

**... JE FORMULA EL EXCMO. SR. MAGISTRADO  
... S SÁNCHEZ-BORDONA A LA SENTENCIA  
DICTADA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚMERO 905/2008.**

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

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

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

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

El primer -y aún no superado ni resuelto- debate sobre el enfrentamiento entre los dictados del poder público y los imperativos de la conciencia personal se escribió hace ya 2400 años y desde entonces ha sido un "leitmotiv en la filosofía, la teoría política, la teoría jurídica, la

... "accidente" (Steiner). La respuesta de Antígona a la ley refleja en los versos 450 y siguientes de su tragedia, pone de relieve cómo frente a la pretensión de sujeción incondicionada a la ley que regía la polis se alza la convicción personal que opone a su cumplimiento serios motivos de conciencia, inspirados para Antígona en las "leyes no escritas" a las que ella apelaba.

La tensión entre la conciencia individual y la ley del Estado no ha dejado, pues, de estar presente desde que los clásicos griegos marcaron para la posteridad cuáles eran los desafíos intelectuales y éticos a los que se enfrentaba la humanidad. Ecos de aquel debate se han sucedido en todas las épocas históricas posteriores y siguen llegando hasta nuestros días.

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

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

Ahora bien, el reconocimiento de que existe un ámbito garantizado de libertad de conciencia, protegido en todos los

s que se precien de serlo, conduce a juicio- a que la invocación de las razones de conciencia (si están revestidas de las condiciones de "seriedad" exigibles) deba ser examinada desde el prisma del Derecho cuando se hayan de enjuiciar decisiones personales que, sobre la base aquella libertad, pretendan incumplir algún deber impuesto por la ley.

Corresponde al poder constituyente, en primer lugar, seleccionar positivamente en qué hipótesis determinados imperativos de conciencia pueden aducirse como válidos para la exención del correlativo deber: así lo hizo el constituyente español en el artículo 30 de la Constitución al referirse al servicio militar obligatorio. El hecho de que la Constitución haya previsto tan sólo esta modalidad de objeción (al margen de la cláusula de conciencia del artículo 20) no impide, obviamente, que el poder constituido, esto es, el legislador ordinario, admita y regule otros supuestos de objeción. Los partidarios de que sólo cabe objetar mediante la previa interposición del legislador no dudan en admitirlo así.

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

La sentencia constitucional 53/1985 (sobre la base de lo que ya había anticipado la número 15/1982) reconoció una modalidad de objeción de conciencia -la del personal sanitario- que no estaba incluida en la ley sobre cuya constitucionalidad se pronunciaba. Podemos ciertamente tratar de minimizar este reconocimiento apelando a las características singulares de los derechos que entonces estaban en juego pero ese intento no logra desvirtuar lo que era razón de decidir de la sentencia sobre este punto: que el silencio de la ley no impedía el

onal, previa la debida ponderación de intereses, modalidad de objeción de conciencia ayuna de explícita cobertura legal, esto es, con el solo título de legitimidad que le proporciona el artículo 16 de la Constitución. Y todo ello frente a una ley cuya constitucionalidad se declaraba.

Es cierto que parte de la doctrina sentada por las posteriores sentencias constitucionales 160 y 161/1987 -a las que no se refiere la sentencia mayoritaria, pese a que han sido reiteradamente invocadas por los recurrentes en casación- puede interpretarse en la línea de que sólo el explícito reconocimiento legislativo permitiría el ejercicio singular de la objeción de conciencia. Desde esta perspectiva únicamente el legislador ordinario (es decir, las mayorías parlamentarias en cada caso) estaría capacitado para ponderar y decidir si los motivos de conciencia pueden justificar la exención del cumplimiento de un deber legal. Ahora bien, aquellas sentencias no han llegado a considerar superada la tesis plasmada en la sentencia constitucional 53/1985 (y en la 154/2002) ni creo que a partir de ellas pueda afirmarse que la admisión extralegislativa de la objeción de conciencia reconocida en 1985 deba estimarse errónea o sobrepasada.

