
Crónica de Jurisprudencia 2009. Derecho eclesiástico español*

Jorge OTADUY

Profesor Ordinario de Derecho eclesiástico
Facultad de Derecho Canónico. Universidad de Navarra
jorotaduy@unav.es

SUMARIO: 1. La asignatura de Educación para la ciudadanía. 2. Profesores de religión. 2.1. Panorama lesivo de derechos fundamentales. 2.2. La enseñanza de la religión como experiencia docente. 3. Patrimonio cultural. 4. Objeción de conciencia. 4.1. Gastos médicos. 4.2. Jueces en supuestos de matrimonio entre personas del mismo sexo. 5. Símbolos religiosos. 6. Protección de datos. 7. Registro de entidades religiosas. 8. Derecho a la educación. 9. Ideario escolar. 10. Libertad de información. 11. Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

1. LA ASIGNATURA DE EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA

El tema que ha tenido una mayor presencia en los tribunales españoles durante el año 2009 en relación con la materia objeto de esta crónica ha sido la objeción de conciencia a cursar la asignatura Educación para la ciu-

* La numeración marginal corresponde al Repertorio de Jurisprudencia de *Thomson Reuters (Aranzadi)*. Téngase en cuenta que la abreviatura JUR se refiere a resoluciones no publicadas en los productos CD/DVD de *Thomson Reuters (Aranzadi)*; se encuentran solamente en *Westlaw*, el servicio de Internet de la editorial; las que carecen de referencia proceden de fuente propia. Todas las resoluciones citadas en esta Crónica corresponden al año 2009.

dadanía. La imposición obligatoria de esta materia escolar en el año 2006¹ desencadenó un fenómeno extraordinario en cuanto a la actividad judicial se refiere. En un elevado número de recursos los padres manifestaban su desacuerdo, por razones filosóficas o religiosas, con parte de la asignatura y solicitaban que se excluyera de ella a sus hijos. Consideraban que los contenidos obligatorios de la asignatura, establecidos por el Gobierno, introducían conceptos de indudable trascendencia ideológica y religiosa, como *ética, conciencia moral cívica, valores o conflictos sociales y morales*, por señalar algunos.

A lo largo de 2008, nueve sentencias de tribunales superiores de justicia de España se pronunciaron, con resultados dispares, sobre la existencia del derecho a la objeción de conciencia frente a esta asignatura obligatoria. Los tribunales de Andalucía (4 de marzo, 9 de abril y 24 de julio) y La Rioja (5 de septiembre) estimaron los recursos y anularon las resoluciones de las consejerías correspondientes que no habían admitido la objeción. En Asturias (tres sentencias de 11 de febrero), Navarra (9 de octubre) y Baleares (5 de noviembre) el rechazo de los padres a la asistencia a clase de sus hijos no fue avalada judicialmente².

La primera decisión del Tribunal Supremo sobre la materia se produjo mediante Sentencia de 11 de febrero de 2009, del Pleno, que daba respuesta al recurso 905/2008 [RJ 2009 1878], contra la sentencia del Tribunal Superior de Andalucía (Sevilla) de 4 de marzo de 2008 [RJCA 2008 148]. La misma fecha llevaban las tres sentencias del Pleno que resolvían los recursos de casación procedentes de Asturias (904, 949 y 1013/2008 [RJ 2009 1877]). Las mencionadas resoluciones del Tribunal Supremo van acompañadas de siete votos particulares discrepantes.

Con posterioridad, la Sección séptima de la Sala tercera del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la misma materia con arreglo a la llegada de nuevos recursos: 11 de marzo (recurso 4668/2008 [RJ 2009 5381], procedente de Andalucía), 11 de mayo (nueve sentencias; *vid.* recurso 4404/2008 [RJ 2009 3329], de Andalucía), 17 de septiembre (recurso 4578/2008, de La Rioja), 15 de octubre (recurso 1494/2008 [RJ 2009 5377], de Andalucía) y 5 de noviembre (trece sentencias; *vid.* recurso 1024/2009 [RJ 2009 6305], de Andalucía).

¹ *Vid.* Reales Decretos 1513 y 1631/2006, sobre enseñanzas mínimas en educación primaria y secundaria (BOE de 8 de diciembre de 2006 y 5 de enero de 2007, respectivamente).

² La referencia a todas estas resoluciones puede encontrarse en la Crónica de jurisprudencia de 2008, publicada en esta revista, 97 (2009) 226-236.

Si bien hay una cierta variedad de circunstancias y de matices entre los diversos casos, la doctrina del Supremo es común. El Alto Tribunal se pronunció, básicamente, por la denegación del derecho a la objeción de conciencia y la convalidación de la asignatura Educación para la ciudadanía, si bien con algunas matizaciones finales –reservas y advertencias acerca de los contenidos de los proyectos educativos, de los libros de texto y del tenor de las explicaciones de clase–, orientadas –a mi juicio– a proyectar una cierta imagen de *equilibrio*, más aparente que real.

El contenido de la extensa sentencia del Pleno de 11 de febrero de 2009 puede resumirse –empleando los términos del propio tribunal– en las cinco afirmaciones siguientes: 1) La materia Educación para la ciudadanía es ajustada a Derecho, siendo un deber jurídico válido cursarla. 2) No cabe reconocer un derecho a la objeción de conciencia en el ámbito educativo, siendo así que la Constitución no proclama un derecho a la objeción de conciencia con carácter general sino solamente para dos supuestos específicos (el servicio militar, en el artículo 30.2, y la posición de los informadores en las empresas informativas, en el artículo 20.1.d). 3) Procede descartar la tesis de que la libertad religiosa e ideológica comprende el derecho a comportarse siempre y en todas las circunstancias con arreglo a las propias creencias, pues ello contravendría el mandato inequívoco y de alcance general derivado del artículo 9.1 de la Constitución, en cuanto impone a los ciudadanos y a los poderes públicos la sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, además de que el reconocimiento de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, con base en el art. 16.1 de la Constitución, 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. 4) El artículo 27.3 de la Constitución sólo reconoce el derecho a elegir la educación religiosa y moral de los hijos, no sobre materias ajenas a la religión y la moral, como puede ser la asignatura de que ahora se trata (que abarca temas ajenos a la religión o la moral en sentido propio, como son los relativos a la organización y funcionamiento de la democracia constitucional, el significado de los derechos fundamentales o, incluso, usos sociales establecidos y reglas meramente técnicas). 5) Los padres no tienen, sobre la base del art. 27.3 de la Constitución, un derecho ilimitado a oponerse a la programación de la enseñanza por el Estado.

Esta resolución sería merecedora, sin duda, de un análisis pormenorizado. En este momento, me limitaré a realizar un apunte crítico sobre aquello

que, según mi parecer, constituye una idea de fondo sobre la que se asienta la argumentación y las discutibles conclusiones del Tribunal.

Como he advertido anteriormente, la cuestión que late tras las reclamaciones judiciales es que los contenidos obligatorios de la asignatura, establecidos por el Gobierno, introducen conceptos de indudable trascendencia ideológica y religiosa, como son *ética, conciencia moral cívica, valores o conflictos sociales y morales*. Los demandantes, por razones filosóficas o religiosas, se manifiestan en desacuerdo con parte de la asignatura y solicitan que se excluya de ella a sus hijos. Pues bien, la doctrina del Tribunal para avalar la asignatura controvertida se funda sobre la distinción entre la denominada *moral común*, que sería de carácter obligatorio e imponible a todos, y *la moral individual*, de seguimiento libre.

Puede leerse en la sentencia, en efecto, que «existe una moral común subyacente a los derechos fundamentales que puede imponerse a todos los ciudadanos». En ese ámbito, continúa, «es lícito promover la adhesión» y, más aún, «fomentar sentimientos y actitudes que favorezcan su vivencia práctica». Por el contrario, existen «valores distintos de los anteriores», es decir, «de carácter privado» o «individuales», que quedan a la libre elección de las personas. Los primeros serían valores públicos, oficiales y obligatorios y por tal motivo el aparato administrativo escolar, el conjunto de los recursos técnicos y pedagógicos deberían ponerse al servicio del adoctrinamiento. Los calificados en cambio como «otros valores» podrían ser mencionados en el ámbito escolar a título informativo y expuestos de manera «rigurosamente objetiva», sin adoctrinar.

