

Roj: STSJ BAL 84/2016 - ECLI:ES:TSJBAL:2016:84  
Id Cendoj: 07040330012016100068  
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso  
Sede: Palma de Mallorca  
Sección: 1  
Nº de Recurso: 182/2015  
Nº de Resolución: 64/2016  
Procedimiento: Derechos Fundamentales  
Ponente: MARIA CARMEN FRIGOLA CASTILLON  
Tipo de Resolución: Sentencia

**T.S.J. ILLES BALEARS SALA CON/AD**

**PALMA DE MALLORCA**

**SENTENCIA Nº 64**

En Palma de Mallorca a 9 de Febrero de 2016.

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE

D. Gabriel Fiol Gomila

MAGISTRADOS

D. Pablo Delfont Maza

D. Fernando Socías Fuster

D<sup>a</sup>: Carmen Frigola Castellón

D<sup>a</sup> Alicia Esther Ortuño Rodríguez

**VISTOS** por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de les Illes Balears el presente procedimiento nº 182/2015 seguido por el cauce de protección de los derechos fundamentales a instancia de UNION SINDICAL OBRERA representado por el Procurador Sr. D. Onofre Perelló Alorda y defendido por la Letrada Sra. Dña. Alicia Bou Barceló contra la COMUNIDAD AUTONOMA DE LES ILLES BALEARS representada y defendida por el Abogado de sus servicios jurídicos. Es parte en el procedimiento el ILMO. MINISTERIO FISCAL representado y defendido por la Sra. Dolores Marcos Posse.

Es objeto de impugnación en autos el Decreto 35/2015 de 15 de mayo de 2015 (BOIB nº 73 de 16 de mayo) que establece el currículum del **bachillerato** en les Illes Balears.

La cuantía del procedimiento se fijó en Indeterminada.

Ha sido Magistrada Ponente la Ilma. Sra. Carmen Frigola Castellón, quien expresa el parecer de la Sala .

**ANTECEDENTES DE HECHO:**

**PRIMERO:** El Sindicato recurrente interpuso recurso contencioso a sustanciar por el cauce especial de protección a los derechos fundamentales el 1 de Junio de 2015 que se registró al nº 185/2015 que se admitió a trámite el 2 de Junio pasado ordenando la reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO:** Recibido el expediente el Procurador Sr. Onofre Perelló formuló demanda el 22 de junio pasado, solicitando en el suplico que en su día se dicte sentencia declarando no conforme a derecho el Decreto 35/2015 de 15 de mayo en cuanto no contiene oferta obligatoria de religión para la asignatura de primero de Bachiller en todos los centros de Baleares y concretamente

a) Se declare la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación ( art. 14 CE ) a la libertad religiosa y de culto (art, 16) y el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (art. 27-3)

b) B) se declare no ajustado a derecho que el artículo 10-4 del Decreto impugnado no incluya la religión como materia que obligatoriamente tienen que ofrecer en el primer curso de **Bachillerato** en todos los centros públicos y privados de Baleares

c) Se reconozca el derecho a la elección voluntaria para los alumnos y alumnas en todos los centros escolares de Baleares de la asignatura de religión para el primer curso de **bachillerato**

d) Se condena a la Administración a estar y pasar por lo anterior y al pago de costas procesales.

Solicitó el recibimiento del pleito a prueba.

**TERCERO:** La Administración demandada presentó su contestación a la demanda en escrito presentado el 7 de julio de 2015 solicitando que en su día se dictara sentencia que declare la inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación del Sindicato recurrente y subsidiariamente la desestimación del mismo, y en su caso establezca la interpretación más conforme a Derecho de los referidos preceptos en relación con lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda de la LO 2/2006 de 3 de mayo de Educación, con expresa condena en costas a la parte actora. Se opuso al recibimiento del Juicio a prueba.

**CUARTO:** El Ministerio Fiscal presentó su escrito de contestación a la demanda el 1 de julio pasado solicitando que en su día se desestimara el recurso.

**QUINTO:** Por auto de 14 de julio de 2015 se fijó la cuantía del procedimiento en Indeterminada y el 17 de julio pasado se abrió el juicio a prueba con el resultado que obra en autos.

**SEXTO:** Abierto el trámite de conclusiones el Procurador de la recurrente presentó escrito el 1 de septiembre de 2015 y lo mismo hicieron el Ministerio Fiscal en escrito de 16 de septiembre en el que solicita la estimación del recurso contencioso al haber quedado acreditado tras la prueba practicada que la Administración vulnera los derechos de libertad religiosa y de culto del artículo 16 de la CE y el derecho de los padres a que sus hijos reciban la formación religiosa y moral acorde a sus convicciones del artículo 27-3 de la CE y además el derecho fundamental de igualdad y no discriminación del artículo 14 de la CE de los profesores de religión que de forma arbitraria se ven excluidos al o poder impartir la asignatura lo cual es contrario a lo establecido en el artículo 9-3 de a CE .

La defensa de la Administración demandada presentó su escrito el 21 de septiembre pasado solicitando una sentencia acorde con lo interesado en el escrito de contestación de esa parte. En providencia de 13 de enero de los corrientes se señaló par votación y fallo para la audiencia del próximo día 27 de enero de 2.016.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO:

**PRIMERO:** El Sindicato recurrente impugna el Decreto 35/2015 de 15 de mayo (BOIB nº 73 de 16 de mayo ) en lo relativo al artículo 10 con relación a su Disposición Adicional Segunda

En el artículo 10 del citado Decreto se contempla la estructura y organización de las asignaturas a impartir en el primer curso de **Bachillerato** donde se enumeran las asignaturas troncales distinguiendo según se elija la modalidad de **bachillerato** de Ciencias, de Humanidades y Ciencias Sociales, y de Artes y las asignaturas específicas entre las cuales está la asignatura de Religión. Así y como asignaturas específicas el alumno viene obligado a cursar la educación física con carácter obligatorio pero además, debe elegir dos asignaturas más de entre el resto de asignaturas que tienen dicha condición, entre las cuales está la Religión. Y lo mismo ocurre en el artículo 11 en donde se regula la estructura y organización de las asignaturas a impartir en el segundo curso de **Bachillerato**. Ambos preceptos señalan que "los centros han de ofrecer obligatoriamente la materia de Segunda Lengua Extranjera" porque la segunda lengua extranjera es una asignatura específica que puede impartirse en ambos cursos de **bachillerato**.

Por su parte la Disposición Adicional Segunda establece:

*Disposición Adicional segunda. Enseñanzas de religión*

1. Los alumnos que cursen religión podrán escoger entre la enseñanza de las confesiones religiosas con las que el Estado tiene suscritos acuerdos internacionales o de cooperación en materia educativa.

2. La determinación del currículo de la asignatura de religión es competencia de la correspondiente autoridad religiosa. Los profesores responsables de las enseñanzas de las diversas religiones elaborarán la programación docente correspondiente.

3. La evaluación de la asignatura de religión se tiene que hacer en los mismos términos y con los mismos efectos que la de las otras asignaturas del **Bachillerato**.

