuere el caso y modo en que se presentara el conflicto.

Resumiendo este argumento, que exista un derecho a la objeción de conciencia no es sinónimo de que toda objeción de conciencia haya de prosperar en todo caso. Si esto fuera así, es cierto que se desestabilizarían el Estado y el Derecho. Pero no debe suceder de este modo porque la objeción de conciencia puede plantearse en cualquier situación si bien, como cualquier otro derecho, las autoridades competentes pueden estimar o desestimar la pretensión de quien lo ejercita.

En la resolución de las objeciones de conciencia los órganos jurisdiccionales deberán ponderar los intereses en conflicto. Es cierto que estamos ante una situación atípica —e incluso comprometida— para el órgano juzgador, pues en la tradición continental es habitual pensar que el juez tiene como función respetar y hacer cumplir la ley escrita y no está acostumbrado a ajustar intereses en conflicto sin

la guía literal de una ley que le jalone el camino¹⁴³. Sin embargo, no actúa fuera del ordenamiento jurídico precisamente porque debe valorar el alcance de un derecho fundamental reconocido en el artículo 16 de la Constitución, y manejar conceptos jurídicos —por indeterminados que puedan resultar— como orden público, y derechos y libertades de terceros. Prueba de la legitimidad de este modo de obrar es que el Tribunal Constitucional ha establecido unos criterios útiles para la ponderación de los intereses que se muestran en conflicto como consecuencia del ejercicio de un derecho fundamental y que permiten verificar en qué momentos su ejercicio se encuentra dentro de sus límites o fuera de ellos.

En efecto, las restricciones al ejercicio de un derecho fundamental, como puede ser la libertad religiosa a través de la objeción de conciencia, se entiende que habrán de ser proporcionales a la satisfacción de otro interés jurídico constitucionalmente relevante¹⁴⁴. Es, pues, la medida de proporcionalidad la que determina la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de un derecho fundamental¹⁴⁵. Como indica el Tribunal Constitucional, “para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes:

¹⁴³ Cfr. n. 93.

¹⁴⁴ STC 52/1995, FJ 5. STC 37/1998, FJ 5. Como afirma el Tribunal Constitucional italiano, “il legislatore, nel suo discrezionale bilanciamento dei valori costituzionali [può] restringere il contenuto di un diritto inviolabile dell'uomo soltanto nei limiti strettamente necessari alla protezione dell'interesse pubblico sottostante al dovere costituzionale contrapposto”, en la SCC 467/1991, de 16 de diciembre, FJ 5.

¹⁴⁵ STC 37/1998, FJ 8, remitiéndose a las SSTC 37/1989, 66/1995, 55/1996 y 207/1996. Ofrece una ponderada crítica sobre el modo en que, en ocasiones, se han aplicado estos principios en el ámbito de las objeciones de conciencia presentadas en el contexto educativo VEGA GUTIÉRREZ, Ana María: “Objeciones de conciencia y libertades educativas”, *op. cit.*, pp. 373-383. *Idem*: “La objeción de conciencia en el ámbito educativo”, *op. cit.*, pp. 292-296. Cfr.: ROCA FERNÁNDEZ, María José: “La jurisprudencia y doctrina alemana e italiana sobre simbología religiosa en la escuela y los principios de tolerancia y laicidad. Crítica y propuestas para el Derecho español”, *ADEE*, 23, 2007, pp. 286-291. En relación, más en concreto, con el modo de interpretar los límites de la libertad religiosa, *vid.* COMBALÁ, Zoila: “Los límites del derecho de libertad religiosa”, en AA.VV.: *Tratado de Derecho Eclesiástico*, *op. cit.*, pp. 471-510.

si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)”¹⁴⁶.