Esta distinción entre *moral común* y *moral individual*, en los términos en que aparece formulada en estas sentencias, es, en mi opinión, filosóficamente débil y jurídicamente ineficaz. Una cuestión clásica, cual es, en el fondo, la relación entre Moral y Derecho, objeto de una detenida reflexión a lo largo de los siglos, no se puede despachar de manera tan simple, con lenguaje de receptorio. Más allá de su escasa densidad conceptual, la doctrina sentada por el Alto Tribunal contribuirá escasamente a resolver los problemas concretos, que seguirán presentándose en esta materia. La «clarificadora» separación entre *moral común* y *moral individual* deja de resultar tan iluminante cuando llega el momento de ubicar en uno u otro cajón los criterios éticos que cada cual sostiene. ¿Cómo se distingue entre los *valores comunes* –obligatorios– y los *otros valores* –libres– y quién será el encargado de hacerlo?

A nadie se le escapa que el espacio de la *moral común* o de los *valores comunes* crece en nuestro tiempo a ritmo acelerado, impulsado por una legislación beligerante en materias sociales, que no duda en traspasar –para man-

dar o prohibir— las líneas que tradicionalmente han delimitado —y protegido— el ámbito de la autonomía personal. El territorio ocupado por la doctrina oficial —lo que en cada momento debe considerarse correcto— se amplía, al tiempo que el hábitat que hace posible la supervivencia de una reflexión independiente se restringe. La legislación procede a la *consagración moral* de las conductas reconocidas en sus normas, que pasan de este modo a incorporarse al acervo común y resultan desde ese instante de aceptación obligatoria, se convierten en *valores comunes* incuestionables.

Este fenómeno, aquí apenas esbozado, pone de relieve la paradoja del positivismo jurídico, que pretendía independizar el Derecho de la Moral y que ha conducido a una particular moralización del Derecho. Sentencias como la presente abonan la peligrosa especie de que «lo jurídico» —reducido a «lo legal», es decir, a lo que aparece en la letra impresa del BOE— tiende a fundirse con «lo moral», hasta el punto de resultar prácticamente indistinguible lo uno de lo otro.

La obligación de promover en el ámbito escolar los valores consagrados por la legislación —tesis que da por buena estas sentencias— significa que no se permite la discrepancia pública sobre tales contenidos. Pero la promoción obligatoria de unas opiniones comporta la nada neutral consecuencia de desincentivar o marginar otras, perfectamente legítimas pero que no han sido *bendecidas* por el legislador. Tales opiniones podrían, a lo sumo, reubicarse en la categoría de los *valores individuales*, es decir, aquellos que se permiten pero que, en realidad, no pertenecerían a nuestra cultura. Este planteamiento corresponde a un régimen de tolerancia y no al de reconocimiento pleno de las libertades que proclama la Constitución vigente en España.

El problema se agudiza porque, en la práctica, no es la Constitución, ni siquiera el legislador, quien impone los valores comunes, sino el titular de la potestad reglamentaria que determina los contenidos de la asignatura (el ministro o consejero de turno).

Sería más sensato, a mi juicio, reconocer que la escuela no es neutral, ni puede serlo, porque siempre adoctrina. Ante tal constatación, es preferible una prudente contención por parte de los poderes públicos para reducir el adoctrinamiento al mínimo. En la cuestión a la que nos referimos —la asignatura Educación para la ciudadanía— podría conseguirse este objetivo mediante la acotación de la materia curricular a la explicación de la Constitución como texto estrictamente «jurídico». No es esta, sin embargo, la tesis que por ahora se ha impuesto en el Tribunal Supremo.

Por otra parte, el fundamento argumental de la sentencia para rechazar la objeción de conciencia es muy poco convincente. Comienza con la certera afirmación de que ésta sólo puede ejercitarse ante un deber jurídico válido; si no lo fuera, habría que reclamar la anulación de la norma. El siguiente paso, en buena lógica, es determinar si la implantación de la asignatura discutida puede considerarse ajustada a Derecho, cuestión que encuentra una respuesta afirmativa. Llegados a este punto, nos encontramos en las condiciones óptimas para entrar en la última fase del análisis jurídico sobre la procedencia de la objeción. Sorprendentemente, el Tribunal parece contentarse con su parecer favorable a la legitimidad de la materia para deducir como consecuencia obligada que, en tal caso, la objeción no puede ser viable.

Los Tribunales Superiores de Justicia, por su parte, han continuado durante 2009 resolviendo asuntos relativos a la asignatura de Educación para la ciudadanía sometidos a su jurisdicción.

Algunas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía anteriores a la fecha de resolución del Pleno del Tribunal Supremo mantienen la doctrina de la Sala, según la cual el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia en los terminos planteados por los recurrentes sería procedente³.

Con posterioridad a las sentencias del Pleno de la Sala Tercera de 11 de febrero de 2009 se han pronunciado varias Salas de lo Contencioso-Administrativo de distintos Tribunales Superiores de Justicia: así, por ejemplo, el de Islas Baleares [JUR 2009 313814], Galicia, Extremadura, Castilla y León, Andalucía, Asturias, Castilla-La Mancha, Murcia o Valencia (RJCA 2009, 656). En la mayoría de ellas se citan las mencionadas sentencias del Tribunal Supremo –que reproducen– como constitutivas de Jurisprudencia *ex artículo 1.6* del Código Civil, y como tal vinculantes para los tribunales inferiores.

No comparte esa opinión, sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León⁴. Se aparta del precedente por considerar que la doctrina de las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 2009 es vacilante, ambigua, no suficientemente fundada, no congruente en el curso de la argumentación y, por lo tanto, no definitiva.

³ Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla). Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 15 de enero de 2009 (JUR 2009 347360) y de 28 de enero de 2009 (JUR 2009 347299).

⁴ Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 23 de septiembre de 2009 (RJCA 2009 896). En el mismo sentido, Sentencia de 28 de septiembre (RJCA 2009 902) y de 1 de octubre de 2009 (RJCA 2009 908).

En el Fundamento jurídico quinto interpreta los artículos 16 y 30.2 de la Constitución en sentido favorable al reconocimiento del derecho a objetar por razones de conciencia respecto del deber legal de cursar la asignatura Educación para la ciudadanía.

En el Fundamento jurídico sexto analiza el contenido del derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus convicciones (art. 27.3 de la Constitución). Advierte que la norma tiene un contenido doble: no se limita a reconocer el mencionado derecho de los padres, «cuya tutela queda bajo la salvaguarda de los Juzgados y Tribunales y, en última instancia del Tribunal Constitucional, sino que, además, contiene un mandato –que le singulariza respecto de otros derechos fundamentales– dirigido a los poderes públicos en orden a su específica garantía, lo que, entendemos, no se ha cumplido, siquiera indirectamente, mediante el mecanismo de la exención o dispensa, incluso parcial, a cursar la asignatura».

En el Fundamento jurídico séptimo aborda lo que denomina el núcleo del problema, que no es sino la comprobación en detalle de los contenidos de la asignatura, tal como aparecen referidos en los Reales Decretos que introducen la materia en el currículo escolar, para comprobar si el diseño es neutro o puede apreciarse un exceso en sus contenidos, sea por pérdida de neutralidad o por rebasamiento de su contenido imponible (los principios democráticos de convivencia y derechos y libertades fundamentales).

Del extensísimo estudio la Sala deduce que «hay una potencial extralimitación conceptual en la configuración reglamentaria de esta asignatura» (Educación primaria); que «son asignaturas no neutrales, que entrañan una carga ideológica y moral no susceptible de enseñanza a quienes legítimamente no la comparten, por lo que ha de entrar en juego la garantía constitucional e internacionalmente reconocida y consagrada de los padres de cara a poder escoger la educación moral de sus hijos» (Educación secundaria).

«En definitiva –concluye–, la intensa carga ética, moral e ideológica de la asignatura discutida, que emplea conceptos difusos e indeterminados pero con virtualidad bastante como para propiciar y producir el efecto indeseable de incidir en la privacidad e intimidad de los alumnos en plena fase de formación y ello con arreglo a unos autocalificados valores éticos comunes tributarios de una voluntarista labor de identificación y concreción –que, por incierta, cuestiona su invocado generalizado consenso– que en cualquier caso

los padres recurrentes no comparten; su carácter obligatorio, concentrado y vertical, superando la transversalidad multidisciplinaria hasta ahora imperante; el confesado propósito de reconstrucción de valores en orden a la influencia en los comportamientos y actitudes, habilidades y destrezas de los menores –conciencias, sentimientos, relaciones interpersonales y emociones afectivo sexuales–, que serán evaluados en tal sentido; la indiscutible seriedad en el planteamiento del conflicto por los recurrentes, se compartan o no sus razones; y aún las significativas reservas y advertencias del Pleno del Tribunal Supremo respecto de proyectos educativos, libros de texto y explicaciones, con continuas llamadas a la más rigurosa y exquisita objetividad, prudente distanciamiento, neutralidad, respeto al pluralismo y exposición crítica de la materia a fin de evitar el deslizamiento hacia el adoctrinamiento, proselitismo o captación de voluntades de los alumnos en relación con cuestiones morales controvertidas sobre las que no exista un generalizado consenso en la sociedad española –reservas y advertencias por sí solas expresivas de la realidad y gravedad del conflicto, en modo alguno artificioso–, son razones todas ellas, no valoradas aisladamente sino en conjunto, más allá del mayor o menor acierto de la concreta terminología utilizada, las que llevan a esta Sala a apreciar el riesgo exorbitante, que los padres no vienen obligados jurídicamente a soportar ni a esperar se cristalice, de invasión, injerencia o inmisión en la esfera de privacidad que el artículo 27.3 CE les reserva en cuanto a la formación religiosa y moral de sus hijos, lo que les hace acreedores del derecho a que éstos se vean dispensados ex artículo 27.3 CE de cursar la asignatura, sin consecuencias desfavorables para ellos».