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

Tengo el mayor respeto por la tesis que reputa "peligrosa" esta concepción de la función jurisdiccional y sostiene que su admisión equivaldría a abrir una espiral que debilitaría, se dice, el imperio de la ley como base de nuestros sistemas democráticos. Sus partidarios tienen serias razones para sostener que en todo caso debe prevalecer la pretensión general de obligatoriedad de las leyes o, como afirma la

incondicionado de obediencia al derecho" artículo 9.1 de la Constitución. Pero considero, sin embargo, que la fortaleza del Estado no se resiente sino que se puede incluso acrecentar con el reconocimiento de espacios de disensión basados en imperativos serios de conciencia si aquel reconocimiento permite, sin perjuicio para terceros, que bien un individuo singular, un grupo social o una parte significativa de la sociedad no se vean compelidos a obrar contra sus convicciones más íntimas en cumplimiento de determinados deberes impuestos por vía parlamentaria o por vía reglamentaria.

A quién corresponda este juicio dependerá del rango de la norma que imponga o desarrolle el deber. Cuando se trate de un texto emanado del poder legislativo, el monopolio de rechazo que ostenta el Tribunal Constitucional hará que sólo él pueda declarar la inconstitucionalidad de la ley (si considera que así procede) o decidir que su aplicación debe dejar abierto el derecho a la objeción (como sucedió en la sentencia 53/1985, ya citada). Si, por el contrario, la objeción no se plantea frente a la Ley sino frente a un deber impuesto tal como resulta de determinadas disposiciones reglamentarias, aquella misma doble opción corresponde a los órganos jurisdiccionales comunes y, en último término, a esta Sala del Tribunal Supremo.

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

...n de validez lleva al Pleno directamente a negar

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

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

En este sentido creo que ha de leerse el inciso final del fundamento jurídico octavo de la sentencia a través del cual el Pleno no duda en admitir a título excepcional que de la propia Constitución pueda surgir -y corresponderá, añadido por mi parte, a los tribunales declararlo, sin perjuicio de la competencia final del Tribunal Constitucional- el derecho a ser eximido del cumplimiento de deberes jurídicos válidos. Posibilidad que, sin embargo, la mayoría del Pleno no aplica al supuesto

cio, en él no se percibe con "absoluta nitidez" el "cambio radical" entre la conciencia del objetor y el deber objetado. Coincidiendo en la premisa no comparto la conclusión pues, como acto seguido expondré, los recurrentes tenían sólidas razones para afirmar que sí se daba aquel conflicto y el soporte para plantearlo se encuentra en el propio artículo 27.3 de la Constitución.

No quiero dejar de referirme a la incidencia que sobre esta cuestión pueda tener la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, si bien con dos matices importantes que por ahora relativizan cualquier consecuencia jurídica, en un sentido o en otro, que de ella se quiera extraer. La Carta no tiene en estos momentos carácter jurídico vinculante y, con prudencia, la tesis mayoritaria no llega a afirmar (se limita a admitirlo como probable) que su mención en la Ley Orgánica 1/2008 se lo confiera, ni siquiera a título interpretativo: sentar lo contrario significaría seguramente reconocer de modo unilateral que en España la entrada en vigor efectiva de parte del Tratado de Lisboa ya se ha producido. Por lo demás, justamente sostiene la mayoría de la Sala, en afirmación con la que coincido, que si finalmente llegara a tener aquel efecto jurídico vinculante, la Carta sólo se impondría al derecho interno de los Estados en la medida en que éstos "apliquen el Derecho de la Unión" (artículo 51), no en los demás supuestos.

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

En cualquier caso, repito, no considero que, dada la actual situación normativa, la Carta pueda ser invocada de modo útil a los estrictos efectos jurídicos que aquí importan, aunque sí a otros meramente expositivos de una línea de tendencia que innegablemente deberá ser aclarada si el proceso de ratificación plena del Tratado de Lisboa llega a buen término. Con el añadido de que la Carta extiende

de los padres a que la enseñanza de sus hijos sea conforme a sus propias convicciones no sólo a las religiosas y filosóficas sino incluso a las "pedagógicas", lo que no deja de suscitar interrogantes que ahora no es del caso resolver.