Si volvemos nuevamente al caso presente —la objeción en relación con la EpC— y lo relacionamos con lo expuesto en los últimos párrafos, puede concluirse que el Tribunal Supremo no tenía necesidad de negar la existencia de un derecho a objetar para desestimar la concreta objeción de conciencia a esta materia. Le habría sido suficiente indicar que, en este caso, y por los motivos que estimara oportuno, no era procedente acoger esta concreta objeción de conciencia. Parece haber identificado la especie —objeción de conciencia a la EpC— con el género —la objeción de conciencia en general— y habría sido más lógico y acorde con nuestro Derecho diferenciarlos adecuadamente y ofrecer a cada situación el tratamiento que merece. Estos pronunciamientos podrían considerarse, por ello, una involución en la consolidación de un derecho que, aún existente, no ha resultado en todo momento fácil de entender y aplicar. Prueba de que aún no estaba suficientemente asimilado ha sido esta identificación entre pretensión ejercitable y pretensión que en todo caso debía aceptarse. Esto ha dado lugar a que los pasos que hasta ahora se habían dado en la clarificación del concepto y aplicación de la objeción de conciencia hayan encontrado un muro que les dificulta avanzar en su camino.

¹⁴⁶ STC 37/1998, FJ 8. Como afirma la STC 154/2002, FJ 7, la respuesta constitucional a los conflictos jurídicos que derivan del ejercicio de los derechos fundamentales —concretamente la libertad de creencias y de culto— ha de pasar por un juicio ponderado que atienda a las particularidades del caso. Ese juicio ha de establecer el alcance de un derecho a la vista de la incidencia que su ejercicio pueda tener sobre otros titulares de derechos y bienes constitucionalmente protegidos y sobre los elementos integrantes del orden público protegido por la ley.

7. PERSPECTIVAS DE FUTURO

Hasta ahora se han examinado el pasado y el presente de la configuración y obligado estudio de EpC. Según el Tribunal Supremo, es una materia ajustada a Derecho y el deber jurídico de cursarla es válido¹⁴⁷. Ante esta resolución, es previsible que los padres afectados recurran en amparo ante el Tribunal Constitucional¹⁴⁸ por violación de los derechos fundamentales objeto de litigio, es decir, la libertad religiosa, ideológica y de culto, y su derecho a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos. En el caso de que este Tribunal no les concediera el amparo solicitado, podrían incluso presentar demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Aparte de estas cuestiones, el propio Tribunal Supremo señala¹⁴⁹ que los contenidos que asignan la LOE y los reglamentos en materia de educación “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”. Recuerda que ni la Administración educativa ni los profesores están legitimados para “imponer o inculcar, ni siquiera de manera indirecta, puntos de vista determinados sobre cuestiones morales que en la sociedad española son controvertidas”. Advierte por ello que esos proyectos, textos y explicaciones no deben estar al servicio de esos desterrados propósitos y adquirir un cariz adoctrinador. Antes bien, si incurren en “tales propósitos desviados de los fines de la educación, ese derecho fundamental les hace [a los padres y alumnos] acreedores de la tutela judicial efectiva, preferente y sumaria que han de prestarles los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, los cuales habrán de utilizar decidi-

¹⁴⁷ FFJJ 5 y 10 de la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009, recurso de casación n. 905/2008. Explica con mayor detalle estas cuestiones en las sentencias que resuelven los recursos de casación 948, 949 y 1013 de 2008 interpuestos contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias n. 198/2008, especialmente los FFJJ 5 y 9-14.

¹⁴⁸ Artículo 53.2 de la Constitución. Artículos 2.1,b) y 41 y ss. de la LOTC.

¹⁴⁹ FJ 10 de la STS de 11 de febrero de 2009, recurso de casación n. 905/2008.

damente, 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". Podemos preguntarnos cómo se recurre un proyecto educativo o un libro de texto. Hemos de entender que el Tribunal se refiere a que el objeto del recurso sean los acuerdos a través de los cuales cada centro, en el ejercicio de su autonomía, adopta tal proyecto¹⁵⁰. En el caso de los libros de texto, puede interpretarse que se controlan a través de los actos de aplicación correspondientes, como puede ser la aprobación de esos textos por las autoridades educativas¹⁵¹.