Por otra parte, considera la Sala improcedente plantear cuestión de inconstitucionalidad o ilegalidad por razón de la naturaleza eminentemente personal y subjetiva de los derechos fundamentales que los recurrentes invocan –libertad ideológica versus derecho a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones–, que atañe al núcleo más íntimo y familiar de las creencias y valores. «Este conflicto que los actores plantean como propio por estimarse afectados de forma individual no puede ni debe trasladarse o repercutirse sobre el resto de los padres que no se consideran lesionados en sus propias creencias, siendo precisamente el ejercicio individual del derecho a la objeción de conciencia –traducido en el ámbito educativo en la dispensa o exención de cursar la asignatura– el mecanismo proporcionalmente adecuado y suficiente para hacer efectiva la garantía prevista en el artículo 27.3 CE».

El mismo Tribunal⁵ conoció el recurso de la Administración General del Estado contra el decreto de la Consejería de educación de la Junta de Castilla y León por el que se establece el currículo de educación secundaria obligatoria en la Comunidad. Alega el recurrente –a los efectos que aquí interesan– que en algunas materias, y señaladamente en Educación para la ciudadanía, el decreto impugnado omite reproducir literalmente parte de los contenidos que aparecen enunciados en la norma estatal (Real Decreto 1631/2006).

La normativa reglamentaria de desarrollo dictada por la Comunidad autónoma, cuando la habilitación se encuentra en la legislación estatal básica no desplaza a ésta –recuerda la Sala–, sino que la completa y adecua a las peculiaridades de su territorio. Es decir, que ese «marco o denominador común de necesaria vigencia en el territorio nacional» continúa en vigor. Por ello, no se entiende que la Administración del Estado reproche a la norma autonómica de desarrollo que no se haya reflejado un contenido mínimo que ya es legalmente exigible por haberlo declarado así la normativa básica estatal. En concreto el art. 6.3 del RD 1631/2006 establece claramente que «Las administraciones educativas establecerán el currículo de la Educación secundaria obligatoria, del que formarán parte, en todo caso, las enseñanzas mínimas fijadas en este real decreto, que requerirán el 65% de los horarios escolares o el 55% en las comunidades autónomas que tengan lengua cooficial». Además, el propio Decreto 52/2007 asume los contenidos del Real Decreto 1631/2006, como inequívocamente explícita su exposición de motivos («Por lo que respecta al contenido de las materias concretas, se ha diseñado un currículo que incorpora, junto a las enseñanzas mínimas establecidas en el Real Decreto 1631/2006, de 29 de diciembre, los contenidos propios de esta Comunidad. Para ello se han revisado los contenidos incorporados en el Decreto 7/2002, de 10 de enero, por el que se estableció, por primera vez, un currículo de educación secundaria obligatoria propio de esta Comunidad»).

Estas reacciones un tanto extemporáneas de la Administración central se enmarcan, probablemente, en el clima de desconfianza que ha generado la polémica asignatura, que no contaba con el respaldo de determinados gobiernos autonómicos.

Se alinean con el Tribunal Supremo, estimando su doctrina como verdadera jurisprudencia *ex artículo* 1.6 Código Civil, las sentencias del Tribu-

⁵ Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Valladolid. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 27 de abril de 2009 (RJCA 2009 517).

nal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha⁶, Cantabria⁷, Aragón⁸ y Galicia⁹.

La Sala de Cantabria, en la sentencia citada de 11 de septiembre, se pronuncia sobre el reconocimiento de la legitimación activa de los padres reclamantes aun cuando sus hijos no cursarán todavía la asignatura ese año. «La posible lesión de la libertad ideológica de los padres derivada del contenido de las materias que la componen y la correlativa obligación legal de cursarlas para todos los alumnos de los tres ciclos educativos desde el mismo momento en que los citados RD entran en vigor legitima a aquéllos para reaccionar frente a las mismas, con independencia del momento temporal en que dicho deber deba ser cumplido, con lo que la demora en su ejercicio, posponiéndolo al año lectivo en que efectivamente hubiera de impartirse la materia a la menor, vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución, ya que de dicho deber general de cursar la asignatura y del contenido de la misma pudiera dimanar, como ya se ha indicado, una conculcación de los valores y convicciones morales de sus padres, con independencia de que materialmente se esté o no cursando aquélla por la menor afectada».

La opinión contraria, denegatoria de la legitimación activa de los padres, es sostenida por el Tribunal Superior de Justicia de Galicia¹⁰ en los términos siguientes: «Los dos hijos de la recurrente no debían cursar la asignatura todavía ese año. En definitiva, en todos los casos la petición no sólo es extemporánea por anticipada sino que el interés no es actual sino hipotético y el agravio es potencial o futuro, siendo improcedente el ejercicio de acciones pre-

⁶ Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, Sentencia de 6 de abril de 2009 (JUR 2009 220358 y JUR 2009 220359). La negativa al reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia no encuentra otro fundamento que la invocación de la doctrina del Tribunal Supremo en las sentencias de 11 de febrero de 2009 que, al decir de los magistrados castellano-manchegos, «constituyen jurisprudencia y son fuente del Derecho, que obliga a jueces y tribunales (art. 1 CC)».

⁷ Tribunal Superior de Justicia de Cantabria. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Sentencia de 16 de enero de 2009 (JUR 2009 239515), Sentencia de 4 de septiembre de 2009 (RJCA 2009 761), Sentencia de 11 de septiembre de 2009 (RJCA 2009 886).

⁸ Tribunal Superior de Justicia de Aragón. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Sentencia de 18 de septiembre de 2009 (JUR 2009 445589).

⁹ Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Sentencia de 16 de septiembre de 2009 (JUR 2009 453652).

¹⁰ Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, Sentencia de 16 de septiembre de 2009 (JUR 2009 453652).

ventivas. Frente a ello no cabe oponer, como hace la actora, que existe la plena obligación de cursar dicha asignatura desde el momento en que entraron en vigor en Galicia los correspondientes Decretos autonómicos, con independencia de que la fecha de su cumplimiento sea futura, en primer lugar porque las resoluciones administrativas se refieren exclusivamente al curso escolar 2008/2009, por lo que la naturaleza revisora de esta jurisdicción impide ir más allá, en segundo lugar porque lógicamente las solicitudes de exención de los padres no pueden referirse a cursos posteriores en los que pueden haber variado las circunstancias de todo tipo, incluso de regulación normativa, en tercer lugar porque lo impugnado son actos de aplicación de la normativa, no la regulación en sí misma, de modo que los actos administrativos dictados carecen del alcance general propio de las disposiciones normativas y únicamente se refieren al siguiente curso escolar, y en cuarto lugar en lo referido a cursos posteriores el agravio invocado es potencial o futuro y el interés hipotético, por lo que la acción entablada tendría respecto a ellos carácter preventivo, lo cual ya hemos visto que resulta improcedente».

Se da cuenta, excepcionalmente, de una Sentencia de primera instancia por su indudable interés y originalidad¹¹. El juzgador entiende que, tras las sentencias del Supremo de 11 de febrero de 2009, nos encontramos ante un caso de colisión entre la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional en materias que afectan a los derechos fundamentales.

El ponente sigue pormenorizadamente los argumentos expuestos en los dos votos particulares a las mencionadas sentencias del Tribunal Supremo firmados por los magistrados Campos Sánchez-Bordona y Peces Morate, cuya doctrina considera mejor fundada que la mayoritaria. A juicio del primero, lo que en realidad se plantea en estos casos no es tanto 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. Lo que con su solicitud 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 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 reco-

¹¹ Juzgado de lo Contencioso-Administrativo. Zaragoza. Sentencia de 13 de abril de 2009 (RJCA 2009 546).

nocida 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.