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

Podremos discrepar sobre si se dan en el caso que ahora enjuiciamos las mismas circunstancias que determinaron la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 29 de junio de 2007 (Folgero y otros contra Noruega) pero lo cierto es que en ella, sobre la sola base del artículo del Convenio de Roma análogo a nuestro 27.3 de la Constitución, se llegó a reconocer el derecho de los padres a que sus hijos fueran eximidos totalmente de la asignatura correspondiente, reconociendo incluso el Tribunal de Estrasburgo que la exención parcial que la Ley noruega admitía no era suficiente para garantizar aquel derecho. Si esta conclusión se ha obtenido respecto de deberes educativos basados en leyes nacionales que por sí mismas reconocían un cierto margen, parcial, de disenso de los padres, con más razón podrá aplicarse cuando la imposición como obligatoria lo es de una asignatura cuyo contenido viene reglamentariamente prefijado sin resquicio alguno para su dispensa.

A los efectos que ahora interesan me parece irrelevante que las normas nacionales sobre las que versaba el derecho a la dispensa analizado en aquella sentencia (y en la anterior de 20 de junio de 2007, Hasan Zengin contra Turquía) se refirieran a asignaturas de contenido predominantemente religioso. De hecho, la materia controvertida en el caso noruego era la relativa al "conocimiento cristiano y educación religiosa y moral"; y en el caso turco, "cultura religiosa y conocimiento moral". Dado que el artículo 2 del Protocolo 1 del Convenio parifica la

iones religiosas con las filosóficas, a los efectos de que sus hijos no recibirán una formación que atente a unas o a otras, la lectura de ambas sentencias como sólo aplicables a supuestos de enseñanza religiosa (en la línea del fundamento jurídico noveno de la sentencia mayoritaria) reduce injustificadamente su virtualidad. Y en la primera de aquellas sentencias puede leerse, por lo demás, cómo el Comité de Derechos Humanos de la ONU llegó a la conclusión de que en el caso noruego se ponía en cuestión el artículo 18.4 del Pacto Internacional de 1966 sobre los derechos civiles y políticos en virtud del cual los Estados se comprometen a respetar la libertad de los padres para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

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

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

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

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

Salvadas estas cautelas (ninguna de las cuales es discutida en el supuesto de autos), las "convicciones" de los padres a las que el artículo 27.3 se refiere son de dos géneros: las religiosas y las morales. Las primeras se respetan en principio permitiendo a los padres que elijan si sus hijos han de asistir o no a las clases de religión: no hay en este sentido ninguna imposición estatal en nuestro sistema educativo pues la enseñanza de una determinada religión no tiene carácter obligatorio. No cabe excluir, sin embargo, que la imposición obligatoria de determinados contenidos educativos pueda afectar de modo indirecto al derecho a educar a los hijos conforme a las propias convicciones religiosas, en los supuestos en que aquellos contenidos sean contrarios a éstas.

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

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

Sobre la admisión de una "ética común" en el espacio público jurídico existe un debate académico bien conocido cuya exposición no corresponde a una resolución judicial como la que esta Sala debe pronunciar. Nuestro juicio ha de recaer exclusivamente sobre la imposición obligatoria de la enseñanza de aquella "ética común" una vez que el titular de la potestad reglamentaria así lo ha dispuesto, asignando a la asignatura correspondiente unos determinados contenidos y orientaciones, y sobre la posibilidad de que frente a éstos los padres invoquen sus propias convicciones morales para eximir a sus hijos del deber de cursarla tal como ha sido configurada.