El Sindicato recurrente explica que la regulación que contemplan los artículos 10 y 11 constituyen una vulneración de los artículos 14 de la CE de igualdad y no discriminación de los profesores de Religión, de la libertad religiosa y de culto ( artículo 16) y al derecho de los padres a que sus hijos reciban formación religiosa y moral acorde a sus convicciones del artículo 27-3 de la CE . Y ello es así porque ambos artículos 10 y 11 solamente garantizan de forma obligatoria que en esas asignaturas específicas se imparta obligatoriamente la segunda lengua extranjera, por lo que a sensu contrario, si solamente esa asignatura tiene esa condición obligatoria de elección voluntaria para el alumno, entonces la religión es una asignatura de oferta voluntaria por parte de los Centros, concretamente por parte de los claustros y equipos directivos que son los órganos que hasta la fecha están decidiendo en los centros públicos si se oferta o no como asignatura específica la religión. Y ello es así conforme a lo establecido en los artículos 34 bis y 34 ter de la Ley Orgánica 8/2013 de 9 de diciembre para la mejora de la calidad educativa (LOMCE) que respectivamente, organizan los cursos primero y segundo de **bachillerato**. En definitiva, corresponde a la Administración y a los centros docentes decidir la oferta de las asignaturas específicas, dando a la Religión un tratamiento de asignatura de oferta no obligatoria , de forma que en la actualidad ya existen Centros en los que no existe oferta enseñanza de Religión para el primer curso de **Bachillerato**, al no haber sido la opción más votada por los docentes y asistentes y aporta al efecto copia de las Actas de dos Institutos públicos de secundaria en donde en reunión del Claustro de profesores se decidió no ofrecer esa asignatura.

Ese proceder, detalla la parte actora, constituye una vulneración de Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede de 3 de enero de 1979 en donde en su artículo II se acuerda que en todos los planes educativos y de **bachillerato** unificado polivalente y grados de formación profesional se incluirá la enseñanza de religión católica en todos los centros de educación, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales. Asignatura que no tendrá el carácter de obligatoria por respeto a la libertad de conciencia, pero que se garantiza por el Estado el derecho a recibirla. Recuerda también el dictado de la Sentencia del TC nº 187/1991 que declaró constitucional ese Acuerdo, lo que se ratifica también en la sentencia nº 155/1997 y en los Autos nº 47/1990 y 40/1999 . Además señala que ese proceder va en contra de lo establecido en los artículos 1 y 5 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de a Asamblea de la ONU y el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales .

Por otro lado, también vulneran esos artículos 10 y 11 del Decreto 35/2015 la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica de Educación 2/2006 de 3 de mayo cuando establece que será oferta obligatoria la asignatura de religión para los centros y de carácter voluntario para los alumnos y alumnas. Y que se ajustará su enseñanza a lo establecido en el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado Español.

En definitiva, el Sindicato recurrente defiende conforme a la legalidad y Jurisprudencia citada, que el tratamiento de la asignatura de religión debe hacerse en condiciones equiparables a las demás asignaturas fundamentales, lo que no ocurre en el presente caso con la dicción de los artículos 10 y 11 del citado Decreto impugnado.

Se opone la defensa de la Administración. En primer lugar alega esa parte demandada inadmisibilidad del recurso por falta de legitimación activa del Sindicato recurrente en tanto que no acredita legitimación alguna para defender a los verdaderos titulares de los derechos fundamentales cuya presunta vulneración denuncia en Autos. Y para el caso de desestimarse ese argumento se opone en cuanto al fondo defiende que los artículos 10 y 11 en sus puntos 4º respectivos se adapta perfectamente a la legalidad y a la reglamentación básica de los artículos 34 bis y 34 ter y a la Disposición Adicional Segunda de la LO 2/2006 en su redacción dada por la LO 8/2013 de la LOMCE y al RD 1.105/2014 de 26 de diciembre que establece el currículo básico de la ESO y del **Bachillerato** en sus artículos 27 y 28 en donde no se establece el carácter obligatorio de la asignatura de religión. Y en su escrito de contestación solicita que " *No obstante lo anterior y dada la posibilidad de que algún centro - amparándose en el silencio de los artículos 34 bis y 34 ter de la LO 2/2006 de 3 de mayo de educación y en el silencio de los artículos 27 y 28 del RD 1.105/2014 de 26 de diciembre y el silencio del Decreto 35/2014 de 15 de mayo -pudiera no ofrecer dicha asignatura en los términos a que se refiere la Disposición Adicional Segunda de la LOE se solicita que en esta vía jurisdiccional (al amparo de lo dispuesto en el artículo 3.1 del Código Civil y de la tradición de sentencias de "interpretación" (...)) se emita junto a la declaración dispositiva de fondo desestimatoria del recurso contencioso una declaración judicial de la misma naturaleza dispositiva que, estableciendo la interpretación más conforme a la efectividad del derecho o derechos de referencia, reconozca de modo expreso, para la religión católica, el carácter de asignatura de oferta obligatoria para los centros y permita que no exista duda alguna respecto de su aplicación en nuestro ámbito territorial"*

Por su parte el Ministerio Público y acorde con el principio de legalidad al que viene sometido, si bien en su escrito de contestación a la demanda se opuso al recurso contencioso, tras la práctica de prueba y sustanciación del procedimiento, cambió su postura y solicitó una sentencia estimatoria del recurso al considerar que ha quedado acreditado en autos la existencia de centros que no ofertaban la asignatura de religión para el primer curso de **bachillerato**, de forma que la Administración en su actuar sí conculca los derechos fundamentales de los artículos 14 , 16 y 27-3 de la CE y artículo 9-3 de la CE al no impedir la demandada una interpretación de la normativa que permite excluir a esa asignatura de la oferta educativa lo cual viene reconocido por la demandada en su escrito de contestación cuando solicita del Tribunal un pronunciamiento declarativo sobre este particular.

**SEGUNDO:** El primer punto a tratar es la inadmisibilidad denunciada por la defensa de la Administración por falta de legitimación activa en el Sindicato recurrente al no acreditar legitimación alguna para defender a los verdaderos titulares de los derechos fundamentales cuya vulneración denuncia en autos la parte actora.

Como es sabido, la legitimación procesal viene íntimamente ligada al concepto de interés legítimo, a cuya satisfacción sirve y encuentra su finalidad el proceso, lo que de partida sitúa el análisis en la búsqueda de ese interés. La regulación del artículo 19- 1 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa que exige que el interés sea legítimo, y no directo, confiere una amplitud más laxa al concepto de interés, en armonización con lo dispuesto en el artículo 24-1 de la CE . Sin embargo, no llega hasta el extremo de que no se condicione la legitimación a la existencia de un interés real. Por decirlo con palabras del Tribunal Constitucional ( STC 143/1987 y 60/1982 de 11 de octubre ) el interés legítimo, al que se refiere el art. 24.1 " equivale a titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta ". Con esta concepción, sin duda, el interés se revela con una potencialidad de mayor alcance que cuando se configuraba como "interés directo", pero ello no obsta a que la Resolución administrativa que se combate ha de repercutir de forma efectiva y acreditada, y no de forma futura, potencial o hipotética, en la esfera jurídica del interesado. Y no sólo ha de afectar de forma efectiva, sino también concreto y actual y ello por causa de la necesaria relación material que debe existir entre el sujeto y el objeto de la pretensión de suerte que, de estimarse la pretensión se produce su repercusión inmediata en la esfera jurídica del sujeto produciéndose un beneficio o la eliminación de un perjuicio que no necesariamente ha de tener un contenido patrimonial. Lo contrario supone un interés defensor de la mera legalidad que no es posible en aquellas acciones que no tienen la condición de públicas. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la Jurisprudencia del TS en sentencias de 26/1/2006 15/104 y 13/1/04 )