Del Magistrado Peces Morate acoge, principalmente, su seria objeción a la idea de que cabría por parte del Estado la realización de un «adoctrinamiento legítimo», porque la realidad es que «no existe una ética o moral universal, que derive como precipitado natural y lógico de las Declaraciones universales de derechos, incorporada a los diferentes ordenamientos jurídicos».

Concluye que procede estimar en su totalidad el recurso interpuesto y reconocer el derecho a que las hijas del recurrente sean dispensadas de ir a clases en la asignatura de Educación para la ciudadanía.

2. PROFESORES DE RELIGIÓN

2.1. *Panorama lesivo de derechos fundamentales*

En 2009, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha resuelto numerosos recursos procedentes de los Tribunales Superiores de Canarias relativos a profesores de religión que dejaron de ser propuestos para la docencia por el obispado. Del conjunto de las circunstancias concurrentes, que presentaban un panorama lesivo de derechos fundamentales, y de la falta de motivación del acto de terminación de la relación de trabajo, se siguió la condena de la entidad eclesial¹².

En el recurso ante el Supremo se discute, en síntesis, el alcance y límites de la facultad de selección del profesorado de religión y, más en concreto, si se ajusta o no a Derecho la conducta de la autoridad eclesiástica competente de no proponer a un determinado profesor cuando se presentan indicios de lesión de derechos fundamentales y tras su acreditación se omite la alegación y prueba de que su actuación no ha sido lesiva, aduciendo que el contrato de trabajo del actor se había extinguido por vencimiento del término.

Sobre el particular es aplicable la doctrina del Tribunal Constitucional sentada en sentencias 38/2007, 80 a 90/2007 y 128/2007, que se puede resu-

¹² Tribunal Supremo, Sala de lo Social, sección 1ª, de 14 de enero de 2009 (JUR 2009 170046). En el mismo sentido: 20 de enero (JUR 2009 112407), 28 de enero (JUR 2009 154034), 28 de enero (JUR 2009 112343), 30 de enero (JUR 2009 185991), 2 de febrero (JUR 2009 196040), 10 de febrero (RJ 2009 1193), 17 de abril (RJ 2009 4958), 23 de septiembre (RJ 2009 6184).

mir en los siguientes puntos: 1) la libertad de las confesiones de establecer contenidos de las enseñanzas religiosas y criterios de cualificación de los profesores no es absoluta, sino que debe respetar tanto «las exigencias inexcusables de indemnidad del orden constitucional» como las «previsiones legales» sobre el proceso de selección; 2) por tanto, «no cabe aceptar que los efectos civiles de una decisión eclesiástica puedan resultar inmunes a la tutela jurisdiccional de los órganos del Estado»; 3) para comprobar la legalidad y la constitucionalidad de los referidos actos de las autoridades eclesiásticas, éstas, en caso de no renovación de una habilitación otorgada anteriormente, deben motivar que la decisión está basada en razones «de índole religiosa o moral»; 4) una vez verificada la «motivación estrictamente religiosa», la causa invocada de inhabilitación ha de ser, además, compatible con los «derechos fundamentales de los trabajadores en su relación de trabajo»; y 5) el control de legalidad y de constitucionalidad de la contratación de estos «trabajadores de la Administración pública educativa» se atribuye a los órganos del orden social de la jurisdicción y, en vía de amparo, al Tribunal Constitucional.

En estos casos, los obispados correspondientes, tras la aportación de un panorama lesivo por parte del trabajador, omitieron toda explicación justificativa de su conducta, contraviniendo así la jurisprudencia constitucional en el punto 3) de la precedente exposición resumida.

2.2. *La enseñanza de la religión como experiencia docente*

La Junta de Extremadura se opuso al reconocimiento como mérito docente, en un proceso selectivo al cuerpo de maestros, de la experiencia adquirida en la impartición de la asignatura Religión católica en un centro público, alegando que la disciplina no tiene carácter de especialidad, según el Real Decreto 895/1989, de 14 de julio, que regula la provisión de puestos de trabajo como profesores de Educación General Básica en centros públicos de Preescolar, Educación General Básica y Especial.

El Tribunal Supremo sostiene, en cambio, que del régimen vigente de la enseñanza de la asignatura se colige que la enseñanza de la Religión Católica forma parte de conjunto de áreas educativas en los diferentes niveles establecidos por la legislación de educación¹³. La experiencia docente que deriva de

¹³ Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 7ª, de 14 de octubre de 2009 (RJ 2009 7519).

su impartición en centros públicos, en consecuencia, debe ser incluida como mérito valorable en la fase de concurso, entendiendo a esos solos efectos los términos legales «área educativa» como especialidad, interpretada la norma del concurso bajo la perspectiva de la Ley Orgánica de Educación y del Acuerdo con la Santa Sede de 1979, normativa que por su rango ha de imponerse al sentido que pudiera extraerse de aquellos Reales Decretos en que la Administración educativa fundó las resoluciones denegatorias que inicialmente se recurrieron en fase administrativa. Una solución contraria vulneraría la equiparación que, a los efectos indicados, se establece en los Acuerdos entre la Santa Sede y España.

3. PATRIMONIO CULTURAL

El 11 de junio de 2002 la Real Academia de la Historia interpuso recurso contencioso administrativo contra la Orden de 10 de abril de 2002, de la Consejería de Educación y Cultura de la Junta de Castilla y León que autorizaba el proyecto de ejecución de obras de remodelación del presbiterio de la capilla mayor de la Catedral de Ávila. El fallo de la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Burgos del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León ordenó al Cabildo de la catedral y a su Obispado el levantamiento de las obras para permitir la visión de un conjunto de laudas que quedaron ocultas al público –como sucedía con anterioridad a las obras de remodelación– debajo del presbiterio¹⁴. Las laudas son losas de piedra –como las restantes del suelo de la Catedral–, algunas de ellas labradas con inscripciones y escudos. Los restos mortales que se contuvieron en el monumento funerario fueron trasladados hace muchos años a otro lugar. El Tribunal Supremo desestima el recurso interpuesto por la diócesis de Ávila y queda confirmada la orden que autorizó el levantamiento de las obras de remodelación del presbiterio de la Capilla Mayor de la catedral¹⁵.

En realidad, ni la sentencia del Tribunal Superior de Justicia ni la del Tribunal Supremo entran en la cuestión jurídicamente relevante, a saber, si la fi-

¹⁴ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 28 de enero de 2005 (JUR 2005/54532). *Vid.* Crónica de Jurisprudencia 2005. Derecho eclesiástico español, en *Ius Canonicum*, 91 (2006), pp. 346-347.

¹⁵ Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 10 de febrero de 2009 (JUR 2009 99577).

nalidad religiosa y litúrgica de los bienes de la Iglesia debe prevalecer sobre la artística y cultural en caso de conflicto. Para evitar pronunciarse sobre este punto –pues resulta evidente que prevalece la primera, por establecerlo expresamente así normas vigentes de nuestro ordenamiento¹⁶–, se recurre al subterfugio de entender que, en el supuesto de hecho, no se advierte incompatibilidad entre el cumplimiento de ambas finalidades. La Sala de instancia fundó la compatibilidad entre ambas funciones en posibles soluciones como el enlosado de vidrio, la construcción del altar, ambón y sede «en voladizo» sobre las laudas, o la instalación del altar, ambón y sede sobre raíles, de manera que, como el carrito del helado –por emplear la intencionada imagen a la que recurre el abogado en sus alegaciones–, pueda moverse fácilmente por una sola persona. El Tribunal Supremo no estimó irrazonables o absurdas estas apreciaciones del Juzgador de instancia.

Se trata de una solución aparentemente salomónica que, sin embargo, se inclina totalmente hacia una de las partes, la Real Academia de la Historia. En la práctica, prevalece la supuesta finalidad cultural, que condicionará en adelante el desempeño de la actividad litúrgica, porque el espacio del presbiterio resultará insuficiente para el desarrollo de los actos de culto con arreglo a las normas de la Iglesia católica, y que impone la carga económica de deshacer las obras realizadas.

4. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

4.1. *Gastos médicos*

La demandante reclama, en recurso para unificación de doctrina, el reintegro de gastos médicos originados por una intervención quirúrgica mediante el procedimiento de cirugía sin sangre realizada en una clínica privada, debido a la negativa de la paciente, por razones religiosas, a aceptar la intervención con posibilidad de transfusión sanguínea en caso de riesgo extremo para la vida que se le proponía en la sanidad pública¹⁷.

La Sala rechaza la pretensión por defecto insubsanable en la preparación del recurso, toda vez que no acierta a precisar cuál es el núcleo básico de la

¹⁶ *Vid.* art. 3 del Acuerdo Marco sobre bienes de la Iglesia pertenecientes al patrimonio cultural, de 1980.