Desde el punto de vista teórico no habría nada que oponer a este planteamiento, toda vez que el mismo Tribunal ha entendido la regulación de la asignatura ajustada a Derecho. Podría objetarse que, desde el punto de vista práctico, es previsible que resulte difícil que prospere un recurso de este tipo. Sería extraño que el proyecto educativo de cada centro, que habrá de partir del respeto a la LOE y los decretos, ofrezca una mayor precisión terminológica que aquéllos. Por tanto, se repetirían todos los argumentos hasta ahora esgrimidos frente a los reglamentos, sólo que proyectándose en este caso sobre los proyectos de los centros.

Nos encontramos ante una espiral argumentativa que va estrechándose a medida que descendemos de la ley al reglamento, y de éste al proyecto educativo y al libro de texto. En definitiva, la posible vulneración de los derechos fundamentales de las personas ya no depende sólo de unas normas de rango reglamentario, sino de lo que establezcan el proyecto educativo de cada centro y los libros de texto que allí se utilicen. Que esa conculcación se produzca o no resultará, en último término, aún más aleatoria, lo que es difícil de admitir en un Estado democrático y de Derecho.

¹⁵⁰ Artículo 120 de la LOE.

¹⁵¹ Así lo explica el Tribunal Superior de Justicia vasco en el FJ 3 del auto de 14 de febrero de 2008.

Queda, finalmente, la posibilidad de plantear los recursos contencioso-administrativos ordinarios indirectos estudiados en el apartado 6.2.2 de este trabajo que, como ya se esclareció, permitiría que los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos enjuiciaran la conformidad a Derecho de esas normas basándose en motivos de ilegalidad ordinaria.

8. CONCLUSIONES

I. El establecimiento de la EpC en España a través de la LOE y su desarrollo por los correspondientes decretos ha suscitado un debate que ha trascendido el ámbito jurídico, alcanzando una amplia difusión social. Esta materia ha sido discutida porque, desde un sector, se ha apreciado que es una asignatura que no incide en la esfera moral del alumno. Sin embargo, ha habido pronunciamientos que sostienen que la obligación de estudiarla supone una injerencia de los poderes públicos en la formación moral del alumno, con lo que estarían lesionando tanto su libertad religiosa y de conciencia (artículo 16 de la Constitución), como el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos (artículo 27.3 del mismo texto).

II. Esta situación ha provocado la reacción de los alumnos y de los padres disconformes con este comportamiento de los poderes públicos. El mecanismo más inmediato que han empleado ha consistido en intentar exonerarse del deber jurídico de estudiar la EpC como consecuencia de la lesión que produce esta materia a sus conciencias. Es lo que se denomina una objeción de conciencia. Se trata de una actitud sin duda loable, pero que no siempre es fácil que prospere debido a la dificultad de probar ese atentado contra las propias creencias y porque, en nuestro sistema jurídico es un instituto que tal vez no esté suficientemente valorado o, al menos, entendido, por un amplio número de juristas. Prueba de ello es que, mientras ha habido algunos órganos jurisdiccionales que han admitido el derecho

a objetar al estudio de la EpC, otros han desestimado esta pretensión. Entre estos últimos se encuentra el Tribunal Supremo que, en sus sentencias de 11 de febrero de 2009, ha declarado que no existe un derecho a objetar en general, ni a objetar a la EpC en concreto.

En estas sentencias desarrolla una doctrina acerca de la objeción de conciencia que, en algunos de sus extremos, admitirían algunas reservas. De este modo, no es fácil entender la distinción que establece entre un derecho a la objeción en general y diferentes derechos a objetar por materias que parece que podrían existir fuera de aquél. De un modo u otro, la objeción habrá de ser una manifestación de la libertad religiosa y de conciencia con independencia de que, según los casos, puedan aparecer otros derechos fundamentales implicados, como puede ser el derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos.