Tratándose de Sindicatos el TC en su sentencia 202/2007 de 24 de septiembre establece el principio de que se reconoce de forma abstracta o general la legitimación de los Sindicatos para impugnar ante los órganos del orden jurisdiccional contencioso- administrativo decisiones que afecten a los trabajadores, funcionarios públicos y personal estatutario y ello en base a lo dispuesto en los artículos 7 y 28 de la CE y por el efecto de los tratados internacionales suscritos por España en la materia, de forma que en principio el Sindicato está legitimado para accionar en cualquier proceso en que estén en juego los intereses colectivos de los trabajadores, funcionarios o personal estatutario (por todas, SSTC 101/1996, de 11 de junio ; 203/2002, de 28 de octubre ; 142/2004, de 13 de septiembre , y 28/2005, de 14 de febrero ). Sin que ello les suponga garantes de la legalidad in abstracto sino que necesariamente ha de tener una proyección particular sobre el objeto de los recursos que entablen.

Pues bien, es claro que el sindicato recurrente ostenta plena legitimación para impugnar el Decreto 35/2015. Ciertamente con tal impugnación el Sindicato recurrente defiende los intereses profesionales de sus afiliados que imparten la asignatura de Religión que ven cercenadas sus posibilidades de trabajo con la actuación de los centros, tolerada por la Administración al configurar esa asignatura como asignatura de oferta no obligatoria para la Administración.

Y en esa impugnación el Sindicato está en su derecho para formular la impugnación atendiendo a las argumentaciones jurídicas que considere más oportunas en defensa de su pretensión. En este caso lo que el Sindicato denuncia es un comportamiento que entiende vulnera la legalidad y denuncia que perjudica a los profesores de religión, los cuales pierden oportunidad para poder impartir esa asignatura. No se arroga el Sindicato la defensa de los intereses de los padres para exigir de la Administración el derecho para sus hijos a una educación conforme a sus convicciones religiosas y morales, sino que al denunciar una actitud contraria a la legalidad en perjuicio de los intereses profesionales de sus afiliados, que ven aminoradas las posibilidades de trabajo, explica también la vulneración de los derechos fundamentales que tal actitud supone, y esos derechos serían según esa parte los artículos 14 , 16-1 y 27-3 de la CE

Por lo tanto reconociendo al Sindicato plena legitimación activa para la impugnación planteada desestimamos la inadmisibilidad denunciada.

**TERCERO:** Con reiteración esta Sala ya se ha pronunciado sobre la enseñanza de la asignatura de Religión en los currículos académicos de los alumnos, y en particular en el currículo del **bachillerato**, a propósito de las impugnaciones planteadas en su día contra el Decreto 82/2008 de 25 de julio. En Sentencias nº 793 , 794 y 827 de 14 y 29 de septiembre , las nº 864 y 932 de 4 y 25 de octubre de 2010 y la nº 22 de 19 de enero de 2011 declaramos nulo el apartado 4º de la Disposición Adicional Segunda de ese Decreto. En ellas también valoramos entonces la vulneración de los artículos 14 , 16 y 27-3 de la CE en relación a la impugnación formulada contra el texto contemplado en la Disposición Adicional Segunda de ese Decreto, que en ningún caso cuestionaba el tratamiento de oferta obligatoria de la enseñanza de la Religión por parte de la Administración, pero que le dispensaba un trato no igualitario, de forma que la Sala declaró entonces que no existía vulneración de derechos fundamentales, aunque sí quebrantamiento de la legalidad ordinaria porque la asignatura de religión debía dispensarse en condiciones equiparables al resto de asignaturas, que no son condiciones idénticas, pero que si han de ser condiciones equivalentes.

En el presente debate la cuestión que se plantea como carga impugnatoria de la parte recurrente es el carácter de oferta obligatoria de la asignatura de Religión, a dispensar por el Poder Público a quien libre y voluntariamente se la solicite, constituyendo el carácter de oferta no obligatoria según su exposición, una vulneración de los derechos fundamentales de los artículos 14 , 16-1 y 27-3 de la CE . Por lo tanto abordamos el análisis desde esta perspectiva, es decir, la obligatoriedad de dispensar los poderes públicos esa enseñanza religiosa moral y ética, por ser ello respetuoso con los derechos fundamentales aludidos, o dicho de otra forma, si el carácter de oferta no obligatoria que dispensa el apartado 4º del artículo 10 del Decreto impugnado a la asignatura de Religión es respetuosa con esos preceptos constitucionales. Y esta cuestión, es cualitativamente distinta a la que entonces analizamos, y por ello, distinta ha de ser la conclusión a la que ahora llegamos.

**CUARTO:** Ya hemos dicho que el Sindicato recurrente en los presentes autos impugna el Decreto 35/2015 únicamente en relación al apartado 4º del artículo 10 , artículo que regula el currículo de las asignaturas del primer curso de **bachillerato**, sin solicitar en el suplico de la demanda también la nulidad del apartado 4º del artículo 11 relativo al currículo del segundo curso.

Dice el artículo 10:

*Artículo 10. Estructura y organización del primer curso*

*1. En la modalidad de Ciencias, los alumnos deben cursar las siguientes materias generales del bloque de asignaturas troncales:*

- a) Filosofía.*
- b) Lengua Castellana y Literatura I.*
- c) Matemáticas I.*
- d) Primera Lengua Extranjera I.*

*También deben cursar dos materias de opción entre las siguientes:*

- a) Biología y Geología.*
- b) Dibujo Técnico I.*
- c) Física y Química.*

*2. En la modalidad de Humanidades y Ciencias Sociales, los alumnos deben cursar las siguientes materias generales del bloque de asignaturas troncales:*

- a) Filosofía.*
- b) Lengua Castellana y Literatura I.*
- c) Primera Lengua Extranjera I.*

*d) Para el itinerario de Humanidades, Latín I; para el itinerario de Ciencias Sociales, Matemáticas Aplicadas a las Ciencias Sociales I.*

*También deben cursar dos materias de opción, organizadas, si procede, en bloques que faciliten el tránsito a la Educación Superior, entre las siguientes:*

- a) Economía.
- b) Griego I.
- c) Historia del Mundo Contemporáneo.
- d) Literatura Universal.

3. En la modalidad de Artes, los alumnos deben cursar las siguientes materias generales del bloque de asignaturas troncales:

- a) Filosofía.
- b) Fundamentos del Arte I.
- c) Lengua Castellana y Literatura I.
- d) Primera Lengua Extranjera I.

También tienen que cursar dos materias de opción entre las siguientes:

- a) Cultura Audiovisual I.
- b) Historia del Mundo Contemporáneo.
- c) Literatura Universal.

4. Los alumnos deben cursar las siguientes materias del bloque de asignaturas específicas:

- a) Educación Física.
- b) Dos materias de las siguientes:

Cualquier materia no cursada por el alumno del bloque de asignaturas troncales de cualquier modalidad, que será considerada específica a todos los efectos.

Análisis Musical I.

Anatomía Aplicada.

Cultura Científica.

Dibujo Artístico I.

Lenguaje y Práctica Musicales.