¹⁷ Tribunal Supremo, Sala de lo Social, sección 1ª, de 6 de octubre de 2009 (JUR 2009 458888).

contradicción entre la sentencia impugnada y la de contraste. Además, la doctrina de la Sala de instancia es acorde con la jurisprudencia de la propia Sala¹⁸, en las que «se daba respuesta a la confrontación entre el respeto al derecho fundamental del art. 16.1 de la Constitución y el deber del Estado de ofrecer a los beneficiarios del sistema público de salud el tratamiento médico incluido en su cartera de servicios; concluyéndose en ellas con la afirmación de que “las consecuencias de todo orden (también las económicas) que derivan de la observancia del precepto religioso que nos ocupa han de ser asumidas por quien al mismo quiera atenerse”».

En suma, no se cumple la función institucional del recurso de casación para la unificación de doctrina que es la de procurar la aplicación uniforme del ordenamiento jurídico por los órganos judiciales del orden social. De ahí que carezcan de contenido casacional de unificación de doctrina aquellos recursos interpuestos contra sentencias cuyas decisiones sean coincidentes con la doctrina sentada por esta Sala del Tribunal Supremo.

4.2. *Jueces en supuestos de Matrimonio entre personas del mismo sexo*¹⁹

Se presentó recurso contra el Acuerdo del Pleno del CGPJ que denegó el ejercicio del derecho a la objeción de conciencia del recurrente en relación con los expedientes matrimoniales entre personas del mismo sexo cuya tramitación haya de seguirse en el Registro Civil a su cargo.

Sostiene el recurrente que el Juez encargado del Registro Civil no ejerce funciones jurisdiccionales sino registrales, luego no es de aplicación la prohibición de los artículos 217 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial según los cuales la abstención no puede esgrimirse genéricamente, en abstracto, para un tipo de procedimientos en su conjunto, sino estar referido a supuestos concretos y basados en alguna causa que taxativamente se determine en el artículo 219 de la misma ley orgánica, ni tampoco el principio de que los jueces y magistrados no pueden nunca ejercer el derecho a la objeción de conciencia, al estar sometidos únicamente al imperio de la ley.

La Sala desestima el recurso mediante la aplicación de la doctrina sentada en las sentencias de la misma Sala de 11 de febrero de 2009, que niegan a

¹⁸ Cita sentencias de 14 de abril de 1993 (RJ 1993 3338) y de 3 de mayo de 1994 (RJ 1994 5353).

¹⁹ Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 8ª, de 11 de mayo de 2009 (RJ 2009 4279).

los padres el derecho a que, por razones de conciencia, no asistan sus hijos a la asignatura de Educación para la ciudadanía.

Es opinión de la Sala que, del artículo 16 de la Constitución, sobre la libertad ideológica y religiosa, no deriva un derecho general a la objeción de conciencia susceptible de hacerse valer pese a no contar con un reconocimiento formal en la Constitución o en las leyes. El único supuesto de rechazo al cumplimiento de un deber jurídico por razones morales que la Constitución contempla se encuentra en el artículo 30.2 (servicio militar), mientras que el Tribunal Constitucional, por su parte, ha admitido únicamente otro supuesto (práctica del aborto). Nada impide que el legislador ordinario introduzca la dispensa por razones de conciencia de determinados deberes jurídicos, pero se trataría de un derecho de rango legislativo, no constitucional, derivado de la libertad de configurar el ordenamiento de que dispone el legislador, el cual podría en cualquier momento crear, modificar o suprimir el derecho.

La libertad religiosa, continúa el Alto Tribunal, habilita para tener o no tener unas creencias religiosas pero no para comportarse en todas las circunstancias con arreglo a ellas.

Sorprende que la doctrina contraria al reconocimiento de la objeción de conciencia sea intercambiable entre los supuestos de padres que solicitan la exclusión de sus hijos de una docencia que consideran contraria a sus convicciones, al amparo de un explícito derecho constitucional, y los jueces que rechazan intervenir en la celebración de uniones homosexuales. Este hecho parece sugerir que todos los ciudadanos nos encontraríamos en el régimen de especial sometimiento al imperio de la ley que el artículo 117.1 reserva para los jueces.

A mi parecer, el Tribunal resuelve un problema –como en el caso de la asignatura de Educación para la ciudadanía– que no es el que se plantea. Parte de la premisa de que los objetores reclaman el derecho a comportarse «siempre» y «en todos los casos» con arreglo a las propias creencias, lo que, en efecto, conduciría a condicionar de manera insoportable la eficacia del Derecho y, como se afirma en estas sentencias con cierto exceso retórico, «a socavar los fundamentos del Estado democrático». Me parece que los terminos de los recurrentes –en uno y otro caso– son más equilibrados y no cabe deducir que abogan por una objeción de conciencia salvaje. Más bien pretenden que los jueces realicen la ponderación de intereses en juego, que es lo que no hacen, recurriendo al fácil expediente de desfigurar el objeto de la pretensión.

5. SÍMBOLOS RELIGIOSOS

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de Valladolid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, de 14 de diciembre [JUR 2010 4104]), resuelve la apelación contra la sentencia de 14 de noviembre de 2008 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid, estimatoria del recurso deducido contra el acuerdo del Consejo escolar del colegio público Macías Picavea, de no proceder a la retirada de símbolos religiosos. Según la sentencia de instancia la presencia de esos símbolos contradice los artículos 14 y 16. 1 y 3 de la Constitución.

La Sala se refiere, entre otras, a la sentencia Lautsi, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya argumentación no considera extrapolable al ordenamiento español, por la diferencia de régimen que deriva del artículo 9 del Convenio europeo y del artículo 16 de la Constitución española. Aboga por la aplicación, en materia tan sensible, de tesis intermedias, huyendo de posiciones maximalistas. No cabe presumir la vulneración del artículo 16 por la existencia de símbolos religiosos en el centro docente público, pero si mediara petición expresa de su retirada debería ceder el derecho de la mayoría y realizarse de inmediato. En semejante razonamiento pesa en exceso, a mi juicio, la protección especial que se dispensa a la vertiente negativa de la libertad religiosa.

El Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª, Sentencia de 30 de octubre de 2009 [RJCA 2009 853]) conoció un recurso deducido contra la decisión de instalar un belén en época de navidades en el vestíbulo de un centro escolar público y de realizar una actividad de colocación de símbolos navideños en las aulas. Se alega un motivo de seguridad, pues la ubicación del belén plantearía dificultades en eventuales casos de emergencia que obligaran a la evacuación del centro.

A juicio de la Sala, es una cuestión de legalidad ordinaria que no corresponde ser tratada en un procedimiento especial de protección de los derechos fundamentales como el incoado. Sobre la violación de la libertad y de la igualdad religiosas sostiene que «la neutralidad del Estado y de las Administraciones no debe llegar al extremo de limitar o restringir las libertades o derechos de los ciudadanos, ya que podría darse en ese caso una discriminación negativa, con la consiguiente vulneración del artículo 14 de la Constitución. Otra cosa sería que el Estado o la Administración hubiera permitido la realización

de determinadas actividades o manifestaciones religiosas a una confesión y a su vez hubiera prohibido las mismas u otras análogas a otras confesiones, lo cual no ha sucedido en el presente caso».

La actividad de colocación de símbolos navideños en las aulas, por su parte, «no es obligatoria, se dirige a todos los cursos de todas las etapas del centro, está claramente relacionada con la acción tutorial, sin que la decoración de las aulas dificulte el correcto desarrollo de las clases». Por lo que respecta a la violación del derecho a la igualdad, además, el recurrente no menciona ningún término válido de comparación con alguna otra confesión religiosa, para acreditar que el acto impugnado haya originado una discriminación.

6. PROTECCIÓN DE DATOS

Las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de septiembre y 14 de octubre de 2008²⁰ pusieron fin al problema de los requerimientos dirigidos a la Iglesia para que procediera a la eliminación o modificación de los asientos de los libros sacramentales, a instancia de algunos bautizados que había realizado acto de apostasía de la fe católica.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha resuelto a lo largo de 2009, mediante la aplicación de esa doctrina, una gran cantidad de recursos presentados por los arzobispados de Madrid y Valencia contra resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos, mediante las que se instaba a las mencionadas entidades eclesásticas a modificar sus libros sacramentales²¹.

También el Tribunal Supremo se ha visto obligado a resolver todavía muchos recursos de casación contra sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictadas con anterioridad a las fechas de las mencionadas sentencias del Tribunal Supremo.

En la primera de las sentencias del Tribunal Supremo mencionadas, de 19 de septiembre de 2008, se afirma que «no cabe aceptar que esos datos personales, a que se refiere la Sala de instancia, estén recogidos en los Libros de Bautismo como un conjunto organizado tal y como exige el art. 3.b) de la

²⁰ Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 6ª (RJ 2008 5475) y (RJ 2008 7114), respectivamente.