Por otra parte, una lectura atenta de estas sentencias ofrece la impresión de que el Tribunal ha manifestado que la objeción de conciencia no es un derecho ejercitable en cualquier momento por su titular con el fin de asegurar el cumplimiento del Derecho y evitar su desestabilización y la del Estado. Quizá habría sido más sencillo admitir que la objeción existe como derecho y que, como cualquier otro, debe ejercerse dentro de sus límites. El hecho de que se presente una objeción no significa que ésta haya de prosperar en cualquier caso, sino sólo cuando se ejercite dentro de los límites propios del derecho fundamental de libertad de conciencia. La solución de cada caso conflictivo no siempre será fácil, y requerirá que se ponderen los intereses en conflicto en cada caso.

III. Además de intentar el reconocimiento de la objeción de conciencia, se podían haber puesto en práctica otros mecanismos jurídicos que no han despertado hasta el momento un mayor interés. En este sentido, se echa de menos el examen de la ilegalidad de los decretos que configuran el contenido y sistema de evaluación de la EpC. Su texto ambiguo y, por ello, con alcance variable según sea la concreción que de ellos haga el proyecto educativo de

cada centro o cada libro de texto, produce que la integridad de nuestros derechos fundamentales entre en riesgo según la interpretación que en cada momento y lugar se ofrezca a estas normas. Por otra parte, la LOE apenas ofrece regulación de esta asignatura. Esta tarea la desempeñan en su lugar unas normas con rango reglamentario cuyo contenido afecta al núcleo esencial de algunos derechos fundamentales. La conculcación del principio de reserva de ley o del principio de jerarquía normativa podía haber fundamentado la presentación de causas de ilegalidad ordinaria de los reglamentos —junto con otras causas posibles—. Podrían haberse iniciado procesos contencioso-administrativos ordinarios en que el interesado solicitara al órgano jurisdiccional la declaración de ilegalidad del reglamento. Por motivos de preclusión de plazos, el recurso directo ya no se podría imponer —al menos, contra los reales decretos nacionales—. Pero sí sería factible presentar un recurso indirecto que solicitara la nulidad de un determinado acto administrativo fundada en que las disposiciones generales que aplica no son conformes a Derecho. En este momento se podrían aducir frontalmente que no lo son precisamente como consecuencia de las mencionadas causas de ilegalidad. Sin embargo, hasta el momento, esta opción no parece que haya sido aprovechada suficientemente.

Es cierto que la desestimación de algunas objeciones de conciencia por parte de las Consejerías de Educación autonómicas ha dado lugar a la interposición, a continuación, de los correspondientes recursos contencioso-administrativos ante los órganos jurisdiccionales. Hasta la fecha, todos ellos se han presentado por la vía del procedimiento de protección de los derechos fundamentales. Aunque esto no impide que se pueda solicitar la nulidad del acto y, en su caso, de la disposición general que aplica, lo cierto es que la especialidad de este procedimiento radica en la verificación de la lesión de un derecho fundamental que, en este caso, como se ha expuesto, pasa por el reconocimiento de la objeción de conciencia. De todas formas, en la mayoría de estos procedimientos especiales no se ha planteado

tampoco la falta de conformidad a Derecho de los reglamentos.

IV. En relación con el futuro de las actuaciones jurídicas relacionadas con la EpC, cabe la posibilidad de presentar recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional e incluso recurrir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los interesados deberán estar atentos, por otra parte, y tal como ha adelantado el Tribunal Supremo, a las concreciones que la EpC reciba por el proyecto educativo de cada centro y por los libros de texto elegidos en estos lugares. En caso de detectar posibles vulneraciones de cualquier derecho fundamental, deberá activarse su defensa ante los órganos jurisdiccionales competentes. Además de ello, queda aún por explorar la posibilidad de presentar recursos contencioso-administrativos ordinarios contra los reglamentos basados en causas de ilegalidad ordinarias.