Religión.

Segunda Lengua Extranjera I.

Tecnología Industrial I.

Tecnologías de la Información y la Comunicación I.

Volumen.

Los centros deben ofrecer obligatoriamente la materia de Segunda Lengua Extranjera.

5. Los alumnos tienen que cursar la materia de Lengua y Literatura Catalana I del bloque de asignaturas de libre configuración autonómica.

Las materias de Lengua Catalana y Literatura I y de Lengua Castellana y Literatura I han de recibir un tratamiento análogo.

Así pues vemos como el apartado 4º del artículo 10 enumera las asignaturas específicas que puede cursar el alumnado de primero de **bachillerato** según cada una de las áreas de conocimiento, Ciencias, Humanidades y Ciencias sociales y Artes. Entre ellas se encuentra la asignatura de Religión. Pero indica ese apartado que la oferta obligatoria y que compromete a la Administración a ser dispensada al alumnado, es solamente la segunda lengua extranjera, de forma que, al tener la asignatura de Religión el carácter de oferta no obligatoria, se puede dar el caso, y de hecho queda acreditado en autos, que ello ya ha ocurrido al tiempo de interponer el recurso contencioso que ahora enjuiciamos, -en concreto en el Instituto de Enseñanza Secundaria de Sineu y en el Instituto de Enseñanza Secundaria Emili Darder de Palma-, esa asignatura resultó excluida de la oferta educativa, porque así lo decidió en su día mediante votación el Claustro de Profesorado.

**QUINTO:** Dispone el artículo 53-1 de la CE que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I (artículos 14 a 29) vinculan a todos los poderes públicos y que sólo por ley, que deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades.

Dentro de los derechos y libertades reconocidos en ese Capítulo Segundo hay que distinguir aquellos derechos fundamentales cuyo contenido, objeto y límites se encuentran abstractamente definidos en el propio precepto constitucional y por lo tanto son de aplicación y eficacia directa, de aquellos otros que tienen y precisan de una configuración legal, por establecer la Constitución una definición o contenido mínimo de ese derecho, a partir del cual el legislador definirá el diseño final que pretende sobre esa materia.

En efecto, los derechos fundamentales que la Constitución regula, reconocen libertades, facultades o pretensiones efectivas, de modo que contienen prescripciones obligatorias para todos los poderes públicos a título de derecho directamente aplicable, aunque algunos de ellos precisen de desarrollo y delimitación que la doctrina ha venido a llamar derechos fundamentales de configuración legal. Así nos dice el Tribunal Constitucional en el Auto nº382 de 18 de diciembre de 1996 señala:

*"Cabe recordar a este respecto que los derechos fundamentales, si bien continúan concibiéndose primordialmente como derechos subjetivos de defensa frente al Estado, presentan además una dimensión objetiva, en virtud de la cual operan, como componentes estructurales básicos, que han de informar el entero ordenamiento jurídico . Como consecuencia de este «doble carácter de los derechos fundamentales [ STC 25/1981 ], fundamento jurídico 5.º], pende sobre los poderes públicos una vinculación también dual: en su tradicional dimensión subjetiva, les impone la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad por ellos acotada; en su vertiente jurídico-objetiva, reclama genéricamente de ellos que, en el ámbito de sus respectivas funciones, coadyuven a fin de que la implantación y disfrute de los derechos fundamentales sean reales y efectivos, sea cual fuere el sector del ordenamiento en el que los mismos resulten concernidos ( SSTC 53/1985 ), fundamento jurídico 4.º, y 129/1989 , fundamento jurídico 3.º). Tal es, ciertamente, la comprensión de los derechos fundamentales que se infiere de un texto constitucional que, tras proclamar el Estado social y democrático de Derecho ( art. 1.1 CE ), y, por ende, comprometer a los poderes públicos en la promoción de la libertad y la igualdad del individuo ( art. 9.2 CE ), eleva el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a los derechos de los demás a la condición de fundamento del orden político y de la paz social ( art. 10.1 CE ).*

**SEXTO:** Los derechos de carácter prestacional regulados en el Capítulo Segundo del Título I de la CE, entre los que se encuentra el derecho a la educación ( art. 27-1 CE ), así como también la garantía de los Poderes Públicos a los padres de que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, ( art. 27-3 de la CE ) son, sin duda, un derecho fundamental de configuración legal.

Tales derechos como su nombre indica, deben delimitarse y desarrollarse por medio de ley orgánica, conforme a lo dispuesto en el artículo 81-1 de la Constitución . Y una vez regulado ese derecho, que la Constitución sólo define en su núcleo esencial, a través de esas Leyes Orgánicas, entra en juego el principio de jerarquía normativa del artículo 9-3 de la CE , de forma que todas aquellas disposiciones con rango inferior, que, como ocurre en nuestro caso, regulan la ejecución de la actividad prestacional de la enseñanza, previamente ya delimitada y regulada por el legislador en el modo y forma que ha decidido, no pueden en ningún caso vulnerar las normas de rango superior, ni dejar vacío de contenido el núcleo esencial que reconoce y contempla el precepto constitucional.

**SEPTIMO:** En el caso de la Educación, el Estado ha regulado ese derecho en la Ley Orgánica del derecho a la Educación 8/1985 de 1 de julio y las posteriores, entre ellas la ya derogada Ley Orgánica de Educación de 1990, donde por primera vez se regulaba la enseñanza de la Religión en su Disposición Adicional Segunda. Actualmente está en vigor la Ley Orgánica de Educación 2/2006 de 3 de mayo , y la Ley Orgánica 8/2013 de Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE) que modifica en algunos extremos la LOE.

Pues bien en la Ley Orgánica 8/1985 del derecho a la Educación, de plena vigencia, nos dice en su Preámbulo:

*"Este trasfondo histórico explica la complejidad de elementos que configuran el marco educativo establecido por la Constitución Española, un marco de compromiso y concordia que, al tiempo que reconoce implícitamente el sistema mixto heredado, proporciona el espacio normativo integrador en el que pueden convivir las diversas opciones educativas. Así, tras el derecho a la educación (artículo 27.1 a) se afirma la libertad de enseñanza ( artículo 27.1 b); al lado del derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que estimen más oportuna para sus hijos ( artículo 27.3 ), figuran el derecho a la libertad de cátedra (artículo 20.1) y la libertad de conciencia (artículos 14 , 16 , 20 y 23) . Y si se garantiza la libertad de creación de centros docentes (artículo 27.6), también se responsabiliza a los poderes públicos de una programación general de*

la enseñanza (artículo 27.5) orientada a asegurar un puesto escolar a todos los ciudadanos. Finalmente, la ayuda a los centros docentes (artículo 27.9) tiene que compaginarse con la intervención de profesores, padres y alumnos en el control y gestión de esos centros sostenidos con fondos públicos (artículo 27.7). Corresponde al legislador el desarrollo de estos preceptos, de modo que resulten modelados equilibradamente en su ulterior desarrollo normativo".

El artículo 4-1 c) de esa Ley Orgánica 8/1985 dispone que los padres o tutores, en relación con la educación de sus hijos o pupilos, tienen el derecho a que reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. En definitiva la garantía que el Poder Público ofrece a los padres en el apartado 3º del artículo 27 de la CE el legislador la recoge expresamente en el artículo 4-1 c) de esa Ley Orgánica.