²¹ *Vid.*, por todas, Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 1ª, de 9 de enero de 2009 (JUR 2009 34819).

LO 15/99, sino que son una pura acumulación de estos que comporta una difícil búsqueda, acceso e identificación en cuanto no están ordenados ni alfabéticamente, ni por fecha de nacimiento, sino sólo por las fechas de bautismo, siendo absolutamente necesario el conocimiento previo de la Parroquia donde aquél tuvo lugar, no resultando además accesibles para terceros distintos del bautizado, que no podrían solicitar ajenas partidas de bautismo».

Añade que, en cualquier caso, no cabría estimar aplicable el art. 4.3 de la Ley de protección de datos personales, en que se funda el acto administrativo impugnado y se confirma por la sentencia, según el cual los datos de carácter personal serán exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del afectado. En los Libros de Bautismo no cabe apreciar ninguna inexactitud de datos, en cuanto en los mismos se recoge un dato histórico cierto, salvo que se acredite la falsedad, cual es el referente al bautismo de una persona, y cuando esta solicita la cancelación de ese hecho no está pretendiendo que se corrija una inexactitud en cuanto al mismo, sino que en definitiva está intentando y solicitando un sistema nuevo y diferente de registro de nuevos datos personales.

7. REGISTRO DE ENTIDADES RELIGIOSAS

La Orden religiosa de Santa María de España solicitó la inscripción en el Registro de entidades religiosas del Ministerio de Justicia, acogiéndose al supuesto del artículo 2 b) del Real Decreto 142/1981, de Organización y Funcionamiento del Registro, que se refiere a «Ordenes, Congregaciones e institutos religiosos».

El Director General de Relaciones con las Confesiones denegó la solicitud, porque la entidad solicitante no reunía los requisitos propios de esas entidades, ya que es necesario haber sido creadas en el ordenamiento de una entidad mayor. La entidad solicitante no gozaba de erección canónica por parte de la Iglesia católica.

La Audiencia Nacional, sin embargo, estimó el recurso por haberse demorado más allá del plazo fijado la notificación de la negativa y haberse producido el silencio positivo²². Aunque el citado Real Decreto 142/1981 no se expresa en esos términos, una norma posterior, contenida en el art. 5 del Real

²² Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 3ª, de 8 de octubre de 2009 (RJCA 2009 683).

Decreto 1879/1994, de 16 de septiembre, por el que se aprueban determinadas normas procedimentales en materia de Justicia e Interior, introduce el criterio de que «el plazo máximo para resolver el procedimiento de inscripción en el Registro de Entidades Religiosas, regulado por el Real Decreto 142/1981, de 9 de enero, será de seis meses, pudiendo entenderse estimadas las solicitudes formuladas cuando no haya recaído resolución expresa en el indicado plazo».

Y como quiera que, de conformidad con la referida norma, las solicitudes de inscripción han de entenderse estimadas cuando no hubiera recaído resolución expresa en el indicado plazo, sólo cabe concluir en el reconocimiento del derecho a la inscripción solicitada por la recurrente, al haberse producido los efectos del silencio administrativo positivo.

8. DERECHO A LA EDUCACIÓN

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, estimó el recurso interpuesto contra la Orden de 16 de julio de 2003 de la Consejería de Educación y Ciencia, sobre regulación de ciclos formativos de Formación Profesional específica en los centros docentes de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y declaró nulos el artículo 2.2 y la Disposición Adicional Primera de la citada Orden. El Tribunal Supremo confirmó la resolución de instancia²³.

El motivo que suscita la discrepancia es la diferencia de trato entre centros públicos y privados establecida por las normas impugnadas. Los primeros podían ampliar la oferta de llamados «módulos sueltos» sin sujetarse a un plazo determinado, mientras que los privados debían solicitar en cada caso la autorización en el mes de enero para hacer la oferta modular. Los efectos de esta aparentemente inocua disposición podrían ser relevantes. Aquellos alumnos, por ejemplo, que acudieran al centro privado en el mes de febrero requiriendo ese tipo de enseñanza perderían el año, pues hasta enero el centro no podría hacer la solicitud, con vistas al curso siguiente. En tales circunstancias es fácil prever que los estudiantes acabarán en un centro público, que les acogerá de inmediato. Entiende la Sala que esta norma reglamentaria elimina en la práctica el derecho a la elección de centro.

²³ Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 4ª, de 17 de febrero de 2009 (RJ 2009 1015).

En la Disposición adicional primera, por su parte, se permite a los centros públicos, pero no a los privados, reabrir el plazo de matriculación en los ciclos formativos de FP específica en caso de que haya vacantes en determinados módulos profesionales.

La Administración pretende justificar estas normas en que «la enseñanza privada debe adecuarse a la planificación educativa, lo que justifica un tratamiento diferenciado entre los centros públicos y los privados». Sin embargo, no se acredita, a juicio del Tribunal, «que el eficaz ejercicio por esa Administración de sus potestades de autorización, control y planificación educativa exija precisamente la distinción entre centros públicos y privados que establecen las normas declaradas nulas y, sobre todo, la mayor dilación o demora que comportan para los segundos en cuanto al momento en que pueden hacer efectiva su oferta educativa».

Y concluye que «los servicios de los que se dota esa Administración para el ejercicio de esas potestades deben estar organizados de forma tal que no conduzcan a situaciones que conculquen el derecho a la elección de centro docente que deriva de la libertad de enseñanza que reconoce el artículo 27.1 de la Constitución. En lo que hace al caso de autos, no pueden conducir a una situación o consecuencia como aquella que sí se deriva de las repetidas normas, cual es la de propiciar la elección de centro público por la sola razón o causa de la mayor demora que una opción distinta acarrearía para el disfrute de aquellas enseñanzas. Es por ello por lo que entendemos que la decisión adoptada en la sentencia recurrida no sólo no contradice las normas reglamentarias que se dicen infringidas, sino que, además, es la que deriva de una recta interpretación de los artículos 14 y 27 de la Constitución».

Una modesta norma reglamentaria, en suma, puede obstruir el ejercicio de derechos constitucionales. El caso ilustra acerca de la letra pequeña de ciertas políticas de acoso a la enseñanza no controlada directamente por los poderes públicos.

9. IDEARIO ESCOLAR

La Audiencia Provincial de Salamanca (Sección 1ª, Sentencia de 23 de marzo de 2009 [AC 2009 766]) se pronuncia sobre la eficacia del ideario para marcar el estilo educativo del centro.

Con motivo de la fiesta en honor del Patrón del Colegio de los Maristas, la coreografía representada por un grupo de alumnos de 1º de bachillerato de-

rivó hacia un espectáculo de *striptease* por parte de las chicas participantes, que realizaron el baile final en ropa interior. Pese a los esfuerzos para hacerles comprender lo desviado de su conducta al finalizar el acto, las alumnas mostraron una actitud desafiante, haciendo comentarios desfavorables ante los compañeros y el profesorado, en los que emplearon palabras malsonantes, provocadoras, indicativas de una total falta de respeto hacia el Centro.

La decisión de la autoridad, tras un adecuado proceso de entrevistas con las alumnas y sus familias, fue que en siete casos no se admitiría la matrícula en el curso siguiente. La medida no fue resultado de un expediente sancionador –procedimiento que se evitó en favor de recursos pedagógicos que hicieran más fácil la rectificación de la conducta– sino del ejercicio del derecho de admisión que corresponde al centro.

Se constató con las debidas garantías «la falta de sintonía de las alumnas y sus familias con el ideario del Centro y el Proyecto Educativo». La conducta de las alumnas, «por su displicencia y provocación, con actitudes descaradamente desafiantes a los requerimientos de la Dirección, las han colocado en una situación de frontal oposición al proyecto educativo del Centro, que justifican, como proporcionada, la negativa a la admisión de la matrícula para el curso siguiente». Tampoco se admite infracción del principio de igualdad y no discriminación pues «ha quedado probado que en nada ha influido el sexo de las alumnas en la decisión de no renovarles la matrícula del curso siguiente, siendo casual que de los 17 alumnos que intervinieron en el baile, 10 reaccionaron positivamente (entre ellos, chicas) y sólo 7 se mantuvieron en su actitud inicial y que esas siete fueron chicas».

10. LIBERTAD DE INFORMACIÓN

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª, Sentencia núm. 1790/2009 de 30 de septiembre [RJCA 2009 845]) desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad emitente –empresa televisiva «de temática cristiana»– contra la comunicación de la Subdirección General de Inspección y Supervisión de la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información por la que se requiere a la actora para que cese en las emisiones que realiza a través del Canal 26 UHF en el plazo de un mes de la notificación de la misma, con advertencia de inicio, en caso contrario, de actuaciones inspectoras, sancionadoras o de precintado de instalaciones.