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

vierten necesariamente en parámetros o pautas

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

En cuanto a lo segundo, la pretensión de validez jurídica de la norma no se equipara sin más a la pretensión de validez moral. De modo que determinadas convicciones morales, plenamente respetables, pueden legítimamente justificar un juicio de reproche (insisto, de orden moral) a la conducta protegida por el correlativo derecho, incluso cuando éste tenga reconocimiento constitucional o internacional. El conjunto de los derechos amparados en las normas antes dichas no necesariamente ha de entenderse, pues, como "el referente ético común", en contra de lo que el Real Decreto 1631/2006 expresamente afirma y la mayoría del Pleno acepta. Por poner un ejemplo significativo, la admisión de la clonación no reproductora de seres humanos en una carta de derechos puede ser válidamente cuestionada en su dimensión moral por quienes sostengan convicciones de este orden que se opongan a todo tipo de clonación humana. Este y otros ejemplos análogos ponen de relieve cómo convicciones morales legítimas de unos padres pueden oponerse, sobre la base del artículo 27.3 de la Constitución, a aceptar para su hijos al menos la parte de "ética común" que, en cuanto educación obligatoria, pretenda vincular de modo necesario el reconocimiento normativo de un derecho a su aceptación moral.

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

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

Ocurre, sin embargo, que el referente ético común al que se alude  
el Real Decreto no es tan sólo el que "subyace" en los derechos  
fundamentales: son estos mismos derechos de carácter fundamental -  
cuya interpretación, por lo demás, obviamente no es siempre unívoca- y  
otros que, sin tenerlo, están recogidos en la propia Constitución o se  
hacen derivar de ésta, los que se transmutan en pautas morales a las  
que deben atenerse los alumnos, cualesquiera que sean las convicciones  
de los padres al respecto. Estas últimas han de ceder, pues, ante la  
"moral pública" así configurada. Todo lo cual, vista la amplitud de  
aquellos derechos y la posibilidad legítima de que cualquier padre  
discrepe de su significación o valoración moral, no me parece conforme

que a las convicciones propias confiere el artículo que, por lo demás, no considero limitado en el sentido que el Pleno admite por el artículo 27.2 del texto constitucional: este último sólo obliga a que la educación se imparta "en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales". El respeto de los derechos -que, insisto, debe enseñarse y fomentarse- no equivale siempre y en todo caso, en mi opinión, al asentimiento o adhesión moral a su contenido.

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

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

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

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

**Tercero.-** Dicho lo anterior, resulta ya de menor importancia (aunque también la tenga a efectos del recurso) el hecho de que la asignatura Educación para la Ciudadanía, tal como ha sido regulada en el Real Decreto 1631/2006, incorpore contenidos de suyo ajenos a lo que es propiamente la enseñanza del sustrato común de los derechos reconocidos por la Constitución o por los tratados y convenios internacionales. Así ocurre, por ejemplo, cuando dedica un entero "bloque de contenidos" a la educación "afectivo-emocional" de los alumnos, educación que algunos padres pueden legítimamente reivindicar como un ámbito personal en el que son ellos, conforme a sus propias convicciones morales, y no la Administración educativa quienes marquen las pautas de conducta para sus hijos menores. Y, aun cuando se trate ya de contenidos que más difícilmente se prestan -o no se prestan en absoluto- a invocar el artículo 27.3 de la Constitución, los que se refieren, entre otros, a temas como la "valoración crítica de la división social del trabajo", la "identificación de los principales servicios públicos que deban garantizar las administraciones", "la distribución de la renta" y otros análogos se introducen en cuestiones abiertas a las diferentes opciones políticas y personales.