Y el artículo 6-3 e) de esa misma Ley reconoce a los alumnos el derecho que se respete su libertad de conciencia, sus convicciones religiosas y sus convicciones morales, de acuerdo con la Constitución. Y en su punto 4º de ese mismo artículo se recoge el deber del alumnado de respetar la libertad de conciencia, las convicciones religiosas y morales, y la dignidad, integridad e intimidad de todos los miembros de la comunidad educativa

La enseñanza de la religión dentro del contexto curricular viene actualmente regulada en la Disposición Adicional Segunda de la Ley Orgánica 2/2006 de Educación que establece:

*Disposición adicional segunda. Enseñanza de la religión*

*1. La enseñanza de la religión católica se ajustará a lo establecido en el Acuerdo sobre Enseñanza y Asuntos Culturales suscrito entre la Santa Sede y el Estado español.*

*A tal fin, y de conformidad con lo que disponga dicho Acuerdo, se incluirá la religión católica como área o materia en los niveles educativos que corresponda, que será de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos y alumnas.*

*2. La enseñanza de otras religiones se ajustará a lo dispuesto en los Acuerdos de Cooperación celebrados por el Estado español con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España, la Comisión Islámica de España y, en su caso, a los que en el futuro puedan suscribirse con otras confesiones religiosas.*

*3. La determinación del currículo y de los estándares de aprendizaje evaluables que permitan la comprobación del logro de los objetivos y adquisición de las competencias correspondientes a la asignatura Religión será competencia de las respectivas autoridades religiosas. Las decisiones sobre utilización de libros de texto y materiales didácticos y, en su caso, la supervisión y aprobación de los mismos corresponden a las autoridades religiosas respectivas, de conformidad con lo establecido en los Acuerdos suscritos con el Estado español.*

Por su parte la Ley Orgánica 7/1980 de 5 de julio de Libertad Religiosa dispone en su artículo 2 :

*Artículo 2. [Ambito del derecho de libertad religiosa]*

*1. La libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a:*

*a) Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía, manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas.*

*b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales.*

*c) Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento; elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.*

*d) Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente Ley Orgánica.*

2. Asimismo comprende el derecho de las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, a designar y formar a sus ministros, a divulgar y propagar su propio credo, y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sea en territorio nacional o en el extranjero.

3. Para la aplicación real y efectiva de estos derechos, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos.

Con tal regulación legislativa se aprecia la configuración legal establecida en lo que afecta al derecho contemplado en el apartado 3º del artículo 27. Y el desarrollo ejecutivo y reglamentario de esa normativa, debe respetar no sólo tales preceptos sino que no puede desvirtuar hasta el extremo de dejar sin contenido, el núcleo fundamental del derecho mismo reconocido en ese apartado 3º del artículo 27, debiendo insistir ahora que la Constitución no sólo reconoce ese derecho a los padres, sino que lo garantiza, con toda la fuerza y contundencia que implica la utilización de ese vocablo.

El legislador, al delimitar el objeto y límites del derecho fundamental contemplado en el art. 27,3º CE tiene un espacio de libertad para configurarlo, pero una vez que le otorga un determinado contenido -en nuestro caso estableciendo que la asignatura de religión católica será de oferta obligatoria para los centros y voluntaria para los alumnos- el desarrollo ejecutivo y reglamentario de esa normativa, debe respetar tales preceptos legales y, en lo que aquí importa, una lesión de la norma legal que configura el contenido esencial del derecho constitucional se convierte en lesión del derecho fundamental.

El legislador, dentro del necesario respeto al núcleo esencial del derecho, puede alterar su configuración, pero para el aplicador de la Ley, ésta es contenido de un derecho fundamental y no simple legalidad ordinaria.

Así pues, si no ofrece dudas que el Decreto 32/2015 vulnera la Disposición Adicional Segunda de la L.O. 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, por medio de la cual se otorga contenido al núcleo esencial de la garantía del art. 27,3º CE, ello supone que su vulneración no es de simple legalidad ordinaria, sino del derecho fundamental.

**OCTAVO:** Dice el TC en su sentencia 5/1981 de 13 de febrero :

*La libertad de enseñanza que explícitamente reconoce nuestra Constitución (artículo 27.1) puede ser entendida como una proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas u opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales (especialmente los artículos 16.1 20.1. a). Esta conexión queda, por lo demás, explícitamente establecida en el artículo 9 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales firmado en Roma en 4 de noviembre de 1950, en conformidad con el cual hay que interpretar las normas relativas a derechos fundamentales y libertades públicas que nuestra Constitución incorpora, según dispone el artículo 10.2.*

*En cuanto que la enseñanza es una actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo de continuidad a la transmisión de un determinado cuerpo de conocimientos y valores la libertad de enseñanza, reconocida en el artículo 27.1, de la Constitución implica, de una parte, el derecho a crear instituciones educativas (artículo 27.6) y, de otra, el derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan (artículo 20.1.c). Del principio de libertad de enseñanza deriva también el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral que desean para sus hijos (artículo 27.3). Se trata en todos los casos de derechos que tienen límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos o de los que, respetando siempre su contenido esencial, pueda establecer el legislador.*

(...)

*En un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la confesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas y muy especialmente los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales. Esta neutralidad, que no impide la organización en los centros públicos de enseñanzas de seguimiento libre para hacer posible el derecho de los padres a elegir para sus hijos la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones ( artículo 27.3 Constitución ), es una característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro, y no el hipotético resultado de la casual coincidencia en el mismo centro y frente a los mismos alumnos, de profesores de*

*distinta orientación ideológica cuyas enseñanzas en los centros escolares públicos regulados en la LOECE impone a los docentes que en ellos desempeñan su función una obligación de renuncia a cualquier forma de adoctrinamiento ideológico, que es la única actitud compatible con el respeto a la libertad de las familias que, por decisión libre o forzadas por las circunstancias, no han elegido para sus hijos centros docentes con una orientación ideológica determinada y explícita.*

La Constitución diseña un Estado aconfesional, que no laicista, lo que significa que es un Estado neutral, con total y pleno respeto al hecho religioso que profesen sus ciudadanos, o bien a que no profesen ninguno, y ello se consagra en el artículo 16 de la CE. La Constitución pues atiende al hecho religioso de sus ciudadanos y no lo ignora, sino que lo respeta, lo protege y no lo posterga al ámbito exclusivamente privado, sino que le proporciona el espacio público preciso, entre el que se encuentra el de la docencia que presta el Estado.

Siendo ese el punto de partida y centrándonos en el análisis de la impugnación planteada desde la perspectiva del artículo 27-3 de la CE diremos que obviar el contenido mínimo exigido en ese precepto, porque el tratamiento que se le da a la enseñanza de religión es simplemente optativo por parte de los centros, y ello por la vía indirecta de considerar que sólo la segunda lengua extranjera es de carácter y oferta obligatoria por la Administración, rompe la neutralidad en la que sitúa la Constitución a los poderes públicos y al Estado, y deja sin efecto la garantía que aquellos deben a los padres de que sus hijos serán educados de acuerdo a sus convicciones y principios morales y éticos.

