

ente que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. **uez**, a la sentencia de fecha 11 de febrero de **2009**, dictada en el recurso de casación número 905/08 al que se adhiere los magistrados el Excmo. Sr. D. José Díaz Delgado y la Excma. Sra. Dña. Celsa Pico Lorenzo .

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

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

Utiliza la sentencia de la que discrepo fundamentalmente dos argumentos para sostener que no existe derecho a la objeción de conciencia más allá de los términos expuesto. De acuerdo con el primero el artículo 30.2 no tendría sentido si existiese un derecho a la objeción de conciencia de alcance general dimanante del artículo 16 de la Constitución; pero una cosa es admitir que no existe un derecho a la objeción de conciencia general e ilimitado y otra muy distinta concluir que el artículo 30.2 de la Constitución nos lleva a entender que tal derecho solo se da en el caso del citado precepto constitucional.

El hecho de que el derecho a la objeción de conciencia encuentre sus límites en la noción de orden público, no supone, en absoluto, la imposibilidad de su reconocimiento más allá de los estrechos límites que

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

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

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

El argumento, en mi opinión, falla desde el momento en que el derecho a la objeción de conciencia, con los límites antes dichos que vienen impuestos por la noción del orden público (la paz, el orden, los derechos de los demás, la seguridad, la moral pública, la salud, etc), también forma parte del ordenamiento jurídico y por tanto también debe ser respetado por imperativo del artículo 9.1 de la Constitución que se invoca.

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

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

ción, afecta a algún otro derecho fundamental
terceros.

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

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

Por último, en relación con las tesis que se mantiene en el fundamento jurídico de la sentencia a que me vengo refiriendo, creo necesario resaltar que el argumento de que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulan su ejercicio sólo en los supuestos en que se aplique Derecho de la Unión Europea, no cabe utilizarlo para negar la existencia de este derecho en nuestro ordenamiento más allá de los límites que afirma la sentencia mayoritaria; al contrario, con tal mandato de la Carta Europea se justifica una interpretación del artículo 16 de la Constitución en el sentido que se mantiene en este voto.

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

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

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

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

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

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

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

A ello puede oponerse que si, como la propia sentencia mayoritaria admite en el fundamento noveno, el derecho de objeción de conciencia en el ámbito educativo consiste en el derecho de ser eximido de cursar una materia del currículo escolar que provoca repulsa por razones religiosas e ideológicas, -y así resulta del párrafo que afirma que el artículo 27.3 "permite pedir que se anulen las normas reguladoras de una asignatura obligatoria en tanto en cuanto invadan el derecho de los padres a decidir la enseñanza que deben recibir sus hijos en materia religiosa o moral; pero no permite pedir dispensa o exenciones" y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que el no admitir la posibilidad de dispensa a cursar asignaturas que tengan esos contenidos adoctrinantes viola el artículo 9.2 del Convenio-, forzoso es reconocer

endo es que el derecho a la obtención de esa que se concreta el derecho a la objeción de conciencia en materia educativa.

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

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

al ordenamiento jurídico que suponga una
on la propias creencias o principios morales.

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

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

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

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

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

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