No se aprecia en el caso la implicación de derechos fundamentales, como la libertad de expresión o la libertad religiosa. La parte demandante alega discriminación por la existencia de otras emisiones en precario de la Iglesia católica que no han sido requeridas de igual modo. La parte no ha probado de modo ni siquiera indiciario que «el requerimiento que se le ha cursado descanse en criterios de discriminación religiosa (lo que se desmiente de todo punto, pues descansa pura y simplemente en los criterios de ordenación legal resultantes de la modificación operada por Ley 10/2005, por lo que las alegaciones vertidas al respecto se han de entender como ayunas de todo fundamento».

Además, «la emisión sin título (...) y por tanto ilegal de la recurrente, no puede esgrimirse para fundar la discriminación alegada, ni tampoco puede amparar su actuación la actora en la actuación ilegal de otras entidades para aducir discriminación, pues de sobra es conocido por la Sala el principio constitucionalmente consagrado de que en la ilegalidad no hay igualdad (por todas, SSTC 37/82 y 15/86). Y por ende, resulta paradójico que la recurrente alegue discriminación y que desde su situación ilegal o “alegal” (...) pretenda que se requiera a otras emisoras para que cesen, sin ni siquiera aportar prueba de que tales emisiones sean ilegales (lo que, por otro lado, son hechos que no se enjuician en el presente procedimiento)».

Finalmente, razona acerca de los límites de la libertad religiosa: «la libertad religiosa en su vertiente externa no ampara, como de contrario se pretende, actuaciones que como la que nos ocupa se realicen al margen de la ley, en particular del tráfico jurídico privado o de la obligatoriedad de mandatos legales que tratan de regular otros derechos constitucionales. Y en este punto, lo impugnado pretende amparar una libertad de emisión legal, frente a la ilegalidad en que se funda la recurrente, de modo que no cabe apreciar trato discriminatorio religioso alguno, sino protección de derechos constitucionales (particularmente, el de libertad de información) con una mínima seguridad jurídica, sin que se perpetúen situaciones de ilegalidad o alegalidad como la que nos ocupa».

11. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

La actividad del Tribunal Europeo durante el año 2009 en materia de contenido religioso o que presente algún aspecto digno de consideración desde la perspectiva del Derecho eclesiástico se concentra en nueve casos, de los que se dará cuenta someramente a continuación.

En cuatro sentencias el Tribunal encuentra que se ha producido la violación del artículo 9 del Convenio; en otros casos, los demandantes buscaron amparo en la libertad de asociación (artículo 11), la libertad de expresión (artículo 10), o el derecho a la educación (artículo 2 del Protocolo 1º). En demanda contra España, el Tribunal aborda un tema relacionado con la forma de celebración del matrimonio.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), de 8 de enero de 2009 (TEDH 2009 6) Asunto Neulinger y Shuruk contra Suiza.

La demandante, de religión judía, salió de Israel llevando consigo, sin consentimiento del padre, a su hijo de corta edad. Temía que la incorporación del progenitor a un movimiento religioso de carácter ultraortodoxo condicionara negativamente la educación del pequeño. El Tribunal Federal de Suiza ordenó la restitución del menor. Presentada la demanda ante la Corte de Estrasburgo, el Tribunal dictaminó la no violación del derecho al respeto de la vida familiar (artículo 8 del Convenio), invocado por la demandante. A la reclamación presentada en virtud de lo dispuesto en el artículo 9, libertad religiosa, repuso el Tribunal que esa queja no se había planteado ante los tribunales internos y, en consecuencia, no podía considerarse agotada la vía de los recursos en el ámbito del Estado.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª), de 15 de enero de 2009 (TEDH 2009 9) Asunto Asociación de ciudadanos Radko y Paunkovski contra ex República Yugoslava de Macedonia.

Se reclama contra los actos de disolución y anulación de los estatutos de una asociación ejecutados con el argumento de que existían «buenas razones para suponer que los estatutos y el programa de la asociación tenían por objetivo derrocar, por medio de la violencia, el orden constitucional de la República de Macedonia e incitar al odio o la intolerancia religiosa o nacional y que, por este hecho, no eran conformes a la Constitución de la República de Macedonia» (Tribunal Constitucional de la República de Macedonia, de 17 de enero de 2001).

El reconocimiento de los límites al ejercicio del derecho de asociación requiere constatar su correcto establecimiento mediante ley, la finalidad legíti-

ma y la justificación de su necesidad en una sociedad democrática. Los dos primeros requisitos se cumplen en el caso, pero no el tercero.

Estima el Tribunal Europeo que «las medidas radicales de carácter preventivo tendentes a suprimir la libertad de reunión y expresión, fuera de los casos en los que se incite a la violencia o los que se aparten de los principios democráticos –por muy chocantes e inaceptables que puedan parecer a las autoridades algunos puntos de vista o términos utilizados– perjudican a la democracia, poniéndola incluso a menudo en peligro». Añade que «no se puede hostigar a un grupo por el solo hecho de que quiera debatir públicamente ciertas cuestiones y encontrar soluciones, dentro del respeto a las reglas democráticas. A juzgar por los estatutos de la asociación, el Tribunal considera que tal era el objetivo de esta organización. Además, ésta se limitaba a realizar su objetivo mediante publicaciones y conferencias y cooperando con otras asociaciones de carácter similar. No había ningún acto concreto que pudiese desmentir la elección de los medios efectuada por la asociación, puesto que fue disuelta poco después de su creación y ni siquiera tuvo tiempo de pasar a la acción». La asociación fue sancionada, por tanto, por un comportamiento que concernía únicamente al ejercicio de su libertad de expresión.

No procede analizar la violación del artículo 10, libertad de expresión, que invocaba el segundo demandante, porque «está estrechamente relacionada con los hechos y la queja relativa al artículo 11 y que es difícil distinguirla de éstos. El artículo 11 constituye asimismo una *lex specialis* con respecto al artículo 10».

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª), de 15 de enero de 2009 (JUR 2009 24055) Asunto Holy Synod of the Bulgarian Orthodox Church (Metropolitan Inokentiy) y otros contra Bulgaria.

El problema de la Iglesia ortodoxa búlgara al que se refiere esta sentencia se remonta al tiempo del final del comunismo. A partir de 1989, en efecto, surgió un movimiento de rechazo hacia el Patriarca Maxim, impuesto en su momento por el partido comunista, aglutinado en torno a la figura del Metropolita Pimen. Durante veinte años se ha mantenido una situación de verdadero cisma. Los sucesivos gobiernos han tendido a apoyar al candidato de su preferencia. Últimamente, se han impuesto las tesis del Patriarca Maxim, que ha conseguido, con el apoyo del Gobierno, expulsar a cientos de clérigos y fieles de los edificios religiosos que ocupaban y procesar criminalmente a sus dirigentes.

El Tribunal Europeo declara, en primer lugar, que el conflicto cae dentro del ámbito de protección del artículo 9 del Convenio, la libertad religiosa. Es cierto que no se trata de un problema de diversidad de creencias o de prácticas religiosas sino, más bien, de elección de dirigentes. Pero la participación en la vida organizativa de la comunidad es también parte de la libertad religiosa y encuentra protección en el citado artículo. Por tales motivos, el Tribunal ampara las expectativas legítimas de los fieles de encontrarse libres de las injerencias del Estado en la gestión de los asuntos de su comunidad. La legislación de 2002 y la forma de aplicarse resultó contraria a Derecho. La intervención del Gobierno forzando a la entidad reclamante a unirse bajo un liderazgo extraño no encuentra justificación en ninguna finalidad legítima. Declara la violación del artículo 9 del Convenio.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), de 12 de febrero de 2009 (JUR 2009 57210) Asunto Nolan y K. contra Rusia.

El demandante, miembro de la Iglesia de la Unificación, entidad legalmente registrada en la Federación Rusa desde 1991, llegó al país para trabajar al servicio de la organización en 1994. El permiso de residencia fue anualmente objeto de renovación. Una reforma legislativa en materia de seguridad nacional, en el año 2000, hizo más precaria la situación de diferentes grupos religiosos procedentes del extranjero, entre los que se encontraba el de pertenencia del demandante. De hecho, alguna de las asociaciones a través de las que operaba la organización religiosa fue disuelta. Al demandante no se le permitió entrar en Rusia tras una breve estancia fuera del país, en 2002.