De poco sirve la constatación y reconocimiento constitucional del derecho fundamental, y la configuración legal del mismo realizada por el legislador, si en el momento de aprobarse las disposiciones reglamentarias que han de llevar a efecto y ejecutar esos derechos, se regula de tal forma que se desvirtúa por completo el núcleo esencial constitucionalmente recogido, porque el tratamiento recibido queda desvirtuado en tal extremo que el derecho reconocido queda sin efecto práctico alguno. Y eso es lo que precisamente ocurre en el supuesto de autos. La prueba está en que los Claustros de profesores de dos Institutos de Mallorca, amparándose en lo establecido en el artículo 10-4 del Decreto impugnado, que solamente reconoce como oferta obligatoria la segunda lengua extranjera, excluyeron como asignatura ofrecida en esos Centros a la asignatura de Religión. Con tal proceder simple y llanamente se excluye a esa asignatura del catálogo ofrecido en ese Centro. Y ello constituye una vulneración del derecho fundamental del artículo 27-3 de la CE porque con ese proceder los alumnos que acuden a ese Centro no pueden impartir esa asignatura y se ha roto la garantía que el Estado ofrece a los padres que desean para sus hijos esa enseñanza.

En lo concerniente a la religión Católica, no sólo se rompe con la legalidad establecida en el Concordato suscrito con la Santa Sede el 3 de enero de 1979 y cuya constitucionalidad ha sido avalada en sentencias del TC nº 187/1991 de 3 de octubre y 155/97 de 29 de septiembre. Es que al vulnerarse el contenido dado por el legislador al configurar el derecho ( D.A. 2ª LO 2/2006 ) se vulnera por ello el derecho reconocido a los padres en el artículo 27-3 de la CE para el caso de que sus hijos cursen sus estudios en la escuela pública.

Recordemos ahora que en el Acuerdo con la Santa Sede el Estado garantiza el derecho a recibir esa enseñanza religiosa en los centros no universitarios, lo que equivale a que el Estado viene obligado a dispensar tal enseñanza a quien libremente se la solicite, de forma que si existe esa garantía, tal asignatura tiene la condición de oferta obligatoria.

Así el artículo II del citado Acuerdo señala:

*"Los planes educativos en los niveles de educación preescolar, de educación general básica (EGB) y de **bachillerato** polivalente (BUP) y grados de formación profesional correspondientes a los alumnos de las mismas edades incluirán la enseñanza de la religión católica en todos los centros de educación, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales.*

*Por respeto a la libertad de conciencia, dicha enseñanza no tendrá carácter obligatorio para los alumnos. Se garantiza, sin embargo, el derecho a recibirla.*

*Las autoridades académicas adoptarán las medidas oportunas para que el hecho de recibir o no recibir la enseñanza religiosa no suponga discriminación alguna en la actividad escolar"*

Obviamente el legislador ha extendido la posibilidad de que los alumnos y padres que profesan otras confesiones reconocidas por el Estado, puedan optar también por solicitar la asignatura de la religión que ellos profesen, y así la Disposición Adicional Segunda de ese mismo Decreto 35/2015 señala que " *Los alumnos que cursen religión podrán escoger entre la enseñanza de las confesiones religiosas con las que el Estado tiene suscritos acuerdos internacionales o de cooperación en materia educativa. (...)*". El legislador ha previsto, pues, que, el derecho consagrado en el artículo 27-3 de la CE pueda materializarse no sólo a través de la

opción de creación de escuelas con un ideario religioso propio a los que los padres puedan acudir para que sus hijos sean educados conforme a dicho ideario y creencias, sino además, que en la propia escuela pública, los padres que profesen una religión de las que están reconocidas por el Estado, puedan solicitar de los poderes públicos que a sus hijos se les imparta esa enseñanza.

Así tenemos el artículo 10 de la Ley 26/1992 de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España que establece:

*1. A fin de dar efectividad a lo dispuesto en el artículo 27.3 de la Constitución, así como en la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación, y en la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo, se garantiza a los alumnos musulmanes, a sus padres y a los órganos escolares de gobierno que lo soliciten, el ejercicio del derecho de los primeros a recibir enseñanza religiosa islámica en los centros docentes públicos y privados concertados, siempre que, en cuanto a estos últimos, el ejercicio de aquel derecho no entre en contradicción con el carácter propio del centro, en los niveles de educación infantil, educación primaria y educación secundaria.*

*2. La enseñanza religiosa islámica será impartida por profesores designados por las Comunidades pertenecientes a la «Comisión Islámica de España», con la conformidad de la Federación a que pertenezcan.*

*3. Los contenidos de la enseñanza religiosa islámica, así como los libros de texto relativos a la misma, serán proporcionados por las Comunidades respectivas, con la conformidad de la «Comisión Islámica de España».*

*4. Los centros docentes públicos y los privados concertados a que se hace referencia en el número 1 de este artículo, deberán facilitar los locales adecuados para el ejercicio del derecho que en este artículo se regula, sin que pueda perjudicar el desenvolvimiento de las actividades lectivas.*

(...)"

Y lo mismo ocurre en relación a la religión judía mediante la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Judías de España (Vigente hasta el 30 de Junio de 2017) y la Ley 24/1992 de 10 de noviembre Acuerdo de Cooperación del Estado con Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España con idéntico contenido que el artículo 10 transcrito ad supra, aunque lógicamente, en esos casos, con referencia a sus respectivas confesiones.

**NOVENO:** Por su parte los artículos 34 bis y 34 ter de la Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo (LOE) en la redacción dada por LO 8/2013 (LOMCE) al regular el currículo de los cursos primero y segundo del **bachillerato** respectivamente recogen la asignatura de religión como asignatura específica y no troncal. Ciertamente, nada dicen esos artículos de oferta obligatoria de ninguna de esas asignaturas específicas, señalando únicamente el apartado 4º de dichos artículos, que los alumnos cursarán un mínimo de dos y un máximo de tres de tales asignaturas específicas " *En función de la regulación y de la programación de la oferta educativa que establezca cada Administración educativa y, en su caso, de la oferta de los centros docentes*".

Pero desde luego ese silencio no se traduce en que la asignatura de Religión se convierta en asignatura de oferta no obligatoria para el Centro educativo. Interpretar lo contrario, como así se produce de la aplicación de lo establecido en el apartado 4º de los artículos 10 y 11 del Decreto impugnado, comporta, frente al derecho reconocido en el apartado 3º del artículo 27, una configuración curricular que vacía de contenido la garantía de los poderes públicos a los padres para educar a sus hijos conforme a sus creencias y valores morales. El Decreto 35/2015 en el apartado 4º de sus artículos 10 y 11, da un paso más que la LOMCE y la LOE no dan, porque el legislador estatal da a la Religión un tratamiento de asignatura específica y no troncal, lo cual supone darle la condición de asignatura optativa para el alumno. Pero el Decreto impugnado la convierte, de asignatura optativa, a asignatura de oferta no obligatoria para la institución académica, lo cual es cualitativamente muy distinto, porque con ese procede se ignora el carácter neutral del Estado y se vacía de contenido el apartado 3º del artículo 27 de la Constitución.

**DÉCIMO:** Abordamos ahora el análisis desde la perspectiva de la vulneración del artículo 16 de la CE que consagra el derecho a la libertad ideológica y de religión.

Dice ese artículo:

*1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.*

2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.