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

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

La mayoría del Pleno de la Sala propugna una interpretación de las pautas valorativas insertas en el Real Decreto 1631/2006 que desactive la preocupación de los padres cuyas convicciones morales ellos mismos consideran incompatibles con la asignatura en los términos que ésta ha sido reglamentariamente configurada. Y, con la elogiada intención de respetar la garantía constitucional de las referidas convicciones y a la vez mantener en lo posible la obligatoriedad de la asignatura, el Pleno considera que basta con interpretar algunas expresiones del Real Decreto 1631/2006 en un determinado sentido, sustraer del debate el favorecimiento de opción alguna cuando se trata de cuestiones morales controvertidas y, en fin, diferir la aplicación práctica del derecho de elección de los padres a unos momentos

pongan en cuestión caso por caso (se entiende que la Administración educativa y ante el silencio o el rechazo de ésta, pues sólo así resulta posible acudir a la vía de reacción procesal que la sentencia mayoritaria propicia) los proyectos educativos de cada centro, los libros de texto que se empleen en él o las explicaciones de los profesores. Con mayor o menor fortuna se ha podido afirmar que el Pleno de la Sala habría dado su aquiescencia más a la asignatura tal como debería haber sido configurada para no ser objeto de los reproches contra ella dirigidos que a la asignatura que realmente consta en el texto reglamentario.

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

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

La sentencia recaída en el presente recurso número 905/2008 no llega propiamente a precisar cuál o cuáles de aquellos motivos aprecia en concreto, basando la estimación del recurso de modo global en que la Sala de instancia "reconoce un derecho inexistente en el ordenamiento jurídico español" (inciso final del fundamento jurídico décimo). Por mi parte, dadas las premisas que he avanzado, juzgo necesario acometer el

de los tres recursos deducidos por el Ministerio Fiscal, el Estado y los Servicios Jurídicos de la Junta de Andalucía. Lo haré, como es lógico, remitiéndome cuando sea menester al contenido de los apartados anteriores de este voto particular.

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

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

En lo que se refiere propiamente a la interpretación conjunta de los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución, en relación con el derecho a la objeción de conciencia del artículo 30.1, me remito a lo expuesto con anterioridad en este voto discrepante. Corolario de lo cual es que el pronunciamiento estimatorio de la demanda resulta, a mi juicio, conforme a Derecho.

**Quinto.-** Las consideraciones que he hecho en el fundamento jurídico inicial de este voto discrepante me conducen también a

de los dos motivos de casación del recurso presentado por el Abogado del Estado, que no fue parte en el procedimiento de instancia. A su juicio, la Sala ha vulnerado el "artículo 16.1 de la Constitución Española (CE) en relación con el artículo 9 CE y de la jurisprudencia en materia de objeción de conciencia", conclusión que obtiene, fundamentalmente, de una exégesis de las sentencias constitucionales 160/1987 y 161/11987. Me remito a lo ya dicho sobre esta cuestión.

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

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

La conclusión del Abogado del Estado en este segundo motivo se ciñe, de nuevo, a expresar que la objeción de conciencia "es

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

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

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

Lo que la Letrada de Junta de Andalucía denomina "punto neurálgico de la cuestión" es "si existe un derecho a la objeción de conciencia con carácter general", a lo que da respuesta negativa. Sobre la base de la exposición de la doctrina constitucional que describe en el apartado primero de este motivo inicial, reprocha a la Sala no haberla seguido y vulnerar, en consecuencia, el artículo 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De nuevo suscita la cuestión de coherencia la tesis de la sentencia constitucional 53/1985 con la de las sentencias 160/1987 y 161/1987 (a las que añade el auto 71/1993), para concluir que no es posible objetar por razones de conciencia sin la previa interposición del

en este aspecto, a lo ya expuesto en otros este voto particular.

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

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

En el tercer apartado del primer motivo se afirma que "tampoco las sentencias de 29 de junio y 9 de octubre de 2007 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos amparan el fallo de la sentencia de reconocimiento de un derecho absoluto a la exención al cumplimiento de los deberes legales derivado directamente de la Constitución o de los Textos Internacionales." Afirmación que se hace para sostener que el tribunal de instancia ha aplicado de modo incorrecto el artículo 2 del Protocolo núm. 1 del Convenio "[...] en conexión con la jurisprudencia del TEDH y artículo 10.2 y 96.1 CE".

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

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

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

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

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

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

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

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



*Your complimentary  
use period has ended.  
Thank you for using  
PDF Complete.*

[\*Click Here to upgrade to  
Unlimited Pages and Expanded Features\*](#)