El Tribunal Europeo sostiene que el Estado tiene derecho a controlar la inmigración, pero de acuerdo con las normas del Convenio. La alegación de que el demandante desempeñaba actividades no religiosas que ponían en juego la seguridad nacional no queda probada. Aunque fuera así, tendría derecho a ser sometido a un juicio imparcial. Parece evidente que se ha producido una injerencia en los derechos del demandante. Resta comprobar si tal intervención reúne las condiciones que el artículo 9.2 del Convenio establece para que resulte justificable: encontrarse prescrita por la ley, tener una finalidad legítima y ser necesaria en una sociedad democrática. No sucede así en este caso. El Tribunal Europeo declara la violación del artículo 9 del Convenio.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), de 26 de febrero de 2009 (JUR 2009 86107) Asunto Verein der Freunde der Christengemeinschaft y otros contra Austria.

La comunidad religiosa reclamante solicita su reconocimiento por el Derecho austriaco como sociedad religiosa, al amparo de la ley de 1874, sobre Reconocimiento legal de las sociedades religiosas, en lugar de contar con la personalidad jurídica correspondiente a las comunidades religiosas, establecida mediante Ley Federal sobre el Estatus Legal de las Entidades Religiosas Registradas, de 10 de enero de 1998. El debate responde a que en el primer caso la entidad adquiriría estatus de entidad de Derecho público mientras que en el segundo habría de contentarse con un régimen de Derecho privado.

El problema no es nuevo y hay doctrina reciente del Tribunal sobre la materia (*vid.*, por ejemplo, Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas y otros contra Austria (sentencia de 31 de julio de 2008 [JUR 2008 238651], en *Ius Canonicum*, XLIX, 97 [2009], p. 216).

Se discute, concretamente, la validez del requisito del transcurso de diez años desde la adquisición de la personalidad de Derecho privado, establecido por la ley de 1998, antes de que una comunidad religiosa pueda solicitar el reconocimiento ulterior. El sentido de la norma es verificar el respeto de la legalidad en las actividades de la comunidad religiosa. En el caso de la entidad reclamante hay que hacer notar que se encontraba presente en Austria, con estatuto de mera asociación, desde 1945, por lo que podría considerarse una entidad suficientemente identificada.

La opinión del Tribunal es que el requisito de que transcurran diez años antes de que una comunidad pueda solicitar el reconocimiento como sociedad religiosa –al menos si existen elementos que permitan considerarla suficientemente conocida– carece de justificación objetiva y razonable. Declara la violación del artículo 14, derecho a la no discriminación, en relación con el artículo 9, derecho a la libertad religiosa y de culto.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), de 12 de marzo de 2009 (TEDH 2009 35) Asunto Gütl contra Austria.

El demandante denuncia que el hecho de no haber sido eximido del servicio civil, si bien asumía una función en los Testigos de Jehová comparable a

la de los miembros de las sociedades reconocidas que estaban exentos de dicho servicio, constituía una discriminación por razón de su religión que contravenía el artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 9. El Tribunal remite a la doctrina sentada en el asunto Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas y otros contra Austria²⁴, que modificó el estatuto de los Testigos de Jehová en el país.

El Tribunal dictaminó que uno de los criterios para acceder al estatus de privilegio de una sociedad religiosa se había aplicado en el caso de los Testigos de Jehová de forma arbitraria y concluyó que la diferencia de trato no se fundaba en ninguna «justificación objetiva y razonable». En consecuencia, constató una violación del artículo 14 del Convenio en relación con el artículo 9. En el caso de autos, la denegación de la exención del servicio militar y el servicio civil sustitutorio se fundó igualmente en que el demandante no era miembro de una sociedad religiosa en el sentido de la Ley de Reconocimiento de 1874. Dadas las conclusiones en el asunto Religionsgemeinschaft der Zeugen Jehovas y otros, el Tribunal considera que en el caso de autos no se puede entender el mismo criterio –si una persona que solicita la exención del servicio civil sustitutorio es miembro o no de un grupo religioso constituido en sociedad religiosa– de forma distinta y su aplicación da lugar inevitablemente a una discriminación prohibida por el Convenio.

En conclusión, el artículo 13 a (1) de la Ley del Servicio Civil, que prevé la exención del servicio civil para los miembros exclusivamente de una sociedad religiosa reconocida, es discriminatorio y el demandante ha sido discriminado por razón de su religión como resultado de la aplicación de esta disposición. En consecuencia, ha habido violación del artículo 14 en relación con el artículo 9 del Convenio.

En términos idénticos a los empleados en la anterior:

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), de 19 de marzo de 2009 [JUR 2009 126312] Asunto Lang contra Austria.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 1ª), de 12 de marzo de 2009 [JUR 2009 110402] Asunto Löffelmann contra Austria.

²⁴ *Vid.* Sentencia de 31 de julio de 2008 [JUR 2008 238651], en *Ius Canonicum*, 97 (2009), p. 216.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª), de 20 de octubre de 2009 (TEDH 2009 109) Asunto Lombardi Vallauri contra Italia.

El Consejo de Facultad de la Universidad católica del Sagrado Corazón decidió no renovar el contrato anual que mantenía con uno de sus profesores por las posiciones de este netamente contrarias a la doctrina católica. La justicia italiana resolvió a favor de la Universidad, mediante aplicación de una norma específica del Concordato. El Tribunal europeo estimó que «el interés de la Universidad por dispensar una enseñanza inspirada en la doctrina católica no puede vulnerar la propia esencia de las garantías procedimentales de las que goza el demandante en el sentido del artículo 10 del Convenio». Declaró también la violación del derecho a un proceso justo (artículo 6 del Convenio) porque «el control jurisdiccional sobre la aplicación de la medida en litigio no fue adecuado en el caso de autos».

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 2ª), de 3 de noviembre de 2009 (TEDH 2009 115) Asunto Lautsi contra Italia.

La demandante, de origen finlandés, emigrada a Italia y casada con un italiano, alega que la exposición de la cruz en las aulas del instituto público al que asisten sus hijos constituye una injerencia incompatible con la libertad de convicción y de religión y con el derecho a una educación y enseñanza conformes a sus convicciones religiosas y filosóficas.

El Tribunal estima que la exposición obligatoria de un símbolo de una confesión concreta en el ejercicio de la función pública respecto a situaciones específicas sujetas al control gubernamental, en particular en las aulas, restringe el derecho de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones y el derecho de los niños escolarizados a creer o no creer. El Tribunal considera que esta medida vulnera estos derechos toda vez que las restricciones son incompatibles con el deber del Estado de respetar la neutralidad en el ejercicio de la función pública, en particular en el ámbito de la educación. Declara la violación del artículo 2 del Protocolo núm. 1 conjuntamente con el artículo 9 del Convenio.

La Corte no impuso la retirada de los crucifijos de las escuelas públicas, cuestión que excede de su potestad, sino que condenó a Italia a indemnizar a la demandante con cinco mil euros.

En marzo de 2010, el caso fue remitido a la Gran Sala, que aceptó la demanda. Diez países, treinta y tres parlamentarios europeos y varias ONGs fue-

ron autorizados a presentar observaciones escritas. El 30 de junio de 2010 se celebró sesión de la Gran Sala, que decidió posponer su juicio definitivo sobre el asunto.

Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 3^a), de 8 de diciembre de 2009 (TEDH 2009 140) Asunto Muñoz Díaz contra España.

El Instituto Nacional de la Seguridad Social denegó pensión de viudedad a la reclamante, de raza gitana, por no haber celebrado matrimonio de acuerdo con la ley española. La demandante argumenta a partir del reconocimiento del derecho a una pensión al cónyuge de buena fe en caso de nulidad del matrimonio, que sería de aplicación a su caso, considerando las prestaciones sociales recibidas de la Seguridad Social a lo largo de diecinueve años de relación *more uxorio*.

La sentencia no declara –como ha podido escucharse a veces en comentarios superficiales o interesados– que el matrimonio celebrado según el rito gitano haya de ser reconocido por el Estado. Sostienen más bien lo contrario, cuando se expresa en los términos siguientes: «El hecho de que las uniones gitanas no originen efectos civiles en el sentido deseado por la demandante no constituye una discriminación ilegal considerado el artículo 14» (parágrafo 81).

De la resolución del Tribunal Europeo no se sigue el reconocimiento del «matrimonio gitano», como si se tratara de una forma más reconocida por la legislación nacional. En el caso se resuelve un problema de discriminación en materia económica, al amparo del artículo 1 del Protocolo primero del Convenio (derecho de propiedad). El Tribunal sostiene, en definitiva, que si el Estado crea una concreta prestación social, esta origina un interés patrimonial que no puede aplicarse de manera discriminatoria. La negativa a reconocer a la demandante la pensión de viudedad suponía una discriminación frente a situaciones análogas, reconocidas legal o jurisprudencialmente en España.