3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

Al igual que ocurre con el artículo 27-3 de la CE la aplicación de lo establecido en el apartado 4º del artículo 10 y 11 del Decreto impugnado, relegando la asignatura de Religión a oferta no obligatoria por parte del Centro, constituye también una vulneración del artículo 16 de la CE en sus apartado 1.

En efecto la libertad religiosa que el Estado garantiza viene definido en el artículo 2 de la LO 7/1980 . En el ámbito de la libertad religiosa está el derecho reconocido en el apartado 1- c) del artículo 2 que señala el derecho a recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, y elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con las propias convicciones. Constituye una manifestación del derecho a la libertad religiosa no solamente poder educar a los hijos en las creencias que profesen los padres, sino también y desde la perspectiva del alumno, el derecho de éste a recibir esa enseñanza, viéndose ilegítimamente privado de ella. Desde la perspectiva de la Confesión Religiosa se está también impidiendo poder impartir su enseñanza, teniendo derecho a ello en el modo y forma que el desarrollo legislativo de ese derecho configure ese modelo educativo de esa asignatura.

**UNDÉCIMO:** El Sindicato recurrente alega también vulneración del artículo 14 de la CE al considerar que esa actuación resulta discriminatoria para los profesores de religión que ven posibilitadas sus opciones de trabajo. No se acepta ese argumento en tanto que si bien desde luego resulta contraria a derecho la atribución a esa asignatura el carácter de oferta voluntaria y no obligatoria a tenor de lo expuesto y por vulnerarse los artículos 16 1 - y 27-3 de la CE , no lo es menos que desde la perspectiva de la discriminación prohibida por el artículo 14 no existe tal discriminación, ya que en la misma situación se encontraban el resto de profesores de las demás asignaturas específicas, a excepción sólo de los que impartían segunda lengua extranjera, que es la única asignatura que el apartado 4º del artículo 10 y 11 reconoce como oferta obligatoria.

Por lo tanto no puede admitirse que en este caso los profesores de Religión hubieran sido objeto de un trato discriminatorio por razón de sus creencias y religión, del resto de profesores que imparten las demás asignaturas específicas.

**DUODÉCIMO:** Concluyendo, regular el currículo de las asignaturas de **bachillerato** en el modo y forma que contempla el apartado 4º del artículo 10 y 11, en donde sólo se contempla como oferta obligatoria la segunda lengua extranjera, al fin confiere a la asignatura de Religión un carácter de oferta no obligatoria por parte de los poderes públicos. Y ello es contrario a los derechos constitucionales reconocidos en los artículos 16- 1 y 27-3 de la CE en la forma en que actualmente están configurados por las Leyes Orgánicas 2/2006 y 7/1980. En definitiva, conforme a la vigente configuración legal de los citados derechos constitucionales, la Religión es una asignatura de oferta obligatoria por parte de los poderes públicos, pero de elección voluntaria por el alumno.

Llegados a este punto cumple estimar parcialmente el recurso. Conforme al suplico de la demanda, y guardando la congruencia procesal exigible a tenor de lo que la parte concretamente solicita en el mismo, declaramos que el artículo 10 que regula el currículo de las asignaturas de primero de **bachillerato** del Decreto 35/2015 de 15 de mayo en su apartado 4º vulnera los derechos fundamentales de los artículos 16-1 y 27-3 de la CE y declaramos nulo ese apartado únicamente en el extremo que dice "Los centros deben ofrecer obligatoriamente la materia de Segunda Lengua Extranjera.". Y reconocemos el derecho a la elección voluntaria de los alumnos de primero de **bachillerato** de la asignatura de religión en todos los Centros escolares de las Islas Baleares.

**DECIMOTERCERO:** Conforme a lo establecido en el artículo 139 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa no procede imponer las costas dada la estimación parcial del recurso.

**VISTOS** los preceptos legales citados y demás de general aplicación

**FALLAMOS:**

**PRIMERO: DESESTIMAMOS LA INADMISIBILIDAD** denunciada por la Administración demandada de falta de legitimación activa del Sindicato recurrente

**SEGUNDO: ESTIMAMOS PARCIALMENTE EL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO** seguido a instancias del Sindicato UNION SINDICAL OBRERA contra el Decreto 35/2015 de 15 de mayo que establece el currículo de **bachillerato** en las Islas Baleares.

**TERCERO: DECLARAMOS** que el apartado 4º del artículo 10 del Decreto 35/2015 de 15 de mayo vulnera los derechos fundamentales de los artículos 16-1 de libertad ideológica y religiosa y el artículo 27-3 del derecho de los padres a educar a sus hijos en sus propias creencias.

**CUARTO: DECLARAMOS NULO** el apartado 4º del artículo 10 del Decreto 35/2015 únicamente cuando afirma " *Los centros deben ofrecer obligatoriamente la materia de Segunda Lengua Extranjera.*". Mantenemos el resto del apartado y artículo por ser acordes a derecho.

**QUINTO: RECONOCEMOS** el derecho a la elección voluntaria de los alumnos de primero de **bachillerato** de la asignatura de religión en todos los Centros escolares de las Islas Baleares.

**SEXTO: DESESTIMAMOS** el recurso en cuanto al resto de pretensiones en él formuladas.

**SÉPTIMO:** Sin costas en esta única instancia.

Notifíquese esta Resolución y adviértase que contra la misma conforme previene el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cabe recurso de casación para ante el Tribunal Supremo en el plazo de DIEZ DIAS..

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

**PUBLICACION.-** Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia por la Magistrada de esta Sala Ilma. Sra. Dña. Carmen Frigola Castellón que ha sido ponente en este trámite de Audiencia Pública, doy fe. El letrado de la administración de Justicia, rubricado.

## **TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ILLES BALEARS.**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

#### **PROCEDIMIENTO ESPECIAL Nº 182 DE 2015**

VOTO PARTICULAR que formula el Ilmo. Sr. Pablo Delfont Maza, Magistrado-Especialista de esta Sala, a la sentencia recaída en los autos del procedimiento especial nº 182 de 2015.

Naturalmente, parto del respeto a la decisión de la sentencia, pero discrepo de ella, no en todo, pero sí en cuanto que estima el recurso, seguido en este caso por los trámites del procedimiento especial para la protección de derechos fundamentales.

El motor de arranque de la decisión de la sentencia, a mi juicio, es la idea de que "[...] *regular el currículo de las asignaturas de bachillerato en el modo y forma que contempla el apartado 4º del artículo 10 y 11, en donde sólo se contempla como oferta obligatoria la segunda lengua extranjera, al fin confiere a la asignatura de Religión un carácter de oferta no obligatoria por parte de los poderes públicos*".

Hay que recordar también que, aunque me parece que en la sentencia no queda claro, la Administración se ha defendido en el juicio exhibiendo no solo la idea de que no se violaban los derechos fundamentales invocados en la demanda sino también que cabía perfectamente una interpretación de las normas cuestionadas conforme a la Ley y conforme igualmente a la Constitución. La sentencia ni examina ni responde a la cuestión de si cabe o no la interpretación conforme. Prescinde de ese examen porque, como acabo de señalar, la sentencia da por supuesto que la norma administrativa ha conferido a la asignatura de Religión el carácter de asignatura de oferta no obligatoria y, a partir de ahí, despliega ya su idea sobre en qué consisten los derechos fundamentales invocados en la demanda, cómo han quedado por ahora configurados legalmente esos derechos y cómo, pues, habrían sido vulnerados por lo que considera -por mejor decir, supone- que aparece dispuesto en el apartado 4 de los artículos 10 y 11 del Decreto 35/2015, de 15 de mayo .

Para articular, pues, mi discrepancia, ante todo, me parece necesario dejar bien claro qué es lo que dice ese apartado cuarto de los artículos 10 y 11 del Decreto 35/2015 , que es lo mismo y que es exclusivamente lo siguiente: "*Los centros deben ofrecer obligatoriamente la materia de Segunda Lengua Extranjera*"

Como es lógico, quien ha llegado hasta aquí ha leído primero la sentencia y ha entendido bien ya de qué trata el caso. Por lo tanto, procuraré prescindir a partir de ahora de referencias que puedan verse como repetitivas y, en consecuencia, innecesarias.

Discrepo con la sentencia porque, ya lo anticipo, considero que el recurso tenía que haberse desestimado por ser perfectamente posible una interpretación de las normas cuestionadas conforme a la legalidad que sobre ellas pesaba y, por añadido, una interpretación conforme a la Constitución. Esa no ha sido "la vara de medir" de la sentencia, que ha llegado declarar que vulnera el derecho fundamental a la libertad religiosa y el derecho fundamental a la educación, éste en la vertiente de formación religiosa, es decir, que vulnera, pues, los artículos 16.1 y 27.3 de la Constitución, un mismo apartado de dos preceptos distintos de una misma norma administrativa, producida por la Administración de la CAIB - apartado 4 de los artículos 10 y 11 del Decreto 35/2015, de 15 de mayo -.

Interpretar, en general, es comprender. Y en el ámbito del Derecho, interpretar es comprender las normas en su contexto, esto es, responder correctamente a la pregunta sobre el significado de un texto normativo. El Código Civil incluye las reglas sobre interpretación en el Capítulo dedicado a la aplicación de las normas jurídicas. Pero, como es bien sabido, la interpretación de la norma a la luz de un caso puede descubrir aspectos inadvertidos en una interpretación en abstracto. Eso explica que en el ámbito del contencioso el artículo 26.2 de la Ley 29/1998 ampare la impugnación de actos de aplicación de la norma después de haberse desestimado un recurso directo contra la misma. La interpretación de las normas, en fin, debe atender "fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas", es decir, a los principios generales del derecho y al conjunto del texto normativo. A mi juicio, la interpretación que se hace en la sentencia, es decir, entender que la norma cuestionada dice -o que de ella se desprende- que no es obligatoria la oferta de la asignatura de religión, máxime si esa norma se contempla como es debido, es decir, en su contexto, lo que supone tomar en cuenta igualmente el marco que conforman las leyes orgánicas a que se hace mención en la propia sentencia, en definitiva, es una interpretación que, prescindiendo incluso de su literalidad, se desvía así de los fines de la norma y, por lo tanto, es una interpretación rechazable - artículo 7.2 del Código Civil y artículo 11 de la Ley Orgánica 6/1985 -.

Después de leer la sentencia, pero sobre todo después ya de haber participado en su deliberación, me parece que "el baño de realidad" de la norma en cuestión ha sido su perdición. Puede leerse en la sentencia cómo hasta el Ministerio Fiscal ha cambiado su posición o modo de ver las cosas en el juicio, terminando así por considerar insoportable jurídicamente una norma que en el primer momento no le despertó dudas. Ha ocurrido que la prueba ha revelado que, blandiendo o no la norma en cuestión, en algunos centros de enseñanza, bien por decisión de sus órganos competentes o bien con la decisión de otros, en definitiva, la asignatura de religión no se ha ofertado. Esas decisiones son ilegales, desde luego, pero no justifican por sí solas que hayan de pagar "justos por pecadores". En efecto, la norma en cuestión ni es ilegal ni confunde. Y, en la hipótesis de que la norma en cuestión confundiera, quien se encontrase confundido, sale de su confusión de inmediato con la Ley en la mano, que no deja lugar a dudas: La asignatura de religión es de oferta obligatoria. Por lo tanto, los errores o, si lo fueran, las desobediencias a las normas, manifestadas en las decisiones de los centros de enseñanza, no pueden servir de excusa para la destrucción de la norma en cuestión, que es lo que la sentencia ha llevado a cabo.

Esa norma en cuestión, como tantas otras cosas, es una riqueza y no debía haber sido destruida porque no se lo merece.

Para no hacerle perder el tiempo a nadie, señalaré ya dónde está el problema. Ocurre que la sentencia entiende que, debido a que la norma dice -sin más- que es de oferta obligatoria la asignatura de segunda lengua extranjera, la norma está diciendo -o queriendo decir- lo que en realidad no dice, esto es, que no es de oferta obligatoria la asignatura de religión. A partir de ahí, la sentencia, siguiendo los pasos la entidad demandante, Unión Sindical Obrera, ha llegado a dar una respuesta que, a mi juicio, sobra. Primero, porque la norma en cuestión no dice lo que la sentencia supone que dice. Segundo, porque tampoco era necesario o inexcusable que esa norma en cuestión dijera lo contrario de lo que la sentencia supone que dice o que quiere decir; y ello ni siquiera aunque siguiera diciendo la norma lo mismo que decía antes de que sentencia de la Sala la haya declarado nula, es decir, que era de oferta obligatoria la asignatura de segunda lengua extranjera. Y, tercero, que, de no ser así, es decir, de ser como la sentencia supone y deber entenderse, pues, que la norma "dice o quiere decir" que la asignatura de religión no es de oferta obligatoria, entonces el primer problema jurídico para esa norma no está a tanta distancia de ella como lo está la Constitución, con lo que bastaba poner por delante la primera norma que en la relación jerárquica detendría el despropósito en que hubiera incurrido la norma administrativa, siéndolo en este caso, sin ir más lejos, las Leyes Orgánicas a que se hace mención en la propia sentencia.

La "clave de bóveda" está, pues, primero, en que la norma en cuestión no dice siquiera que la segunda lengua extranjera sea la única asignatura de oferta obligatoria; y, segundo, en que la norma en cuestión no



tiene porqué repetir lo que ya dice la Ley que sobre ella pesa, es decir, que la asignatura de religión es de oferta obligatoria. De ahí ya se desprende con naturalidad que la norma en cuestión ni se aparta de la Ley ni tampoco incurre, pues, en cualquiera de los vicios mayores que la sentencia le ha encontrado.

Dicho esto último, tengo que ponerlo inmediatamente en relación con la mención que en la sentencia se hace a previos contenciosos sobre casos análogos, que vienen de más de un lustro. En la sentencia se viene a decir que en las sentencias anteriores no se hizo una declaración de inconstitucionalidad por razón del procedimiento en el que se dictaban. Creo que no es correcto. El pronunciamiento de inconstitucionalidad no precisa de un procedimiento especial sino una pretensión específica de la parte o introducida por el Tribunal en el debate. Y en esos casos la pretensión existía y, por lo que se refiere a la sentencia 792/2010, la estimación se anuda a la vulneración de los Acuerdos con la Santa Sede de 1979. Por lo tanto, por lo menos en el caso de la sentencia de la Sala nº 792/2010, se rechazó que la norma administrativa de aquel caso vulnerase directamente la Constitución.

En Palma, a 9 de febrero de 2016.

Fdo. Pablo Delfont Maza

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